Universiteit Leiden
The Netherlands

Horizontale werking van grondrechten

Vos, B.J. de

Citation
Vos, B. J. de. (2010, October 14). *Horizontale werking van grondrechten*. *Meijers-reeks*. Maklu, Apeldoorn. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/16040

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/16040

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek

Horizontale werking van grondrechten

Een kritiek

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 14 oktober 2010
klokke 16.15 uur

door

Bart Jan de Vos

geboren te Rumst (België) in 1980

Promotiecommissie:

Promotor:	prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
Overige leden:	prof. mr. A.G. Castermans
	prof. mr. Jac. Hijma
	prof. mr. J.M. Smits (Universiteit van Tilburg)
	prof. dr. M.E. Storme (Katholieke Universiteit Leuven, Universiteit Antwerpen, België)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

436 pag. – 24 x 16 cm

Van dit proefschrift verscheen bij Maklu eveneens een handelseditie
(isbn 978-90-466-0369-7)

© 2010 Maklu-Uitgevers nv en Bart J. de Vos

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de auteur en van de uitgever.

Maklu-Uitgevers
Koninginnelaan 96, NL-7315 EB Apeldoorn, www.maklu.nl, info@maklu.nl
Somersstraat 13/15, B-2018 Antwerpen, www.maklu.be, info@maklu.be

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN IX

1 INLEIDING 1
1.1 Inzet 1
1.2 Verantwoording 4
1.3 Opzet 7

2 HISTORIEK 9
2.1 Inleiding 9
2.2 Nationale schetsen 10
2.2.1 Duitsland 10
2.2.2 Italië 21
2.2.3 Oostenrijk & Zwitserland 23
2.2.4 Nederland 29
2.2.5 Portugal & Spanje 35
2.2.6 België & Frankrijk 38
2.3 Comparatieve annotaties 45
2.3.1 Een uitdijend spectrum 45
2.3.2 Oorlogs- en grondrechtenretoriek 53
2.3.3 Europa in perspectief 61
2.4 Conclusie 63

3 EENHEID EN VERSCHEIDENHEID 65
3.1 Terminologie. Horizontale werking omschreven 65
3.1.1 Grondrecht 70
3.1.2 Werking 80
3.1.2.1 Inleiding 80
3.1.2.2 Direct vs. indirect: een diffuus onderscheid 81
3.1.3 Conclusie 91
3.2 Grondslag 91
3.3 Systematiek 103
3.3.1 Werking 103
3.3.2 Grondrecht 111
3.3.2.1 Klassieke vs. sociale grondrechten 111
3.3.2.2 Constitutie vs. EVRM 113
3.3.3 Conclusie 131
3.4 Conclusie 131

4 *FALLGRUPPEN* 133
4.1 Onrechtmatige daad 136
4.2 Contractenrecht 153
4.3 Familierecht 164
4.4 Conclusie 176

5 OVERVLOED EN ONBEHAGEN 179
5.1 Procespartijen 179
5.2 Magistratuur 182
5.3 Doctrine 185
5.4 Conclusie 202

6 AANSPRAKEN EN ONVERMOGEN 203
6.1 Inleiding 203
6.2 Competentie ontkleed 203
6.2.1 Articulatie 203
6.2.2 Oriëntatie 205
6.2.3 Afweging 216
6.2.4 Zwakke partij 224
6.3 Conclusie 229

7 ELEMENT TOT CONVERGENTIE? 231
7.1 Transnationale referentie 234
7.1.1 Globale appreciatie 234
7.1.2 Casestudy: *Wrongful life* 238
7.1.3 Conclusie 246
7.2 Supranationale referentie 247
7.2.1 Nederland 248
7.2.2 Engeland 256
7.2.2.1 Impressie, deel 1 256
7.2.2.2 Intermezzo: 2 Casestudies 258
7.2.2.2.1 Functional public authority 258
7.2.2.2.2 Privacy 263
7.2.2.3 Impressie, deel 2 274
7.3 Conclusie 276

8 HORIZONTALE WERKING ALS *TROJAN* 277
8.1 Degeneratie vrijheid 279
8.2 Credibiliteit jurisprudentie 282
8.3 Devaluatie autoriteit 283

SAMENVATTING 287
SUMMARY 293
AANGEHAALDE LITERATUUR 299
RECHTSPRAAKREGISTER 383
TREFWOORDENREGISTER 413
CURRICULUM VITAE 417

Lijst van afkortingen

A&M	Auteurs & Media
A.C.	Law Reports: Appeal Cases
A.J.T.	Algemeen Juridisch Tijdschrift
A.R.	Algemene rol
AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Act. dr.	Actualités du droit: Revue de la Faculté de droit de Liège
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADH	Anuario de Derechos Humanos
AfP	Archiv für Presserecht
A-G	Advocaat-generaal
AG	Amtsgericht
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnel
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AJDI	Actualité juridique – Droit immobilier
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Ann. Dr. Louvain	Annales de droit de Louvain
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Arbh.	Arbeidshof
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
Arbrb.	Arbeidsrechtbank
Arch. loc. e cond.	Archivio delle locazioni e condominio
Arr. R.v.St.	Verzameling van Arresten van de Raad van State
ATC	Acórdãos do Tribunal Constitucional
AuR	Arbeit und Recht
B.Z.	Bijzondere zitting
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BBl.	Bundesblatt (Zwitserland)
BCLR	Butterworths Constitutional Law Reports
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bundesgesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht (Zwitserland)

BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMLR	Butterworths Medico-Legal Reports
BOE	Boletín Oficial del Estado
Boletim Min. Justiça	Boletim do Ministério da Justiça
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambres civiles
BV	Bundesverfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel; Corte d'appello
Can. J. L. & Soc.	Canadian Journal of Law & Society
Cass.	Hof van Cassatie; Cour de Cassation; Corte di Cassazione
CC	Code Civil; Código Civil; Codice Civile
CE	Conseil d'État
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
Ch.	Law Reports: Chancery Division
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CLR	Commonwealth law reports (Australië)
Computerr.	Computerrecht
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Const.	Constitutie
Const. Comment.	Constitutional Commentary
Corr. giur.	Corriere giuridico
Corte Cost.	Corte Costituzionale
CRP	Constituição da República Portuguesa
D.	Recueil Dalloz
Danno e resp.	Danno e responsabilità
DB	Der Betrieb
De Verz.	Tijdschrift voor verzekeringen (Bulletin des assurances)
Dir. Fam.	Diritto e famiglia
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Diário da República
DVBl	Deutsche Verwaltungsblatt
DW	Die Wohnungswirtschaft
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
E.H.R.L.R.	European Human Rights Law Review
E.H.R.R.	European Human Rights Reports
E.I.P.R.	European Intellectual Property Review
E.M.L.R.	Entertainment and media law reports
Echos log.	Echos du logement
EConstLR	European Constitutional Law Review
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
ELJ	European Law Journal
Env. L. Rev.	Environmental Law Review
ERPL	European Review of Private Law

EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EWCA Civ	Court of Appeal, Civil Division
EWHC	High Court of England and Wales Decisions
F.S.R.	Fleet Street Reports
Fam. e dir.	Famiglia e diritto
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FD	Fundamentos de derecho
FF	Feuille fédérale
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
Foro It.	Il Foro Italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GG	Grundgesetz
Giur. compl. cass. civ.	Giurisprudenza completa della cassazione civile
Giur. It.	Giurisprudenza italiana
Giur. mer.	Giurisprudenza di merito
Giust. Civ.	Giustizia civile
Giust. Civ. Mass.	Giustizia civile massimario
Giust. Cost.	Giustizia e costituzione
GU	Gazzetta Ufficiale
HC Deb.	House of Commons Debates (Hansard)
HL Deb.	House of Lords Debates (Hansard)
HR	Hoge Raad
HRA	Human Rights Act 1998
HRb	Handelsrechtbank
HRCLJSA	Human Rights and Constitutional Law Journal of Southern Africa
I.P.Q.	Intellectual Property Quarterly
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
J. Civ. Lib.	Journal of Civil Liberties
J. Envtl. L.	Journal of Environmental Law
J.C.B.	Jurisprudence Commerciale de Bruxelles
J.L.	Jurisprudence de Liège
J.L.M.B.	Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
J.O.	Journal Officiel de la République Française
J.P.I.	Journal of Personal Injury Law
J.P.L.	Journal of Planning & Environment Law
J.T.	Journal des Tribunaux
J.T.T.	Journal des Tribunaux du Travail
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JBl.	Juristische Blätter (Oostenrijk)
JCP	La semaine juridique (édition générale)
JCP E	La semaine juridique (édition entreprise)
JCP S	La semaine juridique (édition sociale)

JÖR (NF)	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart (Neue Folge)
Journ. Proc.	Journal des Procès
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KaG	Kammergericht (off. KG)
KG	Kort Geding (act. Feitenrechtspraak)
Kg.	Kortgeding
KtG	Kantongericht (off. KG)
L.Q.R.	Law Quarterly Review
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
Lloyd's Rep. Med.	Lloyd's Law Reports Medical
Loyers et copr.	Loyers et copropriété
M.L.R.	Modern Law Review
Mac & G	Macnaghten and Gordon's Reports
Mass. Giur. It.	Massimario della Giurisprudenza italiana
Mass. Giur. Lav.	Massimario di giurisprudenza del lavoro
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MM	Mietrechtliche Mitteilungen
Mon. Trib.	Monitore dei Tribunali
MR	Medien und Recht
MvT	Memorie van Toelichting
N.Z.L.R.	New Zealand Law Reports
Nds Rpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NILR	Netherlands International Law Review
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWbl.	Nieuw Juridisch Weekblad (off. NJW)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
ÖA	Der österreichische Amtsvormund
ÖBA	Österreichische Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof (Oostenrijk)
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OM	Openbaar Ministerie
ÖRiZ	Österreichische Richterzeitung

OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego (Izba Cywilna) (Jurisprudentie Opperste Gerechtshof (Civiele kamer) (Polen))
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich (Jurisprudentie Poolse Rechtshoven)
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (Jurisprudentie Constitutioneel Hof (Polen)).
P.L.	Public Law
Pas.	Pasicrisie belge
P-G	Procureur-generaal
Pret.	Pretore
Prg.	De Praktijkgids
QBD	Law Reports: Queen's Bench Division
R. Cass.	Recente Arresten van het Hof van Cassatie
R.G.A.R.	Revue générale des assurances et des responsabilités
R.R.D.	Revue régionale de droit
R.v.St.	Raad van State
R.W.	Rechtskundig Weekblad
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RBDC	Revue Belge de droit constitutionnel
RD Publ.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RdA	Recht der Arbeit
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDH	Revue des Droits de l'Homme
RdPS	Revista de Política Social (off. RPS)
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. Gén. Enr. Not.	Receuil Général de l'Enregistrement et du Notariat
Rec. Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'état
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
Res. Jur. Imm.	Res et Jura Immobilia
Resp. civ. prev.	Responsabilità civile e previdenza
Rev. b. dr. const.	Revue belge de droit constitutionnel
Rev. dr. U.L.B.	Revue de droit de l' U.L.B.
Rev. Prat. Not. B.	Revue Pratique du Notariat Belge
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. trim. dr. h.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
Riv. giur. lav.	Rivista giuridica del lavoro
Riv. it. dir. lav.	Rivista Italiana di diritto del lavoro
RJ	Repertorio de Jurisprudencia (Ed. Aranzadi)
RJD	Reports of Judgments and Decisions (ECHR)

RJPF	Revue Juridique Personnes et Famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RPC	Reports of patent, design and trade mark cases
RPS	Revue Pratique des Sociétés
RRJ	Revue de la recherche juridique: droit prospectif
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvK	Raad voor Kinderbescherming
S.	Recueil général des lois et arrêts (Recueil Sirey)
SA	South African Law Reports
SAJHR	South African Journal on Human Rights
SAPL	South African Public Law
SdJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (off. SJZ)
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SEW	Sociaal-economische Wetgeving
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
SN	Sąd Najwyższego (Opperste Gerechtshof (Polen))
Soc. Kron.	Sociaalrechtelijke kronieken
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb	Staatsblad
Stcrt	Staatscourant
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
T. App.	Tijdschrift voor Appartements- en Immorecht
T. Gem.	Tijdschrift voor Gemeenterecht
T. Gez.	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht (België)
T. Vred.	Tijdschrift van de Vrede- en Politierechters
T.B.B.R.	Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht
T.B.P.	Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht
T.C.	Tribunal Constitucional
T.G.R.	Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak
T.M.R.	Tijdschrift voor Milieurecht
T.O.R.B.	Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid
T.S.	Tribunal Supremo
T.S.R.	Tijdschrift voor Sociaal Recht
T.v.O.	Tijdschrift voor Ondernemingsrecht
TGI	Tribunal de grande instance
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
TK	Trybunał Konstytucyjny
TKw	Toepassing der Kinderwetten
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
Trib.	Tribunale, Tribunal
TSAR	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht (Nederland)
UKHL	United Kingdom House of Lords Decisions
UVRM	Universele verklaring van de rechten van de mens

VE	Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung (1977)
Vred.	Vredegerecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
W.	Weekblad van het Recht
W.L.R.	Weekly Law Reports
Weim. Verf.	Weimarer Verfassung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Wertpapiermitteilungen)
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WR	Woonrecht
Wrr.	Werkrechtersraad
Wrr. Ber.	Werkrechtersraad van Beroep
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung (Oostenrijk)
ZGB	Zivilgesetzbuch (Zwitserland)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZÖR (NF)	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Neue Folge)
ZSR (NF)	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Neue Folge)

1 Inleiding

Il y a à parier que toute idée publique,
toute convention reçue, est une sottise,
car elle a convenu au plus grand nombre.
- Chamfort

1.1 INZET

Grondrechten (*c.q.* fundamentele rechten)[1] zijn *en masse* de Rubicon overgestoken, zo wordt verhaald. Vanuit de veilige thuishaven van het publiekrecht zijn ze doorgedrongen tot het terrein van het privaatrecht en hebben daarin hun gezag ten toon gespreid. Golden zij voorheen nog slechts als normen die de civielrechtelijke legislatie mede formeerden en eventueel evalueerden, dan is met de opkomst van de zogenaamde horizontale werking de infiltratie op een wezenlijk hoger niveau gebracht.

Horizontale werking (derdenwerking, *Drittwirkung*) proclameert immers een markante uitbreiding van het toepassingsgebied van grondrechten. Niet enkel zouden deze zich zoals voorheen tot de Staat richten, maar evenzeer particulieren binden: het individu vermag zich (al dan niet via bemiddeling van zuiver privaatrechtelijke normen) ook ten aanzien van zijn medeburgers op grondrechten beroepen. Horizontale werking staat met andere woorden voor een zuivere applicatie van deze grond- *c.q.* fundamentele rechten *als dusdanig*[2] in verhoudingen tussen particulieren.

Het aanzicht van privaatrechtelijke jurisprudentie is daardoor op sommige domeinen aanzienlijk gewijzigd. Het mediarecht is één daarvan. Zo bijvoor-

---

1 Waaronder wordt begrepen de rechten die *als dusdanig* in nationale respectievelijk internationale documenten gepositiveerd zijn. Daar horizontale werking beide betreft, en de implicaties daarvan gelijkluidend zijn, worden deze begrippen hiernavolgend als gelijk gehanteerd, behoudens waar uit de context uitdrukkelijk het tegengestelde blijkt (in bijzonder 3.3.2.2).

2 *Ergo* in deze verschijningsvormen en niet bijvoorbeeld als zijnde naar principe geïncorporeerd in specifieke privaatrechtelijke wetgeving die *in casu* speelt (*zum Beispiel*: eenvoudige applicatie van de non-concurrentie legislatie maakt geen horizontale werking uit ook al ligt in deze wetgeving onder meer eenzelfde waarde besloten als geïncorporeerd in het constitutioneel beschermde recht op vrijheid van arbeid, hetzelfde geldt trouwens indien de constitutionele norm bij de voorbereiding van deze wetgeving als inspiratiebron genoemd werd, wat werkt is -behoudens uitdrukkelijke fundamenteelrechtelijke referentie- de specifieke privaatrechtelijke cluster, niet het grondrecht).

beeld zijn persgeschillen, die voorheen in zuiver privaatrechtelijke termen werden afgehandeld, heden marginaal wanneer de onderliggende aanvaring tussen meningsuiting en privacy niet in termen van fundamentele of constitutionele rechten wordt gespecificeerd. Dat kan terloops geschieden, maar evengoed bijzonder geëlaboreerd:

> Zoals het hof terecht heeft overwogen […] gaat het in deze zaak om een botsing van twee fundamentele rechten, namelijk aan de zijde van [verweerster] het recht op vrijheid van meningsuiting en aan de zijde van [eiser] diens hiervoor nader omschreven recht op eer en goede naam en op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Het antwoord op de vraag welk van deze beide rechten in het onderhavige geval zwaarder weegt, moet worden gevonden door een afweging van alle terzake dienende omstandigheden van het geval. Zoals de Hoge Raad in […] het Paroolarrest heeft geoordeeld, komt bij deze afweging niet in beginsel voorrang toe aan het door art. 7 Grw. en 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting. Ditzelfde geldt voor de door art. 8 EVRM beschermde rechten. Dit brengt mee dat het hier niet gaat om een in twee fasen te verrichten toetsing […], maar dat deze toetsing in één keer dient te geschieden waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende tweede lid.[3]

Verwonderlijk is dat dergelijke aanwendingen niet eens bevreemdend meer werken, zelfs gewoonweg vertrouwd aanvoelen. Dat horizontale werking enige tijd geleden nog een omstreden theorie betrof zou bijna worden vergeten. Nochtans gaat het hier niet om een vanzelfsprekendheid. Grondrechten en zelfs de in verdragen gepositiveerde fundamentele rechten werden in oorsprong immers slechts geredigeerd als verweermiddel tegenover de Staat, niet tegenover de medeburger. De oorspronkelijke proponenten van horizontale werking hadden dan ook niet meer dan een gelimiteerde uitwerking voor oog: *Lückenfüllung* en bij uitzondering correctie van privaatrechtelijke aberraties.

Toch veroverde het concept van horizontale werking in de laatste decennia met een verbazingwekkende soepelheid bijna het gehele oude Europese continent. Vraag is echter of hiermee naast het aanzicht tevens de substantie van het privaatrecht gewijzigd is.

Vertrouwt men zich op de heersende teneur in de doctrine, dan is het antwoord zonder meer instemmend. Horizontale werking wordt daarin in toenemende mate voorgesteld als een sterk innoverende rechtsfiguur die binnen het privaatrecht (welk wordt gesuggereerd '[to have] failed to be responsive to legitimate concerns and societal shifts'[4]) een vooralsnog ontbrekende waardenoriëntatie importeert in verlossing van de aldaar naar sommigen nog steeds heersende *laissez faire* ideologie. Fundamentele rechten blijken opgezadeld met

3 HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274.
4 *Cf.* Kumm 2006, p. 365.

de taak 'to disentrench existing (exclusionary) private-law practices',[5] en vormen voor de ontwikkeling van het privaatrecht het lichtende pad:

> Der Wertegehalt der Grundrechte soll in schwierigen Zeiten einen Weg weisen, und zwar gerade dann, wenn gemeinsame Grundüberzeugungen schwinden. Sagen uns womöglich die Grundrechte, einem Orakel gleich, was soziale Gerechtigkeit ist, welche Gemeinschaftsgrundlagen maßgeblich sind, wo und wann einmal die Freiheit des Einzelnen und wann das Interesse der Gemeinschaft zurückstehen muss? Können wir uns in einer komplexen und verwirrenden Welt wenigstens an Höchstwerten, an sicheren Grundwerten festhalten, die in Verfassungsurkunden aufgeschrieben und von klugen Richtern für Recht erkannt werden? Es scheint alles ganz einleuchtend [...] Wird ein Grundrecht zum objektiven Prinzip erklärt und intensiv seine Wertsubstanz offengelegt, entsteht ein so helles Licht, dass alles andere in den Schatten gerät.[6]

De kwaliteiten die daartoe aan fundamentele rechten toegedicht worden, zijn uitermate veelvuldig. Zo bijvoorbeeld prees de Nederlandse hoogleraar Lindenbergh deze tijdens de Leidse conferentie 'Constitutionalisation of Private Law' in de volgende termen:

> Fundamental rights may contribute to the articulation of highly appreciated personal interests […] set the course and offer useful reference points for making important decisions […] be useful tools in determining the reasonableness of choices to be made […] be regarded as rich sources for the arguments to be put forward […] offer a possibility above all for articulating the interests to be relevant to the dispute.[7]

De lijst is daarmee verre van af. Terugkerende aanspraken zijn onder meer dat middels horizontale werking de fundamentele rechten het privaatrecht deelachtig maken aan de hogere sfeer van onveranderlijke normen, zij een betere articulatie van de in het geding gebrachte fundamentele belangen verzorgen, de afwegingen daarvan aanscherpen, de rechtsbedeler aan meer objectieve normen binden en aldus op verhoogde consistentie in jurisprudentie aansturen, een systeemvreemde doch binnen huidige maatschappij verzuchte solidariteit injecteren, *etc.*

De verwezenlijking van het leerstuk blijkt dan ook enorm:

> In western continental Europe, [horizontal effect of fundamental rights] has been a powerful and effective means to develop and innovate private law. The supreme rank of fundamental rights, freedoms and constitutional principles has provided the courts with the legitimacy necessary to move away from established principles of private law no longer respondent to the spirit of the time. Through horizontal

5 *Cf.* Gerstenberg 2004a, p. 63.
6 Di Fabio 2004, p. 1-2.
7 Lindenbergh 2006, p. 125-127.

> effect, courts have ensured contemporary private law offers higher levels of protection for weaker parties and stronge consideration of non-economic values.[8]

Echter, naar deze studie tracht aan te tonen dient het globale effect van horizontale werking heel wat lager te worden ingeschat dan in deze voorstellingen het geval is. Niet betreft horizontale werking een hemelstormende innovatie, maar een eerder zwak onderbouwd en diffuus leerstuk dat voornamelijk niet meer dan een terminologische wissel voorstaat (hertaling van belangen in fundamentele rechten), weinig van de haar toegedichte kwaliteiten werkelijk verwezenlijken kan en als kers op de taart zelfs malicieuze kantjes heeft.

1.2 VERANTWOORDING

Dergelijk programma vergt uiteraard enige methodologische toelichting, al was het maar omdat zij zich niet volgens de heden *quasi* dogmatische vereiste van probleemstelling *structureert*, maar zich direct als uitgewerkte conclusie presenteert.[9]

De verklaring hiervoor schuilt erin dat het onderzoek dat aan deze studie ten grondslag ligt onder geheel ander oogmerk tot stand kwam. Slechts de vaststellingen daarbij opgedaan vormden de aanleiding voor onderhavig werk. Immers bleken deze vaststellingen een veel kritischer beeld van horizontale werking te presenteren dan in de doctrine traditioneel geschetst.[10]

Dergelijke opzet en ontstaansgeschiedenis verzoeken naartoe de lezer uiteraard een veel krachtdadigere, directere presentatie van de onderzoeksresultaten dan de aftastende descripties die traditionele opstellingen meestal opleveren. Aan de voorschriften van wetenschappelijk onderzoek wordt daarmee niet tekort gedaan.[11] Integendeel, een dergelijke rechtstreekse voorstelling maakt dat van bij aanvang elke zin, elke stelling door de lezer aan de centrale these zal worden getoetst. Meer dan enige andere presentatievorm stelt ze zich bloot, strijdt ze met open vizier, stimuleert ze de ontvanger tot kritiek in diens receptie.

---

8 Ciacchi 2005, *n.f.*

9 Zie m.b.t. deze nadruk op probleemstelling binnen juridisch onderzoek in bijzonder Van Gestel & Vranken 2007, p. 1448 *et seq.*

10 Vanzelfsprekend, het is bijna te banaal te vermelden, laat dit onverlet dat in uitwerking van het *onderzoek* van deze oorspronkelijke these uiteraard de specifieke, *in casu* evaluerende vraagstelling naar praktische waarde van horizontale werking (en een daaraan gelieerd onderzoek naar het afwijkend discours in de doctrine) de mars dirigeerde.

11 Merk overigens op dat ook Van Gestel & Vranken 2007, p. 1449 erkennen dat 'goed wetenschappelijk onderzoek niet gelijkstaat aan het rechtlijnig volgen van een stappenplan', zodat dergelijks *a priori* zeker niet kan beweerd worden wat de weergave van het onderzoek aangaat, d.w.z. in die zin dat het een slaafse, systematische rapportage van het gevolgde onderzoeksplan zou vereisen.

Vanzelfsprekend is daartoe vereist dat het onderzoeksveld, als enige domein waarin de geponeerde stellingen gelding claimen, evenals de gehanteerde techniek en vooropstellingen, nader worden gespecificeerd.

Vooreerst noopt dit tot een toelichting van het begrip horizontale werking, hetwelk, zoals reeds gesteld, staat voor de zuivere applicatie van grond- *c.q.* fundamentele rechten als dusdanig in verhoudingen tussen particulieren. Niet gaat het daarbij dus om een eenvoudige verticale toepassing met effect doordringend tot in de horizontale sfeer,[12] noch om de aanwending van louter fundamentele *waarden* of *belangen*.[13] In het verlengde daarvan dient ook onderstreept te worden dat de problematiek van horizontale werking niet betreft de vraag of en zo ja welke fundamentele *waarden* in het privaatrecht dienen door te werken. Het privaatrecht is nimmer waarde*n*loos geweest en zal dat ook nooit zijn daar dit eenvoudigweg een *logische* onmogelijkheid betreft.[14] Welke waarden de overhand dienen te krijgen is een rechtspolitieke vraag, deze betreffende horizontale werking daarentegen een rechtsinstrumentele: de vraag of grondrechten tot verwezenlijking van deze maatschappelijke preferenties uitgelezen instrumenten uitmaken.

Systeemtechnisch limiteert deze studie zich tot het burgerlijk recht *sensu stricto*, d.w.z. familiaal en vermogensrecht. Een voor horizontale werking interessant domein als het arbeidsrecht blijft daarbij uitgesloten niet enkel omdat de draagwijdte van het onderzoek hiermee al te zeer uitdijen zou, of omdat terzake al behoorlijke studies bestaan,[15] maar in het bijzonder omdat de overduidelijke machtsverhoudingen die aan heel deze rechtstak ten grondslag liggen in vergelijking met het domein van het burgerlijk recht een gedifferentieerde applicatie en appreciatie van het leerstuk inhouden.

Geografisch ligt de nadruk met een kleine voorsprong op Nederland, maar komen daarnaast België, Duitsland, Engeland, Frankrijk, Italië, Oostenrijk, Portugal, Spanje en Zwitserland meer prominent aan bod. Kortom, West-Europa. De logica is niet dat dergelijke internationaliteit nu eenmaal modieus is, wel dat een beperktere studie tekort zou doen aan dit leerstuk dat toch een min of meer gelijkmatige doorstroming doorheen West-Europa heeft gekend. Daarenboven levert juist dergelijke supranationale blik interessante kennis op wat betreft de oorsprong, capaciteit en betekenis van het leerstuk. De specifieke keuze is *functioneel* in die zin dat zij voor het eigen (nationale) kader aansluiting moet kunnen voorzien en relevant zijn (reden waarom nochtans

---

12 Hoewel het onderscheid niet steeds duidelijk te maken is (bijvoorbeeld in geval van privaat verzochte verordendende maatregelen zoals een straat- of publicatieverbod), in welk geval dergelijke toepassingen toch in de studie opgenomen werden.

13 Zie in detail § 3.3.1.

14 Volstaat te verwijzen naar de hedendaagse voorstelling van het privaatrecht als een continuüm tussen individualisme enerzijds en altruïsme anderzijds. Zelfs in de hypothese dat één dezer bij exclusie van de ander zou primeren, betreft deze invulling nog steeds een waardengeoriënteerde -en geen waardenloze- preferentie.

15 O.a. Abrantes 2000.

interessante ontwikkelingen en zienswijzen uit bijvoorbeeld Israël, Zuid-Afrika en Latijns-Amerika slechts tot voetnoten zijn verbannen). Tegelijk is zij evenwel – de tragiek van de rechtsvergelijker – beperkt door een taalbarrière. Onderzoek kan immers slechts geschieden aan de hand van *voldoende* bronnen in de *oorspronkelijke* taal. Bij voornoemde rechtsstelsels was dit het geval. Intrigerende ontwikkelingen zoals zich voordoen aan de oostelijke zijde van het eertijdse ijzeren gordijn of de apathie die zich laat opmerken in de Scandinavische landen moeten daarom echter, een occasionele opmerking terzijde gelaten, buiten beschouwing blijven.[16]

Onderzoekstechnisch ligt de nadruk sterk op rechtspraak. Uiteraard omdat meer heil schuilt in de studie van *the law in action* in plaats van *the law in books*, meer nog omdat horizontale werking een uitermate jurisprudentiële figuur betreft, maar in het bijzonder omdat dit in de doctrine juist al te sterk genegeerd wordt. Wel wordt in de gemiddelde publicatie naar rechtspraak verwezen, maar bijna steeds gaat het daarbij dan om fragmenten uit een eeuwig herkauwde, gelimiteerde collectie uitspraken (overigens frequent bekender wegens betrokkenen of onderwerp dan door hun betekenis voor horizontale werking).[17] Dat is aangenaam als *amuse* in een juridisch artikel, maar onverantwoord voor werkelijk onderzoek. Middels een beperkte selectie kan immers elk standpunt bewezen worden. Overigens ligt pas in het verlengde hiervan een der meest ontluisterende vaststellingen want niet enkel blijkt een aanzienlijk deel van de doctrine met deze 'horizontale' rechtspraak onvoldoende vertrouwd maar evenzeer met de zuiver privaatrechtelijke equivalenten daarvan. Zonder deze kennis kan nochtans niets over de meerwaarde van horizontale werking, of over horizontale werking *überhaupt*, gezegd worden. Deze vaststelling is des te pijnlijker nu het beeld dat uit de rechtspraak ontspringt juist een ontkenning van de horizontale werking fêterende doctrine vormt: overwegend blijkt horizontale werking voor niet meer te staan dan een terminologiewissel, voor een hertaling van voorheen simpelweg aangeduide belangen in fundamenteelrechtelijke termen. En *a rose by any other name* ….

Een en ander betekent uiteraard niet dat doctrine mag worden genegeerd, al was het maar voor de contrastwerking. Daarenboven is deze, in ruime opvatting, noodzakelijk tot inschaling van de horizontale rechtspraak, *ergo* tot algemene kennis van het desbetreffende rechtsstelsel waarin zij *in casu* haar uitwerking verkrijgt, de stand van rechtspraak daarin evenals de pijnpunten, de visie op en aanwending van de grondrechtencatalogus, de heersende inhibities en tradities en al dies meer. Dergelijk onderzoek is de onvermijdelijke last die op elke correct uitgevoerde *law in action* studie weegt, voorzeker de rechtsvergelijkende. Daarenboven wordt deze plicht bij studie van horizontale

16 Gebruik werd in deze gemaakt van overwegend Engels- en Duitstalige bronnen, bij uitstek van de hand van plaatselijke auteurs. Slechts in twee instanties werd uit taaleigen bronnen gepuurd, nl. Ivičič 2007 (Tsjechië) & Bodnar 2008 (Polen).

17 Zie in detail § 4.

werking nog meer opgeschroefd, onder meer doordat de soms vage en niet overal gelijke lijn tussen publiek- en privaatrecht evenals de daartoe behorende distinctie tussen privaat- en publiekrechtelijke entiteiten[18] fijn dient te worden gefileerd, evengoed als het kluwen tussen privaatrechtelijke afhandeling en de al dan niet substantiële toevoeging van fundamentele rechten daaraan behoeft te worden ontward, maar anderzijds tevens door de bewogenheid en voornamelijk terminologische verwarring die in dit veld speelt. Bijna nergens kennen zogenaamd objectieve, neutrale publicaties zoveel tegenspraak als ter zake horizontale werking. Het enige tegengif daarvoor is een ruime literatuurstudie (en de aanbeveling aan elke geïnteresseerde nimmer een empirische publicatie omtrent horizontale werking te vertrouwen zo de voetnoten daarbij niet van ruim onderzoek getuigen), maar één waarvan de *weergave* stopt bij de grens die dit werk zich stelt: praktisch georiënteerde correctie van de bestaande voorstelling, omdat daartoe *nood* bestaat, doch geen eindeloze reïteratie van door anderen geponeerde standpunten, omdat het daaraan in de rechtsliteratuur allerminst ontbreekt (en overigens omdat *recapitulatie* van het werk van anderen m.i. niet in de *persoonlijke* proeve van bekwaamheid van een wetenschappelijk onderzoeker hoort, welke afwijkende opvattingen daar ook over mogen bestaan). Zo bijvoorbeeld is geen index opgenomen van de massa dogmatische constructies die achter het decor tot handhaving van horizontale werking zijn geschraagd, onder meer doordat daaraan reeds een overvloed bestaat, maar in het bijzonder doordat de veelheid aan dergelijke beschouwingen zich toespitst op fijnzinnige grenscorrecties aan het onderscheid tussen directe (d.w.z. werking van het grondrecht als dusdanig, inclusief de exclusieclausules) en indirecte (d.w.z. als uitdrukking van principe, veelal via open normen) horizontale werking terwijl in realiteit de wijze van werking geen verschil uitmaakt, ja, soms zelfs niet eens te constateren valt; en deze ook voor het overige meestal van praktische impact gespeend zijn.

1.3 Opzet

Hiernavolgend wordt vooreerst in hoofdstuk twee de opkomst van het leerstuk geschetst, met een nieuwe visie op de oorzaken tot ontwikkeling ervan en de daarmee samenhangende breuklijn in Europa (tussen rechtspolitiek geïnspireerde introductie enerzijds en graduele doorsijpeling anderzijds) die de verwachtingen en betekenis door de hedendaagse doctrine aan horizontale werking

18 Verwezen kan onder meer worden naar de voor de hand liggende Engelse discussie omtrent 'hybrid authorities' (zie § 7.2.2.2.1), maar de werkelijk problematische kwesties liggen veel dieper en schuilen in voor de rechtsvergelijker soms amper inzichtelijke of onopvallende kwalificaties die al dan niet de relatie van procespartij tot staatsgezag (o.a. als gedelegeerde) aanduiden (e.g. de Franse *OPAC*'s die in weerwil van duidelijk publieke kwalificatie toch niet als dusdanig aangemerkt worden en waarvan het karakter de laatste jaren overigens wijzigingen heeft ondergaan (zie hoofdstuk 3, voetnoot 290)).

toegekend onder druk zet of althans toch relativeert. Het derde hoofdstuk viseert de verdeeldheid welke achter dit in Europa schijnbaar uniform gedeelde concept schuil gaat, de opmerkelijke dogmatische lichtheid, de markante en schijnbaar ongecoördineerde variatie in applicatie en – terloops doch onvermijdbaar – de daarmee gepaard gaande aberraties in de doctrine. Het vierde hoofdstuk geeft een overzicht van de meest prominente horizontale werking jurisprudentie, daarbij illustrerende hoezeer formele (of anderszins weinig substantiële) toepassingen overheersen. Het daaropvolgend hoofdstuk reikt hiervoor de verklaringen aan en, hoewel deze verklaringen geheel natuurlijk op relatieve overhand van formele aanwendingen aansturen, hoezeer binnen de doctrine niettemin een bereidheid bestaat elke eenvoudige grondrechtsaanwending steeds als instrumenteel, eventueel zelfs doorslaggevend, te beschouwen. Daarenboven, ook met deze formele uitspraken uitgefilterd blijft het werkelijk vermogen van horizontale werking beperkt, zoals hoofdstuk zes betoogt: de door pleitbezorgers aangevoerde aanspraken aangaande articulatie, oriëntatie, betere belangenafweging en zelfs bescherming van de zwakke partij schijnen meestal overdreven. Zelfs een vooralsnog weinig geopperd doch beloftevol vermogen tot convergentie blijkt in praktijk beperkt. Ten slotte wordt in het laatste hoofdstuk geduid dat horizontale werking ook niet zonder gevaren blijkt: degeneratie van vrijheid, aantasting van de geloofwaardigheid der rechtsbedeling en zelfs aantasting van het gezag van grondrechten behoren tot de klippen waar de huidige koers mogelijk op aanstuurt.

2 Historiek

2.1 Inleiding

Onderhavig hoofdstuk beoogt summier het uitdeiningsproces van het *Drittwirkung*-leerstuk over continentaal West-Europa te schetsen, evenwel vanuit een alternatief perspectief en afwijkend van de traditionele voorstelling van zaken.

Naar algemeen heersende overtuiging werd het leerstuk in het Duitsland van de jaren '50 ontwikkeld als een *innovatieve* rechtsfiguur, bestemd tot bescherming van fundamentele rechten in intersubjectieve relaties waar het privaatrecht daarin *faalt* of althans enigermate tekort schiet; kortom een *noodwendig* instrument tot garantie van constitutionele waarden in het civiele domein. In de daarop volgende decennia, en in het bijzonder vanaf de jaren '80, werd, in erkenning van voormelde karakteristieken, deze leer dan *quasi* uniform gerecipieerd door overige Europese landen.

Dit is de traditionele perceptie in een notendop, maar in de doctrine wordt, behoudens een verpozing bij de legendarische *Lüth* uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* en eventueel de strijd tussen aanhangers van directe en indirecte werking (wat naar huidige praktijkkennis eerder als een ondergeschikte schermutseling kan worden afgedaan), meestal weinig meer gegeven. Het is dan ook deze opvatting die wijd en zijd als onaantastbare, onloochenbare vooropstelling wordt erkend en uitgedragen.

Op deze voorstelling van zaken lijkt nochtans wat af te dingen. Een aantal elementen daarvan hebben niet enkel historische waarde, maar zijn van betekenis voor de huidige appreciatie van deze rechtsfiguur. Zo blijkt het vernieuwende karakter van de initiële Duitse jurisprudentie relatief en is aannemelijk dat ook andere motieven dan een eenvoudig verlangen tot correctie van het privaatrecht een rol hebben gespeeld. Verder voltrok de receptie zich niet uniform maar zette zich door in twee onderscheiden typen, afhankelijk van het bestaan van een recent totalitair verleden, welk aspect relevant is voor de interpretatie van de hedendaagse noodzaak tot derdenwerking. Ten slotte blijken sommige rechtsstelsels jurisprudentie te bezitten waarin grondrechten in horizontale verhoudingen werden toegepast lang vooraleer het leerstuk werd gerecipieerd of zelfs maar geconcipieerd.

2.2 Nationale schetsen

2.2.1 Duitsland

De officiële geschiedschrijving vangt aan te midden van verwoeste steden. De *ratio temporis* is significant. Het Derde Rijk liet ook bij juristen een erfenis van diepe trauma's na: het gekoesterde recht, 'model van rechtvaardigheid', bleek verworden tot een simpel instrument van de bloed & bodem ideologie. Gevolg was vertwijfeling, verwarring en schaamte, vooral wat het ooit zo ongenaakbaar geachte privaatrecht betrof.[1] Aan de andere zijde van het spectrum, in het constitutionele recht, had al snel een herbronning plaats gevonden. De aarzelende reanimatie van het westelijke Duitsland had in haar kielzog een grondrechtencatalogus en een constitutioneel hof geïntroduceerd.[2] Meer dan een louter technische verwezenlijking werd dit verwelkomd als de intrede van een nieuw ethos, een ethos met de menselijke waardigheid als centraal en, belangrijker nog, *effectief* gegeven. Naar traditionele voorstelling had de verguisde Weimar-republiek in dit opzicht immers weinig voorgesteld: weliswaar had ze diep verscholen in de grondwet een grondrechtencatalogus bezeten,[3] doch deze werd (overwegend) beschouwd als een politieke beginselverklaring zonder verbindende kracht.[4] Ook constitutionele toetsing was, logischerwijze, nooit echt van de grond gekomen. In de grondwet van 1949, gegenereerd onder het expliciete devies 'Nie wieder Weimar'[5] en met het recente falen onbetwistbaar in het geheugen, heerste daarentegen wat zou kunnen aangemerkt worden als een constitutionele renaissance: met de mens als centraal gegeven werden de grondrechten vooraan in de grondwet gepositioneerde, afdwingbare subjectieve rechten.[6]

Reeds in deze voorstelling zit een pastiche verscholen, die voornamelijk in de laatste decennia steeds meer opgang maakt en past in de tendens binnen de huidige Duitse rechtsleer om de grondrechtendogmatiek onder de Weimarrepubliek 'auf ein Lehrstück für die Gefahren eines blutleeren Positivismus und Wertrelativismus zu reduzieren'.[7] De Weimar-Constitutie was niet dermate ongenadig of gedesinteresseerd ten aanzien van grondrechten als in de

1 Zie echter Wahl 1946, p. 27-30 waar in vergelijking met het publiekrecht de superieure integriteit van het privaatrecht benadrukt wordt.
2 Bonner Grundgesetz *d.d.* 23 mei 1949.
3 Art. 109 *et seq.* De daaraan voorafgaande constitutie van het Keizerrijk (1871) bezat geen grondrechtencatalogus (zie Stern 1988, p. 118-120 (& 335)).
4 Brüggemeier 2006, p. 61, Flessner 1998b, p. 87 en uitvoeriger Krüger 1949, p. 163-164; zie verder tevens Böckenförde 2004, p. 600. Vgl. kritisch Leisner 1960, p. 296.
5 Ule, *DVBl* 1949, p. 334.
6 Hufen 1999, p. 1505.
7 *Cf.* Rensmann 2007, p. 59.

regel wordt voorgesteld,[8] maar integendeel behoorlijk vooruitstrevend voor haar tijd, wat onder meer blijkt uit haar incorporatie van sociale grondrechten naast de traditionele klassiek-liberale catalogus.[9] Daarenboven vierde de visie alsdat het hier slechts politieke beginselverklaringen betrof slechts hoogtij tot ongeveer 1924, vanaf welk ogenblik de heersende crisis, en met name de socialistische dreiging die daaruit voor de heersende klasse ontstond, ervoor zorgde dat grondrechten plots een interessant instrument werden tot handhaving van de burgerlijke *status quo*.[10] Met name vanuit conservatieve hoek zouden de juristen komen die zich, evenzeer na de oorlog, opwierpen als meest fervente verdedigers van de gelding der grondrechten.[11] Ook constitutionele toetsing was niet *geheel* afwezig geweest[12] en daarenboven had het *Reichsgericht* reeds in de afhandeling van zuiver privaatrechtelijke vraagstukken aansluiting bij de grondwet gezocht.[13] Het derdenwerkingsvraagstuk kent bovendien juist zijn vroegste doctrinaire wortels in deze periode.[14] Het is zelfs zo dat de *Weimarer Verfassung* grondrechten bevatte welke een duidelijke horizontale werking bezaten,[15] met name art. 118, betreffende de vrijheid van meningsuiting,[16] en art. 159, betreffende de vrijheid van vereniging.[17] Binnen de huidige doctrine is deze wetenschap zo goed als vervlogen en

---

8 Zie m.b.t. de grondrechtenvisie onder Weimar o.a. Gusy 1993, p. 163 *et seq*. (onder meer opmerkende alsdat '[a]m Anfang der Republik stand Grundrechtsoptimismus, wenn nicht gar Grundrechtseuphorie').

9 Scheuner 1971, p. 254; gelijkaardig Rensmann 2007, p. 60. Vgl. Dürig 1953, p. 193 (kritisch m.b.t. sociaalrechtelijke betekenis).

10 Stolleis 2003a, p. 273. Zie tevens Geck 1963, p. 127.

11 Stolleis 2003a, p. 273.

12 Het *Reichsgericht* had een (aarzelende) aanzet gegeven, o.a. in RG 28 april 1921, *RGZ* 102, 161 en in het bijzonder RG 4 november 1925, *RGZ* 111, 320, maar de reikwijdte hiervan was wel beperkt (Dietze 1957, p. 545-548; Heun 2003, p. 201; Stolleis 2003a, p. 272-273; secundair Böckenförde 2004, p. 599; Schmitt 1931, p. 12-22 en m.b.t. de toetsingsbevoegdheid meer algemeen Gusy 1997, p. 216 *et seq.*).

13 Krüger 1949, p. 164.

14 Leisner 1960, p. 293 (*et seq*.), zie echter de kritiek van Stern 1988, p. 1515, voetnoot 10 alsdat Leisner de sporadische uitingen aangaande horizontale werking in de Weimarse staatsrechtsleer zou hebben overschat. Zie tevens Hofmann 1989, p. 3185.

15 Wel golden deze enkele expliciet met horizontale werking begiftigde grondrechten in de regel als argument *a contrario* tot staving dat het de overige grondrechten aan dergelijke strekking ontbrak (Rüfner 2000, p. 550).

16 'Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits – oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht'. Zie o.a. Erdsiek 1965, p. 257-260; Schwerdtner 1973, p. 378-379.

17 'Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig'. Zie o.a. Leisner 1960, p. 293 *et seq.* die ook nog in verband met andere grondrechten in de *Weimarer Verfassung* op een zekere (potentiële) horizontale werking duidt; Stern 1988, p. 1517; Von Mangoldt/Klein 1966, p. 62.

ontstaat ten onrechte de impressie van een complete cesuur tussen de voor- en naoorlogse rechtswetenschap en de genese van de *Drittwirkung*sleer uit het niets. Het is overigens ook een indicatie dat van de initiële publicaties over dit leerstuk, hoewel binnen de huidige doctrine nog steeds geciteerd, amper daadwerkelijk kennis wordt genomen, aangezien hierin deze band met dit verleden nog niet was doorgeknipt.[18] Uiteraard dient ook voor overdrijving in de andere zin te worden gehoed; onder Weimar was het leerstuk slechts embryonaal, de toepassing bijzonder terughoudend; door het vroegtijdige einde van de Republiek konden deze zich langzaam aftekenende ontwikkelingen nimmer tot volle wasdom komen.

De totalitaire staatsperiode die voor dit einde verantwoordelijk was had anderzijds wel geresulteerd in een verhoogd bewustzijn omtrent het politieke karakter van privaatrecht[19] en aldus het verlangen naar meer standvastige begrippen opgeworpen. De meer prominente grondrechtenideologie die zich met de introductie van het *Bonner Grundgesetz* (en enkel nieuwere *Landesverfassungen*) aandiende maakte, in deze onzekere *Nachkriegszeit*, de grondrechtencatalogus ook voor civilisten tot uitgelezen en bijzonder welgekomen oriëntatiepunt.[20] Zo merkte Krüger in het *Neue Juristische Wochenschrift* van 1949 op:[21]

> Zwei Impulse hätten in der Nachkriegszeit eine stärkere Nutzbarmachung der Verfassungen für die Rspr. der ordentlichen Gerichte erwarten lassen. Einmal hätte sich, als begreifliche Reaktion auf die mancherlei vorausgegangenen Beeinträchtigungen der richterlichen Unabhängigkeit, eine ausgesprochene Verfassungsfreudigkeit in der Rspr. bemerkbar machen können. Zweitens hätte es wohl nahegelegen, in der Rechtsunsicherheit und der Rechtsverwirrung der Nachkriegszeit die alten und die neuen Verfassungen als die Orientierungspunkte zu benutzen, mit deren Hilfe man sich einen Weg durch das unübersichtliche Rechtsgelände hätte bahnen können.

Deze tendens zou echter op zich laten wachten tot midden jaren '50. Op enkele jaren verklaarden dan evenwel de drie belangrijkste Duitse rechtshoven zich voorstander van privaatrechtelijke gelding van grondrechten, en vormden daarmee de illustere drievuldigheid die de canon van *Drittwirkung*-rechtspraak inleiden zou.

---

18 Zo vormen art. 118 en 159 *Weimarer Verfassung* voor de uiterst gezaghebbende Nipperdey geen geïsoleerde uitzonderingsgevallen maar een duidelijke indicatie dat een gewijzigde opvatting terzake de functie van grondrechten, namelijk een waarin men zich bewust werd van het feit dat niet enkel de Staat doch evenzeer machtige private entiteiten de grondrechten van het individu bedreigden, reeds bij aanvang der Weimar-republiek zijn opgang had gemaakt (Nipperdey 1961, p. 16-17).

19 Kumm 2005, p. 344.

20 Aldus o.a. Krüger 1949, p. 164-165; Coing 1947, kol. 643-644.

21 Krüger 1949, p. 164.

De eer het debat open te breken was aan het *Bundesgerichtshof* in de zaak *Schacht* (alias *Leserbriefe*) uit 1954.[22] Een Hamburgs weekblad had in een recent artikel de nieuwe economische exploten van Dr. Hjalmar Schacht, eertijds president van de *Reichsbank* (1923-1930/1933-1939) en minister (economische zaken 1934-1937, zonder portefeuille 1937-1943), op de korrel genomen en zijn affiliaties met de nazipolitiek opgerakeld. Een verzoek tot rectificatie, geschreven door de advocaat van Schacht, werd gepubliceerd in de rubriek lezersbrieven, aldus de indruk wekkende dat de advocaat in eigen naam en met zekere sympathie voor het gevallen regime gehandeld had. Daar diens verzoek om deze foutieve impressie in een volgende editie recht te zetten door de redactie werd afgewezen, lag slechts de juridische weg open. Oorspronkelijk had de procedure weinig verrassends te bieden, de overwegingen van de eerste instanties, hoewel met een tegenstrijdig resultaat, werden onderbouwd met een doordeweekse argumentatie.[23] Voor het *Bundesgerichtshof* werd dat geheel anders. In een verrassende wending werd de handelswijze van het tijdschrift een inbreuk bevonden op het algemeen persoonlijkheidsrecht van de advocaat. Tot op dat ogenblik werd dergelijk *algemeen* persoonlijkheidsrecht echter niet erkend binnen het Duitse recht.[24] In *Schacht* werd het door het *Bundesgerichtshof* rechtstreeks gededuceerd uit de nieuwe federale grondwet:

> Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art 1 GrundG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art 2 GrundG), muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen werden […]

Vanuit dogmatisch oogpunt is dit, ook de Weimar erfenis in acht nemende, een ingrijpende conclusie: niet enkel wordt het bestaan van een algemeen persoonlijkheidsrecht erkend maar ook worden grondrechten, traditioneel afweerrechten tegen de Staat, hier onmiddellijk en rechtstreeks ingeschakeld als wapens in handen van de procespartij in een louter privaatrechtelijk geschil. Hoogst opmerkelijk is daarbij de lichtvoetigheid waarmee het Hof deze verstrekkende stelling poneert. De Duitse grondwet zelf noopte (in tegenstelling

22 BGH 25 mei 1954, *BGHZ* 13, 334.

23 Het Landgericht Hamburg oordeelde in het voordeel van de eiser op basis van § 823 (2) BGB (plicht tot schadevergoeding bij inbreuk op een wetsbepaling ter bescherming van anderen) *jo*. §§ 186 & 187 StGB (belediging en eerroof). Het Oberlandesgericht Hamburg was echter van mening dat de handelswijze niet geëigend was het krediet van de klager aan te tasten, noch hem over te leveren aan verachting of zijn publieke waardigheid aan te tasten.

24 Zie terzake Coing 1954, p. 700; Enneccerus/Nipperdey 1952, p. 291-293, in het bijzonder p. 292 en verwijzingen in voetnoot 9; Nipperdey 1968, p. 41 *et seq.*, in het bijzonder de verwijzingen in voetnoten 112 en 113.

tot wat het Hof schijnt te suggereren) geenszins tot een dergelijke conclusie[25] en ook naar een andere argumentatie is het vruchteloos zoeken: het Hof verwijst slechts vrijblijvend ('vgl') naar drie doctrinaire stukken waarvan één dan nog het algemeen persoonlijkheidsrecht (ongeacht de motivatie ervan) verwerpt.[26]

Minder bekend is dat het *Bundesgerichtshof* de tendens in feite al had gezet in een beslissing uit 1952, in een geschil waarin een echtgenote optrad tegen haar man die zijn minnares in de echtelijke woning had gehuisvest.[27] Het BGH erkende haar aanspraak in het licht van art. 6 Grondwet (bescherming van familie en huwelijk) maar bleef op de vlakte wat de techniciteiten betrof.[28] Deze uitspraak is bijzonder interessant daar voor de toevlucht tot de grondrechten in feite geen objectieve reden voorhanden was. Voorheen hadden verscheidene lagere rechtsinstanties immers op bevredigende wijze een gelijkaardige conclusie als het BGH bereikt *zonder* verwijzing naar grondrechten.[29] Van een noodgedwongen terugval op grondrechten als correctie van het privaatrecht was bijgevolg geen sprake. Eerder lijkt in deze het grondrecht te zijn gewaardeerd in haar signaalwaarde, als lichtbaken waarvan de grenzen niet nauwkeurig behoeven vastgesteld te worden, maar dat wel degelijk als

25 Zie Brüggemeier 2006, p. 64-65; Dürig 1956a, p. 181 (specifiek ten aanzien van het ontbreken van een constitutioneel voorschrift tot erkenning van een *algemeen* persoonlijkheidsrecht). In de Duitse Grondwet bevat enkel art 9 (3) (m.b.t. vakbondsvrijheid) een uitdrukkelijke horizontale werking (zie tevens Müller 1964, p. 121 die hieraan, zonder exhaustief te willen zijn, ook nog art. 9 (1) en 3 (2) toevoegt, waarmee hij een minderheidsstelling verdedigt) en dit artikel (inclusief de derdenwerking) is dan nog een *restatement* van art. 159 van de oude Weimar Constitutie.

26 Met name de 14e editie van Enneccerus' *Schuldrecht* (1954) zoals bewerkt door Lehmann (§ 233 2 c). Verder werd verwezen naar de evenzeer 14e editie van Enneccerus' *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (1954) zoals bewerkt door Nipperdey, notoir voorstander van directe werking van grondrechten, (§ 78 I 2) en een bijdrage van Coing in de *Süddeutsche Juristenzeitung* (het toponiem zou pas in 1950 wegvallen) van 1947, *nota bene* geschreven voor de uitvaardiging van de nieuwe Duitse Grondwet waarop het BGH haar oordeel steunt, waarin op basis van de nieuwe primauteit van de menselijke waardigheid zoals deze in enkele van de nieuwe deelstatelijke constituties naar voren trad, inderdaad gepleit wordt voor de erkenning van een algemeen persoonlijkheidsrecht.

27 BGH 26 juni 1952, *BGHZ* 6, 360.

28 '[W]obei es dahingestellt bleiben mag, ob ihr Rechtauf diesen Bereich als ein absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs 1 BGB zu gelten hat oder ob es ein Rechtsgut ist, zu dessen Schutz die Bestimmung des Art 6 GrundG eingreift, die nach Art 1 Abs 3 GrundG als unmittelbar geltendes Recht anzuwenden ist' (zie nader Lewan 1968, p. 589-590). Zie tevens OLG Köln 6 oktober 1953, *NJW* 1954, 352 waar onder gelijkaardige omstandigheden de bescherming van art. 6 Grondwet *in abstracto* erkend werd, doch *in concreto* ontzegd daar de echtgenoten reeds onderscheiden kamers betrokken in een gezamenlijk met derden bewoond appartement en geen gemeenschappelijke huishouding meer voerden (striktere maatstaven dan wat in het licht van de BGH uitspraak gerechtvaardigd zou lijken aldus Freiherr von Godin 1954, p. 352).

29 OLG Köln 18 november 1948, *SdJZ* 1949, kol. 623 noot P. Gieseke; KaG 26 november 1948, *JR* 1949, 51; OLG Schleswig 10 mei 1950, *JR* 1951, 629 en naar verluidt tevens LG Hannover, *Nds Rpfl* 1949, 18.

oriëntatiepunt geldt binnen het gehele rechtssysteem, privaatrecht incluis. Vanuit deze optiek is de stap naar de beslissing van 1954 aanzienlijk minder groot.

In datzelfde jaar poneerde ook het *Bundesarbeitsgericht* de *erga omnes* gelding van grondrechten.[30] De zaak betrof het ontslag van een werknemer (een lid van de ondernemingsraad zelfs) die door het verspreiden van communistische partijpropaganda[31] en bijbehorende agitatie de vrede op de arbeidsvloer zou verstoord hebben. Voor het arbeidshof beriep hij zich op bescherming van art. 3 (3) en 5 (1) van de Duitse grondwet, respectievelijk het verbod op discriminatie wegens politieke overtuiging en vrijheid van meningsuiting. In een doctrinair sterker onderbouwde beslissing dan het *Bundesgerichtshof* in de zaak *Schacht* afgeleverd had, onderkende eveneens het *Bundesarbeitsgericht* een directe werking van grondrechten. Een verrassing mag dat niet heten, de voorzitter van het *Bundesarbeitsgericht* was Nipperdey, een der meest prominente pleitbezorgers van rechtstreekse werking van grondrechten.[32]

---

30 BAG 3 december 1954, *NJW* 1955, 606. Zie verder o.a. BAG 15 januari 1955, *BAGE* 1, 258 (minimumloon gedifferentieerd naar geslacht strijdig met art. 3 (2), (3) GG); BAG 10 mei 1957, *BAGE* 4, 274 (celibaatsclausule arbeidsovereenkomst strijdig met art. 6 GG; opmerkelijk hierbij is dat het BAG eerder de Leisner variant van directe werking schijnt toe te passen dan de conceptie van voorzitter Nipperdey aldus Lewan 1968, p. 589); BAG 23 februari 1959, *BAGE* 7, 256; BAG 18 oktober 1961, *BAGE* 11, 338 (kerstbonus gedifferentieerd naar geslacht en burgerlijke staat strijdig met art. 3 (2), (3) GG); BAG 29 juni 1962, *NJW* 1962, 1981 (contractsvrijheid gaat slechts zo ver als art. 12 GG toelaat; zie tevens Nordemann 1962, p. 73); BAG 28 september 1972, *JZ* 1973, 375 (Ontslag bankbediende wegens verspreiden van werkgever hekelende communistische partijliteratuur niet strijdig met art. 3 (3) of 5 GG; 'Dabei geht der Senat […] in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BAG […] von der Rechtsansicht aus, daß die genannten Verfassungsvorschriften unmittelbar auf den Privatrechtsverkehr anzuwenden sind'). Later (vgl. Starck 2001, p. 99) zou ook het BAG zich op indirecte werking heroriënteren (of althans duidelijke referentie aan directe werking onthouden welke nimmer expliciet werd herroepen (Starck 2002, p. 68)) (BAG 20 december 1984, *NJW* 1986, 85; BAG 27 februari 1985, *BAGE* 48, 122; BAG 12 juni 1992, *JZ* 1993, 908; BAG 23 juni 1994, *NZA* 1994, 1080 (zie evenwel BAG 22 november 1965, *NJW* 1966, 689, m.b.t. een non-concurrentiebeding opgelegd aan taxi-bestuurder, waarin evenzeer reeds afstand lijkt te zijn genomen van de directe werking (*cf.* Lewan 1968, p. 591)). Voor een overzicht van de BAG-rechtspraak inzake grondrechten zie Heither 1984, 315-366.

31 De communistische partij zou pas in 1956 buiten de wet gesteld worden.

32 Zie o.a. Nipperdey 1961, *passim* o.a. p. 14; Nipperdey 1972, 747 *et seq.* en in mindere mate Nipperdey 1968, p. 18-21 *et* 35-46 (zie exhaustief Brecher 1965, p. 31, voetnoot 5; voor een globaal overzicht van diens grondrechtsconceptie en horizontale werking in bijzonder zie Hollstein 2005, p. 249-269). Stolleis 2003a, p. 273 noemt hem als behorende tot de bent der conservatieve en anti-positivistische juristen wiens nadruk op grondrechten ontstond uit de Weimarse perceptie van grondrechten als bastion tegen revolutionair-socialistische tendensen. Nipperdey was trouwens een der geciteerde auteurs in *Schacht*. Het is onbetwist dat zijn visie een sterke invloed op de rechtspraak van het BAG uitgeoefend heeft (Hollstein 2005, p. 255-256; Oeter 1994, p. 533; Schramm 1985, p. 28; Sommeregger 2005, p. 40, voetnoot 18).

Daarenboven, en dat wordt in de latere doctrine veronachtzaamd, werd hiermee tot op zekere hoogte *slechts Weimar-rechtspraak verdergezet*. Zo werd reeds bij beslissing van het *Reichsarbeitsgericht* ontslag nietig bevonden wanneer dit had plaatsgevonden in strijd met de constitutioneel beschermde vrijheid van politieke overtuiging of meningsuiting.[33] Art. 118 *Weimarer Verfassung* bepaalde immers expliciet dat geen arbeids- of dienstverband aan de uitoefening van deze constitutionele rechten in de weg mocht staan en niemand mocht worden benadeeld wegens het gebruik ervan.[34] Interessant is dat in de litigatie voor het BAG de werkgever juist opgeworpen had dat aan art. 5 GG, het *Bonner Grundgesetz* equivalent van art. 118, geen horizontale werking toekwam daar voornoemde clausule hierin niet meer was geïncorporeerd. Naar het oordeel van het BAG was deze omissie echter van geen belang. Nogal kort door de bocht heet het dat in de ontstaansgeschiedenis van de Constitutie geen specifieke reden voor deze weglating kan worden getraceerd en daarenboven dat uit wijziging in formulering geen te verstrekkende gevolgen mogen worden getrokken. Wat het Hof betreft is art. 5 GG dus de eenvoudige reïncarnatie van het oude art. 118, inclusief de horizontale werking daarvan.[35] Wel wordt daaraan overigens toegevoegd dat 'Zwar nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung sollen nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantieren, sie sind vielmehr Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben'. Ook wat betreft de grenzen van deze meningsuiting wordt uiteindelijk op Weimar-rechtspraak en doctrine verder gebouwd, met name in die zin dat de vrijheid van meningsuiting der werknemers wel degelijk kan beperkt worden, maar deze beperking zijn grens vindt daar waar de werkgever zijn machtsoverwicht misbruikt. Uiteindelijk zou deze lijn de concrete beslissing bepalen, aangezien gemeend werd dat niet de werkgever, maar de werknemer de grenzen van de vrijheid van meningsuiting overschreden had, met name door de arbeidsvrede te verstoren.[36] In dit licht is de uitspraak dan ook minder vernieuwend dan algemeen wordt voorgesteld.[37]

---

33 *RAG* 10, 34 aangehaald in Krüger 1949, p. 164; vgl. Schwerdtner 1973, p. 379.

34 Zie voetnoot 16.

35 Verder valt in dergelijke zin te lezen dat 'Wenn auch Art. 5 GG die Bestimmung des Art. 118 Abs. 1 Satz 2 Weim. Verf. nicht übernommen hat, so ist gleichwohl anzunehmen, daß diese Bestimmung der Weim. Verf. auch im Bereich des Art. 5 GG maßgebend ist'.

36 O.a. in verwijzing naar het verbod aan leden van de ondernemingsraad tot partijpolitieke pressie binnen het bedrijf (toenmalig § 51 BetrVG). Ook van discriminatie kon geen sprake zijn daar het ontslag niet gemotiveerd werd door de politieke mening van de eiser maar door diens halsstarrige pogingen tot opruiing.

37 Overigens valt bij Krüger 1954, p. 370 te constateren dat ook de lagere rechtspraak '[o]hne das Problem der absoluten oder relativen Wirkung der Grundrechte überhaupt zu erörtern' of aanstoot te nemen aan de beperktere formulering van art. 5 GG, de Weimar rechtspraak ontwikkeld rondom art. 118 Weim. Verf. heeft voortgezet en aldus het grondrecht op vrije meningsuiting binnen arbeidsrelaties gewoon heeft laten doorwerken (verwezen wordt daarbij o.a. naar LAG Bremen 21 februari 1951, *AR-Blattei*, Rechtspr. nr. 1123; LAG Düssel-

Het belang van dit arrest schuilt echter niet enkel in de erkenning van *Drittwirkung* zelf. Even significant is m.i. de nadruk die op de maatschappelijke dimensie van deze theorie werd gelegd: grondrechten fungeren als 'Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben'. Sociaal is hier geen loos adjectief, doch valt te interpreteren als een betekenisvolle referentie aan de nieuwe staatsideologie van het herrezen Duitsland. Met name verwijst het *Bundesarbeitsgericht* hierbij naar het *Sozialstaatsprinzip* hetwelk een proactieve verzorgingsstaat op basis van een doorgevoerde solidariteit voorstaat. De basis voor dit principe is te vinden in art. 20 en 28 van de constitutie waarin gesproken wordt van een 'sozialer Bundesstaat' respectievelijk 'sozialen Rechtsstaates'. Het wordt erkend als een der meest fundamentele pijlers der Duitse Staat doch is anderzijds ook een der meest vage concepten van het hele publiekrecht.[38] Meer specifiek poneert het *Bundesarbeitsgericht* dat:

> Auch das normative Bekenntnis des GG zum sozialen Rechtsstaat (Art, 20, 28 GG) […] spricht für die unmittelbare privatrechtliche Wirkung der Grundrechtsbestimmungen, die für den Verkehr der Rechtsgenossen untereinander in einer freiheitlichen und sozialen Gemeinschaft unentbehrlich sind.[39]

Juist de betekenis van de Grondwet voor deze solidaire maatschappijleer, in een radicale breuk met niet enkel de totalitaire staat doch evenzeer met het mercantiele liberalisme van de 19e eeuw, maakt dat de vrijheid van de een niet ten koste van de vrijheid van de ander kan gaan en impliceert kortom noodzakelijkerwijze een directe werking van grondrechten.[40] Zoals voorzitter Nipperdey later in een rede voor de Keulse universiteit verklaren zou:[41]

> Wesentlicher Bestandteil dieser verfassungsmäßigen Ordnung ist das Sozialstaatsprinzip. So bedeutet Art. 2 Abs. I GG in Verbindung mit diesem Prinzip die Ablehnung des totalen Staates, der grundsätzlich die Freiheit des einzelnen dem staatlichen Zwang unterordnet, aber auch die Ablehnung eines völlig liberalen Staates, in dem die unbeschränkte Freiheit des einzelnen zum Mißbrauch und zur Unterdrückung der Freiheit der anderen führen kann. Aus dem Sozialstaatsprinzip ergeben sich somit unmittelbar Grenzen der individuellen Freiheit.

Horizontale werking verschijnt in de visie van het Hof dus niet louter als afweerrecht ten persoonlijke titel doch in eerste instantie als *instrument* evenals *exponent* van een welbepaalde nieuwe staatsideologie. Aldus beklemtoont deze

---

dorf 16 mei 1951, *AP* 51, nr. 237; LAG Düsseldorf 19 oktober 1951, *AR-Blattei*, Rechtspr. nr. 1311; LAG Düsseldorf 21 januari 1954, *RdA* 1954, 159).

38 Zie o.a. Laufke 1956, p. (184-)185 *et seq.*; Schwark 1996, p. 4 *et seq.*; Zacher 1977, p. 207-267.

39 Vgl. Laufke 1956, p. 153 en verwijzingen aldaar; Müller 1964, p. 127-128. Zie m.b.t de rol van het *Sozialstaatsprinzip* in *Drittwirkung*-litigaties tevens Markesinis, Unberath & Johnston 2006, p. 39-40.

40 Zo bijvoorbeeld ook Müller 1964, p. 127 m.b.t. derdenwerking algemeen.

41 Nipperdey 1961, p. 8.

figuur maatschappelijke verandering, belichaamt het in de uitspraak van het Hof doelbewust een afzetting tegen misstanden uit het verleden. Deze drijfveer, de breuk met de *Unrechtsstaat* benadrukken (en niet slechts een afhandeling van de concrete casus verschaffen) blijft in studies omtrent het ontstaan van *Drittwirkung* ten onrechte verwaarloosd.

In 1958 vervoegde ten slotte ook het *Bundesverfassungsgericht* expliciet de rangen.[42] In 1950 had Lüth, toenmalig senator en hoofd van het openbare persbureau in Hamburg, opgeroepen tot boycot van het meest recente werk van Veit Harlan, beter bekend als cineast van de infame antisemitische klassieker *Jud Süß* wiens producties in de naoorlogse jaren uiteraard heftige reacties opriepen.[43] Harlan verzocht en verkreeg ten aanzien van Lüth het bevelschrift verdere acties te staken, wat deze laatste met een beroep op vrijheid van meningsuiting (art. 5 (1) GG) voor het *Bundesverfassungsgericht* aanvocht. Waar het *Bundesverfassungsgericht* initieel het primair verticale karakter van de grondrechten benadrukt, wordt evenwel vervolgd:

> Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will […] in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objective Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt […] Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.[44]

Kortom, ook het *Bundesverfassungsgericht* erkende de gelding van grondrechten in relatie tot het privaatrecht. Het leerstuk werd aldus *incontournable*, doch de Lüth-uitspraak betekende geen overwinning over de gehele lijn.[45] De rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* en voornamelijk het *Bundesarbeitsgericht* propageerde immers een *directe* werking van grondrechten: in een privaat geding zou men zich rechtstreeks kunnen beroepen op een welbepaald grondrecht zoals dat in de grondwet werd geïncorporeerd (in de regel de norm inclusief de beperkingsclausules), waarbij de werking van het grondrecht in deze horizontale relatie gelijkaardig[46] is aan deze in de traditioneel verticale

42 BVerfG 15 januari 1958 (Lüth), *BVerfGE* 7, 198. Zie o.a. Odendahl 1998, p. 933-937.

43 Zie in bijzonder de interessante contextschets in Rensmann 2007, p. 83; Riedlinger 2005, p. 147 *et seq.* Wat beide protagonisten specifiek betreft zie Kretschmann 2005, p. 47-63 (Lüth) en Kuhlbrodt 2005, p. 65-78 (Harlan).

44 Voor een uitvoerige exegese van de bronnen die aan deze formulering ten grondslag liggen zie Rensmann 2007, p. 97-113 (uiterst secundair Goerlich 1973, p. 52, voetnoot 149).

45 Zie m.b.t. de kritiek op dit oordeel *in globo* o.a. Hochhuth 2007, p. 38 (*et seq.*) in bijzonder referenties in voetnoten 5 en 6.

46 De exacte intensiteit was omstreden, zie o.a. § 3.1.2.2.

dimensie. Het *Bundesverfassungsgericht* proclameerde daarentegen (hoewel in feite met zoveel woorden wordt gezegd dat terzake geen omvattende positie behoeft ingenomen te worden)[47] een restrictievere *indirecte* werking.[48] Samengevat luidt het dat de grondrechten niet gehanteerd dienen te worden als de afgelijnde bepaling die ze zijn, doch slechts als representant van de fundamentele waarde die ze vertegenwoordigen. De privaatrechtelijke normen dienen zich op hun beurt naar deze aldus gestripte grondrechten te oriënteren, doch worden hierdoor allerminst vervangen; het geschil blijft volkomen privaatrechtelijk van aard.[49]

Wat de juiste houding was en de voorkeur verdiende bleef ook de volgende decennia een onderwerp van uitgebreide discussie.[50] Voornamelijk op directe werking werden de pijlen gericht. Onder meer werd gevreesd dat deze figuur zou leiden tot totale rechtsonzekerheid (bij overeenkomsten zou immers zo goed als nimmer kunnen worden verzekerd dat alle grondrechtelijke normen in rekening werden genomen).[51] Verder zou het staan voor een verder oprukken van de Staat in traditioneel staatsvrije domeinen[52] en werd gevreesd dat het privaatrecht door de grondrechten volkomen zou opgeslorpt worden. Ten slotte[53] zou directe werking haar doel voorbij schieten en door te sterke bin-

---

47 'Auch jetzt besteht kein Anlaß, die Streitfrage der sogenannten "Drittwirkung" der Grundrechte in vollem Umfang zu erörtern'.

48 Zie in eerste instantie Dürig, gezaghebbend commentator staatsrecht, algemeen erkend als 'vader' van de leer der indirecte werking en in die hoedanigheid inspirator (o.a Brüggemeier 2006, p. 71; vgl. kritisch Böckenförde 2004, p. 602) van wat als de *Lüth*-doctrine zou te boek staan: zie o.a. Dürig 1956a, p. 157 *et seq*. Dürig zou *in globo* een aanzienlijke bijdrage leveren aan de door het *Bundesverfassungsgericht* in aangelegenheden als deze aangenomen positie. In feite zou kunnen gewaagd worden van een soort van wisselwerking, dialoog tussen beiden. Dürig's visie aangaande grondrechtssystematiek (in bijzonder Dürig 1956b, p. 117 *et seq.*) had een significante impact (Scholz 1975, p. 81) op het *Bundesverfassungsgericht* in de uitspraak *Elfes* (BVerfG 16 januari 1957, *NJW* 1957, 297), welk traditioneel als antecedent van *Lüth* wordt beschouwd. De instemmende noot die Dürig aan het *Elfes* wijdde (Dürig 1957, p. 169-173), zou op haar beurt tot het *Lüth* oordeel inspireren (Henne 2005, p. 216), een oordeel dat naderhand dan weer instemmend door Dürig werd uitgedragen (Dürig 1958, p. 194 *et seq.*; *cf.* tevens Brüggemeier 2006, p. 71).

49 In praktijk verloopt deze indirecte werking meestal via open normen. Het BVerfG gewaagde in *Lüth* reeds van open normen (kenmerkend getypeerd als 'Einbruchstellen') als meest geschikt instrument tot effectuering van constitutionele invloed in aangelegenheden van dwingend recht (i.e. openbare orde).

50 Hesse 1978, p. 437.

51 Schramm 1985, p. 28.

52 Zie in bijzonder Dürig 1956a, p. 183-184; secundair Ehmke 1961, p. 79 (*et seq.*).

53 Voor de volledigheid weze opgemerkt dat ook uit de bewoordigen van het *Grundgesetz* argumenten tegen directe werking werden gepuurd, met name uit art. 1 Abs. 3 *Grundgesetz* ('Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht'; naar bewering van Klass 2004, 216 zelfs het voornaamste argument in het hele debat, zie tevens o.a. Medicus 1992, p. 43) evenals Abs. 1 van datzelfde artikel ('Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt'). De betekenis hiervan mag niet overschat worden. Deze bepaling werd evenzeer ingeroepen om derdenwerking *tout court* af

ding aan de grondrechten de vrijheid in het private rechtsverkeer juist vernietigen.[54] In relatieve vorm werden deze laatste argumenten evenwel ook ingeroepen ten aanzien van indirecte werking, want ook hiervan werd gevreesd dat er een aantasting van de private autonomie en een te overheersende invloed op het privaatrecht zou van uitgaan. Meest gefrequenteerd tegen horizontale werking *in se* was echter het (reeds naar feitelijke grondslag deels twijfelachtige)[55] argument dat grondrechten enkel geconcipieerd werden als afweerrechten tegenover het staatsgezag.[56] Dat argument bezat echter weinig overtuigingskracht en werd afgewezen met de eenvoudige overweging dat dit voor de toekomst geen andere toepassing uitsluit.[57] Overigens konden pleidooien tegen *Drittwirkung* in het algemeen maar op weinig aanhang rekenen, zeker naarmate de jaren verstreken. Centraal strijdpunt was steeds de kamp tussen de directe[58] en indirecte werking.[59] Geconcentreerd op deze diversificatie ontstonden daarnaast ook meer alternatieve percepties, tot de bekendste waarvan behoren deze van Schwabe[60] en deze van Canaris,[61] die vasthouden aan de visie dat enkel de Staat door de grondrechten gebonden blijft, evenwel ook wanneer ze interprivate relaties inricht;[62] de praktische consequenties blijven uiteindelijk redelijk gelijkaardig, maar de theorie van *Drittwirkung* zelf berust dan in feite op een methodologische misconceptie. In feite ontwikkelde de Duitse theorievorming zich dermate omvattend dat hieraan in de talrijke buitenlandse publicaties die in de receptieperiode zouden volgen nog maar

---

te houden (Schmidt-Rimpler, Giesecke, Friesenhahn & Knur 1950-51, p. 169 (Abs. 1); Jellinek 1950, p. 425 (Abs. 3)), om alternatieve dogmatiek te verdedigen (Canaris 1984, p. 203-204; Canaris 1989, p. 161-162; Schwabe 1970, p. 26, 140) en zelfs door vertegenwoordigers van de directe werking, zich daarbij tevens op Abs. 2 ('Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt') beroepende (Müller 1964, p. 125; Leisner 1960, p. 149; Hamel 1957, p. 20-21; zie tevens Nipperdey 1951, p. 283), alsook werd verkondigd dat hieruit inhoudelijk eigenlijk geen conclusies, geen oplossingen te deduceren vallen (Grabitz 1976, p. 280 (Abs. 3)). Zie tevens o.a. Diederichsen 1998, p. 203-205.

54 *Cf.* Zacher 1980.

55 *Cf.* Leisner 1960, *passim*; Ramm 1960, p. 42 *et seq.* Vgl. Laufke 1956, p. 147 *et seq.*

56 O.a. Schmidt-Rimpler, Giesecke, Friesenhahn & Knur 1950-51, p. 169, 170.

57 O.a. Gamillscheg 1964, p. 405; Müller 1964, p. 125-126.

58 Naast Nipperdey voornamelijk vertegenwoordigd door Gamillscheg 1964, p. 419 *et seq.*; Leisner 1960, *passim* (o.a. p. 356 *et seq.*); Ramm 1960, p. 38 *et seq.* Zie verder o.a. Kaufman 1962, p. 295-301; Mayer 1985, p. 106; Steindorff 1983, p. 12 *et seq.*

59 Aan de draagwijdte van de onderscheiden strekkingen en de interne verschillen die beide scholen erop nahouden zijn reeds talloze studies gewijd zodat niet nodig is verder in detail te treden, verwezen kan worden naar o.a. Eckhold-Schmidt 1974, p. 28 *et seq.* of, meer recent, Nießen 2005, p. (90-)112-120.

60 Schwabe 1971. Zie kritisch o.a. Klein 1989, p. 1640.

61 Canaris 1999, p. 71 *et seq.* Secundair Canaris 1989, p. 161 *et seq.* en Canaris 1984, p. 202 *et seq.*

62 Voor het onderscheid tussen de beide visies zie in bijzonder Canaris 1984, p. 217 *et seq.*; Schwabe 1985, p. 1-8 en Canaris 1985, p. 9-12.

weinig werd toegevoegd.[63] Uiteindelijk zou de indirecte werking binnen de doctrine triomferen en de rechtsleer zich aldus aansluiten bij de door het Bundesverfassungsgericht uitgezette (en naderhand gecontinueerde)[64] jurisprudentie.

2.2.2 Italië

Terwijl in Duitsland het debat op volle kracht werd gevoerd trachtte die andere westerse asmogendheid, Italië, eveneens de wonden te likken. Ook hier werd in reactie op de fascistische periode een nieuwe grondwet en een constitutioneel Hof geïntroduceerd.[65] Ook deze droegen in zich de kern van wat tot een leer van horizontale werking van grondrechten uitgroeien zou.[66] De ontwikkeling verliep evenwel minder turbulent dan in Duitsland, waarvan de doctrine in de verdere toekomst een duidelijke inspiratiebron voor Italië vormde.[67] Nochtans werd het principe al vroeg erkend.[68] In 1948 kende het *Tribunale di Firenze* directe werking toe aan art. 36 van de Constitutie dat een recht van werknemers vooropzet tot een verloning die volstaat om hen en hun familie een vrij en waardig bestaan te garanderen.[69] Ook andere aspecten

---

63 Aldus ook Abrantes 2000, p. 16.

64 Tot de meest bekende behoren o.a. BVerfG 5 juni 1973 (Lebach), *BVerfGE* 35, 202 (zie o.a. Zacharias 2000, p. 649-652); BVerfG 26 februari 1969 (Blinkfüer), *BVerfGE* 25, 256 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 48); BVerfG 24 februari 1971 (Mephisto), *BVerfGE* 30, 173; BVerfG 14 februari 1973 (Soraya), *BVerfGE* 34, 269; BVerfG 13 mei 1980 (Eppler), *BVerfGE* 54, 129; BVerfG 2 juni 1980 (Böll), *BVerfGE* 54, 208; BVerfG 25 januari 1984 (Wallraff), *BVerfGE* 66, 116.

65 *Cf.* Gambaro 1998, p. 176.

66 Opmerkenswaardig is hierbij reeds de vooropstelling van art. 2 waarin de Republiek zich verbindt tot erkenning en bescherming van de onschendbare mensenrechten, zowel ten aanzien van het individu *als in sociale groepen binnen dewelke de individuele persoonlijkheid expressie vindt* ('sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità'). In zekere zin zit hierin dus al een algemene programmaverklaring tot horizontale werking verscholen (*cf.* Bigliazzi Geri 1986, p. 31; vgl. Calero 1998, p. 239).

67 Dit is onder andere af te leiden uit het feit dat in de Italiaanse doctrine frequent naar het leerstuk verwijst middels de Duitse term 'Drittwirkung' (zo o.a. Alpa 2000, p. 521 *et seq.*; Barile 1994, p. 60; Bin & Pitruzzella 2004, p. 470; Celano 2004, p. 54, 55; Morelli 1996, p. 539 *et seq.*; Morelli 1999, p. 4; Paladin 1993, p. 37; Vincenzo 2003, *passim* (o.a. p. 32, 37, 43, 51). Secundair Rescigno 1989, p. 255 (in expliciete verwijzing naar het Duitse leerstuk)). Ook in (zelfs recente) jurisprudentie wordt deze term zonder merkelijke hesitatie gehanteerd, zo o.a. Cass. 7 juni 2000 (nr. 7713), *Resp. civ. prev.* 2000, 923; Cass. 23 oktober / 12 december 2003 (nr. 19057), *Giust. Civ. Mass.* 2003, 12; Cass. 15 juli 2005 (nr. 15022), *Corr. giur.* 2006, 4, 525; Cass. 9 november 2006 (nr. 23918); Cass. 11 januari 2007 (nr. 394).

68 Vgl. tevens Nießen 2005, p. 122. Zie *qua status quo* o.a. Zanghi 1971, p. 269-278.

69 Trib. Firenze 23 maart 1948, *Mon. Trib.* 1949, nr. 18. *In casu* was de verloning in de individuele arbeidsovereenkomst lager dan met het oog op levensbehoeften noodzakelijk werd geacht en dan voorzien was in de relevante CAO. Hoewel de rechtstreekse binding van de werkgever aan voornoemde CAO betwist werd, oordeelde het tribunaal dat deze collectieve overeenkomst door de algemene erkenning ervan in ieder geval als *mores erga*

van het arbeidsrecht werden snel door grondrechten gekoloniseerd,[70] o.a. wat de loongelijkheid tussen man en vrouw betrof.[71] Dit betekent echter niet dat de Italiaanse rechtspraak vanaf dat moment een stortvloed aan dergelijke horizontale jurisprudentie herbergde. Het constitutionaliseringsproces als geheel greep eerder geleidelijk plaats en ging hand in hand met een paradigmawissel ten aanzien van de constitutie waarvan steeds meer het projectmatige sociale, solidaire karakter werd benadrukt.[72] In het verlengde hiervan nam ook de jurisprudentie gradueel, doch slechts geleidelijk toe[73] om pas zijn explosieve groei in de laatste twee decennia te ervaren, decennia waarin het trouwens van aanzienlijke invloed op de Italiaanse rechtsonwikkeling kwam te getuigen.[74]

---

omnes gold. Geconcludeerd werd dat een overeenkomst die niet de minimale verloning als voorzien in dergelijke CAO garandeert in strijd is met art. 36 Constitutie, wat een recht is waarvan geen afstand kan worden gedaan ('un contratto individuale che non accordasse neppure tale minimo sarebbe contrario al l'art. 36 della Constituzione, ad una norma cioè, inderogabile'). Dit art. 36 zou ook in de verdere toekomst een aanzienlijke rol in de 'horizontale' arbeidsrechtspraak blijven spelen, zie o.a. Cass. 10 augustus 1953 (nr. 2696), *Giur. compl. cass. civ.* 1953, 505 (zie o.a. Nießen 2005, p. 173) en meer recentelijk Cass. 4 december 1997 (nr. 12334), *Foro It.* 2000, Lavoro (rapporto), [3890], nr. 983 (bijkomende vergoeding voor werk geleverd na 6 dagen ononderbroken arbeid); Cass. 9 maart 1999 (nr. 2022), *Mass. Giur. Lav.* 1999, 358, noot Sbrocca (verloning minimaal overeenkomstig de standaard vastgesteld in CAO).

70 Zie tevens Favilli & Fusaro 2007, p. 297-298.

71 Trib. Milaan 30 juni 1955, *Riv. giur. lav.* 1955, II, 369; Trib. Milaan 9 december 1955, *Foro It.* 1956, I, 478; CA Milaan 11 oktober 1956, *Foro It.* 1957, II, 778; CA Milaan 14 december 1956, *Mass. Giur. Lav.* 1957, 80 (aanwending van terzake expliciete art. 37 Constitutie).

72 *Cf.* Pino 2006, p. 7.

73 Deze rechtspraak betrof in overwegende mate de invloed van art. 32 constitutie (het recht op gezondheid), en dit zowel in geschillen met betrekking tot hinder (geluidsoverlast, smog *etc.*) tussen naburige erven (zie o.a. Pret. Bologna 18 mei 1972, *Giur. It.* 1973, I, 2, 798; Trib. Vigevano 9 februari 1982, *Giur. It.* 1983, I, 2, 398; Cass. 6 april 1983 (nr. 2396), *Giur. It.* 1984, I, 1, 537; CA Milaan 27 april 1984, *Giur. It.* 1986, I, 2, 32; Trib. Lecco 26 juni 1984, *Giur. It.* 1986, I, 2, 32; Trib. Vigevano 25 januari 1985, *Foro It.* 1986, I, 2872; Trib. Vicenza 24 november 1986, *Foro It.* 1988, I, 285. Zie tevens Corte Cost. 23 juli 1974, *Giust. Cost.* 1974, p. 2371; Cass. 9 maart 1979 (nr.1463), *Foro It.* 1979, I, 939 en Cass. 6 oktober 1979 (nr. 5172), *Foro It.* 1979, I, 2302) als in de erkenning van vergoeding voor bepaalde extra-patrimoniale schade (m.n. '*danno biologico*', zo o.a. Trib. Genova 25 mei 1974, *Giur. It* 1975, I, 2, 54; Cass. 6 juni 1981 (nr. 3675), *Giur. It.* 1982, I, 1, 920; zie tevens Corte Cost. 26 juli 1979 (nr. 87), *Foro It.* 1979, I, 2543 en Corte Cost. 14 juli 1986 (nr.184), *Foro It*. 1986, I, 2053). Daarnaast kan verwezen worden naar litigaties m.b.t de installatie van een private (schotel)antenne in appartementsgebouwen in relatie tot het recht op vrijheid van meningsuiting (Cass. 16 september 1983 (nr. 7418), *Foro It.* 1984, I, 415 & Cass. 6 november 1985 (nr. 5399), *Foro It.* 1986, I, 707).

74 Vgl. Zäch 1989, p. 8, voetnoot 63.

2.2.3 Oostenrijk en Zwitserland

Ook in Oostenrijk werd het leerstuk al snel onder de aandacht gebracht. Na enkele bescheiden aanzetten[75] bekwam het uitgebreidere belangstelling als onderwerp van de eerste Oostenrijkse juristendag (1961).[76] Voornamelijk de bijdrage van Bydlinski[77] betreffende de privaatrechtelijke werking van de *Gleichheitsgrundsatz* zou een belangrijke aanzet tot verdere theorievorming uitmaken. Deze ontwikkeling gebeurde echter zeer geleidelijk;[78] zo gewaagde Adamovich in 1971 van 'bisher nur gewisse Ansätze'.[79] Ook in de latere jaren ontstond niet echt een *hausse* omtrent dit onderwerp.[80] De eraan gewijde publicaties waren eerder incidenteel en bezadigd van aard. Nochtans belemmerde dit niet dat het leerstuk tot volle wasdom kwam. De Oostenrijkse opvattingen schreven zich mettertijd in binnen de Duitse theorievorming, wat niet verwonderlijk is aangezien hiermee in de Oostenrijkse rechtstraditie in het algemeen een sterke verbondenheid wordt ervaren.[81] Opvallend is daarbij wel de duidelijk minder heftige teneur in de Oostenrijkse leer.[82] De impressie die daarbij ontstaat, en met dergelijke vergelijkingen begeeft men zich uiteraard op ongewisse paden, is een *mutatis mutandis* van de spreuk dat 'wanneer het regent in Parijs het druppelt in Brussel'. Nochtans prijkt voor deze indolentie een uiterst rationele verklaring op de voorgrond: het Oostenrijkse *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* had reeds ruim voor de Constitutie het pad der grondnormen betreden. Als uit 1811 stammende codificatie was ze stevig gegrond in rationalistisch natuurrechtsdenken en navolgend voorzien van grondrechtssoortelijke bepalingen. Daarmee bereidde ze de weg voor de pas in 1867

---

75 Zie Novak 1984, p. 134, voetnoot 5 (vgl. Leisner 1960, p. 300 welke toenmaals opmerkte dat het onderwerp, in zoverre geweten, in Oostenrijk recentelijk niet aan de orde was gesteld).

76 Khol 1971, p. 199 (zie tevens Melchiar 1964, p. 30 *et seq.*).

77 Bydlinski 1961.

78 Zie onderwijl o.a. Bydlinski 1962/63, p. 423-460 (een zéér sterk op Leisner 1960 geïnspireerde bijdrage); Bydlinski 1965, p. 67-85; Ermacora 1963, p. 27-28; Ermacora 1966, 155-157; Pernthaler 1969, p. (69-)71.

79 Ádamovich 1971, p. 502. Zie tevens Ermacora 1963, p. 27 & Ermacora 1966, p. 155 ('noch kaum als Problem erkannt').

80 M.b.t. de *status quo* in 1978 kan worden verwezen naar Rosenzweig alwaar wordt opgemerkt dat in zoverre de uitdrukkelijke wetsbepalingen tekortschieten de rechtbanken de mogelijkheid hebben grondrechten indirect te laten doorwerken (Rosenzweig 1978, p. 473) en dat '[i]n der beim Bundeskanzleramt gebildeten Grundrechtskommission zur Neukodifikation der Grundrechte' de opvatting werd gehuldigd dat 'der neue Grundrechtskatalog nicht allgemein eine Drittwirkung der Grundrechte verankern soll, sondern jedes Grundrecht auf seine Eignung für die Drittwirkung oder für die Normierung einer Institutsgarantie geprüft werden soll' (Rosenzweig 1978, p. 473).

81 Dit wordt onder meer treffend geïllustreerd door het feit dat het *Oberster Gerichtshof* in de haar standpuntbepalende uitspraak aangaande het omstreden *wrongful life* vraagstuk er zich niet voor schroomde de desbetreffende uitspraak van haar Duitse equivalent (*Bundesgerichtshof*) in *quasi identieke* bewoordingen te herhalen. Zie *infra* § 7.1.2.

82 Vgl. tevens Khol 1971, p. 198-199.

aantredende grondrechtsbepalingen die hierin een vruchtbare inspiratiebron vonden en haar rol overnamen.[83] Ontdaan van haar strekking was het burgerlijk wetboek daarmee uiteraard niet, zodat wat het privaatrecht betrof de fundamenteelrechtelijke dimensie grotendeels was verzekerd en een *recours* naar grondrechten in de regel redundant. Wel was hiermee uiteraard een besef aanwezig van het gehele rechtssysteem doordringende grondnormen,[84] wat naderhand in samenloop met de Duitse *Drittwirkungsleer* zou resulteren.[85]

Enigszins verwant met de Oostenrijkse historiek is het Zwitserse verhaal. Ook hier werd het vraagstuk binnen de doctrine al snel aan de orde gesteld, met name door Hans Huber[86] en in diens voetsporen enige 'in Bern wirkende Staatsrechtler'.[87] Van commotie kan niet gesproken worden, eerder van gematigde receptie zonder veel sporen van verrassing of verwondering;[88] in de doctrine kristalliseerde zich snel en zonder veel drukte een amper gecontesteerde[89] voorkeur voor indirecte horizontale werking.[90] In retrospectief spreekt Göksu wel van een uitgebreide polemiek,[91] maar objectief en vanuit rechtsvergelijkend oogpunt lijkt dit sterk overdreven. De enige waargenomen episode met polemische allures ontspon zich uit een kritisch artikel van Bucher in de *Schweizerische Juristen-Zeitung* van 1987,[92] waaraan overigens de licht ironi-

83 Ermacora 1963, p. 27; Ermacora 1966, p. 156; Ermacora 1970, p. 386-387.

84 Vgl. o.a. Khol 1971, p. 199-200.

85 Wat betreft de contemporaine status zie bij uitstek Hinteregger 1999, p. 741-754. Verder kan o.a. worden verwezen naar Adamovich, Funk & Holzinger 2003, p. 26 *et seq.*; Berka 2000, p. 45-49; Griller 1983, p. 109 *et seq.*; Griller 1992, p. 205 *et seq.* & 289 *et seq.*; Holoubek 1999, p. 57 *et seq.*; Korinek & Gutknecht 1980, p. 319; Loebenstein 1983, 759 *et seq.*; Mayer 1990, p. 768 *et seq.*; Mayer 1992, p. 768 *et seq.*; Novak 1984, p. 133 *et seq.*; Walter & Mayer 2000, p. 584-550.

86 Zie o.a. Huber 1955, p. 173-207; Huber 1963, p. 132 *et seq.*; Huber 1966, p. 201-204. Zie overigens reeds Huber 1936, p. 194a-195a (waar wordt geattendeerd op de staatsverantwoordelijkheid t.a.v. inbreuken op vrijheidsrechten door private entiteiten).

87 Bucher 1987a, p. 38.

88 O.a. Favre 1973, p. 191 die opmerkt dat de meerderheidsopvatting binnen rechtspraak en doctrine erin bestaat dat het privaatrecht reeds een exhaustief karakter ten toon spreidt en een vertaling is van de gehele werkelijkheid der normen die er aan de grondslag van liggen. Zie tevens Bucher die in 1987 opmerkt dat de theorie weliswaar zijn intrede heeft gedaan binnen het publiekrechtelijke debat (Bucher 1987a, 37) maar dat de privatisten er amper notie van hebben genomen (Bucher 1987a, 38 & Bucher 1987b, p. 9). Aangezien hij gelijkaardig concludeert met betrekking tot de situatie in Duitsland (Bucher 1987a, 38, voetnoot 5), wat toch een al te overtrokken beeldvorming is, vermag deze assertatie slechts met de nodige terughoudendheid in rekening te worden genomen.

89 Kritisch t.a.v. (het potentieel van) derdenwerking: Aubert 1967, p. 626 *et seq.*; Aubert 1979, p. 14 ('Considérés dans leur sens positif [...] les droits fondamentaux ont encore moins de chances d'influencer les rapports privés'); Favre 1970, p. 253 *et seq.*; Wespi 1968, p. 42 *et seq.*; Grisel 1970, p. 359 *et seq.* Meer recent kan verwezen worden naar Bucher 1987a, p. 37-47; Sandoz 1987, p. 214-216 en secundair Auer, Malinverni & Hottelier 2000, p. 60-61 (genuanceerd).

90 Müller 1982, p. 81. Zie tevens hoofdstuk 3, voetnoot 197.

91 Göksu 2002, p. 89.

92 Bucher 1987a, p. 37-47.

sche[93] of zelfs minachtende[94] toonzetting ervan niet vreemd zal zijn geweest. Daarenboven nam ook deze woordstrijd geen impressionante proporties[95] aan, noch voegde het werkelijk nieuwe inzichten toe. Het is eerder zo dat, ook al trachten sommige auteurs zich van het tegendeel te overtuigen, derdenwerking de Zwitserse gemoederen nooit werkelijk heeft beroerd, nooit een sterke aversie heeft opgroepen. Uiteraard was er wel een zekere stroming die haar afkeer duidelijk ten toon spreidde, maar deze was eerder geïnspireerd uit verzet tegen de artificiële impregnatie van rechtspraak met grondrechten (inclusief de nodeloze complexiteit daaruit voortvloeiend) evenals de doctrinaire tendens om in reguliere rechtspraak al te lichtzinnig exponenten van de derdenwerking te bespeuren,[96] en bijgevolg niet zozeer gericht tegen het concept *in se*. Opvallend is overigens dat, bijzonder atypisch in heel de Europese derdenwerkingdoctrine, de kritiek juist van repliek werd gediend met het argument dat het leerstuk volstrekt niets nieuws bracht.[97] Hierin schuilt dan ook de kern van de verklaring voor de Zwitserse attitude, namelijk dat het concept, voor het aldaar heersende rechtsbewustzijn, aan manifest vernieuwende kracht ontbreekt.

Zo, en daar valt de Zwitserse appreciatie terug te koppelen aan de Oostenrijkse situatie, bezit het Zwitserse burgerlijk wetboek reeds van 'oudsher' een manifest onderkende terugkoppeling aan fundamentele waarden, nl. middels art 27-28 (*Schutz der Persönlichkeit*).[98] De relatie werd in het verleden zelfs

93 Vgl. Sandoz 1987, p. 214.

94 Rhinow 1987, p. 99-100.

95 Resultante zijnde slechts Sandoz 1987, p. 214-216 (instemmend); Saladin 1988, p. 373 *et seq.* (kritisch). Zie tevens Rhinow 1987, p. 99-100 (kritisch t.a.v. de toon, slechts impliciet t.a.v. inhoud); Zäch 1989 ((impliciet kritisch) bij de polemiek aansluitend (p.1) maar niet dialogerend).

96 Bucher 1987a, p. 37-47.

97 Saladin 1988, p. 384.

98 Vgl. Huber 1966, p. 202; Kaufmann 1978, p. 480. Art. 27 bepaalt sinds de creatie van het Zwitserse burgerlijk wetboek in 1907: '(1) Nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils (2) Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs'. Daaraan is tot heden niets gewijzigd, behoudens de margetitel ('B. Protection de la personnalité') waaraan in 1983 een subtitel werd toegevoegd ('I. Contre des engagements excessifs') met als doel een onderscheid te maken met de strekking van artikel 28 ('II. Contre des atteintes') welk artikel toen nader uitgewerkt werd (Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité : art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, *FF* 1982, II, p. 679). Aanvankelijk bepaalde art. 28 dat 'celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser' (waarbij onder deze 'intérêts personnels' in bijzonder werden verstaan geestelijke waarden, al wat uitdrukking geeft aan integriteit en waardigheid van de persoon) en liet het toe aan de benadeelde morele schadevergoeding toe te kennen (Favre 1973, p. 190). Aanvang jaren '80 werd dit, in bijzonder met het oog op toenemende dreiging vanwege de media en nieuwe methoden van gegevensverwerking, onvoldoende gevonden. Art. 28 werd geherformuleerd en voorzien van een reeks begeleidende bepalingen (art. 28a-28l) die een uniforme procedure voorzien en het recht op antwoord regelen (*id.*, *FF* 1982, II, p. 662 *et seq.*). Sindsdien luidt art. 28: '(1) Celui qui subit une atteinte illicite

als *invers* ten aanzien van de zuivere derdenwerkingtheorie beschouwd; in de eerste plaats is het niet het publiekrecht dat zijn normen oplegt aan het privaatrecht maar *vice versa*. Aldus schreef A. Egger in relatie tot deze bepalingen reeds in 1930: 'Ein Gut, welches das Privatrecht als Persönlichkeitsrecht ausstattet, muß auch vom Staat respektiert werden. Neben die in der Verfassung niedergelegten treten so andere, ungeschriebene Freiheitsrechte'.[99] Opmerkelijk, en misschien wel typerend voor de derdenwerkinghausse in het algemeen, is dat in latere doctrine deze interpretatie steeds meer naar de achtergrond verschuift en de artikelen 27 & 28 ZGB gradueel geïncorporeerd werden binnen de derdenwerkingdogmatiek; de bepalingen verworden tot portaal bij uitstek voor de publiekrechtelijke grondrechten,[100] terwijl in vergetelheid vervalt dat ze hiervan eertijds zelf als inspiratiebron golden.[101]

Verder, en dat is een wetenschap die buiten Zwitserland onbekend blijkt, erkende het opperste Zwitserse gerechtshof reeds in *1878* een *directe*[102] derdenwerking. In een litigatie waar een man wegens religieuze onenigheid zijn echtgenote uit de echtelijke woning had verdreven oordeelde het *Bundesgerichtshof*:

> So wenig der Staat nach art. 49 der Bundesverfassung und art. 17 der thurgauischen Kantonsverfassung seinen Angehörigen ein bestimmtes religiöses Bekenntnis vorschreiben oder verbieten oder denselben wegen ihres Glaubens die Ausübung irgend welcher bürgerlicher Rechte ganz oder teilweise vorenthalten darf, so wenig steht dem Ehemanne das Recht zu, die religiöse Ueberzeugung seiner Ehefrau zu beherrschen und deren Glaubens- und Gewissensfreiheit Zwang anzuthun. Letztere ist vielmehr allen Staatsangehörigen ohne Unterschied des Geschlechtes als individuelles Recht verfassungsmäßig gewahrt. Nur über die religiöse Erziehung der

---

à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe (2) Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi' (Wet 16 december 1983, *RO* 1984, 778 782, in werking sinds 1 juli 1985).

99 A. Egger, Kommentar zum Personenrecht 2. A 1930 N 10 art. 28 ZGB, als aangehaald in Huber 1966, p. 202. Voor de volledigheid dient opgemerkt te worden dat Egger verder vervolgt: 'Und umgekehrt: Wenn das öffentliche Recht eine Freiheit gewährleistet, darf auch die entsprechende private Freiheit nicht illusorisch gemacht werden'.

100 O.a. Göksu 2002, p. 95 *et seq.*; Hangartner 1982, p. 52; Müller 1973, p. 818. Vgl. Huber 1963, p. 134; Tschannen 2007, p. 128.

101 De toonwissel is in aanzet reeds naspeurbaar bij Huber. Zo merkt deze auteur in 1955 nog op dat de privaatrechtelijke persoonlijkheidsrechten naar heersende mening niet gelden als 'Ausfluß und Anwendung der Grundrechte der Verfassung, als Ausdehnung dieser Grundrechte auf die Beziehungen unter den Privatpersonen auf dem Wege der Gesetzgebung' maar integendeel dat ze gelden als 'das unabhängige Gegenstück', waarna hij vervolgt dat de vraagstelling eerder omgekeerd is (Huber 1955, p. 174). In een bijdrage uit 1963 heet het daarentegen reeds dat men in de persoonlijkheidsbescherming van art. 27-28 ZGB 'eine Art Übertragung der Menschen- und Bürgerrechte auf das Privatrecht zu erblicken hat', 'ein Ausfluß, nicht bloß eine Parallele der Grundrechte' waarin men dus een 'bedeutsame Drittwirkung' kan aanschouwen (Huber 1963, p. 134).

102 Idem Karlen 1988, p. 276; Saladin 1982, p. 315; Zäch 1989, p. 3.

kinder bis zum 16. Altersjahre, d.h. also bis zu deren Mündigheit, steht dem Inhaber der väterlichen oder vormundschastlichen Gewalt gemäß Art. 49 lemma 3 der Bundesverfassung das Verfügungsrecht zu; mündige Personen sind dagegen, was ihr religiöses Bekenntniß und dessen Ausübung betrifft, keiner Gewalt unterworfen, seien sie in verehelichtem oder unverehelichtem Stande.'[103]

Kortom, duidelijke sporen van derdenwerking in de jurisprudentie lang voorheen het leerstuk in de doctrine zelfs maar opwachting maakte.[104] Weliswaar bestaan suggesties deze uitspraak als een curiosum af te doen,[105] feit blijft dat de horizontale applicatie van grondrechten hier voorzeker niet terloops was noch ingegeven werd door noodzaak[106] en bijgevolg als een zeer *bewuste* keuze van het Hof behoort aangemerkt te worden.[107] Overigens wordt deze uitspraak binnen de rechtsleer nog steeds geciteerd als een der meest uitgelezen illustraties van derdenwerking.[108] Ook heeft het Hof er in deze context zelf nog aan gerefereerd.[109] Toch zou de Zwitserse rechtspraak, doctrinaire vurigheid ten spijt, zich nimmer massaal overgeven aan derdenwerkingrethoriek,[110] maar slechts het reguliere pad vervolgen alsdat privaatrecht reeds een volkomen uitdrukking biedt van de basale normen.[111] Zoals Aubert in relatie tot de rechtspraak van het *Bundesgericht* met een cynische ondertoon opmerkte: 'Les auteurs parlent constamment de la "Drittwirkung", mais tout se passe comme si le Tribunal fédéral ne les entendait guère'.[112] Pas vanaf eind jaren '80, in bijzonder vanaf het Stakingsarrest,[113] zou dit Hof zich meer

103 BGer 23 augustus 1878, (4) *BGE* 1878, 434.
104 *Cf.* Saladin 1982, p. 310-311 *et seq.*
105 Zoals Bucher 1987a, p. 41.
106 Bucher 1987a, p. 41 bestempelt het als een 'Verlegenheitsargument' (en oppert evenzeer dat het mogelijk ingegeven werd door de verzuchting van het Hof haar competentie in deze te gronden). Karlen 1988, p. 276, voetnoot 54 leest in diens argumenten dat art. 49 BV in feite slechts in het geding hoefde te treden mocht de vraag aan de orde geweest zijn of de echtgenote met haar wissel van religie een fout ten aanzien van haar huwelijksverplichtingen had begaan.
107 Zie evenwel suggestie Bucher (voetnoot 106) m.b.t. opportuniteitsoverwegingen aangaande competentie.
108 Bucher 1987a, p. 41 (kritisch); Hangartner 1982, p. 52; Kiener & Kälin 2007, p. 48; Karlen 1988, p. 276; Saladin 1982, p. 315; Zäch 1989, p. 3.
109 BGer 18 juni 1985, *BGE* 111 II, 245, rdnr. 23.
110 Häfelin & Haller 1984, p. (331-)332; Hangartner 1982, p. 51; Huber 1966, p. 201-204; Kaufmann 1978, p. 480; Saladin 1988, p. 381; Wildhaber 1971, p. 344. Zie tevens de Duitse Rensmann 2007, p. 174.
111 O.a. Favre 1973, p. 191 (geciteerd met onderkenning deels anachronistisch karakter).
112 Aubert 1979, p. 14.
113 BGer 18 juni 1985, *BGE* 111 II, 245 (zie in het bijzonder de kritische kommentaar van Bucher 1987b, p. 9-18). Uiteraard had het *Bundesgericht* zich ook voorheen reeds op dit terrein gewaagd (het Hof geeft een overzicht te p. 256), maar de betreffende rechtspraak had een minder uitdrukkelijk (soms zelfs afwijzend) karakter (zie voor deze jurisprudentie verder o.a. Bucher 1987a, p. 40-44 (kritisch); Zäch 1989, p. 2-7 (Secundair Besson 1999, p. 251, voetnoot 1247; Häfelin & Haller 1984, p. (331-)332; Tschannen 2007, p. 127 & 129)).

expliciet op het terrein van de derdenwerkingdoctrine bewegen, zonder dat dergelijke rechtspraak tot op heden evenwel betekenisvolle omvang aanneemt.

Samengevat is de Zwitserse attitude naartoe horizontale werking eerder bedaard te noemen, wat onder meer toe te schrijven valt aan het onvermogen in het leerstuk een werkelijk innovatieve kracht te onderkennen. Nochtans impliceert deze serene appreciatie geen lethargie. Integendeel, ook heden toont het Zwitserse rechtsstelsel zich in haar beheersing toch progressief. Zo zou de Confederatie middels de hernieuwde Constitutie van 1999 haar organen[114] expliciet verordenen erover te waken dat grondrechten ook in verhoudingen tussen privaten gelding verkrijgen.[115] Hiermee neemt de Zwitserse grondwet niet enkel een unieke positie in als (een der) enige met een (min of meer uitdrukkelijk) voorschrift tot horizontale werking welk niet uitgelokt werd door een verlangen een breuklijn met een onbevredigend verleden te benadrukken,[116] maar tevens betreft het hier een consolidatie van decennialange voorbereiding[117] evenals een inschrijving van de *Bundesverfassung* in een tendens die reeds door verscheidene *Landesverfassungen* was uitgezet.[118]

---

114 De grondwet zelf spreekt van autoriteiten (*Behörden*, *autorités*). De toelichting verduidelijkt enkel dat hiermee zowel gedoeld wordt op de wetgevende autoriteiten als de 'autorités d'application du droit' ('Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996', *FF* 1996, p. 195).

115 Art. 35 (3). Zie in detail § 3.2.

116 Zoals bijvoorbeeld de Spaanse, Portugese en Zuid-Afrikaanse Constituties (zie *infra*).

117 Horizontale werking was reeds in het oorspronkelijke ontwerp uit 1977 ((104) *AöR* 1979, p. 475 *et seq.*; zie *in globo* o.a. Eichenberger 1980, p. 477-553 (met een overvloed aan verdere verwijzingen in voetnoot 2); Saladin 1979, p. 345-388) ingeschreven: '(1) Gesetzgebung und Rechtsprechung sorgen dafür, dass die Grundrechte sinngemäß auch unter Privaten wirksam werden. (2) Wer Grundrechte ausübt, hat die Grundrechte anderer zu achten. Vor allem darf niemand Grundrechte durch Mißbrauch seiner Machtstellung beeinträchtigen' (art. 25 VE (zie o.a. Aepli 1980, p. 27 *et seq.*; Secundair Müller 1978, p. 270; Saladin 1979, p. 356)). Overigens schijnt deze blauwdruk ook van invloed geweest te zijn op de derdenwerkingbepalingen in de Constituties van Aargau, Solothurn en Thurgau (zie voetnoot 118), althans wordt in de bijbehorende toelichtingen op een zekere overlapping gewezen (zie respectievelijk *BBl.* 1981, II, p. 254; *BBl.* 1987, II, p. 648-649; *BBl* 1989, III, p. 880).

118 Zo stelt de Constitutie van het kanton Aargau met betrekking tot grondrechten dat 'Soweit sie ihrem Wesen nach dazu geeignet sind, verpflichten sie Privatpersonen untereinander' (art. 7 (2); zie terzake 'Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Aargau vom 15. April 1981', *BBl.* 1981, II, p. 254). In vergelijkbare bewoordingen vindt het principe ook neerslag in de Constitutie van het kanton Solothurn alwaar het in art. 20 (3) heet dat 'Soweit sie ihrem Wesen nach dazu geeignet sind, verpflichten Grundrechte Privatpersonen untereinander' (zie terzake 'Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Solothurn vom 16. März 1987', *BBl.* 1987, II, p. 648-649; vermeldenswaardig is tevens (2) van ditzelfde artikel: 'Wer Grundrechte ausübt, muss die Grundrechte anderer beachten'). In het kanton Thurgau stelt § 9 Constitutie: 'Die Grundrechte gelten sinngemäss auch unter Privaten' (zie terzake 'Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Thurgau vom 23. August 1989', *BBl* 1989, III, p. 880). De toelichtingen bij deze bepalingen bevestigen expliciet dat deze voorschriften aanzien dienen te worden als een bekrachtiging van de *Drittwirkung*-theorie. Recentelijk heeft ook het kanton Ticino nog een uitdrukkelijk op de theorie van horizontale werking gericht (*cf.* 'Messaggio concernente il conferimento della garanzia federale alla costituzione del Cantone del Ticino del

2.2.4 Nederland

In Nederland werd mogelijke gelding van grondrechten in particuliere verhoudingen opvallend vroeg aangekaart. Een enkel antecedent, door Biesheuvel uit de vergetelheid gehaald[119] (maar hierin sindsdien terug vervallen) reikt zelfs tot het jaar 1900 en vormt aldus (evenzeer) een uitzonderlijk, *quasi* anachronistisch gegeven in de derdenwerkinghistoriek. Aanleiding was de toenmalig heersende tendens werknemers niet in dienst te nemen of integendeel zelfs te ontslaan wegens lidmaatschap van een vakvereniging. De Nederlandse overheid had in deze verkozen niet te interveniëren, zich hierbij beroepende op de contractsvrijheid van de werkgever en de irrelevantie van art. 9 Grondwet (vrijheid van vereniging) hetwelk enkel verticale gelding toekomen zou.[120] In het *Weekblad van het Regt* werd deze argumentatie door de Amsterdamse advocaat J.A. Levy op de korrel genomen. Bij conflict behoort, aldus deze auteur, niet het grondwettelijk 'subjectief' recht terug te treden doch wel de contractsvrijheid die op dit vlak 'exact en precies' door de grondwet wordt

16 settembre 1998', *Foglio Federale* 1998, IV, p. 4367 & 4372) voorschrift in de Constitutie ingeschreven: 'Ognuno è tenuto [...] a rispettare i diritti degli altri' (art. 12). Op basis van een louter terminologische benadering kan verder ook gerefereerd worden aan de Constitutie van het kanton Basel-Landschaft stellende in § 14 dat '(2) Wer Grundrechte ausübt, hat die Grundrechte anderer zu achten. (3) Niemand darf Grundrechte durch Missbrauch seiner Machtstellung beeinträchtigen'. Enige terughoudendheid is hierbij echter gepast aangezien de desbetreffende toelichting ('Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 2l. August 1985', *BBl.* 1985, II, p. 1157-1201) met geen enkel woord over het leerstuk rept en het bijgevolg van een onterechte *Hineininterpretierung* zou getuigen hieraan dergelijke draagwijdte toe te kennen (merk evenwel op dat een gelijkluidende bepaling in het nationale grondwetsontwerp van 1977 (zie voetnoot 117) *wel* met dergelijke derdenwerkingconnotatie geïnterpreteerd werd (o.a. Eichenberger 1980, p. 529; Kaufmann 1978, p. 482) doch dat dit anderzijds geen definitieve conclusie toelaat daar de Basel-Landschaft bepaling de duidelijke derdenwerkingindicatie in art. 25 (1) VE ontbeert). In diezelfde optiek past ook de verwijzing van Saladin 1987, p. 378 naar art. 14 van de Constitutie van het kanton Jura ('Effets des droits fondamentaux') waar het lid twee heet: 'Chacun exerce ses droits fondamentaux en respectant ceux d'autrui'. Ook hier bevat de officiële toelichting ('Message concernant la garantie de la constitution du futur canton du Jura du 20 avril 1977', *FF* 1977, II, p. 259-309) geen indicatie alsdat werkelijk zuivere horizontale werking verordend wordt. Eenzelfde conclusie gaat overigens op voor de gelijkaardige bepalingen in de Constituties van de kantons Glaris (art 2.2 'Chacun est tenu de respecter les droits d'autrui lorsqu'il exerce ses droits fondamentaux') en Bâle-Champagne (§ 14.2 'Celui qui exerce ses droits fondamentaux doit respecter les droits fondamentaux d'autrui') (zie respectievelijk *FF* 1989, III, p. 706-749 & *FF* 1985, II, p. 1173-1235). Merk evenwel op dat de betekenis van deze bepalingen gerelativeerd dient te worden in die zin dat eenvoudig *Bundesrecht* over de kantonale Constituties primeert (Castramal 1996, p. 38).

119 Biesheuvel 1981, p. 148-152 en Biesheuvel 1986, p. 41.

120 'Staatsbegrooting voor het dienstjaar 1901. Hoofdstuk IV (Justitie). Memorie van antwoord', *W.* 1900, nr. 7512, p. 2 ('Dit Grondwetsartikel toch, hetwelk zijn ontstaan heeft te danken aan de overtuiging, dat het recht tot vereeniging beschermd dient te worden tegen willekeur des wetgevers, heeft allerminst de strekking om de vrijheid van handelen der individuen te beperken of te ontnemen').

beperkt.[121] Het was een standpunt dat naar toenmalige maatstaven al te voortvarend bleek. Kritiek kwam van A.P.T. Eyssell, eertijds raadsheer in de Hoge Raad, die, onder meer vanuit historisch perspectief, de premisse dat het grondrecht meer dan een loutere bescherming ten aanzien van de wetgever zou inhouden hekelde en Levy venijnig tot 'nadere lering […] streng wetenschappelijk en objectief' aanspoorde.[122] Gevolg was een kortstondige polemiek over horizontale werking en contractsvrijheid, die evenwel al snel in mineur eindigde.[123] Dit onbevredigend slot en het episodisch karakter van de discussie doen echter niet af aan de signaalwaarde ervan in de historiek van horizontale werking; hoewel meestal als een volkomen modern leerstuk voorgesteld, kan met Biesheuvel[124] opgemerkt worden dat in voornoemd debat reeds alle belangrijke elementen zoals ze nadien in de *Drittwirkung*-doctrine zouden worden opgeworpen (o.a. de afrekening met de beweerd historisch geïnspireerde exclusieve verticale werking van grondrechten, bedreiging van grondrechten door private machtsentiteiten, interferentie met contractsvrijheid) werden beroerd. Uitvergroot mag deze episode uiteraard niet worden.[125] Incidentele polemieken vermogen ook heden in de regel geen algemeen bewustzijn op te wekken en dergelijke werking aan gedateerde oprispingen toeschrijven zou helemaal van onbesef getuigen.

Aanvang jaren '60 (de introductie van het EVRM was daaraan niet vreemd)[126] werd de exclusief verticale gelding van grondrechten pas werkelijk in vraag gesteld. Zo stelt Cluysenaer in 1961 dat het aan twijfel onderhevig is of de beperking der grondrechten in deze zin, dat ze uitsluitend tegen de overheid gericht zijn, 'nog juist is in onze tijd'.[127] Ook Röling acht in datzelfde jaar best mogelijk dat grondrechten 'de vrijheidssfeer van de enkeling afbake-

121 Levy 1900a, p. 4.

122 Eyssell 1900a, p. 4.

123 Wederwoord volgde snel: in een analyse vanaf 1789 (waarbij onder meer de Bataafse grondrechten van 1789, de grondwetsherziening van 1948 en in het bijzonder de commentaar van Thorbecke, de revue passeerden) tot 1900 tracht Levy de intrinsiek horizontale werking van het recht op vereniging en, meer in het algemeen, persoonlijke grondrechten diets te maken en te contrasteren met de slechts relatieve kracht van contractsvrijheid ('Hier is toch de grens tusschen contractvrijheid en lijfeigenschap') (Levy 1900b, p. 4). Eyssell kon niet overtuigd worden en greep het ietwat ongenuanceerde karakter van Levy's uitlatingen aan om ze te ridiculiseren bij overdrijving, om zich daarna ook uit het debat terug te trekken (Eyssell 1900b, p. 3-4). Uiteindelijk zou Levy de pennenstrijd geluwd en eerder eenzijdig verder zetten t.a.v. de redactie van het weekblad (Levy 1901a, p. 4; Levy 1901b, p. 4; Levy 1901c, p. 4).

124 Biesheuvel 1981, p. 152.

125 Zie in ondergeschikte orde tevens het 'debat' tussen Struycken 1928, p. 167-168 en Kranenburg 1947, p. 428-429 ('de rechter heeft juist op grond van artikel 14 A.B. die contracten onverbindend te verklaren waardoor de door de Grondwet erkende individuele vrijheidsrechten zouden worden aangetast') m.b.t. contractuele afstand van grondrechten (zie terzake o.a Biesheuvel 1981, p. 153-155; Burkens 1989, p. 167).

126 Vgl. Maris 1969, p. 20.

127 Cluysenaer 1961, p. 237.

nen zonder aanzien des persoons' en 'zij dus het respect voor de vrijheid eisen niet alleen van de overheid'.[128] Gedecideerder klinkt het in 1962 bij van der Hoeven alwaar de beperking van de gelding van grondrechten tot de relatie overheid–burger als niet (meer) gerechtvaardigd wordt bestempeld.[129] Gelijkaardige overtuigingen, specifiek in de context van het EVRM, weerklinken bij Tammes, onder meer in diens preadvies aan de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht uit 1960.[130] Kortom, een plots sterk opkomende belangstelling.[131] In 1965 bestempelde Van Emde Boas de kwestie of grondrechten eveneens een rol spelen in verhoudingen tussen particulieren zelfs reeds als 'een bekende strijdvraag', zij het dat deze door de toenmalige meerderheid der staatsrechtskundigen nog ontkennend werd beantwoord.[132]

Al deze pennen vermochten echter nog steeds niet het brede juridische publiek bereiken. Daar kwam verandering in toen de Nederlandse Juristenvereniging de vraag of 'de wet bijzondere regelen [behoort] te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten' tot haar studieonderwerp van 1969 bestempelde.[133] Middels de rapporten van de preadviseurs Maris[134] en Polak[135] werd op ruim(er)e schaal van het leerstuk kennis genomen en, net zoals in Oostenrijk,[136] zouden deze adviezen (in bijzonder dit van Maris hetwelk middels een extensieve analyse de Duitse dogmatiek (inclusief het onderscheid tussen directe en indirecte werking) in de Nederlandse doctrine introduceerde) de basis leggen voor verdere theorievorming.[137]

Een tweede golf van belangstelling werd veroorzaakt door het aanloopdebat tot de grondwetsherziening van 1983.[138] Achteraf beschouwd mag dit verbazen want het leerstuk had hierin onder een allerminst gunstig gesternte haar opwachting gemaakt: in de verkennende *Proeve van een nieuwe grondwet* (1966) werd het in lapidaire bewoordingen afgevoerd.[139] Ook de *Staatscommissie*

---

128 Röling 1961, p. 581.
129 Van der Hoeven 1962, p. 23. Vgl. tevens Van der Hoeven 1958, p. 172-173 & 196-197.
130 Tammes 1960, 29-32. Tevens Tammes 1962, p. 164 (*et seq.*).
131 Zie verder o.a. Boukema 1966, p. 23-27, p. 140-143, p. 243 *et seq.* (respectievelijk met betrekking tot de Duitse doctrine, de Nederlandse situatie en de strekking van internationale instrumenten (specifiek het EVRM) in het bijzonder ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting); Van Wijnbergen 1961, p. 196. Zie tevens Pompe 1960, p. 714 (alwaar gewezen wordt op feit dat 'de gevaren voor realisering der drukpersvrijheid behoeven niet alleen van de overheid te komen').
132 Van Emde Boas 1965, p. 66.
133 Tevens Burkens 1989, p. 168; Drion 1969, p. 594.
134 Maris 1969.
135 Polak 1969.
136 *Cf.* § 2.2.3.
137 Overigens ook over de grens heen, zie voetnoot 182.
138 De Graaf & De Haas 1984, p. 1353.
139 *Proeve van een nieuwe grondwet*, 's-Gravenhage 1966, p. 56. Wel werd hierbij opgemerkt dat grondrechten een zekere 'reflexwerking' zouden kunnen hebben, m.n. 'een aanzet zijn tot het bieden van een verdergaande bescherming van de burger tegen anderen dan de overheid door middel van wettelijke strafbepalingen'.

Cals-Donner schaarde zich in 1969 achter dergelijke opvatting, maar achtte een iets extensievere en meer genuanceerde toelichting raadzaam,[140] welk een aarzelende aanzet tot mentaliteitswijziging doet vermoeden. Deze kwam er effectief in de tweede helft jaren '70, toen de regering, voorheen ook weinig gecharmeerd door horizontale werking,[141] zich geïnspireerd wist door de visie van Boesjes, toenmalig medewerker op de Stafafdeling Grondwetszaken van het Ministerie van Binnenlandse Zaken.[142] Deze had, in een heilzame verlossing van de toenmalig prevalerende 'alles of niets'-benadering,[143] een soort van 'glijdende schaal' voorgesteld, opgebouwd uit vijf niveaus, gaande van grondrechten als 'opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken' tot grondrechten die 'zich dwingend aan de rechter [opleggen] en slechts die afwijkingen [toestaan] welke tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar zijn'.[144] Met name appelleerde deze schaal daar ze – naar eigen zeggen[145] – ontstond uit een analyse van de bestaande Nederlandse rechtspraak en aldus de toenmalig overheersende negatieve *theoretische* focus sterk aan autoriteit deed inboeten. In een bijpassende pragmatische benadering werd ze door de overheid letterlijk en zonder significante toelichting in de parlementaire stukken overgenomen.[146] In het ongewisse bleef wanneer en op welke

140 Ingeroepen werd de zogenaamd historisch exclusieve verticale inrichting van de grondrechten en vrees voor een 'gouvernement des juges'. Wel werd terecht gesteld dat grondrechten een expressie zijn van fundamentele waarden die aan het recht zelf inherent zijn en welke zich dus ook in het privaatrecht en private relaties manifesteren; bijgevolg staat het de rechter vrij zich bij de interpretatie van open normen als het begrip 'goede zeden' te richten naar deze fundamentele waarden *ergo* de algemene beginselen die onder meer in de grondrechten begraven liggen via deze op te speuren (*cf.* Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de grondwet en de Kieswet, Den Haag: Staatsuitgeverij 1969, p. 42-43). Overigens werd de argumentatie niet door alle leden gedeeld, in een minderheidsnota verwierp D.H.M. Meuwissen het historische argument als niet beslissend en vicieus (de commissie wordt zelf geacht aan de historiek bij te dragen) en de vrees voor rechtspolitieke macht in handen van de rechterlijke macht als onvermijdelijke realiteit van eendere keuze op het abstracte beleidsniveau waarin de grondwetgever speelt (*idem*, p. 102-108); deze minderheidsnota zou als aanzet tot nadien meer welwillende houding der grondwetgever fungeren (Alkema 1995a, p. 24 verwijzende naar MvT 15-16).

141 Brief Minister Binnenlandse Zaken betreffende het beleid inzake grondwet en kieswet , *Bijl. Hand.* II 1969-70, 9187, nr. 13, 2b) (tevens opgenomen in Ministerie van Binnenlandse Zaken, *Naar een nieuwe grondwet?*, VI, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1973, p. 63-64). Zie tevens *Kamerstukken II* 1970/71, 11051, nr. 3, p. 8/9.

142 Biesheuvel 1977, p. 15. Zie tevens Akkermans 1985, p. 277, voetnoot 13.

143 Vgl. *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15; *Kamerstukken II* 1976/77, nr. 13872, nr. 7, p. 10.

144 Boesjes 1973, p. 911.

145 *Cf.* Boesjes 1973, p. 911-912.

146 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15-16. Vermoedelijk heeft Boesjes de desbetreffende passage in de MvT zelf opgesteld, aldus Biesheuvel 1977, p. 15. De inclusie van het vijfde niveau wekte enig wantrouwen aangezien het werd beschouwd als een poging directe werking te bevoordeligen; de latere verklaring van de wetgever dat hiermee enkel beoogd

wijze de rechtspraak horizontale werking aan grondrechten behoorde toe te kennen;[147] integendeel werd gesteld dat deze appreciatie tot de taak van de rechterlijke macht zelf behoorde.[148] Aldus werd een signaal gegeven dat horizontale werking wel op instemming rekenen kon, maar werd ook duidelijk dat de overheid trachtte de vingers niet aan het heikele leerstuk te branden.[149] Het was een halfhartige houding die zowel door de Raad van State[150] als bepaalde parlementaire fracties,[151] maar in het bijzonder in de doctrine, welke de vaagheid, het gebrek aan transparantie en houvast satiriseerde[152] (bij Donner heette het zelfs dat hier een 'constitutionele slaapwandelaar' aan het woord was geweest),[153] werd bekritiseerd.

Op de Nederlandse rechtspraak lijkt dit debat alvast weinig concreet effect te hebben gehad.[154] Eerder heeft deze een autonome ontwikkeling doorgemaakt. Niet enkel duikt de glijdende schaal nergens op,[155] maar ook heeft de Nederlandse rechter niet op toestemming van de grondwetgever gewacht om grondrechten horizontale werking te verlenen.

---

werd geen vorm van horizontale werking uit te sluiten vermocht niet allen te overtuigen (zie o.a.Verhey 1992a, p. 145).

147 Het heette ondermeer dat aldus 'derdenwerking van zijn dogmatisch karakter wordt ontdaan' (*Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15/16. Zie o.a. Burkens 1976, p. 707.

148 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 6, p. 12; *Kamerstukken I* 1976/77, 13872, 13873, nr. 55, p. (16-) 18.

149 Vgl. Van der Pot & Donner 1995, p. 222; Akkermans & Koekkoek 1992, p. 22.

150 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 4, p. 57-58 en 61.

151 Zie in bijzonder Kortmann 1987, p. 45-46.

152 De Graaf & De Haas 1984, p. 1353 ('onduidelijker kan het haast niet'); De Jonge 1997, p. 16 ('een standpunt dat niet uitblonk door helderheid'); Kortmann 1987, p. 48 ('De regering stelde in feite: wetgever en rechter, U zoekt het maar uit'; '[…] vormt geen schoolvoorbeeld van helderheid in de grondwetgeving'); Van der Burg 1982, p. 64-65. Zie tevens Akkermans 1985, p. 277; Alkema 1995a, p. 29 ('geen klare wijn'); Donner 1976, p. 396-397; Biesheuvel 1977, p. 16 ('Nu de regering […] met een enkele verwijzing naar grondwetsinterpretatie meent te kunnen volstaan, kan aan haar […] voorstel slechts een symbolische betekenis worden toegekend'); Van der Heijden 1988, p. 12 en in ondergeschikte zin Gerards 2002, p. 533. Vgl. Burkens 1976, p. 707-708 (alwaar de aldus bekomen 'neutralisatie' van het vraagstuk bestempeld wordt als 'lijk[ende] wel verstandig beleid', doch anderzijds gevreesd wordt voor jurisprudentiële verstarring en aantasting van het primaat van de wetgever; beter zou zijn 'vingerwijzingen naar horizontale werking van grondrechten achterwege te laten c.q. terug te nemen').

153 Van der Pot & Donner 1995, p. 222.

154 Vgl. Akkermans 1987, p. 27; Kortmann 1989, p. 236; Verhey 1992a, p. 187. Anders Verhey 2005, p. 139 ('although the courts did perhaps experience the 1983 constitutional reform as a strong incentive to further develop the horizontal effect of fundamental rights') en soortgelijk De Boer 1993, p. 179 ('de grondwetsgeschiedenis zonder veel twijfel betekenis gehad, ook wat betreft de horizontale werking, doordat ten minste de rechter moed is ingesproken').

155 Idem Gerbranda & Kroes 1993, p. 123 (zie evenwel voetnoot 41 aldaar) & 156; Heringa 1990b, p. 71; Mak 2008, p. 56; Verhey 1992a, p. 187; Verhey 2005, p. 139 (zie tevens Groen 1995, p. 144 met een gelijkaardige conclusie in het kader van de voorbereiding Algemene wet gelijke behandeling).

Een aanzienlijk deel van de Nederlandse doctrine gaat zelfs zo ver de stamboom van deze rechtspraak terug te voeren tot 1948, evenwel ten onrechte. In dit jaar had het Hof van Arnhem, net als de rechtbank ervoor,[156] weliswaar een contractsclausule nietig verklaard aangezien ze de vrijheid van religie in gevaar bracht,[157] doch nergens wordt daarbij naar een grondrecht verwezen. De rechtbank en het Hof beriepen zich slechts op een onbepaalde 'godsdienstige gewetensvrijheid' respectievelijk 'geloofs- en gewetensvrijheid' welke deze instanties ook zonder een toevlucht tot het publiekrecht als een in het privaatrecht te beschermen belang aanmerken. Van horizontale werking jurisprudentie is in deze bijgevolg geen sprake.[158] Opgemerkt kan trouwens worden dat datzelfde Hof in een gelijkaardige casus tien jaar later zelfs een verwijzing naar deze vrijheid niet meer noodzakelijk acht en niettemin tot een gelijkaardige conclusie komt.[159] De uitspraak lijkt mij anderzijds wel betekenisvol om twee andere redenen. In de eerste plaats om de huidige doctrinaire voortvluchtigheid te duiden, welke alle rechtspraak waarin aan fundamentele waarden wordt gerefereerd overhaast onder de bannier van horizontale werking schaart. In tweede instantie, en dat is veel significanter, omdat de redactie van de *NJ wel*, schijnbaar zonder dogmatische scrupules, de link tussen deze toepassing van privaatrechtelijke bepalingen en de grondwet heeft gelegd. In de *abstract* wordt immers rechtaan naar toenmalig art. 174 (godsdienstvrijheid) verwezen. Deze conclusies schijnen misschien contradictoir, maar dat zijn ze juist *niet*. De redactie van de *NJ* was met de leer van horizontale werking immers, naar mag worden aangenomen, onbekend, deze zou pas *decennia* later in de Nederlandse jurisprudentie en doctrine geïntroduceerd worden. Meer nog, het leerstuk, als algemeen geldend principe, kende op dit ogenblik zelfs pas in Duitsland een aarzelende aanzet en was dus allerminst een exportproduct. Zelfs indien de *NJ*-redactie van dit debat kennis zou hebben genomen zou deze niet zonder meer een dergelijke, naar huidige maatstaven diepgravende, conclusie hebben vooropgesteld, althans niet in een *abstract* en zonder

156 Ktr. Eindhoven (pachtkamer) 3 juni 1947, ongepubliceerd.

157 Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331 (De zaak betrof een pachtcontract waarbij de pachtgever een organisatie was die tot doel had het protestantisme te ondersteunen. In het contract was gestipuleerd dat de pachter diende mee te werken aan de doelstellingen van deze organisatie, op straffe van ontbinding van het contract. De pachter kon hieraan niet voldoen aangezien hij een getuige van Jehova werd. Bijgevolg vorderde de organisatie ontbinding van het contract. De pachter voerde aan dat voormelde stipulatie strijdig was met de wet, of op zijn minst met de goede zeden, en in ieder geval nietig).

158 De Graaf & De Haas 1984, p. 1354; De Vos 2005, p. 290, voetnoot 6; Koekkoek 1985, p. 408 ('Niet het rechtsbeginsel zoals vervat in artikel 181 Grondwet (oud), maar het in privaatrechtelijke begrippen opgenomen rechtsbeginsel beschermde de pachter'); Maris 1969, p. 42; Van der Pot & Donner 1995, p. 221-222, voetnoot 54 ('Hier werken óók in de grondwet verankerde persoonlijkheidsrechten in het privaatrecht door via reeds lang bekende begrippen'). Vgl. tevens Verhey 1992a, p. 184 die meer op de oppervlakte blijft ('Of hier gedoeld wordt op het grondrecht blijft onduidelijk'). Contra o.a. Simons 1978, p. 454.

159 Hof Arnhem (pachtkamer) 15 november 1958, *NJ* 1959, 472.

nadere toelichting. Wat hier plaats nam was een evidente associatie die uitging van inherent aan het rechtsysteem gedeelde grondwaarden en welke niet gehinderd werd door de artificieel opgerekte divisie die latere doctrine tussen publiek- en privaatrecht tracht te suggereren. Samengevat een onbewuste boodschap aan de huidige doctrine zich niet al te zeer te laten verleiden tot hoogdravende beschouwingen omtrent de 'noodzaak' of 'verfrissende' impact van grondrechten op het Nederlandse privaatrecht.

Terugkerend naar jurisprudentie die werkelijk grondrechten in haar beschouwing hanteert kan worden gesteld dat ze een aarzelende aanzet kende vanaf de jaren '60[160] en '70.[161] Zo merkte Biesheuvel reeds in 1981 op dat 'thans een anachronisme [is] geworden de vraag aan de orde te stellen, of grondrechten horizontale werking kunnen hebben'.[162] Dat is te relativeren, aangezien ook nadien occasioneel geweigerd werd aan grondrechten *sensu stricto* gevolg te geven. Meer dan werkelijk uitdovende verzetshaarden kunnen hierin echter niet gezien worden.

2.2.5 Portugal en Spanje

Vanaf eind jaren '70 zou de theorie Portugal en Spanje veroveren. De omstandigheden herinneren sterk aan de Duitse en Italiaanse historiek. Het einde van de *Estado Novo* in Portugal en het regime van Franco in Spanje vorderde

---

160 Ktr. Haarlem 20 juli 1962, *NJ* 1963, 101 (Non-concurrentiebeding zich vijf jaar van educatieve activiteiten te onthouden niet strijdig met art. 208 Gw.); Hof Amsterdam 11 april 1963, *NJ* 1964, 25 (Contractuele verplichting exclusief aan erkende boekhandelaars te leveren en controle van administratie toe te staan niet strijdig met art. 4 EVRM (dwangarbeid), art 7 Gw. & [10] EVRM (meningsuiting)); Pres. Rb 's-Gravenhage 23 oktober 1967 (weergave in HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 407) (Verbod bij leerovereenkomst opgelegd om geen Mensendieck-oefeningen aan het publiek te verschaffen indien cursus niet met vrucht beëindigd niet in strijd met Grondwet; art. 208 Gw. staat niet in de weg aan een overeenkomst onder bepaalde omstandigheden van dit recht geen gebruik te maken); Hof 's-Gravenhage 31 oktober 1968 (weergave in HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 407) (*Idem* Mensendieck; wel strijd met art. 208 Gw. en bijgevolg nietig wegens strijd met openbare orde en goede zeden). Zie anderzijds Hof 's-Gravenhage 23 november 1960, *NJ* 1961, 501 (Grondrechten hebben naar aard en historiek slechts verticale werking).

161 Arr.-Rb. Zwolle 19 februari 1975, *NJ* 1976, 266 (zie § 4.3); Hof Amsterdam 16 december 1976, *NJ* 1977, 86 (Persoon zonder afdoende bewijs door tijdschrift geïdentificeerd als KGB-spion; noch het door de rechter in kortgeding opgelegde bevel tot rectificatie, noch verbod tot reïteratie (mits gereformuleerd) is in strijd met vrijheid van pers of meningsuiting (art. 7 Gw & 10 EVRM)). Zie tevens Hof Arnhem 9 juli 1974, *NJ* 1975, 359 (Stalking van partner en kinderen tijdens echtscheidingsprocedure; beroep op art. 10 EVRM faalt 'afgezien […] dat betwijfeld moet worden of het in dat artikel omschreven grondrecht van vrijheid van meningsuiting zonder meer gelding heeft binnen privaatrechtelijke verhoudingen' en deze bepaling niet de vrijheid verleent anderen op hinderlijke wijze en tegen hun wil een mening op te dringen).

162 Biesheuvel 1981, p. 217. Vgl. tevens o.a. Heringa & Zwart 1985, p. 639 ('In de rechtspraak is die doorwerking al ruimschoots terug te vinden').

een afrekening met het democratische en constitutionele deficit van dit fascistische verleden.[163] In beide landen resulteerde dit onder meer in de introductie van een constitutioneel hof evenals grondrechtencatalogi die tot de meest extensieve van het Europese vasteland behoren.[164] De erkenning van derdenwerking leek hierbij in het natuurlijke verlengde te liggen. In Portugal werd, onder meer in het besef van de *Lüth*-rechtspraak,[165] een zekere *aanzet* tot derdenwerking zelfs expliciet in de grondwet ingeschreven: 'Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas' (art. 18).[166] Of deze bepaling evenwel ook daadwerkelijk tot zuivere horizontale werking verbindt is alsnog omstreden;[167] niettemin wordt het leerstuk zelf nauwelijks in vraag gesteld.[168] In de Spaanse constitutie is het vergeefs zoeken naar een equivalente bepaling,[169] hoewel een aanknopingspunt lijkt te kunnen worden

163 De Preambule van de Portugese Grondwet is in dit opzicht bijzonder expliciet. Het heet aldaar onder meer dat de revolutie, als sluitstuk van langdurig verzet en overeenkomstig de diepste verzuchtingen van het volk, Portugal bevrijd heeft van dictatuur, onderdrukking en kolonialisme evenals de bevolking diens fundamentele rechten en vrijheden heeft gerestitueerd (en aldus de redactie van een grondwet die beantwoordt aan de aspiraties van het land heeft mogelijk gemaakt). Zie tevens Alzaga Villaamil 1978, p. 150 waar de uitgebreide Spaanse grondrechtencatalogus wordt getypeerd als ingegeven door een 'constitutioneel revanchisme'.

164 In Spanje overspant hoofdstuk 2 (art. 10-38) de meer klassieke grondrechten (waarbij evenwel geduid dient te worden op de ruime invulling die hieraan incidenteel toegekend wordt, zo lijkt bijvoorbeeld art. 30.1 waarin burgers het recht (en de plicht) toegekend wordt het land te verdedigen een nogal gratuite garantie) terwijl hoofdstuk 3 (art. 39-52) beschouwd kan worden als een catalogus van de economische en sociale grondrechten. De Portugese Constitutie is nog imposanter: de titel *direitos e deveres fundamentais* bestrijkt de art. 12-79 (op een actueel totaal van 296). Hieronder ressorteren echter ook de meer procedurele bepalingen m.b.t. grondrechten (zie o.a. art. 14-23 aangaande schorsing wegens noodtoestand, ombudsman *etc.*), maar dat laat onverlet dat de catalogus een zeer ruime dekking biedt, daaronder ook begrepen meer moderne grondrechten zoals consumentenrechten (art. 60) en het recht op gezonde leefomgeving (art. 66), zelfs gaande tot meer excentrieke varianten zoals een grondrecht op lichamelijke opvoeding en sport (art. 79 (vgl. overigens art. 43.2 Spaanse Constitutie)).

165 Gonçalves 2004, p. 79 & 91.

166 'De constitutionele bepalingen met betrekking tot rechten, vrijheden en garanties zijn rechtstreeks toepasbaar en bindend ten aanzien van publieke en private entiteiten'. Zie in detail *infra* § 3.2. Merk trouwens op dat *direitos, liberdades e garantias* geen generieke maar een specifieke verwijzing is naar een aldus getiteld *deel* van de Portugese grondrechtencatalogus, namelijk naar Sectie II (art. 24-54). Dit impliceert dat art. 18 geen gelding heeft ten aanzien van bijvoorbeeld het gros der economische, sociale en culturele rechten daar deze geïncorporeerd werden in Sectie III.

167 Zie § 3.2.

168 Vgl. anderzijds kritisch hoofdstuk 3, voetnoot 206.

169 Zie tevens Bon 1991b, p. 43 waar gesteld wordt dat de Spaanse Constitutie weliswaar geen bepaling bevat die op algemene wijze grondrechten toepasbaar verklaart binnen private relaties, maar dat anderzijds sommige constitutionele bepalingen inhoudsloos zijn zo men dergelijk effect niet erkent (o.a. art. 26 m.b.t. het verbod op 'ererechtbanken' binnen professionele organisaties en art. 28.1 m.b.t tot syndicale vrijheid). Het gaat echter te ver hieruit

gevonden in art. 9.1 (waarin gesteld wordt dat burgers gebonden zijn door de Constitutie)[170] en 10.1 (aangaande menselijke waardigheid en respect voor de rechten der anderen *etc.*).[171] De Spaanse juridische wereld lijkt hier evenwel ook geen nood aan te hebben: derdenwerking – of althans constitutionalisering – werd in het enthousiasme voor het nieuwe juridische regime als een zekere evidentie aangenomen.[172] Het is zelfs treffend hoe weinig aan art. 9 en 10 gerefereerd wordt om deze derdenwerking theoretisch te onderbouwen,[173] terwijl ook geen andere dragende normen naar voor worden geschoven. Kortom, in beide landen weerklinkt een zekere vanzelfsprekendheid (de gebruikelijke dissonanten uitgezonderd) uit horizontale werking maar tegelijk ook (en daarmee zelfs intrinsiek verbonden) een revolutionair karakter. Opvallend is niet enkel de analogie met de ontwikkelingen zoals deze zich hebben voorgedaan in Duitsland en Italië, maar ook de sterke invloed die van deze laatste landen is uitgegaan. Voornamelijk de Duitse doctrine (in Spanje naast referenties aan de Italiaanse doctrine en de jurisprudentie van het Argentijnse Hooggerechtshof[174])[175] betoonde zich een beslissende bron van inspiratie.[176] De Spaanse *Letrado del Estado* García Torres gewaagt in dit opzicht zelfs van een eerder slaafse navolging.[177] De invloed – dan wel niet het slaafse karakter – valt overigens ook af te leiden

---

een algemene erkenning tot derdenwerking af te leiden, zoals Bon wel lijkt te suggereren. Immers, ook de Constitutie van de Weimar republiek bezat in enkele artikelen (een zelfs expliciete) derdenwerking (zie § 2.2.1), maar weinigen zullen durven gewagen dat hiermee derdenwerking algemeen werd erkend.

170 'Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.'

171 'La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social' (zie uitvoerig Segado 2006, p. 456 *et seq.*).

172 Bon 1991a, p. 35 *et seq.*, in het bijzonder 36 & 38. Vgl. Segado 1993, p. 220: 'Desde los primeros momentos que siguieron a la promulgación de la Constitución, una doctrina cada vez más consolidada entendió que en nuestro ordenamiento constitucional existían argumentos y posibilidades para una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas'.

173 Sommermann 1984, p. 235 (onder verwijzing naar Embid Irujo 1980, p. 204 (waar aan beide wordt gerefereerd); Prieto Sanchís 1982, 390 (art. 9); Quadra-Salcedo 1981, p. 75 (art. 10 (1)); Rodríguez-Piñero 1979, p. 397 (art. 10 (2))). Zie m.b.t. art. 9.1 als aanknopingspunt tot derdenwerking in het bijzonder het overzicht van Bilbao Ubillos 1997, p. 351, voetnoot 277.

174 M.b.t. derdenwerking in Argentinië zie reeds Krotoschin 1964, p. 128-132.

175 Sommermann 1984, p. 235.

176 M.b.t. Spanje zie tevens Bon 1991b, p. 42; m.b.t. Portugal zie tevens Kern 2007, p. 71 & 74.

177 García Torres & Jiménez Blanco 1986, p. 47 (meer specifiek heet het dat de doctrine zich voor het grootste deel beperkt heeft tot de receptie en adaptatie, om niet te zeggen recommendatie, van de resultaten uit de BRD). Neem hierbij overigens in rekening de (niet op derdenwerking toegespitste) opmerking van Brage Camazano dat in de laatste jaren in Spanje een belangrijke receptie, meer formeel dan substantieel (en soms zelfs eerder blindelings) heeft plaatsgevonden van Duitse constitutioneelrechtelijke constructies (Brage Camazano 2006, p. 542).

uit de receptie in beide landen van de notie *Drittwirkung* in de nationale doctrine (naast meer taaleigen synoniemen[178]).[179] In Spanje werd de term zelfs door het *Tribunal Constitucional* gehanteerd.[180]

2.2.6 België en Frankrijk

Evenzeer vanaf de jaren '80 had het leerstuk geleidelijk aan ook interesse gewekt in de Franse en Belgische doctrine.[181] De teneur was hier opnieuw (ditmaal sterk) afwijkend van de traditionele, althans initiële Duitse (en aanverwante), inzet, in die zin dat er niet een ongebreideld enthousiasme heerste doch wel een eerder bezadigde kennisname. De Vlaamse doctrine (die zich trouwens in de historiek van horizontale werking onderscheidde door het feit dat ze het leerstuk niet exclusief d.m.v. de Duitse rechtsleer recipieerde maar

178 In Spanje onder meer *eficacia en las relaciones entre particulares* (zie o.a. Pulido Quecedo 1993, p. 207) of, meer recent, *eficacia horizontal* (o.a. Caro Muñoz & Cueva Puente 2006, p. 253). In Portugal o.a. *validade dos direitos fundamentais nas relações privadas* (zie overigens de kritiek van Gonçalves 2004, p. 95 waar beargumenteerd wordt dat de term 'effect' een foutieve impressie geeft in die zin dat het te sterk duidt op een procedureel karakter).

179 M.b.t. Spanje zie o.a. de bijdrage van Garcia Rubio 2002 betekenisvol getiteld 'La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales' en de monografie 'Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional' van Garcia Torres & Jiménez Blanco 1986; verder o.a. Alfaro Aguila-Real 1993, *passim* (o.a. p. 57, 58 voetnoot 3, p. 59, p. 61, p. 63); Aparicio Pérez 1989, p. 83; Aramendi Sanchez 1999, p. 56; Ballarin Iribarren 1988, *passim*; Caro Muñoz & Cueva Puente 2006, o.a. p. 253, 256; Perez Luño 1986, *passim* (o.a. p. 314); Pulido Quecedo 1993, p. 207 (zie in bijzonder voetnoot 1); Valdés Dal-Ré 2003, p. 502 *et seq.* (met bijzondere aandacht voor de Duitse historiek vanaf p. 503). Zie tevens Sommermann 1984, p. 235; Brage Camazano 2006, p. 549, voetnoot 12. M.b.t. Portugal zie o.a. Vieira de Andrade 1981, p. 233; Vieira de Andrade 1983, p. 271 (wiens beschouwingen terzake horizontale werking voor een aanzienlijk deel gewijd zijn aan de Duitse rechtsleer (p. 275-281)); Canotilho & Moreira 1993, p. 147 (met trouwens kritiek op deze terminologie (zie hoofdstuk 3, voetnoot 17)).

180 Spanje: T.C. 20 februari 1989 (45/1989), *BOE* 2 maart 1989 (nr. 52); T.C. 2 november 1989 (178/1989), *BOE* 4 december 1989 (nr. 290); T.C. 15 maart 1990 (42/1990), *BOE* 9 april 1990 (nr. 85); T.C. 1 december 1992 (214/1992), *BOE* 23 december 1992 (nr. 307); T.C. 6 maart 1995 (56/1995), *BOE* 31 maart 1995 (nr. 77) (in eerste drie geciteerde uitspraken als zuiver synoniem voor derdenwerking, in laatste twee in verwijzing naar '(wat) de Duitse rechtsleer (als) Drittwirkung (benoemt)'). Kern 2007, p. 71 doet een gelijkluidende bewering m.b.t. het Portugese *Tribunal Constitucional* doch verwijst in dit opzicht exclusief naar T.C. 27 juni 2001 (302/2001), (50) *ATC* 2001, p. 661 waarin voornoemde term echter *niet* wordt gehanteerd.

181 In België met name door de studie 'De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen' (nl. Rimanque 1982; zie voorheen o.a. de meer geïsoleerde stukken van De Jonghe 1977, kol. 1254-1256; De Meyer 1974, p. 251 *et seq.*; Velu 1974a, p. 49-50; Vermeulen 1965, p. 26 & 54-55; Rimanque 1974, p. 279-283; Rimanque 1981, p. 40-42). In Frankrijk was de aanzet meer divers (voor een gelijkaardige conclusie m.b.t. het Franse proces van 'constitutionalisering' in het algemeen zie Bon 1991a, p. 35).

zich ook sterk op de Nederlandse oriënteerde)[182] had in aanvang wel een zeker geestdriftig elan bezeten, maar moest tot haar *verbazing*[183] al snel vaststellen dat de Belgische rechtspraak sedert decennia intuïtief (zonder aarzeling en zonder vraagtekens bij de theoretische begronding ervan)[184] grondrechten in horizontale verhoudingen liet doorwerken.[185] Met enige welwillendheid kunnen m.i. zelfs antecedenten in prille 20e-eeuwse jurisprudentie, waarin onder meer een familiale twist betreffende een onorthodox doopsel middels constitutionele degens werd uitgevochten,[186] worden vastgesteld. Een zekere

182 Zo o.a. De Jonghe 1977 (van Duitse rechtsleer is trouwens geen spoor te bekennen); Rimanque & Peeters 1982, *passim*; Van Oevelen 1982a, *passim*. Voornamelijk Alkema 1978, Boesjes 1973, Drion 1969, Maris 1969 & Polak 1969 zijn hierbij sterk vertegenwoordigd.

183 Rauws & Schyvens 1982, p. 187.

184 Dirix 1982, p. 46; Rauws & Schyvens 1982, p. 187.

185 In de eerste plaats kan verwezen worden naar een aanzienlijke cluster jurisprudentie aangaande huwelijksbedingen, met name Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956, *T.S.R.* 1958, 252; Wrr. Charleroi 7 juli 1970, *J.T.T.* 1970, 103 (middelijke verwijzing naar grondrechten); Arbrb. Bergen 10 juni 1971, *T.S.R.* 1971, p. 164; Arbh. Brussel 19 juni 1972, *J.T.T.* 1975, 298; Arbrb. Hasselt 16 april 1973, *R.W.* 1973-74, 391; Arbh. Brussel 4 mei 1973, *R.W.* 1973-74, 382; Arbrb. Gent 12 april 1974, *R.W.* 1974-75, 1956; Arbh. Luik 27 juni 1974, *J.T.T.* 1974, 217; Arbh. Antwerpen 7 mei 1976, *R.W.* 1976-77, 1249; Arbh. Brussel 24 november 1977, *J.T.T.* 1978, 63; Arbh. Gent 9 mei 1979, *R.W.* 1978-80, 1458 (zie terzake § 4.3). Verder onder meer naar Rb. Brussel 11 februari 1961, *J.T.* 1961, 686 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 87); Wrr. Ber. Brussel 22 februari 1968, *J.T.* 1968, 387 (Ontslag bediende wegens prostitutie in haar vrije tijd. Verzet op basis van de grondwettelijke en bij conventie vastgelegde bescherming van privé-leven. Het Hof verwerpt dit argument enkel *in concreto* (niet bewezen was dat de werkgever tot vaststelling van de feiten een inbreuk op haar privéleven had gepleegd daar de vaststelling gebeurde op het ogenblik dat ze op een publieke plaats klanten ronselde) maar voegt er tevens aan toe dat de door de grondwet en constitutie beschermde vrijheid niet verhindert dat vrijwillig gestelde daden een ernstige tekortkoming kunnen uitmaken die de ontbinding van een arbeidsovereenkomst verantwoordt); Rb. Brussel 20 juni 1968, verkort weergegeven in Eissen 1971, p. 161 (strafbeding terzake rechtsgang strijdig met art. 8 Grondwet en art. 6 Conventie); Rb. Brussel 4 april 1973, *R.W.* 1973-74, 2338 (opgemerkt werd dat 'contractuele bepalingen die zouden leiden tot een permanente onverbreekbare band met een privé-instelling, die voor zichzelf het beheer van het vermogen van de auteur zou opeisen, strijdig zouden zijn onder meer met artikel 4 van de Europese Conventie op de rechten van de mens'; van dergelijke bepalingen was i*n casu* echter geen sprake); Rb. Brussel 6 april 1976, *Pas.* 1976, III, 51 (opdracht aan privé-detective middels radioapparatuur gesprekken van derden af te luisteren nietig wegens strijd met art. 8 EVRM); Hof Bergen 20 juni 1979, *RPS* 1980, nr. 6072 (clausule die huurder verplicht toe te treden tot BVBA is strijdig met toenmalig art. 20 Grondwet (vrijheid van vereniging), zie kritisch Colaes 1982, p. 261-262); Hof Brussel 25 november 1981, *J.T.* 1982, 275 (onrechtmatige perspublikatie). Zie tevens Velu 1970, p. 266-267 waar vermeld wordt dat in de periode 1967-1969 het Hof van Brussel in een tiental zaken art. 6 EVRM heeft toegepast in horizontale verhoudingen (in het bijzonder tot partiële verwerping van vorderingen ingesteld tegen in gebreke blijvende debiteurs).

186 Elfjarig kind gedoopt buiten medeweten vader, een notoir vrijdenker. Vader vordert schrapping van de doopakte evenals schadevergoeding van de priester en de doopouders (zijnde de grootmoeder en een oom van het kind), zich hierbij beroepende op zijn ouderlijk gezag welke hem niet enkel het recht geven zou de godsdienst te kiezen onder dewelke zijn dochter opgevoed worden zal, maar aan de laatste gedurende haar minderjarigheid

nonchalance,[187] misschien eerder te duiden als een *down to earth approach*, evenals desinteresse[188] kenmerkte aanvankelijk de verdere historiek. Bij sommige Belgische auteurs, en zeker niet de minsten hoewel wel degelijk een minderheid, vertaalde de 'import' van de leer zich zelfs in een zekere irritatie alsdat derdenwerking niet meer dan een louter truïsme uitmaakt: natuurlijk richt ook de civiele rechter zich naar de gedeelde waarden der maatschappij zoals ze ook in de basale documenten van de rechtsorde uitgedrukt worden.[189] Actueel wordt echter in toenemende mate, zij het nog steeds inciden-

---

ook het recht ontnemen zou een andere religie te belijden dan dewelke haar aldus is opgelegd. Naar oordeel van de rechtbank merken verweerders met 'infiniment de raison' op dat dergelijke visie een absolute negatie van de vrijheid van geweten uitmaakt. Nader preciserende wordt overwogen 'que la conscience humaine comme telle est, de droit constitutionnel, un domaine sacré et inviolable auquel il ne peut être porté atteinte; que tout citoyen, quel qu'il soit, sans distinction d'âge ni de sexe, ayant droit au respect de ses convictions, on chercherait vainement en vertu de quel principe le bénéfice d'une garantie aussi précieuse devrait être réservé à la seule conscience des majeurs; que ce bénéfice ne peut être refusé au mineur; pourvu que, cela résulte de la nature même du droit, il ait conscience, c'est-à-dire qu'il soit capable de discernement', kortom, een constitutioneel verweer van de belangen van het kind tegen de assertaties van de vader in. Aangevuld met beschouwingen omtrent het ouderlijk gezag (als geen doel op zich maar instituut in het belang van het kind), de feitelijke omstandigheden (suggererende dat het kind, bekwaam tot onderscheid, voor het doopsel heeft gekozen of althans ingestemd) evenals dat morele schade onwaarschijnlijk lijkt, leidt dit tot afwijzing van de eis t.a.v. de doopouders. Hetzelfde lot ondergaat deze ingesteld t.a.v. de priester, evenzeer onder constitutionele noemer: 'qu'il n'a fait que remplir son devoir de ministre d'un culte dont le libre exercice est garanti par la Constitution'. (Rb. Dinant 14 februari 1907, *Pas.* 1907, III, 201). Ook in de beroepsuitspraak duikt opnieuw grondwettelijke inspiratie op: '[a]ttendu que, sous l'empire de nos principes constitutionnels, concernant tous les Belges sans distinction d'âge, il faut admettre que les droits de l'enfant à cette liberté de conscience peuvent entrer en conflit avec ceux du père dès avant l'âge de la majorité; que, dans ses conclusions d'appel, Delhauteur reconnaît lui-même que l'autorité paternelle peut céder devant les droits de l'enfant quand celui-ci est capable de discernement', echter werd niet bewezen geacht dat het kind deze 'bekwaamheid tot onderscheid' reeds verworven had (geconcludeerd werd tot aantasting ouderlijk gezag, schadevergoeding niet noodzakelijk). Evenzeer wat betreft de priester blijft de Constitutie als orientatiepunt gelden: 'celui-ci n'a fait qu'accomplir un devoir de son ministère de prêtre et exercé un droit garanti, lui aussi, par la Constitution' (Hof Luik 5 mei 1909, *Pas.* 1909, II, 219). Vgl. naar eigentijdse (grondrechtsloze) normen Rb. Namen 14 februari 2003, *J.L.M.B.* 2003, 1052.

187 Zie bijvoorbeeld de opmerking van Van Heuven 1990, p. 595 dat het weinig uitmaakt of de rechter contractweigering op raciale grond sanctioneert door middel van fundamentele rechten of op basis van 'zogezegde' open normen daar de schadelijder '*hoe dan ook*' op schadevergoeding zal gerechtigd zijn. Hoewel deze auteur zich hiermee onbewust uitspreekt ten voordele van indirecte werking is de boodschap duidelijk: het gaat in praktijk uiteindelijk om niet meer dan een terminologisch verschil welk de gevolgen onverlet laat.

188 Zie 'Herziening van de Grondwet: Herziening van artikel 23 van de Grondwet ter Waarborging van een recht op communicatie en mobiliteit (voorstel D. Pieters)', *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 468/1, p. 12.

189 Zie bijvoorbeeld Rigaux 1990, p. 680 die, o.a. in referentie aan de rechtspraak van het BVerfG, opmerkt: 'L'effet réflexe indirect (*mittelbare Drittwirkung*) est une explication superflue et par conséquent nuisible des mécanismes d'interprétation de la loi. La constitu-

teel,[190] gerefereerd aan het leerstuk. Van een diepgaande theoretische analyse is hierbij echter geen sprake.[191] Eerder betreft het hier een meer modieuze applicatie, voornamelijk getypeerd door een onzuivere, d.w.z. terminologisch generale meer dan specifiek juridische aanwending van de notie 'horizontale werking'.[192]

Een gelijkaardige evolutie deed zich ook voor in Frankrijk. Vanuit rechtsvergelijkend perspectief is het gebrek aan doctrinare belangstelling aldaar zelfs opmerkelijk.[193] Van aan het leerstuk gewijde monografieën geen spoor, en ook specifieke artikelen aangaande zijn schaars. Daarenboven blijven de beschouwingen die zich toch met het onderwerp inlaten in de regel beperkt tot de vaststelling dat horizontale werking bestaat en wordt aanvaard, zonder dat men zich verwaardigd enige nadere toelichting aangaande oorsprong of begronding te verschaffen.[194] Wat overheerst is een *nihil novi sub sole* gevoel[195] en, iets dieper in het onderbewustzijn gelaagd, misschien zelfs een zeker ongenoegen ten aanzien van de Duitse stempel op het leerstuk.[196]

---

tion n'investit par les particuliers de droits subjectifs privés, mais elle contient des normes objectives dont l'effet d'irradiation imprègne nécessairement l'intérpretation et l'application des lois civiles si l'on veut respecter la cohérence de l'ordonnancement global'. Vgl. tevens Rigaux 1992, p. 216-217.

190 Zoals onderstreept in het parlementair document 'Herziening van de Grondwet: Herziening van artikel 23 van de Grondwet ter Waarborging van een recht op communicatie en mobiliteit (voorstel D. Pieters)', *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 468/1, p. 12 heeft het vraagstuk in België in feite relatief weinig aandacht gekregen (soortgelijk doch gedateerd Dirix 1982, p. 46, meer recent Van Leuven 2008, p. 191 ('nog steeds een onbekend en mogelijk onbemind hoofdstuk in het Belgisch privaatrecht')).

191 Zie evenwel het proefschrift van Van Leuven 2008, in bijzonder p. 189 *et seq.*

192 Zo wordt ook van horizontale werking gesproken wanneer het slechts gaat om privaatrechtelijk wetgeving die uiting geeft aan waarden die ook in de grondwet geïncorporeerd zijn (zo o.a. m.b.t. het principe van non-discriminatie zoals neergelegd in de antidiscriminatiewet (aldus o.a. Velaers 2003b, p. 289 *et seq.*); Delpérée 2000, p. 280). Weliswaar gaat het hier puur terminologisch gezien inderdaad om horizontale werking, maar slechts in generieke vorm, en niet in de specifieke die in de regel met de term 'horizontale werking' als synoniem voor *Drittwirkung* gehanteerd wordt.

193 Zie tevens Favoreu 2005, p. 161; Troper 2005, p. 115 *et seq*. (o.a. 'Let us start from an empirical observation. None of the expressions, "third party effect of the constitution", "horizontal rights", or "indirect effects" can be found either in the language of French constitutional law or (with rare and very recent exceptions) that of French legal scholars').

194 Zo o.a. Duffy 2006, p. 1597. Vgl. meer extensief anderzijds Grewe 2004, p. 29.

195 Vgl. Favoreu 2002, p. 755; Favoreu 2005, p. 161.

196 Een dergelijke teneur schijnt althans o.a. waar te kunnen worden genomen in Pauliat & Saint-James 2001 ('Dès lors, y-a-t-il vraiment lieu de distinguer en réalité entre effet horizontal direct et indirect, reprenant ainsi, peut-être à mauvais escient, des éléments de théorie du droit allemand?' (p. 79); 'Il est d'autant plus paradoxal de dresser un tel constat que la pensée juridique allemande est souvent présentée comme ayant la première conceptualisé la notion d'effet horizontal sous le terme galvaudé de drittwirkung. Ce terme est aujourd'hui couramment employé à propos des droits conventionnels européens, à notre avis à tort. Le drittwirkung veut dire littéralement "droit envers les tiers" et marque l'idée d'appliquer les droits fondamentaux aux relations purement privées dans le contexte constitutionnel allemand' (p. 83); 'En réalité, est-il réellement besoin de recourir à la théorie constitutionnelle

Een zeker historisch (mogelijk chauvinistisch geïnspireerd) besef is daaraan trouwens niet vreemd. Zo stellen onder meer Pauliat en Saint-James dat in art 4 van de illustere verklaring van 1789, alwaar wordt geproclameerd dat 'La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui',[197] reeds onmiskenbaar een voorschrift tot derdenwerking zat verscholen.[198] Uitgedragen wordt de boodschap van Frankrijk niet als slaafse navolger maar integendeel (miskende) voorganger in het leerstuk van horizontale werking; een teneur van zekere superioriteit die in feite doorheen de gehele Franse grondrechtsdogmatiek weerklinkt. Wat deze auteurs hierbij passend echter niet vermelden is dat dit document binnen het Franse rechtssysteem geruime tijd geen enkele verbindende kracht bezat. In feite was de verklaring reeds verzwolgen in de neergang van de constitutie van 1791 waaraan deze als preambule was toegevoegd geweest.[199] We schrijven dan amper juni 1793. Enkele incidentele verschijningen nagelaten,[200] duikt de verklaring pas opnieuw op in de preambule van de constitutie van 1946 waarin 'les droits et libertés de l'homme et du citoyen, consacrés par la Déclaration des droits de 1789' 'plechtig' bekrachtigd

---

des droits fondamentaux allemands pour affirmer qu'il existe un effet réflexe?' (p. 84)). Zie overigens Grewe 2004, p. 26-27 (*et seq.*) waar op een onwil tot receptie der Duitse grondrechtentheorie in het algemeen wordt geduid.

197 Verder heet het dat: '[...] ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces même droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi'.

198 Pauliat & Saint-James 2001, p. 79-80. Ook niet Franse auteurs koppelen binnen het kader van horizontale werking soms terug naar deze bepaling, zo bijvoorbeeld de Zwitserse staatsrechtsdeskundige Peter Saladin (Saladin 1988, p. 374). Naar voorstelling van Troper 2005, p. 119 *et seq.* komt dit art. 4 overigens bijzondere signaalwaarde toe als expressie van de (oorspronkelijke) Franse mensenrechtenconceptie die ook heden horizontale werking nog obstrueert als zou in deze opvatting niet zijn voldaan aan de *conditio sine qua non* tot aanvaarding van het leerstuk van horizontale werking, namelijk de visie dat deze rechten *in se* of althans primair tegen de Staat gericht zijn; integendeel, aldus Troper, gold de 1789 declaratie slechts als *declamatie* van voorafgaandelijk aan Staat en maatschappij bestaande rechten en had de *Assemblée nationale* deze bijgevolg ook niet te creëeren noch te limiteren. Toetreding tot de maatschappij heeft juist tot doel deze rechten te vrijwaren (*cf.* art. 2, 'Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme') tegen de *medemens*, getuige daarvan art. 4 (zie voetnoot 197), slechts kan de wetgever de *uitoefening* van deze rechten, doch niet de rechten zelf, in het belang van het genot ervan door anderen, limiteren. Overigens, van Staat in enge zin als de publiekrechtelijke entiteit welke strikt van maatschappij was onderscheiden en zich naartoe deze laatste oppresief, vrijheidslimiterend gedragend kon, zoals de horizontale werking leer vooronderstelt, kon in de 1789 visie ook geen sprake zijn omdat dit juist de gehekelde distinctie uit het *Ancien Régime* betrof welke de revolutie tot doel had op te heffen. Geen Staat maar maatschappij constitueerde de rechtsorde (*cf.* art. 16: 'Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution'). Kortom, in deze op 1789 geöriënteerde Franse perceptie '[t]here is therefore no state that could be viewed as a threat to liberty and against which citizens have rights' (Troper 2005, p. 121), *ergo* geen logica bestaat tot horizontale werking.

199 Ségur 2004, p. 20.

200 Zie *in globo* Ségur 2004, p. 20 *et seq*.

worden. Het zou de declaratie hier echter aan verbindende kracht ontbreken.[201] Eenzelfde conclusie gold geruime tijd de vergelijkbare[202] bepaling in de constitutie van 1958.[203] Deze opvatting werd slechts verlaten middels de legendarische beslissing van de *Conseil constitutionnel* van 16 juli 1971[204] sinds dewelke deze bepaling integraal deel zou uitmaken van het 'bloc de constitutionnalité', en aldus gepromoveerd werd tot maatstaf voor constitutionele toetsing.[205] Dergelijke kritiek mag echter, volgens de regels der mentaliteitsgeschiedenis, afgeschreven worden. Tweehonderd jaar bewustzijnswording sinds de Franse republiek werd geconcipieerd en doordrongen van wat tot op heden nog steeds een der meest radicale *fundamenteelrechtelijke* en sociologische transformaties mag heten, dat laat sporen na. Of, meer lapidair gesteld, twee eeuwen titulatuur van (zelfverklaard) voorvechter der grondrechten duldt nu eenmaal weinig tegenspraak.[206]

Daarnaast, zo stelt Rivero althans, zou het gebrek aan aandacht ook verklaard kunnen worden door het diffuus karakter van de Franse grondrechtencatalogus. Een lappendeken bestaande uit losstaande fundamentele principes, een rappel aan de *Déclaration* van 1789, de *libertés publiques* en diens meer,[207] daarbij nog het omstreden karakter van de verbindende kracht van sommige dezer bepalingen in rekening te nemen, al dit nodigt veel minder uit tot beschouwingen over derdenwerking dan een afgelijnde grondrechtencatalogus als bijvoorbeeld de Duitse.[208] Rivero gaat zelfs zo ver dit te vertalen in termen van relevantie. In deze redenering schuilt een zekere kern van waarheid, maar slechts binnen het perspectief van derdenwerking als de rechterlijke plicht tot effectuering van grondrechten binnen private verhoudingen doch niet m.b.t. horizontale geldigheid van grondrechten *in se*.[209] Overigens laat dit alles

---

201 Favoreu 2002, p. 740; Ségur 2004, p. 23-24. Vgl. Rousseau 1992, p. 92-93.

202 In de preambule wordt gesteld dat 'Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par la préambule de la Constitution de 1946'.

203 Favoreu 2002, p. 740. Vgl. Ségur 2004, p. 24.

204 Cons. const. 16 juli 1971, nr. 71-44 ('Vu la Constitution *et notamment son Préambule*'). Een minder bekend antecedent dateert uit 1970 (zie Favoreu 1977, p. 34-35).

205 Zie o.a. Foyer 2004, p. 287; Ségur 2004, p. 24; Rivero 1982, p. 520 (die in dit opzicht gewaagde van een zuivere revolutie).

206 Vgl. Heuschling 2003, p. 26.

207 Zie hoofdstuk 3, voetnoot 54.

208 Rivero 1971, p. 320.

209 Beide aspecten zijn weliswaar sterk gelieerd, en in praktijk zelfs zo goed als identiek, maar naar doctrinaire beschouwingen toe biedt het tweede perspectief een aanzienlijk ruimer en minder gecompliceerd speelveld. Bijdragen vanuit de eerste optiek raken snel en onvermijdelijk verzeild in het complexe vaarwater aangaande judiciële competentie, constitutionele dogmatiek (in het bijzonder wanneer een grondwettelijk hof bestaat), grondrechtensystematiek en status daarvan *etc.* en zijn dus ook sneller afhankelijk van het bestaan van een uniforme grondrechtencatalogus en aansluitende theorievorming. Bijdragen vanuit de tweede optiek neigen in praktijk eerder naar het normatieve domein en betonen zich (in de regel)

onverlet dat zich althans een versnipperde (want naar aard der grondrechtsnorm gedifferentieerde) theorievorming zou hebben kunnen ontwikkeld. Daarenboven is het ongeldig hieruit een conclusie aangaande relevantie te deduceren: een vraagstuk boet niet aan relevantie in wegens het feit dat eventueel *a priori* andere aspecten dienen uitgeklaard te worden (o.a. de status van bepaalde dergelijke fundamentele normen), het debat wordt hierdoor enkel minder acuut. Ten slotte, en dat is de meest fundamentele tegenwerping ten aanzien van de suggestie van Rivero, behoeft de doctrine *geenszins* uitgenodigd te worden enig wegbereidend theoretisch veldwerk te verrichten. Integendeel, ook hier kan ze zich verdiepen in reeds bestaande jurisprudentie die zonder hesitatie grondrechten liet doorwerken in private relaties. Dit mag idealistisch heten (vaak betreft het een toepassing van onbepaalde *libertés* zodat enkel van horizontale werking in de brede zin sprake kan zijn), feit blijft dat zelfs in de *internationale* doctrine met recht gerefereerd wordt aan een uitspraak van het *Tribunal de la Seine* uit januari 1947[210] waarin een testamentair huwelijksbeding niet slechts ongeschreven werd gehouden op basis van een onbepaalde huwelijksvrijheid, maar evenzeer via horizontale werking van verscheidene grondrechtsbepalingen uit de 1946 Constitutie.[211] Kortom, de aangevoerde stelling lijkt bewezen.[212] Met deze referentie aan de uitspraak van het *Tribunal*

minder afhankelijk van het positiefrechtelijke kader (typerend in dit opzicht is onder meer de vanzelfsprekendheid waarmee sommige auteurs contractsvrijheid in beschouwingen aangaande horizontale werking assimileren tot grondrecht).

210 Trib. Civ. de la Seine 22 januari 1947, *D.* 1947, 126.

211 Zie voetnoot 212.

212 Nochtans past enige terughoudendheid. Laat met een eufemisme gesteld worden dat in deze de *Zeitgeist*, daarbij onder meer het toenmalig recente Vichy verleden in rekening nemende, niet geheel van belang ontbloot zal geweest zijn (een punt waarop, bevreemdend genoeg, in geen enkele van de publicaties die naar deze uitspraak verwijzen, geattendeerd wordt). De zaak betrof immers een postscriptum ingeschreven in een testament van 1 juni 1944 (opengevallen *d.d.* 30 december 1944), waarin een legaat aan een kleindochter vervallen wordt verklaart mocht zij een *jood* huwen. Dergelijke context neigt een in 1947 rechtsprekende rechter niet ondenkbaar naar een meer bevlogen articulatie van zijn juridisch oordeel, een waarin hoogdravende normen iets meer op de voorgrond worden geplaatst dan anders (overigens zonder substantiële invloed (vgl. wat deze problematiek meer in het algemeen betreft De Vos 2008, p. 801 *et seq.*)). Letterlijk heet het 'Attendu cette condition doit être réputée non écrite, aux termes de l'art. 900 c. civ.; – Attendu qu'en effet non seulement cette clause porte atteinte à la liberté qu'a la légataire d'épouser la personne qu'elle aura choisie, mais elle heurte également les règles d'ordre public, telles qu'elles résultent de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire et de la Constitution de la République française du 27 oct. 1946; – Attendu qu'en effet ce dernier texte a déclaré que le peuple français proclamait à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ou de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés; – Attendu que la clause susvisée viole tous ces principes et est contraire à l'esprit de notre droit actuel, qui est basé sur l'égalité de tous, sans aucune discrimination; qu'elle est donc illicite à tous égards […]'. Van enige opwinding m.b.t. de toepassing van grondrechten in horizontale verhoudingen gewaagt de ondergevoegde noot in de *Recueil Dalloz* alvast niet, droogweg wordt verwezen naar publicaties '[s]ur les conditions restrictives de la liberté du mariage'.

de la Seine snijdt de heersende doctrine zich, op de keper beschouwd, de pas af: de theorie van derdenwerking moet zich op dat ogenblik immers nog ontplooien binnen de Duitse Bondsrepubliek en zal zich pas in de *daaropvolgende* decennia tot een zegevierend exportproduct verwezenlijken. Van enige receptie is dan ook geen sprake. Wel van een autonome actie, een die aantoont dat de betrokken rechter zich naar eigen (en naar valt aan te nemen heersende) impressie in mindere dogmatische woelwateren begaf dan hedendaagse doctrine meent te mogen voorstellen.

2.3 COMPARATIEVE ANNOTATIES

2.3.1 Een uitdijend spectrum

Horizontale werking heeft het Europese vasteland veroverd, daar kan geen twijfel over bestaan. De hiervoor beschreven naties zijn slechts een deel van haar huidige invloedssfeer. Benevens het verkende conglomeraat van Duitsland, Italië, Oostenrijk, Zwitserland, Nederland, Portugal, Spanje, België en Frankrijk, werd ze onderwijl omarmd in Griekenland,[213] Ierland,[214] Luxemburg,[215] Liechtenstein[216] en Engeland.[217] Uiteindelijk blijven binnen West-Europees kader enkel de Scandinavische landen achterwege. In Denemarken zou de theorie onbestaande zijn,[218] in Zweden komt ze amper van de

213 Zie o.a. Iliopoulos-Strangas 1983, p. 422-423; Iliopoulos-Strangas & Leventis 2000, p. 453-455.

214 Zie o.a. Butler 1993, p. 17-40; Murray & Phelan 2000, p. 536-539; O'Callaghan 2006, p. 249-262; O'Cinneide 2007, 213 *et seq.*; secundair Hunt 1998, p. 428-429; Onufrio 2007, p. 3-4. Zie in bijzonder de uitspraken *Educational Company of Ireland v Fitzpatrick* (No. 2) [1961] IR 345, *per* Budd J: 'if one citizen has a right under the Constitution, there exists a correlative duty on the part of other citizens to respect that right and not to interfere with it' en *Meskell v. Coras Iompair Eireann* [1973] IR 121 *per* Walsh, J.: 'If a person has suffered damage by virtue of a breach of a constitutional right […] that person has the right to seek redress against the person or persons who infringed that rights' (wat betreft deze schadevergoeding wegens inbreuk (vanwege particulieren) op constitutionele rechten zie specifiek The Law Reform Commission, *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, *s.l.*: *s.i.* 1998, p. 58 *et seq.*).

215 Spielmann 1995, p. 51-54; Spielmann 2000, p. 861 *et seq.*

216 Frick 1996, 14-20 (louter theoretisch, jurisprudentie verschaft geen illustratie); vgl. anderzijds terughoudender Schäfer 2007, p. 120.

217 Zie o.a. Bamforth 2001, p. 34-41; Hunt 1998, p. 435-443; Oliver 2000, p. 351-355; Palmer 1999, p. 128 *et seq.*; Phillipson 1999, p. 834 *et seq.*; Phillipson & Fenwick 2000, p. 667-668; Raphael 2000, p. 493-511.

218 Nielsen 2000, p. 248. Vgl. Espersen 1971 ('It may be ascertained with certainty that the whole range of rights and freedoms of the Danish Constitution [...] are considered irrelevant to the relations between individuals'); Thygesen 1978, p. 440 (die hoogstens een indirecte doorwerking mogelijk acht); Drzemczewski 1979, p. 170 (waar specifiek met betrekking tot het EVRM opgemerkt wordt dat dit instrument (wegens een ontoereikende incorporatiestatus) weinig of geen directe impact op interpersoonlijke relaties vermag te hebben). Genuanceerd contra is anderzijds Christoffersen 2007, p. 27-62, doch dit voornamelijk op

grond[219] en van Noorse doctrine aangaande, laat staan rechtspraak, werden amper sporen gevonden.[220] In Finland schijnt de theorie daarentegen wel enigermate aan te slaan;[221] in ieder geval heeft de regering zich reeds ten voordele van derdenwerking uitgesproken.[222]

Anderzijds heeft *Drittwirkung* via landen als Polen,[223] Tsjechië[224] en Hon-

basis van een zeer ruime interpretatie van het begrip horizontale werking; impressie van deze bijdrage is dat erkenning van het bestaan van verdragsconforme interpretatie en het *positive obligations* leerstuk voor auteur blijkbaar het summum van horizontale werking vormt, hetwelk bij deductie mijn in hoofdtekst geponeerde stelling ondersteunt. Suggestief is bijvoorbeeld de commentaar m.b.t. het reeds intern contradictoire concept van 'horizontale werking'-legislatie alsdat '[t]he introduction of domestic legislation providing adequate legal protection of individual rights in the relations between individuals will not give rise to concern, as long as the legal protection does not in itself violate the rights of other individuals [*sic*]. Danish legal protection will thus regularly have horizontal effect and no provision is made for or against horizontal effect in the Constitution, legislative practice or otherwise' (p. 61) evenals de bevreemdende stelligheid waarmee in deze optiek wordt opgemerkt dat 'horizontal effect is unproblematic in so far as the state has properly implemented its international obligations' (p. 33), maar evengoed dat als sterkste voorbeeld van horizontale werking opgevoerd wordt een uitspraak van 'the Western High Court' waarbij, in een zaak waar aan een ouder overdracht werd bevolen van een 13-jarig kind naartoe de andere, met ouderlijk gezag beklede, ouder, geoordeeld werd dat het kind door 'the magistrate court' gehoord diende te worden ook al stond deze verplichting niet in de nationale gerechtelijke wetgeving ingeschreven (aangehaald als *WLR* 2000.1260) en welke beslissing naar oordeel van deze auteur 'illustrates how far the Danish Courts are willing to go' (p. 40), daarbij dan maar negerende dat dergelijk oordeel zuiver *verticale* werking betreft (ook meer summiere voorbeelden in deze bijdrage aangehaald (p. 30, 48-51) doen frequent verticale werking vermoeden of vaststellen, of blijken uiteindelijk slechts naar fundamentele *waarden* te verwijzen, zodat verdere commentaar daarop niet aan de orde is), of de assertatie dat horizontale werking in Denemarken uiteindelijk toch behoorlijk op instemming rekenen kan zo dergelijke invocatie van fundamentele rechten door de ene persoon toch maar geen beperking uitmaken zou op die van anderen (p. 39, 43, 62), wat in de wetenschap dat horizontale werking juist zo goed als continu een collisie van grondrechten betreft maar een materievreemde opmerking lijkt.

219 Vgl. Cameron 1997, 494; Westerhäll 2000, p. 775.

220 Te verwijzen valt enkel naar de opmerkingen van Ryssdal, eertijds voorzitter van het Noorse Hooggerechtshof (*Høyesterett*) en rechter (later voorzitter) in het EHRM, daartoe verzocht middels een enquête in het kader van de *IVe Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte*. Gepreciseerd werd dat het Noorse privaatrecht reeds vele bepalingen bevat tot bescherming van de zwakkere partij. Mochten nochtans conflictsituaties ontstaan, waarbij fundamentele mensenrechten door private overeenkomsten of andere privaatrechtelijke verhoudingen bedreigd worden, en de privaatrechtelijke wetgeving in deze tekort schiet, dan zouden de grondrechten ook een rechtsstrijd aangaande private rechtsverhoudingen kunnen beïnvloeden (Ryssdal 1978, p. 461).

221 Korinek 1978, p. 497 meldt dat indirecte werking erkend wordt.

222 Tuori & Bruun 2000, p. 334.

223 De baan voor horizontale werking werd geruimd door de Constitutie van 1997 die tot een meer algemeen constitutionaliseringsproces inciteerde (*cf.* o.a. Safjan 2002, p. 123). Naar oordeel van Skwara bleef het leerstuk van horizontale werking alvast tot in 2004 hangen binnen de doctrinaire sfeer, enige praktische impact eraan vreemd ('ein rein juristischer Begriff', 'ganz praxisfern' (Skwara 2004, *s.f.*)). In een meer diepgravende analyse van Krzemińska uit datzelfde jaar heet het echter dat talrijke privaatrechtelijke uitspraken

bestaan waarin oordelen op nationale en internationale grondrechten worden gebaseerd (Krzemińska 2004, *s.f.*). Dat blijkt een meer correcte inschatting (in *update* (Janczuk & Krzemińska 2006, *s.f.*) wordt enkel reeds met betrekking tot (beweerd) onrechtmatige perspublicaties verwezen naar o.a. SN 19 oktober 2000 (III CKN 866/98), (2001) 4 *OSNC* [61]; SN 12 september 2001 (V CKN 440/00), (2002) 5 *OSNC* [68]; SN 11 oktober 2001 (II CKN 559/99), (2002) 2 *OSNC* [82]; SN 26 februari 2002 (I CKN 413/01), (2003) 2 *OSNC* [24]; SN 5 april 2002 (II CKN 1095/99), (2003) 3 *OSNC* [42]; SN 14 mei 2003 (I CKN 463/01), (2004) 2 *OSP* [22]). Ook in een meer recent opiniestuk van 18 maart 2008 in de *Gazeta Prawna* (Bodnar 2008) wordt op het bestaan van dergelijke (lagere) rechtspraak gewezen, maar tegelijk op de achilleshiel ervan die uit het ontbreken van afdoende theoretische basis bestaat ('Niektóre sądy tak robią, ale brakuje jednolitej teorii'). Overigens suggereert de teneur van dit artikel dat de kwantiteit van dergelijke uitspraken niet behoort te worden overschat. Zowel voor theoretische begronding evenals aanzet tot toenemende jurisprudentie stelt de auteur echter vertrouwen in een komende vingerwijzing van het Constitutioneel Hof welke hij (de wens lijkt hierbij wel wat vader van de gedachte), zo de omstandigheden het toelaten, reeds mogelijk acht plaats te vinden in 2008 ('Może rok 2008 pozwoli na stworzenie nowej i potrzebnej zasady konstytucyjnej – horyzontalnego oddziaływania praw konstytucyjnych'). Opgemerkt dient echter te worden dat de impressie die uit laatstgenoemde bijdrage zou kunnen ontstaan dat het *Trybunał Konstytucyjny* zelf zich nimmer uitdrukkelijk met het vraagstuk heeft kunnen of willen inlaten onjuist is. In eerste instantie kan daarbij worden verwezen naar TK 19 februari 2002 (U 3/01), *OTK*-A 2002/1/3 betreffende de verplichting in doktersvoorschriften een code op te nemen die mogelijk maakt de ziekte van de patiënt te identificeren en welke de apotheker aan de gezondsheidsautoriteiten behoort door te spelen. Naar oordeel van de apothekersorde een ontoelaatbare regeling aangezien hierdoor in strijd zou worden gehandeld met de fundamentele rechten van hun klanten, m.n. privacy (art. 47) en de afgeleide *specialis* het recht vrij te kiezen al dan niet informatie over de eigen persoon vrij te geven (art. 51). Het Hof oordeelde art. 51 evenzeer zag op overdracht van gegevens tussen particulieren, maar preciseerde ten aanzien van *generalis* art. 47 dat het de wetgever was die de constitutionele verplichting had in een adequate bescherming van het individu te voorzien. Daarmee werd dan naar geest een zekere horizontale werking in erkenning genomen, maar tegelijk ook gekooid gehouden binnen een *positive obligations* constructie; de betekenis van deze uitspraak werd binnen de doctrine dan ook variabel ingeschat. Met dank aan B. Skwara & J. Krzemińska voor inlichtingen en assistentie.

224 *Cf.* Ivičič 2007, p. 21 *et seq.*; zie tevens Hanáková 2000, p. 90. Wel blijkt dat naar rapportage van Kühn 2005, p. 218-240 een sterk door het constitutioneel hof bevochten en door 'lagere' rechtsinstanties, in bijzonder het Tsjechische hooggerechtshof, uitermate gecontesteerde verwezenlijking. Sedert haar ontstaan (1993) heeft het Tsjechische grondwettelijk hof immers de bij reguliere rechters overheersende traditionele positivistische houding bekritiseerd en een horizontale werking van grondrechten beklemtoond (Kühn 2005, p. 218). Daarbij werd systematisch Duitse constitutionele doctrine, waaronder het voor de Duitse derdenwerkingsleer centrale concept van *Ausstrahlungswirkung*, geïmporteerd (Kühn 2005, p. 223). Een en ander culimineerde in sterk op *Lüth* alluderende jurisprudentie. Zo bijvoorbeeld proclameerde het constitutioneel hof reeds in 1998 alsdat '[…] one of [the] functions of the Constitution, and especially of the constitutional system of basic rights and freedoms, is its "radiation" throughout the legal order. The sense of the Constitution rests not only in ordering basic rights and freedoms […] but also in a duty of state and public bodies to interpret and apply law considering the protection of basic rights and freedoms. In this case it means the duty of the law courts to interpret particular provisions of the civil procedure code from the viewpoint of the sense and purpose of constitutionally guaranteed basic rights and freedoms (Ústavní soud 9 juli 1998, *ÚS (Sbírka nálezů a usnesení)*, vol. 12, 97 (III. ÚS 139/98), vertaling Kühn 2005, p. 224). Aversie, zelfs openlijke revolte (Kühn

garije[225] onderwijl haar voorzichtig intreden in Oost-Europa gemaakt, zij het dat een onder het communistisch verleden opgedane afkeer voor rechterlijke rechtsvorming en een daarmee samenhangende doch traditionele voorkeur voor strikt positivistische tekstexegese obstructies opwerpen blijft voor een werkelijk algemene doorbraak.[226]

Daarnaast stond de koloniale invloedssfeer van het oude avondland garant voor wijdlopende overzeese export. Zo groeide het via de Portugese rechtsleer uit tot een vertrouwd gegeven in Brazilië (waar het in de laatste jaren plots tot een werkelijke explosie van belangstelling is gekomen),[227] en via een meer

---

2005, p. 225 meldt de episode in de Tsjechische kranten als 'the war of the courts' te zijn betiteld), gekaderd in het algemene verzet in Oost-Europa tegen verbindende kracht van de beslissingen van Constitutionele hoven (*cf.* Kühn 2005, p. 219 *et seq.*), vanwege andere rechtsinstanties kon slechts worden bezworen, zij het niet compleet geëlimineerd, middels het – bij veel Oost-Europese equivalenten ontbrekende – vermogen via individuele beroepen beslissingen van reguliere rechtbanken te hervormen (Kühn 2005, p. 225). Nochtans, aldus Kühn 2005, p. 225-226 rijst hierdoor het gevaar – en dat geldt evenzeer voor andere Oost-Europese landen – dat 'horizontaal' constitutionalisme beschouwd wordt en blijft als een praktijk van een aan de overige rechtsmacht vreemd Hof; een gegeven waarmee de gewone rechtsinstanties niets van doen hebben en waardoor deze in hun onwil tot coöperatie en voorkeur voor tekstueel positivisme gesterkt worden (zie met deze conclusie tevens Uitz 2005, p. 8).

225 Evenzeer in Hongarije blijkt de implus bij uitstek vanwege het constitutionele hof te komen (*cf.* Halmai 2005, p. 104). Wat de lagere regionen betreft heet het evenwel dat de 'Hungarian legal practice is uncertain as to whether the courts are entitled to decide legal disputes between individuals with reference to their fundamental rights as protected in the Constitution' (Halmai 2005, p. 104) en '[e]ven though the Hungarian courts might have been pushed more than their Czech counterparts to take more responsibility in the field of human rights protection, this pressure apparently had little impact' (Kühn 2005, p. 227). Nochtans wordt ook daar incidenteel een stap in de derdenwerkingsrichting gezet, zo oordeelde het 'Central District Court' van Budapest in een interprivate perslitigatie onder referentie aan niet enkel de Hongaarse grondwetsbepaling m.b.t. vrijheid van meningsuiting, maar tevens art. 10 EVRM en 19 IVBPR (PKKB 29.P.87.533/1996/4, aangehaald, benevens overige voorbeelden, te Halmai 2005, p. 109-110). *In globo* blijft voorlopig echter nog steeds de conclusie dat 'most ordinary court judges see no relationship between the constitution and their everyday practices of deciding cases' (G. Halmai, 'The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? The First Decade of the Hungarian Constitutional Court', in: W. Sadurski (red.), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Den Haag: Kluwer 2002, p. 209 aangehaald te Kühn 2005, p. 227).

226 *Cf.* Kühn 2005, p. 224 (*jo.* o.a. p. 218, 225 & 240). In ieder geval is het zo dat andere Oost-Europese landen inderdaad meer achterwege schijnen te blijven. Zie o.a. Estland (Annus 2004, p. 107: 'Die Problematik der Drittwirkung wird in der Rechtsprechung fast gar nicht behandelt').

227 Zie m.b.t. *Drittwirkung* in Brazilië in de eerste plaats (*cf.* Da Silva 2005, p. 173 *et seq.* ('pionierswerken')) Sarlet 2001 & Steinmetz 2004. Verder kan o.a. worden verwezen naar Barroso 2007, p. 26-27; Castro 2003, p. 32-47; (Gonçalves 2004, p. 73-100); Mendes 2006, p. 122-123 (*et seq.*); Peglow da Rosa 2007, p. 10 *et seq.*; Pereira 2006, p. 119-192; Pessoa da Costa 2007, in bijzonder p. 94-99 & 148-162; Rufino do Vale 2004; Rufino do Vale 2005, p. 51-74; Sarlet 2005, p. 193-259; Sarmento 2006a; Sarmento 2006b, p. 193 *et seq.*; Sombra 2004.

amalgame reisweg (o.a. via de Nederlandse doctrine) tot constitutioneel gehuldigd principe in Zuid-Afrika.[228]

Wat althans deze laatste vorm van receptie betreft passen wel enkele kritische randbemerkingen. In eerste plaats betreft het hierbij niet steeds onverkorte incorporatie, wel eerder een heterogene adaptatie. Dit is bijzonder duidelijk wat de Zuid-Afrikaanse leer betreft. Alhier staat de als horizontale werking betitelde figuur in feite voor een symbiose tussen de Europese *Drittwirkung* en de Amerikaanse *State Action*-doctrine.[229] In tweede instantie valt te hoeden voor neokolonialistische neigingen; landen behoren immers geen eigen dynamiek te worden ontzegd wegens het eenvoudige feit dat ze bij de Europese evolutie aanleunen. Als illustratie kan worden verwezen naar Argentinië. Daar vond reeds in de jaren '50 een constutionaliseringsproces plaats dat door het *Corte Suprema* spoedig met erkenning van horizontale werking werd bekroond[230] zodat al midden jaren '60 de *erga omnes* gelding van grond-

228 De Zuid-Afrikaanse literatuur terzake horizontale werking is overvloedig. Zie o.a. Cheadle & Davis 1997, p. 44 *et seq.*; Cheadle 2005, p. 55-78; Du Plessis & Ford 2004, p. 286 *et seq.*; Govender 1996, p. 20 *et seq.*; Jeffery 1997, p. 10-16; Liebenberg 2008, p. 466-467 & 471-472; O'Regan 1999, *s.f.*; Rautenbach 2000, p. 296 *et seq.*; Sarkin 1999, p. 80; Sarkin 2000, p. 747 *et seq.*; Sprigman & Osborne 1999, p. 25 *et seq.*; Van der Merwe 2000, p. 14 *et seq.*; Van der Walt 2001, p. 805 *et seq.*; Van der Walt 2003b, p. 517-540; Van der Walt 2005, p. 660 *et seq.*; Van Zyl 2000, p. 169-175; Visser 1997, p. 296-303; Wolhuter 1996, p. 512 *et seq.*; Woolman & Davis 1996, p. 361 *et seq.*; Woolman 2005, p. 1 *et seq.*

229 Zie voor het onderscheid tussen beide, in praktische consequenties naar elkaar toeneigende (maar in theorie afwijkende en vaak ten onrechte gelijkgestelde of geassocieerde (*cf.* Venter 2000, p. 34)) rechtsfiguren o.a. De Schutter 1992, p. 72-110; Gardbaum 2003, p. 387 *et seq.* (en wat specifiek de 'State Action' betreft zie bij uitstek o.a. Barendt 2007, p. 399 *et seq.* (deze theorie die, grof gesteld, tot activatie van grondrechten in private litigaties enige statelijke betrokkenheid vooropstelt, terecht beschrijvende als 'one of the most complex areas of US constitutional law. Forty years ago it was described as a "conceptual disaster area"; decisions in then last few decades have done little to clean up the mess'); Chemerinsky 1985, 503-557; Madry 1992, 781-844; Nerken 1977, p. 297 *et seq.* evenals interessant Kay 2002, p. 329 *et seq.*). Voor globale vergelijking tussen Amerikaanse en Duitse (Europese) constitutionalisering zie o.a. Pokol 2002, *s.f.* (met duidelijke conclusie ten 'nadele' van de laatste variant ('In comparison with the American rights revolution, here the intertwining of constitutional fundamental rights into the judges' adjudication has substantially caused only minor shifts of emphasis')).

230 Corte Suprema de Justicia de la Nación 5 september 1958 (*Kot*), *Fallos de la Corte Suprema Nacional*, Tome 241, 291 (duitstalige extracten te vinden in Krotoschin 1964, p. 130-131), 'un referente pionero de la *Drittwirkung*' (De Vega García 2003, p. 2327). Op te merken valt dat de doctrine daarbij frequent in eenzelfde adem verwijst naar Corte Suprema de Justicia de la Nación 27 december 1957 (*Siri*), *Fallos de la Corte Suprema Nacional*, Tome 239, 459 (o.a. Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo 1981, p. 49; Pardo Falcón 2003, p. 10), doch deze referentie naar Europese maatstaven al te vrijblijvend is (in vergelijkbare zin Sarazá Jimena 2008, p. 166, voetnoot 369), *in casu* betrof het aldaar immers een inbreuk op persvrijheid door een publieke autoriteit, nl. de politie, welke een uitgeverij gesloten had. Vanuit Argentijns oogpunt is de associatie evenwel inzichtelijk, in *Kot* (welk een fabrieksbezetting door arbeiders betrof), had het *Corte Suprema* zelf in verwijzing naar *Siri* verklaard dat 'tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional' (daaraan onmiddelijk meer specifiek toevoegende 'Admitido que existe una garantía tácita

rechten algemeen werd aanvaard.[231] Meer nog, het blijkt dat reeds sedert aanvang der 20e eeuw een soortgelijke boodschap werd uitgedragen.[232] De Argentijnse ontwikkelingen zouden later zelfs de Spaanse constitutionalisering mee inspireren,[233] maar anderzijds zou deze doctrine nadien zelf ook uit de Duitse schoolvorming gaan putten,[234] zodat van een wisselwerking kan worden gewaagd. Opvallend is dat de Argentijnse ervaring ook niet alleen staat. In latere jaren zou zich doorheen gans Latijns-Amerika de tendens doorzetten om, (net als in Argentinië)[235] in bijzonder via ontwikkeling van de *amparo* procedure,[236] bepaalde fundamentele rechten ook in horizontaal perspectief gelding te verlenen.[237] Zo heeft derdenwerking, meestal zelfs ook buiten het kader van de *amparo* actie, erkenning gevonden in onder andere Colombia,[238] Bolivia,[239] Peru,[240] Chili[241] en zijn daarnaast ook andere

o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33, Const. Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas'), daarenboven vond met *Siri* een verruiming van de *amparo* procedure plaats die een uitspraak als *Kot Überhaupt* mogelijk maakte (*cf.* dit laatste aspect Fix-Zamudio 1971, p. 301).

231 Krotoschin 1964, p. 131.

232 Krotoschin 1964, p. 131 (onder verwijzing naar J.V. Gonzalez, *Manual de la Constitucion argentina*).

233 *Cf.* § 2.2.5.

234 Zie bijvoorbeeld De Vega García 2003, *passim*.

235 Art. 43 Constitutie: 'Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley […]'.

236 Zie o.a. Brewer-Carías 2008. De *Amparo* ('bescherming') betreft een vrij algemene rechtsingang voor individuen die hun fundamentele rechten geschonden achten (*cf.* de bepalingen aangehaald in voetnoten 235, 239 en 240).

237 Zie in bijzonder reeds de schets van Fix-Zamudio 1971, p. 299 *et seq.*

238 De horizontale werking van de *amparo* actie is neergelegd in art. 86 *Constitución Política jo. Decreto Ley* 2591 van 1991. Zie in bijzonder Cifuentes Muñoz 1998, p. 21 *et seq.* en Springer 2003, p. 332; verder o.a. Sarazá Jimena 2008, p. 173 *et seq*. Springer verwijst daarbij o.a. naar de Corte Constitucional uitspraken van 31 januari 1994, T-028/94 (klacht geluidsoverlast vanuit meubelmakerij), 22 november 1994, T-523/94 (verzet omwonende tegen varkenskweker verantwoordelijk voor vervuiling van het grondwater) en 9 december 1994, T-573/94 (actie van patiënt tegen hospitaal dat hem niet wou laten gaan zolang hij de kosten van behandeling niet had vergoed), alle met succes bekroond. Qua Colombiaanse derdenwerkingsdoctrine globaal zie o.a. Estrada 2000; Estrada 2003, p. 2443 *et seq.*; Cifuentes Muñoz 1998, p. 21 *et seq.*; meer generalistisch (*à la Wertordnung*) Tole Martínez 2006, p. 253 *et seq*. en tenslotte ondergeschikt de vaststellingen bij Restrepo 2002, p. 4.

239 Wat betreft de horizontale werking van de *amparo* procedure zie art. 19 Constitutie: 'Fuera del recurso de "habeas corpus" a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes'.

landen aan te duiden waar de *amparo* althans in deze mogelijkheid voorziet, zoals Paraguay en Nicaragua.[242] Ten slotte valt ook te wijzen op het belang van het *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, welk toeziet op de Amerikaanse mensenrechtenverklaring[243] en welke instantie evenzeer de *erga omnes* gelding van grondrechten uitdraagt.[244] Uiteindelijk blijft binnen Latijns-Ame-

---

240 Wat de *amparo* betreft zie art. 200.2 Constitutie: 'La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución […]'. Wat rechtspraak betreft kan o.a. verwezen worden naar Tribunal Constitucional 11 juli 2002 (*Fetratel*), Exp. 1124-2001-AA/TC ('La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, (…) En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional') en Tribunal Constitucional 13 maart 2003 (*Llanos Huayco*), Exp. 976-2001-AA/TC ('[…], esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad […]'). Zie m.b.t. derdenwerking in Peru o.a. Mendoza Escalante 2006, p. 1377-1392.

241 De horizontale gelding van de *amparo* procedure blijkt uit art. 20 Constitutie welk iets minder geprononceerd overkomt dan de overig aangehaalde bepalingen, maar toch overduidelijk aldus wordt erkend (*cf.* Aguilar Cavallo & Contreras Rojas 2007, *n.f.*; Martínez Estay 1998, *n.f.*; Sarazá Jimena 2008, p. 178; Ugarte Cataldo 2007, p. 58). Zie met betrekking tot derdenwerking in Chili meer algemeen o.a. Aguilar Cavallo & Contreras Rojas 2007, p. 205-243; Jana Linetzky 2001, p. (1-)24-30; Ugarte Cataldo 2007, p. 53 *et seq*. (zich meest uitgelaten uitsprekende alsdat 'en Chile, la eficacia horizontal ha sido plenamente recepcionada, y en su versión más radical: la eficacia directa o inmediata' (p. 58)).

242 Fix-Zamudio 1971, p. 302-303.

243 *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (*Pacto de San José*), 22 november 1969.

244 Zie in bijzonder Mijangos y González 2008, p. 1-31; secundair Carbonell 2004, *n.f.* O.a. kan worden verwezen naar de oorspronkelijk meer staatsverantwoordelijkheid gerichte uitspraken als CIDH 18 juni 2002 & 17 november 2004 (*Comunidad de Paz de San José de Apartadó v. Colombia*), para. 11 resp. 13 ('Que para tornar efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. A juicio de la Corte, dicha obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares') (zie tevens concurring opinion van A.A. Cançado bij CIDH 18 juni 2002, par. 14: 'Tratase, a mi modo de ver, de un caso que requiere claramente el reconocimiento de los efectos de la Convención Americana *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), sin el cual las obligaciones convencionales de protección se reducirían a poco más que letra muerta'); en in dergelijke zin verder CIDH 6 maart 2003 & 15 maart 2005 (*Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó v. Colombia*), para 11 resp. 9; CIDH 5 juli 2004 (*Pueblo indígena de Kankuamo v. Colombia*), para 11; CIDH 6 juli 2004 (*Pueblo indígena de Sarayaku v. Ecuador*), para 10; CIDH 6 juli 2004 (*Diarios El Nacional y Así es la Noticia v. Venezuela*), para. 12; CIDH 9 juli 2004 (*Carlos Nieto v. Venezuela*), para. 9; CIDH 4 september 2004 (*Emisora de Televisión Globovisión v. Venezuela*), para. 11; *etc.* en tenslotte het in werkelijke *erga omnes* zin gaande

rikaans kader voornamelijk Mexico eenzaam achterwege,[245] wat verrassend is aangezien de *amparo* procedure, die voor veel landen juist de doorweg vormde, hier tot haar ontplooiing kwam en onder deze invloed nadien door andere stelsels werd gerecipieerd.[246] Nochtans mag vanuit comparatief oogpunt het bereikte niveau van de Latijns-Amerikaanse leer niet worden overdreven, een uniforme uitwerking van het leerstuk bestaat niet[247] en in vergelijking met Europa hinkt de ontwikkeling wat achterop.[248] Vanuit deze laatste optiek lijkt dan ook de verrassende vaststelling verklaarbaar dat, hoewel ze op een zekere traditie kan terugbuigen die daarenboven een groot deel der Latijns-Amerikaanse stelsels verbindt, de blik binnen de contemporaine doctrine zeer sterk gefocust is op Europa. Uiteraard zijn hierin de taalverbonden Spaanse en Portugese bronnen vertegenwoordigd, maar is het bovenal de Duitse leer die met de aandacht lopen gaat, verwijzingen naar *Lüth* en grote Duitse auteurs (die meestal in vertaling beschikbaar zijn) zoals Alexy,[249] vormen werkelijk schering en inslag. Kortom, invloed vanuit Europa op (onder andere) de Latijns-Amerikaanse wereld mag niet over- doch evenmin onderschat worden: hoewel deze laatste een oorspronkelijke en autonome ontwikkeling bezit koppelt de huidige rechtsleer overduidelijk naar de Europese evolutie terug en ontleent daaraan inspiratie.

Samengevat heeft *Drittwirkung* al lang de grenzen van de oorspronkelijke kern-Europese *Kreis* overschreden.[250] Dat daarbij tijdens het receptieproces

---

advies (welk even bindend is als de verdragstekst zelf) CIDH 17 september 2003, nr. 18/03 (*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*), para. 140 *et seq*. (o.a. 'En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes)*. Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares').

245 Carbonell 2004, *n.f.*; Sarazá Jimena 2008, p. 190; Mijangos y González 2008, p. 4 (welke evenwel ook de andere stelsels, met uitzondering van Colombia, niet al te veel ontwikkeling terzake toedicht; zie tevens p. 21-23 m.b.t. recente invloed ICDH derdenwerkingsjurisprudentie op Mexicaanse rechtsinstanties). Zie tevens Fix-Zamudio 1971, p. 310.

246 *Cf.* Fix-Zamudio 1971, p. 299.

247 Sarazá Jimena 2008, p. 164.

248 *Cf.* Mijangos y González 2008, p. 4. Vgl. tevens Del Granado & Mirow 2008, p. 304 alwaar wordt gesteld dat, hoewel misbruik van de *amparo* actie een steeds groeiend probleem vormt, iets als een *mittelbare Drittwirkung* slechts langzaam ingang vindt.

249 In bijzonder de verscheidene herdrukken kennende vertaling van diens *Theorie der Grundrechte* (*Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales) en in ondergeschikte orde o.a. 'Epílogo a le Teoria de los derechos fundamentales', *REDC* 2002, nr. 66, p. 13-64.

250 Wordt daarenboven volstaan met een onbepaalde 'invloed', dan strekt de geldingssfeer zich uiteraard nog omvattender uit en valt onder meer Israël aan haar geldingsbereik toe te voegen (zie bijvoorbeeld Barak-Erez 1999b, p. 523 alwaar in deze de neiging naartoe 'the European tradition of indirect application of constitutional norms to private relations'

kleine wijzigingen zijn aangebracht is een vanzelfsprekend, doch binnen het kader van deze studie *in globo* verwaarloosbaar detail. De hier gepresenteerde gegevens omtrent de uitgestrekte toepassingssfeer fungeren *in se* immers slechts als achtergrondinformatie, bij voorkeur bijdragende aan kritische reflectie waar de aberraties, lacunes en overige pijnpunten van het leerstuk worden geduid. De lijn in dit hoofdstuk uitgezet is daar één van. Doel is immers niet een vrijblijvende beschrijving van de geldingssfeer van derdenwerking te verschaffen, wel een inzicht in ontwikkeling te schetsen, daar hieruit meer significante lessen kunnen worden getrokken dan algemeen wordt bevat. Daartoe weze hiernavolgend de evolutie in sterkere penseelstreken, en met onderkenning van de onderliggende dynamiek en socio-juridische achtergrond, gerecapituleerd.

2.3.2 Oorlogs- en grondrechtenretoriek

Ab Jove principe neigt de blik naar Duitsland en Italië. Tussen beide landen bestaat een duidelijke link, beide behoorden immers tot de asmogendheden. In rekening genomen dat de derdenwerkingsleer zich in deze landen sterk begint door te zetten vanaf eind jaren veertig, begin jaren vijftig, ontstaat het

---

versus de mindere invloed vanwege de traditioneel in Israël sterker staande Amerikaanse conceptie benadrukt wordt), dit in bijzonder onder stimulans van Barak, voorzitter van het Israëlische Hooggerechtshof en wiens visie sterk door de Duitse *Drittwirkungsleer* werd geïnspireerd (Cohen-Eliya 2004, p. 726; *cf.* o.a. Barak 1998). Met name wordt als centraal tot ontwikkeling van horizontale werking in Israël beschouwd diens opinie in de zaak Kastenbaum (Hooggerechtshof 30 april 1992 (*Hevra Kadisha 'Jerusalem Community' v Kastenbaum*), nr. 294/91, 46 (2) *PD* 464) (betreffende de ongeldigheid van een clausule in een standaardovereenkomst van een begrafenisonderneming overeenkomstig dewelke inscripties op de zerk enkel in Hebreeuwse letters en volgens Hebreeuwse tijdrekening vermocht te geschieden) alwaar Barak in algemene termen verklaarde geen twijfel te bestaan dat fundamentele rechten ook in interprivate verhoudingen doorwerken en slechts de wijze waarop nog aan bevraging onderhevig kon zijn (zie specifiek r.o. 20 (*et seq.*), wat de Duitse invloed betreft in bijzonder de referenties te r.o. 21-22; zie tevens Barak-Erez & Gilead 2007, p. 265). De symboolwaarde is des te significanter in de wetenschap dat het hier slechts een feitelijk *obiter dictum* in een *concurring opinion* betrof, terwijl de daadwerkelijke uitspraak de zaak volkomen afhandelde in het kader van de publiek-privaat distinctie, de begrafenisonderneming immers zowel formeel als substantieel als publiek lichaam aangeduid (in dergelijke zin overigens ook de derde – en in deze specifieke procedure (hooggerechtshof zetelend als hof van beroep) dus laatste – zetelende rechter in diens *dissenting opinion* alwaar gewaagd wordt van een duaal (lees: hybride) lichaam zowel onderworpen aan publiek- als privaatrecht). Pas na instemmende beschouwingen aangaande de ongeldigheid van dergelijke interactie als afkomstig van een publieke entiteit (r.o. 1-12), evenals – zoals de lagere rechter had geoordeeld – instemmend oordelende met de onverenigbaarheid van de bepaling met de Israëlische wetgeving op standaardovereenkomsten (r.o. 13-17; zij het dat ook hier Barak reeds naar grondrechten verwijst als schendt deze clausule het fundamentele recht op menselijke waardigheid (r.o. 16)), wordt door Barak werkelijk (en in subsidiaire orde (zie expliciet r.o. 28)) via het portaal van *public policy* de theorie van horizontale werking ingeleid.

vermoeden dat het voorgaande totalitaire verleden voor de ontwikkeling en propagatie van het leerstuk allerminst van belang is ontbloot.[251] Dat neigt naar het intrappen van open deuren, maar vreemd genoeg betreft het open deuren die voor de doctrine tot heden veelal bleken verheeld. Dat de mensonwaardigheid waartoe het recht van eertijds aanleiding gaf een terugkoppeling inspireert aan fundamentele rechten, die zich juist rond bescherming van menselijke waardigheid concentreren, is onmiddellijk inzichtelijk.[252] Ik zou echter verder gaan en zo grof zijn te stellen dat het niet eenvoudige *noodzaak* was die de derdenwerkingsleer propelleerde, dan wel (evenzeer) een verlangen *oorlogsretoriek middels grondrechtenretoriek te compenseren*. Weliswaar zou dan in eerste instantie tegengeworpen worden dat, zo dit al het geval mocht zijn, er geen verklaring bestaat waarom de laatste speler van de asmogendheden, Japan, geen gelijkaardige ontwikkeling ondervoelde.

De taalbarrière speelt de proponent, *affirmanti incumbit probatio*, uiteraard parten, maar feit blijft dat zelfs de enkele bevattelijke publicaties uitwijzen dat evenzeer Japan een soortgelijke evolutie doormaakte.[253] Ook hier nam het debat al vlug aanvang, zij het dat bepaalde Aziatische, eventueel specifiek Japanse gevoeligheden hierbij een afwijkende doch sturende invloed hadden.[254] Daaraan dient toegevoegd te worden dat een *omvattende*, *kritische* analyse van doorwerking van grondrechten in het privaatrecht vooreerst een meer dan oppervlakkige kennis van het privaatrecht zelf vereist (een element

251 Zie m.b.t. totalitarisme en constitutionalisering *in globo* Favoreu 2001, p. 670.

252 *Cf.* o.a. Marshall Barberán 2007, p. 208: 'El trauma que produjo el fenómeno nacionalsocialista en Alemania contribuyo a que después de la segunda guerra mundial, la dogmática de los derechos fundamentales recibiera especial atención'.

253 Zie o.a. Horan 1976, p. 860 *et seq.* Zie tevens Kitamura 1998, p. 181 *et seq.* waaruit een meer gematigde, doch wel degelijk gerealiseerde, evolutie tot erkenning van horizontale werking spreekt evenals Abe & Shiyake 1977, p. 613-615 waar het beeld van een toenmaals nog ambivalente (en wat de hogere regionen betreft voorzeker terughoudende) rechtspraak wordt geschetst. Ook de vrijheid van vakvereniging (als neergelegd in art. 28 Constitutie en *nota bene* gededuceerd uit gelijksoortige bepaling der *Weimarer Verfassung* (zie o.a. Okuno 2008, p. 139)) wordt beschouwd als een, weliswaar uiterst triviaal, exempel van derdenwerking (*cf.* Araki 2005, p. 137). Zie m.b.t. horizontale werking in Japan verder o.a. Iwasawa 1997, p. 285-287; Iwasawa 1998, p. 89-92.

254 Zie bijvoorbeeld het debat rond 'captive audience speeches' waarin de werkgever ageert tegen (lidmaatschap van) vakverbonden of politieke en religieuze boodschappen brengt en aldus de individuele vrijheid der werknemers bedreigt (zie uitgebreid Okuno 2008, p. 129-146; illustratief zijn onder andere de aldaar aangehaalde uitspraken *Dainintekku* (Chihô-saiban-sho Osaka 20 augustus 1999, 1072 *Hanrei Taimuzu* 185), betreffende een eis tot schadevergoeding van een werknemer wegens de aan hem opgelegde verplichting politieke verkiezingsspeeches te aanhoren, welke door de rechtbank met het oog op zijn zelfbeschikkingsrecht als afgeleide van politieke- en meningsvrijheid inderdaad werd toegekend, en *Mie Ube Namakon* (Chihô-saiban-sho Nagoya 26 april 1963, 14 *Rôminshü* 668) waarin onrechtmatig werd geoordeeld het ontslag van een werknemer wegens diens weigering deel te nemen aan van arbeidswege voorgeschreven lezingen en rituelen van een religie die zijn goedkeuring niet wegdragen kon, daarbij in rekening nemende dat de Japanse grondwet eenieder vrijheid van religie garandeert.

volkomen genegeerd in de meest dagdagelijkse doctrine), zodat wat Japan betreft niet in details kan worden getreden. Desondanks betekent dit echter dat kan worden gesteld dat in alle asmogendheden na de capitulatie zich een noodzaak deed gevoelen tot herbronning in grondrechten, ook wat het privaatrecht betrof.

Daarmee is dan wel een oorspronkelijke band tussen totalitair verleden en de opkomst van het derdenwerkingsleerstuk geïllustreerd, maar voorzeker blijft haar status als hooggestemd, ongenaakbaar en vernieuwend principe daarbij onverlet. Hoogste tijd om haar eerste, meest elementaire *moment de gloire*, met name de erkenning door het triumviraat der hoogste Duitse gerechtshoven, nog eens aan nadere, scherpere analyse te onderwerpen. Opvallend is daarbij in de eerste plaats het beeld dat in moderne doctrine opgehangen wordt van de plotse genese van dit leerstuk. Het lijkt als het ware uit het niets te verschijnen en wordt aldus deelachtig aan de messiaanse allures waarmee dergelijke *actes de présence* in de regel gepaard gaan. *Nie sollst du mich befragen, noch Wissens Sorge tragen, woher ich kam der Fahrt...*[255] en diens meer. De werkelijkheid is minder poëtisch. In feite werd slechts voortgebouwd op ontwikkelingen uit het interbellum die door de welbekende socio-politieke ontwikkelingen niet tot volle wasdom hadden kunnen komen. Niet enkel was onder de Weimarrepubliek de kiem voor verdere theorievorming gelegd,[256] maar ook bevatte haar Constitutie twee bepalingen met uitdrukkelijk horizontale gelding. De 'revolutionaire' uitspraak van het *Bundesarbeidsgericht* had zelfs weinig meer om het lijf dan de toepassing van (de *Bonner Grundgesetz*' recapitulatie van) een dezer. Bevreemdend is hoe esoterisch deze wetenschap wel is geworden. Doctrinaire referenties aan deze derdenwerkingantecedenten uit de *Weimarer Verfassung* zijn van ongekende schaarste en duidelijk uitdovend.[257] Voor huidige generaties Duitse juristen is dit verleden dan ook compleet in vergetelheid vervallen. Verbazen doet dit niet, het past binnen de gesignaleerde tendens om Weimar met alle zonden des werelds te overladen en tot karikatuur te herleiden. Het is deze sfeerschepping die een tragisch simplisme heeft doen postvatten waarin ruimte is voor boude beweringen alsdat in de Weimarperiode 'Grundrechte im Privatrechtsverkehr überhaupt keine Rolle'[258] speelden, en deze assertaties zelfs de norm gaan uitmaken. Dit ten koste van de waarheid, maar uiteraard in het voordeel van *Drittwir-*

255 Wagner, *Lohengrin*.

256 *Cf.* o.a. De Vega García 2003, p. 2320.

257 Tot de jaren zestig worden deze bepalingen in gespecialiseerde Duitse literatuur nog met enige frequentie aangehaald en terloops ook in internationale doctrine overgenomen (zo bijvoorbeeld bij de Nederlandse Boukema 1966, p. 23 en de Zwitserse Huber 1955, p. 180). Nadien is een sterke terugval te constateren (excepties o.a. Rüfner 2000, p. 550; Starck 2001, p. 101 en Schwerdtner 1973, p. 378) en als gevolg verdwijnen soortgelijke referenties dan ook evenzeer uit de overige, aan Duitsland externe, publicaties.

258 Zo o.a. Guckelberger 2003, p. 1154.

kung, hetwelk *a contrario* zelfs als reactie op de grondrechtsonvermogendheid van Weimar en haar nationaalsocialistisch uitvloeisel wordt gepercipieerd.

Nochtans dient vastgesteld te worden dat, hoewel derdenwerking dus geen volkomen vernieuwend concept was, er na 1949 plots wel een sterke(re) nadruk op kwam te liggen. De verklaring daarvoor gegeven bedient zich onveranderlijk van termen als noodwendigheid en noodzakelijkheid: de ontoereikendheid, het onvermogen van het privaatrecht zou rechtstreeks verantwoordelijk zijn voor hulpverlening vanuit de grondrechtelijke sfeer. Bekijkt men de oorspronkelijke Duitse rechtspraak, dan valt op hoe betrekkelijk weinig de realiteit met deze verklaring van doen heeft. Veelal lijkt deze jurisprudentie vooreerst een verschuiving in terminologie te representeren: de grijze privaatrechtsnormen ruimen de baan voor meer edele grondrechtsnormen. Meest illustratief is nog de tactiek van het *Bundesgerichtshof*: waar de reguliere rechtsinstanties zich tevreden stelden met aanwending van privaatrechtsnormen om een echtgenote te beschermen tegen de opname door de (ex-) partner van diens minnares in de (nabijheid van de) echtelijke verblijfplaats, toont het *Bundesgerichtshof* plots de behoefte om zich daarbij van fundamentele normen te bedienen om vervolgens tot een volkomen gelijklopende argumentatie en conclusie te komen. Een inhoudelijke verklaring voor dit *recours* is niet voorhanden, zodat de omschakeling in de afdeling *wordplay* te klasseren valt.

Maar er blijkt met deze jurisprudentie *in globo* meer aan de hand dan een eenvoudig opleuken van de afgeleverde rechtspraak. De *wordplay* neigt, kortom, naar *swordplay*. En daarmee verschijnt opnieuw de these van 'oorlogsretoriek gecompenseerd door grondrechtenretoriek' ten tonele. Codewoord dat dit alles het duidelijkst illustreert, is het '*Wertsystem*' uit de *Lüth* uitspraak.

Immers, *Drittwirkung* was er erg geschikt om breuk met een 'onrechtsstaat' te symboliseren, niet enkel naar norm, als de hooggestemde, semi-oncorrumpeerbare bepalingen die fundamentele normen lijken te zijn, maar ook naar methode. Na de oorlog had namelijk de opvatting opgang gemaakt dat het de positivistische rechtsbenadering was die voor de ontsporing van Duitse jurisprudentie had gezorgd.[259] 'Gesetz ist Gesetz' werd symbool voor de faling van het rechtssysteem.[260] Het krachtdadige optreden dat na de *Wende* van het *Bundesverfassungsgericht* verlangd en verwacht werd,[261] kon daarom uit niets anders bestaan dan een duidelijk contrapunt, namelijk een 'wertorientierte Haltung'.[262] Tegelijk zou daarmee de nieuwe orde ook de betrachte begronding krijgen.[263] Vanuit deze optiek bediende het *Bundesverfassungsgericht* zich al snel van de grondrechtencatalogus als 'verbindlicher Wertent-

259 Zie bij uitstek Radbruch 1946, p. 105 *et seq*. Zie terzake o.a. Stolleis 2005, p. 297.

260 *Cf.* Radbruch's klassieke frase 'Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung "Gesetz ist Gesetz" den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts' (Radbruch 1946, p. 107)).

261 Wahl 2005, p. 384-385.

262 Stolleis 2005, p. 297.

263 *Cf.* Wahl 2005, p. 385.

scheidung'.[264] Welke koers het daarbij beoogde te varen wordt echter pas geheel duidelijk bij het *Lüth* arrest, waar de betekenisvolle term 'Wertsystem' valt. Heden staat dit woord symbool voor de *Lüth* uitspraak zelf, maar de wortels ervan voeren dieper, met name opnieuw tot in Weimar.

Immers, hoewel dit nergens in het arrest wordt geëxpliciteerd, vormt het een onmiskenbare terugkoppeling aan de *Integrationslehre* van Rudolf Smend,[265] een der meest prominente anti-positivisten van Weimar. De drijfveren achter deze terugkoppeling zijn duidelijk, zoals ook Henne terecht stelt: 'weil nach 1945 die Weimarer Positivisten lange Jahre weitgehend als wissenschaftlich diskreditiert galten, konnte nur eine Anknüpfung an die Grundrechtstheorien der Antipositivisten erfolgen'.[266] Smend vormde daarbij het meest voor de hand liggende referentiepunt.[267] Centraal thema in diens leer vormde de *integratie* van het individu binnen de (politieke) volksgemeenschap.[268] Onderscheid werd gemaakt tussen persoonlijke,[269] functionele,[270] en zakelijke integratie. Deze laatste categorie stond voor de volksverbondenheid bewerkstelligd door en vertegenwoordigd in bijvoorbeeld de symboolkracht van de vlag, het gemeenschappelijke grondgebied en de taal, maar evenzeer de nationale grondrechtencatalogus. De in de Constitutie neergeschreven grondrechtencatalogus is voor Smend echter maar een betrekkelijk instrument. Haar waarde schuilt erin dat ze een (overigens onvolmaakte) neerslag vormt van de hierachter liggende, preconstitutionele grondwaarden waarin het volk zich erkent en bestaat. De grondrechtencatalogus

> will eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d.h. ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem normieren, und er normiert es als nationales, als das System gerade der Deutschen, das allgemeinere Werte national positiviert, eben dadurch aber den Angehörigen dieser Staatsnation etwas gibt, einen materialen Status, durch den sie sachlich ein Volk, untereinander und im Gegensatz gegen andere, sein sollen.[271]

---

264 *Cf.* o.a. BVerfG 23 oktober 1952 (*SRP-Verbot*), *BVerfGE* 2, 1; BVerfG 17 augustus 1956 (*KPD-Verbot*), *NJW* 1956, 1393; BVerfG 16 januari 1957 (*Elfes*), *NJW* 1957, 297; BVerfG 17 januari 1957 (*Steuersplitting*), *BVerfGE* 6, 55.

265 O.a. Bryde 2007, p. (193-194 *jo.*) 196; Lindner 1999, p. 4; Lindner 2005, p. 13; Ruppert 2005, p. 342 *et seq.*; Staff 2005, p. 319 en in dergelijke zin tevens doch minder expliciet Müller 2006, p. 282; zie tevens Böckenförde 1974, p. 1533 en Henne 2005, o.a. p. 220.

266 Henne 2005, p. 213.

267 *Cf.* Henne 2005, p. 213; Stolleis 2005, p. 297.

268 De visie werd oorspronkelijk neergelegd in 'Verfassung und Verfassungsrecht' uit 1928; navolgende referenties bedienen zich van een herdruk in een verzamelwerk uit 1968 (nl. Smend 1968).

269 D.w.z. in bijzonder middels figuren als een monarch, Führer of deelgenoten van de regering welke de volkseenheid personifiëren en aldus de integratie bevorderen (*cf.* Smend 1968, p. 142-148).

270 D.w.z. collectieve sociale gebeurtenissen die de volksverbondenheid bekrachtigen (o.a. verkiezingen) (*cf.* Smend 1968, p. 148-160).

271 Smend 1968, p. 264.

Los van deze context (en haar vermogen tot integratie) behoort de catalogus noch een individueel grondrecht enige betekenis toe te komen. Formalisme, een grondrecht naar diens oorspronkelijke betekenis, in plaats van in diens samenhang met 'der gegenwärtigen Lebensordnung und verfassungsmäßigen Wertkonstellation' uit te leggen, is uit den boze; overigens zijn sommige der gecodificeerde grondrechten zo vanzelfsprekend of nietszeggend dat ze *an sich* weinig tot integratie bijdragen.[272] Evenzeer dient verketterd te worden de liberale kortzichtigheid die mensenrechten ten onrechte tot hun secundaire, staatsafwerende functie herleidt en daarmee verkeerdelijk riskeert de navelstreng met de achterliggende grondwaarden te verbreken.[273] Kortom, in de visie van Smend kan de grondrechtencatalogus enkel bestaan als vertegenwoordiger van waarden die aan het geheel ten gronde liggen en welk laatste *Wertsystem* als geheel de gehele rechtsorde doordringt. Hieruit volgt onder meer dat grondrechten fungeren als 'mindestens Auslegungsregeln für das positive Recht'.[274] De inspiratie voor het *Lüth* arrest, dat zelfs gelijkluidende bewoordingen zal hanteren,[275] is daarmee duidelijk.[276]

Waarom de terugkoppeling door het *Bundesverfassungsgericht* aan deze auteur zo onuitgesproken, schijnbaar zelfs verheeld, gebeurde is onduidelijk.[277] Naar Ruppert oppert kan dit verband houden met het feit dat deze instantie steeds spaarzaam met literatuurverwijzingen omspringt;[278] een meer plausibele verklaring bestaat er in dat (de school) Smend te dien tijde zelf reeds de eigen leer had gerelativeerd en daarmee niet meer dezelfde strekking uitdroeg als het *Bundesverfassungsgericht* op zich zou nemen[279] zodat expliciete verwijzing door deze laatste instantie ook minder opportuun werd. De werke-

272 Smend 1968, p. 217.
273 *Cf.* Smend 1968, p. 215-216.
274 Smend 1968, p. 266.
275 Tegelijk is echter ook divergentie vast te stellen. Zo (o.a.) benadrukt *Lüth* de functie van grondrechten als in de eerste plaats afweerrechten en pas in tweede instantie belichamen ze de neerslag van een 'objectief' waardencomplex ('Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objective Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt'). In de leer van Smend is de verhouding juist inversief: de *Wertordnung* staat centraal en de afweerfunctie tegenover de Staat betreft slechts een secundair, daarvan afgeleid aspect.
276 Zie voor de invloed van Smend op de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht *in globo* o.a. Lepsius 2003, p. 363 en verwijzingen aldaar. Veelzeggend is alvast de commentaar van Hennis welke Smend eenvoudigweg als *Hausgott* van het Bundesverfassungsgericht betitelt (Hennis 1999, p. 356).
277 Wel wordt naar Smend's lezing in 1927 voor de *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Smend 1928) verwezen, doch zonder auteurs- of zelfs maar titelvermelding ('sowie Veröffentl. der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4, 1928, S. 6 ff., bes. S. 18 ff., 51 ff.'). Geweten is dat in de conclusies der procespartijen wel veelvuldig aan Smend werd gerefereerd (*cf.* Ruppert 2005, p. 342-343).
278 Ruppert 2005, p. 343.
279 *Cf.* Günther 2005, p. 308 *et seq.*, in bijzonder p. 311; vgl. tevens Staff 200, p. (318-) 319.

lijke verklaring kan in het midden blijven. Wat echter aan niet de minste twijfel onderhevig is, is de anti-positivistische aandrang die het *Bundesverfassungsgericht* in *Lüth* (en voorgaande rechtspraak) tentoon spreidde en welke deze rechtspraak uiteindelijk heeft gemaakt tot wat ze is. Heel de idee van derdenwerking is niet gegroeid uit een zuivere bekommernis een ontoereikend privaatrecht te compenseren, maar uit een systeemdenken dat tot doel had een breuk met het zogenaamde positivistische onrechtsstaatsverleden te beklemtonen.

Vanuit deze optiek is overigens ironisch dat geheel dit diskrediet waarin het positivisme werd gestort naar huidige inzichten absoluut onterecht blijkt.[280] Reeds in de herfstjaren van de Weimarrepubliek had het positivisme afgedaan[281] en na de machtsovername in 1933 waren het voornamelijk de positivisten geweest die zich op de achtergrond hadden teruggetrokken.[282] Anderzijds had reeds onder de Weimarrepubliek de tendens postgevat om 'die Legitimität allen Rechts von weiten Teilen der herrschenden (antidemokratischen) Lehre aus der "unmittelbar(en) Gewißheit einer höheren objectiven Ordnung", aus einem "Kultursystem von individueller Werthaftigkeit"' te deduceren.[283] Onder het Naziregime was dit uiteraard niet anders geweest; toen werd evenzeer het privaatrecht onder gelding van de (Staat als)[284] Constitutie gebracht. Niet enkel de bestaande,[285] maar evenzeer nieuwe normen zouden instaan voor de realisatie der 'hogere waarden' van het Nationaal-Socialisme.[286] Kortom, vanop afstand beschouwd, blijkt de naoorlogse constitutionalisering van het privaatrecht niet zo radicaal verschillend.[287] Een verklaring bijvoorbeeld alsdat 'privaatrechtelijke principes vallen te karakteriseren

---

280 Grosswald Curran 2003, p. 221-222 (& 225) (zie tevens Grosswald Curran 2005, p. 506-507); Mahlmann 2003, p. 232-233.

281 Vgl. overigens de commentaar van Stolleis 2003b, p. 2 alsdat 'the polemical criticism of legal positivism that had prevailed throughout the Weimar period and the Nazi period' na de oorlog onverminderd werd gecontinueerd, '[o]nly the anti-Jewish aspect of the arguments, such as the attacks against Hans Kelsen, disappeared'.

282 *Cf.* Mehring 2000, p. 313.

283 Staff 2005, p. 316 (onder verwijzing naar in bijzonder E. Kaufmann, 'Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung', (3) *VVDStRL* 1927, p. 2 *et seq.*).

284 *Cf.* Schmitt 1928, p. 4: 'Der Staat hat nicht eine Verfassung, der Staat ist Verfassung'. (Schmitt geldt als kroonjurist van het Nationaal-Socialisme (zie o.a. Mehring 2000, p. 314; meer uitvoerig Neumann 2000, p. 280-290; Singh Ghaleigh 2003, p. 49-53)).

285 In bijzonder de door het *Drittwirkungs*leerstuk geprezen, en voor indirecte derdenwerking essentiële, *Generalklauseln* (*cf.* in bijzonder Rüthers 2005, p. 210 *et seq.* en verder o.a. Roques 2006, p. 166-167, 173-174; Linder 1987, p. 2: '[…] many jurists regarded general clauses as an optimal tool for incorporating Nazi ideology into laws pre-dating the Nazi regime […]').

286 Staff 2005, p. 317.

287 Vgl. *in globo* tevens de opmerking van Stolleis 2003b, p. 2 m.b.t. de na-oorlogse sfeer van anti-positivisme alsdat '[i]t also meant that general or blanket clauses found favour as points where the new political order could revert to older law, precisely repeating the patterns of 1933 – though this time around it seemed excusable because the "contents" were right now'. Associatie met indirecte derdenwerking is onvermijdelijk.

als *species* van het publiekrecht in de privaatrechtelijke context',[288] gedaan in het kader van een Duits-Italiaans project tot herschoeiïng van het contractenrecht op nationaalsocialistische *c.q.* fascistische leest, lijkt zo aan een hedendaagse *Drittwirkung* (of meer algemeen constitutionaliserings-) publicatie ontrukt. Geheel cynisch wordt dit beeld echter wanneer men weet dat deze woorden van de hand zijn van H.C. Nipperdey, welke na de oorlog uitgroeien zou tot belangrijkste, meest uitgesproken proponent van *Drittwirkung* en als voorzitter van het *Bundesarbeitsgericht* in feite het beslissende startschot geven zou. Nipperdey bekleedde tijdens het naziregime immers verscheidene vooraanstaande posten,[289] maar aan zijn reputatie heeft dat weinig afgedaan.[290] Overigens, zonder specifiek op Nipperdey te duiden, is wel meer geopperd dat het na de oorlog die auteurs waren die voorheen het meest met het naziregime waren verbonden geweest welke zich nadien als meest fervente verdedigers van (doorwerking van) grondrechten opwierpen.[291]

Wat van dit laatste ook zij, het is duidelijk dat de *Lüth* uitspraak zich om wel wat meer bekommerde dan remediëring van het privaatrecht, maar integendeel sterk geïnspireerd werd door een verlangen tot rechtspolitieke distantie van het verleden. 'Worauf sollte denn in Abkehr von aller machtstaatlichen und menschrechtsverachtenden Politik der nationalsozialistischen Zeit die neue Ordnung anders und besser gegründet werden als auf Werte?'.[292]

Overigens speelden daarnaast *nog* andere, weinig 'altruïstische' factoren. Zo was het *Lüth* oordeel evenzeer bedoeld als sneer naar het *Bundesgerichtshof*, waarmee het *Bundesverfassungsgericht* toenmaals in machtsstrijd was verwikkeld en welk geclaimd had het werkelijke opperste gerechtshof te zijn.[293] Evengoed had ook het *Bundesarbeitsgericht* kort voorheen nog beweerd dat haar houding van directe werking in overeenstemming stond met de opvatting van het *Bundesverfassungsgericht*, zodat ook hier een reprimande zich opdrong.[294] Samengevat een overvloed aan factoren die weinig gemeen hebben met het hooggestemde, idealistische karakter waarmee de *Lüth* uitspraak nochtans vereenzelvigd wordt.

---

288 H.C. Nipperdey in 'Il comitato giuridico Italo-germanico per la riforma del diritto del obbligazioni', *Rivista di diritto commerciale* 1938, I, 437 in vertaling weergegeven in Monateri & Somma 2005, p. 60.

289 *Cf.* Hollstein 2006 p. 44 *et seq*. Zie specifiek wat zijn betrokkenheid bij de voormelde Duits-Italiaanse *Schuldrechtsreform* betreft Somma 2005, p. 416-417.

290 Vogenauer 2006, p. 638.

291 Vgl. o.a. namen genoemd te Stolleis 2003b, p. 6 (*et seq.*).

292 Wahl 2005, p. 385.

293 *Cf.* Henne 2005, p. 211-212 (specifiek in referentie aan de *Lüth* antecedent *Elfes* (BVerfG 16 januari 1957, *NJW* 1957, 297 (waarin overigens reeds gesteld dat 'zur Fortbildung des Verfassungsrechts in erster Linie das Bundesverfassungsgericht berufen ist')).

294 BAG 10 mei 1957, *BAGE* 4, 274. Zoals Götz 1990, p. 39 stelt zou zonder deze BAG jurisprudentie de Lüth uitspraak amper denkbaar zijn geweest.

2.3.3 Europa in perspectief

Beschouwt men de globale Europese ontwikkeling van op afstand, dan valt onmiddellijk één enkele constante op, namelijk hoezeer (in een aantal landen) horizontale werking in het traditionele (privaatrechtelijke) denken zit ingebakken: in Zwitserland en Oostenrijk is het per definitie geïncorporeerd, in Frankrijk zou ontkenning een belediging uitmaken, de Belgische daaraan terugkoppelende evolutie blijkt zich evenzeer sinds oudsher van 'fundamentele waarden' te bedienen en ook de oud-Nederlandse impressie schijnt hierin een neologisme te erkennen.

Meer in detail heet dat als volgt. In Oostenrijk ging het *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, dat in feite de gelding van fundamentele normen heeft vorm gegeven, voorop, nadien pas werd hieruit bij deductie de grondrechtencatalogus geredigeerd. Soortgelijk gold in Zwitserland art. 27-28 *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* reeds lang als een brug tussen het publieke en het private domein; ook hier waren de rollen omgedraaid: het publiekrecht diende zich te richten naar en te inspireren op de fundamentele waarden uit het privaatrecht, in het bijzonder deze uit art. 27-28. Overigens kent Zwitserland reeds in 1878 rechtspraak van het Hoogste Gerechtshof waarin grondrechten *directe* werking wordt gegeven, een feit dat des te meer in rekening behoort te worden genomen in wetenschap van de anderzijds terughoudende houding die dit Hof ook in de laatste decennia nog tegenover deze praktijk heeft aangehouden. In Nederland werd het leerstuk reeds opgeworpen bij de prille aanvang van de 20e eeuw en in 1949 blijkt de redactie van de *NJ* met vanzelfsprekendheid privaatrechtelijke fundamentele normen en grondrechten onderling inwisselbaar te houden, ook in naam. In Frankrijk wordt derdenwerking door menig auteur reeds geruime tijd, zij het eerder impliciet, in het recht aanwezig geacht, de juiste herkomst onbekend maar met alvast een trotse referentie aan de Verklaring van 1789. Overigens, ook hier weer rechtspraak van voor de derdenwerkingstheorie een Duits exportproduct werd. Opvallend is dat in deze landen, en hieraan kan ook België toegevoegd worden, de doctrine achter de feiten aanloopt: ze moet vaststellen dat rechtspraak derdenwerking, reeds voor het tot een dogmatisch vraagstuk werd verheven, zonder theoretische overwegingen toepast.

Anderzijds staan hiertegenover Duitsland en Italië (evenals, met het nodige voorbehoud, Japan), waar horizontale werking ten zeerste benadrukt werd als discontinuum ten aanzien van het (juridische) verleden,[295] en waaraan

295 Oostenrijk, met een verwante doch minder intense imagoschade bekleed, wordt hierbij terecht uitgezonderd aangezien hier geen *mea culpa* teneur overheerste en in consequentie dus geen nood tot compensatie middels grondrechtenretoriek bestond (vgl. overigens Rosenzweig 1978, p. 470: 'Die Bezeichnung der Grundrechte als "objektive Prinzipien der Verfassungsordnung" oder als "wertentscheidende Grundsatznormen" wird in der Terminologie der Erkentnisse des [österreichische] Verfassungsgerichtshofes nicht verwendet. Es entstand in der Judikatur *kein aus der historischen Entwicklung begründetes Bedürfnis "einer*

in tweede generatie Portugal en Spanje, decennia nadien met een gelijkaardige urgentie geconfronteerd, kunnen worden toegevoegd. De Europese fractie kortom waar de eigen historiek diskrediet over hun samenspel met mensenrechten had uitgeroepen. Terugblik naar verleden was hierbij geheel ongeoorloofd. Associatie met een nieuwe maatschappijvisie des te meer: opvallend is hoezeer, in samenspel met *Drittwirkung*, het solidaire karakter van het recht in deze benadrukt wordt.[296]

Daarmee is een breuklijn duidelijk die nadien zou worden verheeld. Het bij uitstek retorische middel, de reactie op judiciële aberraties uit het verleden dat derdenwerking oorspronkelijk was, werd in andere landen waar deze context ontbrak met verval van dergelijke connotatie gerecipiëerd. Deze receptie was bij uitstek een doctrinaire onderneming die aan de eigen jurisprudentie, waar gelijkaardige garanties reeds van oudsher (al dan niet onder uitdrukkelijke referentie aan grondrechten of meer onbepaalde vrijheden) werden verschaft, voorbijging en het concept daarentegen als vernieuwend fêteerde, ook tegen beter weten in. Het was de doctrine die haar promotie verzorgde en het, daarbij geen hyperbolen schuwende, tot disproportionele proporties bracht. Wat typeerde was en is daarbij een steeds verder gaande abstrahering van de wortels en de werkelijke rechtspraak evenals een overdreven, kunstmatig *air* van complexiteit.

Illustraties van het eerste aspect zijn diepgravend en manifest. Het gaat dan niet enkel om het feit dat bijvoorbeeld de Nederlandse, Belgische en Franse doctrine uiteindelijk tegenover het inzicht staan dat wat ze tot een ingewikkeld rechtstheoretisch *summum* trachten te verheffen, in de rechtspraak reeds zonder uitwijdingen en merkbare aarzeling had plaatsgevonden, maar evenzeer de specifiek Duitse variant daarop waarbij de Weimarse antecedenten in vergetelheid worden gestort en geheel deze periode daarentegen wordt ingepast in een immer polariserende voorstelling waar voor nuanceringen geen plaats overbleef en Weimar als afschrikbeeld achterblijft terwijl het juist als springplank naartoe derdenwerking diende, of de Zwitserse inversie van art. 27-28 ZGB, welke bepalingen eertijds als inspiratiebron golden voor de algehele suprematie van fundamentele waarden en daarmee juist een theorie als *Drittwirkung* (grotendeels) overbodig maakten,[297] maar heden (als ware het een juridische patricide) tot portaal voor doorwerking van grondrechten zijn gedegradeerd.

Illustraties van het tweede aspect zijn eerder detaillistisch, maar daarom niet minder significant. Het gaat daarbij om de veelvoorkomende teneur het leerstuk meer omstreden, *ergo* baanbrekender, voor te stellen dan het is, zelfs in landen waar enige resistentie slechts kan worden bespeurd met hulp van

---

Distanzierung von Geisteshaltung eines wertfreien Gesetzespositivismus"' (mijn cursivering)).

296 Zie o.a. Duitsland (*cf.* o.a. Limbach 2000, p. 159-160); Italië (*cf.* Gambaro 1998, p. 176-177, zie tevens p. 172); Portugal (Pereira da Silva 1987, p. 262-265).

297 *Cf.* o.a. Rensmann 2007, p. 75-76.

spreekwoordelijk vergrootglas.[298] Evengoed wordt de eigen nationale verdienste, vooruitstrevendheid daarbij uitvergroot, als eenzame voorvechter in de frontlinie naartoe een juridisch Arcadia.[299]

2.4 CONCLUSIE

Horizontale werking is als fenomeen volgroeid binnen de onzekerheid en sfeer van morele blamage die het Duitse naoorlogse rechtsdenken kenmerkte. Daarin vond zij haar voedingsbodem en was ze, wegens haar deelachtigheid aan de verhevenheid die van fundamentele rechten uitgaat, tegelijk excellent respondent: absolute werking van grondrechten als antwoord op misstanden uit het verleden.[300]

Het was de eerste maal dat totalitaire demonen aldus uitgedreven werden, maar het zou al snel een 20e eeuwse juridische wetmatigheid blijken, een natuurlijke dynamiek die zich evenzeer manifesteerde in aanverwante situaties

298 Zo onder andere merken de Zwitserse auteurs Häfelin & Haller *anno* 1984 dat omstreden is of grondrechten tussen private personen werken (Häfelin & Haller 1984, p. 328, nr. 1100) terwijl op dat ogenblik bijna nergens dan in Zwitserland de doctrinaire eensgezindheid zo groot is dat dit inderdaad het geval is, het principe reeds was erkend binnen de rechtspraak, neergelegd was in enkele der deelstatelijke Constituties en de opportuniteit van een expliciete federale grondwetsbepaling werd besproken. Meer relatief is dan bijvoorbeeld de gelijkluidende assertatie van de Belgische auteur Hendrickx in 1999 (dat 'derdenwerking nog zeer betwist is'; Hendrickx 1999b, p. 20) maar ook aldaar kan op dat moment zeker niet van betekenisvolle weerstand worden gesproken (hoogstens enkele incidentele kritiek), werd het principe vlot toegepast in de rechtspraak (vgl. o.a. Fierens & Wéry 2001, p. 81), staat *anno* 2001 zelfs in de parlementaire stukken te lezen dat de rechtsleer duidelijk positief ten aanzien van het leerstuk staat (Herziening van de Grondwet: Herziening van artikel 23 van de Grondwet ter Waarborging van een recht op communicatie en mobiliteit (voorstel D. Pieters), *Parl. St.* Kamer (België) 1999-2000, nr. 468/1, p. 12) en heet het in diezelfde bronnen in 2007 in letterlijke bewoordingen dat '[h]et idee dat fundamentele rechten en vrijheden geen derdenwerking zouden hebben, is totaal voorbijgestreefd.' (Commissie Institutionele Aangelegenheden 2007, p. 12).

299 Zie bijvoorbeeld Vieira de Andrade 1983, p. 275, voetnoot 43: 'Praticamente, o problema não se põe nos outros países, onde se entende que os direitos fundamentais só valem contra o Estado' (naast de Duitse rechtsleer en het debat in Portugal). Typerend is evenzeer de uitlating van Rivero als hekelende de (beweerde) neiging van Duitsland en Oostenrijk vast te houden aan de traditionele conceptie dat fundamentele rechten in essentie een afweermiddel tegenover de Staat zijn maar deze niet laten gelden in verhoudingen tussen particulieren (Rivero 1982, p. 523).

300 Zie bijvoorbeeld ook LG Hamburg 22 november 1951, 15 O 87/51 (aangehaald in Krüger 1954, p. 369: 'Die Meinung der Bekl., daß die dem Staat ausdrücklich verwehrte Beeinträchtigung von Grundrechten gleichwohl dem einzelnen Staatsburger gestattet sei, ist nach Überzeugung des Gerichts mit dem Sinn eines Grundrechts nicht in Einklang zu bringen, und zwar um so weniger, als gerade das deutsche Volk in der Vergangenheit sehr eindringlich darüber belehrt worden ist, wohin es führt, wenn ein einzelner […] glaubt, die Freiheitsrechte seiner Mitbürger ausschalten zu können'.

als welke zich voordeden in Italië, Japan, Spanje, Portugal en meer recent nog Zuid-Afrika.

Toch vond *Drittwirkung* geleidelijk aan ook doorgang in naties zoals België, Nederland, Zwitserland en Frankrijk waar deze achtergrond ontbrak. Bevreemdend, maar niet onoverkomelijk, want wat met name de drijvende kracht achter deze evolutie bleek was nieuwgezinde doctrine die min of meer tot eigen verbazing vaststellen moest dat wat door hen als modern werd gepresenteerd in de eigen jurisprudentie reeds lang voorheen vanzelfsprekend werd geacht. Verbazingwekkend genoeg blijkt dat echter een inzicht dat steeds weer opnieuw verworven dient te worden, getuige daarvan de meeste contemporaine publicaties die ook heden begeesterd de *Umwertung aller Werten* uitroepen vanwege een figuur die zich reeds bijna anderhalve eeuw geleden in haar meest rigide verschijningsvorm voordeed.

Het is echter in het licht van deze jurisprudentie dat ook vragen rijzen bij de maagdelijkheid terzake van landen waarin *Drittwirkung* een historisch geïnspireerde antithese uitmaakte. En deze vragen blijken, enkel reeds bij studie van moederland Duitsland waar *Drittwirkung* naar algemeen verhaald wordt plots opdook aanvang jaren vijftig, zonder meer legitiem: niet enkel was het kernconcept reeds onder de doctrine van de Weimarrepubliek vertegenwoordigd, maar stond het voor bepaalde fundamentele rechten zelfs expliciet in de toenmalige grondwet ingeschreven en verkreeg het aldus ook jurisprudentiële toepassing. Kortom, wat na de oorlog plaats greep was geen juridische revolutie maar een voornamelijk retorisch geïnspireerde voortzetting van een voorheen geïnitieerde ontwikkeling: pas het verlangen zich tegen het bezoedel(en)de verleden af te zetten (eventueel het in de onzekerheid van de *Nachkriegszeit* aangevoelde verlangen zich op kernwaarden te heroriënteren) gaf de doorslag, een these die des te duidelijker blijkt uit oorspronkelijke *Drittwirkung*-jurisprudentie waar voorheen vaststaande privaatrechtelijke rechtspraak opeens zonder verdere alteratie in fundamenteelrechtelijke termen werd geformuleerd.

En dit alles roept vragen op naar de huidige betekenis van *Drittwirkung*. Naar de betekenis ervan voor hedendaagse reguliere, stabiele rechtsstelsels. Rechtsstelsels die deze retoriek niet (meer) behoeven.[301] Verdient het in een mythe te blijven ronddwalen omwege haar mythisch zijn en aldus vragen naar kwaliteit en toegevoegde waarde in het ongewisse te laten?

301 *Cf.* Möllers 2005, p. 1978: 'Die heile Welt von Elfes und Lüth, in der Grundrechte als Passepartout gesellschaftlicher Problemlösung dienten, stand der politisch verunsicherten deutschen Nachkriegsgesellschaft besser zu Gesicht als einer modernen Demokratie'. Zie tevens Kahl 2006, p. 592 en verwijzingen aldaar in voetnoot 75.

3 Eenheid en verscheidenheid

Bijna elke zin begon met: Ik stel vast dat …
Vreemd dat iedereen iets anders vaststelde[1]

Horizontale werking lonkt met sirenenzang. Haar aantrekking bestaat uit een gelouterde eenvoud die schittert in termen van *vanzelfsprekendheid*.

In eerste instantie qua *terminologie*, de notie schijnt immers, zo nodig in terugkoppeling aan het vertrouwde concept van verticale werking, onmiddellijk inzichtelijk en laat allerminst ambivalentie vermoeden. In tweede instantie qua *gelding*, aangezien het leerstuk zich presenteert als een logische consequentie van het fundamentele karakter van grondrechtsnormen, dewelke uit hun aard zelf onverkort gelding afdwingen in alle geledingen des rechts. Ten slotte schijnt het evenzeer vanzelfsprekend naar *werking*, want juist het voorgaande postulaat laat geen ruimte voor concessies vanwege rechtsprekende instanties, theoretici of anderen; al het mindere dan belijdenissen van absolute loyauteit zou falen het fundamentele karakter der grondrechten recht te doen.

In werkelijkheid is dit samenspel van eenvoud een gemaskeerde zwakte, want als een oppervlakkige laag glazuur verheelt ze slechts een dieperliggende complexiteit. *La plus belle des ruses du diable est de vous persuader qu'il n'existe pas*.[2] Het voorliggende hoofdstuk doelt deze spanning te duiden.

3.1 Terminologie (horizontale werking omschreven)

Globaal beschouwd heet het concept horizontale werking doorheen Europa voldoende duidelijk te zijn; het betreft de werking van grondrechten tussen private partijen.[3] Niet meer en niet minder.[4] Een nadere precisering wordt

1 P. Verhelst, *Mondschilderingen*, Amsterdam: Prometheus 2002, p. 24.
2 Ch. Baudelaire, *Le Spleen de Paris*.
3 Zie in Nederland, waar dan eerder van 'burgers' i.p.v. 'private partijen' wordt gesproken, bijvoorbeeld Akkermans 1987, p. 21; Akkermans, Bax & Verhey 1999, p. 43; Burkens 1989, p. 166. Zie tevens Biesheuvel 1981, 147. De Graaf & de Haas 1984, p. 1354 schuiven 'iedere vorm van invloed van een grondwettelijk geformuleerd recht van burgers buiten de verhouding burger tegenover de overheid in haar gezagsfunctie' als meest aanvaarde definitie naar voor (in het gebruik van de term 'grondwettelijk geformuleerd recht' dient in deze geen exclusie te worden gelezen ten aanzien van andere fundamentele rechten,

daarbij in de regel overbodig geacht. Toch is deze omschrijving allerminst zo vanzelfsprekend als wordt aangenomen, maar roept ze slechts nadere vragen op. Op zich beschouwd behoort een notie als 'werking' niet eens tot de meest afgelijnde begrippen (en behelst ook deze van 'grondrecht' een zekere vaagheid),[5] doch daarbij komt nog dat voornoemde termen in de doctrine met aanzienlijke soepelheid worden gehanteerd.

Evenwel vangt de diffusie reeds in een preliminair stadium aan. Ook de denominator 'horizontale werking' getuigt immers al van een *a priori* ingenomen perspectief op het leerstuk.

Aanvankelijk werd in de meeste rechtsstelsels de in Duitsland gehanteerde terminologie van *Drittwirkung*[6] overgenomen, eventueel in vertaling.[7] Zo werd in de oudere Nederlandse doctrine overwegend gesproken van derdenwerking.[8] Geleidelijk aan kwam hierop steeds meer kritiek.[9] In Nederland stelde Boesjes[10] reeds in 1973 dat 'horizontale werking' geprefereerd behoorde te

---

zoals neergelegd in internationale documenten, doch valt te begrijpen vanuit de focus van deze publicatie op de grondwetsherziening van 1983).

4 Aangestipt dient evenwel te worden dat deze definitie vanuit progressieve hoek aan zekere kritiek onderworpen wordt. Zie met name de suggestie van Teubner die vanuit een constructieve visie op de traditionele deconstructie van de privaat/publiekrecht-distinctie argumenteert voor een herformulering van horizontale werking als een conflict tussen *'anonymous matrices of communication'* versus specifieke individuen (Teubner 2006, p. 327-346). Dergelijke actie is evenwel onwenselijk. Weliswaar is deze suggestie niet van waarde ontdaan in die zin dat hierdoor onder andere de frequente ontoereikendheid van de traditionele doctrine om complexe inbreuken van fundamentele rechten door transnationale actoren af te straffen aan de kaak wordt gesteld. Echter, met een dergelijke radicaliteit als voorgesteld heeft het plaatsen van deze klemtoon evenzeer een ongewenst vernauwend effect tot gevolg. Daarenboven levert de suggestie ook geen praktische meerwaarde op: zoals Teubner zelf ook deels erkent, maakt deze nadruk niet dat de fundamentele rechten meteen de aangewezen instrumenten worden om dergelijke bijzonder complexe vraagstukken af te handelen.

5 Algemeen erkend gegeven is immers dat, los van dusdanige codificatie, de traditioneel als 'fundamenteel' aangemerkte rechten enkel gemeen hebben het oogmerk menselijke waardigheid te beschermen (o.a. Alkema 1995a, p. 8), welke karakteristiek in principe inherent is aan het rechtssysteem als geheel en bijgevolg onderscheidend vermogen ontbreekt. Vgl. overigens de terechte suggestie van Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 17 alsdat paradoxaal genoeg juist de vertrouwdheid van de westerse wereld met het concept definiëring eerder compliceert.

6 De uitdrukking is ontleend aan H.P. Ipsen (*cf.* Abrantes 2000, p. 59, voetnoot 92; Stern 1988, p. 1513).

7 Zie o.a. hoofdstuk 2, voetnoten 67 en 179. Zie tevens Rensmann 2007, p. 69.

8 Zie bijvoorbeeld Boukema 1966, p. 23-27, p. 140-143, p. 243 *et seq.*; Cluysenaer 1961, p. 235 *et seq.*; Donner 1976, p. 395 *et seq.*; Meuwissen 1967, 388 *et seq.* Daarnaast werden aanvankelijk ook andere benamingen gesuggereerd, zoals 'privaatrechtelijke werking' (geprefereerd door Maris 1969, p. 19 ('omdat zij gebruik maakt van een onderscheid uit de rechtsopvattingen, die aan ons geldende recht ten grondslag liggen' en 'omdat "Drittwirkung" en horizontale werking niet alleen op privaatrechtelijke maar bijv. ook op strafrechtelijke verhoudingen betrekking kunnen hebben'); bekritiseerd door o.a. Drion 1969, p. 588) en 'reflexwerking' (zie voetnoot 24), zonder echter veel succes.

9 Zie meer recent o.a. nog Mak 2008, p. xxviii; Sarlet 2005, p. 200 *et seq.*

10 Boesjes 1973, p. 910-911.

worden wegens de algemeenheid en vaagheid aan de notie 'derdenwerking' inherent: deze laatste zou zowel kunnen geïnterpreteerd worden als het effect van grondrechten in privaatrechtelijke relaties evenals in een meer restrictieve gelding, namelijk als de werking van grondrechten tussen zuiver particulieren.[11] Het is een ietwat verbazende argumentatie aangezien op zich beschouwd 'horizontale werking' niet duidelijker was, ook deze term dekte beide ladingen;[12] slechts doordat de grondwetgever nadien zijn voorkeur tot restrictieve interpretatie van deze notie uitsprak, ontstond dergelijke conventie.[13] Toch was Boesjes' zienswijze significant, met name wegens de invloed welke hij op deze grondwetgever, en daardoor ook op het debat als geheel, heeft gehad.[14] Daarnaast rezen ook andere bezwaren, onder meer dat 'derdenwerking' binnen het privaatrecht reeds in een andere betekenis werd gehanteerd.[15] Meest belangrijk was echter de pragmatische opwerping dat 'horizontale werking' *de primo visu* duidelijker is, onder meer wegens de contrastwerking met de vertrouwde uitdrukking van verticale gelding. Daarenboven werd ook de ondergeschikte connotatie van de noemer derdenwerking, als zou hiermee worden gesuggereerd dat dit effect slechts een supplement van de verticale werking betreft, hinderlijk geacht. Uiteindelijk hebben deze argumenten de doorslag gegeven.

In deze laatste aspecten betoonde de Nederlandse leer zich overigens een weerspiegeling van de Europese teneur. De aanschouwelijkheid[16] en in het bijzonder het feit dat 'derdenwerking' de impressie geeft dat het slechts om een 'aanhangsel', een 'uitvloeisel' van de traditionele, publiekrechtelijke werking van grondrechten gaat (een karakteristiek die wordt gehekeld van Portu-

---

11 Het onderscheid zit dus met name in het al dan niet insluiten van de handelingen van de overheid optredend als private *actor* (zgn. *Fiskalgeltung*); zie tevens voetnoot 13.

12 Zie bijvoorbeeld bij Akkermans & Koekkoek: 'Men kan echter ook letten op de aard van de rechtsverhouding. In deze visie wordt horizontale werking gedefinieerd als de werking van grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Indien een overheidsorgaan optreedt in een privaatrechtelijke hoedanigheid wordt in dat kader wél gesproken van horizontale werking' (Akkermans & Koekkoek 1992, p. 19).

13 Geoordeeld werd dat de overheid in elke relatie die zij met de burger heeft de grondrechten dient te respecteren, dus ook wanneer ze als private *actor* optreedt (zie kritisch ten aanzien van de praktische uitwerking daarvan Vermeulen 1995, p. 25-27), zodat in deze niet aangewezen was van 'horizontale werking' te gewagen (*cf. Kamerstukken II* 1975/76, 13.872, nr. 3, p. 15; zie verder o.a. Akkermans 1987, p. 21-22; Burkens 1989, p. 170-171). Overigens is goed te weten dat dit geen gratuite toegeving is, noch dit uitgangspunt overal gemeen goed. Zo bijvoorbeeld voelt de Zweedse Staat zich, in tegenstelling tot de Nederlandse, enkel gebonden door de grondrechten (zoals neergelegd in hoofdstuk 2 van de *Regeringsformen*) wanneer geageerd wordt via publiek recht, doch niet wanneer ze als private partij contracteert (Cameron 1997, p. 494).

14 *Cf.* § 2.2.4.

15 Zie o.a. Nabben & van de Luijtgaarden 1996, p. 29.

16 O.a. bij de Zwitserse Tschannen 2007, p. 126.

gal[17] tot in Zwitserland)[18] hebben in geheel Europa (en daarbuiten)[19] voor een steeds toenemende populariteit van de notie 'horizontale werking' gezorgd.[20] Heden lijkt deze benaming zelfs, globaal beschouwd, aanspraak op superioriteit te kunnen maken. Het feit dat het vaderland van de contemporaine *lingua franca* zich, in bijzonder sinds de *Human Rights Act 1998* van de term 'horizontal effect' bedient en deze notie verder ook geassocieerd wordt met het immer belangrijke communautair recht[21] kan dit proces alleen maar accumuleren. Voleindigd is het immers allerminst. Duitsland,[22] en Oostenrijk in navolging, blijven (uiteraard) zweren bij *Drittwirkung*,[23] wijl in Franstalige contreien het naar teneur verwante *effet réflexe* nog steeds een zekere (weliswaar uitdovende) aanhang geniet.[24] Trouwens, ook in het Nederlandse taalgebied

17 Zo merken Canotilho & Moreira 1993, p. 147 in vergelijkbare zin op dat de uitdrukkingen *'eficácia externa'* & *'eficácia em relação a terceiros'* afgeschreven dienen te worden als overblijfsels van het liberale paradigma wijl particulieren ten aanzien van de *'direitos, liberdades e garantias'* (zie § 2.2.5, in bijzonder hoofdstuk 2, voetnoot 166) geen derden zijn noch in deze een externe component uitmaken. Zie tevens Pereira da Silva 1987, p. 260.

18 Saladin 1982, p. 310; Saladin 1988, p. 374. Zie tevens Cappel 2006, p. 52 en Müller 1982, p. 79 (aanmerking van 'derdenwerking' als een ongelukkig begrip doch zonder nadere precisering).

19 Zie bijvoorbeeld in de Braziliaanse doctrine de signalisatie van deze terminologiewissel bij Rufino do Vale 2005, p. 59 en de commentaar op *Drittwirkung* en *'eficácia privada'* bij Sarlet 2005, p. 200 (*et seq.*).

20 Anderzijds is ook hierop reeds kritiek geuit. Horizontale werking zou, aldus de Portugese auteur Gonçalves, ten onrechte suggereren dat de private personen steeds op voet van gelijkheid staan; in verscheidene juridische relaties heerst daarentegen een zekere vorm van superioriteit in hoofde van een der contractanten, zodat tussen de betrokkenen in feite een verticale relatie bestaat (Gonçalves 2004, p. 95).

21 *Cf.* o.a. Bin & Pitruzzella 2004, p. 470. Zie tevens voetnoot 24.

22 Zie tevens de opmerking van Diederichsen 1998, p. 202, voetnoot 121 alsdat de titulering 'horizontaal' in de Duitse leer 'vollends unbrauchbar [ist] wenn man die Grundrechtsgeltung im Zivilrecht über Art. 1 Abs. 3 GG durchsetzt' (m.b.t. Art. 1 Abs. 3 GG zie hoofdstuk 2, voetnoot 53).

23 Zoals de Zwitserse kritiek (*cf.* voetnoot 18) aantoont zou incorrect zijn deze suprematie van *Drittwirkung* te vereenzelvigen met het gehele Duitse taalgebied.

24 Zie o.a. de verwijzing van de Franse auteurs Pauliat & Saint-James 2001, p. 77 (in referentie aan de Belgische auteur Rigaux) naar *effet réflexe* als synoniem van de door hen overwegend gehanteerde term *effet horizontal* en wat Zwitserland betreft de kritiek van Besson 1999, p. 247 ('Il ne s'agit donc pas d'un simple effet réflexe, comme son nom semble l'indiquer, mais bien d'un rayonnement du noyau des droits fondamentaux'). Ook in de Belgische Franstalige doctrine blijft de term hangen, zo o.a. Fierens & Wéry 2001, p. 81 *et seq.* (verwijzing naar *effet réflexe* als synoniem van *effet horizontal*); Rigaux 1990, p. 674 *et seq.* (gebruik van *effet réflexe*, *Drittwirkung* en een enkele maal *effet horizontal*); Rigaux 1992, p. 216 *et seq.* (*effet horizontal*, wijl *effet réflexe* of *Drittwirkung* als synoniem worden geduid) (vgl. anderzijds Delpérée 2000, p. 279 (exclusief gebruik van *Drittwirkung*)). Opvallend is evenwel dat in het kader van het EVRM bijna consistent *effet horizontal* wordt gehanteerd (zo o.a. Bruneau 2005, nr. 77 *et seq.*; Moutel 2006, nr. 6 *et seq.*; Van Drooghenbroeck 1999, p. 208 *et seq.*). Overigens is de term 'reflexwerking' ook in het Nederlandse debat geïntroduceerd geweest, echter zonder ruime aanhang te verwerven en om uiteindelijk finaal te worden afgevoerd middels de kritiek van de grondwetgever, gelijkluidend als ten aanzien van 'derdenwerking', alsdat de notie suggereren zou dat het desbetreffende

zet deze evolutie zich onderscheiden door, zo valt op dat 'derdenwerking' in Nederland reeds geruime tijd in onbruik is vervallen,[25] terwijl in Vlaanderen de term voorlopig nog steeds frequent, zelfs in overheersende mate gehanteerd wordt,[26] en slechts in meest recente publicaties aldaar een werkelijke kentering ten voordele van 'horizontale werking' te bespeuren valt.[27]

---

effect slechts een derivaat van de verticale gelding uitmaakt (*cf.* o.a. Akkermans, Bax & Verhey 1999, p. 44).

25 Zie bijvoorbeeld Akkermans 1995, p. 51 (*et seq.*) (Algemeen gebruik van de notie 'horizontale werking' en slechts een enkele maal 'derdenwerking' zonder dat enige verduidelijking t.a.v. deze laatste term werd verstrekt (in 1987 stelde Akkermans nog dat derdenwerking 'vaak' als synoniem werd gehanteerd, maar opteerde zelf, in het licht van de regeringsopvatting van 1983, voor 'horizontale werking' (Akkermans 1987, p. 22))); De Graaf & De Haas 1984, p. 1354 (Welke 'derdenwerking' vermelden maar expliciet opteren voor 'horizontale werking'); Verhey 1992a (Gebruik van 'horizontale werking' met een enkele uitzondering (namelijk te p. 37 waar gerefereerd wordt aan de parlementaire stukken waarin deze term wordt gehanteerd)); Verhulp 1999, p. 15 *et seq.* (in bijzonder p. 16) (Continu gebruik van de notie 'horizontale werking' met evenwel de opmerking dat 'derdenwerking' als synoniem geldt). Zie evenwel Martha 1994 waar nog overwegend van derdenwerking wordt gesproken.

26 Coene 1982, p. 315; Colaes 1982, p. 245 *et seq.*; Laenens 1982, p. 284 *et seq.*; Van Oevelen 1982a, p. 103 *et seq.* & Van Oevelen 1982b, p. 424; Willekens 1982, p. 350 *et seq.* hanteren exclusief 'derdenwerking'. Andere publicaties maken in overwegende mate gebruik van deze notie, doch onder vermelding van synoniemen zo o.a. Alen 1995, p. 504-505 (met vermelding van 'horizontale werking' en *Drittwirkung* als synoniem); Boulart 2003, p. 1602 (derdenwerking of *Drittwirkung*); De Ly 1992, p. 1143-1144 (met verwijzing naar 'rechtstreekse, directe, absolute, *erga omnes* [werking] van grondrechten' als synoniemen); Dirix 1982, 40 *et seq.* (derdenwerking, *Drittwirkung* met incidenteel een verwijzing naar horizontale werking als synoniem (o.a. p. 39 & 40)); Laenens, Broeckx & Scheers 2004, p. 46 (naast vermelding tussen haakjes van *'effet horizontal des droits fondamentaux'* en *Drittwirkung*); Mast & Dujardin 1983, p. 439 (referentie aan Drittwirkung als synoniem); Plets 1999-00, p. 735 ('derdenwerking of horizontale werking'); Rauws & Schyvens 1982, p. 178 *et seq.* (derdenwerking en privaatrechtelijke werking met verwijzing naar Drittwirkung, horizontale werking en civielrechtelijke werking als synoniemen); Verstegen 1991, p. 203 (met verwijzing naar horizontale werking als synoniem); zie verder tevens de parlementaire stukken als o.a. Commissie Institutionele Aangelegenheden 2007, p. 12; Herziening van de Grondwet: Herziening van artikel 23 van de Grondwet ter Waarborging van een recht op communicatie en mobiliteit (voorstel D. Pieters), *Parl. St.* Kamer (België) 1999-2000, nr. 468/1, p. 12; Werkgroep Titel II Grondwet 2006, p. 121, 131. Nochtans ontkomt ook hier de notie 'derdenwerking' niet aan kritiek, zo beklaagt Guldix zich, zonder nadere precisering, over deze 'gebruikelijke maar minder gelukkige' vertaling (Guldix 1986, p. 176) en ook Rimanque & Peeters tonen zich niet onverdeeld tevreden ('Wij stellen de duidelijkheid van de notie "derdenwerking" in vraag' (Rimanque & Peeters 1982, p. 12)) maar dan wel op basis van een argumentatie die aan de essentie van het leerstuk lijkt voorbij te gaan ('De eerbiediging van de grondrechten tussen private personen wordt immers in vrij belangrijke mate verzekerd langs strafrechtelijke weg of middels wetsbepalingen die niet de verhouding openbaar gezag – privaat persoon regelen. Niet alle positiefrechtelijke normen die een grondrecht omschrijven of het gestalte geven in een specifieke rechtsverhouding zijn dus op deze verticale verhouding gericht' (*ibid.*)).

27 De Boeck 2003, p. 423-424 (naast reflexwerking als synoniem voor indirecte werking); De Corte 2003, p. 801 *et seq.* (exclusief); Velaers 2003b, (289), 291 *et seq.* (exclusief). Zie tevens reeds Van Heuven 1990, p. 595 (exclusief).

De betekenis van deze vaststellingen rust hierin dat met de terminologiewissel het leerstuk ook een emancipatie ondergaat; de subalterne connotatie verbonden aan derden- of reflexwerking verdwijnt. De gelding van grondrechten in de verhouding tussen particulieren wordt gepromoveerd tot een gelijkwaardige en niet slechts ondergeschikte component in de *modus operandi* der grondrechten. Tegelijk leidt dit ook tot een onthechting van traditionele theorievorming rond grondrechten, die immers tot de verticale sfeer behoort, en een terugtred van aan staatsverantwoordelijkheid gelieerde denkpatronen, in die zin dat de vraagstelling naar de plaats van de rechter in het constitutionele bestel, diens plicht en bevoegdheid tot het effectueren van grondrechten waarvan de Staat de bescherming op zich heeft genomen en de actieradius dezer die daarvan afhankelijk is, minder pertinent wordt.[28] Kortom, de gehanteerde terminologie, hoewel in principe beschouwd als synoniemen, *alike in dignity*, determineert een onderscheiden perspectief op het leerstuk.[29] Doctrinaire beschouwingen dragen het stempel van de gehanteerde terminologie en een onvoldoende besef daarvan werkt nefast op de interactie aangezien ten onrechte van een overeenstemming in probleemstelling of referentiekader wordt uitgegaan. Samengevat staat connotatie onvermoed voor miscommunicatie in het debat.

Dit punt mag echter een insignificant detail heten in vergelijking met de inhoudelijke spraakverwarring welke deze terminologie toedekt. Zoals voorheen reeds aangestipt is een omschrijving in termen van 'werking'[30] en, betreurenswaardig genoeg, 'grondrechten' nauwelijks verhelderend wanneer hieraan geen nadere precisering wordt verschaft, hetwelk in praktijk haast nimmer geschiedt.

3.1.1 Grondrecht

Op de keper beschouwd lijkt de notie grondrecht in deze voldoende vanzelfsprekend om geen omschrijving te behoeven. In polemische discussie aangaande ideële, naturalistische of anderswijze non-formele begripsafbakening hoeft

28 Hoewel dit laatste effect ten dele teniet wordt gedaan doordat de term ook door staatsrechtskundigen, die het leerstuk op een andere manier dan de hier gehanteerde civilistische invalshoek benaderen, wordt gehanteerd, en meestal in terugkoppeling aan het EVRM en in bijzonder aan het *positive obligations* theorema, zodat aldus juist opnieuw de plicht van Staat en rechter tot effectuering van de grondrechten en de vraag in hoeverre hun taak daarin reikt op de voorgrond treedt, eerder dan de draagwijdte van grondrechten in concrete intersubjectieve relaties.

29 In dergelijke zin tevens Abrantes 2000, p. 59, voetnoot 93.

30 Zie tevens De Lange 1994a, p. 35; De Lange 1994b, p. 265.

een analyse van horizontale werking immers niet te treden,[31] centraal gegeven in het gehele proces van constitutionalisering zijnde de invasie van *positieve* publiekrechtelijke normen op het privaatrechtelijke grondgebied, *niet een eenvoudige terugkoppeling van (privaat)recht aan louter ethische of morele waarden*. Bijgevolg definieert de problematiek eigenhandig grondrechten als normen die als dusdanig in de constitutie of aanverwante publiekrechtelijke documenten van gelijkaardige strekking, zoals het EVRM, zijn neergelegd. Dit manifesteert zich als een imperatief en evident uitgangspunt naartoe iedere auteur met de neiging zich over het onderwerp uit te spreken.[32] Deze vooronderstelling blijkt echter niet conform de realiteit.

Zo aarzelen sommige auteurs in hun enthousiasme voor deze rechtsfiguur niet om een breed scala aan burgerlijke rechtsgedingen waarin geredetwist wordt rond fundamentele waarden *zonder dat hierin evenwel gerefereerd wordt aan gecodificeerde grondrechten* aan te merken als zijnde rechtspraak met horizontale werking.[33] Een wrange bijkomstigheid is dat de aldus artificieel opgedre-

---

31 Hanteert met toch een dergelijk open uitgangspunt, dan kan een studie *a priori* op niets anders dan nuloperatie uitdraaien. Illustratief is bijvoorbeeld het preadvies 'Burgerlijk recht en grondrechten: "Een integratieve benadering"' van Elders waarin middels een alomvattende omschrijving alsdat '[g]rondrechten mogen niet worden vereenzelvigd met de in de grondwet of in verdragen opgenomen specifieke rechten, maar het zijn juridische kernbegrippen min of meer nauw verbonden met algemene rechtsbeginselen die op alle rechtsgebieden toepasbaar zijn', aan de gehele problematiek of zelfs maar het specifieke karakter van horizontale werking per definitie wordt voorbijgegaan en uiteraard als conclusie dan maar weinig anders volgen kan dan dat 'het onderscheid tussen horizontale of verticale werking, dan wel tussen rechtstreekse of indirecte werking bij een groot aantal grondrechten weinig zinvol [is]' (Elders 1986, p. 36).

32 Overigens geldt dit algemeen, ophemeling van andere rechten tot 'grondrechten' geeft niet enkel te vrezen voor verwarring rond dit begrip zelf, maar tevens ten aanzien van alle rechtsvragen die hieraan gelieerd zijn, daarbij temidden van een ruime verzameling onder meer inbegrepen derdenwerking (o.a. Rijnen 1982, p. 507).

33 Hoogst illustratief is de traditionele referentie aan Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331 (zie *supra* § 2.2.4). Het is echter geen euvel waar enkel de Nederlandse doctrine mee te kampen heeft, de Belgische bijvoorbeeld blijkt er evenzeer in aanzienlijke mate door te worden gecontamineerd. Uit een overvloed aan illustraties kan onder meer verwezen worden naar de summiere studie aangaande 'de gelding van fundamentele rechten en vrijheden in de betrekkingen tussen private personen naar Belgisch recht' (Rimanque 1974) waarin de auteur o.a. refereert aan Rb. Brussel 24 mei 1910, *J.T.* 1910, kol. 680; Hof Gent 6 november 1911, *Pas.* 1912, II, 12; Rb. Tongeren 7 juni 1935, *Pas.* 1936, III, 148; Rb. Brussel 29 oktober 1946, *J.T.* 1947, 134; Hof Gent 31 januari 1947, *R.W.* 1948-49, kol. 627; Rb. Luik 7 december 1949, *Jur. Liège* 1950, 164; Rb. Brussel 15 april 1955, *Pas.* 1956, III, 58; HRb. Brussel 15 oktober 1957, *J.T.* 1958, 43 terwijl hierin in feite helemaal geen grondrechten gehanteerd worden, enkel gaat het om litigaties waarin 'fundamentele' belangen aan de orde zijn (echtscheidingen, weigering tot kerkelijk huwelijk, onrechtmatige perspublicaties, portretrecht *etc.*). Slechts in een minderheid der aangereikte voorbeelden fungeren grondrechten (o.a. Rb. Dinant 14 februari 1907, *Pas.* 1907, III, 201 & Hof Luik 5 mei 1909, *Pas.* 1909, II, 219 (zie hoofdstuk 2, voetnoot 186)), maar dan weer niet steeds in een volkomen zuiver horizontale applicatie (Rb. Luik 9 januari 1947, *J.T.* 1947, 246 & Hof Luik 31 maart 1949, *J.T.* 1949, 409 alwaar toenmalig art. 14 Constitutie, vrijheid van religie, de rechter verhindert op instigatie van de 'Culte Antoniste', een dissident te bevelen zich niet langer

ven hoeveelheid horizontale rechtspraak occasioneel ook nog eens gehanteerd wordt als een (weliswaar zwak) argument ten voordele van deze rechtsfiguur: het schiere aantal zou het debat aangaande obsoleet maken.[34] Deze kunstgreep is echter ook *in se* een dubieuze tactiek: ofwel treedt men hierdoor buiten het traditionele kader van constitutionalisering in die zin dat men geen interesse meer vertoont voor de vraagstelling in hoeverre grondrechten uit het publiekrecht doorwerken in het privaatrecht en is de ambitie slechts aan te tonen dat fundamentele waarden een rol spelen in het privaatrecht, wat allerminst als een schokbarende onthulling kan worden beschouwd en wat, in weerwil van de beoogde doelstellingen van dergelijke publicaties, dan juist een illustratie vormt van het feit dat het leerstuk der horizontale werking in zijn essentie beschouwd in feite weinig nieuws brengt voor het privaatrecht, ofwel blijft men trouw aan deze vraagstelling doch is men impliciet zo boud te beweren dat het burgerlijk recht *in se* waarde*n*loos is.[35] Zelfs eufemistisch gesteld is de wetenschappelijke waarde van dergelijke betogen gering. Het summum der assimilatiedrang vormen ze echter allerminst. In meer radicale versie worden immers ook gedingen waarbij bijvoorbeeld overwegingen terzake contractsvrijheid of testeervrijheid de twistappel uitmaken als rechtspraak met horizontale werking bestempeld.[36] Het vraagstuk van constitutionalisering wordt hier volledig over boord gegooid. Contracts- en testeervrijheid kennen in de regel als dusdanig immers geen expressie in de (publiekrechtelijke)

voor te stellen of te handelen als bedienaar van dergelijke tempel; Rb. Verviers 16 juni 1952, *J.T.* 1952, 642 m.b.t. getrapte aansprakelijkheid perspublicaties (art. 18 oud, actueel 25)) of wordt zelfs maar (vluchtig) naar juridisch erkende 'libertés' (zonder dat wordt teruggekoppeld aan de Grondwet) verwezen (Hof Brussel 17 juli 1889, *Pas.* 1889, II, 408 ('Attendu que le premier juge invoque vainement encore les principes de la liberté de conscience suivant lesquels aucune cérémonie religieuse n'est exigée par la loi pour la validité du mariage; que, s'il peut résulter de ces principes que l'absence de célébration religieuse ne constitue point une cause de nullité du mariage, il n'en résulte pas qu'elle ne puisse pas, suivant les circonstances, être invoquée comme cause de divorce'); Hof Brussel 7 maart 1953, *Pas.* 1954, II, 27 (liberté de la presse)). Wel sluit dit aan bij de m.i. correcte conclusie van deze auteur dat de Belgische magistraat hier geen vertrekpunt vindt in een 'leerstellig beginsel', maar enkel ageert vanuit een vanzelfsprekend recht- en mensbeeld waarvan fundamentele rechten niet meer dan explicaties zijn (*cf.* p. 282-283).

34 Zie § 3.2.

35 Immers, men gaat dan uit van de veronderstelling dat deze waarden niet inherent aan het privaatrecht zelf kunnen zijn. Bestempelt men deze zaken als horizontale werking dan impliceert dit immers dat men aanneemt dat de rechter deze waarden stilzwijgend onttrekt aan de publiekrechtelijke grondrechten.

36 Blijft men consistent dan dient men volgens deze opvatting te erkennen dat horizontale werking van grondrechten plaats vond vooraleer fundamentele waarden zelfs maar in een grondrechtencatalogus gecodificeerd werden (*cf.* o.a. Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland 13 december 1747 (waarin een testamentaire voorwaarde niet van religie te veranderen nietig werd geacht (en waarin dus duidelijk een collisie tussen testeervrijheid en vrijheid van religie kan gelezen worden, zie aangaande deze problematiek, in bijzonder in het kader van horizontale werking, De Vos 2008, p. 801 *et seq.*)).

grondrechtencatalogus.[37] Door middel van dergelijke referenties reduceert men uiteindelijk onbedoeld het vraagstuk rond horizontale werking tot een inhoudsloze schelp. Wat is binnen het kader van constitutionalisering immers het nut van het dusdanig oprekken van de definitie van grondrechten (en bijgevolg ook horizontale werking) zodat men hieronder niet enkel de rechten erkent die als dusdanig in nationale of internationale rechtsdocumenten zijn neergelegd, doch alle beginselen die het recht dient te beschermen tot vrijwaring van de menselijke waardigheid? Teneinde hieruit de conclusie te onttrekken dat horizontale werking overal doorheen het privaatrecht massaal vertegenwoordigd is terwijl men vooraf reeds elke mogelijke waarde aan deze bewering heeft ontnomen door deze term uit te hollen door elk in rekening nemen van fundamentele waarden onder deze bannier te scharen? Meent men dat de conclusie dat privaatrecht (toch) niet waardenvrij is een schokkende openbaring? Of is het een twijfelachtige poging om het privaatrecht deelachtig te maken aan de mandorla van gezag en waardering die grondrechten omkranst? Minstens stemt reeds het louter bestaan van deze opties tot ontnuchtering.

Anderzijds blijft ook zonder dergelijke misgrepen, en dus zuiver binnen het kader van erkende catalogi, een ruime interpretatiemarge bestaan van wat *in concreto* als grondrechten behoren te worden beschouwd. Factoren die daarbij (kunnen) spelen zijn onder meer dat de Constitutie, zoals de Spaanse,[38] zelf

---

37 Zelfs waar dit wel het geval is, zoals de voorzichtige huldiging van contractsvrijheid in art. 152 van de Weimar Constitutie ('Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze') of de aanzet tot erkenning van testeervrijheid zoals die wordt gelezen in art. 14 van de huidige Duitse grondwet, doet dit niets af aan hun karakter van meest manifeste onderliggende waarden in het contract- respectievelijk erfrecht, welke *in se* aan het publiekrecht vreemd zijn. Anderzijds lijkt wel een tendens waarneembaar waarin contractsvrijheid steeds meer aanspraak begint te maken op deze noemer. Vergelijk in deze onder meer de Franse situatie. Hoewel Cons. const. 13 januari 2003, *Gaz. Pal.* 17 januari 2003, p. 2 proclameert 'que le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle; que sa méconnaissance ne peut pas être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis' (wel lijkt het Cons. const. dit uitgangspunt in latere jurisprudentie met soepelheid toe te passen *cf.* Mathieu-Izorche 2004, p. 634) en voorheen reeds werd gesteld 'qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle' (Cons. const. 3 augustus 1994 (nr. 94-348), *JORF* 6 augustus 1994, p. 11482) is de heersende conclusie wel dat contractsvrijheid uiteindelijk een zekere inschaling binnen een vaag constitutioneel normenstelsel geniet, zij het (voorlopig) zonder concrete gevolgen (*cf.* Mathieu-Izorche 2004, p. 646, nr. 860: 'Certes, la liberté contractuelle n'a pas encore clairement acquis le statut de principe fondamental au sens du droit constitutionnel'; Rouhette 1998, p. 33: 'La liberté contractuelle a donc un statut constitutionnel fragile'; Duffy 2006, p. 1600: 'La liberté contractuelle peut désormais être rangée au rang des libertés fondamentales consacrées par le juge constitutionnel').

38 In eerste instantie kunnen als grondrechten bestempeld worden al deze opgesomd in Titel I (art. 10-55) der grondwet, welke de overeenkomstige hoofding 'De los derechos y deberes fundamentales' draagt (zo o.a. Freixes Sanjuán 1992, p. 102 *et seq.*). In de regel wordt echter een meer restrictieve opvatting gehuldigd. Voornoemde Titel I bevat een autonoom artikel

een enigmatisch onderscheid tussen de opgesomde rechten behelst, of, zoals de Italiaanse,[39] door middel van een terminologiewissel mogelijk op verwarring aanstuurt. De meest prominente oorzaak schuilt echter in de omgang met de catalogus als een niet hermetisch gesloten, exhaustieve opsomming, maar als 'levend' instrument vatbaar voor expansieve interpretatie of zelfs als eerder indicatieve inventaris. Enkele Constituties, zoals bijvoorbeeld de Portugese,

10 (m.b.t. menselijke waardigheid (zie hoofdstuk 2, voetnoot 171)) en daarnaast vijf onderscheiden hoofdstukken met als belangrijkste het IIe, 'Derechos y libertades' (art. 14-38) en het IIIe, 'De los principios rectores de la política social y económica' (art. 39-52). Naar een deel der doctrine dienen enkel de in deze twee hoofdstukken opgesomde rechten als de werkelijke grondrechten te worden aangemerkt, een ander, omvangrijker deel is terughoudender en weerhoudt slechts Hoofdstuk II als mogelijke bron, zonder evenwel eenstemmigheid aangaande te bereiken. Eventueel gaat het om geheel dit hoofdstuk (in deze zin Brage Camazano 2006, p. 543), anders wordt ook hierin nog een onderscheid gemaakt. Hoofdstuk II bevat namelijk een alleenstaand artikel 14 (m.b.t. gelijkheid en non-discriminatie) en daarnaast twee onderscheiden secties, het eerste getiteld 'De los derechos fundamentales y de las libertades públicas' (art. 15-29) en het tweede 'De los derechos y deberes de los ciudadanos' (art. 30-38). Sommige auteurs beschouwen enkel de eerste sectie als de daadwerkelijke grondrechten, anderen sluiten hierbij ook art. 14 evenals een deel van art. 30 in. Deze laatste optie is het gevolg van de omschrijving van art. 53.2 die de mogelijkheid tot *recurso de amparo* (individuele klacht bij het Constitutioneel Hof, zie tevens voetnoot 207), benevens kortgedingprocedure voor de traditionele rechtbanken, voorbehoudt aan voornoemde verzameling grondrechtsartikelen ('Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1 del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30'), de eerste koppelt terug aan art. 80.1 welke voorziet dat wetgeving betreffende de implementatie van de 'derechos fundamentales y de las libertades públicas' dient te geschieden bij 'ley orgánica' hetwelk bij stemming over de wet in diens totaliteit een absolute meerderheid in het *Congreso de los Diputados* (het lagerhuis van het Spaanse Parlement) vereist, terwijl art. 53.1 m.b.t. het gehele Hoofdstuk II slechts spreekt van een reguliere wet, kortom aan het onderscheid ligt een sterkere vergrendeling ten aanzien van het wetgevend proces, en dus in bescherming, ten grondslag. Opgemerkt dient te worden dat ook onder dit laatste regime eventueel art. 14 inbegrepen wordt, zodat beide meest restrictieve visies dan uiteindelijk weer zo goed als overlappen. Een belangrijk gevolg van deze restrictie tot sectie I (eventueel met inclusie van art. 14 en deels art. 30), welke blijkbaar ook de opvatting van het *Tribunal Constitucional* is (*cf.* Brage Camazano 2006, p. 543), is dat hierdoor een aantal nochtans traditioneel als behoorlijk fundamenteel geachte rechten, zoals het recht te huwen (art. 32.1), het recht op eigendom (art. 33.1) en het principe van arbeidsvrijheid (art. 35.1), van deze kwalificatie worden uitgesloten. Zie m.b.t. de onzekerheid in het Spaanse rechtssysteem omtrent 'derechos fundamentales' verder o.a. Llamas 1994, 699 *et seq.*; Bon 1985, p. 240-243.

39 De Italiaanse grondwet gewaagt in de regel van *diritti inviolabili dell'uomo*, een enkele maal wordt echter gesproken van *diritto fondamentale* namelijk in art. 32 m.b.t. het recht op gezondheid. Dit voorbeeld is evenwel theoretisch in die zin dat noch de doctrine, noch het Constitutioneel Hof hieraan enig onderscheid toekennen en evenzeer beide benamingen door elkaar hanteren (zie o.a. Nießen 2005, p. 126).

wijzen door het gebruik van dusdanige open normen zelf in deze richting.[40] Voornamelijk wordt deze perceptie evenwel bewerkstelligd door rechterlijk activisme. Zo wordt bijvoorbeeld in Italië, in strijd met oudere interpretatie,[41] art. 2 Constitutie steeds meer gehanteerd als een bron tot erkenning van fundamentele rechten[42] (althans *diritti inviolabili*)[43] die als zodanig niet in

40 Art. 16.1: 'Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis […]' en art 17 'O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga'. Wel dienen deze analoge rechten naar heersende opvatting alvast een aanknopingspunt in de grondwet te hebben, in eerste plaats betreft deze referentie dan ook een verwijzing naar de rechten in titel III ('Direitos e deveres económicos, sociais e culturais' (welke in de regel geen horizontale werking worden toegedacht)). Anderzijds worden als fundamentele rechten in de zin van deze bepalingen evenzeer beschouwd het algemeen persoonlijkheidsrecht van art. 70 CC, het recht op eigen naam van art 72 CC en het recht op afbeelding van art. 72 *Código Civil* (welke evenwel, in bijzonder sinds de grondwetswijziging van 1989, deels neergelegd zijn in art. 26 (vgl. art. 33 Constitutie 1976)) en kan tevens worden verwezen naar art. 483 CC, m.b.t. recht op schadevergoeding.

41 Zo huldigde het Corte Costituzionale tot midden jaren tachtig overwegend de opvatting dat art. 2 slechts een inleiding, een samenvatting vormde van de constitutionele grondrechtencatalogus. Zie onder meer Corte Cost. 22 maart 1962 (nr. 29/1962), *GU* 27 maart 1962; Corte Cost. 10 december 1975 (nr. 238/1975), *GU* 24 december 1975 ('l'art. 2 si limita a proclamare in via generale l'inderogabile valore di quei diritti che formano il patrimonio inalienabile della persona umana'); Corte Cost. 12 maart 1976 (nr. 57/1976), *GU* 31 maart 1976 ('tale norma, nel garantire i diritti dell'uomo in genere, necessariamente si riporta alle norme successive in cui tali diritti sono particolarmente presi in considerazione: per cui, una volta esclusa la violazione di tali specifiche garanzie, il generico richiamo all'art. 2 Cost., formulato dal giudice a quo senza ulteriori riferimenti ad altri diritti fondamentali eventualmente lesi oltre quelli specificamente posti in evidenza nella ordinanza di rinvio, rimane senza rilievo ai fini del presente giudizio di leggittimità costituzionale'); Corte Cost. 16 december 1980 (nr. 188/1980), *GU* 31 december 1980; Corte Cost. 7 juli 1987 (nr. 283/1987), *GU* 26 augustus 1987 ('Questa Corte, con numerose decisioni, ha affermato che l'art. 2 della Costituzione, nel tutelare i diritti inviolabili dell'uomo in via generale, si riferisce a diritti garantiti specificamente in altre norme della Costituzione […] e che, esclusa la violazione della norma della Costituzione che tutela specificamente ogni singolo diritto inviolabile, è automaticamente esclusa anche la violazione dell'art. 2'). Anders klinkt het (eerder) impliciet reeds in Corte Cost. 5 april 1973 (nr. 38/1973), *GU* 18 april 1973 (waar onder meer in art. 2 erkenning van het recht op waardigheid, eer, verantwoordelijkheid, discretie, intimiteit en reputatie (kortweg privacy) wordt gelezen) of meer expliciet in het vaak geciteerde Corte Cost. 10 december 1987 (nr. 561/1987), *GU* 23 december 1987 waar het recht op seksuele vrijheid 'als dermate essentiële wijze van menselijke expressie' erkend wordt in referentie aan art. 2 Constitutie (zie evenwel kritisch terzake deze laatste referentie Bin & Pitruzzella 2000, p. 480). Aldus concludeerde Zagrebelsky 1982, p. 311 (waar evenzeer een reeks voorbeelden, andere dan de hier verschafte, wordt gegeven te p. 309-311) dan ook dat deze rechtspraak in plaats van verheldering eerder ambiguïteit in de hand werkt en aldus het risico loopt de impressie te creëren dat constitutionele jurisprudentie pretoriaans of zelfs volkomen arbitrair van aard is.

42 M.b.t. de doctrinaire verdeeldheid aangaande zie o.a. Nießen 2005, 130-132 & 136-138; Zagrebelsky 1982, p. 306-308.

43 Zie voetnoot 39.

de grondwet staan.[44] Tot een volledig open clausule, een portaal tot ongelimiteerde incorporatie van 'nieuwe' fundamentele rechten (met identieke bescherming als de gecodificeerde grondrechten),[45] of tot erkenning van een werkelijk algemeen persoonlijkheidsrecht[46] is het – bepaalde rechtsleer ten spijt – voorlsnog niet gekomen. In de regel (alhoewel erkend dient te worden dat deze stelling op zijn minst gesteld omstreden is) beperkt de erkenning van nieuwe fundamentele rechten zich tot een voortborduren op waarden die reeds in de grondwet beschermd zijn.[47] Soortgelijk is ook van het Duitse Bundesverfassungsgericht en het Zwitserse Bundesgericht[48] welbekend dat ze middels extensieve grondwetsinterpretatie welwillend nieuwe, niet-gecodificeerde grondrechten hebben erkend,[49] en ook bij andere instanties, zoals het Spaanse *Tribunal Constitucional*,[50] lijkt deze bereidheid in de kern aanwezig. De Franse *Conseil Constitutionnel* blijft daarbij naar mening van de eigen achterban wat achterwege.[51] Nochtans dient deze bewering gerelativeerd te worden in die zin dat de *Conseil Constitutionnel* middels de erkenning van de juridische categorie der *objectifs de valeur constitutionnelle*[52] wel degelijk een soortgelijke

44 Zie uitvoerig Nießen 2005, p. 132 *et seq.* en Calero 1998, p. 168-207. Secundair Favilli & Fusaro 2007, p. 284-286; Grewe 1998, p. 227.

45 Een onderscheid tussen beide werd o.a. nog bevestigd in Corte Cost. 20 april 2004 (nr. 121/2004), *GU* 28 april 2004, specifiek zou aan de wetgever bij invulling van de uit art. 2 afgeleide rechten meer discretiebevoegdheid toekomen dan bij de reguliere het geval is (*cf.* Favilli & Fusaro 2007, p. 285).

46 Vgl. evenwel Cass. 9 juni 1998 (nr. 5658), *Foro It.* 1998, I, 2387: 'Nell'ambito di questa concezione "monistica" dei diritti della personalità umana, con fondamento costituzionale, il diritto all'immagine, al nome, all'onore, alla reputazione, alla riservatezza, non sono che singoli aspetti della rilevanza costituzionale che la persona, nella sua unitarietà, ha aquisato nel sistema della Costituzione'. Kortom vanuit dergelijke optiek schijnt daadwerkelijke erkennning van een algemeen persoonlijkheidsrecht eerder dogmatisch doch niet zozeer meer praktisch relevant.

47 In deze zin tevens Nießen 2005, p. 138-139 en (bijzonder kritisch) Bin & Pitruzzella 2000, p. 480-481 (daarbij opmerkende dat 'Il richiamo all'art. 2 è servito piutosto come argomentazione aggiuntiva per giustificare una assai più normale (e ideologicamente meno impegnativo) bilanciamento degli interessi').

48 Het heet dat het BGer de grondwet niet interpreteert doch perfectioneert, zo werden ondermeer de vrijheid van meningsuiting en het recht gehoord te worden door het BGer erkend als ongeschreven constitutionele rechten (Ohlinger 1982, p. 335-336).

49 Favoreu 2002, p. 741; Grewe 1998, p. 226-227; Kahl 2006, p. 601.

50 *Cf.* Brage Camazano 2006, p. 544 (voornamelijk jurisprudentie van het EHRM zou hiertoe aanleiding geven (vgl. in deze overigens Grewe 1998, p. 228 die in meer algemene context op het belang van deze rechtspraak voor de erkenning van nieuwe, ongeschreven rechten duidt; de inhoud hiervan zou vaak samenvallen met rechten reeds erkend door het EVRM)).

51 *Cf.* Favoreu 2002, p. 741.

52 Zie o.a. Cons. const 27 juli 1982 (nr. 82-141), *Rec.* p. 48; Cons. const. 17 januari 1989 (nr. 88-248), *JORF* 18 januari 1989 ('les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels'); Cons. const. 19 januari 1995 (nr. 94-359), *JORF* 21 januari 1995 ('possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent'); Cons. const. 29 december 2003 (nr. 2003-489), *JORF* 31 december 2003 (strijd tegen fiscale fraude). De categorie wordt ook gelieerd aan deze van *principes de valeur constitutionnelle*.

opening forceerde.[53] Daarenboven heeft ze bij de uitbouw van het *bloc de constitutionnalité* (de normen waaraan de *Conseil Constitutionnel* de geldigheid van wetten toetst) ook voor het overige een zekere creativiteit ten toon gespreid waarbij onder de noemer van constatatie bijwijlen eerder constitutie schuil ging; resultaat is een *bloc de constitutionnalité* bestaande uit een verwarrend samenspel van onduidelijk begrensde normen, principes en categorieën hetwelk zelfs de eigen juristen tot vertwijfeling drijft.[54]

Specifiek wat de Franse grondrechtendogmatiek betreft, komt daar nog een verzwarende factor bij, namelijk de introductie van de term *droits fondamentaux*. In tegenstelling tot wat zou verwacht worden is deze term in Frankrijk van bijzonder recente datum.[55] Pas vanaf de jaren tachtig kende ze een door-

---

Hoewel de *Conseil Constitutionnel* deze classificatie in distinctieve zin hanteert (zie o.a. Cons. const. 12 juli 1979 (nr. 79-107), *Rec.* p. 31 ('la liberté d'aller et de venir est un principe de valeur constitutionnelle'); Cons. const. 20 juli 1988 (nr. 88-244), *JORF* 21 juli 1988 (vrijheid in arbeidsrelaties); Cons. const. 27 juli 1994 (nr. 94-343/344), *JORF* 29 juli 1994 (menselijke waardigheid)), is niet steeds duidelijk waarin het onderscheid met de *objectifs de valeur constitutionnelle* bestaat, noch waarin het eventuele verschil met algemene rechtsbeginselen schuilt (zie o.a. Favoreu 1977, p. 36). Sommige auteurs maken dan ook amper of geen differentiatie (hoewel het onderwerp steeds van belangstelling verzekerd blijkt (*cf.* Brenet 2003, p. 1552)). Benevens deze *objectifs c.q. principes de valeur constitutionnelle* kan tevens verwezen worden naar de meer recent opkomende omschrijving der *'libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle'*; waar dit als een autonome categorie erkend wordt, schijnt ook hiermee een nieuwe open lijst te zijn gecreëerd (*cf.* Favre & Tardivel 2000, p. 1430).

53 *Cf.* Grewe 1998, p. 226.

54 Naast de grondwetsbepalingen (1958) *sensu stricto* omvat ze de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789 (*cf.* Cons. const. 27 december 1973 (nr. 73-51), *D.* 1974, 83); de zgn. *principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps* (deel van de preambule van Constitutie 1946, geïncorporeerd bij beslissing Cons. Const. 15 januari 1975 (nr. 74-54), *Rec.* p. 19), *les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* (zie o.a. Luchaire 1981, p. 68-73; normen gededuceerd uit waarden die in aanzet worden beschermd door de 1946 preambule (waarin deze frase wordt gehanteerd) of enige andere 'republikeinse' wetgeving (bijgevolg uit tijdspannen 1792-1804, 1848-1852 & 1870-1940 (resp. Ie, IIe & IIIe Republiek); *cf.* Cons. const. 20 juli 1988 (nr. 88-244), *JORF* 21 juli 1988), o.a. vrijheid van vereniging (Cons. const. 16 juli 1971 (nr. 71-44), *JORF* 18 juli 1971 (zie o.a. Robert 1971, p. 1171-1205) & vrijheid van onderwijs (Cons. const. 23 november 1977 (nr. 77-87), *Rec.* p. 42)), de voornoemde (*principes* &) *objectifs de valeur constitutionnelle* (zie voetnoot 52) en, sinds 2005, het *Charte de l'environnement*. Althans, dit is een van de mogelijke voorstellingen van wat onder dit concept dient verstaan te worden, de weergave verschilt nogal naar tijd en auteur, voornamelijk wat structuur en indeling (eerder dan inhoud zelf) betreft; overigens is ook niet steeds duidelijk waaruit de *Conseil Constitutionnel* in een gegeven casus put (*cf.* Goguel 1982, p. 228). Uiteraard heeft deze meerduidigheid reeds herhaaldelijk tot kritiek geleid, niet in het minst omdat de exacte grenzen van de expansie immer onzeker blijven. Zo werd reeds geopperd of bijvoorbeeld *'l'espirit de la constitution'* een onderscheiden norm uitmaakt (*cf.* Favoreu 1977, p. 36) en, meer recent, of ook de *'libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle'* als een autonome categorie te erkennen valt (zie in bijzonder Favre & Tardivel 2000, p. 1411-1440).

55 Champeil-Desplats 1995, p. 325; Rivero 1982, p. 517. Zie tevens Dreyer 2006, p. 2 *et seq.*; Favoreu 1982, p. 41; Favoreu 2002, p. 727 & 729; Favoreu 2005, p. 69; Favre & Tardivel 2000, p. 1415 (*et seq.*); Philip 1989, 122; Picard 1998, p. 6.

braak[56] maar reeds eind jaren negentig[57] werd ze (ietwat gemodificeerd) in de kern van het rechtenonderwijs gekatapulteerd: de van staatswege sinds 1954 voorgeschreven cursus *Libertés Publiques* werd in 1997 herdoopt tot *Droit des libertés fondamentales*.[58] Daarachter school een rechtspolitiek agendapunt, namelijk aansluiting bij de Duitse grondrechtsleer,[59] en tevens ook, aldus Wachsmann, een zekere arrogantie als zou de impliciete boodschap hiermee zijn alsdat '[l]a France aurait rejoint l'Allemagne dans l'excellence des garanties accordées aux libertés et n'aurait, sur ce terrain, rien plus à lui envier'.[60] Dat niet eenieder van deze 'bureaucratische'[61] wissel gecharmeerd was, is een vanzelfsprekendheid; de introductie van de term riep gemengde reacties op, van vurig enthousiasme tot onverholen afkeer.[62] Gevolg is dat sommige der meest gehanteerde handboeken hardnekkig aan de oude terminologie vasthouden en andere zich tot het nieuwe taalgebruik hebben bekeerd.[63] Meest nefast is niet de eenvoudige divergentie in terminologie die hieruit ontstaat, wel dat de verhouding tussen *libertés publiques*[64] en *droit de libertés fondamentales* (welk als synoniem voor *droits fondamentaux* wordt beschouwd) [65]geheel onzeker is. Waar sommige auteurs ervan overtuigd zijn dat het hier slechts een eenvoudige terminologiewissel zonder inhoudelijke verschuiving betreft,[66] zijn anderen de mening toegedaan dat de categorie der *droits fondamentaux* een veel ruimere dekking biedt.[67] Aangezien reeds de inhoud van de eerste categorie al aan enige discussie onderhevig is, is die van de tweede binnen de doctrine geheel vaag. Terecht gewaagt Beignier in dit opzicht van 'une littérature parfois

56 De notie zou, na een voorzichtige aanzet in 1975 (d.m.v. M. Fromont, 'Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande', *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Parijs: Cujas 1975, p. 49 (waarin overigens ook op de horizontale werking daarvan uitgaande wordt geduid (p. 55 & 61 *et seq.*)) aldus Favoreu 2002, p. 729 & Favoreu 2005, p. 69), pas daadwerkelijk in de doctrine geïntroduceerd worden door het gebruik ervan in het colloquium *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* in 1981 (Favoreu 2002, p. 729; Favre & Tardivel 2000, p. 1416; zie tevens Levinet 2006, p. 44).

57 De *Conseil Constitutionnel* zou de term voor het eerst (Favoreu 2005, p. 70) als synoniem voor de *'droits et libertés constitutionnellement garantis'* hanteren in Cons. const. 22 januari 1990 (nr. 89-269), *Rec.* 1990, p. 33.

58 Israel 1998, p. 27 (&5).

59 Zie o.a. Favoreu 2002, p. 730; Wachsmann 2004, p. 40.

60 Wachsmann 2004, p. 40.

61 Wachsmann 2004, p. 42.

62 Zie in bijzonder Picard 1998, p. 6 *et seq.*

63 Zie bijzonder het overzicht bij Wachsmann 2004, p. 42.

64 Om enige misvatting te vermijden: het 'publieke' karakter duidt enkel op het feit dat ze erkend en geëffectueerd (dienen) te worden door de Staat (Israel 1998, p. 26; secundair Costa 1986, p. 15) en bijgevolg niet op een exclusief publiekrechtelijke werking van deze 'vrijheden' (noch bestaat er zoiets als een complementaire categorie der *libertés privées*).

65 Favoreu 2005, p. 71; Oberdorff 2003, p. 1 (althans impliciet wat *'libertés publiques'* t.a.v. *'libertés fondamentales'* aangaat).

66 Zie o.a. Wachsmann 2004, p. 40.

67 Zie o.a. Brenet 2003, p. 1564; Favoreu 2002, p. 733.

aussi lumineuse que la forêt d'Amazonie'.[68] Anderzijds bekomen daarmee ook de grenzen van de *droits fondamentaux* naartoe de *droits de l'homme* geheel diffuus.[69] Benevens naturalistische connotatie heeft deze term immers ook een *sterke* internationale component, en dit waar de introductie van *droits fondamentaux* juist de Franse grondrechtsleer op een ruimer dan nationaal kader opentrok.[70] Samengevat is incontestabel dat de notie van *droits fondamentaux* onzeker is en homogeniteit ontbeert.[71] Dat dit een uiterst onvruchtbaar uitgangspunt tot debat of zelfs maar descriptie van daaraan gekoppelde horizontale werking betreft, is een *understatement*.

Terugkerende naar het eigenlijke *topic* van door rechtspraak geopende grondrechtscatalogi kan ten slotte opgemerkt worden dat ook de Hoge Raad, toevallig binnen het kader van een derdenwerkingslitigatie, eveneens een voorzichtige pas in dergelijke richting heeft gewaagd. In de *Valkenhorst*-uitspraak van 1994 werd immers het bestaan erkend van een algemeen persoonlijkheidsrecht dat 'aan grondrechten als het recht op respect voor het privé leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag lig[t]' en welke mede omvat 'het recht om te weten van welke ouders men afstamt'.[72] Naar oordeel van sommigen was hiermee ook de weg gebaand voor de erkenning van nieuwe, niet in de Constitutie erkende grondrechten.[73] Dit is evenwel een overhaaste conclusie aangezien noch het algemeen persoonlijkheidsrecht[74] noch de daarop gebaseerde rechten op deze kwalificatie vermogen aanspraak te maken.[75]

---

68 Beignier 2004, p. 175, voetnoot 2.

69 *Cf.* o.a. Rivero 1982, p. 522; Champeil-Desplats 1995, p. 325-326 (die dergelijke gelijkschakeling vermeldt doch zich daartegen verzet). Ten aanzien van de *libertés publiques* doet dit probleem zich niet voor. Althans wordt erkend dat de categorie *droits de l'homme*, als zijnde meer natuurrechtelijk getint of met internationale inslag, een ruimer domein omvat dan *libertés publiques* (o.a. Costa 1986, p. 16; Levinet 2006, p. 41; Oberdorff 2003, p. 1-2 (overigens opmerkende dat het onderscheid tussen beide noties steeds minder duidelijk te maken valt), *etc.*).

70 *Cf.* voetnoot 59.

71 Levinet 2006, p. 44 (*et seq.*); Labayle 1998, p. 75; Rivero 1982, p. 521(-522); Wachsmann 2004, p. 46. Voor een indicatief overzicht van het divers gebruik van de notie (*droits* hetzij *libertés*) *fondamentaux* zie Levinet 2006, p. 45-53.

72 HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608, r.o. 3.2. Zie voor latere jurisprudentiële toepassingen van dit algemeen persoonlijkheidsrecht de verwijzingen gegeven te Janssen 2003, p. 414, voetnoot 61.

73 Vgl. Overkleeft-Verburg 2000, p. 170 (zie tevens Nehmelman 2002, p. 110-111).

74 Nehmelman 2002, p. 111 *et seq.*; Janssen 2003, p. 64-65, 421 (secundair o.a. Verhey 1994a, p. 655).

75 Nochtans betekent dit niet dat het algemeen persoonlijkheidsrecht hiermee geheel irrelevant wordt voor de ruimere, onderliggende thematiek. Zo betoogt Nieuwenhuis dat haar capaciteit als grondnorm de invloed van grondrechten op het privaatrecht mogelijk in een nieuw daglicht stelt: i.p.v. een rigide focus op horizontale werking oriënteert ze naartoe een *Wertsystem*-conceptie, nl. de vraag 'welke door de samenleving gekoesterde waarden vormen de (onuitgesproken) uitgangspunten van onze rechtsorde?' (Nieuwenhuis 2000, p. 205). M.i. verschaft het algemeen persoonlijkheidsrecht in deze optiek evenwel niet de

Samengevat betekent dit dat binnen het debat omtrent horizontale werking reeds de basale notie van grondrecht zelf onzeker is. *In se* zou dit kunnen worden gekwalificeerd als relatief knelpunt. Problematischer is echter dat deze verwarring zich in kwadraat doorzet: waar dit begrip van grondrecht reeds onduidelijk is, zal ook een polemiek omtrent de wijze van doorwerking (de 'werking' zelf), wegens het ontberen van eenduidige basis, nimmer de vereiste gradatie van eenduidigheid en coherentie bereiken …[76]

3.1.2 Werking

3.1.2.1 Inleiding

De wijze van doorwerking is de tweede component die bij definitie van horizontale werking dient uitgeklaard te worden. Louter gewagen van effect of doorwerking verdaagt slechts het duidingprobleem: deze termen zijn *in se* te algemeen, te onbestemd want presenteren niet de *minimis minimorum* waaraan werking dient te voldoen om op deze kwalificatie aanspraak te maken. Werking kan zich immers in sterk uiteenlopende gradaties voordoen. Als illustratie kan worden verwezen naar de 'glijdende schaal' van Boesjes:[77]

> De doorwerking van grondrechten in de horizontale verhoudingen kan op verschillende wijzen en ook in meer en minder vergaande mate plaatsvinden. De minst vergaande wijze is wellicht de opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken; dat is het geval met de instructienormen die men gewoonlijk bij de sociale grondrechten aantreft. Iets verder gaat de grondrechtsnorm die zich niet

---

toegedichte verfrissende invalshoek, doch slechts een eerbare uitlaatklep bepaalde waarden met een zekere legitimiteit in het juridisch discours te introduceren. Interessant is verder tevens de betrekking door Lindenberg. Deze argumenteert dat o.a. door de applicatie van het algemene persoonlijkheidsrecht het kwalitatieve onderscheid tussen directe en indirecte werking naar de achtergrond wordt verdrongen (Lindenbergh 2004, p. 979). Deze visie faalt doordat, zoals *supra* aangeduid, noch het algemene persoonlijkheidsrecht noch de rechten die hieruit kunnen worden afgeleid tot het domein van het publiekrecht behoren; het algemene persoonlijkheidsrecht treedt juist buiten de context van horizontale werking. Zo stelt ook Lindenbergh zelf dat de persoonlijkheidsrechten kunnen worden beschouwd als een 'civielrechtelijke variant van grondrechten of mensenrechten' (Lindenbergh 1999, p. 1701). De figuur representeert dus in feite een route die horizontale werking overbodig maakt daar deze werking evenzeer (voor een aanmerkelijk deel) gerealiseerd kan worden binnen een louter privaatrechtelijk kader zonder enige referentie naar de publiekrechtelijke grondrechten.

76 *Cf.* Verhey 1992a, p. 143-144.

77 Boesjes 1973, p. 911. Vergelijk in dit opzicht de driedelige schaal van Pereira da Silva (1987, p. 267) waar het eerste niveau bestaat uit 'a lei ordinária concretizou os direitos fundamentais' en de twee daaropvolgende niveaus indirecte respectievelijk directe werking betreffen.

alleen tot de wetgever richt maar zich ook aan de rechter presenteert als een belangrijke waarde waarvan de rechter de invloed ondergaat bij de interpretatie van privaatrechtelijke regels of begrippen. Vervolgens kan het grondrecht zelfstandig een rechtsbelang uitdrukken, dat de rechter bij de afweging van belangen mede in rekening moet nemen. Nog weer verder gaat een grondrecht, dat de uitdrukking is van een rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken. Ten slotte kan het grondrecht beogen zich dwingend aan de rechter op te leggen en slechts die afwijkingen toe te staan, welke tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar zijn.

Het is evident dat deze vijf categorieën een zeker effect van grondrechten in private relaties betreffen, doch hiermee is niet gesteld dat ze werkelijk het epitheton van horizontale werking behoren opgespeld te krijgen. Zo wordt alvast het eerste niveau door een deel van de Nederlandse doctrine (terecht) uit de verzameling gezuiverd aangezien het overduidelijk de overheid adresseert. Daarenboven, wanneer deze opdracht in wetgeving is getransformeerd, is het deze wetgeving welke effect heeft tussen private partijen en niet het desbetreffende grondrecht.[78]

Het onderscheid tussen niveau 2 tot 4 anderzijds, is mogelijk wel interessant in theorie, doch in praktijk al te fijnmazig om werkelijk bruikbaar te zijn.[79] In feite gaat het in deze niveaus om variaties op het thema van indirecte werking, terwijl niveau vijf directe werking voorstelt. Althans, dat is één voorstelling van zaken. Directe en indirecte werking zijn immers niet die duidelijke termen waar men hen in de regel voor aanziet.

3.1.2.2 Direct vs. indirect: een diffuus onderscheid

Hoewel het onderscheid tussen directe en indirecte werking binnen de internationale doctrine voortdurend wordt gehanteerd, toch dekken deze termen

---

78 O.a. Akkermans 1985, p. 278; Burkens 1989, p. 175; Kortmann 1987, p. 48-49; Vermeulen 1992 , p. 6. Vgl. Goldschmidt 1993, p. ('Het valt ook te betwijfelen of er dan wel sprake is van horizontale werking'); Koekkoek & Konijnenbelt 1982, p. 19 ('Heeft het zin in deze gevallen te spreken van horizontale werking?'); zie tevens De Meij *et al.*, p. 83 welke in principe instemmen doch opmerken dat het grondrecht niettemin een belangrijke rol zal blijven spelen in de applicatie van de eigenlijke wetgeving. Zie tevens Akkermans 1987, p. 25. Contra o.a. De Lange 1994a, p. 38; Verhey 1992a, p. 138-139 (in bijzonder wanneer de wet zelf vage normen bevat of anderszins het grondrecht bij de interpretatie een rol blijft spelen (vgl. voornoemde opvatting van De Meij *et al.*) doch evenzeer de werking van de wet onder impuls van het grondrecht reeds op zich als een 'zeer indirect[e]' werking beschouwt); Vlemminx 1997, p. 74-75. Zie op het internationale vlak in deze zin o.a. Bydlinski 1994, p. 332; Cameron 1997, p. 494, voetnoot 21; Favoreu 2005, p. 110-111; vgl. Bucher 1987a, 39; Tushnet 2005, p. 180.

79 In dergelijke zin (m.n. onduidelijk wat het verschil is tussen niveau 2, 3 & 4) tevens Kortmann 1987, p. 45, noot 47; Verhey 1992a, p. 138; Vermeulen 1989, p. 265; Vermeulen 1992, p. 6.

niet steeds dezelfde lading. Bevreemdend genoeg blijkt hieromtrent weinig besef te bestaan, wat continu tot miscommunicatie aanleiding geeft.[80]

Welbeschouwd werd de verwarring reeds gezaaid binnen de oorspronkelijke Duitse theorievorming. In eerste instantie stonden de kampen der directe en indirecte werking nimmer werkelijk diametraal tegenover elkaar, wat bijwijlen de gemeenschappelijke boodschap deed benadrukken maar op andere momenten evengoed verleidde tot emfase van ondergeschikte verschilpunten. In tweede instantie was de gehanteerde woordkeuze niet altijd even gelukkig. Zo lijkt een deel van de later ontstane verwarring terug te voeren op het oorspronkelijke gebruik van 'absolute gelding van grondrechten' als synoniem voor *Drittwirkung*.[81] Nadien blijkt deze omschrijving (het feit dat deze notie juist gepropageerd werd door Nipperdey is daarbij zeker van belang), binnen zekere doctrine enerzijds geassimileerd te zijn geworden tot absolute d.w.z. directe derdenwerking, terwijl anderzijds *Drittwirkung* zelf ook eerder met de directe gelding werd geassocieerd. Verder brachten enige der meest gezaghebbende auteurs, zoals Nipperdey, later wijzigingen in hun stellingen aan waarvan de gemiddelde contemporaine lezer zich niet bewust is en eendere publicatie als *pars pro toto* voor de gehele leer van auteur of school houdt. Ten slotte, *last but not least*, verdedigden evenzeer protagonisten van eenzelfde strekking onderling afwijkende opvattingen.

Zo bijvoorbeeld propageerde de voor directe werking staande Leisner een bijzonder rigide toepassing van grondrechten: de gelding in de horizontale sfeer dient identiek te zijn aan deze in de verticale sfeer, wat impliceert dat ook het relatieve of absolute karakter van de grondrechten zoals in de grondwet gedefinieerd, zich in private verhoudingen behoort door te zetten. Aldus staat het een individu bijvoorbeeld vrij in aanzienlijke mate afstand te doen van zijn recht op expressie, zijnde een relatief recht (art. 12 GG), doch niet van zijn vrijheid van religie, zijnde een absoluut grondrecht (art. 4 GG). Betreft het een onvrijwillige aantasting van grondrechten dan dienen deze met de enge exceptieclausules steeds te primeren over deze met de ruime exceptieclausules.[82] Daarentegen staat de evenzeer tot de directe school behorende Nipperdey geen dergelijke exegetische benadering voor, maar stuurt aan op een casuïstische afweging van de grondrechten. Eerder dan hun letterlijke bewoording, ligt de waarde van de grondrechten in de bijdrage *in casu* tot de bescherming van private vrijheid. Uitkomsten zijn daarbij slechts voorspelbaar tot

80 Overgens wordt ook deze terminologie bekritiseerd. Zo bestempelt Frick 1996, p. 20 ze als ongelukkig aangezien met deze begrippen zowel gedoeld worden kan op de rechtstechnische systematiek als op de intensiteit van de doorwerking en het beter zijn zou te gewagen van 'anspruchsbegründender (subjectivrechtlicher) und programmatischer (objectiv-rechtlicher) Drittwirkung'. Zie verder o.a. Rüfner 2000, p. 551.

81 Zo o.a. bij Enneccerus/Nipperdey 1952, p. 93-94; Nipperdey 1972, p. 747.

82 Zie o.a. Leisner 1960, p. 358 *et seq.* Laatst voornoemd aspect impliceert bijvoorbeeld dat het recht op vrije ontplooiing der persoonlijkheid steeds primeert over vrijheid van meningsuiting (*cf.* Koebel 1961, p. 524; Lewan 1968, p. 575).

het niveau van *Fallgruppen*, niet voor grondrechtsconflicten *in abstracto*.[83] Kortom, hoewel beiden prominente vertegenwoordigers van directe werking zijn, verbreiden ze een sterk afwijkende mening, naar oordeel van de comparativist Lewan zelfs voldoende om te concluderen dat ze meer verschil- dan raakpunten hebben.[84]

Receptie van de begrippen bracht (uiteraard) een verdere contaminatie. De import zoals ze in Nederland bewerkstelligd werd door Maris,[85] had een zekere bevreemdende kant, in die zin dat primair onderscheid werd gemaakt naar werking middels wetgeving of middels uitleg en pas in tweede instantie beide[86] categorieën verder werden onderverdeeld in directe en indirecte werking.[87] De eigenlijke horizontale werking ressorteerde onder werking middels uitleg. In deze werd onder directe werking verstaan dat de grondrechtsbepaling een norm bevat voor private verhoudingen,[88] onder indirecte werking dat 'onder invloed van [de] grondrechtsbepaling' *in se* via open wetsbepalingen 'een norm' voor private verhoudingen 'moet worden aangenomen'.[89] Dat blijft nogal op de vlakte, wat nu de draagwijdte van deze voornoemde normen is en hun concrete gelijkenissen met de grondrechten resteerde nogal vaag. Latere doctrinaire belangstelling bracht geleidelijk precisering, voornamelijk de omschrijving van directe werking werd aangescherpt. Naar huidige stand van zaken wordt hieronder in de regel verstaan dat de gecodificeerde grondrechtelijke bepaling als dusdanig (en dus in haar geheel) in een horizontale verhouding wordt toepast zodat ze (in theorie) exact dezelfde werking verkrijgt als in de verticale verhouding het geval zou zijn.[90] De belangrijkste implicatie zijnde dat ook de beperkingsclausules dan een

83 Nipperdey 1961, o.a. p. (19-)20, 25.
84 Lewan 1968, p. 574 (& 576).
85 *Cf.* § 2.2.4.
86 In de eerste categorie zou van directe werking worden gewaagd wanneer de fundamenteelrechtelijke normen in het BW neergelegd zijn en van indirecte wanneer deze werden verwerkt tot strafwetgeving (welk onrechtstreeks betekenis voor het privaatrecht heeft).
87 Maris 1969, p. 23-25.
88 Letterlijk 'dat de betreffende bepaling in Gw of verdrag, die in zijn publiekrechtelijke werking de verhouding van burger tot overheid regelt, daarnaast een norm bevat betreffende de verhouding van de ene burger en de andere burger' (Maris 1969, p. 24).
89 *In extenso* 'dat de betreffende grondrechtsbepaling weliswaar uitsluitend een norm bevat met betrekking tot de verhouding van burger tot overheid, doch dat onder invloed van deze grondrechtsbepaling een norm voor de verhouding van burger tot burger moet worden aangenomen langs de weg van algemene begrippen als goede zeden […] Misschien moet men nog wel verder gaan en in beginsel op de grondslag van indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg geen enkel privaatrechtelijk begrip uitsluiten als toegangspoort voor de grondrechten in het privaatrecht' (Maris 1969, p. 24-25).
90 O.a. Hendriks 1999, p. 62. Dit brengt sommige auteurs dan ook tot de conclusie dat directe werking uiteindelijk onmogelijk is daar de toetsing aan een beperkingsclausule in een horizontale context nimmer gelijkaardig is aan deze in een verticale (zie bijvoorbeeld Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 246-247).

dwingende toepassing kennen.[91] Afwijkingen van de algemene regel die het grondrecht neerlegt kunnen bijgevolg ook in de horizontale context slechts worden toegestaan mits ze tot deze beperkingsclausules herleidbaar zijn.[92] Van indirecte werking wordt daarentegen gewag gemaakt wanneer het grondrecht niet als dusdanig doorwerkt in horizontale context doch zich als representant van een fundamenteel principe als het ware inschrijft binnen een reeds duidelijk uitgezet privaatrechtelijk kader. In hoofdzaak fungeert het grondrecht dan slechts als leidraad tot interpretatie van privaatrechtelijke bepalingen en meer in het bijzonder tot de invulling van open normen zoals 'maatschappelijke zorgvuldigheid' en 'redelijkheid en billijkheid'.

Evenwel blijkt niet elke stem binnen de Nederlandse doctrine deze invulling te delen of zelfs maar bewust te zijn van de stille evolutie terzake. Sommige auteurs blijven gewagen van horizontale werking met betrekking tot privaatrechtelijke wetgeving die grondrechten incorporeert, d.w.z. het eerste niveau van de schaal van Boesjes, terwijl anderen zelfs de daaropvolgende niveaus nog niet als horizontale werking wensen te beschouwen.[93] Al te frequent ontstaat daarbij de impressie dat dergelijke inhoudelijke variaties niet eens op bewuste keuze zijn gegrond, maar ontspringen aan eenvoudige onwetendheid omtrent het leerstuk en haar terminologie. Onvoldoende wordt dan ook ingezien dat juist dit gebrek aan eenstemmigheid ten grondslag ligt aan non-discussies omtrent de thematiek van derdenwerking, en verhindert dat de kern van de zaak wordt aangesproken.

Waar reeds het kleinschalige Nederlandse debat er niet eens in slaagt eenheid in terminologie te behouden,[94] kan amper meer verwacht worden van het Europese als geheel. In de eerste plaats speelt daarbij dat het onderscheid tussen direct of indirect, of althans daaraan verbonden equivalente termen, niet overal volkomen werd gerecipieerd. Zo drukt Franse en Italiaanse doctrine zich aanzienlijk minder in dergelijke concepten uit. Eerder wordt het onderscheid onrechtstreeks benaderd middels omsluierde, generale omschrijvingen. Soortgelijke tendens staat garant voor een vicieuze wisselwerking: de afwezigheid van scherpe termen verhult het bestaan van onderscheid en nodigt bijgevolg minder uit tot doctrinaire beschouwingen aangaande, anderzijds maakt de afwezigheid van dergelijk bewustzijn dat aan scherpere normen

91 Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 246.

92 Akkermans, Bax & Verhey 1999, p. 171; Leenders 1998, p. 149; Van Wissen 1992, p. 42. Vgl. onder meer met de Belgische Hendrickx 1999a, p. 623 ('Directe derdenwerking betekent tevens dat men de afwegingsbeginselen die door de grondrechtenbescherming worden opgedrongen, dient toe te passen. Dus het grondrecht moet als grondrecht tot zijn recht komen').

93 Zo weigeren sommige auteurs (terecht) uitspraken waarin een fundamentele, aan het privaatrecht inherente, vrijheid toegepast wordt als exponenten van horizontale werking te kwalificeren, enkel omdat deze vrijheid (toevallig) ook in de Constitutie gecodificeerd zijn zou, en verwerpen daarmee het tweede niveau (o.a. Burkens 1989, p. 176; De Graaf & De Haas 1984, p. 1354).

94 Vgl. tevens Hartkamp 2000b, p. 118.

geen nood wordt gevoeld. Een tweede element dat speelt is dat in deze landen ook voor het overige niet echt van een geijkt referentiekader kan worden gewaagd, de gehanteerde omschrijvingen zijn onvoldoende concreet en uniform. Daarenboven, ook waar inderdaad van directe of indirecte werking wordt gesproken kan aan deze term niet de doelmatigheid toekomen die ze in andere discours verkrijgt: wegens het meer incidentele gebruik bestaat geen dominante interpretatie en heerst aldus meer variatie in de invulling die de individuele gebruikers daaraan toedenken.[95]

Het is overigens al een pluspunt indien werkelijk wordt ingezien dat horizontale werking een directe en indirecte vorm dekt, talrijk zijn immers de publicaties waarin het begrip *Drittwirkung*, schijnbaar zonder dat de gebruikers ervan zich van enig kwaad bewust zijn, verengd wordt tot directe werking,[96] met alle gevolgen van dien. Voor de buitenwereld profileren dergelijke auteurs zich immers middels duidelijke, expliciete bewoordingen als tegenstander van horizontale werking *tout court*, en nemen daarmee een absolute minderheidsopvatting in, wijl ze in werkelijkheid gewoon de reguliere meerderheidsopvatting, namelijk een verwerping van directe werking, verdedigen. Meestal wordt de werkelijk indirecte werking in dergelijke publicaties zelfs instemmend bejegend. Kortom, onder uitdrukkelijk tegengestelde vlag wordt in feite de algemeen heersende overtuiging geproclameerd. Fataal is dat in de publicatiedrift die rond het thema heerst, menig auteur eerder op het etiket dan op de lading wordt gekwalificeerd, met een verdere contaminatie van het debat als resultaat.

Anderzijds valt ook een tegengestelde beweging vast te stellen, namelijk waarbij de interpretatie van het begrip sterk wordt opgerokken in die zin dat *Drittwirkung* ook privaatrechtelijke wetgeving waarin deze normen geïncorporeerd worden, insluit,[97] d.w.z. de eerste schaal van Boesjes. Deze teneur

---

95 Zo gewagen S. Morelli en M. Morelli van directe werking m.b.t. alle vormen van horizontale werking, dus ook wanneer de fundamentele rechten via open normen de litigatie betreden (respectievelijk Morelli 1997, p. 519 (vgl. in deze het vergelijkbare gebruik van *'applicazione diretta'* te Morelli 1996, p. 541 & 544) en Morelli 1999, p. 4), en ook Alpa herleidt *'rilevanza diretta'* tot toepassing door de rechter van constitutionele rechten in private verhoudingen wijl *'rilevanza indiretta'* zich vertaalt als de werking door de wetgever (Alpa 1994, p. 70).

96 Zo bijvoorbeeld Khol 1971, p. 198; Mast & Dujardin 1983, p. 498-499, nr. 439 (waar derdenwerking in algemeenheid verworpen wordt op basis dat 'de grondrechten wel rechtstreeks gelden in de verhoudingen tussen privé-personen en de overheid, maar daarentegen niet rechtstreeks van toepassing zijn in het privaatrecht' en dat in een gegeven casus bepaalde grondrechten 'niet onverkort' kunnen worden ingeroepen). In variatie op dit thema zie o.a. Pernthaler 1969, p. 71 ('[…] auf die beiden Hauptrichtungen der Lehre hinzuweisen: Die sog. "Drittwirkungslehre" und die Lehre von den "wertausfüllungsfähigen" bzw. "wertausfüllungsbedürftigen" Begriffen und Generalklauseln des Privatrechtes') en Guldix 1986, p. 176 ('In feite is alleen de rechtstreekse derdenwerking een werkelijke derdenwerking. Het is ook die die bedoeld wordt als de rechtsleer het, kortweg, over de derdenwerking heeft').

97 Zo doet o.a. ook de voor Liechtenstein sprekende Frick 1996, p. 11 & 20.

is vooral waarneembaar in Oostenrijk[98] en Zwitserland, alwaar indirecte werking zelfs *voornamelijk* wordt beschouwd als de plicht van de wetgever tot verwezenlijking van grondrechten in private relaties.[99] Geheel problematisch wordt het wanneer men dergelijke uitwerking door de wetgever als *directe Drittwirkung* gaat bestempelen, zoals de Oostenrijkse doctrine doet ten aanzien van het *Datenschutzgesetz*.[100]

In dit laatste aspect schijnt ook een staatsrechtsgeleerde invloed te spelen. De verwarring tussen beide begrippenkaders is markant. In het verlengde van de figuur van horizontale werking als interactie tussen publiek- en privaatrecht wordt een dialoog tussen privatisten en publicisten als vanzelfsprekend geacht. Wat daarbij aan de aandacht ontsnapt is dat beiden het leerstuk vanuit een andere invalshoek benaderen.[101] De publicist heeft voornamelijk oog voor

98 Zo o.a. Hinteregger 1999, p. 742-743.

99 Vb. Aubert & Mahon 2003, p. 316 (*per* Mahon); Hangartner 1982, p. 51 ('ob sie nur den Gesetzgeber in der Regelung der Rechtsbeziehungen unter Privaten bindet (sog. Mittelbare Drittwirkung)'; deze invulling wordt echter genuanceerd op p. 52); Tschannen 2007, p. 127. Wat de meer recente doctrinaire stukken betreft valt dit onder meer te verklaren door de huidige formulering van art. 35 Constitutie (zie § 3.2). Een gelijkaardige opvatting spreekt ook uit de toelichtingen bij de horizontale werking provisies in de deelstaatconstituties. Zie o.a. 'Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Aargau vom 15. April 1981', *BBl.* 1981, II, p. 254 ('Allgemein wird anerkannt, dass der Gesetzgeber aufgerufen ist, die Erlasse so zu gestalten, dass dem Grundrechtsgedanken gebührend Rechnung getragen wird (sog. indirekte Drittwirkung)'); 'Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Thurgau vom 23. August 1989', *BBl* 1989, III, p. 880 ('Während allgemein anerkannt wird, dass der Gesetzgeber aufgerufen ist, seine Erlasse so zu gestalten, dass dem Grundrechtsgedanken auch im Verkehr zwischen Privaten gebührend Rechnung getragen wird (sogenannte indirekte Drittwirkung), spricht die neue Verfassung des Kantons Thurgau auch die Privatpersonen unmittelbar an und verpflichtet sie im Grundsatz, die Grundrechte anderer Menschen zu achten') en in bijna identieke bewoordingen 'Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Solothurn vom 16. März 1987', *BBl.* 1987, II, p. 648.

100 O.a. Adamovich, Funk & Holzinger 1997, p. 29; Hinteregger 1999, p. 743 (zie met deze horizontale werking van het *Datenschutzgesetz* verder o.a. Berka 2000, p. 45 en secundair Favoreu 2005, p. 111; Ohlinger 1982, p. 361 (m.b.t. 1978 equivalent)). In feite gaat het hier om een (behoorlijk uitdrukkelijke *cf.* art. 1 Abs. 1 & 5 van de 2000 editie (*BGBl.* I 1999/165) en art. 1 Abs. 6 1978 editie (*BGBl* 1978/565)) uitwerking van grondrechten en valt naar Nederlandse maatstaven te vergelijken met de *Algemene Wet Gelijke Behandeling* (officieel 'Wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homosexuele gerichtheid of burgerlijke staat') als duidelijk horizontale gelding dragende uitwerking (aanleiding was o.a. het aanreiken van een maatstaf bij collisie van grondrechten (Gerards 2004, p. 642)) van het non-discriminatiebeginsel van art. 1 Gw.

101 Vgl. in deze overigens de scherpzinnige, zij het niet geheel correcte, opmerking van Biesheuvel 1995, p. 823: 'Misschien is dat ook wel de tragiek van het onderwerp: als daarover vanuit publiekrechtelijke hoek wordt geschreven worden de zaken zo principieel en theoretisch weergegeven dat de beoefenaars van het privaatrecht afhaken; en als die laatsten zich aan het onderwerp wagen blijft de principiële kant zo onderbelicht, dat er slechts een "technisch privaatrechtelijke kwestie" overblijft. Het lijkt er wel op dat bij een onderwerp

het grote geheel, voor het macroniveau, en richt zijn aandacht op de *globale inwerking* van de publiekrechtelijke normen op het privaatrecht *in welke vorm dan ook*; de privatist hanteert een nauwkeurigere vraagstelling die enkel ziet op de *concrete* doorsijpeling van grondrechten en hun effect als instrument *binnenin* het systeem. Dit betekent dat staatsrechtskundigen ook ruimere omschrijvingen hanteren voor directe en indirecte werking. Indirecte werking behelst dan met name dat wanneer voor de uitwerking van de grondrechten een werkelijke tussenkomst van de Staat vereist is, zoals in de regel bij economische grondrechten, maar deze niet rechtstreeks tussen particulieren kunnen worden ingeroepen.[102] Directe werking omvat dan alle varianten waarbij grondrechten wel rechtstreeks tussen particulieren worden toegepast, ongeacht of hierbij nu exclusieclausules gehanteerd worden of niet.[103] Kortom, de publicistische invulling van directe werking omvat zowel wat de privatist als directe en als indirecte werking beschouwt, terwijl de publicistische indirecte werking voor de privatist geen horizontale werking betreft. Nefast is dat het ingenomen perspectief zelden wordt gespecificeerd, juist omdat ten onterechte gelijkvormigheid in terminologie wordt verondersteld, en aldus een verdere contaminatie in de hand wordt gewerkt. Significant is dat daardoor niet enkel de grenzen tussen beide vervagen, maar regionaal eventueel ook een der beide dominantie verkrijgt, zo lijkt waar publicisten de hoofdtoon voeren hun invalshoek ook sneller te worden aangenomen door privatisten *et vice versa*. Voornamelijk dit aspect maakt rechtsvergelijking al snel tot een hachelijke onderneming.

Daarenboven gebeurt het dat beide invalshoeken gecombineerd worden. Zo duidt Spielmann dat de term indirecte werking een onderscheiden inhoud heeft: in relatie tot de grondwet zou het slaan op de traditionele conceptie, nl. de invulling van open normen aan de hand van grondrechten terwijl in relatie tot het EVRM het eerder zou duiden op het *positive obligations* leerstuk.[104] Kortom, in relatie tot grondrechten een privaatrechtelijke invulling en in relatie tot de Conventie een publicistische. Dergelijke vermenging is desastreus voor de communicatie. In verscheidene landen, onder meer in België en Nederland,[105] wordt immers erkend dat EVRM-rechten wel degelijk op

als horizontale werking van grondrechten twee studierichtingen, twee vakgebieden, elk met een eigen ideeënwereld, elkaar maar niet willen ontmoeten'.

102 Zie bijvoorbeeld Bruneau 2005, nr. 84 *et seq.*; Van Eeckhoutte & Vandaele 2002, nr. 23 ('Indirecte derdenwerking is dan de verplichting die op de overheid rust om ervoor te zorgen dat particulieren onderling grondrechten niet mogen schenden').

103 Zie bijvoorbeeld Bruneau 2005, nr. 84 *et seq.*; Van Drooghenbroeck 1999, p. 209-210.

104 Spielmann 1995, p. 30 en verwijzingen aldaar; Spielmann 1998, p. 135, voetnoot 7 & p. 154 (Zo o.a. Alen 1995, p. 505; vgl. Mentink 2006, p. 48; Willemart 1998, p. 297). Zie tevens Repík 2005, p. 21 alwaar terecht wordt gewezen op het feit dat het *positive obligations* leerstuk ten onrechte met derdenwerking wordt geïdentificeerd.

105 Zie § 3.3.2.2.

dezelfde manier als constitutionele grondrechten indirect kunnen gehanteerd worden, zonder de minste referentie aan de *positive obligations* doctrine.

Waartoe al deze begripsverwarring *in concreto* kan leiden is reeds duidelijk wanneer men slechts kijkt naar de uitspraken over de Nederlandse rechtspraak. Zo bijvoorbeeld stelt Alkema dat met uitzondering van arbeidsrechtelijke grondrechten directe horizontale werking niet voorkomt.[106] Soortgelijk merken ook Kortmann & Bovend'Eert op dat 'fundamental rights only enter into the relationships between citizens indirectly'.[107] Andere auteurs dragen (m.i. terecht)[108] echter met overtuiging rechtspraak aan waarin wel duidelijk directe werking wordt verleend.[109] Overigens is dan ook moeilijk uit te sluiten dat de beweringen van voornoemde auteurs niet, of althans niet volledig, ontspringen uit taalverwarring, dan wel uit ontoereikende kennis. Gezien de talrijke publicaties van genoemde auteurs in deze materie, lijkt dat echter weinig waarschijnlijk. In ieder geval is dergelijke hypothese alvast niet meer mogelijk met betrekking tot de interpretatie van bijvoorbeeld één enkele casus zoals de Hoge Raad uitspraak in de aidstestzaak,[110] welke door Leenen[111] als een voorbeeld van directe werking, en bij van Veen[112] als een voorbeeld van indirecte werking wordt geklasseerd.

De voorbeelden dienen echter niet tot de Nederlandse sfeer beperkt te blijven, de internationale doctrine verschaft meer opzienbarende illustraties. Zo gewaagde de eminente Belgische professor Rigaux reeds dat het *Bundesverfassungsgericht* de theorie van *Drittwirkung* zou hebben verworpen.[113] Nochtans wordt *Bundesverfassungsgericht*s universeel bekende *Lüth*-uitspraak naar algemene appreciatie erkend als '[d]ie wohl klarste und schönste Formulierung für die indirecte Drittwirkung der Grundrechte'.[114] Meer zelfs, het is deze uitspraak die bijna altijd als eerste wordt aangehaald waar ook over het leerstuk wordt gesproken. Temeer nog wordt het *Bundesverfassungsgericht* zelf beschouwd als de rechtsinstantie die de *Drittwirkung*-theorie groot heeft

106 Alkema 1995a, p. 29. Ten aanzien van de standaard als voorbeelden van directe werkingen aangevoerde arresten als HR 10 december 1982 (Binderen/Kaya), *NJ* 1983, 687 en HR 9 januari 1987 (Edamse bijstandmoeder), *NJ* 1987, 928 (o.a. Van der Heijden 1988, p. 21) werpt hij (niet volkomen overtuigend) op dat het hier acties uit onrechtmatige daad betrof 'waardoor de directe grondrechtentoepassing niet strikt nodig is' en beide zaken niet zuiver private litigaties betroffen maar een wooncorporatie belast met een (semi-)publiekrechtelijke taak resp. een adjunct-directeur van de gemeentelijke sociale dienst (zie hoofdstuk 4, voetnoot 50).

107 Kortmann & Bovend'Eert 2000, p. 147, nr. 358.

108 Vgl. o.a. HR 5 juni 1987 (Goeree I), *NJ* 1988, 702; HR 2 februari 1990 (Goeree II), *NJ* 1991, 289; HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422; HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 346; Hof Amsterdam 4 november 1993, *NJ* 1996, 7; Hof 's-Hertogensbosch 15 september 1997, *NJ* 1998, 321.

109 O.a. Nehmelman 2002, p. 116.

110 HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347.

111 Leenen 1993, p. 379. Zie tevens Alkema 1994, p. 1601 (impliciet direct).

112 Van Veen 1993, p. 381.

113 Rigaux 1992, p. 216, voetnoot 3.

114 Huber 1963, p. 136.

gemaakt. Een gelijkaardig opzienbarend voorbeeld is van de hand van Barak, voorzitter van het Israëlische Hooggerechtshof, welke het Zwitserse rechtsstelsel voorstelt als een waar directe werking ingeburgerd is,[115] terwijl aldaar in werkelijkheid juist, enige uitzonderingen terzijde gelaten, een overweldigende voorkeur voor indirecte werking heerst.[116] Confronteert men Barak's stelling met bijvoorbeeld de boodschap van Constance Grewe, toenmaals professor aan de universiteit van Straatsburg en directrice van *l'Institut de droit comparé* aldaar, huidig rechter in het Constitutioneel Hof van Bosnië-Herzegovina, dan wordt de voorstelling helemaal diffuus, want daar wordt de Zwitserse (althans *Bundesgericht*-elijke) huldiging van indirecte werking gecontrasteerd met het Spaanse rechtssysteem waar naar wordt beweerd met name de directe werking wordt erkend; meer nog, volgens Grewe volgt deze directe werking rechtstreeks uit art. 9 van de Spaanse Constitutie.[117] Zoals voorheen aangegeven en *infra* wordt gespecificeerd, speelt art. 9 der Spaanse Constitutie, in tegenstelling tot wat men *de primo visu* geneigd zou zijn aan te nemen, echter een (zeer) beperkte rol binnen de Spaanse conceptie terzake,[118] en een onbetwiste directe werking laat er zich naar heersende leer al helemaal niet uit afleiden.[119] Daarenboven, als van de Spaanse rechtspraak al iets kan gezegd worden, is dat althans de hoogste instantie terzake, het *Tribunal Constitucional*, doelbewust in het midden laat welke werking geprefereerd dient te worden; erg overtuigende huldeblijken aan directe werking springen daarbij voorzeker niet in het oog.[120] Ten slotte kan daaraan gevoegd worden dat althans de Spaanse doctrine voor indirecte werking gewonnen lijkt.[121] Kortom, van Grewe's zijde uiterst bevreemdende, zelfs misleidende assertaties, waarvan de dieperliggende herkomst niet eens vastgesteld worden kan, aan enige ondersteunende bronvermeldingen ontbreekt het immers, iets wat in doctrine omtrent derdenwerking wel meer geschiedt. Het is dan ook maar de vraag in hoeverre de hier aangehaalde voorbeelden nog gelieerd zijn aan het schemerduister dat de exacte afgrenzing tussen beide vormen van *Drittwirkung* beheerst, dan wel resulteren uit overhaaste besluitvorming. Duidelijk is dat ook deze laatste factor een rol van belang speelt. Zo proclameert het onder leiding van de vermaarde Favoreu gecompileerde standaardwerk *Droit des libertés fondamentales* met zwier dat de Italiaanse, Spaanse en Portugese Constituties de directe werking laten

115 Barak 1998, p. 129. Enige verschoningsgrond bestaat hierin dat hij voorheen een van de standaard afwijkende invulling van de notie 'directe werking' voorop stelde; dit doet echter geen afbreuk aan de gemaakte opmerking, de Zwitserse benadering wordt immers geciteerd op gelijke voet met de (oude) Duitse BAG-rechtspraak welke onbetwistbaar onder de reguliere interpretatie van directe werking ressorteert (*cf.* hoofdstuk 2, voetnoot 30).

116 Zie referenties in voetnoot 197.

117 Grewe 1998, p. 218-219.

118 Zie § 2.2.5 & 3.2.

119 Zie o.a. expliciet Alfaro Aguila-Real 1993, p. 60-61.

120 Zie § 3.3.1.

121 Zie voetnoot 197.

prevaleren, in bijzonder art. 18 van de Portugese grondwet 'est très clair à cet égard'.[122] Vreemd genoeg lijkt de verantwoordelijke comparatist daarmee begiftigd met een bijzonder inzicht welk de lokale doctrine, in de regel toch beter geplaatst om de eigen grondwet te interpreteren, ontbeert. Duidelijk blijkt de Italiaanse Constitutie allerminst, en de Spaanse evenals de zelfs 'overduidelijke' Portugese bepalingen worden door interne bronnen al te licht bevonden om tot directe werking te kunnen besluiten. Overigens is dit duidelijk voor wie hierop meer dan een vluchtige blik werpt. Wel enig lichtpunt is althans dat hier wel een bron aangehaald wordt om deze beweringen te staven en dat is … Grewe,[123] of hoe contaminatie zich verveelvoudigt…. Duidt dit dan niet meer op verwarring omtrent de begrippen, dan toch nonchalance waarmee ze gehanteerd worden.

Neemt men de polemieken binnen de doctrine zelf onder ogenschouw dan wordt de situatie er niet beter op. Zo worden bijvoorbeeld de opvattingen van de Spaanse auteur Embid Irujo op basis van hetzelfde artikel van diens hand[124] door Abrantes[125] gekwalificeerd als pleidooi voor indirecte werking terwijl hij op basis van hetzelfde fragment door Sommermann[126] bij de promotoren van directe werking wordt gecatalogeerd. Significant is overigens dat beide opvattingen volkomen begrijpelijk en verdedigbaar zijn. Het is niet zo dat Embid Irujo al te kort door de bocht gaat of in zijn uitspraken struikelt over een gebrek aan kennis. Integendeel, het desbetreffende artikel is sterk onderbouwd en getuigt van een keurige analyse, zowel van Spaans als Duits (evenals een notie Italiaans) recht en spreekt zich uit voor indirecte werking, maar dit evenwel in navolging van Raiser wiens theorie hij echter – mij dunkt eerder onbewust – op enkele punten dermate tegenspreekt zodat Sommermann Embid Irujo eerder bij de volgelingen van de leer Nipperdey plaatst. Samengevat lijkt dit voorbeeld archetypisch voor de meer erudiete versie van het probleem der terminologische vaagheid, met name ontbloeid uit nauwkeurige referenties en omschrijvingen en daarna verder bewerkstelligd door becommentariërende auteurs met oog voor de zuiverheid van de gehanteerde concepten.

Daarnaast staat echter een meerderheid aan publicaties waar aan deze zuiverheid weinig aandacht wordt geschonken. Talrijk zijn de auteurs die de eigen visie onder de verkeerde noemer brengen en zich aldus expliciet voor de ene strekking uitspreken terwijl ze in feite een andere opvatting verdedigen.[127] Talrijk zijn evenzeer auteurs die zich zelfs in de beschrijving van de leer van anderen daaraan bezondigen. Veelzeggend is de referentie door

122 Favoreu 2005, p. 160.
123 Met name C. Grewe & H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Parijs: PUF 1995.
124 Embid Irujo 1980.
125 Abrantes 2000, p. 100, voetnoot 197.
126 Sommermann 1984, p. 237.
127 Gelijkaardige conclusie m.b.t. de Zwitserse doctrine Bucher 1987a, p. 45.

Pereira da Silva[128] aan Leisner[129] (o.a. naast Dürig[130]) als een verdediger van indirecte werking, terwijl deze juist algemeen geboekstaafd staat als een der meest notoire verdedigers van directe werking.[131] En zo zijn voorbeelden in overvloed. Nu daarenboven steeds modieuzer wordt alles in termen van horizontale werking te overzien voelen steeds meer auteurs zich niet geobstrueerd de desbetreffende terminologie te hanteren zonder zij daartoe de minste kennis bezitten, zodat voor de toekomst slechts een toename van dit juridisch 'babylonisme' valt te verwachten.

3.1.3 Conclusie

Het debat rond horizontale werking wordt geconditioneerd door een *quasi* inherente vaagheid. Achter ogenschijnlijk evidente bewoordingen schuilt ongemerkt een veelvoud aan uiteenlopende interpretaties, welke het verdere discours hypothekeren. In het licht van de exponentieel toenemende doctrine aan dit onderwerp gewijd, is het verbijsterend dat deze taalverwarring amper wordt geconstateerd. Tegelijk is dit indicatief voor het kwalitatieve niveau bereikt: het is op zijn minst veelbetekenend dat in de bespreking van een rechtsfiguur, waarvan de analyse nauwlettendheid, nuance en zin voor detail vergt, de meest primaire regel van de debatkunst, namelijk eenstemmigheid *qua* terminologie, nog niet eens vermag nageleefd te worden. Des te veelzeggender is dat dit de doctrine in geen enkel opzicht schijnt te hinderen de degens te kruisen, of wat meer frequent voorkomt, meningen te herkauwen of te becommentariëren, zonder kennis te nemen van substantie maar eerder in de noemer aan dezer opinies toegeschreven berusten.

3.2 GRONDSLAG

Horizontale werking, als leerstuk geworteld in het dogmatisch immer sterke Duitse systeemdenken, erkend door de hoogste Duitse rechtsinstanties en daarna *en masse* in overige stelsels gerecipieerd, laat alleen daarom reeds vermoeden op een stevige theoretische begronding te berusten. De overvloed aan toegenegen doctrine kan deze opvatting slechts versterken. Nochtans is de realiteit anders: tot heden blijft onzeker hoe derdenwerking zich dogmatisch laat verantwoorden.[132]

---

128 Pereira da Silva 1987, p. 265. Uit niets blijkt dat het hier een scherpzinnige 'herkwalificatie' zou betreffen.
129 Leisner 1960.
130 Zie hoofdstuk 2, voetnoot 48.
131 Zie o.a. Stern 1988, p. 1531.
132 *Idem* o.a. Berka 2000, p. 46; Dirix 1992, p. 543.

Wat primeert zijn niet diepzinnige technisch-juridische argumentaties, doch louter pragmatische overwegingen.[133] Veelal wordt aangehaald dat horizontale werking (wegens de autoriteit of intrinsieke waarde van grondrechten) eenvoudigweg noodzakelijk is,[134] of wordt toevlucht genomen tot de enkele observatie dat deze figuur nu eenmaal niet meer weg te denken is uit de jurisprudentie.[135] *Summum* is echter de *locus classicus* dat het individu niet enkel door de Staat in zijn fundamentele vrijheden bedreigd wordt, maar ook, en in de huidige maatschappij in toenemende mate,[136] door zijn medeburgers en private machtsconcentraties in het bijzonder (banken, werkgevers, verhuurders *etcetera*),[137] welk dan tot de conclusie leidt dat grondrechten ook in dergelijke verhoudingen behoren te gelden.[138/139]

---

133 Specifiek concluderende wat betreft de doctrine. In rechtspraak, zelfs initiële, blijft dit aspect in de regel immers onaangeroerd; waar niettemin toch in detail getreden wordt reikt dit zelden verder dan algemene, vage beschouwingen omtrent normen en waarden (vgl. in deze overigens de commentaar ten aanzien van wat als één der (zoniet *de*) meest onderbouwde uitspraken ter zake gelden mag, nl. *Lüth* o.a. alsdat het BVerfG slechts gevlucht is in vage *Wertordnung*-theorema (zie terzake o.a. Goerlich 1973, *passim*, o.a. p. 57-58 *et seq.*) of de uiting van Favoreu 2005, p. 111 dat '[d]ans le cas Lüth le raisonnement de la Cour constitutionnelle fédérale était sans doute, bien que circonstancié, trop rapide et marqué par des a priori idéologiques louables mais ne découlant pas en tant que tels du texte constitutionnel').

134 Zie bijvoorbeeld Wade 2000, p. 224: 'Since human rights are general principles of justice, of the kind enshrined and entrenched in written constitutions, they have a universal and fundamental character which ought, one might think, to be operative *erga omnes*'.

135 *Cf.* o.a. Alkema 1995a, p. 29.

136 Een zeker temporeel centrisme valt daarbij op (vgl. o.a. Maris 1969, p. 29 ('in toenemende mate'); Van der Pot & Donner 1995, p. 220 ('betrekkelijk nieuw')). De teneur op een stijgende gijzeling door private machtsentiteiten te duiden, is overtrokken; het gildensysteem (door Van der Pot & Donner 1995, p. 220 als '"publiekrechtelijke" beperking' aangemerkt) of de 19e-eeuwse arbeidsverhoudingen impliceerden een veel sterkere greep op de particulier dan de contemporaine varianten. Terecht stellen Rimanque & Peeters 1982, p. 3 dan ook dat zowel het probleem van derdenwerking evenals het 'inzicht in het "sociaal overwicht" van sommige personen, private organisaties en vennootschappen en de drang naar bescherming van het individu tegen het engagement van zijn "onvervreemdbare" grondrechten' helemaal niet zo recent is als meestal aangenomen wordt.

137 Voornamelijk in de Engelse doctrine wordt daarbij ook gewezen op de toenemende privatisering van staatstaken (o.a. Donnelly 2005, p. 786-788 (vgl. Wadham 1997, p. 77; Palmer 2007, tekst *ad* voetnoten 14-16; Dotan 2005, p. 209)), een gegeven dat ook in het Israëlische constitutionaliseringsproces blijkt gespeeld te hebben (*cf.* Barak-Erez & Gilead 2007, p. 255 daarbij wijzende op het machtsonevenwicht dat hierdoor veroorzaakt worden kan doch wel benadrukkend dat dit gegeven als dusdanig door rechtsinstanties niet als justificatie voor horizontale werking gepresenteerd werd; zie tevens Barak-Erez 1999a, p. 324- 325 (*et seq.*)).

138 Zie onder meer Abrantes 2000, p. 61 *et seq.*; Adamovich 1971, p. 501; Alkema 1990, p. 34-35; Aubert & Mahon 2003, p. 315 (*per* Mahon); Auer, Malinverni & Hottelier 2000, p. 59; Barak 1998, p. 113; Besson 1999, p. 248; Bon 1991b, p. 42; Bucher 1987a, 38 (in kritische referentie aan BGE 111 II, 253); Camastral 1996, p. 31; Drzemczewski 1979, p. 164-165; De Lange 1994a, p. 20-21; Frick 1996, p. 8; Horan 1976, p. 860; Khol 1971, p. 198 & 203 *et seq.*; Maunz & Zippelius 1988, p. 137; Müller 1982, p. 80-81; Müller 2001, p. 636; Nipperdey 1961, p. 16-17;

Uiteraard schuilt in dit laatste argument een zeker realiteitsbesef. Dat ook andere particulieren de individuele vrijheid kunnen bedreigen is zelfs niet meer dan een banaal truïsme. Daarmee is echter niet gesteld dat hiermee een afdoend motief wordt verschaft om een dergelijke diepgravende ingreep als introductie van horizontale werking te verantwoorden.[140] Immers, het privaatrecht ten aanzien waarvan fundamentele rechten dan een corrigerende factor zouden behoren uit te maken, is voor een aanzienlijk deel *zelf* uitdrukking van deze wetenschap. Stevig gegrondveste leerstukken als dwang, misleiding of goede trouw getuigen van reeds eeuwenlange privaatrechtelijke bekommernis om de autonomie en de waardigheid van de enkeling tegen diens naaste in bescherming te nemen. Gehele civiele rechtstakken als het arbeids- en huurrecht zijn niets anders dan een continue, massale uitwerking daarvan. Tendensen om naast de werknemer en de huurder ook bepaalde andere bevolkingsgroepen *a priori* als 'zwakke partij' aan te merken, zoals consumenten, patiënten *etcetera* vormen de meest eigentijdse variant. Kortom, het inzicht dat nu tot de introductie van horizontale werking binnen het privaatrecht zou nopen vormt juist reeds tijden een der grondleggende principes van dit systeem zelf. Daartoe heeft het precisie-instrumenten ontwikkeld. Theorieën als dwaling, dwang, rechtsmisbruik, toestemmingsgebreken en dergelijke meer zijn door generaties juristen fijngesteld tot scherpe instrumenten die, voor zover mogelijk, een duidelijke grens markeren tussen verschoonbare zwakte en ontoelaatbare nalatigheid. Categorisering van bepaalde maatschappelijke groepen geschiedt slechts op basis van diepgravende analyse en resulteert in specifiek op de ervaren noden toegespitste beschermingsmaatregelen. Aan dergelijke wijdomvattende fijnzinnigheid ontbreekt het de algemene grondrechten. Hun opdracht is duidelijk en rigide: bescherming van burgers tegen de overheid. Slechts met het oog op deze verhouding zijn ze geredigeerd en daarbinnen zitten ze versteend: voor andere verhoudingen dan bescherming tegenover één welbepaalde en omvattend omschreven entiteit waarvan de specifiek toegedachte machtsgrenzen vastgelegd zijn in de grondrechtelijke exclusieclausules, bezitten zij geen bekwaamheid, zijn ze te grof.

In de Zwitserse doctrine hebben enkele auteurs deze lijn van kritiek nog iets verder doorgevoerd en betoogd dat heel deze uitgangsthese, dat *Drittwirkung* noodzakelijk is, daar sociaal zwakkeren niet enkel door statelijke, maar ook maatschappelijke machtsentiteiten in hun fundamentele rechten kunnen bedreigd worden, in feite berust op een ontoelaatbare vermenging van juri-

---

Phillipson 1999, p. 847; Sommeregger 2005, p. 41; Stern 1988, p. 1586 *et seq.* (met overvloed aan verdere verwijzingen); Tschannen 2007, p. 126.

139 Uiteraard is in het verleden nog een rits aan andere argumenten aangedragen (zie o.a. Leisner 1960, p. 332-333), doch deze zijn hetzij marginaal, systeemgebonden of sterk verwant, zodat deze hier buiten beschouwing nopen te blijven.

140 In dergelijke zin tevens Guldix 1986, p. 178-179; Maris 1969, p. 29.

dische en feitelijke machtsverhoudingen.[141] De onderwerping aan de Staat is een juridische subordinatie, het gevolg van de noodzakelijke macht en autoriteit waarvan de Staat zich niet mag ontdoen wil ze haar functie van publieke overheid vervullen, en aldus een vaststaand gegeven. Buiten deze context staat de feitelijke ongelijkheid die in maatschappelijke verhoudingen tussen burgers kan ontstaan, maar waarvan eerst het bewijs dient te worden geleverd. Kortom, een meer formele variatie op het thema dat in vergelijking met het fijnbesnaarde privaatrecht, fundamentele rechten ontoereikend zijn om te bepalen wie en tot welk niveau bescherming dient te verkrijgen.

Uiteraard richt deze kritiek zich voornamelijk tegen directe werking; niets verhindert immers dat, binnen het kader van het privaatrecht fundamentele rechten indirect een invloed uitoefenen, zij beheersen dan immers niet de litigatie en moeten geen richting geven, maar slechts het belang van bepaalde waarden onderstrepen. Volgens de dogmatische vooropstellingen zou dit dan echter geschieden bij machtsonevenwicht.[142] De voornaamste (doch zeker niet enige) kritiek daartegen aan te voeren is dat de toepassingen van derdenwerking deze vooropstelling reeds lang overschreden hebben.

Dominantie is al lang geen voorwaarde meer, grondrechten blijken heden geschikt om elk privaatrechtelijk geschil te kruiden, daaronder inbegrepen om machtsoverwicht juist te bestendigen. Deze laatste applicatie scheert bijtijds overigens hoge toppen, soms balancerende op de rand van het absurde: de verkrachter die zich (overigens strikt juridisch terecht) op zijn recht op lichamelijke integriteit beroept om zich aan een HIV-test ten behoeve van zijn slachtoffer te onttrekken,[143] de zeloot die vrijheid van religie een vrijbrief acht om zijn als werktuig van de duivel bestempelde echtgenote te terroriseren en obsessief trachten te bekeren,[144] de vermogende roddelpers die het uitsmeren van meest banale doch pittige privédetails als een geheiligd deelaspect van de vrijheid van meningsuiting proclameert,[145] *etcetera*. Het zijn slechts enkele voorbeelden uit een ruime collectie.

Daarnaast bestrijkt de collectie derdenwerkingrechtspraak een ruime variatie litigaties waarin het noodzakelijk toegedichte machtsoverwicht minstens enigmatisch is te noemen. Personen, waarvan na indirect bewijs aannemelijk is geworden dat zij van een bepaald kind de verwekker zijn, kunnen amper worden genoemd in verdrukking te zijn gebracht door een eenvoudig verzoek mee te werken aan bloed- of DNA-test in het belang van het kind (welk dan *a contrario* als de sterke partij zou behoren te worden aangemerkt).[146] De

141 Sandoz 1987, p. 214-215 (bekritiseerd in Saladin 1988, p. 373 *et seq.*); Kiener & Kälin 2007, p. 46.
142 Vgl. de nadruk van o.a. Besson 1999, p. 249; Tschannen 2007, p. 128 op het *beperkte* toepassingskader dat hieruit voortvloeit.
143 HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347.
144 STJ 18 mei 2002 (nr. 02B1290), zie hoofdstuk 4, 121.
145 Talrijke illustraties zijn begrepen in referenties onder hoofdstuk 4, voetnoot 10.
146 *Cf.* § 4.3.

begunstigde van een voorwaardelijke schenking kan niet, behoudens perfide juridische erkenning van menselijke hebzucht, *per se* worden gekwalificeerd als slaaf van deze geste.[147] Burenbeklag omtrent geluids- of andere hinder, neigt in de regel niet tot catalogering binnen een relatie van subordinatie.[148] Zelfs een heel deel der perslitigaties bieden niet de mogelijkheid een dominante partij te duiden.[149] En opnieuw is deze lijst verre van exhaustief.

Wat uiteindelijk rest, is nog slechts een fractie van de totale 'horizontale' jurisprudentie.[150] Daarmee is niet gesteld dat deze deelverzameling geen waarde heeft, of zelfs niet dat het de voorgaande voorbeelden, waarin de dominantie onzeker is of deze daarenboven door grondrechten tracht te worden bestendigd, aan enige verdienste ontbreekt, wel dat de oorspronkelijk verdedigde opzet, namelijk bescherming tegen machtsoverwicht zoals ze door de grondleggers werd voorgedragen, compleet is ontspoord en ook geen fundering meer bieden kan voor het huidige *Drittwirkung*-amalgaam. Dat deze (onvermijdelijke) vlucht voorwaarts waarbij de grond onder de voeten uiteindelijk wat is verloren, ook garant staat voor een toekomst met Icariaanse allures,[151] kan niet uitgesloten worden, maar dat schijnt vooralsnog weinigen zorgen te baren. Tot heden volstaat de machts- en waardenretoriek als *quasi* ongenaakbare bepantsering: de daarbij aangevoerde bescherming van individuele vrijheid appelleert aan eenieders elementair rechts- en rechtvaardigheidsgevoel en creëert bij associatie de impressie dat het bij horizontale werking evengoed als bij fundamentele rechten zelf gaat om *thruths to be self-evident.* Kortom, het onderscheid tussen instrument (fundamenteel recht) en methode (horizontale werking) raakt versluierd, verdere begronding overbodig en kritiek zelfs verdacht als zou dit per consequentie ook de waarde van fundamentele waarden in het privaatrecht of de bescherming van zwakkeren *tout court* in twijfel trekken (*quod non*)…

Onderwijl krijgt de vraag naar systeemtheoretische inpassing (*c.q.* begronding) overigens steeds meer academische proporties. Naast deze pragmatische grondslagen[152] valt immers op te merken dat nieuwe of herziene Constitu-

147 Zie De Vos 2008, p. 821-822.
148 *Cf.* § 4.1.
149 *Idem* voetnoot 145.
150 Vgl. bijvoorbeeld ook de conclusie van (de immer kritische) Bucher na diens exploratie van de Zwitserse 'horizontale' rechtspraak: 'Nicht nur sind keine Anwendungsbeispiele von nennenswerter praktischer Bedeutung sichtbar geworden, sondern es fehlt auch bereits an Anschauungsmaterial von "Gefahrdung der Grundrechte des Schwachen durch soziale und gesellschaftliche Macht", die durch entsprechende Fassung privatrechtlicher Mechanismen beeinflusst werden könnten.' (Bucher 1987a, p. 46).
151 Zie tevens § 8.
152 Verlof is genomen een tussenstap over te slaan waarbij de inpassing wel degelijk meer technische proporties aanneemt en welke zich voornamelijk in Duitsland heeft gemanifesteerd. Aanleiding is dat deze in verhouding (bijzonder) relatief is en eventueel doel bereikt via alteratie van perspectieven (vgl. o.a. de leren van Schwabe en Canaris (zie § 2.2.1), die vasthouden aan de visie dat enkel de Staat door de grondrechten gebonden blijft, evenwel

ties[153] soms een meer expliciet aanknopingspunt voor horizontale werking bevatten; zo werd *supra* onder meer reeds verwezen naar de Spaanse en de Portugese grondwet.[154] Men zou kunnen stellen dat dit weinig aan de aard van de zaak verandert. De incorporatie van deze bepalingen moet dan zelf weer op een begrijpelijke grondslag berusten die uit weinig anders dan pragmatische overwegingen zal bestaan. Dergelijk argument is echter al te kortzichtig. Voornoemde Spaanse en Portugese bepalingen spruiten immers niet voort uit een praktijkgerichte bekommernis ten aanzien van derdenwerking *in* se, maar uit een nieuwe staatsvisie, een garantie tegen misstanden uit de afgerekende regimes, welke haar een nieuwe autonome begronding zou kunnen aanreiken. Horizontale werking zou in deze optiek uiteindelijk dan ook fungeren als gevolg, niet als doel op zich. Het maakt echter weinig uit. Noch in de Spaanse noch in de Portugese doctrine worden deze bepalingen immers als decisief aanzien.

In de Portugese doctrine heeft dit voornamelijk te maken met de onnauwkeurigheid waarin art. 18.1 Constitutie opgesteld is. Op het eerste zicht lijkt de desbetreffende frase ('Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas') wel in onmiskenbare bewoordingen op directe derdenwerking te duiden, maar tegelijk is ook een andere interpretatie mogelijk.[155] Deze gaat uit van een lezing van art 18.1 waarbij enkel *vinculam* maar niet *aplicáveis* terugslaat op de *entidades públicas e privadas*. De directe[156] toepasbaarheid is hierbij dus een autonoom begrip, te lezen in de traditionele (verticale) betekenis en zonder autoriteit naartoe de private entiteiten. Deze laatsten worden dan slechts door grondrechten 'gebonden', een term die voor velerlei uitleg vatbaar is en allerminst een duiding van de modaliteiten verschaft.[157] Daarenboven is ook de notie 'entidades privadas' zelf onbestemd. 'Entidades'

---

ook wanneer ze interprivate relaties inricht; de praktische consequenties blijven uiteindelijk redelijk gelijkaardig, maar de theorie van *Drittwirkung* berust dan in feite op een methodologische misconceptie).

153 Deelstatelijke Constituties wezen hierbij buiten beschouwing gelaten. Nochtans bieden ook deze soms duidelijke aanknopingspunten, zo is de Brandenburgse (1992) (welke in art. 5 I proclameert dat '[d]ie den Einzelnen und den gesellschaftlichen Gruppen in dieser Verfassung gewährleisteten Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt, Rechtsprechung und, soweit diese Verfassung das bestimmt, auch Dritte als unmittelbaar geltendes Recht') aanzienlijk explicieter dan de Duitse grondwet (vgl. overigens de bemerkingen van Coing 1947, p. 643 m.b.t. enkel der *Stunde 0 Länderverfassungen*) en gingen Zwitserse *Landesverfassungen* de *Eidgenossische* equivalent vooraf (zie hoofdstuk 2, voetnoot 118).

154 § 2.2.5.

155 Zie tevens Valdés Dal-Ré 2003, p. 509.

156 Eveneens kan ook dit begrip vrijblijvend worden gelezen in die zin dat het slechts duidt op een daadwerkelijk verbindende kracht van deze bepalingen (zo o.a. Pereira da Silva 1987, p. 268: 'não são um mero "flatus vocis", mas que visam regular as concretas situações da vida').

157 *Cf.* De Sousa Ribeiro 1998, p. 742; Vieira de Andrade 2001, p. 251.

betekent immers entiteit, maar wordt in de Portugese taal frequent gebruikt om handels- of ondernemingsverbanden aan te duiden. Aldus ontstaat de impressie dat mogelijk enkel rechts- en niet natuurlijke personen door de *direitos, liberdades e garantias* gebonden zijn.[158] Deze laatste interpretatie misstaat overigens niet binnen de Portugese conceptie alwaar derdenwerking nog steeds sterk wordt gelinkt aan ongelijke machtsverhoudingen.[159] Kortom, dat art. 18.1 aanspoort tot zekere derdenwerking is onbetwist, maar de modaliteiten en draagwijdte ervan zijn dat des te meer; het artikel verschaft een voedingsbodem van waaruit zowel een directe werking kan worden verdedigd[160] als een zeer zwak afkooksel daarvan.[161]

In de Spaanse grondwet is het euvel minder aan ambiguïteit te wijten. Eerder zijn de bepalingen eenvoudigweg ontoereikend om er met absoluut gezag *Drittwirkung* uit te deduceren.[162] In art 10.1, welk de bescherming van menselijke waardigheid en de plicht tot respect voor de rechten van anderen verordent,[163] kan wel een aanknopingspunt worden gelezen, maar het legitimeert geen verdergaande conclusie,[164] en het nauwkeurigere art. 9.1,[165] welk met zoveel woorden de onderworpenheid van particulieren en publieke autoriteiten aan de Constitutie proclameert, belichaamt volgens het *Tribunal Constitucional* slechts de logische consequentie van de grondwet als superieure norm.[166] Daarenboven, aldus dit Hof, laat deze onderworpenheid zich ten aanzien van de publieke autoriteiten en private burgers in onderscheiden

158 Eventueel zelfs rechtspersonen en particulieren in een machtspositie (Vieira de Andrade 1981, p. 240; Vieira de Andrade 2001, p. 251). Dergelijke restrictieve opvatting wordt anderzijds niet algemeen gehuldigd, zo verstaan Canotilho & Moreira 1993, p. 147 hieronder zonder voorbehoud *pessoas singulares ou colectivas*.

159 Vgl. Abrantes 2000, p. 106.

160 Zo o.a. Abrantes 2000, p. 105, 106 & 116; Gomes Canotilho & Moreira 1993, art. 18, IV.

161 Zie terzake o.a. Kern 2007, p. 70-71.

162 O.a. expliciet Bastida Freijedo 2004, p. 189 ('a diferencia de otros como el portugués'); García Torres & Jiménez Blanco 1986, p. 48.

163 Zie hoofdstuk 2, voetnoot 171.

164 Zie evenwel o.a. Peces-Barba Martínez 1995, p. (624-)628 (aangezien de 'onschendbare' rechten die uit deze menselijke waardigheid voortvloeien worden bestempeld als fundamenten van de politieke orde en sociale vrede plaatsen ze zich 'como informadores de las relaciones sociales entre las que se encuentran, por supuesto, las relaciones entre los particulares', wat dan horizontale werking genereert) evenals Quadra-Salcedo 1981, p. 75; Embid Irujo 1980, p. 204.

165 Merk op dat incidenteel tevens gerefereerd wordt aan art. 9.2 ('Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.'), zo o.a. Martínez-Pujalte: de verordening dat de vrijheid en gelijkheid werkelijk en effectief behoort te zijn, veronderstelt dat deze waarden niet enkel door de Staat, maar evenzeer door de burgers worden gerespecteerd (Martínez-Pujalte 1997, p. 88). Dergelijke deductie is naar huidige normen evenwel ontoereikend om nog van *Drittwirkung* te kunnen gewagen.

166 Zie voor deze bepalingen hoofdstuk 2, voetnoten 170 & 171.

plichten vertalen, welke voor deze laatsten slechts bestaat in een algemene negatieve plicht zich te onthouden van eendere handelingen die de grondwet schenden ('un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución').[167] Niettemin volhardt een deel van de doctrine in de opinie dat art. 9.1 van een onmiskenbare duidelijkheid is, in het bijzonder wanneer beschouwd in het licht van art. 53.1.[168] In eerste instantie is dit nauwelijks inzichtelijk, art. 53 schrijft namelijk slechts voor dat 'los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos', en richt zich daarmee onbetwistbaar tot de Staat. Nochtans, zo gaat de argumentatie, komt aan deze bepaling slechts gelding toe in zoverre zij zich onderscheidt van art. 9 *et vice versa*, zoniet zou de Constitutie zich aan tautologie bezondigen. Art. 9, dan duidelijk de *generalis*, dient in consequentie een restcategorie te bezitten ten aanzien van de staatsgerichte *specialis* van art. 53; *ergo* verordent de grondwet ten aanzien van particulieren een grondrechtsgelding die vreemd is aan eventuele reflexwerking vanuit de staatsrechtelijke gebondenheid. Markant veel meerwaarde ten aanzien van de loutere bewoordingen van art. 9 wordt daarmee echter niet geboekt; in perspectief beschouwd blijkt dit ook niet noodzakelijk, waar deze Spaanse doctrine zich – tussen de regels gelezen – immers om schijnt te bekommeren is dat art. 53 niet behoort te worden gelezen als *generale uitsluiting* van *Drittwirkung*.[169] Vanuit vergelijkend oogpunt is dit overigens zo goed als een nuloperatie: niet elke gelding volstaat tot de kwalificatie derdenwerking,[170] daartoe is onder meer ook enig soortelijk gewicht van de gelding vereist.[171] Het is overigens juist in de vergelijking met art. 53 dat de broosheid van art. 9 zich betoont: waar eerstgenoemde zich bedient van de term *vinculación*, dient art. 9 het te stellen met het meer abstracte *sujeción*.[172] De onbe-

167 T.C. 18 november 1983 (nr. 101/1983), *BOE* 14 december 1983 (nr. 298); zie o.a. Bastida Freijedo 2004, p. 189-190. Voorbeeld is dat een werkneemster, na haar bekering tot de Kerk van de Zevende-dags Adventisten, geen beroep kan doen op haar vrijheid van religie tot weigering de afgesproken zaterdagarbeid te leveren, aangezien de ontheffing van deze vrij aangegane verplichting 'llevando así [...] el principio de sujeción de todos a la Constitución (art. 9.1) a extremos inaceptables' (T.C. 13 februari 1985 (nr. 19/1985), *BOE* 5 maart 1985 (nr. 55); *cf.* Bilbao Ubillos 1997, p. 353).

168 O.a. Prieto Sanchís 1990, p. 210.

169 Illustratief is o.a. De Paiva Medeiros de Oliveira 2005, p. 43 *et seq.*

170 Daarbij dan nog buiten beschouwing gelaten dat art. 9, naar welke opinie het T.C. in voornoemde beslissing 101/1983 (zie voetnoot 167) neigt, geenszins noopt tot een meer dan verticale interpretatie, in die zin dat een staatsburger, als deelnemer aan dit sociaal contract, geen acties ondernemen mag die deze orde, als uiteengezet in de Constitutie, bekampen ('*sujetos a la Constitución*').

171 D.w.z. substantieel te onderscheiden van programma-, intentieverklaring of gelijksoortig. *A contrario* behoort de Verklaring van 1789 (*cf.* § 2.2.6) of de gemiddelde communistische grondwet gelijkaardig te worden gekwalificeerd.

172 *Cf.* tevens Gayara de Cara 1994, p. 340: 'La sujeción significa la obligación de respeto a los preceptos constitucionales, es decir, la obligación de no realizar conductas o adoptar actos en contradicción con la Constitución. La vinculación tiene un sentido más fiíerte que

paaldheid van art. 9 wordt daarmee uitvergroot en de rondo via art. 53 sluit in feite op niets meer aan dan het aangehaalde perspectief van het *Tribunal Constitucional*.[173] Kortom, in het verordenen van een decisieve verbintenis tot horizontale werking schiet ook de Spaanse Grondwet tekort.

Op de keper beschouwd lijken beide Constituties symptomatisch voor de houding van contemporaine grondwetgevers: horizontale werking vindt wel genade, maar er zich eenduidig op verbinden is een brug te ver. Zoals voorheen reeds aangegeven heeft evenzeer de Nederlandse grondwetgever deze positie ingenomen: de 'glijdende schaal' van Boesjes en horizontale werking in het algemeen werd instemmend ontvangen maar het verschaffen van nadere richtlijnen aan de rechterlijke macht (laat staan een duiding in de grondwet)[174] werd reeds teveel van het goede geacht,[175] wat nadien op stevige kritiek vanuit de doctrine stuitte.[176]

Gelijkaardige ervaring weerklonk bij de Engelse *Human Rights Act 1998*. Hoewel daarbij aan rechtbanken de plicht opgelegd werd in zoverre mogelijk alle wetgeving, dus ook in litigaties tussen particulieren, in conformiteit met het EVRM te interpreteren[177] evenals door dit instrument gebonden te zijn bij de ontwikkeling van de *common law*,[178] bleef een daaruit in beginsel voortvloeiende expliciete toewijding aan horizontale werking uit. Integendeel

---

la sujeción, ya que implica, además de la obligación de respeto, el deber de cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales, es decir, crea una obligación de potenciar la efectividad en el cumplimiento de los derechos fundamentales'.

173 Vgl. bijvoorbeeld tevens T.C. 10 oktober 1988 (nr. 177/1988), *BOE* 5 november 1988 (nr. 266) r.o. 4: 'Ciertamente, el artículo 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (fundamento jurídico 6.°) "en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social". De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos'.

174 Vgl. Van der Burg 1982, p. 65: 'Bovendien rijst dan de vraag of voor een zo belangrijke materie een grondwetsbepaling of een bepaling in het nieuwe Burgerlijk Wetboek niet de voorkeur zou verdienen'.

175 In verschonende zin heet het bij De Gaay Fortman 1982, p. 394: 'Ik kan uit eigen wetenschap verklaren, dat de indieners [...] geen regeling in de Grondwet [hebben] voorgesteld, omdat de materie zich door haar ingewikkeldheid moeilijk voor een regeling in de grondwet leent. Zou op grond van latere ontwikkelingen een in de grondwet getroffen regeling niet uitvoerbaar blijken te zijn of anderzins gebreken te vertonen, dan zou men de omslachtige procedure van een grondwetswijziging moeten volgen'.

176 Zie *supra* § 2.2.4. Merk evenwel op dat de vraag voorgelegd aan de Algemene Vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging *d.d.* 9 juni 1995 of aanbeveling verdiende horizontale werking in de Grondwet te regelen uiteindelijk door een overgrote meerderheid ontkennend werd beantwoord ('Notulen van de Jaarlijkse Algemene Vergadering van de Nederlandse Juristen-vereniging gehouden op 9 juni 1995', *NJB* 1995, p. 1001).

177 S. 3 (1) HRA.

178 *Cf.* s. 6 HRA.

werden tijdens de parlementaire debatten de meest diverse, tegenstrijdige signalen uitgestuurd,[179] welke zich nadien ook binnen de doctrine vertaalden in onzekerheid en twist,[180] waaraan overigens nog bijgedragen werd door additionele ambivalentie vanuit andere, verstrengelde HRA-bepalingen.[181]

In iets mildere vorm herhaalde dit scenario zich ook in Zwitserland. Met name proclameert art. 35 (3) van de Zwitserse grondwet dat de autoriteiten dienen te zorgen dat grondrechten, in zoverre deze zich ertoe lenen,[182] ook effect verkrijgen in relaties tussen particulieren.[183] Het is, uit comparatief perspectief, een opvallend heldere opdracht tot horizontale werking, een welke eens niet wordt verhuld door ambigue terminologie. Tegelijk echter wordt in de rechtsleer betreurd dat de grondwetgever zich nog steeds te zeer in stilzwijgen heeft gehuld. Immers, de bepaling behelst weinig meer dan een codificatie van een reeds decennia heersende consensus; in de Zwitserse wereld van voorheen werd derdenwerking nooit echt betwist.[184] Slechts de wijze

179 Zo bijvoorbeeld verklaarde Lord Irvine: '[w]e have sought to protect the rights of individuals against the abuse of power by the state, broadly defined, rather than to protect them against each other' (HL Deb. 5 februari 1998, kol. 850; zie tevens Chandran 1999, p. 11) en leek daarmee horizontale werking af te voeren. Anderzijds werd een amendement dat voorzag horizontale werking expliciet uit te sluiten (met name door s. 6 (1) niet van toepassing te verklaren in litigaties waar geen der partijen een *public authority* was; HL Deb. 24 november 1997, kol. 771) verworpen en door de Lord Chancellor aangaande gespecificeerd dat '[i]n preparing this Bill, we have taken the view that it is the other course, that of excluding Convention considerations altogether from cases between individuals, which would have to be justified. We do not think that would be justifiable; nor, indeed, do we think it would be practicable' (HL Deb. 24 november 1997, kol. 783), hoewel ook hierin de gegeven antwoorden niet eenduidig waren (*cf.* Leigh 1999, p. 58).

180 Zie bijvoorbeeld kritisch Buxton 2000, p. 48-65 (bekritiseerd in Bamforth 2001, p. 34-37) wijl pro o.a. Hunt 1998, p. 424, 441 (& 438 *et seq.*); Wade 2000, p. 217-224 (bekritiseerd in Bamforth 2001, p. 38-40); Wright 1999, p. 114; Oliver 2000, p. 351 *et seq.* (genuanceerd).

181 In bijzonder vanuit s. 6 (5) welke hybride *public authorities* (*cf.* s. 6 (3)(b); zie § 7.2.2.2.1) uitsluit van gebondenheid door de Conventie wat betreft handelingen van private aard en dus impliceert dat de Conventie particulieren (voor het overige) niet (rechtstreeks) regardeert (zie o.a. Hunt 1998, p. 438).

182 Gedoeld werd zowel op de aard van het grondrecht zelf als de voorliggende omstandigheden ('Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996', *FF* 1996, p. 195) (vgl. met de term 'sinngemäß'in art. 25 VE (zie hoofdstuk 2, voetnoot 117) waarmee instemmend Müller 1978, p. 270).

183 'Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden' ((1) en (2) bepalen respectievelijk 'Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen' en 'Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen'). Zie o.a. 'Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20 November 1996', *BBl.* 1997, I, p. 191-192; Aubert & Mahon 2003, p. 311-318 (*per* Mahon); Auer, Malinverni & Hottelier 2000, p. 62-63; Besson 1999, p. 250-251; Göksu 2002, p. 89-95; Kiener & Kälin 2007, p. 45-50; Müller 2001, p. 634.

184 Zoals overigens ook expliciet bevestigd wordt in de officiële toelichting bij dit artikel ('Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996', *FF* 1996, p. 194).

van doorwerking vormt, zij het slechts incidenteel, een bron van onenigheid.[185] Dit aspect blijft in de grondwet echter onbelicht, wat sommige auteurs aanmerken als een spijtige omissie.[186]

Ad futurum weze verder gesignaleerd dat onderwijl ook in België een voorstel hangende is om in de grondwet een specifieke bepaling te incorporeren, namelijk stellende dat in relatie tot de grondrechten van Titel II de overheden ertoe gehouden zijn 'erover te waken dat deze, voorzover ze er zich ertoe lenen, worden geëerbiedigd en verwezenlijkt in de betrekkingen tussen particulieren onderling'.[187] Dit mag evenwel geen al te hoge verwachtingen wekken, tussen droom en daad staan dan misschien geen wetten in de weg, dan toch praktische bezwaren;[188] vooralsnog is op dit terrein immers weinig activiteit te bespeuren.

Als *fait divers* kan aan deze opsomming verder nog gevoegd worden dat het verschijnsel van horizontale werking verordenende grondwetsnormen zich overigens geenszins tot West[189]-Europa[190] beperkt. Uitdrukkelijke bepalin-

---

185 Hoewel ook op dit vlak in overgrote mate eenstemmigheid heerst (vgl. voetnoot 197).

186 Zo o.a. Göksu 2002, p. 95 (een gelijkaardige kritiek, althans betreffende een gebrek aan nadere instructie, werd overigens reeds geuit in relatie tot art. 25 VE (Eichenberger 1980, p. 529)). In doctrine blijkt de opvatting te hebben plaatsgevat dat het bedoelde effect van indirecte aard dient te worden geacht (Auer, Malinverni & Hottelier 2000, p. 62; Göksu 2002, p. 95 (zie tevens p. 91 & 93)).

187 De transversale bepalingen inzake rechten en vrijheden – Verslag namens de werkgroep belast met het onderzoek van Titel II van de grondwet, *Parl. St.* Kamer (België) 2005-2006, nr. 2304/1, p. 120. Merk op dat met enige regelmaat evenzeer het voorstel opduikt ten minste horizontale werking te voorzien voor art. 22 (bescherming van persoonsgegevens; zie o.a. Ontwerp van verklaring tot herziening van de Grondwet, *Parl. St.* Senaat 2002-2003, nr. 1549/1, p. 3 (zie tevens nr. 1549/3, p. 30); Ontwerp van verklaring tot herziening van de Grondwet, *Parl. St.* Senaat 2006-2007, nr. 2377/1, p. 3).

188 *Cf.* Elsschot, *Het huwelijk*.

189 Vgl. wat de situatie in het vroegere Oostblok betreft o.a. de Grondwet van Polen welke in art. 8 (2) voorziet dat de constitutionele bepalingen, tenzij anders voorzien, rechtstreeks van toepassing zijn, evenals art. 31 (2) welk artikel eenieder verplicht tot respect der rechten en vrijheden van anderen. Hieruit wordt (in de regel, zie bijvoorbeeld kritisch Banaszak 2001, p. 452) wel een zekere horizontale werking afgelezen, doch wijze en gradatie blijven daarbij in het vage (*cf.* Krzemińska 2004, *s.f.*). Een meer expliciete bepaling zoals voorgesteld in het ontwerp van grondwet (art. 17, stellende dat in regel met hun aard grondrechten van toepassing zullen zijn in interprivate relaties) haalde het niet (Piechowiak 1997, 31).

190 Vgl. tevens Griekenland alwaar in dergelijke optiek voorheen werd verwezen naar art. 5 (1) Gw., bevattende de beperking van het recht op vrije ontplooiing door de rechten van anderen. De betekenis daarvan bleek evenwel relatief aangezien een deel van de doctrine zich tot rechtvaardiging van derdenwerking daarentegen beriep op andere, zelfs eerder meer generale normen als art. 2 (menswaardigheid) en 25 (solidariteit) (*cf.* Iliopoulos-Strangas 1983, p. 422). Sinds de amendering van de Grondwet in 2001 stelt art. 25 evenwel 'The rights of man as an individual and as a member of society and the principle of the social welfare state are guaranteed by the State. All State organs have an obligation to ensure their unobstructed and effective exercise. These rights are in force in relations between individuals, whenever appropriate' (vertaling Eleftheriadis 2006, p. 98-99 tevens in alternatieve vorm beschikbaar te Uitz 2005, p. 10, voetnoot 31) aldus 'giving the broadest possible recognition to horizontal effect' (Eleftheriadis 2006, p. 99).

gen zijn (evenzeer) te vinden in Latijns-Amerika[191] en zelfs in Afrikaanse landen,[192] met Zuid-Afrika voorop.[193]

---

191 O.a. art. 95 Colombiaanse *Constitución Política* overeenkomstig welk 'toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes' en onder de 'deberes de la persona y del ciudadano' begrijpt de plicht tot 'respetar los derechos ajenos' en 'defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica'; Art. 5.1 Braziliaanse Constitutie: 'As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata' (zie terzake Pessoa da Costa 2007, p. 109-111); Art. 6 Chileense Constitutie: 'Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo' (naar oordeel van Ugarte Cataldo 2007, p. 58 staat de Chileense grondwet daarmee op gelijke hoogte als de Portugese aangezien ook deze in haar art. 18 'establece expresamente la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares'; dat neigt naar een overschatting van de werkelijke draagkracht van de Portugese bepaling (*cf.* § 3.2) of anders behoort ook de Chileense bepaling relatief te worden geïnterpreteerd).

192 Chirwa 2004 *ad* voetnoten 185-189 verwijst naar constituties van Malawi, Gambia, Ghana, Mali en Kaapverdië. Daaraan kan o.a. ook nog de Namibiaanse Constitutie gevoegd worden alwaar in art. 5 wordt gesteld dat '[t]he fundamental rights and freedoms enshrined in this Chapter shall be respected and upheld [...] where applicable to them, by all natural and legal persons in Namibia'.

193 Art. 8 (2) van de Zuid-Afrikaanse Constitutie van 1996 stelt dat '[a] provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right'. Hoewel deze bepaling naar Smits 2003, p. 41 stelt eerder op een directe werking lijkt te duiden, meldt Van der Walt 2003a, *s.f.* dat de Zuid-Afrikaanse rechtsinstanties in deze bepaling tevens een verticale component lezen om uiteindelijk te belanden bij wat hij betitelt als 'indirect horizontal application' (wat ook meer aansluit bij de overige voorschriften neergelegd in art. 8 (*cf.* Smits 2003, p. 42)). Overigens is het zo dat reeds van bij aanvang enige ongerustheid kenbaar werd gemaakt over het uiteindelijke effect dat aan deze provisie toekomen zou, men was er zich immers bewust van dat pas de praktijk van het Grondwettelijk Hof ervan de draagwijdte bepalen zou (*cf.* Sarkin 1999, p. 80). Geheel onrealistisch was deze vooropstelling niet, aangezien het Constitutionele Hof zich inderdaad eerder terughouden opgesteld heeft (Van der Walt 2003a, *s.f.*). Daaraan is niet vreemd dat deze instantie nog in 1996 ten aanzien van de voorlopige 1993 Constitutie oordeelde dat de grondrechtencatalogus *in se* enkel verticaal werkt en hoogstens een horizontale gelding heeft in zoverre alle recht (en dus ook het privaatrecht) dient te conformeren aan de waarden in deze catalogus uitgezet (*Du Plessis v De Klerk*, (5) *BCLR* 1996, 658; *cf.* Van der Walt 2003a, *s.f.*; zie m.b.t. deze uitspraak verder o.a. Govender 1996, p. 20 *et seq.*; Rautenbach 2000, p. 299-300 (*et seq.*); Saunders 2005, p. 201-202; Woolman & Davis 1996, *n.f.*; Woolman 2005, p. 14, 16-33). Verder kan wat de Zuid-Afrikaanse Constitutie betreft worden verwezen naar art. 8 (3): 'When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court (a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and (b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36 (1)' (zie terzake o.a. Van Zyl 2000, p. 169-175 waar, in het bijzonder in kritiek op de methodiek gehanteerd in Supreme Court of Appeal (*National Media Ltd v Bogoshi*) (zie § 8), gewaarschuwd wordt dat het voorschrift de *ontwikkeling* van *common law* voorschrijft, niet de vervanging ervan door een eenvoudige afweging van fundamentele belangen (in deze zin tevens Van der Merwe 2000, *passim* (zie in bijzonder p. 14 en 21); merk overigens op dat het Zuid-Afrikaanse grondwettelijke Hof heeft aangespoord enige terughoudendheid in acht te nemen in het bewustzijn dat niet de rechterlijke macht maar de wetgever de motor van rechtshervorming dient te zijn (*Carmichele v Minister*

In samenvatting van dit alles kan worden gesteld dat horizontale werking *in globo* nog steeds op definitieve dogmatische begronding zit te wachten. Verder dan het credo dat ook private entiteiten anderen in hun fundamentele belangen kunnen aantasten komt men in de regel niet. Dat dit oproept tot bescherming is correct, waarom grondrechten hiertoe het uitgelezen instrument zouden zijn blijkt evenwel niet. Ondertussen bekomt de vraagstelling steeds meer verduisterd doordat reeds verscheidene Constituties de rol van grondslagtheorie *de facto* hebben overgenomen. Ook deze behelzen evenwel geen disambigue belijdenis van het leerstuk, maar blijven tot oppervlakkige bekentenis beperkt, zodat opnieuw vele vragen in het ongewisse blijven.

3.3 SYSTEMATIEK

Horizontale werking moge dan een vaag begrip zijn en haar grondslag ongenoemd, maar haar succes heeft dat niet in de weg gestaan. Haar praktische aanwending is onderwijl van onloochenbare omvang. Echter is ook hier haar noemer de convergerende factor voor wat in realiteit diverse vormen van applicatie betreft.

3.3.1 Werking

Zoals *supra* aangestipt, blijken contemporaine grondwetgevers, nochtans instemmend ten aanzien van horizontale werking *in se*, bijzonder terughoudend zich ten voordele van een bepaalde (directe of indirecte) werkingsvorm uit de spreken.[194] Het is een gereserveerdheid waar de doctrine aanzienlijk minder onder te lijden heeft. Hoewel nog enkele geïsoleerde verzetshaarden bestaan (in bijzonder valt te verwijzen naar Portugal alwaar een soort van gedifferentieerde werking voorlopig de heersende leer uitmaakt[195])[196] kan

---

of Safety and Security, 2001 (4) *SA* 938 (CC), para 36))). Zie voor een uitvoerige analyse van deze bepalingen o.a. Rautenbach 2000, p. 300-303, 308-316; Woolman 2005, p. 62-77.

194 Zie § 3.2.

195 Direct effect wordt aanvaard wanneer een der private partijen in een overduidelijke machtspositie verkeert, voor het overige slechts een gematigde indirecte werking waarbij louter gewaakt dient te worden dat de grondrechten niet in hun kern aangetast worden (Gonçalves 2004, p. 91-92 & 96 (met verdere referenties te p. 89-90, voetnoten 44-47 & 48-52); Pereira da Silva 1987, p. 272(-273); Prata 1982, p. 137 *et seq.*; Vieira de Andrade 1983, p. 283 *et seq.*; vgl. De Sousa Ribeiro 1998, p. 747 *et seq.*). Daarnaast figureren tevens variante minderheidsopvattingen (o.a. directe werking wanneer de kern der menselijke waardigheid bedreigt wordt (in deze richting Mota Pinto 1999, p. 225 *et seq.*)) of nog restante, minder specifieke voorkeuren voor directe werking (Canotilho & Moreira 1993, art. 18, IV; Prata 1982, p. 138).

196 Eventueel kan ook de Italiaanse doctrine tot dit kamp gerekend worden. In deze richting gaat o.a. Saladin 1988, p. 384, welke in algemeenheid opmerkt dat de Italiaanse rechtsleer dergelijke werking afleidt uit art. 2 Italiaanse Constitutie. Het is precair deze stelling te

gesteld worden dat indirecte horizontale werking in bijna geheel het oude Europa de voorkeur der rechtsleer geniet.[197/198] Traditionele argumenten

bevestigen of te ontkennen, het uiterst onprecieze gebruik van de termen directe en indirecte werking, meestal zelfs de afwezigheid daarvan, in de bestudeerde Italiaanse literatuur en het ontbreken van werkelijk op dit onderscheid toegespitste beschouwingen daarin, liggen daaraan ten oorzaak. Naar eigen impressie ben ik, onder meer wegens het laatst aangehaalde element, weinig geneigd dergelijke conclusie, althans naar de contemporaine invulling van het begrip directe werking (en hierin ligt mogelijk het werkelijke verschil met de conclusie van Saladin), te onderschrijven (in dergelijke zin concludeert tevens Hesselink 2003, p. 123, althans voor het contractenrecht; daarbuiten ziet hij directe werking (*ibid*, voetnoot 16); deze visie wordt ook in de Italiaanse doctrine zelf verkondigd (vgl. o.a. Alpa 2000, p. 521 waar gewaagd wordt van voorbeelden 'di applicazione diretta e indiretta in materia di diritto della persona e gli esempi di applicazione indiretta in materia di rapporti obbligatori e autonomia contrattuale') maar, zoals gesteld, op onzuivere distinctie tussen beide werkingsvormen) (vgl. in deze tevens Favilli & Fusaro 2007, p. 280 alwaar geponeerd wordt dat, hoewel het Italiaanse systeem wegens een verregaande privaatrechtelijke (over)regulering voor *Drittwirkung* in feite weinig plaats laat, toch amper publiekrechtelijke autoriteiten kunnen geconstateerd worden die bereid zouden zijn te ontkennen dat constitutionele bepalingen althans toch in principe direct in de private sfeer zouden kunnen worden toegepast en bijgevolg horizontale of derdenwerking zouden hebben – merk de omslachtige, voorzichtige en bovenal negatief geredigeerde formulering op, evenals het feit dat gezien de context van het artikel en de hiervoor aangereikte opmerkingen omtrent de inhoudelijke differentiatie tussen directe en indirecte werking (in bijzonder wat publiekrechtelijke auteurs betreft) directe toepassing in deze niet noodzakelijk behoeft gelijkgesteld te worden aan directe horizontale werking-, terwijl opgemerkt wordt dat interessant genoeg privaatrechtelijke auteurs aanzienlijk terughoudender blijken te zijn).

197 België: Theunis 1997, p. 176-177 (enkel m.b.t. het gelijkheidsbeginsel); Verstegen 1991, p. 203 ('voor de meeste grondrechten'). Zo o.a. Rimanque & Peeters 1982, p. 20; Van Oevelen 1995, p. 371-373. Contra Dirix 1982, p. 49-50 (staat wel een horizontale werking van grondrechten voor maar verwerpt zowel directe als indirecte werking daar 'de eerste tekort doet aan het privaatrecht en de tweede aan de grondrechten'); Rauws & Schyvens 1982, p. 181 *et seq*. (directe werking); Willekens 1982, p. 353 (spreekt zich uit voor directe werking maar zijn argumentatie gaat eerder in de richting van de moderne opvatting van indirecte werking, zo verwerpt hij de gelding van exclusieclausules (p. 354)). Zie tevens Commissie Justitie 1998, p. 8; De Boeck 2003, p. 424; Werkgroep Titel II Grondwet 2006, p. 121-123.
Nederland: Hondius 2006, p. 128 (althans, hij stelt dat deze vorm 'may be more in line with Dutch traditions'). Contra Hesselink 2003, p. 130, voetnoot 47 (direct).
Oostenrijk: Berka 2000, p. 47; Khol 1971, p. 199-200; Korinek & Gutknecht 1980, p. 319 (uitgezonderd het grondrecht aangaande *Datenschutz*, wat *kraft positiv-verfassungsgesetzlicher Anordnung* directe werking toekomt aldus deze auteurs); Öhlinger & Stelzer 2000, p. 143; Pernthaler 1969, p. 71. Zie tevens in dergelijke zin Adamovich, Funk & Holzinger 1997, p. 29-30; Ermacora 1988, p. 34; Hinteregger 1999, p. 743 (met talrijke verdere verwijzingen in voetnoten 27 en 29); Roth 1999, p. 713; Walter & Mayer 1992, p. 549.
Portugal: Lucas Pires 1975, p. 88-90 (zie echter opmerking in hoofdtekst).
Spanje: Aguiar de Luque 1981, *n.f.*; Calvo Gallego 1995, p. 31 *et seq.*; Embid Irujo 1980, p. 204-205 (althans, zie § 3.1.2.2; naar actuele terminologie lijkt indirect de correcte noemer); Garcia Rubio 2002, p. 300 *et seq.*; García Torres & Jiménez Blanco 1986, p. 146; Pedrajas Moreno 1992, p. 33 *et seq.*; (Segado 1993, p. 223) en zie evenzeer de talrijke verwijzingen in Bilbao Ubillos 1997, p. 349, voetnoot 274. Wel merkt Brage Camazano 2006, p. 549, voetnoot 12 op dat binnen de Spaanse doctrine nog steeds geen overeenstemming terzake bestaat, doch men dient zich in deze te hoeden voor uitvergroting van enkele minderheidsstandpunten, significant is bijvoorbeeld dat reeds in 1986 een duidelijk overwicht ten

die daarbij spelen zijn het feit dat de exceptieclausules van fundamentele rechten eenvoudigweg niet aanwendbaar worden geacht in private verhoudingen[199] (een element dat in Nederland voornamelijk benadrukt wordt ten aanzien van de constitutionele grondrechten),[200] en de jurisprudentie die zich toch aan dergelijke oefening waagt meestal weinig bevredigend resultaat oplevert. Private handelingen afmeten aan clausuleringen die zien op 'noodzakelijkheid binnen een democratische samenleving'[201] of, wat de Nederland-

---

voordele van indirecte werking kon vastgesteld worden (*cf.* García Torres & Jiménez Blanco 1986, p. 41); anderzijds dient te worden erkend dat ook nog in 2002 De Domingo beweert dat 'la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional consideran que nuestra Constitución ha establecido la vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares' (De Domingo 2002, p. 261). Zie verder tevens het overzicht in Sarazá Jimena 2008, p. 95 *et seq.*

Zwitserland: Camastral 1996, p. 34-46 (in het bijzonder p. 34 & 38); Göksu 2003, p. 54; Karlen 1988, p. 270 *et seq.* (met nuances); Kiener & Kälin 2007, p. 47-49 (slechts in enkele uitzonderingsgevallen directe werking (o.a. loongelijkheid man & vrouw o.v.k. art. 8 § 3 Constitutie)); Müller 1982, p. (84-)87 (directe werking in enkele uitzonderingsgevallen); Steinmann [2004], p. 5 & 7-8 (uitzondering m.b.t. loongelijkheid man & vrouw o.v.k. art. 8 § 3 Constitutie); Tschannen 2007, p. 127-128 (uitgezonderd directe werking wanneer de Constitutie het uitdrukkelijk verordent (art. 8 § 3) of wanneer dit dwingend voortvloeit uit het beschermingsoogmerk van het grondrecht (art. 25 § 2 & 3, 28 1 & 3 betreffende resp. verenigings-, vakbondsvrijheid en stakingsrecht); anderzijds wordt nadruk gelegd op een voorhanden zijnde machtsonevenwicht bij indirecte werking (p. 128, nr. 68)). Zie tevens Aubert & Mahon 2003, p. 315 (*per* Mahon); Auer, Malinverni & Hottelier 2000, p. 59; Besson 1999, p. 252; Bucher 1987a, p. 39-40; Göksu 2002, p. 90; Häfelin & Haller 1984, p. 331; Huber 1963, p. 137 (in bijzonder voetnoot 137); Kälin 1999, p. 159-160; Müller 1978, p. 269; Müller 2001, p. 636; Wildhaber 1971, p. 343 met overwegend gelijkluidende conclusies. Vgl. Mastronardi 1978, p. 155-160.

Wat Frankrijk betreft is het problematisch ter zake te concluderen aangezien aldaar het onderscheid tussen directe en indirecte werking niet (*idem* Stern 1988, p. 1536) of althans meer in het kader van descriptie en rechtsvergelijking (Favoreu 2005, p. 110-112) wordt gehanteerd. Als *fait divers* kan opgemerkt worden dat ook in Japan indirecte werking de voorkeur geniet (Horan 1976, p. 864; Iwasawa 1997, p. 286; Iwasawa 1998, p. 90; Kitamura 1998, p. 183-184 en ook Abe & Shiyake 1977, p. 614 lijkt in deze zin te wijzen), evenals bij de enige auteur sprekende voor Liechtenstein (Frick 1996, p. 20 (zie tevens p. 15)).

198 De impressie is dat dergelijke conclusie ook buiten deze geografische sfeer opgaat. Met name Brazilië komt daarbij op het eerste zicht wel over als notoire uitzondering waar directe werking wordt geprefereerd (*cf.* o.a. Barroso 2007, p. 26-27 (genuanceerd); Sarlet 2005, p. 230 *et seq.*; Sarmento 2006a, 237 *et seq.*; zie tevens het overzicht in Pessoa da Costa 2007, p. 94-99), doch in praktijk neigt dit echter naar de 'gedifferentieerde' Portugese leer en wordt voornamelijk een casuistische benadering wat betreft de geprefereerde wijze van doorwerking voorgestaan (o.a. duidelijk bij bij Rufino do Vale 2005, p. 61-62).

199 Alkema 1995a, p. 57; Goldschmidt 1993, p. 1541; Leenders 1998, p. 149; Mak 2008, p. 48-49; Velaers 2007, p. 130; Verhey 1990, p. 38; Verhey 1992a, p. 188; Verstegen 1991, p. 203; Vermeulen 1992, p. 6. In dergelijke richting tevens Hartkamp 2000b, p. 117; Kortmann 1987, p. 49.

200 Hartkamp 2000b, p. 117; Verhey 1992a, p. 188; Verhey 2009, p. 530-531; Vermeulen 1992, p. 6.

201 *Cf.* art. 8, 9, 10 & 11 EVRM.

se constitutionele rechten betreft, slechts 'ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'[202] als grens stellen, vergt nu eenmaal een vermetele inventiviteit.

Evenzeer wijd verspreide objectie is dat het privaatrecht zich steeds een goed instrument heeft betoond tot afhandeling van litigaties, ook waar deze de krenking van een fundamenteel recht betroffen. Een inruil ten voordele van fundamentele rechten is dus niet nodig of zou zelfs desastreuze effecten kunnen ressorteren ten aanzien van het privaatrecht als systeem. Verder heet het dat direct effect tekort schiet wanneer een evenwicht tussen conflicterende rechten dient te worden gevonden, althans niet voldoende fijnmazig is.[203] Ten slotte is er ook het werkelijk klassieke argument, evenzeer gehanteerd ten aanzien van horizontale werking *in se*, dat het de private autonomie, eertijds orgelpunt van het gehele privaatrecht, al te zeer zou inperken.[204] Kortom, uitermate logische en voor de hand liggende objecties die op volkomen instemming aanspraak maken.

In vergelijking met deze gedecideerde doctrine levert de Europese rechtspraak een heel ander beeld op. Wat opvalt is *pragmatisme* en *bindingsangst*. Niet ten aanzien van horizontale werking *in se*, wel wat betreft de modaliteiten daarvan. Expliciete keuzes worden in heel de Europese rechtspraak amper gemaakt.[205] In enkele gevallen blijkt ambiguïteit zelfs doelbewust te worden gecultiveerd. Zo luidt althans de aanklacht van verscheidene Spaanse auteurs ten aanzien van het eigen *Tribunal Constitucional*.[206] Weliswaar heeft deze instantie horizontale werking erkend, maar de draagwijdte ervan wordt moedwillig vaag gehouden.[207] Tot heden kan niet decisief vastgesteld worden

202 *Cf.* art. 6, 7, 9 & 10 Constitutie.

203 In een overvloed aan referenties zie o.a. Hartkamp 2000b, p. 117; Smits 2003, p. 17.

204 Evenzeer uit omvangrijke collectie zie o.a. Preedy 2000, p. 132; Smits 2003, p. 18.

205 Vgl. tevens de voor horizontale werking in Israël centraal staande opinie van Barak in de uitspraak van het Hooggerechtshof 30 april 1992 (*Hevra Kadisha 'Jerusalem Community' v Kastenbaum*), nr. 294/91, 46 (2) *PD* 464 waar na een beschrijving van indirecte en directe werking de keuze tussen beide expliciet ontweken wordt middels de verklaring dat *in casu* indirecte volstaat (r.o. 21).

206 Vgl. in deze overigens de voorstelling opgehangen van de Portugese rechtspraak: zo stelt Abrantes in 2000 dat de (lagere) rechtbanken amper tot *recours* naartoe grondrechten worden verzocht en, indien nochtans aldus, het hierbij slechts ondergeschikte vragen betreft en applicatie van de grondrechten uiteindelijk in de regel ontweken wordt (Abrantes 2000, p. 17); in verwante optiek heet het bij Canotilho dat het *Tribunal Constitucional* zich nimmer in klare termen uitgesproken heeft omtrent de interprivaatrechtelijke werking der 'direitos, liberdades e garantias' (Canotilho 1997, p. 1274 *per* Pessoa da Costa 2007, 74). In *comparatief* perspectief (o.a. naartoe de Spaanse equivalent) vallen deze impressies nochtans eerder als hyperbolisch te kwalificeren.

207 O.a. Bilbao Ubillos 1997, p. 383 *et seq.*; Bon 1991b, p. 43; Perez Luño 1986, p. 314 (zie tevens Portilla 2000, p. 348 waar wordt gesteld dat het T.C., hoewel verscheidene van haar uitspraken het principe wel degelijk erkennen, zoveel mogelijk heeft betracht het vraagstuk als geheel te ontwijken). Een en ander vloeit voort uit de vormgeving van de 'recurso de amparo', het individuele klachtenrecht voor het T.C. (art. 162.1 b Constitutie). In de regel staat dit klachtenrecht enkel open voor wat betreft schendingen van grondrechten door de Staat, diens organen en agenten (art. 41.2 *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOTC)).

of directe hetzij indirecte werking moet worden geprefereerd.[208] Het is een equivociteit die niet slechts voortspruit uit eenvoudig stilzwijgen, zoals de gangbare tactiek is, maar onder meer in stand wordt gehouden door het feit dat sommige uitspraken, naar alle veronderstelling doelbewust, beide lezingen toelaten.[209]

In andere gevallen wordt de hoogste instantie zelf door besluiteloosheid geplaagd en faalt aldus in de voorgeschreven voorbeeldfunctie. Een typevoorbeeld is het Zwitserse *Bundesgericht*. Ooit de eerste instantie om uitdrukkelijk horizontale werking (naar sommige definities zelfs van directe aard)[210] te huldigen, nam ze er nadien weer afstand van en benadrukte expliciet het loutere afweerkarakter van grondrechten,[211] om ten slotte op het (voorlopige) einde van de rit een tussenpositie in te nemen, waarbij (meestal impliciet) uitgegaan wordt van een indirecte werking,[212] en zich aldus bij de overheersende tendens in de Zwitserse rechtspraak aan te sluiten.[213] In eufemistische termen heet dat dan dat de rechtspraak van het *Bundesgericht* niet onder één

---

Het T.C. ontfermt zich echter evenzeer over zuiver privaatrechtelijke geschillen (zie *in globo* Embid Irujo 1980, p. 194 *et seq.*; secundair Bon 1991b, p. 44) op basis van de assumptie dat een eventuele schending toegerekend dient te worden aan het falen van de instantie ten gronde om een afdoende bescherming van grondrechten te verzorgen ('asunción judicial', in feite een ruime interpretatie van art. 44.1 b LOTC hetwelk klachten toelaat voor schendingen die onmiddellijk en rechtstreeks hun oorzaak vinden in een daad of nalaten van een rechtsinstantie). Naar het kritisch oordeel van Bilbao Ubillos 1997, p. 383 verschuilt het T.C. zich maar al te welwillend achter dit leerstuk teneinde niet in de details van de derdenwerkingcontroverse te hoeven treden; andere auteurs leiden uit deze techniek echter een voorkeur van het T.C. voor indirecte werking af (Abrantes 2000, p. 100 en de referenties aldaar) of in een enkel geval zelf een neiging tot directe werking wat bepaalde grondrechten betreft (Martínez Estay 1998, *n.f.*).

208 Vgl. Bastida Freijedo 2004, p. 192 waar gesproken wordt van een 'eficacia directo matizada' (d.w.z. genuanceerd direct effect), evenwel met dien verstande dat directe werking aldaar wel een zeer ruime invulling wordt toegedicht.

209 Brage Camazano 2006, p. 549, voetnoot 12. Zie tevens voetnoot 207 en Bilbao Ubillos 1997, p. 384, voetnoot 3 waar evenzeer op de simultaan tegenstrijdige lezing van de T.C.-rechtspraak binnen de doctrine wordt gewezen.

210 BGer 23 augustus 1878, (4) *BGE* 1878, 434. Zo o.a. Karlen 1988, p. 276; Saladin 1982, p. 315; Zäch 1989, p. 3. Het grondrecht werd rechtstreeks, zonder gebruik van open normen gehanteerd. Weliswaar is anderzijds geen referentie aan exclusieclausules naspeurbaar, maar *in casu* dergelijke vereiste opleggen zou anachronistisch zijn, de desbetreffende bepaling bezat immers, naar toenmalig heersende praktijk, geen exclusieclausule.

211 Meest bekend is de zaak *Seelig* (BGer 2 februari 1954, *BGE* 80 II, 26): Filmcriticus Seelig had een negatieve bespreking afgeleverd op een in een bepaalde cinema lopende film en werd daarop door de eigenares ervan de toegang ontzegd. Seelig's aanspraak voor het Bundesgericht alsdat hij in zijn 'privatrechtlichen Presse- und Informationsfreiheit' (28 ZGB *jo* art. 55 BV) geraakt zijn zou werd afgewezen op motivatie dat de in art. 55 BV verankerde persvrijheid enkel verticale verhoudingen betrof. De zaak werd in latere doctrine overwegend bekritiseerd, zo o.a. Saladin 1982, p. 72, 86, 304, 317, instemmend anderzijds Bucher 1987a, p. 42.

212 Camastral 1996, p. 38. Vgl. Mastronardi 1978, p. 115 *et seq.*

213 Saladin 1982, p. 319; Saladin 1988, p. 382-383; Zäch 1989, p. 7.

noemer te brengen is.[214] Zelf heeft ze alvast weinig aandrang ten toon gespreid om deze onzekerheid uit de wereld te helpen.[215] In dergelijke wispelturigheid staat het *Bundesgericht* overigens niet alleen. Evenzeer de (hoogste) Italiaanse rechtspraak had oorspronkelijk een direct karakter[216] om daarna eerder het pad der indirecte werking te vervolgen[217] en ook het Duitse *Bundesarbeitsgericht* (evenals in mindere mate het *Bundesgerichtshof*)[218] heeft geruime tijd vastgehouden aan directe werking[219] vooraleer zich uiteindelijk tot de in Duitse rechtspraak heersende[220] leer van indirecte werking te bekeren.

Daarenboven, ook al kan in een bepaald rechtssysteem uiteindelijk van een binnen de rechtspraak gevestigde en *quasi* unaniem gedeelde preferentie voor de ene of de andere werking gesproken worden, toch schijnt dit niet te beletten dat incidenteel en zonder de minste begronding ook de tegenhanger weer eens toepassing vindt. Zo geniet in België en Nederland overduidelijk indirecte werking de voorkeur,[221] doch wordt af en toe ook weer eens de leer der directe werking gefrequenteerd.[222] Het hoe en waarom van dergelijke wissels in doorwerking is een volkomen enigma, uitleg wordt in deze jurisprudentie nimmer verschaft en enig patroon valt niet te ontdekken.[223] Dit ontbre-

214 Camastral 1996, p. 38; Stern 1988, p. 1535. Vgl. Häfelin & Haller 1984, p. 331; Müller 1982, p. 83.

215 Zie bijvoorbeeld BGer 18 juni 1985, *BGE* 111 II, 245 alwaar de keuze tussen directe en indirecte werking expliciet wordt ontdoken ('Eine abschliessende Stellungnahme zu diesen umstrittenen Modalitäten der Drittwirkung ist hier nicht nötig') en tenslotte op veilig wordt gespeeld met de vaststelling dat alvast indirecte werking zo goed als algemeen aanvaard is.

216 Saladin 1988, p. 383, voetnoot 59; Zagrebelsky 1982, p. 323.

217 *Cf.* Ritterspach 1987, p. 418; Onufrio 2007, p. 6 (genuanceerd); Stern 1988, p. 153. Vgl. de generale observatie bij Favilli & Fusaro 2007, p. 278 alsdat '[i]n their interpretative activity, wherever this might be necessary, Italian courts may recur to what we could define as forms of mittelbare Drittwirkung […]. In a much more limited set of cases, characterised by the total absence of applicable legislation, a court will try to base its decision directly upon some constitutional provision in the form of unmittelbare Drittwirkung').

218 Zie o.a. Hollstein 2005, p. 256 en referenties aldaar.

219 Zie hoofdstuk 2, voetnoot 30.

220 O.a. Ellger 2001, p. 162.

221 Zie m.b.t. Nederland o.a. Burkens 1989, p. 184; De Graaf & De Haas 1984, p. 1356; Hartkamp 2000b, 117-118; Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 246; Kortmann 1987, p. 47; Kortmann 1989, p. 236; Verhey 1992a, p. 180. Zoals reeds opgemerkt vermelden Kortmann & Bovend'Eert 2000, p. 147, no. 358, evenwel geheel ten onrechte, dat enkel indirecte werking plaatsgrijpt.

222 Voor België zie o.a. Arbh. Brussel 24 november 1977, *J.T.T.* 1978, 63; Arbrb. Brugge 13 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, p. 79 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 83); Arbrb. Nijvel 8 februari 2002, *J.T.T.* 2002, 181; Velaers 2007, p. 142. Voor Nederland o.a. Vzr. Amelo 8 juni 2005, *WR* 2005, nr. 104; Rb 's-Gravenhage, sector kanton 16 augustus 2005, *WR* 2005, nr. 103.

223 Naar oordeel van Verhey 1992a, p. 188 zou aan internationale fundamentele rechten (in bijzonder valt te denken aan EVRM) wel veelvuldiger directe werking worden verleend dan aan Nederlandse equivalenten. Het is een these die, zeker wat de meer recente rechtspraak betreft, valt te onderschrijven. Daartoe valt *in abstracto* reeds te refereren aan het

ken van enige rode draad in de privaatrechtelijke toepassing van grondrechten is een kenmerk waarop ten aanzien van de Nederlandse rechtspraak in zijn algemeenheid wel meer is geduid.[224] Nochtans behoort de Nederlandse rechtspraak in dit opzicht niet gestigmatiseerd te worden; in feite is het een conclusie die opgaat ten aanzien van de meerderheid der Europese jurisprudentie.

Nu dient evenwel opgemerkt te worden dat het onderscheid, en dus ook de keuze, voor directe of indirecte werking naar *huidige praktijk* weinig uitmaakt, de resultaten door beide technieken bekomen zijn in de regel immers gelijkaardig.[225]

Belangrijker is de conclusie wat deze heersende voorkeur voor indirecte werking nu betekent voor de analyse van de horizontale werking van grondrechten in het geheel. De (preferentie voor) indirecte werking reduceert immers

---

feit dat de Nederlandse grondrechtsbepalingen zich nu eenmaal minder tot directe werking lenen (zie voetnoot 200), wat tegelijk ook de verklarende factor vormt, maar het gegeven wordt evenzeer door de feitelijke analyse ondersteund. Nochtans past enig voorbehoud in die zin dat de internationale fundamentele rechten, opnieuw in bijzonder het EVRM, een frequentere toepassing kennen en, bij uitvergroting, dus ook meer exponenten van directe werking opleveren; proportioneel beschouwd betekent dit dan dat deze differentiatie relatiever van aard is dan absolute cijfers suggereren.

224 O.a. De Jonge 1997, p. 17; Van der Pot & Donner 1995, p. 223; Verhey 1992a, p. 180, 187. Overigens dient nogmaals benadrukt te worden dat het onderscheid tussen directe en indirecte werking (ook) in de Nederlandse rechtspraak veelvuldig geheel onduidelijk is. Niet enkel speelt daarbij het gebrek aan uniforme definitie, maar ook de onbestemdheid van fundamentele rechten (o.a. de exceptieformule van 'ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' in de Nederlandse grondwet maakt soms hard te onderscheiden of het grondrecht hierdoor *in casu* wordt beperkt (directe werking), of omgekeerd een dergelijke privaatrechtelijke verantwoordelijkheidsbepaling (merk op dat de Nederlandse jurisprudentie hieronder ook bv. 6:162 BW (de algemene onrechtmatige daadsclausulering) verstaat) middels grondrechten wordt ingevuld of verlicht (indirecte werking) of eventueel zelfs geen werkelijk effect naspeurbaar is en slechts een privaatrechtelijke norm zelf tot verdere ontwikkeling is gebracht (*cf.* de commentaar van Van der Burg 1983, p. 1548 bij HR 24 juni 1983 dat de HR geen doorwerking aan art. 7 Constitutie via het portaal van de toenmalige onrechtmatige daadsnorm van 1401 BW had verleend, maar slechts deze laatste norm verder heeft ontwikkeld), en het feit dat ook Nederlandse rechtsinstanties nogal eens ambigu terzake durven zijn (*cf.* o.a. HR 9 januari 1987 (Edamse bijstandmoeder), *NJ* 1987, 928 alwaar *in casu* de HR de aanwendbaarheid erkende van een recht op privacy 'dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 ECRM' en welk kan worden beperkt 'in aansluiting op art. 8 lid 2 ECRM', kortom een verwijzing naar – in contemporaine terminologie – indirecte respectievelijk directe werking).

225 Idem o.a. Abrantes 2000, p. 105; Cotino Hueso 2007, p. 97 ('los efectos prácticos se distancian bien poco'); Fedtke 2007, p. 155-156; Fromont 1977, p. 61 ('la différence [...] est probablement plus verbale que réelle'); Heldrich & Rehm 2001, p. 127; Kumm & Ferreres Comella 2005, p. 244 & 246 *et seq.*; Lepa 2005, p. 262; Lindenbergh 2004, p. 979; Nordemann 1962, p. 73 ('Spiel mit Worten'); Onufrio 2007, p. 8(-)11; Sommeregger 2005, p. 50. Vgl. Kumm 2006, p. 352 *et seq.* (vertrekkende vanuit een eerder publiekrechtelijke conceptie op het onderscheid tussen directe en indirecte werking); Van der Heijden 1988, p. 24 ('hoewel de betekenis van dit verschil in benadering niet moet worden overschat'). Contra De Ly 1992, p. 1143, voetnoot 25 (deze stelling wordt echter niet onderbouwd noch geeft deze auteur in de overige analyse van het leerstuk blijk van een meer dan louter oppervlakkige kennis van derdenwerkingrechtspraak).

ten zeerste de (potentiële) invloed die de publiekrechtelijke grondrechten uitoefenen op het privaatrecht. Deze aanwending heeft in vergelijking tot directe werking namelijk als belangrijke implicatie dat ze de grondrechten reduceert tot loutere vertegenwoordigers van de waarden waarvan ze de expressie vormen. Immers, de enige kwalitatieve meerwaarde die grondrechten benevens hun gecodificeerd karakter bezitten, namelijk hun uitgebalanceerd karakter door middel van beperkingsclausules (als richtlijnen die aangeven onder welke voorwaarden het belang dat de grondrechten voorstaan kan wijken voor andere beschermingswaardige belangen), wordt bij indirecte werking volkomen genegeerd. De enige functie die voor het grondrecht rest is bijgevolg die van kenbron van fundamentele waarden.

De vraag die dan rijst is in hoeverre deze werking dan nog een daadwerkelijk effect dekt.[226] Van effect kan immers slechts gewag gemaakt worden indien het grondrecht impact heeft op de uiteindelijke rechterlijke besluitvorming. Daar bij indirecte werking de voornaamste functie van grondrechten deze van kenbron is, zal dit effect niet al te hoge toppen scheren. *In se* kan van een rechter immers worden verwacht dat hij ook zonder verwijzing naar Constitutie of Verdrag de fundamentele waarden van een samenleving herkennen zal.[227] Voor de opkomst van de *Drittwirkung*-theorie heeft hij deze evengoed opgespoord uit de algemene rechtsbeginselen die mede aan de grondrechten ten grondslag liggen.[228] Nee, meestal ligt de enige waarde die het grondrecht bij indirecte horizontale werking heeft nog een niveau lager. Het grondrecht fungeert niet tot herkenning doch louter tot erkenning van fundamentele waarden, als middel tot motivering.[229] Dergelijke toepassing is op zich niet als bezwaarlijk aan te merken, doch het plaatst op zijn minst het grote verhaal over de intrusie van grondrechten in het privaatrecht in een ironisch daglicht. De werking is immers geen 'effect' in de gangbare betekenis, het is geen invloed, geen inwerking. Daarenboven kan de vraag gesteld worden of zelfs deze louter formele aanwending steeds noodzakelijk is; de meerwaarde om in gevestigde rechtspraak plots bepaalde belangen in fundamentele rechten te vertalen is niet steeds geheel duidelijk.

226 Idem Vermeulen 1993, p. 16.

227 Zie tevens § 6.2.1.

228 Vgl. bijvoorbeeld Advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 1975/1976, 13 872, nr. 4, 'In de civiele rechtspraak is daarentegen vrijwel steeds steun gezocht in algemene rechtsbeginselen die mede aan de grondrechten ten grondslag liggen en juist niet in de positiefrechtelijke formulering der grondrechten. [...] De rechtsverhouding tussen burgers onderling dient naar 's Raads oordeel te blijven beheerst door algemene rechtsbeginselen, welker uitwerking voor de verhouding tussen overheid en burger haar positivering dient te vinden in – onder meer – de grondrechten'.

229 Zie in detail § 5.2.

3.3.2 Grondrecht

Hoewel bij horizontale werking technisch gezien geen onderscheid wordt gemaakt tussen fundamentele rechten, is het evident dat een dergelijke differentiatie zich in praktijk wel doorzetten zal. Vooreerst doordat sommige grondrechten zich nu eenmaal beter tot gelding *inter privatos* lenen dan anderen. Zo bijvoorbeeld biedt het stemrecht hiertoe weinig perspectief, terwijl onder meer het recht op vrijheid van meningsuiting heden sterker vertegenwoordigd is in de horizontale dan verticale dimensie. Daarnaast zijn nog twee meer subtielere divisies merkbaar. De eerste, het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten, is voor de hand liggend en voor het overige van relatief belang. De tweede, het onderscheid tussen de nationale grondrechtencatalogi en het EVRM (*et al.*) is delicater geworteld en uiteindelijk van merkelijk meer gewicht, o.a. met het oog op de aanspraak van horizontale werking als middel tot Europese rechtsconvergentie.[230]

3.3.2.1 Klassieke vs. sociale grondrechten

Dat klassieke en sociale grondrechten, reeds in hun verticale geldingssfeer met een onderscheiden werking geconcipieerd (en bijgevolg geredigeerd), ook in de interprivatelijke sfeer geen gelijke gelding toekomt is vanzelfsprekend.[231] Waar zelfs de Staat deze laatste meestal beschouwt als programmanormen, kan amper worden verwacht dat ze het individu binden.[232] Alle

---

230 Zie uitvoerig *infra* § 7.2.

231 Merk evenwel op dat bij de Nederlandse grondwetsherziening van 1983 vanwege de regering beoogd werd de distinctie tussen beide klassen te relativeren (daarbij verband houdende met de keuze ze in een enkel hoofdstuk in de Constitutie in te schrijven (*cf.* Koekkoek & Konijnenbelt 1982, p. 5)) en in aansluiting de instemmende visie t.a.v. horizontale werking ook de sociale grondrechten betrof (*cf.* o.a. *Kamerstukken II* 1975/76, 13 873, nr. 3, p. 5 ('Grondrechten kunnen op uiteenlopende wijzen en ook in meer en minder ver gaande mate in horizontale verhoudingen doorwerken. Hier een duidelijke scheidslijn aanbrengen tussen klassieke en sociale grondrechten zou in hoge mate arbitrair zijn. Bovendien zou de rechtsontwikkeling op het stuk van de horizontale werking zich wellicht van die scheidslijn weinig aantrekken'); zie tevens o.a. Alkema 1995a, p. 44).

232 Contra Vlemminx 1994, p. 57-64 (evenwel op basis van een ruime invulling van het begrip horizontale werking). Vgl. tevens de opmerking in voetnoot 231 en de in Belgische parlementaire stukken naspeurbare opmerking, gemaakt onder de uitdrukkelijke noemer van horizontale werking, dat 'waar de taak van het individu met betrekking tot de eerste generatie grondrechten in de meeste gevallen beperkt blijft tot het erkennen van de rechten van anderen, zijn de rechten van de tweede generatie automatisch en onlosmakelijk verbonden met de plicht van de burger om mee te werken aan de sociale en economische vooruitgang van de maatschappij waarin hij leeft' (Herziening van de titel II van de Grondwet, door invoeging van een artikel 24*bis* betreffende de economische en sociale rechten, *Parl. St.* Senaat, B.Z. 1991-92, nr. 100-2/3°, p. 11). Uit dergelijke verklaringen zou ten onrechte kunnen afgeleid worden dat horizontale werking zich met een verhoogde vanzelfsprekendheid & slagkracht oplegt ten aanzien van sociale grondrechten dan bij de klassieke het geval is.

naspeurbare retoriek met betrekking tot het *Sozialstaatsprinzip*[233] en equivalente normen,[234] hoewel deze juist voor een groot deel aan de grondslag liggen van het bestaan van derdenwerking zelf, doet daaraan niet af. Dat sociale grondrechten helemaal geen horizontale werking verkrijgen is daarmee niet gezegd, evenwel gaat dat dan in de regel in verheelde vorm, namelijk worden zij aangewend als eerder onbepaald principe in combinatie met een meer applicabel geacht grondrecht zoals bijvoorbeeld het gelijkheids- of non-discriminatiebeginsel.[235] Geheel uitdrukkelijke, autonome werking is in vergelijking schaars, maar niet uitgesloten. Zo werd in Nederland reeds (directe) werking verleend aan art. 6 van het Europees Sociaal Handvest bij stakingsacties[236] en in België werd verscheidene malen art. 23 Grondwet, betreffende het recht op menswaardig leven met daaronder expliciet inbegrepen het recht op een behoorlijke huisvesting,[237] aangewend om kansarmen enige respijt te geven ten aanzien van de verhuurder[238] of elektriciteitsleverancier.[239] Wel lijken

233 Zie § 2.2.1.

234 Onder meer valt daarbij te denken aan art. 2 van de Italiaanse Grondwet ('La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale'). Zie wat de judiciële toepassing daarvan betreft o.a. hoofdstuk 4, voetnoten 58, 60, 61, 150 & 153 en hoofdstuk 7, voetnoot 53.

235 *Cf.* Van Hoof 1998, p. 14-15; Verhey 1992a, p. 173. Zie tevens Alkema 1995a, p. 42; Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 223. Met betrekking tot de effectuering van sociale grondrechten via andere rechten en principes in het algemeen zie Heringa 1989, p. 288-305.

236 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688. Interessante jurisprudentie is verder HR 22 januari 1988 (Maimonides), *NJ* 1988, 891 (Ouders beriepen zich op (*inter alia*) art. 2 Eerste Protocol EVRM (betreffende het recht op onderwijs) ten aanzien van de Joodse Maimonides school welke geweigerd had hun kind in te schrijven als zijnde niet strikt Joods; de Hoge Raad verwierp dit middel motiverende dat voornoemd fundamenteel recht wel een aanspraak ten aanzien van de Staat grondt, maar niet ten aanzien van een particuliere instelling welke het geprefereerde onderwijs verzorgt, daarenboven staat het dergelijke instelling op basis van art. 23 Gw. (vrijheid onderwijs te verschaffen) juist vrij om (behoudens bijzondere omstandigheden, *quod non in casu*) de inschrijving van een kind te weigeren (vgl. het verwante HR 9 april 1976, *NJ* 1976, 409 (waarin ouders weigerden hun kinderen te laten deelnemen aan lessen religieuze en seksuele opvoeding als zijnde in strijd met de encycliek *Humanae Vitae*, terwijl de school weigerde de kinderen daarvan te excuseren; ook hier werd van de zijde van de ouders tevergeefs een beroep gedaan op (*inter alia*) art. 2 Eerste Protocol EVRM), hoewel het daarbij dan om de klassieke vrijheid van en niet het sociale recht op onderwijs gaat (*cf.* Alkema 1988, p. 3061))). Tevens kan, meer als *amuse*, worden verwezen naar Rb. Dordrecht 1 september 1997 (weergave in HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 711) waar een zus tot verkrijgen van onderhoudsuitkering van haar broer met wie ze in één huis samenleeft onder meer art. 20 lid 3 Grondwet aanhaalt (recht op bijstand van overheidswege), welke aanspraak wordt afgewezen daar deze bepaling(en) 'slechts de overheid regarderen' (merk overigens op dat de rechter zich hiermee tevens uitspreekt ten aanzien van o.a. art. 8 EVRM en daardoor in feite het bestaan van horizontale werking *tout court* lijkt te ontkennen).

237 Zie tevens Vred. Grâce-Hollogne 17 december 1999, *J.L.M.B.* 2000, 898; Vred. Oostende 1 juni 2005, *Res. Jur. Imm.* 2005/4, 324 (m.b.t. bewoonbaarheid).

238 Zie hoofdstuk 4, voetnoot 96.

deze landen daarmee in het Europees kader als eerder vooruitstrevend aan te merken,[240] doch dat is een voorzichtige hypothese welke wegens de doorheen Europa exponentieel groeiende maar somtijds obscure derdenwerkingjurisprudentie enerzijds en het sowieso beperkt aandeel van sociale grondrechten daarin anderzijds, moeilijk te falsifiëren valt.

3.3.2.2 Constitutie vs. EVRM

Horizontale werking betekende oorspronkelijk de applicatie van de eigen, nationale grondrechtencatalogus. Internationale bronnen, werden, *in globo* althans, pas in een later stadium en slechts geleidelijk binnen deze sfeer betrokken. Van aanvang tot heden zou deze import zo goed als uitsluitend EVRM-normen betreffen. Typerend voor het reeds gesignaleerde pragmatische karakter van de judiciële instanties in aangelegenheden als deze, is dat aan de eertijds rijke academische discussie omtrent de horizontale werking van dit laatste instrument,[241] vlot lijkt te zijn voorbijgegaan.[242] Wat slechts kan

---

239 Rb. Charleroi (kg.) 19 januari 2000, *TBBR* 2000, 590 (Levering elektriciteit en gas aan vrouw met twee jonge kinderen werd wegens aanzienlijke achterstallen in het midden van de winter stopgezet door leverancier. Deze toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus*, in het licht van de sociale en familiale toestand van de klant enerzijds en de monopoliepositie van de met een taak van openbare dienstverlening belaste leverancier anderzijds, is manifest in strijd met de menselijke waardigheid, specifiek art. 23 Constitutie (waarvan de horizontale werking expliciet wordt erkend; zie deels kritisch m.b.t. de noodzaak dezer referentie Fierens 2000, p. 598-600), en maakt alhier rechtsmisbruik uit). Vgl. Hof Brussel 24 december 1992 (kg.), *Iuvis* 1994, 203 (met kritische noot P. Bouwens) waar een gelijkaardige conclusie werd bereikt op basis van het recht van eenieder een leven te leiden 'conforme à la dignité humaine' zonder dat uitdrukkelijk naar grondrechten verwezen wordt. Merk m.b.t. dit casustype anderzijds op dat de rechtsverhouding tussen beide partijen (contractueel of reglementair) voorwerp van debat uitmaakt binnen de rechtsleer (o.a. Fierens & Wéry 2001, p. 81, voetnoot 16) en bijgevolg mogelijk niet van een zuivere derdenwerking kan gewaagd worden.

240 *Contra* Hesselink 2003, p. 128 (voetnoot 39) welke juist een achterstand van Nederland in deze suggereert. Het is een divergentie die voortvloeit uit het feit dat deze auteur de applicatie van de typische na-oorlogse solidariteitsclausules (*cf. Sozialstaatsprinzip etc.*) in combinatie met reguliere privaatrechtsnormen of klassieke grondrechten als horizontale werking van sociale grondrechten aanmerkt.

241 Pro: Boukema 1966, p. 245 *et seq.*; De Meyer 1974, p. 251 *et seq.* (m.b.t. art. 8; zie in bijzonder mondelinge toelichting te p. 278); Drzemczewski 1979, p. 168; Echterhölter 1956, p. 143; Eissen 1961, p. 168 *et seq.*; Eissen 1971, 151 *et seq.*; Jescheck 1954, p. 785; (Sperduti 1976, p. 575-576); Tammes 1962, p. 165; Van Emde Boas 1965, p. 66-67; Vasak 1964, p. 78-79; Velu 1970, p. 266; Velu 1974b, nrs. 15-16 & p. 75 *et seq.* (specifiek m.b.t. art. 8); Vermeulen 1965, p. 54. Contra: Golsong 1958, p. 18; Guradze 1968, p. 22 (Genuanceerd. De meeste normen zijn duidelijk op verticale verhoudingen gericht en daarenboven zou bedenkelijk zijn er een draagkracht aan te verlenen die de verdragsstaten (met name daar derdenwerking toenmaals buiten Duitsland zo goed als onbekend was) niet voor ogen stond. Anderzijds kan geen bezwaar bestaan tegen de aanwending van de Conventie tot invulling onbestemde rechtsbegrippen); Khol 1971, p. 200; Kyriacopoulos 1957, p. 286; Leisner 1960, p. 334, voetnoot 114i (uiterst genuanceerd); Morvay 1961, p. 319-321; Partsch 1962, p. 298-299. Zie globaal en meer recent m.b.t. deze problematiek o.a. Alkema 1990, p. 36 *et seq.*; Bilbao

waargenomen worden is rechtspraak die, uiteraard afhankelijk van de wijze en gradatie van incorporatie van de Conventie binnen de nationale rechtsorde, de hierin vervatte normen zonder nadere begronding toegepast als eenvoudig equivalent van de constitutionele tegenhangers. Op werkelijk substantiële tegenstand dienaangaande lijkt deze jurisprudentie niet te stuiten.

Evenwel is het niet zo dat de doorwerking in alle systemen even manifest is. In sommige wordt hen slechts sporadisch een minieme bijrol gegund, wijl ze in andere *en masse* en prominent ten tonele worden gevoerd. Een eenduidig element dat deze diversiteit verklaart bestaat niet, wel speelt een rits aan onderscheiden factoren.

Enerzijds zijn er landen als Spanje en Portugal welke zelf in het bezit zijn van een recente en extensieve grondrechtencatalogus. Daar deze enumeraties zowel in materieel als substantieel opzicht superieur worden beschouwd ten aanzien van de Conventie (en zich hierdoor tijdens de redactie eventueel zelfs geïnspireerd wisten), is een toevlucht tot dit instrument minder voor de hand liggend.[243] Uitgesloten dat de normen uit de Conventie in een horizontale context opduiken is daarbij niet, doch dergelijke referenties zijn overwegend van subsidiaire aard.[244]

Ubillos 1997, p. 338 *et seq.*; Clapham 1993, p. (163-)165 *et seq.*; Debet 2002, p. (65-)66 *et seq.*; Drzemczewski 1983, p. 199 *et seq.;* Ellger 1999, p. 634 *et seq.*; Garlicki 2005, p. 130 *et seq.*; Guradze 1968, p. 20-22; Spielmann 1995, p. 17 *et seq.*; Spielmann 1998, p. 151 *et seq.*; Spielmann 2007, p. 427 *et seq.*; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 22 *et seq.*; Verhey 2009, p. 520 *et seq*. (en secundair Alen 1995, p. 505-506; Bleckmann 1995, p. 312 *et seq.*; De Fontbressin 1995, 157-164; Dröge 2003, p. 81 (*et seq.*); Lalaut 1999, p. 554-555 (*et seq.*); Loebenstein 1988, p. 271-272; Sudre 2008, p. 253 *et seq.*; Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 105 *et seq.*; Vázquez 2005, p. 937-938; Velu 1981, p. 31 *et seq.*).

242 Soortgelijk Bax & Willekens 1981, kol. 67 m.b.t. enige Belgische rechtspraak.

243 Hoewel Spanje in de regel nochtans befaamd is voor zijn jurisprudentiële referentie aan EVRM & EHRM (*cf.* Velu 1993, p. 543; Krisch 2008, p. 187-188 en secundair Rodríguez 2001, p. 403).

244 Zie voor Portugal bijvoorbeeld T.C. 11 februari 1988 (nr. 99/88), *DR*, II, nr. 193, 22 augustus 1988, 7642 (Vraag naar de applicatie van het EVRM kan buiten beschouwing worden gelaten aangezien *in casu* de constitutionele grondrechten behoren te worden toegepast; niettemin wordt gepreciseerd dat de internationale bronnen eventueel wel kunnen fungeren als hulpmiddel bij interpretatie doch dit iets geheel anders is dan hun applicatie als autonoom criterium ('E no contexto deles, quando muito, é que poderiam levar-se em conta os instrumentos internacionais invocados, enquanto elementos coadjuvantes da clarificação do sentido e alcance dê tais normas e principios. Isso, porém, seria coisa diversa de tomá-los como padrões autónomos de um juízo de constitucionalidade […]')); Illustratief zijn tevens STJ 24 oktober 1995 (nr. 87.187), *CJ* 1995, III, 75 en STJ 9 januari 1996 (nr. 87.941), *Boletim Min. Justiça*, nr. 453, p. 417 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 66) waarin gerefereerd wordt aan bepalingen uit het UVRM en het EVRM om dan slechts te vervolgen dat ook de Portugese Constitutie (evenals regelgeving van privaatrechtelijke aard) de daarin vervatte waarden belichaamt en de litigaties ook exclusief op deze laatste basis worden afgehandeld; zie voor het overige wat referenties naar het EVRM betreft o.a. STJ 15 januari 2002 (nr. 02B2751); STJ 2 maart 2004 (nr. 04A043). Wat Spanje betreft kan als typevoorbeeld onder meer worden verwezen naar T.C. 13 februari 1985 (19/1985), *BOE* 5 maart 1985 (nr. 55) (zie hoofdstuk 4, voetnoot 78) waar eiser refereert aan de vrijheid van religie in Grondwet, UVRM, IVBPR

Verder zijn er landen waar de grondrechtencatalogus niet zeer recent is, maar wel een zeker daaraan verbonden chauvinisme als barrière tegen externe invloeden fungeert. Te denken valt daarbij aan Duitsland en Frankrijk. Uiteraard is het gewaagd dergelijk gevoelsgeladen motief als verklarend element te hanteren ten aanzien van wat naar heersende opinie als een zuiver technisch-juridisch element in rechtsleer kan worden beschouwd, doch nieuw is deze zienswijze niet. Zowel met betrekking tot Frankrijk als Duitsland zijn in het kader van algemene grondrechtsleer of jurisprudentiële rechtsvergelijking reeds door anderen dergelijke bedenkingen gemaakt.[245] Wel zou het deze rechtssystemen onrecht doen ze zonder meer te herleiden tot dit enkele aspect of hen als identieke exponenten te beschouwen, de realiteit is rijker geschakeerd.

In Duitsland werd het EVRM zelfs opvallend snel in horizontale context gehanteerd,[246] maar dat zette zich nimmer exponentieel door. *In globo* vermag het Verdrag niet op te tornen tegen het hoge aanzien[247] dat het *Grundgesetz* in Duitsland geniet. Algemeen gevestigde opvatting is dat de nationale grondrechtencatalogus in een substantieel minstens evenwaardige of zelfs superieure bescherming voorziet,[248] en daarenboven gegarandeerd wordt middels een meer effectief sanctiemechanisme; een enkele waarnemer herleidde deze perceptie zelfs tot 'legal nationalism prevails'.[249] Gevoegd bij meer systeemtechnische aspecten, zoals het subaltern karakter van de Conventie in het Duitse rechtssysteem,[250] betekent dit dat voor het EVRM in derdenwerkingliti-

---

en het EVRM, maar het T.C. enkel aandacht besteedt aan de grondwetsbepaling; verder o.a. T.S 29 april 2003 (nr. 431/2003) (summiere referentie art. 8 EVRM); T.S. 11 mei 2001, *RJ* 2001, 6197 (extensieve referentie doch beperkte applicatie te FD 7) (vgl. overigens de generale, niet op derdenwerking maar op algemene toepassing van het EVRM doelende opmerking van Krisch alsdat het Spaanse T.C., hoewel soms een nauwe band erkennend, zich in de regel bedient van meer ambigue formuleringen waarbij het EVRM wordt getypeerd als 'interpretatiecriterium', dat dient te worden 'in rekening genomen' of de constitutionele interpretatie te 'oriënteren' (Krisch 2008, p. 189)).

245 Zie o.a. Örücü 2003, p. 231; Weiss 2003, p. 60 (Duitsland) en Heuschling 2003, p. 26 (Frankrijk). Zie overigens m.b.t. EVRM-toepassing expliciet aan chauvinisme refererend Bigot 2002, p. 1381.

246 O.a. LG Mannheim 12 augustus 1955, *NJW* 1956, 384 ('Das Recht des durch eine Pressemeldung Betroffenen auf Abdruck einer von ihm verfaßten Gegendarstellung ist ein Ausfluß des gemäß Art. 10 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten […] zu den unveräußerlichen Menschenrechten gehörenden Rechts auf freie Meinungsäußerung und hat insoweit zivilrechtlichen Charakter' (zie kritisch Greiff 1956, p. 385)). Zie tevens BGH 20 mei 1958, *BGHZ* 27, 284 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 52); OLG Celle 30 september 1964, *NJW* 1965, 362 (Strafzaak; toepassing, naast bepalingen uit de Constitutie, van art. 8 EVRM met betrekking tot vertrouwensrelatie tussen patiënt en geneesheer); Morvay 1961, p. 317-318.

247 Weiss 2003, p. 52.

248 O.a. Ellger 1999, p. 662; Ellger 2001, p. 178; Hess 2005, p. 550; Weiss 2003, p. 52.

249 Örücü 2003, p. 231.

250 Terzake de incorporatie van het EVRM binnen het Duitse rechtssysteem zie onder meer Bergmann 2004, p. 621-622; Beljin 2005, p. 556 *et seq.*; Ellger 1999, p. 629 *et seq.*; Ellger 2001, p. 164-165; Häde & Jachmann 1996, p. 633.

gaties slechts een marginale rol is weggelegd. In de regel wordt voornamelijk naar deze bron teruggegrepen wanneer de conventierechten zoals gedefinieerd door de Straatsburgse rechtspraak een nauwere aansluiting bij gewijzigde sociale opvattingen vertegenwoordigen dan de nationale equivalenten zoals geïnterpreteerd door het *Bundesverfassungsgericht*;[251] kortom, beter de *Zeitgeist* incorporeren.[252] Subsidiair zou ook het feit dat een litigatie transnationale franjes bezit applicatie van de Conventie in de hand werken. Zo stelt althans Ellger,[253] die in dit opzicht refereert aan een uitspraak van het *Amtsgericht* van Tauberbischofsheim.[254] In deze zaak, een gewone twist omtrent de bevoegdheid van de huurder een satellietschotel in het gehuurde goed aan te brengen, wordt de informatievrijheid gehanteerd middels art. 10 EVRM[255] in voorrang op het equivalente art. 5 *Grundgesetz*, naar oordeel van Ellger omdat het hier een Turkse huurder betrof die Turkse televisie-uitzendingen betrachtte te ontvangen. Hoewel het uitgangspunt dat grensoverstijgende elementen ook meer uitnodigen tot toepassing van transnationale regels in al zijn logica als te vanzelfsprekend treft om te kunnen worden aangevochten, dient het aan de hand van Ellger's eigen voorbeeld in perspectief te worden geplaatst. Naast de uitspraak van het *Amtsgericht* Tauberbischofsheim zijn immers weinig verwante uitspraken waarin de rechten uit de Conventie hun opwachting maken waarneembaar, en daarenboven tonen deze *rari nantes* zich dienaangaande weinig begeesterd.[256] Anderzijds kan wel snel een overvloed

251 Voornamelijk in aangelegenheden van familierecht o.a. m.b.t. omgangsrecht (LG Zweibrücken 3 juni 1996, *FamRZ* 1997, 633 (Natuurlijke vader kan aanspraak maken op contact met buitenechtelijk kind, maar zulks dient geweigerd te worden wanneer dit de psychische gezondheid van het kind in gedrang brengt; zie tevens Ellger 2001, p. 169-170) en in het verleden, hoewel het horizontale karakter onzuiver is, gezamelijke voogdij over buitenechtelijke kinderen (Zo bepaalde §1705 BGB tot de hervorming van 1997 (Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts 16 december 1997, *BGBl.* 1997, I 2942; zie specifiek het actuele § 1626a BGB), dat de voogdij over een buitenechtelijk kind exclusief aan de moeder toekwam, gezamelijke voogdij zijnde aldus onmogelijk. Het *Bundesverfassungsgericht* zag hierin geen strijd met de bescherming van familieleven als neergelegd in art. 6 GG (BVerfG 24 maart 1981, *FamRZ* 1981, 429, evenwel enigszins in vraag gesteld in BVerfG 7 mei 1991, *FamRZ* 1991, 913 (zie Häde & Jachmann 1996, p. 632); zie in deze oorspronkelijke zin tevens KaG 1 september 1981, *FamRZ* 1982, 95 (§1705 BGB geldig ongeacht schending art. 8 noch 14 EVRM, overigens *quod non*)). In strijd met deze heersende leer werd door het AG Kamen in twee beslissingen (AG Kamen 13 april 1995, *FamRZ* 1995, 1077 & AG Kamen 4 augustus 1995, *NJW-RR* 1996, 199) voogdij toegewezen aan de *gezamenlijke* ouders in uitvoerige referentie aan art. 8 EVRM en bijbehorende rechtspraak van het EHRM. Zie terzake o.a. Ellger 1999, 642-651 & Ellger 2001, p. 168-169 (instemmend *qua* uitkomst maar kritisch *qua* techniek); Häde & Jachmann 1996, p. 632-635 (kritisch)).

252 *Cf.* Ellger 2001, p. 178.

253 Ellger 2001, p. 171.

254 AG Tauberbischofsheim 8 mei 1992, *NJW-RR* 1992, 1098.

255 Ten onrechte verwijst Ellger 2001, p. 171 naar art. 8 EVRM.

256 AG Mannheim 9 oktober 1991, *WuM* 1992, 469 waar reeds op basis van art. 5 GG ten gunste van de huurders, Italiaanse staatsburgers, werd beslist. Slechts *in fine* wordt het specifieke belang van de antenne, in die zin dat het de betrokkenen in staat stelt informatie uit het

aan gelijkaardige, evenzeer niet-Duitsers betreffende litigaties geciteerd worden die op louter constitutionele[257] of eventueel zuiver privaatrechtelijke[258] grond werden afgehandeld. Daarenboven duikt een enkele keer ook in een uitsluitend tussen Duitsers uitgevochten rechtsstrijd een aan de Europese

---

thuisland te ontvangen, onderstreept en daaraan gevoegd dat deze behoefte ook wordt gedekt door 'die von der Menschenrechtskonvention verbrieften Rechte (Vgl. EG MRK NJW 1991, 620). Eine solche Bewertung steht auch in Übereinstimmung mit der zunehmenden Öffnung der Grenzen innerhalb der Europäischen Gemeinschaft (Binnenmarkt) und dem Prinzip der Freizügigkeit inneralb der EG'. Verder kan enkel worden verwezen naar LG Berlijn 30 november 2004, *AfP* 2005, 87 en de desbetreffende beroepsuitspraak van BGH 16 november 2005, *NJW* 2006, 1062 m.b.t. een Duitser van Poolse herkomst. Daarbij dient dan ook onmiddellijk een voorbehoud te worden gemaakt: de jurisprudentie hanteert een strikt onderscheid naargelang het bezit van de Duitse nationaliteit waarbij af- of herkomst in principe niet ter zake doet (rudimentair gesteld geeft men door eventuele naturalisatie te kennen zich tot de Duitse cultuur te willen bekeren en de voorafgaande achter zich te laten; zie § 4.2). Daardoor passen de uitspraken dus nauwelijks in het door Ellger vooropgezette verklaarschema. Daarenboven vermochten de Europese normen, met name art. 10 EVRM en art. 49 EG-Verdrag, waarop de huurder zich benevens art. 5 GG beriep, maar weinig extra gewicht in de schaal te leggen. Naar oordeel van het BGH brachten ze t.a.v. art. 5 GG geen nieuw perspectief aan, het recht *c.q.* vrijheid zijnde niet onbegrensd en het eigendomsrecht eveneens door het gemeenschapsrecht beschermd. Kortom net als de bepalingen van het nationale recht strekken ze slechts tot een reguliere afweging van belangen, alle omstandigheden van het geval daarbij in acht te nemen.

257 O.a. BVerfG 9 februari 1994, *BVerfGE* 90, 27; BVerfG 9 juni 1994, *NJW* 1994, 2143; BVerfG 15 juni 1994, *WuM* 1994, 365; BVerfG 21 juni 1994, *NJW-RR* 1994, 1232; BVerfG 29 juni 1994 (1 BvR 1737/93); BVerfG 30 juni 1994, *NJW-RR* 1994, 1232; BVerfG 14 september 1995, *WuM* 1995, 693; BVerfG 16 februari 1996, *WuM* 1996, 264; BVerfG 11 juli 1996, *NJW* 1996, 2858; BVerfG 24 januari 2005, *NJW* 2005, 1709; BVerfG 17 maart 2005 (1 BvR 42/03); BGH 22 januari 2004, *NJW* 2004, 937; BGH 2 maart 2005, *NJW-RR* 2005, 596; BayObLG 25 maart 1994, *NJW-RR* 1994, 848; OLG Karlsruhe 24 augustus 1993, *NJW* 1993, 2815; OLG Düsseldorf 12 november 1993, *NJW* 1994, 1163; OLG Hamm 1 oktober 2001, *NZM* 2002, 445; OLG Schleswig-Holstein 12 februari 2003, *NJW-RR* 2003, 1018; LG Stuttgart 31 mei 1989, *DWW* 1991, 309; LG Dortmund 30 september 1992, *WuM* 1993, 37; LG Kaiserslautern 6 oktober 1992, *NJW-RR* 1993, 272; LG Kleve 9 december 1992, *NJW-RR* 1993, 656; LG Heidelberg 2 juli 1993, *WuM* 1993, 734; LG Braunschweig 19 juli 1993, *DWW* 1994, 22; LG Köln 28 juli 1993, *DWW* 1994, 23; LG Freiburg (Breisgau) 25 augustus 1993, *WuM* 1993, 669; LG 17 september 1993, *WuM* 1993, 668; LG Nürnberg-Fürth 22 november 1993, *ZMR* 1994, 117; LG Berlijn 5 december 1994, *DWW* 1995, 115; LG Lübeck 24 februari 1995, *ZMR* 1996, 143; LG Berlijn 28 juli 1995, *Grundeigentum* 1996, 55; LG Hagen (Westfalen) 11 september 1995, *DWW* 1996, 52; LG Wuppertal 9 april 1997, *WuM* 1997, 324; LG Essen 12 maart 1998, *WuM* 1998, 344; LG Stuttgart 30 november 1998, *WuM* 1999, 591; LG Hanau 29 januari 1999, *NZM* 1999, 367; LG Munchen 23 juni 1999 (14 S 119/99); LG Magdeburg 19 februari 2004, *ZMR* 2004, 757; LG Munchen 5 augustus 2004, *WuM* 2004, 659; LG Hannover 14 december 2004, *ZMR* 2005, 296.

258 LG Frankfurt 24 juli 1990, *WuM* 1990, 492; LG Dortmund 30 september 1992, *WuM* 1993, 37; LG Nürnberg-Fürth 1 maart 1996, *WuM* 1997, 486; LG Dortmund 11 januari 2000, *NJW-RR* 2000, 889.

rechtsorde ontleende norm op.[259] Daarom lijkt twijfelachtig voor dergelijke incidentele aan de Conventie refererende jurisprudentie een primaire verklaring te zoeken in een door subtiel exotisme bewerkstelligde aandrang, maar schijnt in deze, *Ockhams scheermes* indachtig, veel terug te voeren tot banale toevalligheid. Wat speelt is voornamelijk de inventiviteit van de procespartijen, de drang om, alle rechtsmiddelen uitputtend, ook de Europese kaart uit te spelen in combinatie met de bereidheid van de uitspraakdoende instantie dit mee in de motivering te nemen. Deze 'verklaring' ziet zich alvast geruggensteund door het beeld dat de aangehaalde jurisprudentie, waarin de invocatie van Europese normen meestal uitdrukkelijk aan de procespartijen wordt toegeschreven en deze in de feitelijke rechtspraak nauwelijks aangewend doch slechts summier becommentarieerd worden, schetst.

De Franse houding ten overstaan van het EVRM was anderzijds reeds van bij aanvang bijzonder koel. Rechtstreekse voedingsbodem was voormeld chauvinisme.[260] Als natie welke de moderne grondrechten had gegenereerd, diende ze leiding te geven, niet te ontvangen.[261] Haar lange traditie aangaande werd eigengereid aangevoeld als garantie voor een reeds perfecte bescherming, dreigende incorporatie van de Conventie en onderwerping aan een vreemd Hof[262] als een morele blamage. Op basis van dergelijke elementen

---

259 LG Berlijn 15 maart 2004, *MM* 2004, 264 (m.b.t. Duitser welke Arabische zenders ontvangen wou): referentie aan art. 49 EG-Verdrag (vrij verkeer van diensten) welk afgewezen werd als komt aan deze norm geen *Drittwirkung* toe. Zie tevens de opmerkingen m.b.t. LG Berlijn 30 november 2004, *AfP* 2005, 87 en BGH 16 november 2005, *NJW* 2006, 1062 in voetnoot 256.

260 Vgl. concl. P. Frydman bij CE 17 februari 1995 (*Hardouin & Marie*), *Rec. Lebon* 1995, 83 te p. 91 ('vocation naturelle') (*cf.* Heuschling 2003, p. 45); getuige tevens het gezegde dat 'la France est le pays des droits de l'homme' dat in deze optiek evenzeer wordt gehanteerd (Burgelin 2005, p. 97, kritisch terzake, specifiek wegens sanctionering Frankrijk door het EHRM).

261 *Cf.* o.a. Debet 2002, p. 1.

262 Ook heden werkt dit aspect nog in verscheidene opzichten door, 'its composition with foreign judges, coming from very different legal cultures and traditions, is the object of doubts and sarcasm', aldus Heuschling 2003, p. 36. Typerend is bijvoorbeeld de uitlating van Héron over het Hof als samengesteld uit 'juges littéralement irresponsables, nommés par une assemblée apatride, soustraits à tout contrôle et situés à quelques années-lumière du justiciable moyen' (Héron 1987, p. 117). Ook bestaat de vrees dat hierin een dominantie van *common law* invloeden zou spelen (*Cf.* Burgelin & Lalardrie 1998, p. 160; Heuschling 2003, p. 36, voetnoot 65; in verwante zin Marguénaud 1998, p. 234 en ten aanzien van de Conventie zelf Gouttes 1999, p. 19). De veroordeling van het Franse rechtspraakmodel, in bijzonder de rol van de *Avocat Général* voor het *Cour de Cassation* en de *Commissaire du Gouvernement* voor de *Conseil d'Etat* als houdende schending van art. 6 EVRM (EHRM 31 maart 1998 (*Reinhardt & Slimaine-Kaïd v Frankrijk*), *RJD* 1998-II en EHRM 7 juni 2001 (*Kress v Frankrijk*) *NJ* 2001, 592), volgens heersende opvatting ontstaan uit eenvoudig onvermogen van het Hof de Franse conceptie aangaande te bevatten, en de oriëntatie op Anglo-Amerikaanse vormgeving van rechtsbedeling die Straatsburg daarmee verordent (*cf.* Beignier & Bléry 2001, p. 2428 *et seq.*), heeft deze idee-fixe nogmaals bevestigd en aangewakkerd (aldus tevens Lasser 2005, o.a. p. 1071 *et seq.*; illustratief is o.a. de kritiek in Andriantsimbazovina 2001a, p. 1188-1193; het poëtische Andriantsimbazovina 2001b, p. 2611-2618; Burgelin

werd ratificatie door de Franse regering dan ook langdurig uitgesteld.[263] Uiteindelijke goedkeuring in 1974[264] bracht niet onmiddellijk een *détente* met zich mee. De rechtspraak bekwaamde zich in het ontwijken van de Conventie en haar geldingssfeer.[265] Instanties als de *Conseil d'Etat* en het *Cour de cassation* trotseerden zelfs openlijk de gezagsaanspraken van het Straatsburgse Hof.[266] Liever dan aan te sluiten bij de Conventie werden via artificieel aandoende constructies equivalente normen uit nationale bronnen gededuceerd,[267] of werd althans duidelijk de voorkeur gegeven aan toepassing van interne bepalingen,[268] en de schaarse referenties die toch de verdragsnormen betrokken bleken van overheersend formele aard.[269] Schijnmanoeuvres, zoals de pan-Europese tactiek om overhaast conformiteit tussen het nationale en Europese recht voorop te stellen, werden niet geschuwd.[270] Enkel geleidelijk, met name vanaf eind jaren tachtig,[271] kwam een kentering in deze attitude, welke zich

---

2004, p. 1249-1252 ('[…] l'Europe des droits de l'homme n'est qu'un bastion avancé de l'influence américaine dont la culture judiciaire est en train d'inonder le monde entier. L'européanisation n'est que le faux nez d'une mondialisation qui tend à nous submerger'); Haïm 2001, p. 2988-2994 (betekenisvol getiteld 'Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme?')).

263 Heuschling 2003, p. 26; Wachsmann 2004, p. 41. Aanvankelijk speelde ook de mogelijke onverenigbaarheid met deze Conventie met de vrijheidsbeperkende maatregelen genomen in het kader van de Algerijnse oorlog (1954-62).

264 *Décret* nr. 74-360 *d.d.* 3 mei 1974. Het individuele klachtenrecht werd overigens pas in 1981 erkend (*Décret* nr. 81-917 *d.d.* 9 oktober 1981).

265 Soortgelijk Heuschling 2003, p. 36; Garaud 2001, p. 128; Gouttes 1995, p. 609 *et seq.*

266 O.a. Garaud *et al.* 2001, p. 111; Gérard 2003, p. 54 (in voetnoot 7 t.a.v. het *Cour de cassation* gewagende van een 'résistance, frisant la rébellion'); Heuschling 2003, p. 35. Overigens had de *Conseil constitutionnel* zich bij beslissing *de dato* 15 januari 1975 (nr. 74-54), *Rec.* p. 19 onbevoegd verklaard tot toetsing aan het EVRM (zie met betrekking tot de relatie tussen het *Conseil* en de Conventie algemeen Dutheillet de Lamothe 2005, p. 91-98). Zie tevens Martens 2000a, p. 758.

267 Heuschling 2003, p. 36; Garaud *et al.* 2001, p. 110 (met verscheidene voorbeelden uit de cassatierechtspraak). Zie o.a. concl. Massot in CE 8 april 1987 (*Peltier*), *Rec. Lebon* 1987, (p. 128-)129 m.b.t. het recht van burgers het land te verlaten bij preferentie gededuceerd uit de Verklaring van 1789 *et al.*, om slechts ondergeschikt terug te koppelen aan art. 2 4e protocol EVRM waarin dit recht duidelijk wordt erkend (zie tevens Flauss 1999, p.23, in bijzonder voetnoot 22).

268 Debet 2002, p. 136 *et seq.*; Garaud *et al.* 2001, p. 109 *et seq.*

269 Cohen-Jonathan 1989, p. 261 (m.b.t. verticale applicatie). Overigens gaan deze referenties niet eens zo ver dat ook de uitspraken van het Europese Hof of de Commissie in beschouwing worden genomen, zodat een miskenning van de daadwerkelijke inhoud en draagkracht van de bepalingen voor de hand ligt.

270 *Cf.* Gouttes 1995, p. 610-611.

271 Heuschling 2003, p. 27; Dutheillet de Lamothe 2005, p. 96 spreekt aangaande de *Conseil constitutionnel* van een toenemende belangstelling voor de Straatsburgse rechtspraak vanaf midden jaren negentig. Vgl. De Bellescize 2005, p. 258 waar de hoogste rechtshoven zich m.b.t. art. 10 EVRM pas rond de eeuwwisseling op het EHRM gaan oriënteren; Ferrand 1999, p. 665 die in de toenmaals vastgestelde spontane toepassing van het EVRM door de rechterlijke macht een duidelijke evolutie ziet ten aanzien van de situatie midden jaren tachtig; Mestre die in 1992 nog goedkeurend opmerkte dat het Hof van Cassatie grootste

evenwel onderscheiden doorzette met een amalgaam aan incoherente rechtspraak tot gevolg.[272] Niettemin kende de tendens een aanzienlijke groei.[273] Wel verhinderde dit niet dat op sommige vlakken weerstand tegen de Europese invloed bleef bestaan.[274] Een der geleidende structuren die daarbij tot op heden speelt is de verdeeldheid over het gewicht dat aan uitspraken van het Straatsburgse Hof waarin de Franse Staat niet betrokken is, gehecht dient te worden. Volgens de ene strekking, voorheen voornamelijk geïnciteerd door de eurosceptische[275] *Conseil d'Etat*,[276] blijft de betekenis van dergelijke uitspraken beperkt tot de desbetreffende litigatie ('autorité de chose jugée'), en komt hieraan voor derden hooguit informatieve waarde toe, wijl een andere strekking een geldigheid *erga omnes* aanvaardt van de interpretatie die Straatsburg *in casu* aan de litigieuze bepalingen heeft verleend ('autorité de chose interpretée' of 'autorité interprétative').[277] Dergelijke denkstructuren leveren, ook nu de Franse rechtswereld zich ten overstaan van het Europese niveau meer ontvankelijk betoont, sterke voorbeelden van verzet op. Zo weigerde het *Cour de cassation* in de *Mazurek*-zaak uit 1996,[278] zich bij het in het standaardarrest *Marckx*[279] uitgezette verbod op discriminatie van natuurlijke kinderen neer te leggen.[280] Een meer symbolisch struikelblok is nauwelijks

---

terughoudendheid vertoonde contractuele en vermogensrechtelijke bepalingen te onderwerpen aan de invloed van het EVRM (Mestre 1992, p. 89).

272 Garaud *et al.* 2001, p. 103, 108; Greer 2006, p. 93; Heuschling 2003, p. 32; Marguénaud, 1997, p. 124 *et seq*.

273 Een evolutie die in aanzienlijke mate kan worden toegerekend aan betrachtingen vanuit de advocatuur (in dergelijke zin tevens Garaud *et al.* 2001, p. 107; Garaud 2001, p. 126; vgl. o.a. Mestre 1992, p. 88 die in dit verband gewaagt van een 'fièvre "européenne"' bij sommige advocaten die in hun 'imagination débordante' steeds weer hopen via deze weg te verkrijgen wat het nationale recht niet erkent). Overigens mag deze niet overdreven worden, zo bedienen ook Vandevelde & Pizarro Wilson 2003, p. 37 zich nog terecht van de kwalificaties 'marginal' en 'no de manera sistemática' en weerklinkt een gelijkaardige conclusie tevens te Moutel 2001, p. 166; Deffigier & Sauviat 2001, p. 25; Garaud *et al.* 2001, p. 119 *et seq.*

274 Zie o.a. tevens Garaud 2001, p. 130.

275 O.a. Heuschling 2003, p. 33. Wel blijkt deze karaktertrek afnemend (*cf.* Pacteau 1998, p. 272 *et seq.*; Abraham 1996, p. 235 *et seq.*; Flauss 1999, p. 22 *et seq.*), hoewel verwijzingen naar het EVRM toch beperkt blijven (*cf.* Sales 2004, p. 218-219).

276 Zie in bijzonder de leidinggevende conclusie van D. Labetoulle in CE 27 oktober 1978, *Rec. Lebon* 1978, p. 403 ('pouvoir d'interprétation autonome et souverain'; zie verder o.a. concl. G. Bachelier CE 24 november 1997 (*Soc Amibu*), *Droit Fiscal* 1998, nr. 8, 280; concl. R. Abraham CE 3 juli 1998 (*Bitouzet*), *Rec. Lebon* 1998, p. 292.

277 Zie *in extenso* Deffigier & Sauviat 2001, p. 11 *et seq.*

278 Cass. 25 juni 1996 (*Mazurek*), *D.* 1998, 453 ('la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme' *sic!*) veroordeeld bij EHRM 1 februari 2000 (*Mazurek v Frankrijk*), *D.* 2000, 332 (zie o.a. Leleu 2001, p. 1355 *et seq.* en de talrijke verwijzingen aldaar).

279 EHRM 13 juni 1979 (*Marckx v België*), *NJ* 1980, 462.

280 Zie o.a. Garaud *et al.* 2001, p. 112; Hauser 1996, p. (873-)875-876; Marguénaud 1997b, 542 *et seq.*; Le Guidec 1997, p. (210-)211; Vasseur-Lambry 2000, p. 434.

denkbaar.[281] Overigens heeft de Franse justitie het soms ook nog steeds moeilijk zich te conformeren aan beslissingen waarin het land zelf veroordeeld werd.[282] Onderstreept dient te worden dat de nog voortdurende aversie echter enkel de Straatsburgse *rechtspraak* betreft,[283] niet de Conventie zelf. De cesuur tussen beide is in het Franse denken, gezien de weerstand ten aanzien van het Hof,[284] dat wordt gewantrouwd en beschuldigd van machtswellust,[285] hemelsbreed en vormt een horde die tot op heden niet eenvoudig genomen wordt. Met de toepassing van de naakte conventienormen worden aanzienlijk minder problemen ervaren.[286] In recentere jaren maakt onder meer Cassatie in sterk toenemende mate,[287] zij het niet steeds volkomen correct,[288] toepassing van het EVRM, ook in horizontale context.[289]

---

281 Soortgelijk Marguénaud 1998, p. 236 ('La volonté de provoquer est d'autant plus manifeste que l'arrêt Marckx est certainement l'arrêt de la Cour de Strasbourg le plus connu des juristes français formés au droit privé: magistrats, avocats, universitaires ou étudiants de maîtrise').

282 Illuster is EHRM 23 november 1993 (*Poitrimol v Frankrijk)*, *NJ* 1994, 393 m.b.t. het in de beroepsprocedure onthouden van het recht op vertegenwoordiging door raadsman aan hen die geen gevolg hebben gegeven aan een in eerste aanleg uitgevaardigd arrestatiebevel (zie Burgelin & Lalardrie 1998, p. 162; Gouttes 1995, p. 612-613; Gridel 1999, p. 141; Heuschling 2003, p. 37; Vailhé 1999, p. 243 *et seq.* ('Dépassant la simple résistance, cet arrêt entraîne une véritable méfiance à l'égard des instances de Strasbourg')). In weerwil van verscheidene gelijkaardige veroordelingen zou pas omstreeks de milleniumwissel bijgestuurd worden (zie meer gedetailleerd Krisch 2008, p. 193).

283 Zie m.b.t. de beperkte en soms zelfs foutieve verwijzingen naar EHRM-jurisprudentie tevens Debet 2002, p. 128-129.

284 Zie o.a. Garaud *et al.* 2001, p. 103 (*et seq.*); Heuschling 2003, p. 27.

285 *Cf.* o.a. Picard 2001, p. 212 *et seq.*; Foyer 2004, p. 291-292.

286 Zie in dergelijke zin tevens o.a. Gridel 1999, p. 141.

287 Bruneau 2005, nr. 85.

288 Marguénaud & Mouly 1999, p. 648 ('Il faut cependant regretter que, dans l'euphorie de la découverte d'un instrument encore mal connu, elle ait tendance à l'utiliser de manière approximative'). Zie tevens Marguénaud 1996, p. 1024 waar in gelijkaardige strekking aangemerkt wordt dat Cassatie ten onrechte spreekt van art. 8-1 EVRM (de citeerwijze gehanteerd m.b.t. de *Code civil*) i.p.v. art 8 § 1 EVRM waaruit blijkt dat dit Hof 'est encore novice en matière d'application de la Convention européenne') (tevens generiek Marguénaud 1998, p. 234).

289 Cass. 23 oktober 1990, *Bull. civ.* I, nr. 222, p. 158 (perslitigatie betrekkende art. 8 EVRM); Cass. 27 februari 1991, *Bull. civ.* III, nr. 67, p. 39 (uitzettingsvergoeding wegens stopzetting handelshuur in referentie aan art. 1, eerste protocol EVRM); Cass. 6 maart 1996, *D.* 1997, Jur., 167 (zie hoofdtekst). Cass. 12 januari 1999, *D.* 1999, Jur. Comm., 645 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 83) (waarbij de *chambre sociale* van het Hof van Cassatie voor de eerste maal in haar geschiedenis een arbeidsclausule evalueerde in het licht van het EVRM (nl. art. 8; Marguénaud & Mouly 1999, p. 646 (waar overigens geduid wordt dat het resultaat ook op basis van art. 9 CC had kunnen bekomen worden); zie tevens Debet 2002, p. 428-434 (met evenzeer conclusie dat interne normen hadden kunnen volstaan); Moutel 2001, p. 166; Garaud 1999, p. 8); Cass. 20 december 2000, *D.* 2001, 872 (art. 10 EVRM); Cass. Soc. 26 november 2002, *D.* 2003, Somm., 394 (art. 8 EVRM naast 9 CC; zie voetnoot 380); Cass. 19 maart 2003, *Bull. Civ.* 2003, III, nr. 65 (art. 8 EVRM en 26 IVBPR); Cass. 23 april 2003, *D.* 2003, Comm., 1854 (zie in het bijzonder Bigot 2003, p. 1856 waar geduid wordt op een mogelijke invloed in deze van het EHRM); Cass. 12 juni 2003, *D.* 2004, Jur. Comm., 367

Meest bekende exponent in deze is de *Mel Yedei* uitspraak uit 1996 waarin art. 8 EVRM gehanteerd werd tot afwijzing van de ontbinding van een huurcontract, welke ontbinding erop gebaseerd was dat de huurster in strijd met de contractsbepalingen permanent derden (de vader van haar twee laatste kinderen en diens zuster) in de gehuurde ruimte had laten logeren.[290] Mogelijk meer interessant dan de uitspraak zelf is de reactie die het aan de doctrine

(zie hoofdstuk 4, voetnoot 90); Cass. 17 juni 2003, *Bull. Civ.* 2003, V, nr. 195 (art. 14 EVRM, art. 1 eerste protocol EVRM, art. 39 EG-Verdrag en art. 7 Conventie Rome 1980); Cass. 23 oktober 2003, *Bull. civ.* 2003, II, nr. 318 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 68; overigens valt niet goed in te zien welke meerwaarde het ingeroepen art. 1 eerste protocol EVRM biedt naast het evenzeer aangehaalde art. 544 CC dat juist bekend staat als een der meest absolute garanties van het recht op eigendom ('La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.'). Opvallend is overigens de tendens om in perslitigaties steeds meer af te meten tussen art. 9 CC en 10 EVRM, zo o.a. Cass. 14 december 1999 (*Mitterrand*), *D.* 2000, Jur., 372 ; Cass. 20 februari 2001, *D.* 2001, Jur., 1199; Cass. 12 juli 2001, *D.* 2002, Jur., 1380 (zie tevens noot Bigot 2002, p. 1380-1383; Marino 2002, p. 2298); Cass. 9 juli 2003, *D.* 2004, Somm., 1634; Cass. 20 november 2003, *Bull.civ.* 2003, II.354; Cass. 11 december 2003, *D.* 2004, Jur. Comm., 2596; Cass. 18 december 2003, *D.* 2004, IR, 251; Cass. 30 juni 2004, *JCP* 2004, II.10160; Cass. 4 november 2004, *JCP* 2004, II.10186; Cass. 12 juli 2005, *D.* 2005, IR, 2179. Wat lagere rechtspraak betreft o.a. CA Parijs 10 februari 1999, *D.* 1999, 389 (art. 8 EVRM); CA Parijs 13 september 2000, *D.* 2001, Jur., 24; CA Parijs 19 juni 2003, *D.* 2004, Jur., 175 (art. 9 EVRM bij ontslag wegens hoofddoek); TGI Parijs 9 december 2002, *D.* 2003, Comm., 1715 (art. 10 EVRM); CA Lyon 6 januari 2005 (A.R. 200100006) (exclusief referentie aan art. 8 EVRM wegens schending briefgeheim door werkgever); CA Versailles 17 november 2006 (A.R. nr. 05/05081) (art. 10 EVRM). Zie verder tevens de voorbeelden aangehaald in Mestre 1994, p. 31-45 en Lalaut 1999, p. 554-565. Merk op dat Bénard 2004, p. 368 gewaagt van 'la pénétration toujours plus importante de la Convention européenne des droits de l'homme dans notre droit, *particulièrement dans les rapports individuels*' (mijn cursivering).

290 Cass. 6 maart 1996, *D.* 1997, Jur. 167. De ontbinding gevorderd door de verhuurder, OPAC, werd door de feitenrechter reeds op zuiver privaatrechtelijke grond afgewezen. Hoewel OPAC staat voor 'Office Public d'Aménagement et de Construction', dus een quasi-publieke instelling uitmaakt (ze had toenmaals het statuut 'Etablissement public à caractère administratif', actueel dit van 'Etablissement public à caractère industriel et commercial'), wordt deze uitspraak binnen de Franse rechtsleer toch als een derdenwerkinglitigatie opgevat (o.a. De Lamy 1997, p. 168; Marguénaud 1996, p. 1025; Marguénaud & Mouly 1999, p. 645; Moutel 2001, p. 164-165; vgl. Jamin 1996, p. 339). De uitspraak trok, onder meer wegens het vernieuwende gebruik van het EVRM in 'horizontale' verhoudingen, aanzienlijke belangstelling vanuit de doctrine (zie o.a. De Lamy 1997, p. 167-169; Debet 2002, p. 414; Hauser 1996, p. 580-581; Hunter-Henin 2007, p. 112-115; Jamin 1996, p. 338-339; Marguénaud 1996, p. 1024-1025 (& Marguénaud 1998, p. 248-249); Martin 1996, p. 1159-1162; Mestre 1996, p. 898; Moutel 2001, p. 164-165; Van Tuong 1997, p. 31-32). Zie overigens reeds CA Parijs 28 oktober 1987, aangehaald in Moutel 2001, p. 165 (waar, naar aldaar beschreven, een huurder, wiens contract verbod verzag personen te huisvesten buiten diegenen in het huurcontract gepreciseerd, hiermee in strijd handelde door een zoon van een vriend op permanente basis in de woning te herbergen, door de feitenrechter werd beschermd met referentie aan art. 8 EVRM; de klacht in cassatie dat niet werd gepreciseerd waarin juist bedreiging van huurder's recht op domicilie en privé-leven verborgen lag, werd door Cassatie (omzichtig) afgewezen met verwijzing naar de souvereine appreciatiemacht van feitenrechter).

ontlokte. Geen bezwaren tegen de toepassing van deze norm zelf, wel de vraag wat Cassatie er *überhaupt* toe bracht haar heil buiten het eigen Franse recht te zoeken. Zo vraagt Hauser zich af of de toepassing van art. 9 CC, hetwelk evenzeer het privé-leven beschermt, niet zou hebben volstaan om het beoogde resultaat te bereiken.[291] Gelijkaardig stellen Jamin en Mestre dat de enkele toepassing van art. 6 CC (openbare orde) afdoende zou zijn geweest.[292] Wat Jamin betreft bestaat de enige surplus in louter 'un certain effet de mode'.[293] Onder de talrijke commentators heeft enkel Marguénaud een verklarende hypothese voor de hand, welke grondt in de connotatie van art. 6 CC. Daar deze bepaling binnen het familierecht voorheen bijna steeds werd gehanteerd tot bescherming van de *huwelijks*vrijheid tegen celibaatclausules zou het weg hebben van een provocatie deze bepaling nu aan te wenden 'pour faire le lit du concubin et la soupente de la belle-soeur de fait'. In deze optiek is het dan ook meer raadzaam een bepaling als art. 8 EVRM te hanteren waarvan het toepassingsveld zich, blijkens de rechtspraak van het EHRM, toch uitstrekt tot *de facto* 'familie'-relaties.[294] Dat is slechts een suggestie en daar blijft het ook bij. Conventienormen lijken kortom ook bij de doctrine niet per definitie ongewenst, maar noodzakelijk, nee, dat zijn ze nu ook weer niet.

Samengevat heerst in Duitsland en Frankrijk dan wel geen aversie ten aanzien van de Conventie, maar haar normen sijpelen toch maar mondjesmaat in de 'horizontale' rechtspraak binnen. De eigen grondrechtscatalogus primeert. Daarenboven blijft ook de poort gesloten voor op deze normen meedrijvende jurisprudentie van het EHRM. Waar in Frankrijk deze weerstand een oud zeer is, waarvan momenteel de scherpste kanten zijn weggesleten, is de Duitse argwaan, of althans de manifestatie ervan, van recentere datum. De *Görgülü* uitspraak, waarin het *Bundesverfassungsgericht* met zoveel woorden de primauteit van de nationale rechtsorde proclameert,[295] mag dan niet de rebellie uitroepen zoals Franse jurisprudentie voorheen deed, toch doorklinkt een ongenoegen ten aanzien van de superioriteit waarop het EHRM steeds meer aanspraak maakt en welk uiteraard ook in de horizontale dimensie doorwerkt.[296]

De andere zijde van het spectrum wordt in eerste plaats opgemaakt door landen als België en Nederland, alwaar de fundamentele rechten uit het Europees Verdrag werkelijk een enthousiaste toepassing kennen, op gelijk niveau en in gelijke mate als de applicatie van de eigen constitutionele grond-

---

291 Hauser 1996, p. 580.
292 Jamin 1996, p. 339; Mestre 1996, p. 898; *in se* instemmend Marguénaud 1996, p. 1024.
293 Jamin 1996, p. 339.
294 Marguénaud 1996, p. 1024.
295 BVerfG 14 oktober 2004, 2 BvR 1481/04. Zie o.a. Benda 2005, p. 605 *et seq.*; Breuer 2005, p. 412-414; Cremer 2004, p. 683-700; Hartwig 2005, p. 869-894; Meyer-Ladewig & Petzold 2005, p. 16 *et seq.*; Müller & Richter 2008, p. 162-170; Lübbe-Wolff 2006, p. 1-8.
296 Zie m.b.t. de geringe referentie aan EHRM-rechtspraak o.a. Bergmann 2004, p. 620 *et seq.* (welke auteur de spanning tussen BVerfG en EHRM echter evenzeer relativeert).

rechten. De tendens gaat zelfs in de richting van een toenemend belang van de Conventie. Zo valt bijvoorbeeld in de Belgische jurisprudentie op dat het overwegend iets oudere uitspraken zijn waar exclusief de Constitutie wordt gehanteerd,[297] wijl de meer recentere zich uitsluitend op het EVRM durven beroepen.[298] In de meerderheid der jurisprudentie worden beide echter gecombineerd.[299]

Een gelijkaardige teneur is ook waarneembaar in de Nederlandse rechtspraak. Hoewel in de jaren '70 nog steeds discussie was omtrent de applicatie van het EVRM in een horizontale context,[300] is deze actueel dermate geaccepteerd dat de Conventie op reguliere basis wordt toegepast.[301] In de eerste

297 Rb. Brussel 11 februari 1961, *J.T.* 1961, 686 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 87); Arbrb. Bergen 10 juni 1971, *T.S.R.* 1971, p. 164 (in de begeleidende conclusie van de arbeidsauditeur wordt echter wel verwezen naar het EVRM); Arbrb. Hasselt 16 april 1973, *R.W.* 1973-74, 391; Hof Brussel 29 juni 1987, *J.T.* 1987, 685; Rb. Antwerpen (kg.) 19 juli 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 196 (wel verwijzing naar EVRM bij monde van een der procespartijen); Rb. Kortrijk (kg.) 28 oktober 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 200; Rb. Antwerpen 22 oktober 1992, *R.W.* 1992-93, 541 (merk op dat horizontale werking van het EVRM hierin zelfs wordt ontkend); Rb. Brussel 11 juni 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1037; Rb. Brugge (kg.) 28 juli 1995, *R.W.* 1995-96, 1034; Rb. Mechelen (kg.) 14 augustus 1995, *R.W.* 1995-96, 1269; Vred. Roeselare 1 maart 1996, *R.W.* 1997-98, 1054.

298 Rb. Brussel 4 april 1973, *R.W.* 1973-74, 2338; Arbh. Brussel 4 mei 1973, *R.W.* 1973-74, 382; Arbrb. Gent 12 april 1974, *R.W.* 1974-75, 1956 ('Wet van 13 mei 1955'); Rb. Brussel 6 april 1976, *Pas.* 1976, III, 51; Arbh. Antwerpen 7 mei 1976, *R.W.* 1976-77, 1249; Arbh. Gent 9 mei 1979, *R.W.* 1978-80, 1458; Rb. Brussel 30 januari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 317; Arbrb. Nijvel 8 februari 2002, *J.T.T.* 2002, 181; Hof Antwerpen 21 juni 2004, *A&M* 2005, 76 (naast BUPO & UVRM); Hof Luik 7 december 2006, *A&M* 2007, 280.

299 Rb. Brussel 20 juni 1968, verkort weergegeven in Eissen 1971, p. 161; Arbh. Brussel 19 juni 1972, *J.T.T.* 1975, 298; Arbh. Luik 27 juni 1974, *J.T.T.* 1974, 217; Arbh. Brussel 24 november 1977, *J.T.T.* 1978, 63 (met een duidelijk overwicht van de EVRM-normen); Hof Bergen 20 juni 1979, *RPS* 1980, nr. 6072; Hof Brussel 25 november 1981, *J.T.* 1982, 275; Rb. Brussel 21 november 1990, *J.L.M.B.* 1991, 24; Rb. Dendermonde (kg.) 13 augustus 1993, *T.O.R.B.* 1993-94, 271; Rb. Antwerpen 27 juni 1995, *R.W.* 1995-96, 1218; Rb. Dendermonde 29 juni 1995, *R.W.* 1995-96, 1240; Rb. Brussel 6 november 1996, *Journ. Proc.* 1996, nr. 316, 26, noot F. Jongen (met een duidelijk overwicht van de EVRM-normen); Rb. Brussel 5 februari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 319; Rb. Neufchâteau (kg.) 25 juni 1997, *R.R.D.* 1997, 326; Rb. Gent 17 oktober 1997, *R.W.* 1997-98, 750; Hof Antwerpen 4 november 1999, *R.W.* 2000-01, 1457; Rb. Nijvel 12 maart 2002, *A&M* 2003, 77; Hof Gent 28 maart 2002, *A&M* 2003, 129; Arbrb. Verviers 20 maart 2002, *J.T.T.* 2002, 183; Rb. Brussel 10 januari 2003, *A&M* 2003, 404; Rb. Brussel 25 maart 2003, *A&M* 2004, 73; Rb. Antwerpen 9 mei 2003, *A&M* 2003, 400 (evenals BUPO); Rb. Brussel 12 december 2003, *A&M* 2004, 193; Rb. Brussel 12 januari 2004, *A&M* 2004, 379; Rb. Luik 14 januari 2004, *A&M* 2005, 91; Rb. Brussel 27 april 2004, *A&M* 2005, 80; Hof Gent 6 juni 2005, *A&M* 2005, 444; Rb. Antwerpen 23 juni 2005, *A&M* 2005, 455; Rb. Brussel 20 januari 2006, *A&M* 2006, 208; Rb. Brussel 7 februari 2006, *A&M* 2006, 372; Rb. Brussel 15 september 2006, *A&M* 2006, 498. In zekere zin tevens Wrr. Ber. Brussel 22 februari 1968, *J.T.* 1968, 387. Vgl. overigens de opmerking van Humblet 1994, p. 80 dat '[w]anneer de schending van grondrechten ter discussie staat, valt het op dat met de meest diverse wetteksten wordt gegoocheld'.

300 Boesjes 1973, p. 908 en referenties aldaar.

301 Zie o.a. Verhey 1990, p. 19-39; Van der Heijden & Heerma van Voss 1990, p. 209-223; tevens Van Empel & De Jong 2002, p. 288.

plaats bieden de talrijke perslitigaties een uitstekende voedingsbodem tot applicatie van art. 8[302] en 10,[303] maar daarnaast werd horizontale werking op zijn minst ook reeds overwogen ten aanzien van art. 4 (verbod van slavernij en dwangarbeid),[304] art. 6 (recht op een eerlijk proces),[305] art. 9 (vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst),[306] art. 11 (vrijheid van vergadering en vereniging),[307] art. 12 (recht te huwen),[308] art. 14 (verbod van discrimina-

302 O.a. HR 9 april 1976, *NJ* 1976, 409; HR 9 januari 1987 (Edamse bijstandmoeder), *NJ* 1987, 928; HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850; HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361; HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1000; Hof Amsterdam 18 maart 1991, *NJ* 1992, 449; Arr.-Rb. Breda 30 mei 1991, *NJ* 1992, 451; Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1991, *NJ* 1991, 796; HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347; Hof Amsterdam 4 november 1993, *NJ* 1996, 7; HR 21 januari 1994 (Ferdi E), *NJ* 1994, 473; Hof Arnhem 8 maart en 10 mei 1994, *NJ* 1996, 467; HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608; Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 1994, *NJ* 1995, 203; HR 24 februari 1995, *NJ* 1995, 468; HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483; Hof Amsterdam 8 januari 1998, *NJ* 2000, 152; HR 8 september 2000 (Baby Joost), *NJ* 2000, 734; Hof Leeuwarden 20 maart 2001, *FJR* 2001, 190-192; HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589; Vzr. Rb. Amsterdam 22 november 2002 (KG 02/2683), *Mediaforum* 2003, 11; HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 491; Hof Amsterdam 15 mei 2003 (AF 8913); Vzr. Rb. Utrecht 6 oktober 2005, *LJN*: AU3841; Rb. Amsterdam 7 augustus 2008, *LJN*: BD9783 en de verwijzingen in hoofdstuk 4, voetnoten 144, 154 en 156.

303 O.a. Hof Arnhem 9 juli 1974, *NJ* 1975, 359; Hof Amsterdam 16 december 1976, *NJ* 1977, 86; Arr.-Rb. Rotterdam 30 december 1981, *NJ* 1982, 181; Ktr. Assen 25 maart 1986, *NJ* 1987, 15; Arr.-Rb. Arnhem 3 februari 1987 (Mildredhuis), *NJ* 1987, 338; HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361; HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168; Ktr. Sittard 3 december 1993, *WR* 1995, 85; HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 274; HR 21 januari 1994 (Ferdi E), *NJ* 1994, 473; HR 21 oktober 1994 (Rails), *NJ* 1996, 346; Ktr. Gouda 15 december 1994, *WR* 1995, nr. 52; HR 6 januari 1995 (V.G. / Parool), *NJ* 1995, 422; Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, *WR* 1995, 53; Hof Amsterdam 25 april 1996, *NJ* 1998, 179; Pres. Rb. Amsterdam 1 juli 1996, *WR* 1997, 34; HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 661; HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361; Rb. Arnhem 11 september 1997, *WR* 1998, 12; Hof 's-Hertogenbosch 15 september 1997, *NJ* 1998, 321; Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 1998, *NJ* 2000, 369; Rb. Arnhem 10 december 1998, *WR* 1999, 37; Rb. Arnhem 28 januari 1999, *WR* 1999, 47; Rb. Utrecht 4 januari 2000, *KG* 2000, 60; Rb. Leeuwarden 20 maart 2000, *LJN*: AA5178; Hof Amsterdam 27 april 2000, *NJ* 2002, 484; Ktr. Delft 22 februari 2001 en 31 mei 2001, *WR* 2001, nr. 77; Rb. Amsterdam 27 maart 2002, *LJN*: AE0806; Rb. 's-Gravenhage 16 april 2002, *KG* 2002, 152; Vzr. Rb. Amsterdam 21 November 2002, *Mediaforum* 2003, 7; Vzr. Rb. Amsterdam 22 november 2002 (KG 02/2683), *Mediaforum* 2003, 10; Vzr. Rb. Amsterdam 22 november 2002 (KG 02/2711), *Mediaforum* 2003, 11; Hof Amsterdam 15 mei 2003, *LJN*: AF8913; Rb. Amsterdam 18 juni 2003, *WR* 2003, nr. 60; Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *NJ* 2003, 664; Rb. Middelburg 21 januari 2004, *LJN*: AO2756; HR 2 mei 2004, *NJ* 2004, 80; Rb. Amsterdam 13 augustus 2004, *WR* 2005, nr. 6; Rb. Arnhem 3 januari 2005, *WR* 2005, nr. 69; Vrz. Rb. Amelo 9 maart 2005, *LJN*: AT 3181; Vrz. Rb. Amsterdam 5 april 2005, *LJN*: AT3177; Vzr. Rb. Utrecht 6 oktober 2005, *LJN*: AU3841; HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274; Rb. Amsterdam 24 januari 2008, *LJN*: BC2659; Rb. Amsterdam 21 februari 2008, *LJN*: BC4882; Rb. Amsterdam 7 augustus 2008, *LJN*: BD9783.

304 HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141.

305 HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 491.

306 O.a. HR 5 juni 1987 (Goeree I), *NJ* 1988, 702; HR 22 januari 1988 (Maimonides), *NJ* 1988, 891; Hof 's-Hertogenbosch 5 september 1989, *NJ* 1990, 377; HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289; Hof Amsterdam 27 april 2000, *NJ* 2002, 484.

307 Hof Amsterdam 25 april 1996 (en Arr.-Rb. 5 April 1995), *NJ* 1998, 179.

308 HR 4 juni 1982, *NJ* 1983, 32; Ktr. Gorinchem 8 november 1982, *NJ* 1983, 383; HR 20 december 1985, *NJ* 1987, 54.

tie),[309] art. 1 eerste aanvullend protocol (bescherming van eigendom),[310] art. 2 eerste aanvullend protocol (recht op onderwijs)[311] en art. 2 vierde aanvullend protocol (vrijheid van verplaatsing).[312] Heden schijnt de Conventie zelfs de Constitutie in applicatie te hebben overvleugeld.[313] Niet enkel kennen de rechten uit de eerste bron een toenemende populariteit, maar tegelijkertijd dringt ook het gebruik van de grondwettelijke catalogus terug.[314] Daar waar de constitutionele grondrechten toch aangewend worden, blijken ze daarenboven niet autonoom te fungeren, maar bijna steeds te worden gehanteerd in combinatie met hun Verdrags-equivalent; zo gaat een beroep op art. 7 Gw. normaliter gepaard met een referentie aan art 10 EVRM[315] en een beroep op art. 10 Gw. met een simultane verwijzing naar art. 8 EVRM.[316] Daarenboven

309 HR 10 december 1982 (Binderen/Kaya), *NJ* 1983, 687; HR 24 februari 1995, *NJ* 1995, 468; HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483; HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 496.

310 HR 11 september 1996, *NJ* 1997, 176; HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 496.

311 HR 22 januari 1988 (Maimonides), *NJ* 1988, 891.

312 Arr.-Rb. Amsterdam 24 juni 1982 (kg.), *NJ* 1983, 137.

313 O.a. Heringa 2003, 283; Verhey 1992a, p. 187; Verhey 1995a, p. 167 (specifiek m.bt. art. 10 Gw). Idem wat wetgeving betreft (X 2003, 214). Zie tevens Burkens 1996, p. 13.

314 Voor toepassing van de grondrechtscatalogus zie o.a. m.b.t. art. 1: Hof Amsterdam 17 februari 1984, *NJ* 1985, 96; HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 496; HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 117. M.b.t. art. 6: Arr.-Rb. Zwolle 19 februari 1975, *NJ* 1976, 266 (oud art. 181); HR 5 juni 1987 (Goeree I), *NJ* 1988, 702; HR 22 januari 1988 (Maimonides), *NJ* 1988, 891; HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289. M.b.t. art. 7 Hof 's-Gravenhage 23 november 1960, *NJ* 1961, 501; Hof Amsterdam 16 december 1976, *NJ* 1977, 86; Arr.-Rb. Rotterdam 30 december 1981, *NJ* 1982, 181; Hof Amsterdam 13 september 1984, *NJ* 1985, 409; Hof 's-Gravenhage 19 december 1985, *NJ* 1988, 332; Arr.-Rb. Arnhem 3 februari 1987 (Mildredhuis), *NJ* 1987, 338; HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361; HR 21 januari 1994 (Ferdi E.), *NJ* 1994, 473; Vzr. Rb. Amsterdam 21 november 2002, *Mediaforum* 2003, 7; Hof Amsterdam 15 mei 2003, *LJN*: AF8913; HR 2 mei 2004, *NJ* 2004, 80; Vzr. Rb. Utrecht 25 januari 2005, *LJN*: AS 3745; Vzr. Rb. Utrecht 6 oktober 2005, *LJN*: AU3841. M.b.t. art. 9 Hof Amsterdam 25 april 1996 (en Arr.-Rb. 5 april 1995), *NJ* 1998, 179. m.b.t. art. 10 HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850; HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 (enkel expliciete referentie in conclusie A-G); HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361; HR 21 januari 1994 (Ferdi E), *NJ* 1994, 473; Hof Arnhem 8 maart en 10 mei 1994, *NJ* 1996, 467; HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608; Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 1994, *NJ* 1995, 203; Hof Amsterdam 8 januari 1998, *NJ* 2000, 152; HR 30 november 2001, *NJ* 2002, 462; HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117; Vzr. Rb. Utrecht 6 oktober 2005, *LJN*: AU3841. M.b.t. art. 11: HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347; Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 1994, *NJ* 1995, 203; HR 21 oktober 1994 (Rails), *NJ* 1996, 346; Hof Leeuwarden 20 maart 2001, *FJR* 2001, 190-192; HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117. M.b.t. art. 12: Hof Amsterdam 8 januari 1998, *NJ* 2000, 152. Zie tenslotte tevens HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 496 waar art. 19 Gw. werd ingeroepen en HR 22 januari 1988 (Maimonides), *NJ* 1988, 891 aangaande art. 23.

315 Van de referenties m.b.t. art. 7 Gw in voetnoot 314 (zie daarenboven Rb. Amsterdam 12 september 2003, *LJN*: AK8308) wordt enkel in Hof 's-Gravenhage 23 november 1960, *NJ* 1961, 501; Hof 's-Gravenhage 19 december 1985, *NJ* 1988, 332; Hof Amsterdam 13 september 1984, *NJ* 1985, 409, dus klaarblijkelijk de oudere zaken, niet gerefereerd aan art. 10 EVRM.

316 Van de referenties m.b.t. art. 10 Gw in voetnoot 314 verwijzen enkel HR 30 november 2001, *NJ* 2002, 462 en HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117 niet naar art. 8 EVRM, en dit dient in perspectief te worden geplaatst: in de eerste zaak was het de Hoge Raad zelf die de grondrechten in het geding bracht en in de tweede zaak lijkt de exclusieve aanwending

blijkt de rechtspraak, wanneer geconfronteerd met de keuze tussen beide bronnen, ook de Conventie te verkiezen.[317]

Voor een deel heeft de Nederlandse grondwetgever om twee redenen zelf dit lot over de Constitutie uitgeroepen. In de eerste plaats omdat de huidige catalogus werd geredigeerd vanuit een idee van subsidiariteit ten aanzien van het EVRM. Zo bevat de Constitutie geen spoor van essentiële waarden als recht op leven, een eerlijk proces, bewegingsvrijheid of menselijke waardigheid,[318] maar was deze omissie een bewuste keuze[319] Niet opportuun werd geacht fundamentele rechten in de Constitutie te incorporeren wanneer ze reeds door de Conventie werden gegarandeerd, behoudens zo hierbij enige toegevoegde waarde zou worden verschaft, meer specifiek indien de constitutionele bepaling betere garanties zou verschaffen dan het internationale equivalent of zich inliet met specifieke nationale thematiek.[320] Het is overigens maar de vraag of zelfs de uiteindelijk geïncorporeerde rechten deze doelstelling hebben bereikt.[321] Ook deze grondrechten worden immers door de Conventie verdrongen. Enkel op vlakken waar de Constitutie traditioneel sterk staat (vrijheid van religie en pers), heeft ze nog enigszins stand kunnen houden.[322]

Een tweede en meer belangrijk aspect is het verbod op grondwettelijke toetsing in combinatie met art 91-94 Gw.[323] Aangezien noch een constitutioneel Hof bestaat, noch de reguliere rechters bevoegd zijn tot constitutionele toetsing,[324] maar anderzijds wel een gematigd monistisch systeem heerst[325] en rechtstreeks werkende verdragsbepalingen (of besluiten van volkenrechtelijke organisaties) primeren op daarmee strijdige nationale wettelijke voorschriften,[326] betekent dit dat de rechtszoekende, aan wiens eis een wettelijke bepaling in de weg staat welke hij in strijd met zijn fundamentele rechten acht, zich zal behoren te bedienen van rechtstreeks werkende verdragsbepalingen, ook al biedt de constitutionele norm meer bescherming. Het is evident dat deze 'indirecte' constitutionele toetsing de toepassing van rechtstreeks werken-

---

van constitutionele grondrechten eerder toeval, de zaak is immers gelijkaardig aan HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347 waar daarentegen art. 8 EVRM werd gehanteerd.

317 Zie bijvoorbeeld HR 27 april 2001, *NJ* 2001, 421 alwaar A-G Spier in reactie op een rechtsmiddel waarin verschillende bronnen van fundamentele rechten aangevoerd worden stelt: '[o]mdat de artikelen 17 IVBP[R] en art. 10 Gw m.i. in casu niets toevoegen aan art. 8 EVRM, welke laatste bepaling horizontale werking heeft, beperk ik mij tot art. 8 EVRM' (nr. 3.35), welke zienswijze daarna ook door de Hoge Raad wordt nagevolgd (r.o. 3.7).

318 Heringa 2003, p. 282; zie tevens Akkermans 1987, p. 12 en *in globo* Rijnen 1982, 506 *et seq.*

319 Heringa 2003, p. 282.

320 X 2003, p. 214. Zie tevens Heringa 1990a, p. 322; Verhey 2003, p. 223; Van Wissen 1992, p. 21-22. Vgl. Rijnen 1982, p. 507-509.

321 Zie Alkema 1983b, p. 207; Heringa 1990a, p. 322; X 2003, p. 214.

322 (Vgl.) Verhey 2003, p. 223.

323 X 2003, p. 214. Zie tevens Verhey 2003, p. 222.

324 Art. 120 Gw.

325 Art. 91 & 93 Gw.

326 Art. 94 Gw.

de mensenrechtenverdragen voor Nederlandse rechtbanken heeft gestimuleerd.[327]

Opgemerkt weze dat, hoewel voornoemde elementen in theorie ook de deur openzetten naar andere internationale bronnen van fundamentele rechten, de invloed hiervan, in vergelijking tot het EVRM, beperkt blijft. In feite spelen enkel het IVBPR[328] en het Kinderrechtenverdrag[329] een rol van betekenis. Toepassing van andere bronnen, zoals het Europees Sociaal Handvest,[330] de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens[331] en de 'Slotakkoorden van Helsinki'[332] geschiedt slechts hoogst incidenteel.

Engeland is, verhoudingsgewijs, de meest devote applicant van de Conventie. In de eerste plaats speelt uiteraard dat Engeland geen werkelijke constitutionele catalogus bezit van waaruit concurrentie kan ontstaan. Tweede element is de inwerkingtreding (2000) van de *Human Rights Act 1998* welke, in het dualistisch systeem dat het Engelse is, de Conventie pas werkelijk in de nationale rechtsorde introduceerde. Daarmee is evenwel niet gezegd dat deze introductie een complete cesuur voorstond, ook voordien werd het EVRM occasioneel (evenzeer in horizontale verhoudingen) in rekening genomen.[333] Sommige auteurs gewaagden toenmaals zelfs van een reeds verwezenlijkte 'incorporation through the back door', erin bestaande dat rechtbanken in toenemende mate de Conventie in hun overwegingen betrokken zodat een

327 Van Empel & De Jong 2002, p. 294-295.

328 Zie o.a. Arr.-Rb. Rotterdam 30 december 1981, *NJ* 1982, 181; HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850; HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 (hoewel enkel de A-G aan het IVBPR refereert); HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361; HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289; Hof 's-Gravenhage 1 maart 1991, *NJ* 1991, 732; Hof Arnhem 8 maart en 10 mei 1994, *NJ* 1996, 467; Pres. Rb. Dordrecht (kg.) 1 september 1997 als weergegeven in HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 711; HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 496; HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 117. Zie tevens HR 10 december 1982 (*Binderen/Kaya*), *NJ* 1983, 687; HR 7 mei 1993 (Mathilda/Schoolbestuur), *NJ* 1995, 259 (Art. 7 IVBPR als dusdanig niet effectief maar wel erkend als een navolgenswaardige doelstelling). De beperkte rol laat zich verklaren doordat de bij dit verdrag gegarandeerde rechten veelal weinig extra bieden ten aanzien van de gevestigde Constitutie- en EVRM-normen en verder geen werkelijk internationaal Hof dit verdrag onder attentie houdt zoals het EHRM dat doet met het EVRM. Globaal genomen bezit dit instrument dus weinig toekomst in horizontale relaties, behalve tot redmiddel bij lacunes in de bescherming geboden door het EVRM en de Constitutie (Verhey 1994b, p. 840).

329 Zie o.a. HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608; HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 419; Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 27 maart 1997 (kg.), *KG* 1997, 147; Rb. Utrecht 18 juni 1997, *NJ Kort* 1997, 59; Rb. Rotterdam 23 maart 1998, *NJ Kort* 1998, 33; Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2000, *NJ* 2001, 659; HR 29 maart 2002, *NJ* 2002, 269; Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 20 februari 2003, *KG* 2003, 73; Rb. Rotterdam 9 januari 2004, *NJ* 2004, 209; HR 11 april 2008, *LJN*: BC5722 in conclusie P-G Wuisman, nr. 3-9 tot 3-12. M.b.t. de horizontale werking van het IVRK zie tevens Doek 1995, p. 16-17.

330 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 (art. 6.4).

331 Arr.-Rb. Arnhem 3 februari 1987 (Mildredhuis), *NJ* 1987, 338.

332 Arr.-Rb. Arnhem 3 februari 1987 (Mildredhuis), *NJ* 1987, 338.

333 O.a. Hunt 1998, p. 435-438. Zie m.b.t. de voorheen bestaande relatie tot het EVRM meer algemeen o.a. Drzemczewski 1976, p. 123-129; Duffy 1980, p. 585-618; Lord Lester of Herne Hill 1998, p. 666-667; Lord Irvine of Lairg 1998, p. 226 *et seq.*

werkelijke wetgeving, zoals de HRA ze nadien zou verschaffen, in feite overbodig geworden was.[334] Dit evenwel ten onrechte, aangezien deze referenties weinig praktisch effect ressorteerden.[335] Daarenboven verschool zich achter deze assertaties ook een malicieus franje, namelijk verzet tegen een extern instrument en dan nog op vlak van fundamentele rechten, waarin Engeland zeker geen lessen te trekken had.[336] Dat weerklonk ook in het parlement waar de discussie of de HRA nu een eigen interpretatie hetzij werkelijke incorporatie van de Conventie uitmaakte uitliep in wat als een 'theological dispute' werd getypeerd.[337] Daar was ook wat aan gelegen, want in sommige hoeken waren de verwachtingen omtrent de HRA bijzonder hooggespannen, daartoe onder meer geïnciteerd door een 'sometimes rather hysterical media coverage'.[338] Dat bleek een overschatting. Zoals Brazell laconiek opmerkt:

> [...] the passage of the Human Rights Act in 1998 was heralded with fanfares and speculation as to the enormous changes which were to overturn centuries of English legal tradition. Predictably, nothing particularly noteworthy then proceeded to happen for several years […].[339]

Wel was er een geleidelijke evolutie. De Engelse rechtbank werd weliswaar geen 'Strasbourg surrogate',[340] de Conventie verkreeg geen overheersende werking,[341] maar de opportuniteit rees om sommige gewortelde keuzes terug in vraag te stellen[342] en de ontwikkeling van de *common law* meer in correspondentie met de Conventie te oriënteren. Daartoe richtte de *Human Rights Act* twee onderscheiden paden in.

Enerzijds verordent s. 3 (1) dat, in zoverre mogelijk, alle wetgeving 'must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention

---

334 Zie terzake o.a. Klug & Starmer 1997, p. 223 *et seq.*

335 Klug & Starmer 1997, p. 224 *et seq.*

336 *Cf.* o.a. Lord Mishcon, HL Deb 3 november 1997, kol. 1251: 'Many arguments were advanced on the basis of, "Surely our common law is good enough. Do we not have enough of a reputation in regard to our civil rights and liberties without having to borrow somebody else's convention, even though British lawyers took such a prominent part in drawing it up?"'; zie tevens Lord Hoffmann's uitspraak alsdat 'when we joined the European Convention on Human Rights, it was not because we thought it would affect our own law, but because we thought it right to set an example for others' (aangehaald in Vranken 2001, p. 16).

337 Klug 1999, 248. Illustratief in deze is bijvoorbeeld ook de aanmerking van Wadham 1997, p. 86 alsdat '[…] what we have incorporated is not the European Convention on Human Rights, but a number of principles which happen to be included in the Convention. We have something much closer to a distinctively British Bill of Rights than is sometimes imagined'.

338 Morrow 2005, p. 1019.

339 Brazell 2005, p. 405. In dergelijke zin tevens Morrow 2005, p. 1019.

340 LJ Laws in *R (on the application of ProLife Alliance) v BBC* [2002] 2 All ER 756; zie aangaande tevens Kearns 2003, p. 82.

341 Buxton 2000, p. 60-61.

342 Morrow 2005, p. 1019.

rights',[343] een innovatie ten aanzien van de voorheen bestaande toestand welke de hoven merkbaar meer naar de Conventie heeft doen teruggrijpen.[344] Wel stopt deze plicht uiteraard voor de poorten van 'judicial innovation':[345] daar waar conformiteit enkel verkregen worden kan via dermate complexe interpretatie dat eigenlijke doelstellingen van de wetgever worden gewijzigd[346] hetzij de wetgeving onbegrijpelijk of onwerkzaam wordt gemaakt[347] *kan*[348] slechts worden overgegaan tot het *ultimum remedium*[349] der declaratie van incompatibiliteit (s. 4 HRA).[350] Evenwel heeft dergelijke declaratie geen effect op de uitspraak maar fungeert enkel als vingerwijzing naartoe de wetgever.[351]

Anderzijds, met name van belang voor de ontwikkeling van *common law* als onderscheiden van wetgeving, is er s. 6 welke voorziet dat het voor rechtbanken en hoven onrechtmatig is te ageren in een wijze onverenigbaar met de Conventie. Daarin lijkt, voor *Drittwirkung* althans, de belangrijkste importweg voor het EVRM verscholen. Echter, ook hier dient voor overdreven verwachtingen te worden gehoed. Zo laat deze bepaling bijvoorbeeld niet de creatie van nieuwe 'causes of action' toe.[352] Wat, onder meer daardoor, in praktijk geschiedt is een verdere ontwikkeling van de *common law*, onder de noemer van de HRA en dus de Conventie, maar binnen de bestaande concepten

---

343 De vage omschrijving maakt s. 3 van een binnen de doctrine sterk bediscussieerde draagwijdte, zie o.a. Arden 2004, p. 167 *et seq.*; Bennion 2000, p. 77-91; Craig 2001, p. 589 *et seq.*; Hickman 2005, p. 310-311 (& 327 *et seq.*); Lord Lester of Herne Hill 1998, p. 669 *et seq.*; Marshall 1999, p. 377-383; Phillipson 2003c, p. 183-188 (& repliek in Gearty 2003, p. 551-553); Klug 1999, p. 252-255; Zucca 2001, nrs. 9-13.

344 Klug & O'Brien 2002, p. 650 *et seq.*

345 *Cf.* Lord Nicholls of Birkenhead in *Re W and B (Children) (Care Plan)* [2002] UKHL 10, para. 42.

346 Lord Woolf in *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd* v *Donoghue* [2001] EWCA Civ 595. Zie tevens o.a. Clayton 2004, p. 34.

347 Lord Hope in *R v Shayler* [2002] 2 W.L.R. 754, para 52.

348 Het betreft een discretionaire bevoegdheid (zie terzake Chandran 1999, p. 30-31).

349 Vanwege de overheid werd immers benadrukt dat hiermee uiterst terughoudend omgesprongen diende te worden, nl. waar compatibele interpretatie werkelijk onmogelijk is (*cf.* o.a. Lord Chancellor in HL Deb. 18 november 1997, kol. 535; Home Secretary Jack Straw in HC Deb. 3 juni 1998, kol. 421-422), daarmee een troebele demarcatielijn naartoe de rechtspraak verschaffende (*cf.* Klug & O'Brien 2002, p. 651 *et seq.*) en bijgevolg *in* se ook een interpretatie toelatende welke zijnde 'linguistically strained' (Lord Steyn in *R v A* (no. 2) [2002] 1 A.C. 45; vgl. terzake Masterman 2005, p. 908).

350 In vergelijkbare zin Lord Lester of Herne Hill 1998, p. 670. Naar Oliver 2007, p. 71 meldt had tegen zomer 2006 in de privaatrechtelijke sfeer nog maar één enkele dergelijke declaratie plaats gevonden die ook in *appeal* stand hield (m.n. *Bellinger v Bellinger* [2003] 2 AC 467, HL; dergelijke actie had ook plaats gegrepen in *Wilson v First Country* [2002] QB 74, doch werd door het House of Lords niet geaccepteerd).

351 Arden 2004, p. 167; Gardbaum 2001, p. 737-738; [zie tevens] Hickman 2005, p. 308-309; Lord Lester of Herne Hill 1998, p. 668; Lord Irvine of Lairg 1998, p. 225.

352 O.a *A v Leeds Teaching Hospital NHS Trust*, [2004] EWHC 644; Hunt 1998, p. 424, 441; Moreham 2007, p. 376. Zie tevens Phillipson & Fenwick 2000, p. 667. Contra Raphael 2000, p. 504.

als *breach of confidence* of *nuisance*[353] (welke op de daarin geïnjecteerde *fundamental rights* een vervormende kracht uitoefenen), een gegeven dat haar bekendste maar ook meest dubieus-illustratieve toepassing kent in de recente jurisprudentie aangaande privacy.[354]

3.3.3 Conclusie

Horizontale werking dekt een nog fluctuerende ondergrond waarin zich wel bepaalde preferenties uitkristalliseren maar expliciete en definitieve partijkeuzes in de regel uitblijven. Niettemin lijkt de overhand van indirecte op directe werking onmiskenbaar en onomkeerbaar, hetwelk belangrijke conclusies oplevert voor de impact van het leerstuk op privaatrechtelijke jurisprudentie aangezien deze werkwijze de rol van fundamentele rechten overwegend herleidt tot niet meer dan deze van kenbron van fundamentele waarden, zodat de term 'werking' een ietwat dysfemistische echo krijgt. Daarnaast is de opdeling tussen de nationale en internationale grondrechtendcatalogus minder in globale termen te vangen, maar verschilt zij van land tot land, waarbij op te merken valt dat het EVRM en in bijzonder de daaraan verbonden Straatsburgse rechtspraak niet overal even makkelijk ingang vindt hetwelk de potentie van horizontale werking als middel tot convergentie (alvast via dergelijke supranationale weg) hypothekeert.[355]

3.4 CONCLUSIE

Het debat rond horizontale werking is een postmoderne illustratie van het onvermogen tot communicatie. Grenzen en inhoud van het concept blijven zorgeloos troebel en verdwijnen in een maalstroom van opinies.

Wat de leer dekt is bij uitstek een idee, veel minder dan een uniform leerstuk. Centraal staat het eenvoudige verlangen ook in het civiele recht respect voor de fundamentele *waarden* te verzekeren, hetwelk voor alle overige vragen verblindt. Waarom of waartoe grondrechten dienaangaande een geschikt of zelfs maar noodwendig instrument zouden zijn, blijft vaak verheeld. Onder de oppervlakte van basale loyauteitsverklaringen heerst ambiguïteit, vaagheid. Zelfs de wijze van doorwerking blijkt een soms te netelig aspect om zich op te verbinden, zij het dat de tendens ontegensprekelijk duidt op een preferentie voor indirecte werking; tegelijk is daarmee in theorie het vermogen van de horizontale werking ook ingeperkt daar de grondrechten hierdoor herleid worden tot een functie als (meestal overbodige) kenbron van fundamentele waarden.

---

353 Banakas 2006, p. 91.
354 Zie *infra* § 7.2.2.2.2.
355 Zie tevens hoofdstuk 7.

4 *Fallgruppen*

Jurisprudentie met horizontale werking lijkt, naar het beeld dat uit doctrine ontstaat, betrekkelijk dun gezaaid.[1] Dat strookt niet met de werkelijkheid, maar de voorstelling is het gevolg van de eerder geduide doctrinaire nonchalance ten aanzien van de rechtspraktijk in het algemeen evenals eenvoudige onwetendheid,[2] welke echter niet blijkt te hinderen generale conclusies te poneren.[3]

In het rariteitenkabinet dat aldus wordt gesuggereerd, schuilt voor horizontale werking een onvermoed krachtpunt: de *rari nantes* krijgen een witte raaf elan, hun uitzonderingspositie suggereert werkelijke noodweer die de magistratuur uiteindelijk in beweging heeft gebracht. Opnieuw weerklinkt daarin kortom de voorstelling van horizontale werking als noodwendig instrument

---

1 Typerend is o.a. de mate waarin een aanzienlijk deel van de doctrine immer dwalen blijft over een goed handvol, op zich meestal niet werkelijk significante, uitspraken (met name de Duitse *Bürgschaft* en *Handelsvertreter* zaken, de Engelse *privacy* litigaties *Douglas* en *Campbell* en wat specifiek Nederland betreft o.a. de als *Mensendieck*, *Maimonides* en *Aids-test* gekende arresten).

2 Zo stelt Hondius in 1998: 'Case-law since 1983 provides examples of extending constitutional rights to private relationships. *The most recent case* concerns a rape victim who requested and finally received a court order for the rapist to undergo an Aids test.' (Hondius 1998, p. 207, mijn cursivering). Deze meest recente zaak waarop hij doelt stamt *nota bene* uit 1993. Reeds in het alhier gepresenteerde summiere overzicht zijn, *enkel dan nog wat het vermogens- en familierecht betreft* (en dus met uitsluiting van traditioneel aan derdenwerkingsrechtspraak rijke domeinen als het arbeidsrecht), voor de periode 1993-1998 een veertigtal uitspraken aangehaald. Het betreft hierbij geen exoterische, ongepubliceerde of zelfs maar in minder bekende magazines geopenbaarde uitspraken, maar *au contraire* voor het overgrote deel in de *Nederlandse Jurisprudentie* (eventueel *RvdW*) opgenomen rechtspraak, daaronder overigens ook zaken die zonder meer naambekendheid genieten, zoals bijvoorbeeld *Rails* (HR 21 oktober 1994 (Rails), *RvdW* 1994, 211) en waarvan tot kennis dus amper autonoom speurwerk is vereist. Evident kan gebrekkig veldonderzoek nimmer tot correcte conclusies aanleiding geven (zie voetnoot 3).

3 Zo concludeert Hondius (zie voetnoot 2) in relatie tot de Nederlandse situatie *anno* 1998: '[t]he horizontal effect of constitutional rights in private relationships is only reluctantly recognised' (Hondius 1998, p. 226) en wordt gewaagd dat '[n]or is horizontal effect of fundamental rights in private law relationships an established phenomenon' (Hondius 1998, p. 203-204) hetwelk manifest onjuiste beweringen zijn.

tot correctie van verstarde privaatrechtsstructuren of dichting van ontoelaatbare lacunes.[4]

In realiteit is derdenwerkingrechtspraak evenwel talrijk, de verwijzingen naar fundamentele rechten daarenboven veelal formeel of zelfs louter ornamenteel van aard en frequent het gevolg van referentiedrang bij procespartijen of deel uitmakend van geritualiseerde[5] formules die in sommige typelitigaties opgeld doen. Kortom, een aanzienlijk minder hooggestemde praktijk dan de reguliere voorstelling uitschijnen doet.

Om deze overvloed te illustreren volgt hierbij een overzicht van enkele der meest manifeste Europese *Fallgruppen*. Exhaustiviteit is daarbij uiteraard nimmer aan de orde, doch de benadering heeft tevens het nadeel dat ze eventueel interessante doch thematisch geïsoleerde uitspraken aan het oog onttrekt.[6] Verder passen nog enkele meer specifieke exclusieclausules. Een

---

4 Vgl. aangaande deze voorstelling o.a. Uitz 2005, p. 12 ('It is in the context of horizontal effect cases where constitutional values […] cure the insufficiencies and open texture of statutory language. *Note that when courts invoke constitutional values or principles to fill the gaps of statutory language, they in essence uphold legislation the constitutionality of which is at least suspect*' (mijn cursivering)) of Frick 1996, p. 19 & 20 waar het gebrek aan illustraties van derdenwerking in de Liechtensteinse jurisprudentie verklaard wordt uit de overweging dat de wetgever de hem door de grondrechten opgedragen *Schutzauftrag* uiterst verregaand vervuld heeft.

5 *Cf.* o.a. Kistenkas 1996a, p. 3.

6 Zo kan, enkel wat Nederland betreft, onder meer worden verwezen naar HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347 (zie in detail § 6.2.4; zie overigens tevens Vzr. Rb. Groningen 26 januari 2007, *LJN*: AZ7313 evenals Vzr. Rb. Haarlem 5 oktober 2007, *LJN*: BB4972); HR 21 oktober 1994 (Rails), *RvdW* 1994, 211 (Moderapportage in magazine welke zou aanzetten tot geweld tegen vrouwen); HR 11 september 1996, *NJ* 1997, 176 (Prijs aandelen in uitkoopregeling); Hof Amsterdam 27 april 2000, *NJ* 2002, 484 (Brochure waarin authenticiteit dagboek Anne Frank wordt in twijfel getrokken valt *in se* onder bescherming art. 9 & 10 EVRM, welke rechten evenwel beperkt kunnen worden tot bescherming van de rechten en belangen van anderen, waartoe onderhavige publicatie, wegens de revisionistische context en onnodig grievende beweringen naartoe Otto Frank, aanleiding geeft); HR 30 november 2001, *NJ* 2002, 462 (Videoregistratie van het vaderlijk contact met de kinderen op instigatie van de gezinsvoogdij-instelling schending van diens privacy, art. 10 Grondwet); HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 491 (Vergeefs verzoek vader door middel van art. 6 en 8 EVRM inzage te verkrijgen in het contactjournaal van de maatschappelijk medewerker die de kinderen begeleidde); Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 20 februari 2003, *KG* 2003, 73 (Verzet van ouders tegen uitzetting uit een huurwoning (wegens kweek van cannabis) op basis van het feit dat dit de rechten van hun kind (dat met de ouders samenleefde) als gegarandeerd in het Kinderrechtenverdrag schenden zou); Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *NJ* 2003, 664 (Internetpublicatie van een affidavit bevattende extracten uit publicaties van de Scientology-kerk werd door deze laatste instantie beschouwd als een inbreuk op haar auteursrecht); HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117 (Tandarts wiens wonde in contact was gekomen met het bloed van een mogelijk HIV-besmette patiënt verzocht deze laatste vergeefs een aidstest te ondergaan; het Hof had diens verzet gegrond in onder meer art. 10 & 11 Gw. afgewezen welke daarmee gepaard gaande achterliggende afweging van belangen (geringe inbreuk op grondrecht versus het belang zekerheid te verkrijgen omtrent besmetting en daarmee tevens omtrent de noodzaak de inname van profylactische medicatie met ernstige bijwerkingen te continueren) naar oordeel van de HR geen blijk gaf van onjuiste rechtsopvatting

topische, in die zin dat de focus in principe ligt op het terrein van vermogens- en familierecht, en een geografische. De geografische bestaat erin dat de nadruk ligt op centrum West-Europa en dan nog in onderscheiden gradaties.[7]

Ten slotte rest nog een bemerking aangaande de vaagheid inherent aan het begrip horizontale werking voorbij de opmerkingen in hoofdstuk 2 uiteengezet, met name één ingegeven door het systeemdenken dat zich hierachter verschuilt. Onzeker is namelijk de kwalificatie wanneer een rechter in een private relatie verzocht wordt verordenende maatregelen te nemen (zoals een straat- of publicatieverbod). Uiteraard zijn deze instanties als Staatsorgaan rechtstreeks door grondrechten gebonden zodat, naar Van der Pot en Donner stellen, het vraagstuk van horizontale werking in feite niet aan de orde komt;[8] anderzijds kan evenzeer worden beweerd, zoals Hartkamp doet, dat het private karakter van de verhouding waarin de verzochte maatregel dient te opereren, behoort te prevaleren, het oordeel omtrent toekenning *in se* immers berustende op een afhandeling van tussen procespartijen conflicterende grondrechten.[9] Voor beide visies valt iets te zeggen, maar uit praktisch oogpunt is onvermijdelijk dergelijke uitspraken op te nemen. Veelal zijn in praktijk namelijk de verticale en horizontale component dusdanig verstrengeld dat werking in deze en daaruit voortvloeiende gevallen uitsluitend aan één dezer dimensies toeschrijven niet meer opportuun is, een gegeven dat *infra* moge blijken.

---

noch het oordeel in motivatie tekort schoot (in detail heet het in de centrale overweging van het Hof m.b.t. de grondrechtsgelding dat het 'aan art. 10 en 11 Gr.w. ontleende grondrecht op privacy en de onaantastbaarheid van zijn lichaam zijn grenzen vindt in de bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. Tussen burgers onderling kan een zodanige beperking in beginsel worden gegrond op art. 6:162 BW, zulks mede aan de hand van de in dat artikel besloten liggende normen die krachtens hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht genomen moeten worden. Wanneer, zoals in het onderhavige geval, tussen deze burgers een overeenkomst is gesloten die in relevant verband staat met de reden die aan het verzoek tot medewerking ten grondslag ligt, kan een dergelijke beperking reeds voortvloeien uit de inhoud van de overeenkomst. De inhoud wordt mede vastgesteld met behulp van hetgeen naar de aard van de overeenkomst uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeit')).

7 In bijzonder Nederland en de buurlanden. Duitsland gaat in deze evenwel met proportioneel minder aandacht lopen dan het toekomt. Reden hiertoe is enerzijds dat deze rechtspraak in Duitsland wegens een onderwijl als bijna dwangmatig ervaren referentieneiging dergelijke overdaad vertoont dat het kaf het koren schijnt te overtreffen en anderzijds dat terzake geen werkelijk onderzoek meer nodig is, in de Duitse doctrine zijn immers voldoende overzichten voorhanden (voor een analytisch overzicht van de *Drittwirkung*-rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht zie o.a. Schwabe 1975, Krause 1984 en in het bijzonder Classen 1997). Verder komen de zuiderse contreien in ondergeschikte orde aan bod wijl landen als Oostenrijk of Zwitserland in de regel tot voetnoten worden verbannen (voor een overzicht van derdenwerkingrechtspraak aldaar zie Hinteregger 1999, p. 744-752 respectievelijk Zäch 1989, p. 2-7; secundair Bucher 1987a, p. 44-44 (en meer recent doch uiterst beknopt Tschannen 2007, p. 127 & 129)). Het onevenwicht vloeit simpelweg voort uit de onevenredige toegankelijkheid van het bronnenmateriaal.

8 Van der Pot & Donner 1995, p. 223.

9 Hartkamp 2000b, p. 119. In dergelijke zin tevens Verhey 2009, p. 531.

4.1 ONRECHTMATIGE DAAD

De meest aanzienlijke verzameling horizontaal effect rechtspraak betreft (beweerd) onrechtmatige perspublicaties en aanverwante gedingen waarbij vertrouwelijke gegevens (eventueel foto's), kritische allegaties of schofferende uitlatingen (eventueel door associatie) m.b.t. personen of groepen publiek gemaakt (dreigen te) worden.[10] Traditioneel gaat het hierbij om een collisie

---

10 Niet enkel dient daarbij gedacht te worden aan traditionele onderzoeksjournalistiek of roddelpers ten aanzien van bekende personen, maar bijvoorbeeld ook publicatie van foto's van verkeers- of terreurslachtoffers, het recht op vergetelheid van lang voorheen veroordeelde misdadigers, verwantschapsbanden (o.a. als kind) met ter processe staande personen *etc*.
België: Rb. Luik 12 september 2001, *A&M* 2002, 193; Rb. Brussel 20 september 2001, *A&M* 2002, 77; Rb. Brussel 26 oktober 2001, *A&M* 2002, 88; Rb. Nijvel 12 maart 2002, *A&M* 2003, 77; Hof Gent 28 maart 2002, *A&M* 2003, 129; Rb. Brussel 13 september 2002, *A&M* 2003, 132; Rb. Brussel 10 januari 2003, *A&M* 2003, 404; Rb. Brussel 25 maart 2003, *A&M* 2004, 73; Rb. Gent (kg.) 30 april 2003, *A&M* 2004, 74; Rb. Antwerpen 9 mei 2003, *A&M* 2003, 400; Rb. Brussel 12 januari 2004, *A&M* 2004, 379; Rb. Luik 14 januari 2004, *A&M* 2005, 91; Rb. Antwerpen (kg.) 9 maart 2004, *A&M* 2005, 168; Rb. Brussel 27 april 2004, *A&M* 2005, 80; Hof Antwerpen 30 april 2004, *R.W.* 2004-05, 630; Hof Antwerpen 21 juni 2004, *A&M* 2005, 76; Hof Gent 6 juni 2005, *A&M* 2005, 444; Rb. Antwerpen 23 juni 2005, *A&M* 2005, 455; Hof Antwerpen 11 oktober 2005, *A&M* 2006, 201 (zie tevens Lemmens 2006, 149 *et seq.* waar beargumenteerd wordt dat het arrest op gespannen voet staat met de Europese en Belgische rechtspraak inzake vrijheid van meningsuiting); Rb. Antwerpen 9 januari 2006, *A&M* 2006, 97; Rb. Brussel 20 januari 2006, *A&M* 2006, 208; Rb. Brussel 7 februari 2006, *A&M* 2006, 372; Rb. Brussel 15 september 2006, *A&M* 2006, 498; Hof Luik 7 december 2006, *A&M* 2007, 280. Zie tevens voetnoot 13.
Duitsland: Jurisprudentie is overvloedig, zie o.a. BGH 29 juni 1999, *NJW* 1999, 2893; BVerfG 15 december 1999 (Caroline van Monaco), *NJW* 2000, 1021; BVerfG 4 april 2000, *NJW* 2000, 2189.
Engeland: *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22; *Cream Holdings Ltd v Banerjee* [2003] EWCA Civ 103; *Douglas v Hello! Ltd. (nr. 6)* alias *Douglas v Hello! Ltd (Trial Action: Breach of Confidence) (No. 3)*, [2003] EWHC 786 (Ch); *Lady Archer v Williams* [2003] EWHC 1670 (QBD); *Jameel v Wall Street Journal Europe SPRL (No. 2)* [2003] EWHC 2945, (QBD); *Coys Ltd v Autocherish Ltd* [2004] EWHC 1334 (QBD); *Blake v Associated Newspapers Ltd (Application for Stay)* [2003] EWHC 1960; *Powell v Boladz* [2003] EWHC 2160 (QBD); *Pedder v News Group Newspapers Ltd (No. 2)* [2003] EWHC 2442 (QBD); *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] UKHL 22; *Cream Holdings Ltd v Banerjee* [2004] UKHL 44; *S (A Child) (Identification: Restrictions on Publication)* [2004] UKHL 47; *Greene v Associated Newspapers Ltd* [2004] EWCA Civ 1462; *Jameel v Dow Jones & Co Inc* [2005] EWCA Civ 75; *Jameel v Wall Street Journal Europe SPRL (No. 3)* [2005] EWCA Civ 74; *Turcu v News Group Newspapers Ltd* [2005] EWHC 799 (QBD); *Douglas v Hello! Ltd. (nr. 6)* alias *Douglas v Hello! Ltd (Trial Action: Breach of Confidence) (No. 3)*, [2005] EWCA Civ 595; *Green Corns Ltd v Claverley Group Ltd* [2005] EWHC 958 (QBD); *E v Channel Four Television Corp* [2005] EWHC 1144 (Fam Div); *A v B* [2005] EWHC 1651 (QBD); *W (Children) (Identification: Restrictions on Publication)* [2005] EWHC 1564 (Fam Div); *BBC v Rochdale MBC* [2005] EWHC 2862 (Fam Div); *Galloway v Telegraph Group Ltd* [2006] EWCA Civ 17; *Mahmood v Galloway* [2006] EWHC 1286 (QBD); *John v Associated Newspapers Ltd* [2006] EWHC 1611 (QBD); *McKennitt v Ash* [2006] EWCA Civ 1714; *HRH Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd* [2006] EWCA Civ 1176. Zie tevens *R. (on the application of ProLife Alliance) v BBC* [2003] UKHL 23 (Weigering BBC tot uitzending verkiezingsspotje wegens offensief naartoe het grote publiek terecht bevonden; zie o.a. Geddis 2003, p. 885-893); *Mersey*

tussen het recht op vrijheid van meningsuiting versus het recht op privacy, hoewel soms ook andere grondrechten (o.a. religie)[11] in stelling worden gebracht.

Opgemerkt moet echter worden dat, zoals reeds gesignaleerd, in bepaalde van deze uitspraken, met name wanneer de eis (in de regel in kort geding)

Care NHS Trust v Ackroyd (No. 1) [2003] EWCA Civ 663 & *Mersey Care NHS Trust v Ackroyd (No. 2)* [2006] EWHC 107 (QBD) (journalistiek brongeheim).
Frankrijk: Cass. 31 januari 1989, *Bull.civ*. 1989, I.47; Cass. 23 oktober 1990, *Bull. civ.* 1990, I, nr. 222, p. 158.; Cass. 14 december 1999 (*Mitterrand*), *D.* 2000, Jur. 372; Cass. 20 december 2000, *D.* 2001, Chr. 872; Cass. 20 februari 2001, *D.* 2001, Jur. 1199; Cass. 12 juli 2001, *D.* 2002, Jur. 1380; Cass. 23 april 2003, *D*. 2003, Comm., 1854; Cass. 9 juli 2003, *D.* 2004, 1634; Cass. 20 november 2003, *Bull.civ*. 2003, II.354; Cass. 11 december 2003, *D.* 2004, Jur. Comm. 2596; Cass. 30 juni 2004, *JCP* 2004, II.10160; Cass. 4 november 2004, *JCP* 2004, II.10186; TGI Parijs 9 december 2002, *D.* 2003, Comm., 1715 (recht op vergetelheid; zie Caron 2003, p. 1716-1718).
Italië: Cass. 9 juni 1998 (nr. 5658), *Foro It.* 1998, I, 2387; Cass. 25 maart 2003 (nr. 4366), *Danno e resp.* 2003, 978; Trib. Milaan 13 april 2000, *Foro It.* 2000, I, 3004.
Nederland: Arr.-Rb. 's-Gravenhage 22 oktober 1969, *NJ* 1971, 51; HR 24 juni 1983 (Gemeenteraadslid), *NJ* 1984, 801; HR 5 juni 1987 (Goeree I), *NJ* 1988, 702; HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 (door doctrine als derdenwerkingslitigatie beschouwd, hoewel expliciete verwijzing naar grondrechten enkel in conclusie A-G te vinden is); HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361; HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1000; HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289; Hof Amsterdam 4 november 1993, *NJ* 1996, 7; HR 21 januari 1994 (Ferdi E), *NJ* 1994, 473; HR 6 januari 1995 (V.G. / Parool), *NJ* 1995, 422; HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 661; HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361; Hof 's-Hertogenbosch 15 september 1997, *NJ* 1998, 321; Hof 's- Hertogenbosch 18 februari 1998, *NJ* 2000, 369; Rb. Leeuwarden 20 maart 2000, *LJN*: AA5178; Hof Amsterdam 27 april 2000, *NJ* 2002, 484; Rb. Amsterdam 27 maart 2002, *LJN*: AE0806; Rb. 's-Gravenhage 16 april 2002, *KG* 2002, 152; Vzr. Rb. Amsterdam 21 november 2002, *Mediaforum* 2003, 7; Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2002, *NJ* 2003, 612; Rb. Amsterdam 13 oktober 2003, *Mediaforum* 2004, 2; Vzr. Rb. Amsterdam 22 november 2002 (KG 02/2683), *Mediaforum* 2003, 10; Vzr. Rb. Amsterdam 22 november 2002 (KG 02/2711), *Mediaforum* 2003, 11; Hof Amsterdam 15 mei 2003, *LJN*: AF8913; Rb. Middelburg 21 januari 2004, *LJN*: AO2756; Vzr. Rb. Amsterdam 19 februari 2004, *LJN*: AO4144; Rb. Amsterdam 27 januari 2005, *LJN*: AS4629; Rb. Amsterdam 2 februari 2005, *LJN*: AS4748 (hoewel welbeschouwd de Staat een der litiganten is); Vzr. Rb. Amsterdam 5 april 2005, *LJN*: AT3177; Vzr. Rb. Amelo 9 maart 2005, *LJN*: AT3181; Rb. Amsterdam 24 augustus 2005, *LJN*: AU2368; Vzr. Rb. Utrecht 6 oktober 2005, *LJN*: AU3841; Rb. Amsterdam 22 december 2006, *Mediaforum* 2007, nr. 7; Rb. Amsterdam 24 januari 2007, *LJN*: AZ7825; Rb. Amsterdam 13 september 2007, *LJN*: BB3558; Rb. Amsterdam 18 oktober 2007, *LJN*: BB6245; Rb. Amsterdam 24 januari 2008, *LJN*: BC2659; Rb. Amsterdam 21 februari 2008, *LJN*: BC4882; Rb. Amsterdam 15 mei 2008, *LJN*: BD1695; Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 11 juli 2008, *LJN*: BD6945; Rb. Amsterdam 7 augustus 2008, *LJN*: BD9704; Rb. Amsterdam 7 augustus 2008, *LJN*: BD9783; Vzr. Hof 's-Gravenhage 16 september 2008, *LJN*: BG2717.
Polen: zie verwijzingen in hoofdstuk 2, voetnoot 223.
Portugal: STJ 24 mei 1989 (nr. 077193); STJ 15 januari 2002 (nr. 02B2751); STJ 18 maart 2002 (nr. 02B3553); STJ 2 maart 2004 (nr. 04A043) (slechts uiterst ondergeschikte referentie aan nationale en internationale grondrechten).
Spanje: T.C. 17 juli 1986 (nr. 104/1986), *BOE* 13 augustus 1986 (nr. 193), supp., p. 2; T.C. 12 december 1986 (nr. 159/1986), *BOE* 31 december 1986 (nr. 313), supp., p. 17 (zie § 6.2.3); T.S. 28 oktober 1986 (*Paquirri*), *RJ* 1986, 6015.
Zwitserland: vgl. Favre 1973, p. 192; zie Zäch 1989, p. 3-4 en referenties aldaar.

11 Een uitstekend en bekend voorbeeld in deze zijn de Nederlandse *Goeree*-litigaties (zie terzake o.a. Vermeulen 1989, p. 258 *et seq.*).

strekt tot een publicatie-, uitzend- of opvoerverbod, een sterke verticale component verscholen zit. In deze gevallen gaat het immers niet slechts om een zuivere afweging van de fundamentele rechten van beide procespartijen, maar komt ook de censuurbevoegdheid van de rechter noodgedwongen aan de orde; het strijdpunt zijnde niet een eventuele compensatie *a posteriori* maar een preventieve inperking van de vrijheid van meningsuiting zelf. Frequent levert dit rechtspraak op waarin de verticale en horizontale dimensie dermate vervlochten zijn dat het onmogelijk wordt onderscheiden sferen af te grenzen. Kortom, het horizontale karakter wordt hier een kwestie van perceptie. Overigens varieert deze tendens naar rechtsstelsel. Een manifeste presentie kent ze in de Belgische rechtspraak, wat in hoofdzaak valt te verklaren door de bepaling van art. 25 Grondwet waarin gesteld wordt 'De drukpers [[12]] is vrij: de censuur kan nooit worden ingevoerd'.[13] Uiteraard kennen ook andere Europese Constituties een vergelijkbare bepaling,[14] maar binnen het Belgische grondwetstelsel is deze bijzonder diep geworteld en zelfs vervlochten met het ontstaan van de Natie zelf; de Belgische secessie vond haar genese onder meer in onvrede met het weinig liberale persbeleid dat Willem I voorstond

12 Het gebruik van de term 'drukpers' maakt de toepassing van deze bepaling in relatie tot overige media zowel binnen de rechtspraak (Pro o.a. Rb. Brussel (kg.) 18 oktober 2001, *A&M* 2002, 82; Rb. Brussel 2 juni 2003 (kg.), *J.L.M.B.* 2004, 18. Contra o.a. Rb. Brussel (kg.) 30 juni 1997, *A&M* 1998, 264; Rb. Brussel (kg.) 15 november 2001, *A&M* 2002, 187; Hof Brussel 21 december 2001, *A&M* 2002, 180; Hof Brussel 13 december 2002, *NJWbl.* 2003, 1158) als de doctrine (Pro o.a. Englebert & Frydman 2002, p. 490-493 *et* 502; Lemmens 2005, p. 50-51 *et* 102 (*de lege ferenda*); Uyttendaele 2002, p. 34-44 en in het bijzonder p. 40 & 44 (*de lege ferenda*). Contra Hanotiau 1993, p. 42; Hanotiau 1997, p. 206; Hanotiau & Kadaner 1993, p. 166 *et seq.*; Jadot 1987, p. 46) omstreden (zie tevens Uyttendaele 2002, p. 34-44 en de talrijke referenties aldaar; De Leval 1995, p. 104; Lemmens 2003, p. 384 *et seq.*; Jongen 2000, p. 1593; Tulkens & Verdussen 1987, p. 55; Velaers 1991, p. 69).

13 Zie o.a. het mijlpaalarrest Cass. 29 juni 2000, *A&M* 2000, 443 waarin geoordeeld werd dat een verder verspreidingsverbod aangaande een publicatie die reeds een ruime verspreiding heeft ondergaan niet te beschouwen valt als een overeenkomstig art. 25 Constitutie verboden censuurmaatregel (zie m.b.t. dit arrest onder meer Brewaeys 2000, p. 448-450; Englebert & Frydman 2002, p. 485 *et seq.*; Jongen 2000, p. 1592-1595; Tulkens & Strowel 2000, p. 28-31; Van Garsse 2001, p. 565-567; Voorhoof 2001a, p. 25-35) en verder Hof Antwerpen 4 november 1999, *R.W.* 2000-01, 1457; Rb. Brussel (kg.) 24 oktober 2001, *A&M* 2002, 177; Hof Brussel (kg.) 21 december 2001, *A&M* 2002, 180; Rb. Brussel (kg.) 4 juni 2003, *A&M* 2003, 308; Rb. Brussel 12 december 2003, *A&M* 2004, 193; Rb. Brussel 30 april 2005, *A&M* 2005, 327. Zie tevens Voorz. Rb. Brussel (kg.) 18 oktober 2001, *A&M* 2002, 82; Voorz. Rb. Dendermonde 27 november 2001, *A&M* 2002, 87; Hof Antwerpen 7 april 2003, *A&M* 2004, 65; Hof Antwerpen 12 januari 2005, *A&M* 2005, 259; Cass. 2 juni 2006, *A&M* 2006, 355; Verdoodt 2002, 83-86; Voorhoof 1997b p. 133-134; Voorhoof 2003a, p. 71-95.

14 Zie o.a. art. 5 § 1 Duitse Constitutie ('Eine Zensur findet nicht statt'); art. 21 Italiaanse Constitutie ('La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure'); art. 37 § 2 Portugese Constitutie ('O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura'); art. 20.2 Spaanse Constitutie ('El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa'); art. 17.2 Zwitserse Constitutie ('Zensur ist verboten') *etc.*

en in het bijzonder de oppressieve rechtspraak[15] die hieruit voortvloeide;[16] art. 25 was hierop het constitutionele antwoord.[17] Daarenboven was het Nationaal Congres van 1831 ook niet blind voor de gevolgen die deze keuze binnen privaatrechtelijke relaties hebben kon, maar heerste de opinie alsdat 'mieux vaut l'abus inévitable de cette liberté que la moindre restriction apportée à celle-ci'[18] en bijgevolg werd geweigerd een bepaling in te schrijven tot bescherming der privacy van anderen.[19] Actueel is deze historische achtergrond uiteraard in de vergetelheid vervallen,[20] maar de letter en de eertijdse radicaliteit, overgedragen in opeenvolgende generaties rechtspraak en -leer, blijven.[21] Dit mag een terloopse opmerking lijken, doch dat is het voorzeker niet. De huidige articulatie van deze bepaling heeft immers verstrekkende gevolgen voor *Drittwirkung* litigaties. Volgens de nog steeds heersende leer impliceren

---

15 *In theorie* bestond geen censuur. Art. 227 Constitutie 1815 stelde vrijheid van drukpers voorop 'zonder eenig voorafgaand verlof daartoe te hebben, blijvende nogtans, elk voor hetgeen hij schrijft, drukt uitgeeft of verspreidt, verantwoordelijk aan de maatschappij of bijzondere personen, voorzover deze regten mogten zijn beleedigd'. Een dergelijk effect werd echter wel *de facto* bewerkstelligd door de van staatswege *a posteriori* aangespannen procedures tegen de zuidelijke pers (voor een korte kroniek zie Schuermans 1861, p. 36-43). Zie terzake meer *in globo* o.a. Velaers 1991, p. 101-105; Velaers 2003a, p. 13.

16 Zie o.a. R. Falter, 1830, *De scheiding van Nederland, België en Luxemburg*, Tielt: Lannoo 2005, p. 32; J. Janssens, *De Helden van 1830. Feiten en mythes*, Amsterdam/ Antwerpen: Meulenhoff/ Manteau 2005, p. 20-23; Y. Schmitz, *Guillaume Ier et la Belgique*, Parijs/ Brussel: Plon/ Goemaere 1945, p. 275, 286; A.J.A. Smits, *De Scheuring van het Verenigd Koninkrijk en de Houding van het Vlaamse Land in 1830* (diss. Utrecht), Brugge: Wiek Op 1950, p. 46-48, 57-60, 99-102; Van der Hoeven, *De Belgische Beroerte. De Tiendaagse Veldtocht en de scheuring der Nederlanden 1830-39*, Amsterdam: Wetenschappelijke Uitgeverij 1973, p. 29-31. *Cf.* tevens A-G Van Dorst, conclusie onder HR (Strafkamer) 27 juni 1995, *NJ* 1995, 711, nr. 6.

17 Zie o.a. Lemmens 2005, p. 12; Schuermans 1861, p. 31 *et seq.* & p. 53 *et seq.* Overigens staat art. 25 hierin niet alleen. Ook art. 19, waarin gesteld wordt dat de 'vrijheid op elk gebied zijn mening te uiten, [is] gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheid worden gepleegd' berust op deze grondslag.

18 Schuermans 1861, p. 64.

19 Englebert & Frydman 2002, p. 491; Hoebeke & Mouffe 2005, p. 611. Voor het debat zelf zie Huyttens 1844, p. 650-658 met specifieke verwijzingen naar het recht op privé-leven te p. 651 & 654.

20 Hoewel daarvan overigens ook in contemporaine rechtspraak nog steeds een zweem blijft hangen. Zo heet het in Rb. Veurne 18 februari 2000, *R.W.* 2000-01, 1463 *per* rechter Daenen: 'Bij het totstandkomen van het Belgisch Koninkrijk heeft het Voorlopig Bewind afgerekend met de periode van onvrijheid op het vlak van meningsuiting, gedurende het Hollands Bewind' (*ad* p. 1464) en 'De eerste Besluiten van het Voorlopig Bewind getuigen van een revolutionair enthousiasme, na het geestelijk despotisme van Koning Willem I' (*ad* p. 1465). De welsprekende rechter Daenen doelt hiermee overigens niet zozeer op art. 25 Constitutie zelf, maar wel op een decreet van 16 oktober 1830 middels hetwelk elke wet opgeheven wordt 'qui gène la libre manifestation des opinions et la propagation des doctrines'. Resultaat is een sterk op (de primauteit van de) vrijheid van meningsuiting toegespitste uitspraak.

21 Overigens wordt terzake nog steeds een historische interpretatietechniek gehanteerd (zie o.a. De Prins 2001, p. 1446-1447).

de onmiskenbare bewoordingen van art. 25 dat de rechter (zetelend in kortgeding) zich nimmer behoort over te geven aan een afweging van belangen, hoe rechtmatig en manifest de belangen van de gedingvoerder ook zijn.[22] De rechter vermag eenvoudigweg niet preventief optreden.[23] Een oudmodieuze opvatting, zo zou kunnen gesteld worden, één die halsstarrig vasthoudt aan een hopeloos vervlogen 19e eeuws maatschappijbeeld waarin de pers zich niet 'zozeer' bekommerde om ravissante details uit het privéleven van bepaalde personen maar zich zelfs onderdrukt zag in het nastreven van lovenswaardige doelstellingen als maatschappelijke vernieuwing of het aanklagen van mistoestanden; één onvertrouwd met moderne massamedia waar een gerucht van heden reeds het wereldnieuws van morgen zijn kan. Kortom, een geval waarin de derdenwerkingtheorie (of zelfs maar enige invloed van de moderne mensenrechtenconceptie) een welgekomen verfrissing zou bieden; een waarin, op basis van de fundamentele rechten van de tegenpartij, erkend zou worden dat het onmogelijk is om door vrijblijvende aantijgingen aan reputatie veroorzaakte schade *a posteriori* te herstellen.[24] De beslissende invloed om deze systematiek naartoe dergelijke, meer moderne *balancing of interests* open te breken, zou dan behoren te komen vanuit het EVRM, de grondwet zelf zijnde al te verstard. Opvallend is echter dat, binnen een meerderheid van de doctrine, de primauteit van vrijheid van meningsuiting juist, met *extra* gezag, verkondigd wordt op basis van het EVRM. Immers, zo wordt gesteld, verhindert dit Verdrag dat aan het Belgische censuurverbod wordt geraakt: waar de wetten van een verdragsluitende partij een betere bescherming proclameren kan het EVRM hieraan geen afbreuk doen (art. 53).[25] Dat deze bescherming enkel kan worden verwezenlijkt *ten koste* van het evenzeer door het EVRM[26] als overigens de Belgische Grondwet[27] gegarandeerde recht op privacy, eer en goede naam lijkt hierbij sommige auteurs aan de aandacht te ontsnappen.[28] Anderen die art. 8 EVRM nog wel relevant voor het vraagstuk achten, zien hierin dan weer geen dwingende kracht, o.a. op basis dat Straatsburg enerzijds de Staten tot inrichting van het recht op privéleven een ruime appreciatiebevoegdheid laat en

22 Brewaeys & Voorhoof 1991, p. 216-220; De Bock 2004, p. 77; Englebert & Frydman 2002, p. 497; De Meyer 1979, kol. 2827; De Prins 2001, p. 1446 *et seq.*; Hanotiau 1997, p. 207 *et seq.*; Velaers 1996, p. 86 *et seq.*; Voorhoof & Baert 1984, kol. 1992 *et seq.* Contra Begasse de Dhaem 1992, p. 1157; De Leval 1995, p. 105-108; Jongen 2000, p. 1594; Velu 1992, 1770 *et seq.*

23 Merk overigens op dat het Hof van Cassatie een mildere interpretatie voorstaat (zie voetnoot 13).

24 Vgl. Van Garsse 2001, p. 567 (instemmend zonder derdenwerkingconnotatie).

25 De Bock 2004, p. 77; De Prins 2001, p. 1447-1448; Hoebeke & Mouffe 2005, p. 617; Lemmens 2005, p. 22; Velaers 2003a, p. 24-25 (genuanceerd).

26 Althans in die mate dat, hoewel de Conventie zelf het recht op 'eer en goede naam' niet uitdrukkelijk erkent het wel onder de beschermingsradius valt die het EHRM aan art. 8 EVRM toekent (zie o.a. De Prins 2001, p. 1445, voetnoot 3).

27 Art. 22 (privé-leven).

28 Zo o.a. De Bock 2004, p. 77.

anderzijds zelf terughoudend is ten aanzien van preventieve maatregelen.[29] In deze laatste argumenten schuilt zeker een kern van waarheid, maar tegelijk wordt hiermee de suggestie gewekt dat het Belgische systeem ook het meest optimale evenwicht vooropstelt, hierbij geruggensteund, zelfs bijna *dwingend verordend*, door het EVRM, *quod non*.[30] Overigens zijn niet alle auteurs dermate genuanceerd. Zo heet het bij Englebert & Frydman dat het toestaan aan de rechter in kortgeding om over te gaan tot een afweging van belangen niet enkel een inbreuk uitmaakt op art. 25 Grondwet en de rechtspraak van het EHRM, maar zelfs dat dit onverenigbaar is met 'le fonctionnement normal d'une démocratie adulte',[31] een regelrechte belediging voor rechtsstelsels zoals het Nederlandse[32] of Franse[33] waar dit wel mogelijk is. Nochtans slaagt deze

29 De Prins 2001, p. 1448 (wegens het feit dat het EHRM de Staten in beginsel de vrijheid laat te bepalen op welke wijze ze de privacybescherming vorm geven en de stelling dat het 'onwaarschijnlijk is dat preventieve maatregelen effectiever zijn dan het bestaande stelsel van rechtsherstel'. Voornamelijk dit laatste argument stoort als een overhaaste generalisatie ('*secundum quid*'). Inderdaad is het zo dat in sommige gevallen preventieve maatregelen niet effectief zijn, of zelfs contraproductief kunnen werken, maar daarmee is niet uitgesloten dat in overige individuele gevallen dergelijke maatregelen wel behoorlijk effect sorteren. Immers valt niet te ontkennen dat zgn. rechtsherstel compensatie verschaft eerder dan werkelijk 'herstel' te bewerkstelligen); Hoebeke & Mouffe 2005, p. 617 (Daar het EVRM op zich niet machtigt tot preventieve maatregelen (noch hiervan bijgevolg de modaliteiten omschrijft) kan men niet volstaan zich te beroepen op o.a. art. 8 om een censuurmaatregel te legitimeren waarin deze bepaling niet voorziet en dewelke de Grondwet uitdrukkelijk verbiedt); Schaus 1996, p. 1162-1163 (Uitgaande van de premisse dat het strijdig is met de Conventie om in te grijpen tot bescherming van de rechten van anderen wanneer deze ingrepen niet voorzien zijn bij wet wordt vervolgd dat het recht op privé-leven als voorgeschreven in art. 8 slechts een 'verplichting tot handelen' oplegt aan de Staat, en meer bepaald aan de wetgever, maar binnen de rechtspraak niet toegelaten kan worden als rechtsbron waaraan particulieren een aanspraak op preventieve maatregelen (of de rechterlijke macht een bevoegdheid tot preventief optreden) kunnen ontlenen. Zonder ons in te laten met de conclusie *in se* dient aangestipt te worden dat de gehanteerde logica onzuiver van aard is; weliswaar dient een ingreep in art. 10 voorzien te zijn bij wet, maar onjuist is de suggestie dat een autonoom opererend art. 8 niet aan deze omschrijving zou voldoen, daarenboven wordt algemeen aanvaard dat EVRM-rechten ook de rechter binden. Of particulieren hieraan *dwingend* een aanspraak tot preventieve maatregelen kunnen ontlenen, is echter een vraagstelling van een andere orde); Velaers 2003a, p. 25 (De terughoudendheid van het EHRM om een preventieve maatregel als een verantwoorde beperking van meningsuiting te beschouwen maakt het onwaarschijnlijk dat dergelijke maatregel anderzijds een verplicht karakter zou dragen bij de bescherming van het recht op privé-leven; slechts wanneer deze maatregel de enige efficiente zijn zou, een hypothese die met de nodige scepsis dient onthaald te worden ('precies de efficiëntie van een dergelijk verbod laat veelal veel te wensen over'), komt het Grondwettelijk verbod eventueel in gedrang (zie tevens Velaers 1996, p. 95-96)).

30 Vgl. o.a. Hof Antwerpen (kg.) 4 november 1999, *Mediaforum* 2000, p. 23 *ad* 24: 'Dat deze voorlopige maatregelen geenszins het karakter hebben van een verboden censuur naar artikel 25 G.W. nu de regels van art. 8 en 10. 2 van het E.V.R.M. rechtstreekse werking hebben en primauteit op de interne rechtsregels'.

31 Englebert & Frydman 2002, p. 497.

32 Schuijt 2003, in bijzonder p. 140 & 154.

doctrine (die zich sinds 2004 uitdrukkelijk geruggesteund weet door het Belgische Grondwettelijk Hof)[34] er niet in de rechtspraak te overheersen, alwaar werkelijk alle mogelijke opvattingen worden ingenomen.[35] Frequent wordt dan ook tot preventieve ingrepen overgegaan, wat uiteraard op misprijzen van de doctrine stuit. Zo bijvoorbeeld verordende de rechtbank van Brussel om de naam van een jongen uit een TV-rapportage te schrappen en hem onherkenbaar te maken.[36] Het kind was onderwerp van een twiststrijd aangaande contactrecht tussen ouders en grootouders, en de laatsten hadden, in een poging de zaak te forceren, mediabelangstelling aangezocht. Daaronder was voorheen reeds een radio-interview inbegrepen, sinds hetwelk de ouders naar eigen zeggen met de vinger werden gewezen en hen wat betreft de televisierapportage deed vrezen voor ostracisme ten aanzien van hun zoon vanwege diens leeftijdsgenoten. Vanuit dit perspectief beschouwd stelde de rechter, oordelende dat niet enkel de vrijheid van meningsuiting gelden moest maar ook het recht van kinderen op volstrekte privacy diende te worden geëerbiedigd, slechts enkele minimale en volstrekt proportionele maatregelen. Naar oordeel van de annotator betrof het evenwel een onverantwoorde uitspraak wegens strijdigheid met de vrijheid van meningsuiting van EVRM en Grondwet, evenals het censuurverbod van art. 25.[37]

Dit, en daarmee wordt gedoeld op het gehele amalgaam van Belgische rechtspraak en doctrine, is slechts een van de talrijke illustraties waaruit blijkt,

---

33 Derieux 2003, p. 170-172. Zie in het bijzonder art. 9 Code Civil: 'Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé' (wat deze bevoegdheid van de kortgedingrechter betreft zie verder o.a. Levy 1993, p. 158-162, 165 *et seq.*).

34 Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, ro. B 75 ('Bij toepassing van […] zal de rechter rekening dienen te houden met het bij artikelen 19 en 25 van de Grondwet gewaarborgde verbod van preventieve maatregelen in het algemeen en het verbod van censuur in het bijzonder, wat impliceert dat het rechterlijke optreden slechts mogelijk is wanneer er een verspreiding is geweest'). Geheel verrassend is deze stellingname niet, onder meer aangezien het Arbitragehof ook voorheen (zelfs in de periode vóór de bijzondere wet van 9 maart 2003 toen zij nog niet tot (rechtsreekse) toetsing aan art. 19 en 25 Gw. bevoegd was) het verbod op preventieve maatregelen t.a.v. meningsuitingen onderlijnd heeft (zie o.a. Arbitragehof 12 juli 1996, nr. 45/1996, ro. B 7.14; Arbitragehof 21 maart 2000, nr. 31/2000, ro. B 2.9; Arbitragehof 21 januari 2004, nr. 9/2004, ro. B 10; Velaers 2005, p. 308-309; zie meer recent o.a. Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 40/2009, ro. B 50, B 54). Wel wordt met dergelijke frase zo goed als volkomen de deur gesloten voor de traditionele maatregelen in kortgeding: van zodra de verspreiding dermate is geweest dat niet meer van verboden censuur kan worden gewaagd, zal immers zelden t.a.v. de verzochte maatregel nog van de voor kortgeding gevergde spoedeisendheid kunnen worden gesproken (in dergelijke zin voorheen reeds Voorhoof 2004, p. 13; evenzeer de vraag opwerpende Velaers 2004, p. 614).

35 Zie o.a. Lemmens 2005, p. 52 *et seq.*; Brewaeys & Voorhoof 1991, p. 197-214; Voorhoof 1996a, p. 136-137; Voorhoof 1996b, p. 168-171; Voorhoof 2003b, p. 63-74.

36 Rb. Brussel 16 juni 1993, *R.W.* 1993- 94, 619.

37 Ceuleers 1994, p. 620 *jo.*621.

niet enkel hoezeer het historische met het actuele is verbonden, of het verticale met het horizontale kader verstrengeld, maar ook hoe met grondrechten kan worden gegoocheld en werkelijk elke wenselijke positie kan worden verdedigd als niet enkel toelaatbaar maar zelfs geautoriseerd door deze hogere normen. Immers, zelfs binnen de Belgische microkosmos is nog geen handvol grondrechten (zo nodig volstaat enkel art. 10 lid 2 EVRM)[38] vereist om compleet tegenstrijdige visies en uitspraken te bekomen, allen daarbij overtuigd van hun *sacrosancte* waarheid. In confrontatie met bestaand, even ambivalent comparatief materiaal bekomt het perspectief zelfs caleidoscopisch zonder meer.

Overigens, om terug tot *des Pudels Kern* te komen, blijft ook met deze censoriale rechtspraak uit de catalogus gefilterd de verzameling niettemin imposant. Het past om bij deze overdaad even stil te blijven staan. Verwondert deze overvloed immers niet? Het zou weinig cynicus vergen te stellen dat de voorheen zuiver privaatrechtelijk rechtspraak slechts een abominabel niveau bereikte, al deze contemporaine referenties aan fundamentele rechten in oogschouw nemende. Waartoe zouden grondrechten immers aangeroepen dienden te worden als de hierachter schuilende waarden voorheen reeds in acht werden genomen?

Dit is een kritische, doch gerechtvaardigde opmerking. De vraag is immers of deze horizontaal effect rechtspraak zich ook uit substantieel oogmerk onderscheidt van haar minder hoogdravende zuiver civielrechtelijke precedenten. In sommige gevallen heeft de grondrechtenretoriek in het verleden inderdaad een gewijzigde perceptie op het vraagstuk begeleid. Zo bijvoorbeeld hebben grondrechten een rol gespeeld terzake de ontwikkeling van het concept privacy in Duitsland[39] evenals in Italië.[40] Of hierbij sprake is van oorzaak,

---

38 Zo stelt Lemmens 2005, p. 22 vast dat de daarin geformuleerde beperkingen binnen de rechtspraak niet zelden worden toegepast op het grondwettelijk verbod tot preventieve maatregelen zodat dit laatste naar zijn mening aldus wordt gedegradeerd tot (slechts) een algemeen beginsel en het EVRM in feite verantwoordelijk is voor afbreuk der grondwettelijke bescherming. Soortgelijk doch uitdrukkelijker stelt ook Voorhoof in strijd met deze judiciële praktijk dat er 'goede redenen [zijn] om aan te nemen dat het verspreidingsverbod de toets aan art. 10, lid 2 EVRM niet kan doorstaan' (Voorhoof 2000, p. 26).

39 Zie in bijzonder de *Herrenreiter*-uitspraak (BGH 14 februari 1958, 26 *BGHZ* 349): Foto ruiter zonder diens toestemming gehanteerd als advertentie voor potentieverhogend middel; eis tot immateriële schadevergoeding, wat overeenkomstig art. 253 BGB enkel toegekend worden kan in gevallen uitdrukkelijk door de wet erkend, *quod non in casu*. Eis wordt niettemin gehonoreerd op basis van een ruime interpretatie (in feite door art. 253 verboden) van art. 847 BGB (*sensu stricto* aangaande niet-vermogensschade voortvloeiend uit schade aan lichaam of gezondheid, evenals vrijheidsberoving (nu weggevallen)) in het licht van art. 1 en 2 GG zodat voornoemde bepaling geacht wordt zich uit te strekken tot (ernstige) aantastingen van persoonlijkheidsrechten *in globo*. Nadien, onder invloed van kritiek uit de doctrine op deze dubieuze negatie van art. 253 BGB (o.a. Bötticher 1960, p. 401; Larenz 1958, p. 828-829; contra (anders) Coing 1958, p. 560), werd geopteerd rechtstreeks deze laatste bepaling voor ongrondwettelijk te houden (zie o.a. BGH 19 september 1961 (Ginseng), 35 *BGHZ* 363).

gevolg of eenvoudige samenloop van omstandigheden mag in het midden blijven. Wel kan zonder aarzeling geopperd worden dat de huidige stortvloed hiermee weinig van doen heeft; gratuite referenties aan vrijheid van meningsuiting, met name wanneer daarnaast evengoed scherpere privaatrechtelijke normen voorhanden zijn, is binnen huidige pleit- en rechtspraakpraktijk tot gebruik verworden.[41] Slechts als illustratie mag in dit opzicht vermeld worden dat de ervaringen met betrekking tot de *Human Rights Act* onder het Engelse rechtssysteem van de laatste jaren duiden dat al te snel een causale relatie aangenomen wordt.[42] Overigens is dit alles dan voorlopig een kwestie van ondergeschikt belang. Wat alhier wel de aandacht noopt is dat een aanzienlijk deel van deze rechtspraak grondrechten eenvoudigweg hanteert als een ornamentele inleiding op de privaatrechtelijke belangenafweging die volgt. Deze inleiding kan overigens bijzonder omstandig zijn, in die zin dat bijvoorbeeld verwezen wordt naar de exclusieclausule van art. 10 § 2 EVRM, zodat de indruk van een directe applicatie ontstaat. In sommige gevallen wordt in dit kader zelfs gerefereerd aan rechtspraak van het EHRM, maar verder dan gemeenplaatsen raakt men in de regel niet. Kortom, citeren is iets anders dan hanteren.[43] De vraag dringt zich overigens op of van deze grondrechten ook iets meer mag verwacht worden. Grondrechten zijn immers, zelfs *de primo visu*, te vaag en onbestemd om dergelijke conflicten af te handelen[44] en amper kan worden verwacht dat het ook maar iets verduidelijkt te gewagen van een recht op vrijheidsuiting versus een recht op privacy. Het is een gegeven dat zelfs de meest ongeschoolde leek zich ervan bewust is dat dit de waarden zijn waar dergelijke litigaties om draaien zodat hetzelfde, spijts aanspraken van zekere doctrine, toch mag worden vermoed van de rechterlijke macht. En de weg die daarmee wordt ingeslagen is, opnieuw ondanks zekere doctrine, onbepaald.

---

40 *Cf.* Alpa 2005, 200.

41 Vgl. Cohen Jehoram 2005 waar in het kader van litigaties wegens inbreuk op auteursrecht, het verweer op basis van vrijheid van meningsuiting bestempeld wordt als betreurenswaardige 'standaardchicane' (p. 24 & 31).

42 Zie geheel uitvoerig *infra* § 7.2.2.2.2.

43 Zie o.a. Lemmens 2006, p. 150. Vgl. overigens Voorhoof 2001a, p. 33(-34) ('Zoals al te vaak het geval is in de Belgische rechtspraak wordt bij de toetsing aan artikel 10 EVRM […] het noodzakelijkheidscriterium verwaarloosd of in al te algemene bewoordingen geformuleerd') en Voorhoof 1997a, p. 510 waar wordt geduid op een formeel gebruik van art. 10 EVRM. Evenzeer merkt de Nederlandse De Bock 1996, p. 58 op dat frequent het grondrecht van meningsuiting wordt genoemd maar dit op de rechtspraak geen effect heeft (hoewel zij in het toenmalig recent arrest Parool/Van Gasteren een keerpunt zag) en gelijkaardige conclusies zijn bijvoorbeeld ook te bespeuren bij de Zwitserse auteur Zäch 1989, p. 4 (*cf.* 'formelhaft').

44 Een van de kritiekpunten is dan ook dat de gehele afweging tussen grondrechten aan het privaatrecht is ontleend en met derdenwerking in feite niets te maken heeft. Zo o.a. Bucher 1987a, p. 41-42 ('wenn das Bundesgericht zu einer Lösung der Abwägung der Schutzwürdigkeit entgegenstehender Interessen (des Betroffenen, der Presse) kommt, ist das eine Methode, die vorab von der Privatrechtsdogmatik entwickelt wurde, der Handhabung eines Freiheitsrechts wie der Pressefreiheit von Natur aus jedoch fremd ist'; zie tevens p. 44 aldaar).

Zo is typerend dat, om slechts een Nederlands voorbeeld te nemen, op hetzelfde moment dat Schuijt in de rechtspraak van de Hoge Raad finaal een aansluiting bij (de methodiek van) art. 10 EVRM noteert,[45] Kistenkas in de (lagere) rechtspraak alweer een 'bevrijding van grondrechten' ziet, een waarin het ontbreekt aan 'oneigenlijke verhalen over grondrechtelijke beperkingsmethodieken of over al dan niet botsende of horizontaal werkende grondrechten'.[46] Kortom, *something is rotten in the state of Drittwirkung*.

Het zijn slechts enkele van de bedenkingen waartoe deze rechtspraak aanleiding geeft.

Terugkerende naar het overzicht op zich kan, benevens zuivere perslitigaties, gewezen worden op het verwante casustype waarbij vrijheid van meningsuiting[47] gehanteerd wordt tot rechtvaardiging van boycot- of protestacties[48]

---

45 Schuijt 1996, p. (29-)30.

46 Kistenkas 1996a, resp. p. 2 en 3 (bekritiseerd in De Bock 1996, p. 56-60).

47 Zie tevens de opmerkenswaardige, zuiver Nederlandse, aanwendingen ter rechtvaardiging TV-piraterij, zoals o.a. Arr.-Rb. Amsterdam (kg.), 25 juni 1981, *NJ* 1981, 541 (Verbod TV-blad waarin uitzendingen piratenzenders worden medegedeeld niet strijdig met vrijheid van meningsuiting (verwijzing naar art. 7 Gw. en 10 EVRM enkel in *abstract*)); Arr.-Rb. Rotterdam 30 december 1981, *NJ* 1982, 181 (TV-provider verhindert ontvangst van piratenzender waartegen een der aangeslotenen zich vergeefs verzet middels vrijheid van meningsuiting); HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 274 (Productie en verkoop illegale TV-decoders niet gedekt door vrijheid van meningsuiting).

48 België: Hof Antwerpen 3 februari 1998, *A&M* 1998, 150 (nadruk op vrijheid van vereniging); Hof Antwerpen 30 november 1998, *A&M* 1999, 240; Hof Gent 1 september 2003, *R.W.* 2005-06, 464; Rb. Gent 6 november 2003, *T.M.R.* 2003, 159; Hof Antwerpen 1 december 2004, *NJWbl*. 2005, 132 (allen betreffende dierenrechtenorganisatie GAIA); zie tevens Tulkens & Sohier 2004, p. 368-370. Duitsland: BVerfG 15 januari 1958 (Lüth), *BVerfGE* 7, 198, zie § 2.2.1; BVerfG 26 februari 1969 (Blinkfüer), *BVerfGE* 25, 256 (Boycott door publicatiehuis Springer, uitgever en verdeler van een bijzonder groot aantal periodieke uitgaven, t.a.v. dagbladhandelaars die het (enige) West-Duitse tijdschrift zouden blijven verdelen waarin de uitzendschema's van Oost-Duitse media meegedeeld werden. Het BVerfG oordeelde dat Springer hiermee de vrijheid van opinie en pers had overschreden en misbruik had gemaakt van haar machtspositie (zie tevens Scheuner 1971, p. 261)). Frankrijk: CA Parijs 26 februari 2003 (*SCPEA v. Greenpeace*), *D.* 2003, Jur. 1831 (Merklogo onderneming betrokken bij kernenergie op internetpagina Greenpeace gemodificeerd afgebeeld (toevoeging doodshoofd en kernbommen); *in se* toelaatbaar); CA Parijs 26 februari 2003 (*Greenpeace v. Esso*), *D.* 2003, Jur., 1831 (Merklogo *Esso* op internetpagina Greenpeace gemodificeerd afgebeeld als *E$$O*; toelaatbaar); CA Parijs 30 april 2003, *D.* 2003, Jur. 1760 (Gebruik websites 'jeboycotte-danone.net' en 'jeboycotte-danone.com' waarin herstructureringen werden bekritiseerd geen ontoelaatbare inbreuk op merknaam). Opgemerkt weze dat in voornoemde uitspraken geen specifieke bepaling aangehaald wordt, doch wel 'le principe à valeur constitutionnel de la liberté d'expression' (incidenteel daaraan gevoegd 'reconnu tant par les traités et conventions internationales') gehanteerd wordt. Nederland: Hof Amsterdam 30 oktober 1980 (Boycot Outspan Aksie), *NJ* 1981, 422 (Weigering vanwege persgroepen tot plaatsing van een advertentie tot boycot van Zuid-Afrikaanse sinaasappelen (houdende een prent, voorstellende een blanke hand die een negerhoofd op een sinaasappelpers uitperst, met als onderschrift 'Pers Geen Zuid-Afrikaan Uit') als moreel onacceptabel impliceert *de facto* een ontoelaatbare inperking vrijheid van meningsuiting waar deze groepen 90% van de pers controleren. Hoewel de referentie enkel een onbepaalde 'vrijheid' betreft wordt de

(in bijzonder interessant wanneer deze dan ook nog geschiedt op een private doch quasi-publieke of anderszins ambigue ruimte zoals een winkelcentrum of luchthaven).[49] Meer langs andere zijde van het spectrum, het recht op privacy, zijn het voornamelijk gevallen van stalking of bespionering van private personen[50] (o.a. met het oog op verzekeringsfraude)[51] hetzij openbaring of

---

zaak traditioneel als *Drittwirkung* exempel beschouwd (o.a. verwijst *abstract* in *NJ* naar art. 7 Gw. en 10 EVRM)); Arr.-Rb. Arnhem 3 februari 1987 (Mildredhuis), *NJ* 1987, 338 (Bezwaar tegen abortus, vorm gegeven middels obstructie tot toegang van abortuskliniek waarbij op aankomende patiëntes provocatief ingepraat wordt en hen afbeeldingen van foetale resten in combinatie met Christusfiguur worden getoond, zodat zij overstuur binnentreden met complicaties voor de ingreep tot gevolg, valt onder vrijheid van meningsuiting doch deze dient terug te treden in het belang van de rechten van anderen); Hof Amsterdam 25 april 1996, *NJ* 1998, 179 (Blokkage door Greenpeace van chloortreinen vertrekkende uit Solvay fabriek overschrijdt, doordat ze zonder voorgaande waarschuwing geschiedde en als zijnde van onbepaalde duur (wat productieproces in gedrang bracht aangezien Solvay de chloor zelf niet kon stockeren), de grenzen van symbolische actie en, door aantasting van de rechten van anderen, de vrijheid van meningsuiting. Merk op dat de grondrechten meer pertinent aanwezig zijn in de uitspraak *a quo* (Arr.-Rb. 5 april 1995: art. 9 Gw., 10 & 11 EVRM), dan in de onbepaalde vrijheid van meningsuiting die het Hof hanteert). Oostenrijk: OGH 27 mei 1998, 6 Ob 93/98i (vordering kweker t.a.v. actievoerende dierenrechtenorganisatie (d.m.v. pamfletten, demonstratie en perscommunicatie) afgehandeld met inachtname van vrijheid van meningsuiting). Zwitserland: zie Zäch 1989, p. 5 en referenties aldaar.

49 Duitsland: BGH 20 januari 2006, *NJW* 2006, 1054 (zie o.a. Fischer-Lescano & Mauer, p. 1394-1396). Italië: Trib. Verona 7 juli 1999, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, VI, 1059 (zie terzake o.a. Favilli & Fusaro 2007, p. 306-307). Zie tevens EHRM 6 mei 2003 (*Appleby v Verenigd Koninkrijk*), (37) *E.H.R.R.* 2003, 38 (en dienaangaande o.a. Mead 2003, p. 98 *et seq.*; Rowbottom 2005, p. 186-202; Gerstenberg 2004b, p. (767-) 776 *et seq.*). In Nederland is geen derdenwerkingjurisprudentie vaststelbaar maar werd de eventualiteit daarvan wel reeds in de jaren zeventig opgeworpen n.a.v. het verbod van de NV Hoog Catharijne op politieke propaganda binnen haar winkelgebied; naar oordeel van de Minister van Binnenlandse Zaken betrof het een toelaatbare maatregel maar werd daaraan gevoegd dat de doorwerking van grondrechten in verhoudingen tussen private personen of organisaties nog in ontwikkeling was en het laatste woord in deze aan de burgerlijke rechter toekwam (Biesheuvel 1981, p. 166, voetnoot 6; zie voor verdere beschouwing van deze problematiek naar Nederlands recht Brouwer & Schilder 2004, in bijzonder nr. 4).

50 Arr.-Rb. Breda (kg.) 1 juni 1965, *NJ* 1965, 337 (Afluisterinstallatie in gemeenschappelijk ventilatiekanaal woning; referentie aan art. 172 (oud) Gw. als illustratie van het feit dat 'de wetgever in tal van wetsartikelen blijk gegeven heeft ieders woning en hetgeen daarin voorvalt, gedaan en gesproken wordt, te willen beschermen tegen ongewenste belangstelling van derden'). Zie tevens HR 9 januari 1987 (Edamse bijstandmoeder), *NJ* 1987, 928 (Beëindiging uitkering bijstandsmoeder wegens informatie door buurman (adjunct-directeur van de gemeentelijke sociale dienst doch agerende als privaat persoon) na veelvuldige observatie vergaard en aan sociale diensten doorgespeeld. Naar oordeel van de HR moet in deze 'een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer […] worden aanvaard, dat aansluit bij vergelijkbare ontwikkelingen in andere landen en dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM, waarvan moet worden aangenomen, dat het ook werking heeft tussen de burgers onderling', welk in deze is geschonden, wijl daarbij evenwel nagegaan dient te worden of geen rechtvaardigingsgrond voorhanden is, welke vraagstelling slechts kan worden beantwoord 'in het licht van de omstandigheden van het geval en [door] de eventueel toepasselijke wettelijke bepalingen tegen elkaar af te wegen'.

zelfs eenvoudige registratie van (telefoon)gesprekken zonder toestemming of medeweten van de gesprekspartner(s)[52] die de aandacht trekken. Ook hier

51 België: Arbh. Antwerpen 1 oktober 2002, *R.W.* 2003-04, 298 (Door privédetective in opdracht van verzekeraar op openbare weg genomen videobeelden en foto-opnames van verzekerde waaruit blijken zou dat deze laatste omtrent zijn ziektebeeld trachtte te simuleren maken *in se* geen schending van diens privacy (zoals beschermd in Grondwet, EVRM en BUPO) uit daar de handeling beantwoordt aan het finaliteits- en proportionaliteitsbeginsel en is voorzien bij wet (wet 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privédetective) evenals daar de opnames plaats vonden in openbare ruimte (ter volledigheid weze opgemerkt dat daarnaast wel werd geconcludeerd dat desbetreffende opnames niet in rekening konden worden genomen o.a. omdat kunstgrepen niet uitgesloten zijn en de film een louter eenzijdige momentopname is die slechts een betrekkelijke en fragmentarische waarheid weergeeft)). Nederland: HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589 (Observatie op openbare en private plaatsen met foto- en videocamera van vermeende simulant whiplashklachten; inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer levert in beginsel een onrechtmatige daad op, behoudens bij aanwezigheid van rechtvaardigingsgrond waarvan de presentie vastgesteld dient te worden 'in het licht van de omstandigheden van het geval door tegen elkaar af te wegen enerzijds de ernst van de inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de belangen die met de inbreuk makende handelingen redelijkerwijs kunnen worden gediend'). Zie tevens Engeland: *Jones v Warwick University*, [2003] EWCA Civ 151 (Heimelijk en door list verkregen video-opnames van verzekerde in diens eigen woning maakt schending uit van art. 8 EVRM, doch impliceert niet dat het als bewijsmateriaal dient te worden geweerd).

52 Opgemerkt dient te worden dat dit element veelal ter sprake komt in het kader van bewijskracht en bijgevolg het horizontale karakter niet altijd even zuiver is; de hiernavolgende referenties betreffen evenwel litigaties waarbij (niet enkel) de bewijskracht wordt geviseerd maar voorafgaand of zelfs volkomen autonoom de actie zelf wordt gesanctioneerd. België: Rb. Brussel 6 april 1976, *Pas.* 1976, III, 51 (zie hoofdstuk 2, voetnoot 185); Hof Luik 22 september 1988, *Pas.* 1989, II, 47 (strafzaak; registratie door werkgever van telefoongesprekken van aangestelden niet conform art. 8 (2) EVRM). Zie tevens Hof Antwerpen 13 maart 1991, *De Verz.* 1991, 867 (registratie door verzekerde van telefoongesprek met beweerde mandataris van verzekeraar zonder medeweten van deze laatste 'en waar het bovendien niet uitgesloten is dat tijdens dergelijk gesprek elementen betreffende het privé-leven van [de beweerde mandataris] ter sprake zijn gekomen' maakt schending uit van een niet nader gespecificeerd recht op privacy); Cass. 9 januari 2001, *Computerr.* 2001, afl. 4, 199, noot J. Dumortier (strafzaak; geoordeeld werd dat 'hij die een telefoongesprek voert, het recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling […] niet kan inroepen ten aanzien van de deelnemer aan dit gesprek, daar hijzelf deze deelnemer deelachtig maakt aan het voorwerp van dat recht'); vgl. Hof Antwerpen 4 april 2001, *A.J.T.* 2001-02, 767 (In het kader van echtscheidingsprocedure wordt gesteld dat uitgetypte verslagen van opgenomen telefoongesprekken o.a. wegens schending van privacy ontoelaatbare bewijselementen zijn); zie *in globo* Boulart 2003, p. 1601-1613. Duitsland: BGH 20 mei 1958, *BGHZ* 27, 284 (opname van een gesprek tussen twee particulieren door de echtgenote van een dezer zonder medeweten van diens gesprekspartner schendt deze laatste in zijn algemeen persoonlijkheidsrecht. Daarbij wordt gespecificeerd dat '[d]ie Bestimmungen in Art. 1 und 2 GG, in Denen die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Recht eines jeden auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit als Grundwerte unserer Rechtsordnung anerkannt sind, binden nicht nur den Staat und seine Organe, sondern sind auch von jedermann im Privatrechtsverkehr zu achten'. Tevens wordt daaraan toegevoegd dat ook art. 8 EVRM in deze richting wijst.); Luxemburg: Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 6 april 2000, *Rev. trim. dr. h.* 2000, 851 (verkort), noot D. Spielmann (derde persoon laten meeluisteren in telefoongesprek m.b.t. alimentatieverplichtingen, schending van art. 8

dient echter opgemerkt te worden dat deze (met uitzondering van de 'registratie'-litigaties waar referentie aan art. 8 EVRM *locus classicus* is) in de regel weinig verschillen van hun meer talrijke zuiver civielrechtelijke equivalenten.

Daarnaast zijn grondrechten verder ook gehanteerd tot oprekking der categorieën waarvoor schadevergoeding kan worden bekomen.[53] Zo heeft in Duitsland[54] de bekende *Herrenreiter* zaak gezorgd voor een *contra legem* erkenning van immateriële schade wegens inbreuk op persoonlijkheid[55] en evenzeer voelde het *Bundesgerichtshof* zich in 1992 geroepen om in het licht van de grondwettelijke menswaardigheid afstand te doen van haar sinds 1955 gevestigde rechtspraak[56] en morele schadevergoeding toe te kennen voorbij de grenzen der smart welke de persoon in kwestie capabel is te ervaren.[57] Meest diepgravend effect op dit vlak hebben de grondrechten evenwel gehad

---

EVRM); Nederland: HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850 (Telefoongesprek van zakelijke aard tussen twee managers door een van hen geregistreerd en afgespeeld voor de rechtbank. De enkele registratie betekent, behoudens bijzondere bijkomende omstandigheden *quod non in casu*, geen inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet), wijl ook de openbaarmaking aan de rechter in een civiel rechtsgeding geen dergelijke conclusie rechtvaardigt). Oostenrijk: OGH 9 december 1975, *OJZ* 1976, 359 (opname door man van telefoongesprekken echtgenote conflicteert met art. 8 EVRM).

53 Vgl. overigens in Nederland de vergeefse art. 8 EVRM aanspraken in HR 8 september 2000 (Baby Joost), *NJ* 2000, 734 (art. 8 EVRM strekt niet tot bescherming integriteit gezinsleven); HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (taxibus) (art. 8 EVRM vereist niet dat wordt voorzien in (immateriële) schadevergoeding voor de ouder die een kind verliest als gevolg van het onrechtmatig handelen of nalaten van een ander, schadevergoeding draagt niet bij tot de mogelijkheid overeenkomstig art. 8 EVRM een normaal gezinsleven te leiden).

54 Interessant is tevens BVerfG 8 maart 2000, *NJW* 2000, 2187 (waar een relatief beperkte morele schadevergoeding (rondom 55.000 €) toegekend aan ouders voor het overlijden van hun kinderen bij een auto-ongeval door dezen aangevochten werd met een beroep op (o.a.) art. 3 (gelijkheid) met motivatie dat voor aantastingen aan persoonlijkheidsrechten zoals bij onrechtmatige perspublikaties omtrent Caroline van Monaco veel hogere vergoedingen worden toegekend; claim werd afgewezen met argumentatie dat laatstgenoemde sommen tevens een component preventie naartoe dergelijke praktijken behelst (en de opbrengst aan soortgelijke publicaties onttrokken verdisconteert), iets wat niet opgaat ten aanzien van verkeersongevallen die in de regel niet intentioneel zijn noch profijt opleveren).

55 Zie voetnoot 39.

56 O.a. BGH 16 december 1975, *JZ* 1976, 559; BGH 22 juni 1982, *NJW* 1982, 2123.

57 BGH 13 oktober 1992, *NJW* 1993, 781. *In casu* veroorzaakt door foutieve assistentie bij bevalling resulterende in hersenletsel met aanzienlijk gereduceerd waarnemings- en gewaarwordingsvermogen tot gevolg. De rechter in eerste aanleg had eenmalige schadevergoeding van 50.000 DM en maandelijkse bijdrage van 500 DM toegekend, welke door het Hof van beroep tot 30.000 DM en maandelijks 250 DM werd herleid op basis dat het slachtoffer tot het overige niet bewust was. Het BGH herstelde de oorspronkelijke schadevergoeding o.a. stellende dat '[b]eeinträchtigungen von solchem Ausmaß, wie es im Streitfall bei der Kl. der Fall ist, verlangen mit Blick auf die verfassungsrechtliche Wertentscheidung in Art. 1 GG eine stärkere Gewichtung und verbieten eine lediglich symbolhafte Bewertung'. Zie verder in deze zin tevens o.a. BGH 16 februari 1993, *NJW* 1993, 1531 (& OLG Stuttgart 2 mei 1994, *NJW* 1994, 3016, geen grondrechten).

in Italië,[58] namelijk tot erkenning, via art. 32 Constitutie (gezondheid), van *danno biologico* (schadevergoeding wegens aantasting van psychofysische integriteit onafhankelijk van zuivere vermogensschade door gederfd inkomen)[59] en bij de toekenning van affectieschade.[60] Ten slotte kan in deze ook de verwijzing naar de in geheel Europa met grondrechten gekruide

58 Zie tevens o.a. Cass. 11 november 1986 (nr. 6607), *Foro It.* 1987, I, 833 (Toekenning *danno sexualis* aan echtgenoot wegens foutieve medische behandeling van diens vrouw met onvermogen tot sexuele betrekkingen tot gevolg: het recht op ontwikkeling van persoonlijkheid (art. 2 Const.) wordt geschaad wanneer een huwelijkspartner wordt gehinderd in zijn recht/plicht tot geslachtverkeer binnen het huwelijk (art. 29 Const.)).

59 Zie verwijzingen in hoofdstuk 2, voetnoot 73. Het Italiaanse wettelijke kader biedt hier *in se* immers weinig ruimte toe. Enerzijds is voor zuivere vermogensschade voorhanden art. 2043 CC ('Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno') en anderzijds voor immateriële schade art. 2059 CC ('Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge'), het zuivere smartengeld. Aantasting van lichamelijke integriteit, zonder invloed op verminderde arbeidscapaciteit, valt daar in principe buiten, wat de vraag opwierp van verenigbaarheid van deze regulering met het constitutioneel recht op gezondheid (art. 32). Ongrondwettelijkheid van (één) deze(r) bepalingen werd door het Constitutioneel hof ontkend, maar *danno biologico* werd (ietwat geforceerd) gelezen in art. 2059 CC (Corte Cost. 26 juli 1979 (nr. 87), *Foro It.* 1979, I, 2543; Corte Cost. 26 juli 1979 (nr. 88), *Giur. Cost.* 1979, I, 656). Gevolg van deze constructie was evenwel dat toekenning afhankelijk was van de eerder strenge voorschriften van art. 2059, o.a. schending van strafrechtelijke bepaling en daarmee belang van de intentie om te schaden. Pragmatisch werd de aansprakelijkheidsgrondslag daarmee door de feitenrechtbanken verschoven naar art. 2043 (zie o.a. Cass. 8 juli 1992 (nr. 8325), *Foro. It.* 1992, I, 2965 (met verdere verwijzingen)), en nadien als constitutionele lezing van deze bepaling door het Constitutioneel Hof bevestigd (Corte cost. 14 juli 1986 (nr. 184), *Foro It.* 1986, I, 2053). De Italiaanse literatuur terzake is overvloedig; de minder met kennis van de Italiaanse taal begiftigde geïnteresseerde kan o.a. worden verwezen naar Comandé 2005, p. 287-289; Mak 2008, p. 107-109; Nießen 2005, p. 271-273 en Von Bar 1996, p. 568-570.

60 O.a. Cass. 17 september 1996 (nr. 8305), *Danno e Resp.* 1997, 2251; Cass. 31 mei 2003 (nr. 8827), *Foro It.* 2003, I, 2273; Cass. 31 mei 2003 (nr. 8828), *Danno e resp.* 2003, 816 (betrekkende art. 2 (persoonlijkheid), 29 (familie) & 30 (ouderschap) Constitutie). Op te merken valt dat de belangrijkste verschuiving die zich in de tussentijd voordeed in ieder geval onafhankelijk van grondrechten geschiedde. Zo wordt in Cass. 17 september 1996 (nr. 8305) de affectieschade nog afhankelijk gesteld van het bewijs van *danno biologico*; het verdriet dient met andere woorden een waarneembare invloed te hebben op de gezondheidstoestand van de eiser. In latere arresten als deze van 31 mei 2003 (nr. 8827 & 8828) is deze voorwaarde verdwenen; grondleggend daarvoor was echter de zuiver civielrechtelijk afgehandelde Cass. 23 april 1998 (nr. 4186), *Danno e resp.* 1998, 686.

wrongful pregnancy,[61] *wrongful birth*[62] en *wrongful life*[63] acties niet ontbreken, hoewel daarin fundamentele rechten slechts bij uitzondering effect sorteren.

In fine behoort nog geattendeerd te worden op een bijzonder casustype welk amper te bespeuren valt in Noord-Europa[64] maar sterk vertegenwoordigd is in de zuiderse sferen, namelijk hinder wegens nabuurschap. Illustraties

---

61 Duitsland: BVerfG 12 november 1997, *NJW* 1998, 519 (art. 1 GG verbiedt onderhoudsplicht t.o.v. kind als schade te begrijpen). Engeland: *Greenfield v Irwin*, [2001] EWCA Civ 113 (vergeefs beroep op art. 8 EVRM). Italië: Trib. Venetië 10 september 2002, *Foro It.*, 2002, I, 3480 (morele schadevergoeding moeder op basis van art. 2 *jo.* 13 Const.). Zie tevens Spanje: T.S. 11 mei 2001, *RJ* 2001, 6197 (waarin na referentie aan talrijke fundamentele rechten werd erkend dat ' [e]l consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia' (FD 7), doch de eis afgewezen werd daar *in casu* geacht werd aan de informatieplicht te zijn voldaan; zie overigens reeds T.S. 3 oktober 2000, *RJ* 2000, 7799 (FD 5)).

62 Engeland: *Hardman v Amin*, (2000) 59 BMLR 58 (incidenteel: toekenning materiële schadevergoeding spoort met art. 8 EVRM). Italië: Cass. 10 mei 2002 (nr. 6735), *Foro It.* 2002, I, 3115 (terloopse referentie aan art. 29 en 30 Const. (huwelijk resp. ouderlijke rechten en plichten) naast afdoende privaatrechtelijke normen en slechts tot vaststelling van de procreatieve grondslag van bepaalde rechtsplichten (zoals onderhoudsplicht) en aldus inclusie vader tot categorie der benadeelden). Spanje: T.S. 4 februari 1998, *RJ* 1999, 748 (afwijzing niet strijdig met art. 15 Const. aangezien recht op leven niet wordt miskend).

63 Zie § 7.1.2.

64 Engeland: *Marcic v Thames Water Utilities Ltd* [2003] UKHL 66, [2004] 2 A.C. 42, [2003] 3 W.L.R. 1603, [2004] 1 All E.R. 135 (zie § 7.2.2.1) en *McKenna v British Aluminium Ltd* [2002] Env. L. Rev. (30), p. 733 (Verzoek tot schrapping van aanklacht enkele der oorspronkelijke eisers, allen kinderen, betreffende hinder en inbreuk op privacy uitgaande van fabriek verweerder, daar het deze eisers aan *proprietary interests*, noodzakelijk voor de *tort of nuisance*, ontbreekt afgewezen in referentie aan art. 8 EVRM; gesteld wordt dat er een krachtig argument schuilt in de suggestie dat art. 8 EVRM mogelijk tekort wordt gedaan wanneer een persoon met geen belang in een woning, maar die gedurende enige tijd in een woning heeft geleefd, en wiens woongenot belemmerd werd, overgeleverd is aan de genade van de huiseigenaar als enige persoon die de litigatie instellen kan ([53])) (zie wat betreft de werking van de HRA op het vlak van *nuisance* verder o.a. Morrow 2005, p. 1012-1015).
Verder kan in ondergeschikte orde verwezen worden naar de niet zuiver horizontale werking betreffende doch vanuit deze optiek wel interessante Nederlandse uitspraken Arr.-Rb. Rotterdam 8 januari 1979/ 16 december 1983, *NJ* 1979, 113/ *NJ* 1984, 341 (Nederlandse landbouwondernemingen hadden de Franse Mines de Potasse d'Alsace aangesproken tot schadevergoeding wegens chlorideervuiling van de Rijn waaraan de eersten het tot exploitatie noodzakelijke water onttrokken. Onder meer werd hierbij ingeroepen het volkenrechtelijk beginsel bepalende dat 'de ene staat geen ernstige schade mag toebrengen op het gebied van een andere staat of haar inwoners' ('sic utere tuo ut alienum non laedas') welke de rechtbank in beginsel ook tussen particulieren van toepassing acht) en Hof 's-Gravenhage 25 mei 1973, *NJ* 1974, 35 (Verzoek stopzetting mijnbouwkundige werkzaamheden wegens 'aantasting van het voor een menswaardig leven essentiële bestaan van representatieve natuurlijke eco-systemen en landschappelijk schoon' afgewezen daar 'een zodanig recht [op leefbaar milieu] – in de algemene zin als door appellanten voorgestaan – in de vorm van een grondrecht of anderszins in Nederland (nog) niet bestaat').

zijn te vinden in Spanje[65] en Portugal,[66] maar voornamelijk opnieuw in Ita-

65 T.S. 2 februari 2001 (nr. 70/2001) (Art. 45 Constitutie (milieu) betrokken op hinder ondervonden wegens de naburige verwerking van aggregaat; middels quotatie wordt gewezen op de duiding van deze norm ten voordele van horizontaliteit van het milieurecht, het bestaan (naast deze van publieke, subjectieve, civiele, politieke, sociale en economische aard) van rechten m.b.t. levenskwaliteit en volkomen ontplooiing van persoonlijkheid waarvan het recht op een hoogwaardige leefomgeving de meest volkomen neerslag uitmaakt, en, in het verlengde hiervan, in overeenstemming met de logica van algemene rechtsprincipes, juridische verantwoordelijkheid (civiel, administratief of strafrechtelijk) voor (de) veroorzaker(s) van schade aan de leefomgeving, vernietiging of deterioratie van natuurlijke rijkdommen, degradatie van biologische componenten van bepaalde ecosystemen of wijziging der condities van het sociale leven); T.S 29 april 2003 (nr. 431/2003) (Geluidsoverlast diepvriesbedrijf gesanctioneerd o.a. middels art. 18.1 (privacy) en 18.2 (onschendbaarheid woning) Constitutie (met tevens referentie aan art. 8 EVRM); zie o.a. López de la Peña Saldías 2003, p. 199-202); T.S 14 maart 2005 (nr. 196/2005).

66 STJ 22 juni 1995 (nr. 86.534), *Boletim Min. Justiça* 1995, nr. 334 (Geluidsoverlast muziekschool en religieuze diensten in appartementsgebouw schendt het recht op rust, gezondheid en lichamelijke integriteit (art. 66 CRP & 70 CC) van medebewoners); STJ 24 oktober 1995 (nr. 87.187), *CJ* 1995, III, 75 (Aanklacht buur tegen geluidsoverlast uitgaande van discotheek in residentiële wijk, inclusief de toebehorende straatoverlast wegens vechtpartijen, discussies en vertrekkende voertuigen, betekent een conflict tussen het recht op fysische integriteit, gezondheid, rust, slaap en daarenboven het eigendomsrecht (art. 62 CRP) versus het recht op privaat initiatief (art. 61 CRP) waarbij (zoals in overige rechtspraak en doctrine reeds verkondigd) de eerste rechten, als zijnde van een hogere waarde, dienen te prevaleren; *in concreto* ressorteert hieronder slechts de klacht aangaande straatrumoer (het geluid uit de disco zelf de norm van 10 dB niet overstijgende) wat in een veroordeling tot schadevergoeding en sluiting van de discotheek resulteert tot verzekerd wordt dat aan het straatlawaai een einde wordt gesteld (noteer dat het STJ in de inleidende beschouwingen tevens verwijst naar art. 25, 64 en 66 CRP, art. 3 & 25 UVRM en art. 2 EVRM (zie hoofdstuk 3, voetnoot 244))); STJ 9 januari 1996 (nr. 87.941), *Boletim Min. Justiça* 1996, nr. 453, p. 417 (Geluidsoverlast te wijten aan het uitbenen en werking van koelinstallatie in onder appartement van eiser gelegen beenhouwerij; gelijkaardige argumentatie als STJ 24 oktober 1995; schadevergoeding en verordening tot geluidsisolatie terecht); STJ 23 september 1997 (onuitgegeven) (Verhitting in bakkerij brengt schade toe aan appartement in hetzelfde gebouw, tevens wordt rook en geluidshinder ondervonden; conflict tussen het recht op rust en levenskwaliteit (art. 66 CRP (geïntegreerd in art. 70 CC)) versus recht op uitoefening commerciële activiteit, werk en privé-initiatief (art. 58 & 61 CRP) waarbij de eerste rechten van hogere waarde zijn; curatieve maatregelen en schadevergoeding verordend); STJ 18 februari 2003 (nr. 02A4733) (Verzoek tot sluiting bar wegens geluidshinder, welke eisers in hun persoonlijkheidsrechten schaden zou, afgewezen: het leven in urbane omgevingen, waaraan stress, irritatie en geluidshinder inherent zijn, is een vrije keuze waarvan men de gevolgen dan ook behoort te dragen); Tribunal da Relação do Porto 3 mei 2005 (nr. 326079) (Geluids- en lichthinder uitgaande van sportterrein, evenals hinder ondervonden van verdwaalde voetballen, door naburen met succes aangeklaagd middels het recht op rust (incorporerende het recht op fysieke integriteit, op gezondheid en levenskwaliteit) [art. 66 CRP & 70 CC] versus het recht op sport; in het licht van gewijzigde maatschappelijke opvattingen dient hierbij, eerder dan aan een eliminatie van een dezer conflicterende rechten, de voorkeur gegeven te worden aan een harmonisatie ervan, wat *in casu* impliceert dat binnen bepaalde tijdslimiet sportactiviteiten verder kunnen plaatsvinden).

lië[67] is de verzameling omvangrijk.[68] Uitgangspunt aldaar is art. 844 *Codice Civile*, overeenkomstig hetwelk een landeigenaar zich enkel verzetten kan tegen de immissie van rook, hitte, gassen, rumoer, trillingen en diens meer vanaf de eigendom der buren wanneer deze het normale tolerantieniveau overstijgt, daarbij de lokale omstandigheden in acht nemende.[69] Als zodanig is deze bepaling niet extravagant, ze valt onder meer te vergelijken met art. 5:37 NBW.[70] Betekenisvol is echter de nadere precisering die art. 844 aan deze vooropstelling toevoegt: het eigendomsrecht dient afgewogen te worden ten overstaan van de behoeften van productie. Daarenboven kan rekening worden gehouden met de senioriteit van een welbepaald gebruik.[71] Hiermee ligt de nadruk zeer sterk op de vrijwaring van industrieel en commercieel potentieel, het belang van het individu eerder ondergeschikt. Deze conceptie werd in de laatste decennia onbevredigend ervaren en met succes opengebroken middels een *recours* naar art. 32 Constitutie (gezondheid). Aldus werd geaccentueerd dat niet enkel afbreuk die de hinder bewerkstelligt aan de eigendom attentie verdient, maar ook deze aan de persoon van de eigenaar zelf. Daarenboven werd hiermee oorspronkelijk ook een uitkomst verschaft voor belanghebbenden zonder eigendomsrecht (zoals huurders) die aan zuiver art. 844 geen

---

67 O.a. Pret. Bologna 18 mei 1972, *Giur. It.* 1973, I, 2, 798; Trib. Vigevano 9 februari 1982, *Giur. It.* 1983, I, 2, 398; Cass. 6 april 1983 (nr. 2396), *Giur. It.* 1984, I, 1, 537; CA Milaan 27 april 1984, *Giur. It.* 1986, I, 2, 32; Trib. Lecco 26 juni 1984, *Giur. It.* 1986, I, 2, 32; Trib. Vigevano 25 januari 1985, *Foro It.* 1986, I, 2872; Trib. Vicenza 24 november 1986, *Foro It.* 1988, I, 285; Trib. Biella 22 april 1989, *Foro It.* 1990, I, 3303; Trib. Vigevano, 9 augustus 1991, *Arch. loc. e cond.* 1991, 577; Trib. Monza 4 november 1991 (nr. 1831), *Arch. loc. e cond.* 1992, 345; CA Milaan 17 juli 1992, *Arch. loc. e cond.* 1993, 496; CA Turijn 4 november 1992, *Giur. mer.* 1993, 949; Trib. Monza 14 augustus 1993 (nr. 1436), *Arch. loc. e cond.* 1994, 122; Trib. Catania 11 april 2003 (nr. 26053/02); Trib. Modena 11 november 2003 (ord. nr. 42).

68 Zie tevens in Frankrijk Cass. 23 oktober 2003, *Bull. civ.* 2003, II, nr. 318 (Veroordeling tot herstel oorspronkelijke staat domein (actueel gerooid en voorzien van elektriciteitstransformator) evenals schadevergoeding aan naburen vergeefs aangevochten middels art. 544 CC en art. 1 eerste Protocol EVRM: voornoemde bepalingen worden gelimiteerd door principe dat geen abnormale burenoverlast veroorzaakt worden mag, wijl beperking *in casu* geen disproportionele aantasting van voornoemd verdragsrecht uitmaakt).

69 'Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi'.

70 Wel gewaagt art. 5:37 van art. 6:162 als norm, wat uiteraard onderscheiden is van een 'normaal tolerantieniveau' als ijkpunt, doch de praktische implicatie daarvan lijkt verwaarloosbaar. Anderzijds is een verschil in teneur merkbaar in die zin dat dit Nederlandse equivalent de nadruk legt op de verantwoordelijkheid van de hinderveroorzaker, terwijl de Italiaanse bepaling als uitgangspunt het incasseringsvermogen van diens nabuur voorop plaatst, maar daar behoort *in se* geen overdreven belang aan gehecht te worden, dergelijk uitgangspunt kent bijvoorbeeld evenzeer art. 906 § 1 BGB ('Der Eigentümer eines Grundstückes kann die Zuführung […] insoweit nicht verbieten, als […]').

71 'Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tenere conto della priorità di un determinato uso'. Voor akoestische hinder is dat laatste sinds de wet van 27 februari 2009 (*GU* 28 februari 2009, nr. 49) niet meer facultatief maar verplicht.

aanspraak konden ontlenen.[72] Dit laatste aspect is echter slechts van marginaal belang geweest aangezien het *Corte di cassazione* zich in deze snel zonder schroom en zonder de minste referentie aan het recht op gezondheid van een eenvoudige analoge toepassing van art. 844 CC zou bedienen.[73] Ook voor het overige vond een vervreemding tussen art. 32 Constitutie en art. 844 CC plaats, echter zonder dat hun rol daarmee was uitgespeeld. Art. 844 CC blijft verrijkt achter als ziende op aantastingen van het genotsrecht van het gehinderde goed; art. 32 Constitutie speelt specifiek bij daaraan gelieerde aantastingen van gezondheid, maar wel via het, door het *Corte constituzionale*, geprefereerde portaal van art. 2043 CC (*danno biologico*).[74] Concreet staat dit onder meer voor een verschuiving op het vlak van schadevergoeding: van het (wat schadevergoeding betreft eerder vrijblijvende) vlak van rechtmatig schadeverwekkende daad (*fatti lecti damnosi*) naar het werkelijke domein van de onrechtmatige daad (*fatti illeciti*, art. 2043).[75] Geheel en definitief is deze scheiding tussen beide bepalingen evenwel niet zodat ook actueel nog veelvuldig wordt gewaagd van 'nell'art.844 c.c. interpretato secondo il lume dell'art. 32 della Cost.'[76] en ook in de doctrine een teneur bestaat beide opnieuw meer te herenigen.[77] De verdere evolutie is daarmee onzeker, doch dat art. 32 Const., waaraan referenties in deze in welke zin dan ook een bijna routinematig karakter hebben verkregen, daaruit voorlopig niet meer weg te denken valt staat boven elke twijfel verheven.

4.2 CONTRACTENRECHT

Wat het contractenrecht betreft is het *in se* het non-discriminatiebeginsel dat op de meeste aandacht rekenen kan, hoewel dit reeds oorspronkelijk, en geleidelijk aan steeds meer, vervangen wordt door privaatrechtelijke wetgeving, zodat tot horizontale werking geen noodzaak meer bestaat. Spijts deze dispositie blijven grondrechten in deze niettemin een geldig referentiemiddel, hetzij

72 Zie o.a. Trib. Bologna 20 juli 1993, *Foro It.* 1994, I, 205 waar daartoe rechtstreeks een beroep op art. 32 constitutie *met uitsluiting van* art. 844 CC gedaan werd ('La tutela del diritto alla salute, minacciato o leso da intollerabili immissioni, può ottenersi mediante l'emmissione di un provedimento cautelare inibitorio, fondato, in ragione della natura personale di un tale diritto, esclusivamente sull art. 32 cost. e non già sull'art. 844 c.c.'); weliswaar betrof deze zaak een verticale litigatie, met name tussen particulieren en de gemeente, doch dat vermag in dit kader genegeerd worden. Vgl. tevens Pret. Bologna 18 mei 1972, *Giur. It.* 1973, I, 2, 798 waar vanuit deze optiek ongrondwettelijkheid van art. 844 werd gesuggereerd, maar deze visie niet werd nagevolgd door het Constitutioneel Hof (Corte Cost. 23 juli 1974, *Giust. Cost.* 1974, p. 2371).

73 O.a. Cass. 11 november 1992 (nr. 12133), *Foro It.* 1994, I, 205.

74 *Cf.* o.a. Cass. 6 oktober 1979 (nr. 5172), *Foro It.* 1979, I, 2302.

75 Ribalta i Haro 2003, p. 310.

76 Zo o.a. Trib. Nola 15 juli 2004 (nr. 2786/1998).

77 Zie Nießen 2005, p. 276 (met verscheidene referenties in voetnoot 102).

waar het specifieke recht tekort schiet of waar deze rechten als autonome (weze het supplementaire) bron worden gepresenteerd. In bijzonder heeft deze functie opgeld gedaan in het arbeidsrecht: discriminatie op basis van ras of leeftijd, maar bij uitstek op basis van religie of geloofsovertuiging (o.a. feestdagen,[78] kledij[79]) wordt met een zeker automatisme onder deze banier gepresenteerd.

In de afgeleide, meer generale typecasus toont zich de werkelijke aard van de contractuele horizontale werking, met name bescherming van de zwakke contractpartner. Meest bekende manifestatie hiervan is de Duitse *Bürgschaftszaak*, waarin een jonge vrouw werd bevrijd van een naar haar bestaansmiddelen excessief bezwarende borgstelling die zij – onder misleiding – ten voordele van haar vader op zich had genomen.[80] In feite is deze *pole-position* onverdiend aangezien de uitspraak welbeschouwd louter op basis van een letterlijke

78 Nederland: HR 30 maart 1984 (Suikerfeest), *NJ* 1985, 350 (Afwezigheid wegens Islamitische feestdag kan niet gelijkgesteld worden met deze op Christelijke grondslag gebaseerde, niet omdat onderscheid tussen godsdiensten zou bestaan, doch wel omdat deze laatste zijn geworden tot binnen de Nederlandse samenleving algemeen erkende vrije dagen; wel kan een aldus behoorlijk aangevraagde snipperdag niet zonder redelijke motivatie worden verworpen. Hoewel het arrest niet expliciet aan grondrechten refereert is horizontale werking vertegenwoordigd in de conclusie van A-G Mok (*NJ* 1985, p. 1213; zie tevens Alkema 1985, p. 1216) welk impliciet in de uitspraak doorklinkt). Spanje: T.C. 13 februari 1985 (19/1985), *BOE* 5 maart 1985 (nr. 55) (Weigering te arbeiden van zonsopgang vrijdag tot zonsopgang zaterdag wegens strijd met voorschriften religieuze overtuiging die de werkneemster recentelijk en na een reeds meer dan 10-jarige tewerkstelling bij werkgever tot de hare heeft gemaakt, vermag ontslag rechtvaardigen. Respect voor fundamentele rechten, inclusief art. 16 Constitutie (vrijheid van religie), is een essentiële component van de openbare orde en impliceert aldus de nietigheid van daarmee onverenigbare contractuele bedingen, maar betekent niet dat een wijziging in feitelijke omstandigheden, al vormt ze uitdrukking van een constitutioneel beschermde vrijheid, een bestaande contractsverhouding modificeert; dit zou het principe van onderworpenheid van allen aan de grondwet tot inacceptabele extremen brengen, strijdig met principes, zoals rechtszekerheid, die eveneens constitutionele bescherming genieten). Zie tevens in Engeland de litigatie vermeld te Collins 2006, p. 621.

79 Zie § 6.2.2.

80 BVerfG 19 oktober 1993 (Bürgschaft), *BVerfGE* 89, 214. De zaak is uitvoerig becommentarieerd geweest, zie in bijzonder de kritiek van Zöllner 1996, *passim* (o.a. p. 15, 35) en verder o.a. Adomeit 1994, p. 2467-2469; Honsell 1994, p. 565-566 en wat deze problematiek als geheel betreft o.a. Braun 2004, p. 474-479; Frank 1996, p. 389-392; Frey 1996, p. 1612-1616; Gernhuber 1995, p. 1086-1096; Krafka 2004, p. 668; Tonner 2000, p. 17-22; Tonner 2003, p. 325-330. Vgl. overigens OLG Stuttgart 1 december 1988, *NJW* 1988, 833 waar bevrijding van verbintenis tot overdracht van een excessief deel der toekomstige inkomsten uitgesproken werd middels § 310 BGB welk uitdrukking biedt van een 'unveräußerlichen Menschenrechtes auf Hoffnung, auf das Streben nach dem Glück'.

interpretatie van het privaatrecht kon worden bekomen,[81] net zoals overigens in omringende landen geschiedt.[82]

Bescherming van de zwakke partij grijpt uiteraard ook onafhankelijk van dergelijke diepgrijpende casus plaats. Opnieuw is het het arbeidsrecht dat een breed scala aan toepassingen biedt (waaronder niet toelaatbare residentie-[83] of non-concurrentiebedingen,[84] hetzij algemene inperkingen van privacy[85]).

---

81 Zie o.a. reeds BGH 22 januari 1991, *NJW* 1991, 923 uit perspectief van § 138 BGB. Op te merken valt wel dat dit geschiedde onder het gesternte van een twiststrijd daaromtrent tussen verscheidene Senaten der BGH (*cf.* o.a. Honsell 1994, p. 565; Cherednychenko 2007, 274 *et seq.*).

82 Zie o.a. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 in Nederland (zie verder Tjittes 1996, p. 53 *et seq.*) en *Barclays Bank v O'Brien*, [1994] 1 AC 180 in Engeland. Zelfs het sterk onder invloed van de BVerfG *Bürgschaft* uitspraak staande standaardarrest van het Oostenrijkse OGH maakt geen melding van grondrechten, ook niet in bespreking van de BVerfG uitspraak zelf (OGH 27 maart 1995 (1 Ob 544/95), *JBl.* 1995, 651 (zie verder soortgelijk o.a. OGH 10 juli 1997 (2 Ob 156/97y), *JBI.* 1998, 36; OGH 26 februari 1998 (6 Ob 43/98m), *Ecolex* 1998, 471; OGH 27 mei 1998 (6 Ob 117/98v), *Ecolex* 1998, 761; OGH 30 juni 1998 (1 Ob 87/98w), *Ecolex* 1998, 762); zie terzake deze rechtspraak o.a. Graf 1995, p. 776 *et seq.*; Rabl 1996, p. 443 *et seq.*). Gelijkaardige conclusie (op basis van vergelijking met Engels en Nederlands recht) Cherednychenko 2004, *s.f.* evenals Cherednychenko 2007, p. 492 en (naar vergelijking met Estoniaans recht) Kull 2007, p. 45. Zie verder, los van de grondrechtencontext, de interessante rechtsvergelijkende *Case Note* bij de *Bürgschaft* en *Barclays Bank v O'Brien* arresten in *ERPL* 1996, p. 263-285 .

83 België: Arbrb. Brugge 13 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, p. 79 (De werknemer kan op ieder moment terugkomen op een eerder gedane afstand van het grondrecht op vrije woonstkeuze (art. 2 Protocol nr. 4 EVRM), waardoor een conflict ontstaat tussen het grondrecht van werknemer en het privaatrechtelijk belang van de werkgever waarbij dit eerste noodzakelijkerwijze dient te primeren (zie Humblet 1994, p. 80-81; Plets 1999-00, p. 733-741)). Frankrijk: Cass. 12 januari 1999, *D.* 1999, Jur. Comm., 645 (Woonplaatsclausule in strijd met art. 8 EVRM indien niet noodzakelijk & proportioneel (zie hoofdstuk 3, voetnoot 289)).

84 Bekende voorbeelden zijn te vinden in Duitsland (BVerfG 7 februari 1990 (Handelsvertreter), *NJW* 1990, 1469: non-concurrentiebeding ongeldig gehouden wegens vermeend machtsoverwicht en daaruit voortvloeiende disproportionele aantasting van beroepsvrijheid (art. 12 GG)) en Frankrijk (Cass. Soc. 11 juli 2000, *JCP* 2000.IV.2556: in referentie aan Preambule van de 1946 Constitutie (zie § 2.2.6), art. 120-, 212-4 en 751 *c. trav.* en de toepasselijke CAO wordt geconcludeerd dat een exclusiviteitsbeding in een part-time aanstelling de werknemer niet vermag te verhinderen ergens een voltijdse betrekking te ambiëren). Ook in Italië werd met succes een beroep op fundamentele rechten gedaan om een non-concurrentiebeding te doorbreken (Cass. 19 december 2001 (nr. 16026) *Mass. Giur. Lav.* 2002, 349) en zelfs in Tsjechië, nl. Vrchni soud (hooggerechtshof) Praag 20 januari 1995 (6 Cdo 105/94), aangehaald in Ivièiè 2007, p. 22, evenals Israël, nl. Nationaal Arbeidshof [*n.d.* 1999], nr. 164/99 (*Frumer & Check-Point v Redguard*), 34 *LPD* 294 en Hooggerechtshof [*n.d.* 2000], nr. 6601/96 (*AES System Ltd v Sa'ar*), 54(3) PD 850 aangehaald in Barak-Erez & Gilead 2007, p. 258-259 (de laatste uitspraak samenvattende alsdat '[t]he Court explained that the basic law set a system of values that also serve as a framework for the development of private law'), zijn dergelijke litigaties vaststelbaar. Wat Nederland betreft kan in deze context worden verwezen naar Ktr. Haarlem 20 juli 1962, *NJ* 1963, 101; Ktr. Maastricht 30 december 1970, *SMA* 1971, 801-804; Ktr. 28 april 1992, *JAR* 1992, 45 (zie tevens HR 1 juli 1997 (Kolkman/Cornelisse), *NJ* 1997, 685), zij het dat het *fundamental rights* argument hierin niet steeds het verhoopte gevolg resulteerde.

In het generale contractenrecht zijn toepassingen meer incidenteel en verspreid en lokken voornamelijk de in de regel minder opgemerkte deelgebieden van huur- en onderwijsrecht de aandacht.

In bijzonder het huurrecht is buitengewoon talrijk in de toepassing van horizontale werking.[86] Oorspronkelijk waren voornamelijk conflicten aangaande de religieuze overtuiging van de huurder aan de orde, enkele van deze geschillen behoren zelfs tot de oudste exempelen van horizontale werking die het Europese vasteland te bieden heeft. Zo is in de Belgische rechtspraak van 1961 een zaak vast te stellen waarin een Joodse huurder een religieus credo op de voordeur van zijn appartement vastgehecht had, zeer tegen de zin van de overige medebewoners, en deze actie succesvol verdedigde met een beroep op de vrijheid van religie.[87] Ook de befaamde Nederlandse pachtzaak uit

85 Oorspronkelijk veelal betreffende fouillering, actueel voornamelijk de stortvloed aan litigaties m.b.t. camerabewaking en controle e-mailverkeer. België: Hof Luik 22 september 1988, *Pas.* 1989, II, 47 (registratie telefoongesprekken); Arbrb. Brussel 2 mei 2000, *Computerr.* 2001, 26 (controle e-mail); Arbrb. Nijvel 8 februari 2002, *J.T.T.* 2002, 181 (onderzoek draagtas); Arbrb. Verviers 20 maart 2002, *J.T.T.* 2002, 183 (controle e-mail) evenals o.a. verwijzingen te Plas 2000, p. 644-645. Zie tevens Cass. 27 februari 2001 (*Leli's World*), *R.W.* 2001-02, 1171 (Strafvordering; naar oordeel van Cassatie belet art. 8 EVRM (en art. 22 Grondwet) niet dat een werkgever, op grond van een gewettigd vermoeden van betrokkenheid van zijn werknemer bij ten zijner nadele gepleegde misdrijven, door middel van camerabewaking in een door hem uitgebate en publiek toegankelijke winkelruimte nieuwe strafbare feiten tracht te voorkomen of deze met het oog op aangifte vast te stellen (zie o.a. Humblet 2002, p. 1172-1173)). Met betrekking tot deze problematiek *in globo* zie o.a. De Schutter 2003, p. 644 *et seq.*; Hendrickx 1999b, *passim*; Hendrickx 2006, p. 659-704. Frankrijk: Cass. Soc. 26 november 2002, *D.* 2003, Somm., p. 394 (Schendt art. 8 EVRM, 9 CC, 9 NCPC en 120-2 c. trav. de opdracht van de werkgever tot het schaduwen van een buiten de onderneming arbeidende werkneemster (zie o.a. Fabre 2003, p. 394-395; Lepage 2003, p. 1536; Ravanas 2003, p. 1305-1308)). Zie tevens Nederland: HR 27 april 2001, *NJ* 2001, 421 en wat deze problematiek aldaar *in globo* betreft o.a. Verhulp 1999, p. 134 *et seq.*

86 Zie naast de specifieke casustypen o.a. Hof Amsterdam 8 januari 1998, *NJ* 2000, 152 (Huurder had slot vervangen, eis van huurder tot overhandiging van de nieuwe sleutel hetzij herstel van het oude slot werd afgewezen op basis van art. 10 en 12 Grondwet en art. 8 EVRM ook al was in het verleden een tegenstrijdige overeenkomst gesloten) evenals BVerfG 11 juni 1991, *BVerfGE* 84, 192 (Het gegeven dat een huurder bij het sluiten van de overeenkomst niet meegedeeld heeft dat hij wegens geestesstoornis onder curatele gesteld is, laat de verhuurder niet toe het contract te ontbinden; een andersluidende beslissing vormt een inbreuk op het algemene persoonlijkheidsrecht (art. 2 § 1 *jo.* 1 § 1 constitutie) van eerstgenoemde).

87 Rb. Brussel 11 februari 1961, *J.T.* 1961, 686. Beweerd werd dat deze actie zou conflicteren met het mede-eigendomreglement overeenkomstig hetwelk verboden was publiciteit of inscripties aan te brengen op het onroerend goed met uitzondering van een enkel (naam)plaatje. De vordering werd vooreerst afgewezen daar de bewoording van het reglement zich in feite niet verzet tegen het aanbrengen van dergelijk etui en ook van misbruik van de gemeenschappelijke eigendom kon geen sprake zijn daar het etui nauwelijks zichtbaar en geenszins aanstootgevend was. Daarenboven werd ten overvloede verwezen naar de grondwettelijke godsdienstvrijheid: 'Attendu au surplus que la Constitution garantit à tout citoyen la liberté des cultes, celle de leur libre exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute manière. Attendu que l'appelant est libre de

1948[88] (in feite geen derdenwerkingslitigatie doch in een deel van de doctrine wel als dusdanig erkend),[89] waarin een beding op straffe van ontbinding mee te werken aan de verwezenlijking van het religieus oogmerk van de pachtgevende organisatie met beroep op godsdienstvrijheid nietig werd verklaard, valt onder deze noemer te catalogeren.[90] Overigens is dergelijk conflict van alle tijden, zoals ten overvloede aangetoond wordt door recente Franse rechtspraak met betrekking tot het verzet van orthodoxe Joden ten overstaan de installatie van een elektrische toegangspoort tot het gedeelde appartementsdomein,[91] zij het dat daar het fundamenteel recht geen redding vermocht te brengen.

Verder heeft de rechtspraak op basis van fundamenteelrechtelijke argumenten al enkele decennia afgerekend met het gebruik om niet onder het huurcontract besloten mensen (of huisdieren)[92] in de woonplaats op te nemen.[93]

---

manifester ses sentiments religieux; que l'observance d'une pratique qui lui est imposée par sa religion et qui, en raison de sa particulière discrétion ne peut en aucun cas porter atteinte aux opinions d'autrui, ne constitue pas dans le chef de l'appelant une jouissance abusive de la chose commune'.

88 Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331.

89 Zie § 2.2.4.

90 Vgl. in deze overigens het Franse Cass. 12 juni 2003, *D*. 2004, Jur. Comm., 367 waar de verplichting om gedurende de huur lid van een bepaalde vereniging te zijn vernietigd werd onder referentie aan art. 11 EVRM.

91 Cass. 18 december 2002, *Bull. civ.* 2002.III.227 (nr. 262) de claim alsdat de installatie door de verhuurster van een door digitale code te opereren toegangspoort een inbreuk uitmaakt op hun vrijheid van religie (art. 9 EVRM) (want door hen onmogelijk te bedienen op de Sabbat of feestdagen) werd door het hof van Cassatie (en in strijd met het vonnis *a quo*) afgewezen daar, samengevat, behoudens uitdrukkelijk afwijkend beding de gebruiken opgelegd bij religieuze overtuiging de huurovereenkomst vreemd zijn en in hoofde van de verhuurder geen enkele verplichting creëren (zie tevens conclusie A-G Guérin te *AJDI* 2003, p. 182-186; Damas 2004, p. 844-845; Mestre & Fages 2003, p. 290; Marguénaud 2003, p. 383-386).

92 België: Rb. Luik 21 oktober 1986, *J.L.M.B.* 1987, 578 (Absoluut verbod in huurovereenkomst van appartement om huisdieren te houden in strijd met art. 8 EVRM); Vgl. Vred. Namen 20 maart 1990, *T. Vred.* 1990, 150 (Verbod in huurovereenkomst van gemeubelde kamer tot het houden van huisdieren (of logées) is niet strijdig met art. 8 EVRM; dit artikel beschermt geen 'droit à un logement convenable', noch is het voldoende nauwkeurig en volledig teneinde te primeren op een vrij gesloten overeenkomst); zie tevens Timmermans 2005, p. 2-3. Nederland: Vzr. Rb. Breda 15 april 2008, *LJN*: BD1837 (Verbod in huishoudelijk reglement van appartementencomplex tot het houden van huisdieren niet in strijd met art. 8 EVRM).

93 België: Vred. Tubize 27 oktober 1981, *T. Vred.* 1982, 171 (Uitdrijving verzocht door verhuurder, een sociale huisvestingsmaatschappij, van een onbemiddelde moeder met twee kinderen wegens het beweerd herbergen van een bijslaap (allegatie die overigens gefundeerd tegengesproken wordt door de verweerster), betekent reeds op die basis een schending van art. 8 EVRM; daarenboven belichaamt deze eis, wijl de winter voor de deur staat en geen ernstige tekortkoming aangewreven worden kan, een door art. 3 EVRM verboden onmenselijke behandeling evenals rechtsmisbruik en is daarom niet ontvankelijk (de uitspraak betreft weliswaar sociale huur, maar dat is geen bezwaar, zoals Hubeau 1987, p. 81 opmerkt bestaat in de feitelijke toepassing van beëindiging door ontbinding immers geen wezenlijk verschil

Evenwel is ook hier niet steeds duidelijk waar het onderscheid met een beslissing louter op basis van de privaatrechtelijke norm aangaande het 'reguliere gebruik van het gehuurde goed'[94] zich in verschuilen zou.[95] Dat lijkt al wat anders bij het casustype waarin het recht op huisvesting door huurders ingeroepen wordt teneinde de ontbinding van een huurovereenkomst te verhinderen of uit te stellen zoals voorkomt in België en Portugal.[96] Echter

---

tussen private en sociale huur)). Frankrijk: Cass. 6 maart 1996, *D*. 1997, Jur. 167 (zie § 3.3.2.2) en Cass. 22 maart 2006 (nr. 04-19349) (zie aangaande dit laatste arrest Remy 2006, p. 287-288); zie tevens CA Parijs 31 oktober 2000, *Loyers et copr.* april 2001, nr. 83 ('l'hébergement des proches correspond à un droit fondamental'). Zie aangaande deze thematiek tevens Van Leuven 2008, p. 386-389.

94 Of eventueel de privacynorm van art. 9 *code civil*, zie voetnoot 33. Wel dient opgemerkt te worden dat het toenmalige Franse rechtspraakkader allerminst eenduidig was. Enerzijds speelde nog Cass. 20 januari 1966, *Gaz. Pal.* 1966, I, 219 ('l'occupation même partielle durant une longue période des locaux loués par des personnes autres que des proches parents vivant habituellement avec lui, correspondait au prêt des lieux à des tiers, expressément interdit par le bail'), onder andere ook in rigide zin voortgezet wat (zoals in Cass. 6 maart 1996) specifiek huurcontracten vanwege een sociale instelling betreft, als worden deze juist gegund op basis van familiale omvang en financiële middelen, in Cass. 28 juni 1989, *Loyers et copr.* 1989, nr. 472 en CA Parijs 9 mei 1990, *D*. 1990, IR, 153. Anderzijds stelde bijvoorbeeld hetzelfde CA Parijs reeds in 1984 dat het logeren van een concubine in het gehuurde goed, zolang de huurder persoonlijk het goed bewoonde en zich dus niet in het contract heeft laten substitueren, geen aanleiding tot ontbinding geeft (CA Parijs 11 juli 1984, *D*. 1984, IR, 402) en in 1991 dat ook behoudens uitdrukkelijk beding van persoonlijk gebruik eenieder het recht heeft personen van zijn keuze te ontvangen en herbergen, zij het dat wanneer het geen familieleden betreft en het verblijf van lange duur is wel toestemming aan verhuurder dient gevraagd te worden (CA Parijs 19 juni 1991, *D*. 1991, IR, 194) waarmee door Cassatie ingestemd werd (Cass. 5 mei 1993, *Loyers et copr.* 1993, nr. 292). Daarmee is echter duidelijk dat zich in deze een mentaliteitswissel heeft voltrokken (vgl. bijvoorbeeld reeds Rubellin-Devichi 1991, p. 254 : 'S'agissant du bail d'habitation du logement, on peut simplement affirmer que l'état de concubinage dans lequel vit le locataire ne constituerait pas aujourd'hui, où la législation des loyers protège le concubin en tant que tel, et où les aides au logement assimilent concubins et époux, un motif permettant au bailleur de mettre fin au bail ou de refuser la conclusion du contrat') waarvan het 1996 arrest een gevolg is.

95 Vgl. bijvoorbeeld in Nederland o.a. Ktr. Zaandam 5 februari 1998, *WR* 1998, 47; Ktr. Amsterdam 4 april 2001, *WR* 2002, 10 ('of [huurder] geen of veel logees ontvangt, voor kortere of langere tijd, is in beginsel ook geen zaak voor de buren en geen zaak voor de verhuurder. De bepaling in de schriftelijke huurovereenkomst ten aanzien van het doen inwonen van andere personen […] moet naar huidige maatstaven om redenen van privacy grotendeels als dode letter worden beschouwd').

96 België: Vred. Elsene, 27 april 1994, onuitg., A.R. nr. 916/689 (aangehaald in Dambre 1995, p. 106 (ten onrechte als uit 1995); Fierens 1995, p. 238 en Hubeau 1996, p. 299-300) (penibele toestand van de huurder en diens omvangrijk gezin is vanuit art. 23 GW een parameter in de procedure tot ontbinding van de huurovereenkomst (naar Fierens 1995, p. 239 benadrukt betreft de referentie hier slechts een *obiter dictum*)); Vred. Ukkel 15 februari 1995, *T. Vred.* 1997, 164 (o.a. beroep op fundamentele rechten gehanteerd tot verantwoording afbetalingsplan huurschulden i.p.v. ontbinding); Vred. Elsene 6 maart 1995, *T.B.B.R.* 1996 (Verplichting in het kader van de menselijke waardigheid en met referentie aan art. 23 Grondwet opgelegd om de opgezegde *bejaarde* huurder nog tot en met de winterperiode in het gehuurde goed te laten verblijven teneinde deze toe te laten te verhuizen in menswaardige omstandigheden); Vred. Ukkel 15 maart 1995, *T. Vred.* 1997, 166 (grondrecht op

ook hier dreigt gevaar voor overschatting daar de Portugese rechtspraak dergelijke aanspraak steeds afketst als richt dit grondrecht zich enkel tot de Staat, en de Belgische succesverhalen *in se* ook op zuiver privaatrechtelijke grondslag hadden kunnen bekomen worden.[97] In meer onzuivere vorm zorgen soortgelijke feitenconstellaties evenzeer voor *fundamental rights* strijd waar de ontbinding afhankelijk is van de kwalificatie die men aan de non-matrimoniale partner van de overleden huurder toekent,[98] hoewel hier uiteraard niet de

---

huisvesting als verzetsmiddel tegen de ontbinding van de huurovereenkomst op instigatie van de curator van de huurder, waar het gehuurde goed de hoofdverblijfplaats van de huurder en diens gezin uitmaakte, de huurprijs werd voldaan en de verhuurder geen ontbinding verzocht). Zie terzake o.a. Dambre 1997, p. 243-246; Van Oevelen 1997, p. 224, nr. 25.
Portugal: T.C. 1 april 1992, nr. 130/92; T.C. 12 januari 2000, nr. 24/00; T.C. 21 juni 2000, nr. 322/00. In alle gevallen betrof het een verzet gebaseerd op o.m. art 65 Constitutie (recht op woning) vanwege de feitelijke huurder, opvolger van de officiële huurder (als voormalig dienstbode, familielid *etc.*), tegen beëindiging van de huurovereenkomst. Deze aanspraak werd steeds afgewezen op grond dat art. 65 zich slechts naar de wetgever richt en de burger hieraan niet rechtstreeks rechten kan ontlenen. In ondergeschikte orde kan verwezen worden naar T.C. 26 september 2001, nr. 402/01 (Ineffectief verzet middels art. 65 constitutie tegen activatie der bepaling overeenkomstig dewelke ontbinding mogelijk is wanneer de huurder 10 jaar of meer in het buitenland verbleef en de huurder van de ontbinding tijdig in kennis werd gebracht. Ook hier volgde de boodschap dat art. 65 zich slechts tot de Staat richt). Zie tevens Frankrijk: CA Parijs 15 september 1995, onuitg. (aanhaling Pavia 2004, p. 154) (waarin enkele krakers onder de proclamatie dat 'le droit au logement est considéré comme un droit fondamental et un objectif de valeur constitutionnelle' (de Franse Constitutie ontbeert een expliciete bepaling aangaande (zie terzake Albigès 2004, p. 753 *et seq.*)) het recht werd gegeven het desbetreffende pand (toebehorende aan een vastgoedmaatschappij) verder te bezetten tot de lente van 1996 opdat een oplossing zou worden gevonden 'qui privilégie les problèmes humains').

97 O.a. via rechtsmisbruik (vgl. voornoemd (voetnoot 93) Vred. Tubize 27 oktober 1981, *T. Vred.* 1982, 171) en het rechterlijk appreciatierecht (vgl. bijvoorbeeld Vred. Roeselare 1 maart 1996, *R.W.* 1997-98, 1054 (waar interessant genoeg evenzeer aan art. (22 *jo.*) 23 Gw. werd gerefereerd). Nochtans dient gesignaleerd te worden dat Hubeau 1996, p. 300 in deze aangelegenheden een verdienstelijke rol van art. 23 Gw. ziet in die zin dat het 'wordt ingeroepen en toegepast als een middel van marginale toetsing en correctie ten aanzien van de bepalingen van het huurrecht, wanneer de zuivere toepassing ervan tot sociaal ongewenste toestanden zou kunnen leiden'.

98 Engeland: *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30 (Private huurder overleden en overeenkomstig door verhuurder inbezitstelling geëist t.a.v. diens homosexuele partner; laatste kon opvolgen als 'assured tenant' o.v.k. para 3(1) Ch. I *Rent Act* als zijnde lid van familie van de beschermde huurder, welke positie zijnde minder favorabel dan deze der 'statutory tenant' onder para 2(1) en (2) toegekend aan echtgeno(o)t(e); in strijd met voorafgaande *case-law* oordeelde het House of Lords in referentie aan art. 8 en 14 EVRM ook homosexuele partners te worden gedekt door para 2). Italië: Corte Cost. 24 maart 1988 (nr. 404), *Giur. It.* 1988, I, 1627 (Onconstitutioneel is art. 6 wet 27 juli 1978 (*Disciplina delle locazioni di immobili urbani*) in zoverre het aangaande de opvolging in een huurovereenkomst na het overlijden van de oorspronkelijke huurder geen bescherming biedt aan zij die *more uxorio* met de huurder hadden samengeleefd evenals aan de feitelijk gescheiden echteno(o)t(e)). Portugal: T.C. 9 juli 1991 (nr. 359/91), *DR* I-A 15 oktober 1991 (Verzoek na scheiding van voorheen samenwonende partner tot overdracht van huurovereenkomst van woonruimte waar ze met de gemeenschappelijke kinderen verbleef; (toenmalig) art. 1110 CC welke deze

nadruk ligt op huisvesting *in se* doch wel op non-discriminatie ten aanzien van zij die in de echt zijn verbonden (waardoor dit feitentype gewoon meedrijft op de globale tendens het onderscheid tussen huwelijkse en andere duurzame samenlevingsvormen uit te vlakken). Verder kan in deze optiek nog worden verwezen naar onder meer situaties waarbij de verhuurder in bijzondere omstandigheden zich oneigenlijk beroept op ontbinding wegens eigen gebruik[99] of daarentegen de huurder juist tegen diens wil aan het contract gebonden wil houden.[100]

Meest opvallend binnen het huurrecht is echter de actuele stortvloed aan litigaties omtrent de installatie van satellietschotels aan de buitenkant van het gehuurde (of in mede-eigendom bezeten) goed.[101] Zowel in Duitsland[102]

---

mogelijkheid enkel voorzag voor gehuwden en uit dit huwelijk voortkomende kinderen dient o.v.k. art. 36 Constitutie met het oog op de belangen van de natuurlijke kinderen in deze analoog te worden toegepast) en verwijzingen in voetnoot 96.

99 Duitsland: BVerfG 26 mei 1993, *BVerfGE* 89, 1 (Opzeg door verhuurder wegens persoonlijk gebruik (nl. voor haar zoon die ze in haar buurt wenst te hebben wegens haar slechte gezondheidstoestand) wordt door huurder aangevochten met beroep op art. 14 GG (eigendom) welke claim door het BVerfG aanvaard doch niet gehonoreerd wordt; gesteld wordt dat in de interpretatie van § 564 b BGB dient recht gedaan te worden aan de daarin geïncorporeerde belangenafweging met respect voor beide conflicterende eigendomsrechten en in vermijding van disproportionele beperkingen daarop, *ergo* door een evaluatie van het bezwaar vanwege de huurder versus de assertatie van persoonlijk gebruik (meer specifiek of de aangevoerde nood reëel is, het gebruik waarschijnlijk evenals of een alternatieve belangenverzoening eventueel mogelijk is), welk *in casu* naar behoren en in het voordeel van verhuurster was geschied).

100 België: Rb. Nijvel 5 mei 2000, *T. Vred* 2001, 73 (Verhuurder weigert opzeg huurder te aanvaarden daar de huurovereenkomst bepaalt dat, behoudens onderling akkoord, de overeenkomst slechts een einde neemt bij het verstrijken van een welbepaalde termijn, welke termijn niet vervuld was op ogenblik dat opzegging effect behoorde te nemen. Geoordeeld wordt dat, hoewel een gedwongen tenuitvoerlegging (althans tot voldoening van de huurprijs) in praktijk mogelijk is, men nochtans rekening dient te houden met de individuele vrijheid gegarandeerd bij art. 12 Grondwet en art. 5 EVRM, die zich ertegen verzetten dat een huurder tegen zijn wil wordt gedwongen een woning te betrekken (zie terzake Fierens & Wéry 2001, p. 82-84 waar gepreciseerd wordt dat dit vonnis ook op zuiver privaatrechtelijke grondslag had kunnen worden bekomen en waar de gehanteerde derdenwerking bekritiseerd wordt als een weinig wenselijke en niet ongevaarlijke oprekking van de draagwijdte van de desbetreffende grondrechten)).

101 Zie m.b.t. deze problematiek algemeen De Vos 2009, p. 309-313.

102 BVerfG 10 maart 1993, *NJW* 1993, 1252; BVerfG 16 april 1993, *WuM* 1993, 231; BVerfG 14 februari 2005 (1 BvR 1908/01); OLG Frankfurt 22 juli 1992, *NJW* 1992, 2490; OLG Hamm 4 december 1992, *NJW* 1993, 1276; BayObLG 28 oktober 1994, *NJW* 1995, 337; BayObLG 30 november 2000, *WuM* 2001, 203; LG Bochum 29 mei 1991, *DWW* 1991, 308; LG Mannheim 29 april 1992, *ZMR* 1992 342; LG Stuttgart 30 januari 1992, *WuM* 1992, 367; LG Osnabrück 28 mei 1993, *DWW* 1993, 202; LG Hamburg 1 december 1993, *WuM* 1994, 391; LG Gera 14 juli 1994, *WuM* 1994, 523; LG Wiesbaden 28 oktober 1994, *DWW* 1995, 53; LG Baden-Baden 14 maart 1997, *WuM* 1997, 430; LG Wuppertal 25 mei 1999, *NJW-RR* 1999, 1457; LG Konstanz 23 november 2001, *WuM* 2002, 210; LG Berlijn 27 november 2003, *Grundeigentum* 2004, 181 evenals de verwijzingen in hoofdstuk 3, voetnoten 254, 256, 257 & 259. Zie m.b.t. deze thematiek o.a. Bielefeld 1993, p. 2-9; Drasdo 2005, p. 433-434; Eifert & Hoffmann-Riem 1995, p. 154-156; Henninger 1994, p. 201-203; Hitpaß & Maaß 1994, p. 578-584; Hitpaß &

en Nederland[103] evenals, meer incidenteel, in België[104] en Italië[105] zijn illustraties aan te treffen. Overigens speelt ook hier weer, althans duidelijk wat het Nederlandse recht betreft, een loutere terminologiewissel: waar de rechter van de jaren '60 zich in soortgelijke zaken nog bediende van eenvoudige goede trouw en het woongenot van de huurder,[106] verwijst zijn contemporaine collega (vooreerst) naar de vrijheid van meningsuiting (en eventueel het daarmee strijdende fundamentele eigendomsrecht), maar aan de oor-

---

Maaß 2000, p. 945-953; Hitpaß & Maaß 2003, p. 181-184; Horst 2005, p. 2654-2657; Mehrings 1997, p. 2273-2277; Müller 1994, p. 101-103; Stock & Achelpöhler 1998, p. 245-249; Volmer 1999, p. 12-15; Wiesner 1999, p. 131-133.

103 Ktr. Assen 25 maart 1986, *NJ* 1987, 15; HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168; Ktr. Sittard 3 december 1993, *WR* 1995, 85; Ktr. Gouda 15 december 1994, *WR* 1995, 52; Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, *WR* 1995, 53; Pres. Rb. Amsterdam 1 juli 1996, *WR* 1997, 34; Rb. Arnhem 10 december 1998, *WR* 1999, 37; Rb. Arnhem 28 januari 1999, *WR* 1999, 47 (tevens Rb. Arnhem 11 september 1997, *WR* 1998, 12); Ktr. Delft 22 februari 2001 en 31 mei 2001, *WR* 2001, 77; Rb. Amsterdam 18 juni 2003, *WR* 2003, 60; Rb. Amsterdam 13 augustus 2004, *WR* 2005, 6; Rb. Arnhem 3 januari 2005, *WR* 2005, 69; Rb. Dordrecht 24 maart 2005, *LJN*: AT3052; Rb. Amsterdam, sector kanton 19 juli 2005, *WR* 2005, nr. 101; Rb 's-Gravenhage, sector kanton 16 augustus 2005, *WR* 2005, nr. 103; Rb. Amsterdam, sector kanton 10 mei 2007, *WR* 2007, nr. 77; Rb. Arnhem 31 juli 2007, *LJN*: BB0969; Hof s'-Gravenhage 1 augustus 2007, *LJN*: BB2283; Rb. 's-Gravenhage 22 augustus 2007, *LJN*: BB2640; Rb. Rotterdam 18 september 2007, *LJN*: BC1127; Rb. Utrecht 7 november 2007, *LJN*: BB8981; Rb. Alkmaar 5 november 2008, *LJN*: BG5038.

104 Vred. Wolvertem 20 maart 1997, *T. Vred.* 1998, 295 (opmerkelijk is dat horizontale werking hierin als omstreden wordt gepresenteerd evenals conclusie dat art. 10 EVRM 'niet geschonden wordt door de beperkingen inzake constructies of installaties opgelegd door medeeigenaars via een democratisch proces in overeenstemming met de statuten'); Vred. Moeskroen-Komen-Warneton 15 april 2002, *Echos log.* 2003, afl. 5, 183; Vred. Oostende 17 december 2002, *T.G.R.* 2005, afl. 3, 192. Overwegend geschiedt de afhandeling echter op zuiver privaatrechtelijke grondslag (zie o.a. Vred. Antwerpen 13 november 1995, *T. App.* 2001, afl. 4, 44 (wel wordt daarin verwezen naar door verweerder aangehaalde 'internationale verdragsregels' welke evenwel de 'contractuele verbintenissen tussen partijen niet [kunnen] wijzigen'); Hof Gent 23 maart 2001, *A.J.T.* 2001-02, 146 (wel verwijzing naar 'Europese richtlijnen'); Vred. Seraing 14 maart 2003, *Echos log.* 2003, afl. 5, 18). Zie m.b.t. deze thematiek verder Timmermans 2000, p. 1-11.

105 Cass. 16 september 1983 (nr. 7418), *Foro It.* 1984, I, 415; Cass. 6 november 1985 (nr. 5399), *Foro It.* 1986, I, 707 (deze problematiek wordt actueel evenwel deels ondervangen bij *Decreto Legislativo* 11 februari 1997, nr. 55 (*GU* 13 maart 1997 (nr. 60)), art. 6 welke het recht op antenne vooropzet).

106 Ktr. Amsterdam 20 februari 1964, *NJ* 1964, 219 (uiteraard betreffende reguliere TV-antenne). Opmerkenswaardig is dat het recht op woongenot ook overeenkomstig een horizontale werking uitspraak uit 1986 een minstens evenwaardige bescherming biedt als art. 10 EVRM, overwogen werd immers dat de juistheid van een weigering tot vergunning dient te worden getoetst aan voornoemd artikel waarop evenwel onmiddellijk volgt dat 'verdere weigering van de vergunning een aantasting vormt van het woongenot, waarop [huurder] recht heeft krachtens de huurovereenkomst en dat geacht moet worden te omvatten de mogelijkheid tot een behoorlijk TV-ontvangst op de wijze die de huurder verkiest, voor zover daarbij niet een redelijk belang van de verhuurder wordt aangetast' (Rb. Assen 25 maart 1986, *NJ* 1987, 15).

deelsvorming zelf voegt dit weinig toe,[107] die blijft op eenzelfde afweging van belangen gestoeld.[108] Dit is trouwens ook het beeld dat verschijnt bij vergelijking tussen de *fundamental rights* rechtspraak in deze en bijvoorbeeld de op zuiver privaatrechtelijke normen gestoelde Franse;[109] in beide geschiedt de afweging op basis van diezelfde parameters: mate van esthetische aantasting van het gebouw, kans op schadegevallen, eventueel voorhanden zijnde alternatieven en, indien aangevoerd, de geloofwaardigheid van het *floodgates*-argument. Althans, in de jurisprudentie is wel een breuklijn merkbaar, maar deze ziet niet op het gebruik van grondrechten zelf, doch tekent zich enkel *binnen* deze categorie af. Verwacht daarbij geen idealistische, wel politieke motieven: een Duitser heeft minder recht op rechtstreekse informatiegaring uit het buitenland dan een vreemdeling.[110] Of deze Duitser nu decennia in het land

107 Vgl. in deze overigens de positie van de wetgever die de vrijheid van meningsuiting (evenzeer) slechts een rol als *één* der in rekening te nemen omstandigheden van het geval voorschrijft (*Kamerstukken I* 2001/02, 28064, nr. 325b, p. 12).

108 Evengoed fungeert de verwijzing naar art. 10 EVRM soms zelfs maar als epiloog na de gehele afweging van belangen, zie bijvoorbeeld Rb. Dordrecht 24 maart 2005, *LJN*: AT3052.

109 CA Parijs 28 maart 1995, *Loyers et copr.* 1995, nr. 411; CA Parijs 25 oktober 1996, *Loyers et copr.* 1997, nr. 1; CA Parijs 6 maart 1997, *D.* 1998, somm. p. 127-128; CA Parijs 5 februari 1998 (Juris-Data nr. 020338), *Loyers et copr.* 1998, nr. 179; CA Parijs 5 februari 1998 (Juris-Data nr. 020339), *Loyers et copr.* 1998, nr. 179; CA Aix-en-Provence 7 april 1998, *Loyers et copr.* 1998, nr. 193; CA Versailles 13 oktober 1998, *JCP* 1999.II.10030; Cass. 10 februari 1999 (nr. 97-13356); CA Parijs 11 februari 1999, *Loyers et copr.* 1999, nr. 143; CA Parijs 30 maart 1999, *Loyers et copr.* 1999, nr. 247; CA Parijs 16 december 1999, *Loyers et copr.* 2000, nr. 94; CA Besançon 2 februari 2000, *Loyers et copr.* 2001, nr. 140; Cass. 9 februari 2000, *Loyers et copr.* 2000, nr. 120; CA Parijs 10 februari 2000, *AJDI* 2000, p. 434; Cass. 21 juni 2000, *Loyers et copr.* 2001, nr. 1; CA Parijs 27 juni 2001, *Loyers et copr.* 2002, nr. 15; Cass. 25 september 2002, *D.* 2002, IR, 2778; CA Parijs 30 april 2002, *Revue de Loyers* 2000, p. 454; Cass. 3 november 2005, *D.* 2005, IR, 2822. Wel werd in twee soortgelijke uitspraken een referentie aan grondrechten vastgesteld, nl. Trib. Antony 15 mei 1996 (aangehaald in CA Versailles 13 oktober 1998, *JCP* 1999.II.10030) ('[…] le tribunal après avoir observé qu'il convenait de distinguer le droit à l'antenne consacré par les dispositions de la loi du 2 juillet 1996 et le droit à l'information et à la liberté de communication, consacré par la Constitution') en CA Parijs 30 mei 2001, *Loyers et copr.* 2001, nr. 233 ('C'est ici la loi 66-457 du 2 juillet 1966, également d'ordre public, qui s'applique seule comme assurant la liberté de réception audiovisuelle dite 'droit à l'antenne', liberté fondamentale issue du droit à l'information proclamé par article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 qui fait partie intégrante de la constitution de la Cinquième République d'une part et par l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme d'autre part'), doch zonder dat daar enige impact van uit ging.

110 Stelregel is dat bij voorhanden zijn van kabel-TV of gemeenschappelijke schotelantenne, het recht een individuele schotelantenne te installeren slechts openstaat voor diegenen met een bijzondere *Informationsbedürfnisse*, welk in praktijk bijna enkel wordt geconstateerd in hoofde van buitenlanders. Met name zou hun situatie bij gebrek aan voldoende kanalen uit het thuisland deze van de Duitser zonder kabel-TV of gemeenschappelijke schotelantenne benaderen (*cf.* OLG Karlsruhe 24 augustus 1993, *NJW* 1993, 2815). Ideologisch heet het dat ze in staat moeten worden gesteld de culturele en linguïstische band met de Heimat te bewaren en daartoe, om eenzijdige berichtgeving te vermijden (*cf.* o.a. BVerfG 14 september 1995, *WuM* 1995, 693), ook over *afdoende* aantal kanalen dienen te beschikken (*cf.* o.a. BVerfG

waarvan hij met de schotelantenne TV-zenders wil ontvangen heeft gewerkt, daar een sociaal netwerk heeft opgebouwd, zich bij de gebeurtenissen alginds betrokken blijft voelen en zijn talenkennis wil onderhouden doet daaraan niets af.[111] Evenzeer geldt dergelijke opstelling ten aanzien van de genaturaliseerde Duitser, en daarin schuilt juist de verklaring: wie zich tot de Duitse *Kulturkreis* heeft bekeerd dient zich daar volledig in onder te dompelen en het overige achter zich te laten.[112] Daar is wel tegen opgekomen, met name via het gelijk-

15 juni 1994, *WuM* 1994, 365; BVerfG 21 juni 1994, *NJW-RR* 1994, 1232; BVerfG 14 september 1995, *WuM* 1995, 693; LG Essen 12 maart 1998, *WuM* 1998, 344; LG Konstanz 23 november 2001, *WuM* 2002, 210; BGH 22 januari 2004, *NJW* 2004, 937 en tevens BVerfG 16 februari 1996, *WuM* 1996, 264; dit overigens in contrast met de oudere rechtspraak zoals blijkt uit o.a. LG Köln 28 juli 1993, *DWW* 1994, 23; LG Dortmund 30 september 1992, *WuM* 1993, 37 en in dergelijke zin tevens OLG Düsseldorf 12 november 1993, *NJW* 1994, 1163; edoch dient hieraan wel gevoegd worden dat naar BVerfG 10 maart 1993, *NJW* 1993, 1252 de *aard* van de informatie van weinig belang blijkt (zie tevens Müller 1994, p. 101 & 102)). Interessant is wel dat deze maatstaf niet reeds van bij aanvang werd gehanteerd, zo heette het in lagere rechtspraak begin jaren negentig nog '[d]ie Ausländereigenschaft gibt dem Beklagten keine Sonderrechte' (LG Frankfurt 24 juli 1990, *WuM* 1990, 492; zie verder o.a. LG Stuttgart 11 december 1990, *WuM* 1991, 212; LG Kaiserslautern 6 oktober 1992, *NJW-RR* 1993, 272). Tevens valt te signaleren dat meer recent ook haar verval ingeluid lijkt. Enerzijds doen technologische ontwikkelingen afbreuk aan het recht van buitenlanders om een schotelantenne te installeren: zij worden in toenemende mate verwezen naar het alternatief der *digi-box* of aanverwante decoders (althans indien aanbod en kostprijs daarvan aanvaardbaar zijn) (zie o.a. LG Konstanz 23 november 2001, *WuM* 2002, 210; LG Hannover 14 december 2004, *ZMR* 2005, 296; BVerfG 24 januari 2005, *NJW* 2005, 1709; BGH 2 maart 2005, *NJW-RR* 2005, 596; BVerfG 17 maart 2005 (Az: 1 BvR 42/03); OLG Celle 10 juli 2006 (4 W 89/6); zie tevens Horst 2005, p. 2656-2657). Anderzijds wordt ook de veroordeling van Duitsers tot enkel het kabeltelevisieaanbod binnen hedendaags medialandschap in vraag gesteld en eventueel als onaangepast bestempeld (zie o.a. BGH 22 januari 2004, *NJW* 2004, 937 ('Ob das im Kabelnetz verfügbare Medienangebot die Meinungsvielfalt noch hinreichend widerspiegelt, kann angesichts der zwischenzeitlichen technischen Entwicklung bezweifelt werden […] Dieser Umstand könnte dazu führen, dass in weitergehendem Umfang auch deutsche Wohnungsnutzer nicht länger auf einen vorhanden Kabelanschluß verwiesen werden können'); BayOLG 8 april 2004, *WuM* 2004, 358; zie tevens BayOLG 15 april 2004, *WuM* 2004, 359).

111 Zie bijvoorbeeld LG Hamburg 1 december 1993, *WuM* 94, 391; BayObLG 30 november 2000, *WuM* 20001, 203 (sterk op de Angelsaxische cultuur betrokken Duitser). Vgl. LG Baden-Baden 14 maart 1997, *WuM* 1997, 430 (gering gewicht professioneel belang als reporter buitenland). Zie niettemin LG Landau 7 december 1997, *NJW* 1998, 2147 (Duitser maar beter vertrouwd met de Poolse taal).

112 Zie bijvoorbeeld BayObLG 28 oktober 1994, *NJW* 1995, 337 ('Denn durch die Aufgabe der türkischen und die Annahme der deutschen Staatsangehörigkeit hat der Antragsgegner die Bindung an sein früheres Heimatland entscheidend gelockert und sieht nunmehr Deutschland als seine Heimat an. Damit tritt sein Interesse, die kulturellen und sprachlichen Verbindungen mit seinem früheren Heimatland aufrechtzuerhalten, deutlich in den Hintergrund'); LG Berlijn 5 december 1994, *DWW* 1995, 115; LG Lübeck 29 december 1998, *NJW-RR* 1999, 1532; LG Berlijn 27 november 2003, *Grundeigentum* 2004, 181 (zie tevens Horst 2005, p. 2655). Contra LG Wuppertal 25 mei 1999, *NJW-RR* 1999, 1457 (Duits koppel waarvan vrouw van Israëlische herkomst en man vanwege de gemeente aangesteld aanspreekpunt voor de Joodse religieuze gemeenschap). Zie meer recent ook OLG Celle 10 juli 2006 (Az: 4 W 89/06) dat zich tegen dergelijke visie uitdrukkelijk verzet.

heidsbeginsel van art. 3 *Grundgesetz*, maar juist op deze basis ook ontkend.[113] Het is een houding die voorzeker kan worden bekritiseerd en bijvoorbeeld in de Nederlandse rechtspraak, die nochtans op een equivalente norm is gebaseerd, nimmer opduikt en naar vermoeden op weinig sympathie zou kunnen rekenen.[114] Kortom, duidelijk is dat wat hier spreekt niet zozeer de grondrechten zijn, maar wel een bepaalde integratiepolitiek, die middels grondrechten geserveerd wordt.

4.3 FAMILIERECHT

Binnen het familierecht[115] heeft ongetwijfeld het conflict tussen huwelijk en religie de meeste anciënniteitsaanspraak. Zowel binnen de Zwitserse[116] en de Nederlandse[117] rechtspraak zijn het de eerste derdenwerkinglitigaties in

113 BVerfG 9 februari 1994, *BVerfGE* 90, 27; BayObLG 25 maart 1994, *NJW-RR* 1994, 848; BVerfG 15 juni 1994, *WuM* 1994, 365; BVerfG 30 juni 1994, *NJW-RR* 1994, 1232; LG Berlijn 5 december 1994, *DWW* 1995, 115. Zie tevens LG Gera 14 juli 1994, *WuM* 1994, 523 en Müller 1994, p. 102-103.

114 In Nederlandse jurisprudentie wordt nationaliteit *etc.* in de regel zelfs niet vernoemd.

115 Opgemerkt dient te worden dat de selectie van horizontale rechtspraak op dit domein in het bijzonder uitermate precair is aangezien dergelijke zaken veelal neerkomen op een rechtstreekse aanvechting van een bepaalde wetgeving en de dimensie van het *fundamental rights* argument aldus onzuiver bekomt, zo bijvoorbeeld aangaande onderscheid in behandeling tussen huwelijkse en niet huwelijkse samenlevingsvormen (HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 686; Arr.-Rb. Roermond 26 juni 1997, *NJ* 1998, 182; HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278; HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585), erkenning en ontkenning van vaderschap (HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450; HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 374 (zie tevens HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 375; HR 22 februari 1991, *NJ* 1991, 376; HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 440; HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 65; Hof Amsterdam 21 december 1992, *NJ* 1994, 131; Hof 's-Gravenhage 1 maart 1991, *NJ* 1991, 732; Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 1997, *NJ* 1998, 143; Hof 's-Gravenhage 13 september 1996, *NJ* 1997, 96), adoptie (HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 438; Hof Amsterdam 13 april 1995, *NJ* 1996, 240; Arr.-Rb. Amsterdam 12 juni 1996, *NJ* 1997, 98; Arr.-Rb. Haarlem 30 juli 1996, *NJ* 1997, 351; Arr.-Rb. Amsterdam 5 november 1997, *NJ* 1999, 11) of onderscheid in behandeling van buitenechtelijke kinderen (HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450).

116 BGer 23 augustus 1878, (4) *BGE* 1878, 434 (In de context van art. 49 BV werd geoordeeld dat een enkel verschil in religieuze overtuiging de echtgenoot niet het recht geeft de vrouw uit de echtelijke woning te verstoten en de echtscheiding te verlangen, slechts wanneer de religieuze onenigheid een ontwrichting van de echtelijke verhouding tot gevolg heeft behoort dit laatste tot de mogelijkheden; zie tevens § 2.2.3).

117 Arr.-Rb. Zwolle 19 februari 1975, *NJ* 1976, 266. Zie tevens HR 27 juni 2003, *JOL* 2003, 351 (m.n. de conclusie van P-G Strikwerda); HR 21 januari 2005, *LJN*: AR6211 (m.n. de conclusie van P-G Strikwerda); HR 9 december 2005, *LJN*: AU5285 (zie in bijzonder de conclusie van P-G Strikwerda en het aldaar weergegeven vonnis *a quo* Hof Amsterdam 21 april 2005) m.b.t. verzet tegen echtscheiding als inbreuk op vrijheid van godsdienst (vgl. anderzijds het zuiver privaatrechtelijke HR 12 juli 2002, *LJN*: AE4037)).

dit rechtsgebied, en ook in Duitsland[118] dook het snel op. De Zwitserse, daterende uit 1878 is zelfs de oudste *tout court*. Alle uitspraken, hoewel zich over bijna een eeuw uitstrekkende, betroffen een gelijkaardige feitenconstellatie, namelijk divergentie tussen de religieuze opvattingen beider echtgenoten welke het huwelijk op ontbinding afstevenen deed. Interessant zijn deze uitspraken niet enkel in hun historische waarde maar opnieuw tevens als denkpiste voor een der meest miskende elementen der *Drittwirkung*, namelijk dat dergelijke jurisprudentie frequent niet meer dan een zuivere terminologiewissel behelst. Soortgelijke litigaties als hier voorliggen zijn bijvoorbeeld in Franse jurisprudentie decennia schering en inslag geweest, met gelijkaardige resultaten tot gevolg, doch zonder referentie aan grondrechten, enkel met oriëntatie op fundamentele vrijheden of privaatrechtelijke principes.[119] Een optie die zonder meer ook voor andere rechtssystemen, het Nederlandse, Zwitserse en Duitse inclusief, heeft opengelegen. Veelbetekenend is dat nu echter ook in de Franse jurisprudentie referenties aan grondrechten beginnen op te duiken, zij het enkel op instigatie van een der procespartijen.[120] Het recente verschijnen van grond-

---

118 BGH 24 oktober 1963, *NJW* 1963, 761 (Toetreding echtgenoot tot Getuigen van Jehova wegens de rigoureuze leer en opgelegde verplichtingen daaraan verbonden aan te merken als grove fout die echtscheiding verantwoordt, vrijheid van religie is geen vrijbrief tot miskenning van anderen; zie o.a. Müller-Freienfels 1964, p. 305 *et seq.*); BVerfG 7 april 1964, *BVerfGE* 17, 302 (Fout echtscheiding ontsproten uit wissel van religie door echtgenote (van Evangelische naar Nieuw-Apostolische Kerk) wordt deels bij haar gelegd (*cf.* BGH 6 april 1960, *BGHZ* 33, 145; OLG Nürnberg 29 mei 1962, *FamRZ* 1962, 524), waartegen zij zich verzet met een beroep op vrijheid van religie (art. 4 GG); Middel faalt aangezien door de feitenrechter niet de wissel zelf als foutief bestempeld wordt, wel de wijze waarop zij hieraan uitvoering gaf (met name zonder voorafgaande kennisgeving aan echtgenoot niettegenstaande diens voorheen geuite bezwaren en waarschuwing zich dan als gescheiden te beschouwen; de terugkeer van de 'Versiegelung' (sacrament binnen NAK) getooid met bloemen die op het feestelijke karakter van de gebeurtenis wezen en de echtgenoot als een uitdagende geringschatting van zijn opvattingen en bedenkingen heeft moeten aanvoelen)) (zie tevens Kästner 1991, p. 47, voetnoot 56; Ramm 1996, p. 38, voetnoot 42).

119 Resultante is de opvatting dat elke echtgeno(o)t(e) vrij is de godsdienst van zijn of haar keuze te belijden (Trib. Seine 18 juni 1945, *Gaz. Pal.* 1945.2.38) en zich zonder inspraak van de partner ook tijdens het huwelijk bekeren kan (TGI Pontoise 17 februari 1972, *Gaz. Pal.* 1972.1.345; CA Parijs 15 oktober 1971, *Gaz. Pal.* 1972.1.121) zonder dat het uitoefenen van religie mag oplopen tot ernstige verwaarlozing van huwelijkse plichten (Trib. Seine 18 juni 1945, *Gaz. Pal.* 1945.2.38 (vgl. evenwel CA Nîmes 10 juni 1967, *D.* 1969, Jur., 366 (zie terecht kritisch Barbier 1969, p. 137-139; Carbonnier 1969, p. 368-370)); TGI Avignon 20 december 1966, *D.* 1969, 367; CA Parijs 12 januari 1972, *D.* 1972, Jur., 217; TGI Pontoise 17 februari 1972, *Gaz. Pal.* 1972.1.345; CA Amiens 3 maart 1975, *D.* 1975, Jur., 706): net zomin als religie op zich een fout uitmaken kan die tot scheiding aanleiding geeft vermag het een excuus te vormen voor daadwerkelijke huwelijkstekortkomingen (zie m.b.t. deze problematiek o.a. Barbier 1972, p. 22 *et seq.*; Géraldy 1975, p. 709-711; secundair Robert 2004, p. 344).

120 Cass. 21 mei 1990, *Lexilaser* nr. 613 & Cass. 9 oktober 1996, *Bull. Civ.* II, nr. 234, p. 138 (in beroep: CA Montpellier 7 november 1994, *D.* 1997, 98) waar wegens beweerde miskenning van art. 9 EVRM beroep aangetekend werd tegen echtscheidingsuitspraken waarin, op basis van feiten aan religie gerelateerd, de fout bij appellanten werd gelegd. In het eerste geval had appellant gedurende verscheidene maanden zijn gezin in de steek gelaten om zich in een abdij terug te trekken, daartoe geïnspireerd door echtelijke strubbelingen en het

rechten binnen verwante Portugese jurisprudentie doet eenzelfde louter terminologische evolutie vermoeden.[121]

Huwelijk en echtscheiding blijven evenwel ook los daarvan een dankbare bron waaruit steeds nieuwe exponenten van horizontale werking ontspruiten. Het crescendo in het adagium *wooing, wedding and repenting* speelt ook hier. Huwelijksvoornemens hebben naar vastgesteld slechts in het Nederlandse recht tot manifestaties van horizontale werking geleid, namelijk in aangelegenheden waar de ouder(s) weigerde(n) de vereiste toestemming tot het huwelijk van een minderjarige dochter te verlenen. In drie dergelijke zaken werd de weigering door de Hoge Raad doorbroken middels referentie aan art. 12 EVRM.[122]

---

bewustzijn in doodzonde te leven daar zijn eerste huwelijk nimmer was ontbonden. In het tweede geval had de appellant zich aangesloten bij de Getuigen van Jehova, waarin op zich uiteraard geen fout werd gezien (erkend werd dat ongeacht de solemnele beloften bij het aangaan van een katholiek huwelijk, het de echtgenoten vrijstaat van religie te wisselen of hiervan afstand te doen alsof ongehuwden), maar wel in de daarbij aansluitende weigering aan familie- en religieuze feesten deel te nemen. In beide gevallen werd dit cassatiemiddel afgewezen onder referentie aan de soevereine appreciatie van de feitenrechters m.b.t. de invulling van het foutcriterium.

121 STJ 1 februari 1990 (nr. 078359) (De echtgenoot heeft niet het recht aan het gezin een welbepaalde religie op te leggen (art. 41 Constitutie); de familieleden dienen hun vrijheid aangaande echter in die zin uit te oefenen zodat geen conflict ontstaat met de familiale plichten; schendt niet de samenwerkingsplicht de vrouw die, nadat ze haar geloofsovertuiging gewijzigd heeft, zorg draagt voor het huis, voedsel bereidt en over de kinderen waakt, hoewel ze op bepaalde dagen of tijdstippen niet beschikbaar is tot deelname aan familiefeesten of visites) en STJ 18 mei 2002 (nr. 02B1290) (Echtgenoot was, in tegenstelling tot zijn katholieke echtgenote, lid van de Kerk 'Maná' en spendeerde het merendeel van zijn tijd, zowel thuis als in de auto, zowel wanneer alleen zijnde als in gezelschap van zijn echtgenote, aan het lezen van boeken en luisteren naar tapes van deze geloofsgemeenschap; hij beschuldigde zijn echtgenote een portaal te zijn waarlangs de duivel binnentreedt en trachtte haar gedurig te bekeren; beschadigde bestaande objecten binnen de gezinswoning als zijnde demonisch *etc.* In kader van art. 1779 CC, welk voorschrijft dat een huwelijkspartner de echtscheiding kan verzoeken indien de andere partner foutief is tekortgeschoten in de vervulling van de echtelijke plichten en aldus verdere samenleving onmogelijk maakt, wordt gesteld dat in deze het feit dat de echtgenoot handelde in uitoefening van zijn vrijheid van religie geen excuus uitmaakt; de constitutioneel gegarandeerde vrijheid (art. 41) vindt zijn grenzen in de rechten van anderen. Geconcludeerd dient te worden dat de echtgenoot ten foutieve titel is tekortgeschoten in zijn plicht zijn echtgenote te respecteren (daaronder onder meer begrepen aantasting van haar morele integriteit, beperking van haar zelfbeschikkingsrecht en vrije meningsuiting)).

122 HR 4 juni 1982, *NJ* 1983, 32 (Gesteld werd dat in geval van een niet (redelijk) gemotiveerde weigering het bij art. 1:36 BW aan de met het gezag beklede ouder verleende vetorecht niet verenigbaar is met het in art. 12 EVRM toegekende recht te huwen (ook al wordt in rekening genomen dat dit recht niet absoluut is doch slechts gegarandeerd 'volgens de nationale wetten welke de uitoefening van dit recht beheersen')); HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 54; HR 20 december 1985, *NJ* 1987, 54 (alwaar gepreciseerd wordt dat de redelijkheidstoetsing niet tot een marginale evaluatie behoort beperkt te worden). Wat de lagere rechtspraak betreft zie Ktr. Gorinchem 8 november 1982, *NJ* 1983, 383 waar het onthouden van de toestemming gemotiveerd werd door de weigering van de dochter en haar aanstaande echtgenoot zich bij een welbepaalde kerkgenootschap in te schrijven. Het kantongerecht hield, in referentie aan HR 4 juni 1982, voor dat de ouders in deze geen aan rechterlijke

Dat zich ook buiten Nederland dergelijke met fundamentele rechten afgehandelde procedures hebben afgespeeld is niet onwaarschijnlijk,[123] maar hun oudmodisch karakter maakt alvast dat minder kans en noodzaak bestaat alsnog dergelijke equivalenten op te sporen.[124]

Het huwelijk zelf leidt reeds tot meer op *fundamental rights* georiënteerde twisten, voornamelijk wanneer er een verbod tegen dat huwelijk bestond. Dergelijk verbod kan bijvoorbeeld zijn opgenomen in een testamentaire beschikking (o.a. in de voorwaarde een partner van gelijkwaardige stand te huwen)[125] of in een arbeidsovereenkomst. Bij dit laatste dient dan niet zozeer gedacht worden aan de eenvoudige voorwaarde niet te huwen (daarvoor heeft het arbeidsrecht of maatschappelijke consensus meestal behoorlijk scherpe normen aangereikt), doch wel gevallen waarin een (bepaalde) huwelijkse staat (of aanverwante samenlevingsvorm) onverenigbaar wordt bevonden met de desbetreffende job. Zowel in het Duitsland als het België van enkele decennia geleden zagen leerkrachten van het katholiek onderwijs zich aldus voor ontslag geplaatst bij huwelijk met een uit de echt gescheiden man of priester (of eventueel samenleving in concubinaat),[126] waartegen dan verzet aangetekend werd met beroep op grondrechten (vrijheid van huwelijk, religie, het recht op privéleven *etc.*), en meer recent dook soortgelijk gegeven zelfs nog op in de Italiaanse rechtspraak.[127]

---

controle onttrokken vetorecht hebben, daar anders tekort zou worden gedaan aan art. 12 EVRM. *In casu* werd door het gerecht vervangende toestemming gegeven daar de weigering in strijd werd geacht met de vrijheid van godsdienst en overtuiging als neergelegd in art. 9 EVRM. Zie tevens Rb. Zutphen 7 oktober 1983, *NJ* 1984, 142 (referentie, naast HR 4 juni 1982, aan 'het fundamentele recht van appellante om te huwen' welk *in casu* kwam te primeren).

123 Vergelijk alvast de suggestie terzake van Rolin als opgenomen in Van Leuven 2008, p. 142-143.

124 Zie m.b.t. deze problematiek tevens Debet 2002, p. 577-578.

125 Italië: Cass. 11 januari 1986 (nr. 102), *Foro It.* 1986, I, 936 (niet in strijd met gelijkheidsbeginsel (art. 3 Const.)); Duitsland: BGH 2 december 1998, *NJW* 1999, 566 en BVerfG 22 maart 2004, *NJW* 2004, 2008, zie terzake uitgebreid De Vos 2008, p. 801 *et seq.*, in bijzonder p. 823-824.

126 In België *de jure* meestal via uitdrukkelijk ontbindend beding, nl. standaardclausule stellende dat de overeenkomst van rechtswege en zonder vergoeding is verbroken zodra 'het personeelslid zich in een persoonlijke of gezinstoestand bevindt die onverenigbaar is met de wetten van de katholieke moraal of de wetten van de Katholieke Kerk ernstig schendt' (Art. 41 § 2 Statuut lekenpersoneel later art. 31 § 1 4° Algemeen Reglement onderwijzend en administratief personeel van het katholiek middelbaar, normaal en technisch onderwijs. Zie m.b.t. deze problematiek o.a. De Jonghe 1977, kol. 1254-1256; Vandermeulen 1974, p. 322-334; Van Eeckhoutte 2002, p. 1379-1381; Verstegen 1977, kol. 1953-1960 evenals conclusie A-G Dumon tot Cass. 12 januari 1977 gepubliceerd te *R.W.* 1976-77, kol. 1939-1949.

127 Cass. 16 juni 1994 (nr. 5832), *Foro It.* 1995, I, 875 (Ontslag leerkracht lichamelijke opvoeding katholieke school wegens uitsluitend burgerlijk (d.w.z. geen kerkelijk) huwelijk is onrechtmatig; de uitoefening door de leerkracht van diens fundamentele rechten maakt geen conflict uit op de inrichtings- en onderwijsvrijheid schooldirectie (art. 33 Constitutie); lessen lichamelijke opvoeding impliceren immers geen referentie aan de ideologische oriëntatie van de leerkracht en brengen aldus ook deze van de onderwijsinstelling niet in het gedrang). Of dat een volkomen representatie verschaft van de Italiaanse houding terzake kan in het licht

Deze rechtspraak is in feite veelbetekenend voor het vermogen van fundamentele rechten. Het succes was namelijk behoorlijk wisselvallig. In Duitsland vermocht een enkel *Landesarbeitsgericht* er nog wel begrip voor op te brengen,[128] maar dat werd snel uit de weg geruimd door het *Bundesarbeidsgericht* die er een andere opvatting van de constitutionele voorschriften op na hield,[129] een opvatting die nadien getrouw door overige rechtsinstanties werd gevolgd.[130] In België was het beeld evenzeer diffuus en ook hier met ontkennende teneur.[131] Met name was er enkel het Arbeidshof te Brussel die deze *fundamental rights claim* meermaals honoreerde,[132] terwijl het overige deel

van de meer recente descriptie te Favilli & Fusaro 2007, p. 308 *et seq.* (waar deze uitspraak overigens niet wordt genoemd) evenwel betwijfeld worden. Met name wordt daar gerapporteerd dat naar o.a. Corte Cost. 22 januari 1982 (nr. 18/1982), *GU* 10 februari 1982 en Consiglio di Stato 18 april 2005, nr. 1762 de lijn is dat geen vordering ter rechtbank kan worden gebracht tegen de beslissing der autoriteiten van de katholieke Kerk al dan niet leerkrachten tot onderwijs aan private scholen van katholieke signatuur aan te nemen of te ontslagen als zou dergelijke actie een ontoelaatbare inmenging in de vrijheid van deze onderwijsinstanties vertegenwoordigen; slechts zou mogelijk zijn aan te kaarten dat de procedure voor bijvoorbeeld de kerkrechtelijke rechtbanken niet geschiedt overeenkomstig een wijze die toestaat de constitutionele rechten der procespartijen afdoende te garanderen.

128 LAG Saarbrücken 29 oktober 1975, *NJW* 1976, 645 (Ontslag directrice van katholieke kleuterschool wegens huwelijk met uit de echt gescheiden man als onrechtmatig beoordeeld o.a. in referentie aan het recht op huwelijk met een partner van eigen keuze als onderdeel van het in grondwet gegarandeerde recht op vrije ontplooiing van persoonlijkheid (art. 2 [& 6] GG); zie o.a. Mayer-Maly 1976, p. 1118-1119) vernietigd bij BAG 25 april 1978, *NJW* 1978, 2116 (zie voetnoot 129).

129 BAG 25 april 1978, *NJW* 1978, 2116 (Geen schending van art. 6, 4 of 2 GG). Deze rechtspraak staat onder sterke invloed (*cf.* Abrantes 2000, p. 141) van de hevig bekritiseerde (*cf.* Benda 1966, p. 465 en (ref. in) LAG Saarbrücken 29 oktober 1975, *NJW* 1976, 646) uitspraak van het BAG 31 januari 1956, *NJW* 1956, 646 alwaar, evenzeer met inachtname van grondrechten, het ontslag wegens burgerlijk huwelijk van een uit de echt gescheiden werknemer van een kerkelijk hospitaal rechtmatig werd geoordeeld. Zie m.b.t. deze problematiek *in globo* o.a. Rüthers 1978, p. 2066 *et seq.*

130 LAG Hamm 3 november 1977, *NJW* 1978, 850 (Ontslag directrice en kleuterleidster katholieke kleuterschool wegens samenleven met katholieke priester behelst geen schending art 2, 4 of 6 GG).

131 Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956, *T.S.R.* 1958, 252; Wrr. Charleroi 7 juli 1970, *J.T.T.* 1970, 103; Arbrb. Bergen 10 juni 1971, *T.S.R.* 1971, 164; Arbh. Brussel 19 juni 1972, *J.T.T.* 1975, 298; Arbrb. Hasselt 16 april 1973, *R.W.* 1973-74, 391; Arbh. Brussel 4 mei 1973, *R.W.* 1973-74, 382; Arbrb. Gent 12 april 1974, *R.W.* 1974-75, 1956; Arbh. Luik 27 juni 1974, *J.T.T.* 1974, 217; Arbh. Antwerpen 7 mei 1976, *R.W.* 1976-77, 1249; Cass. 8 december 1976, *J.T.T.* 1977, 27; Arbh. Brussel 24 november 1977, *J.T.T.* 1978, 63; Arbh. Gent 9 mei 1979, *R.W.* 1978-80, 1458 (zie Bax & Willekens 1981, kol. 67-69). Vgl. voor gelijkaardige situatie in het gemeenschapsonderwijs R.v.St. 20 december 1985, *R.W.* 1986-87, kol. 246 (zie o.a. De Schutter 1999a, p. 293-304; Lambrechts 1986, p. 260-262).

132 Arbh. Brussel 19 juni 1972, *J.T.T.* 1975, 298 (De hoofdargumentatie is trouwens volkomen privaatrechtelijk van aard (nl. het feit dat ontslag wegens dringende reden niet mogelijk is daar de feiten hier *in concreto* geen aanleiding toe vormen en verder dat het ontbindend beding (zie voetnoot 126) niet in rekening kan worden genomen o.a. wegens incompatibiliteit met art. 51 Wet 21 november 1969); het is pas in de laatste overweging dat het Hof haar aandacht naar fundamentele rechten richt. Meer bepaald wordt gesteld dat, hoewel

der zittende magistratuur duidelijk meende dat het hier zonder meer een legitieme inperking van grondrechten betrof; gesteld werd dat men zich niet moest beklagen wegens restricties van slechts relatieve aard, ingegeven door een rechtmatig belang[133] en het resultaat van een vrij en met kennis van zaken aangegane overeenkomst.[134] Significant genoeg werd het debat pas eind jaren '70 door het Hof van Cassatie *op exclusief privaatrechtelijke grond*[135] beëin-

bij het aanwerven van personeel morele of filosofische voorwaarden kunnen worden gesteld, het echter niet zo kan zijn dat het wegvallen van deze kenmerken de onmiddellijke verbreking van de overeenkomst impliceert: een dergelijke schikking (in de mate dat zij voorkomt als een sanctie) is strijdig met de vrijheid van mening en religie); Arbh. Brussel 4 mei 1973, *R.W.* 1973-74, 382 (De referentie aan het EVRM fungeert ook hier als argument ten overvloede: op het moment waarop ontslag werd gegeven was slechts sprake van een voorgenomen huwelijk en stond ook nog steeds de mogelijkheid van dispensatie vanwege de katholieke overheid open zodat van strijd met de katholieke moraal nog geen sprake kon zijn); Arbh. Brussel 24 november 1977, *J.T.T.* 1978, 63 (Het arrest getuigt van een sterk direct effect. Zonder privaatrechtelijke intermediatie (art. 21*bis* (verbod huwelijk als ontbindende voorwaarde in bediendecontract op te nemen) was niet van toepassing daar deze zaak geen huwelijk betrof maar wel concubinaat en overspel) werd rechtstreeks teruggegrepen naar art. 8 EVRM met inbegrip van de exclusieclausule. Het bezwaar van de onderwijsinstelling (en zelfs van het OM) in relatie tot toepassing van de exclusieclausule werd door het Hof scherp afgewezen: 'Si ce paragraphe n'a prohibé que l'ingérence de l'autorité publique, c'est assurément parce que seule l'autorité publique dispose d'un droit de coercition vis-à-vis des citoyens, et l'intention de la convention de sauvegarde n'est évidemment pas de déclarer licite l'ingérence de personnes privées dans la vie privée et familiale, lorsque ces personnes invoquent un droit contractuel à cet égard'. Ook voor het overige houdt het Hof aan een strikte toepassing van art. 8 EVRM: elke private overeenkomst die afbreuk doet aan de rechten van de Conventie is nietig, zo wordt gesteld. Een afwijkende visie zou immers impliceren, aldus nog steeds het Hof, dat een private macht contractuele verzaking van EVRM-rechten zou kunnen opleggen en bijgevolg de rechter zou kunnen dwingen contracten te respecteren die systematisch de toepassing van bepalingen van openbare orde uitsluiten hoewel deze normen zelfs over de nationale wet primeren. Het zou betekenen dat men private machten boven de wet plaatst. Het beroep van de onderwijsinstelling op de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van religie en onderwijs (evenals art. 9 & 10 EVRM) kan overigens niet baten: 'Aucune de ces dispositions des lois belges n'autorise l'appelante à faire respecter ses propres convictions religieuses ou morales aux dépens des droits et libertés fondamentales garanties par la Convention de sauvegarde').

133 Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956, *T.S.R.* 1958, 252; Wrr. Charleroi 7 juli 1970, *J.T.T.* 1970, 103 (d.m.v. extensief citaat uit voornoemd Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956); Arbrb. Bergen 10 juni 1971, *T.S.R.* 1971, p. 164 (in referentie aan voornoemd Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956); Arbrb. Hasselt 16 april 1973, *R.W.* 1973-74, 391 (enkel wat betreft het 'rechtmatig belang'; naar het relatieve karakter van de beperking wordt niet verwezen).

134 Arbh. Luik 27 juni 1974, *J.T.T.* 1974, 217 (preciserende dat noch de Belgische openbare orde noch het EVRM zich ertegen verzetten dat een burger vrijwillig bepaalde van zijn rechten beperkt in functie van een ideaal dat men najaagt of een voordeel dat men tracht te verkrijgen 'car il s'agit là aussi de l'exercice d'une liberté que ces lois ont eu pour but de promulger'); Arbh. Antwerpen 7 mei 1976, *R.W.* 1976-77, 1249, noten J. De Jonghe en M. Rigaux; Arbh. Gent 9 mei 1979, *R.W.* 1978-80, 1458.

135 Nochtans wordt wel aan het EVRM gerefereerd door het bestreden arrest, de procespartij en de A-G.

digd door de praktijk als onwettig te bestempelen.[136] Het zegt veel over de inhoud die grondrechten aan een litigatie bijbrengen: zij staan volledig ten dienste van de opvattingen en voorkeuren van maatschappij en zittende rechters, zijn in dier handen slechts een instrument, doch geen richtsnoer; verrassend kan dan ook niet heten dat in de voornoemde recente Italiaanse uitspraak men de rechten van de onderwijzer laat primeren, de maatschappij is nu eenmaal in meer laïcistische zin geëvolueerd. Overigens, interessant is tevens te weten dat o.a. de Belgische grondrechtsvrije equivalenten in deze eveneens een gelijkaardig diffuus overwegend negatief beeld schetsen, *ergo* dat ook zonder grondrechtenbelangstelling het ontslag soms nietig werd geacht.[137] Het is slechts een enkel van de talrijke voorbeelden die de veelvuldig gehoorde doch nimmer sterk onderbouwde bewering alsdat grondrechten tot een betere bescherming zouden leiden, weerspreekt.

Echtscheidingsperikelen ten slotte, leveren nog de meeste derdenwerking geïnspireerde litigaties op, maar de collectie is heel divers, bijna *at random* uitgestrooid: alimentatieverplichtingen,[138] gebruik van de oude gezinswoning,[139] stalking,[140] bijdragen in het onderhoud van de kinderen[141] en

136 Cass. 8 december 1976, *J.T.T.* 1977, 27 (art. 21*bis* (*cf.* voetnoot 132) werd van toepassing geacht). Zie verder Cass. 12 januari 1977, *R.W.* 1976-77, 1937; Cass. 25 juni 1979, *R.W.* 1979-80, 183.

137 O.a. Wrr. Ber. Antwerpen 24 maart 1969, *R.W.* 1970-71, 911 (aangaande een huwelijk met een uittredend priester; strijd met de openbare orde) (zie anderzijds echter Arbrb. Antwerpen 31 maart 1971, *R.W.* 1970-71, 1862 (geen strijd met de openbare orde daar niet het huwelijk zelf geviseerd wordt maar slechts de persoonlijke of gezinstoestand waarin de onderwijzeres zich heeft geplaatst door (het voornemen) met een katholiek priester te huwen); Arbh. Antwerpen 20 december 1977, *T.S.R.* 1978, 66 (vernietigd bij Cass. 25 juni 1979, *R.W.* 1979-80, 183; geen strijd met openbare orde (want belangrijk belang)). Zie tevens Arbrb. Mechelen 4 september 1973, *R.W.* 1974-75, 499 (geen bewijs dat een huwelijk met een uit de echt gescheiden man strijdig zou zijn met de wetten van de rooms-katholieke moraal).

138 Portugal: STJ 12 januari 1978 (nr. 066894) (Feit dat de *de facto* gescheiden echtgenote zelf inkomsten verwerft is geen voldoende reden om haar de alimentatie vanwege de echtgenoot te ontnemen, dit zou slechts het geval zijn mocht ze genoeg middelen verwerven tot eigen onderhoud; art. 13 van de Constitutie (gelijkheid) staat aan deze onderhoudsplicht tussen echtgenoten niet in de weg). Zwitserland: KtG St. Gallen 1985, aangehaald in Zäch 1989, p. 4 (Wanneer bij scheiding het gezinsinkomen niet volstaat om beide partners het bestaansminimum te garanderen, dienen de desbetreffende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek geïnterpreteerd te worden overeenkomstig de constitutionele gelijkheidsclausule, en aldus de middelen evenredig te worden verdeeld over beide partners in verhouding tot de respectieve behoeften).

139 Met name verzet tegen de toewijzing hiervan tot exclusief gebruik door de ex-partner (en eventuele kinderen), in de regel overigens zonder succes. Zo o.a. in Italië (Cass. 11 december 1992 (nr. 13126), *Dir. fam.* 1993, 497 (art. 3 & 42 Const.); Cass. 26 mei 2004 (nr. 10102), *Fam. e dir.* 2004, 23 (art. 30 Const.)) en in Portugal (STJ 16 december 1999 (nr. 99A998) (art. 62 Const. (eigendom)); STJ 11 december 2001 (nr. 01A3852) (art. 65 Const. (huisvesting))).

140 Zie bijvoorbeeld in Nederland Hof Arnhem 9 juli 1974, *NJ* 1975, 359 (Geen rechtvaardiging van de actie middels art. 10 EVRM, hoewel daarbij tevens de vraag werd gesteld of deze bepaling wel zomaar in private relaties kon toegepast worden en daarenboven of de

omgangsrecht met deze laatsten,[142] zijn er slechts enkele. Deze variatie enerzijds en de niettemin relatief beperkte vertegenwoordiging per casustype anderzijds, doet reeds het relatieve belang ervan vermoeden: *in globo* breekt het *fundamental rights* argument geen potten.

Terzake deze laatste opsomming dient overigens opgemerkt te worden dat het casustype aangaande omgangsrecht zich uiteraard niet beperkt tot gevallen van echtscheiding, maar zich evengoed uitstrekt over louter biologisch ouderschap, grootouderschap en andere familiale banden evenals, zij het enkel in de Nederlandse rechtspraak, 'sociale verwantschap'.[143] Nu verwondert dat laatste niet, in Nederland is de verzameling aan *fundamental rights* georiënteerde omgangsrechtlitigaties *überhaupt* zeer ruim[144] en zijn deze rechten

---

litigieuze gedraging wel als meningsuiting in de zin van dit artikel kon worden beschouwd) en Hof Amsterdam 18 maart 1991, *NJ* 1992, 449 (Openbare actievoering en verzending postkaarten met tot doel meer omgang met kind te krijgen na afspraak het contact tot minimum te beperken kan niet gerechtvaardigd worden op basis van art. 8 EVRM).

141 Duitsland: BVerfG 6 februari 2001, *NJW* 2001, 957 (Voorhuwelijkse overeenkomst bij scheiding aan de partner nimmer en ten aanzien van het ophanden zijnde kind nooit meer dan 150 DM alimentatie te betalen, is, vanuit de ondergeschikte onderhandelingspositie van vrouw, ongeldig wegens strijd met art. 2 (persoonlijke ontplooiing) *jo.* 6 IV GG (recht van elke moeder op zorg en bescherming vanwege de gemeenschap) & 6 II GG (recht en plicht ouders tot opvoeding en de staatsverplichting tot supervisie hieromtrent); zie o.a. Dauner-Lieb 2001, p. 298 *et seq.*; Zumbansen 2001, *s.f.*; Zumbansen 2003, p. 71 *et seq.*; Bergschneider 2001, p. 1337 *et seq.*) en het verwante BVerfG 29 maart 2001, *NJW* 2001, 2248. In diezelfde lijn zie tevens BGH 5 juli 2006, XII ZR 25/04. Zie los van de echtscheidingsthematiek verder o.a. Italië: Cass. 9 juni 1990 (nr. 5633), *Giust. civ.* 1991, I, 75 (Alimentatieverplichting vloeit o.v.k. art. 30 Constitutie voort uit het enkele feit van verwekking en is daarmee onafhankelijk van een rechtmatig voltrokken erkenning van het kind (wijl een en ander overigens ook blijkt uit art. 279 CC welk de mogelijkheid tot alimentatie voorziet in geval de ouderband onmogelijk juridisch vastgesteld worden kan)); Cass. 8 september 1998 (nr. 8868), *Giur. It.* 1999, I, 916 (Overeenkomstig art. 30 Constitutie neemt de onderhoudsplicht niet noodzakelijk een einde bij de meerderjarigheid der kinderen, althans wanneer ze nog niet economisch onafhankelijk zijn en hen in deze geen fout te verwijten valt); Cass. 7 juni 2000 (nr. 7713), *Foro. It.* 2001, I, 187 (Morele schadevergoeding wegens tekortkomingen in alimentatieverplichting).

142 Duitsland: BVerfG 9 juli 2004, *FamRZ* 2005, p. 1057. Frankrijk: Cass. 24 oktober 2000, *Rev. trim. dr. civ.* 2001, 126; Cass. 19 december 2000, *Bull. civ.* 2000, I, nr. 329; Cass. 18 mei 2005, *D.* 2005, Jur., 2125. Italië: Cass. 17 januari 1996, *Fam. e dir.* 1996, 227; Cass. 15 januari 1998, *Giust. Civ.* 1998, I, 337. Nederland: zie generale verwijzing in voetnoot 144. Oostenrijk: OGH 10 april 1997 (6 Ob 2398/96g), *ÖA* 1997, 168. Spanje: T.C. 29 mei 2000 (nr. 141/2000), *BOE* 30 juni 2000 (nr. 156).

143 Bijvoorbeeld met leden van de commune waarin het kind oorspronkelijk werd opgevoed. Zo o.a HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 281 (Sociaal ouderschap volstaat (in het licht van art. 14 EVRM) tot applicatie van art. 8 EVRM, evenwel is *in casu* omgang strijdig met de belangen van het kind).

144 Zie bijvoorbeeld HR 2 mei 1980, *NJ* 1980, 537; Arr.-Rb. Rotterdam 29 mei 1985, *NJ* 1987, 454; Arr.-Rb. Utrecht 29 april 1986, *NJ* 1987, 249; Arr.-Rb. Breda 3 juni 1986, *NJ* 1987, 262; Arr.-Rb. Assen 1 december 1986, *NJ* 1987, 719; HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 957; HR 15 mei 1987, *NJ* 1988, 654; HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 281; HR 17 juni 1988, *NJ* 1988, 956; HR 11 november 1988, *NJ* 1989, 172; HR 27 januari 1989, *NJ* 1990, 55; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628; Arr.-Rb. Assen 2 juli 1990, *NJ* 1991, 20; Arr.-Rb. 30 mei 1991, *NJ* 1992, 451;

daarin ook werkelijk van sterk belang: verzoeken aangaande kunnen enkel gehonoreerd of zelfs maar ontvankelijk verklaard worden indien tussen verzoeker en kind een *family life* relatie in de zin van art. 8 EVRM bestaat,[145] wat dus aan dergelijke litigaties onmiddellijk een derdenwerkingsfranje meegeeft.

Verwantschapsbanden, vaderschapsbanden specifiek, leveren daarnaast nog meer *Drittwirkung*-applicaties op.[146] Met name valt daarbij *par excellence* te verwijzen naar litigaties omtrent de toelaatbaarheid van bloed- of DNA-tests tot vaststelling van vaderschap (waar de vermoede verwekker in de regel een vertwijfelde poging waagt zich hieraan te onttrekken door een beroep op het fundamenteel recht op lichamelijke integriteit of aanverwante)[147] en het, daarmee soms verstrengelde, recht van het biologische kind tot de nalatenschap

---

Arr.-Rb. Assen 16 september 1991, *NJ* 1992, 257; Ktr. Enschede 23 december 1991, *NJ* 1992, 537; HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 478; HR 12 juni 1992, *NJ* 1992, 589; HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 560; HR 2 oktober 1992, *NJ* 1992, 768; HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 153; Arr.-Rb. Assen 29 november 1993, *NJ* 1994, 679; HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 360; HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 610; HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 419 (atypisch: verzoek van het kind tot contact met zijn biologische vader); HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 355; HR 25 april 1997, *NJ* 1997, 560; HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 545; HR 29 maart 2002, *NJ* 2002, 269; Hof 's-Gravenhage 27 november 2002 en 8 december 2004 (niet gepubliceerd).

145 In huidige wetgeving is dit geen expliciet voorschrift meer ten aanzien van de juridische ouder (1:377a NBW) daar dit een pleonasme zou constitueren. Andere personen dienen zich te beroepen op art. 1:377f NBW welk een 'nauwe persoonlijke betrekking' tot het kind vereist. Echter, deze 'nauwe persoonlijke betrekking' is identiek aan de dekking van de notie 'family-life' van art. 8 EVRM (zie bijvoorbeeld conclusie A-G Moltmaker bij HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 545, nr. 2.1.1; De Boer 1996, p. 2290 (zie anderzijds evenwel Nuytinck te Van Mourik & Nuytinck 2002, p. 238)). Merk overigens op dat sommige auteurs vanuit het kader van art. 14 *jo.* 8 EVRM bedenkingen hebben bij het substantieel onderscheid in voorwaarden t.a.v. de juridische (1:377a NBW) versus de biologische vader (1:377f NBW) (*cf.* Koens & van Wamelen 2001, p. 94).

146 Zie bijvoorbeeld m.b.t. het zuivere aspect van de mogelijkheid tot erkenning o.a. in Italië Cass. 11 februari 2005 (nr. 2878) (Moeder natuurlijk kind kan zich in het licht van art. 30 Const. (ouderlijke verantwoordelijkheid *etc.*) en art. 3 & 7 IVRK enkel tegen erkenning door biologische vader verzetten wanneer deze erkenning een ernstige bedreiging van de belangen van het kind zou inhouden, en niet om de eenvoudige reden dat het kind een concreet en werkelijk belang bij dergelijke erkenning zou ontberen). In deze zin tevens o.a. Cass. 8 augustus 2003 (nr. 11949) en Cass. 3 april 2003 (nr. 5115), *Familia*, 2004, 196 aldaar.

147 België: Cass. 17 december 1998, *Pas.* 1998, I, 525 ('droit à l'intégrité physique' v. art. 8 EVRM; zie Brijs 1999, p. 175-196 en Swennen 1999, p. 1145-1148); Cass. 24 oktober 2002, nr. C010502N (art. 8 EVRM). Italië: Cass. 3 april 2003 (nr. 5115), *Familia*, 2004, 196 (art. 13 en art. 32 Grondwet, respectievelijk recht op persoonlijke vrijheid en recht op gezondheid). Nederland: Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 1994, *NJ* 1995, 203 (art. 10 & 11 Grondwet, art. 8 EVRM); Hof Leeuwarden 20 maart 2001, *FJR* 2001, p. 190 (art. 11 Grondwet en art. 8 EVRM). Portugal: STJ 11 maart 1997, nr. 96A901 (art. 25 Grondwet (lichamelijke integriteit)); T.C. 17 maart 1999, nr. 616/98 (art. 25 Grondwet (lichamelijke integriteit)). Spanje: T.C. 17 januari 1994, *RJ* 1994, 7 (art. 15 Grondwet (lichamelijke integriteit)).

van de natuurlijke vader te treden.[148] Deze en aanverwante litigaties vormen een uitstekende illustratie van fundamentele rechten als metafoor van maatschappelijk gewijzigde opvattingen (en niet als *causa causans* daarvan, zoals al te vaak wordt vermoed). In overeenstemming met hun civielrechtelijke

148 Frankrijk: CA Parijs (Overeenkomstig art. 760 CC nalatenschap onevenredig verdeeld ten nadele van in overspel verwekt kind ('Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes. La fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du marriage auquel l'adultère a porté atteinte; elle se divisera entre eux à proportion de leurs parts héréditaires'); beroep op art. 8 EVRM afgewezen als zijnde irrelevant t.a.v. erfaanspraken evenals beroep op art. 2 IVRK wegens meerderjarigheid kind) en gelijkaardig in de cassatieuitspraak Cass. 25 juni 1996 (*Mazurek*), *D*. 1998, 453 (zie hoofdstuk 3, voetnoot 278). Na de veroordeling door het EHRM (zie hoofdstuk 3, voetnoot 278) wijzigde de rechtspraak. Zo o.a. TGI Montpellier 2 mei 2000, *D*. 2001, 1270 (Verzoek verdeling nalatenschap ten nadele van in overspel verwekt kind overeenkomstig art. 760 CC niet gehonoreerd wegens strijd met art. 8 *jo.* 14 EVRM (in referentie aan Mazurek uitspraak EHRM) en art. 2 IVRK) en in gelijkaardige zin CA Pau 28 november 2000, *D*. 2001, 1068 (samenvatting) evenals CA Aix-en-Provence 16 maart 2004 (*JurisData* 2004-240801) (zij het beide met toepassing van art. 1 eerste protocol *jo.* art. 14 EVRM). Italië: Cass. 1 april 2004 (nr. 6365), *Fam. e dir.* 2005, 27 (De eiser, een door huwelijk gewettigd natuurlijk kind, had nagelaten de afstammingsband met werkelijke vader vast te stellen wegens de kosten daaraan verbonden en de verzekering van deze vader dat hij hem een substantieel deel nalaten zou door middel van testament. Bij overlijden ontbrak dergelijk testament, waarop de eiser zich beriep op art. 279 CC, welk voor het natuurlijk kind een aanspraak op alimentatie voorziet wanneer onmogelijk een juridische afstammingsband kan worden vastgesteld ('In ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio naturale può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione'), hierbij op verzet stuitende van de erfgenamen die aanvoerden dat in deze van onmogelijkheid geen sprake was geweest. Dit verzet werd verworpen op basis van de lezing van art. 279 in het licht van art. 30 Constitutie, welk de plicht van ouders tot onderhoud van kinderen, ook deze buiten het huwelijk, vooropstelt). Nederland: HR 24 februari 1995, *NJ* 1995, 468 en HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483 aangaande biologische kinderen die niet door de vader waren erkend en bijgevolg niet als erfgenaam konden worden beschouwd. Het argument dat dit incompatibel was met art. 8 *jo.* 14 EVRM werd door de HR expliciet ontweken onder referentie aan de beperkte competentie van de rechter. Specifiek in de 1997 uitspraak werd naar wetgever's beleidsmarge rondom art. 8 EVRM verwezen en het feit dat deze (wegens de complexe uitbalancering van alle belangen die in het afstammingsrecht spelen) nog geen definitieve positie ingenomen had, zodat dergelijke beslissing niet aan de rechterlijke macht toekomen kon. Daarenboven vereist claim op basis van art. 14 *jo.* 8 EVRM bewijs van bestaan van 'family life'-relatie, welk *in casu* (wegens ontbreken van huwelijks- of gelijkgestelde band tussen biologische ouders) middels 'bijkomende omstandigheden zoals deze zich in een concreet geval hebben voorgedaan' dient bewezen te worden en aldus een ontoelaatbaar onzeker criterium voor successie vooropstelt. Merk op dat in deze zaak tevens vergeefs een beroep op het EHRM werd gedaan (EHRM 13 januari 2004 (*Haas v Nederland*), nr. 36983/97; Heida 2004, p. 86-89)). Vgl. verder in België het eerder verticale Cass. 6 maart 1986, *Pas*. 1986, I, 852 (art. 8 EVRM is onvoldoende precies om art. 756 BW, waardoor niet-erkende natuurlijke kinderen niet toegelaten worden tot de erfenis biologische ouder, buiten werking te plaatsen (zie o.a. De Schutter 1999b, p. 63-77 met verdere (jurisprudentie)verwijzingen aldaar)).

tegenhangers delen zij in de teneur waarbij de traditionele klemtoon op het klassieke gezin en de ficties die daartoe behoren verschuift in de richting van een meer inter-individuele belangenafweging en nadruk op de naakte realiteit. D.w.z. waar het natuurlijke of overspelige kind niet meer primair als een kritieke aanslag op het (toekomstige) huwelijks- en gezinsleven van de verwekker wordt beschouwd, maar vertrokken wordt vanuit 's kinds persoonlijke belangen,[149] evenals waar sterker wordt teruggekoppeld naar de verwekking zelf als grondslag tot verantwoordelijkheid[150] en niet (meer) het feit of dit

149 Zie bijvoorbeeld het Portugese debat rondom art. 1817 Código Civil. Hoewel een eerder procedurele regel betreffende, en bijgevolg niet ressorterende onder de meest zuivere illustraties van horizontale werking, toch duidelijk brandpunt van onmiskenbaar *Drittwirkung*-geïnspireerde geschillen. Overeenkomstig art. 1817 kan het vaderschap van een buiten het huwelijk verwekt kind niet meer worden vastgesteld wanneer twee jaar zijn verlopen sinds deze laatste de meerderjarigheid heeft bereikt. Geruime tijd werd de grondwettelijkheid van deze regel, in bijzonder op grond van art. 13 (gelijkheid), 26.1 (persoonlijkheidsrechten (o.a. identiteit)) en 36.4 (non-discriminatie natuurlijke kinderen), aangevochten, evenwel zonder succes (T.C. 28 april 1988 (nr. 99/88), *DR*, II, 22 augustus 1988; T.C. 31 mei 1989 (nr. 413/89), *DR*, II, 15 september 1989; T.C. 21 juni 1989 (nr. 451/89), *DR*, II série, 21 september 1989; T.C. 25 september 1991 (nr. 370/91), *DR*, II, 2 april 1992; T.C. 21 september 1991 (nr. 506/99), *DR*, II, 17 maart 2000). Wat daarbij heerste was, benevens het oogmerk van rechtszekerheid en aspecten van bewijsproblematiek, bekommernis omtrent het vredige familieleven van de biologische vader. Pas recent (T.C. 14 oktober 2003 (nr. 456/2003), *DR*, II, 10 februari 2004) werd het roer omgeslagen, *in casu* had een 31-jarige man zich plots voor de wetenschap gesteld gezien dat zijn biologische vader niet de echtgenoot van zijn moeder was, met name doordat deze laatste succesvol een actie tot ontkenning van vaderschap had voleind, en had hij de identiteit van zijn biologische vader achterhaald; geoordeeld werd dat de voorgeschreven termijn *wel* een schending van tenminste art. 26.1 betrof (een opinie onder meer geruggensteund door het feit dat de gehele argumentatie met betrekking tot 'vergrijzing' van bewijsmateriaal naar huidige maatstaven overtrokken bleek en dat disproportionaliteit bestond tussen de mogelijkheid vaderschap te ontkennen en in zaken als deze te laten vaststellen). In de deze nieuwe koers consoliderende rechtspraak (T.C. 7 juli 2004 (nr. 486/04), *DR*, II, 18 februari 2005; T.C. 12 januari 2005 (nr. 11/05), *DR*, II, 18 maart 2005; T.C. 10 januari 2006 (nr. 23/06), *DR*, Ia, 8 februari 2006 (en wat lagere rechtspraak betreft zie o.a. Tribunal da Relação de Coimbra 23 mei 2006, nr. 776/06)) blijkt het familieleven van de vader heel wat minder prominent te zijn geworden; deze en andere gerelateerde aspecten (o.a. belangen erfgenamen) worden herleid tot open vragen, neigende naar irrelevantie wanneer de betrokkene inderdaad de biologische vader blijkt.

150 Uiteraard voor zover dit binnen de bijzondere omstandigheden van het geval en belangen van de betrokkenen past. *Cf.* o.a. Cass. 16 maart 1999 (nr. 2315), *Giust. civ.* 1999, V, 1333 (Een voorheen gegeven toestemming tot inseminatie echtgenote met donorzaad vermag nadien niet *de facto* worden herroepen middels een actie tot ontkenning vaderschap; art. 2 (persoonlijkheidsrechten), 30 (ouderlijke rechten en plichten) en 31 (familie) Constitutie verzetten zich ertegen dat het kind, dat van deze toestemming het gevolg is, aldus van zijn noodzakelijke, constitutioneel gegarandeerde bescherming zou worden onttrokken (net zoals in deze overigens het *venire contra factum proprium* adagium speelt)). Vgl. tevens TGI Nancy 16 mei 2003, *D.* 2003, 2910 (Vordering biologische vader (die prenatale verklaring tot erkenning van vaderschap afgelegd had) tot afgifte kind waarvan de moeder (buiten medeweten van de vader wat betreft plaats of locatie) anoniem bevallen was en hetwelk sinds twee jaar was ondergebracht bij pleeggezin, met het oog op de superieure belangen van het kind gehonoreerd in het licht van art. 7 IVRK en art. 8 EVRM (zie o.a. Massip 2004a,

gegeven daadwerkelijk (o.a. middels erkenning) in een correcte juridische status is vertaald. Wel kan daarbij niet ontkend worden dat in de Italiaanse rechtswereld deze evolutie deels middels de constitutionele bepaling van art. 30 gestroomlijnd wordt: de nadruk op verantwoordelijkheid uit verwekking die hierin verscholen zit ('È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio')[151] werkt het achterhalen van de werkelijke verwantschapsband in de hand.[152]

Verder kan in deze context nog worden verwezen naar de problematiek van draagouderschap, zij het dat de Europese koers hier minder eenduidig is (er zelfs eerder terughoudend tegenoverstaat), iets wat ook uit de desbetreffende derdenwerkinglitigaties blijkt.[153] Fundamentele rechten zijn hierin op-

---

457-458; Poisson-Drocourt 2003, p. 2911-2913); in beroep werd de beslissing (op basis van het ontbreken van juridische geldigheid aan de prenatale verklaring tot erkenning vaderschap en zonder de minste verwijzing naar grondrechten) evenwel volkomen hervormd en de volle adoptie door pleegouders, uiteraard opnieuw 'in het belang van het kind', gehomologeerd (CA Nancy 23 februari 2004 (arresten 405/04 & 406/04), *JCP* 2004, II.10073; zie Garnier 2004, p. 898-900)).

151 De ouderlijk plicht strekt zich dus expliciet uit over de kinderen buiten het huwelijk geboren. Overigens stelt art. 30 met betrekking tot deze laatsten tevens '[l]a legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima' (volledige juridische en sociale bescherming voor kinderen geboren buiten het huwelijk).

152 Zie m.b.t. deze nadruk o.a. Ferrando 1999, p. 138: het achterhalen van de werkelijke afstammingsbanden is, net zo min als conformiteit van de juridische kwalificaties hieraan (in tegenstelling tot de teneur in verscheidene andere rechtsstelsels welke hieraan wel steeds meer de functie van ultiem oogmerk toedichten), geen doel op zich, maar fungeert als instrument tot evenals uitdrukking van de dwingende verantwoordelijkheid die art. 30 Constitutie oplegt aan zij die tot de desbetreffende daad van procreatie zijn overgegaan. Zie in deze optiek onder meer de reeds aangehaalde alimentatiezaak Cass. 9 juni 1990 (nr. 5633), *Giust. civ*. 1991, I, 75 (voetnoot 141) evenals o.a. Cass. 15 maart 2002 (nr. 3793), *Vita Notarile* 2002, 332 (Man kan zich niet verzetten tegen vaststelling van zijn juridisch vaderschap (art. 269 CC) op de eenvoudige grondslag dat hem de wil tot procreatie ontbrak; Vaderschap vloeit in deze rechtstreeks voort uit de biologische daad van conceptie waarbij eventuele (on)wil irrelevant is, een andere interpretatie zou in strijd zijn met art. 30 welk het principe van ouderlijke verantwoordelijk als resultante van elk procreatief gedrag voorop stelt (anderzijds vormt deze zienswijze geen inbreuk op het gelijkheidsbeginselsbeginsel (art. 3 Const.) doordat voor de vrouw wel de mogelijkheid openstaat over te gaan tot abortus en aldus aan haar wil gevolg te geven, *in casu* betreft het hier om onvergelijkbare grootheden)).

153 Italië: Trib. Monza 27 oktober 1989, *Foro It.* 1990, I, 298 (Weigering vanwege commerciële draagmoeder om kind af te staan terecht; art. 2 *jo.* 30 Constitutie impliceert dat een kind bij voorkeur behoort opgevoed te worden bij de biologische ouders, daarenboven is het contract wegens zijn commercieel karakter ongeldig, het lichaam zijnde buiten de handel en het niet vrij staat te onderhandelen over ouderschap als behorende tot de staat van persoon); Trib. Rome 17 februari 2000, *Foro It*. 2000, I, 972 (Uitvoering niet-commerciële draagmoederschap ten voordele van wensmoeder die wegens gynaecologische misvorming tot zwangerschap ongeschikt is behoort legitiem te worden geacht in het licht van art. 5 CC (*a contrario*: draagmoederschap vormt geen *permanente* aantasting van de fysieke integriteit, daarenboven, wanneer de wet orgaantransplantatie onder levenden toelaat, kan de tijdelijke en medisch begeleide 'uitleen' van een orgaan moeilijk uitgesloten worden), art.

nieuw trouwe volgelingen van Janus: zij stellen in staat de meest gewenste, en dus zo nodig ook meest tegenstrijdige, uitspraken te bekomen.

Wat specifiek het Nederlandse recht betreft kan verder nog meegegeven worden dat zich in het familierecht tevens een opvallende cluster derdenwerkingrechtspraak (althans dan in de meest ruime zin) ontsponnen heeft rond het thema van uithuisplaatsing[154] en gerelateerde aangelegenheden als overdracht van ouderlijk gezag[155] en voogdij.[156] Daar de thematiek in feite behoort tot het terrein van overheidsinmenging in het private leven, hoewel dan een waar private litganten tegenover elkaar staan, is het evenwel minder opportuun hieraan verdere beschouwingen te wijden.

4.4 Conclusie

De collectie is zeer uitgebreid en divers, maar de inhoud stelt daarin juist ook teleur: fundamentele rechten blijken als bloemsuiker over het privaatrecht

---

2 (*generalis*), 3 (2) (persoonlijke ontplooiing) en 32 (gezondheid (o.a. aangevoerd wordt dat voortplanting weliswaar niet noodzakelijk is met het oog op gezondheid, maar dat de onmogelijkheid hiervan wel in psychische problemen kan resulteren)) Constitutie (zie o.a. Giacobbe 2000, p. 1163-1168; deze rechtsstrijd trok overigens ook internationale lekenaandacht (zie o.a. A. Stanley, 'Couple Leave After Rebuff over Surrogate Motherhood', *The New York Times* 11 mei 2000; B. Simini, 'Italy's surrogate-pregnancy case challenged by medical association', (355) *The Lancet* 2000 (nr. 9208), p. 996))). Merk op dat in Italië draagmoederschap onderwijl bij wet nr. 40 *de dato* 19 februari 2004 verboden is (Mak 2008, p. 259, 266-267). Nederland: Rb. Groningen 20 juli 2004, *LJN*: AQ8757 en de uitspraak in beroep Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, *LJN*: AR3391 (zie § 5.3), verder specifiek met betrekking tot overdracht van ouderlijk gezag in aangelegenheden van draagmoederschap zie referenties in voetnoot 155. Zie tevens Duitsland: OLG Hamm 2 december 1985, *NJW* 1986, 781 (Referentie aan 'das im Grundgesetz verkörperte Wertsystem' in besluit tot nietigheid draagmoederschapscontract wegens strijd met de goede zeden) en Frankrijk: Cass. 13 december 1989, *D.* 1990, Jur., p. 273 (Waar de in het vonnis *a quo* gestelde nietigheid van draagmoederschapscontracten vergeefs aangeklaagd werd middels het fundamenteel recht te huwen en een gezin te stichten als erkend in art. 12 EVRM en art. 23 IVBPR aangezien dit volgens Cassatie niet het recht behelst met derden een overeenkomst te sluiten terzake het lot van een nog ongeboren kind); CA Parijs 15 juni 1990, *JCP* 1991.II.21653 (Adoptie van draagkind gehonoreerd in kader van art. 8 EVRM, 12 UVRM evenals de preambule en art. 7 IVRK (zie kritisch o.a. Rubellin-Devichi 1990, p. 459-461; Edelman & Labrusse-Riou 1990, p. 108-115, en specifiek m.b.t. toepassing van art. 8 EVRM Debet 2002, p. 129 ('interpretation pour le moins fantaisiste')), gecasseerd zonder referentie aan grondrechten door Cass. 31 mei 1991, *D.* 1991, Jur., 417 (noteer dat de *conseiller* in deze wel expliciet en in kritische zin ingaat op de ontplooide *fundamental rights* argumentatie (*D.* 1991, Jur., p. 421)).

154 HR 9 februari 1990, *NJ* 1990, 767; HR 15 april 1994 (Braziliaans meisje), *NJ* 1994, 576; Arr.-Rb. Utrecht 26 maart en 10 december 1997, *NJ* 1999, 462; Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2000, *NJ* 2001, 659; HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 97 (Horizontale werking is amper een punt in de uitspraak zelf, doch is prominent aanwezig in de aanbevelingen van de A-G).

155 Met name in het kader van draagmoederschap: Rb. Utrecht 18 juni 1997, *NJ kort* 1997, 59 en Rb. Rotterdam 23 maart 1998, *NJ Kort* 1998, 33.

156 HR 9 februari 1990, *NJ* 1990, 767; HR 9 oktober 1992, *NJ* 1992, 789; Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2000, *NJ* 2001, 659; HR 28 maart 2003, *NJ* 2003, 359.

uitgestrooid, in de regel zonder enige indicatie, enige verantwoording tot de noodzaak daarvan. Slechts op enkele geïsoleerde vlakken vermocht de theorie daadwerkelijk effect te sorteren, maar dit aandeel blijft in de hele populatie relatief.

Drittwirkung betreft lang niet meer eenvoudige *Lückenfüllung* zoals de geestelijke vaders van het leerstuk voor ogen hadden, maar fungeert op meest uiteenlopende plaatsen als formele of ornamentele frivoliteit. Privaatrechtelijke bressen dichten lijkt enkel nog een evidente, maar marginale functie, ondergeschikt aan deze waarbij grondrechten privaatrechtelijke belangen schijnen te herarticuleren. Kortom, *la révolution dévore ses enfants*. Want wat betekent deze figuur in verhouding dan immers nog? Wat is de betekenis van dit amalgaam tegen de achtergrond van een massa aan zuiver privaatrechtelijke equivalenten met hetzelfde resultaat? Wat is bijvoorbeeld de waarde van de referentie aan het grondrecht op werk bij de evaluatie van een non-concurrentiebeding wanneer het privaatrecht in deze een duidelijk toepasbare en ook toegespitste maatstaf aanreikt?[157] De waarde kan dan mogelijk nog in andere elementen schuilen, maar stormtroepen van een Nieuwe Orde zijn grondrechten in de regel niet, net zomin als hun interventies uniek zijn.

157 *Cf*. Cass. Soc. 11 juli 2000, *JCP* 2000.IV.2556 (zie voetnoot 84). Art. 120-2 c trav. stelt dat 'Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché'.

5 Overvloed en onbehagen

Zoals in hoofdstuk 3 geschetst behelst de Europese derdenwerkingrechtspraak relatief weinig revolutionaire of zelfs maar door fundamentele rechten substantieel verrijkte uitspraken. Wat de hoofdtoon voert in deze collectie zijn ornamentele en formele referenties of in het beste geval, zoals in hoofdstuk 4 geïllustreerd, transformaties van privaatrechtelijke begrippen naar een constitutionele noemer.[1] De verklaring voor de overvloed aan dergelijke weinig beduidende applicaties is tweeledig.

5.1 Procespartijen

Enerzijds ligt de verantwoordelijkheid deels bij de procespartijen of beter gesteld hun vertegenwoordigers. Vooreerst is een verwijzing naar fundamentele rechten uiteraard een aanlokkelijk stijlelement in zowel pleidooi als neergelegde conclusie, het geeft een aura van rechtmatigheid en gewicht mee aan de handelingen of belangen van de cliënt. Hoewel eerder vrijblijvend in de procedure geïmporteerd, belanden de fundamentele rechten via deze weg toch frequent in een vonnis of arrest dat daardoor onder de noemer van horizontale werking gecatalogeerd komt te staan.

Onontkoombaar is dit het geval wanneer de referentie daadwerkelijk als instrumenteel tot het bekomen van de gewenste uitspraak aangevoerd wordt. In contemporain kader geschiedt dit steeds des te meer, niet slechts omdat dit middel bijvoorbeeld beter zou zijn dan een equivalente privaatrechtelijke norm of het conformerende algemeen rechtsprincipe, maar omdat het constitutioneel argument, zeker bij huidige generaties juristen die opgeleid zijn met de impact van de Europese Conventie voor de rechten van de mens als een der rode draden doorheen het curriculum, eenvoudigweg sneller in de geest opduikt.[2] Dat daarbij eventueel een *faux pas* wordt gemaakt maakt niet uit, de advocaat put slechts alle rechtsmiddelen uit en vervult daarmee zijn plicht, zodat dienaangaande geen verwijt kan worden gemaakt.

Evenwel wordt regelmatig de toelaatbare marge overschreden, vage of irrelevante aanhalingen zijn daarbij schering en inslag. Voornamelijk in landen

---

1 Vgl. in deze richting tevens Berka 1990, p. 40.
2 *Cf.* Atias 1991, p. 435. Vgl. Huls 1995, p. 58-59.

die meer recent het EVRM hebben omhelsd, zoals Engeland[3] en in het bijzonder Frankrijk (waar wordt gewaagd van een *logorrhée européenne*[4] en banalisering[5] van de Conventie),[6] is irritatie het resultaat[7] wanneer hieraan weer eens lukraak wordt gerefereerd, maar het gegeven beperkt zich allerminst tot deze sferen. Fundamentele rechten fungeren in toenemende mate als ultieme reddingsboei. Beroep op hun retorische kracht is voor velen, zoals de zich op zijn *family life* beroepende *stalker* of de godsdienstvrijheid invokerende gezinsterorriserende zeloot,[8] een laatste vertwijfelde poging de balans niettemin toch nog in het eigen voordeel te laten omslaan.

Uiteraard behoeven de voorbeelden niet consequent dermate extreem te zijn; meer onschuldige exemplaren zijn daarom echter niet minder contaminerend. Zo is heel het *Drittwirkung*-type aangaande (bloed- of) DNA-tests tot vaststelling van de vaderschapsband tot deze oorsprong te herleiden. Hoewel het zuivere privaatrecht, bewijsrecht voorop, nauwkeurig de grenzen van deze actie uitstippelt, daarbij de belangen en rechtmatige aanspraken van de verweerder volwaardig in rekening nemende (*a priori* is een grondig vermoeden van vaderschap noodzakelijk vooraleer dergelijke optie openstaat en bestaat geen dwang[9] tot medewerking doch kan uit een weigering (in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM)[10] de waarheidsgetrouwheid van de aanspraak worden afgeleid),[11] toch worden grondrechten, in bijzonder het

3 Zie bijvoorbeeld *North West Lancashire HA v A, D & G*, [1999] *Lloyd's Rep. Med.*, 415 *per* Buxton LJ: 'I am disturbed by the appeal to Convention and Community authority that has no sensible connexion with the issues in this case; and by the alternative argument that since those systems protect rights that are in some ways related to the rights asserted in this case they can be used as some sort of support for the applicants' primary case'.

4 Marguénaud 1998, p. 233 (zie tevens Heuschling 2003, p. 33).

5 Eissen 1992, p. 85.

6 Zie tevens de cynische commentaar van Andriantsimbazovina 2001b, p. 2615 alsdat '[l]a Convention et la Cour européenne des droits de l'homme ont pris la place de la religion dans le coeur des justiciables et leurs conseils. Les juristes se convertissent en masse au droit européen des droits de l'homme'.

7 Uiteraard niet noodzakelijk expliciet, *cf.* Marguénaud 1998, p. 233: 'Alors le juge judiciaire néglige ou écarte l'argument sans pouvoir toujours s'empêcher de laisser transparaître une certaine exaspération'.

8 Zie respectievelijk o.a. Hof Amsterdam 18 maart 1991, *NJ* 1992, 449 en STJ 18 mei 2002 (nr. 02B1290) (zie hoofdstuk 4, voetnoot 121).

9 In Duitsland en Oostenrijk zou wel rechtstreekse dwang mogelijk zijn (*cf.* Massip 2004b, p. 661, voetnoot 4), doch uit deze landen ontbreekt *fundamental rights* rechtspraak. Tevens dient te worden gesignaleerd dat in België (aarzelend) de mogelijkheid wordt aanvaard een dwangsom op te leggen (o.a. Rb. Gent 21 september 1995, *R.W.* 1998-99, 97; Hof Antwerpen 18 december 2001, *R.W.* 2002-03, 949).

10 *Cf.* EHRM 7 februari 2002 (*Mikulic v Kroatië*), nr. 53176/99.

11 In België is de legitimiteit neergelegd in art. 331*octies* B.W. en verdere aspecten resultante van rechtspraak, zie uitvoerig Verschelden 2005, p. 138-142 (en wat de reeds lang voorheen in deze zin gevestigde rechtspraak betreft De Liedekerke 1959, p. 414). Voor Engeland zie Sectie 20-23 *Family Law Reform Act 1969* waarin de rechterlijke macht uitdrukkelijk wordt gemachtigd om in gedingen betreffende de vaststelling van ouderschap tot de afname van bloed of enig ander lichaamsstaal te verzoeken; voor illustraties van de bevoegdheid van

recht op lichamelijke integriteit *c.q.* gezondheid, niettemin ingeroepen om zelfs de legitimiteit *in abstracto* van dergelijke tests te betwisten. Uiteraard zonder al te veel gevolg, al was het maar omdat de afname van een genetische *sample* dermate onbeduidend is dat amper in ernst van aantasting van integriteit kan gewaagd worden. Hoewel het *fundamental rights* argument hier dus al bij voorbaat inzichtelijk is als een vergeefse charge, toch kan dit niet verhinderen dat de jurisprudentie hierdoor in *Drittwirkung* exemplaren wordt getransformeerd. Hier, net als in tal van andere gelijkwaardige situaties, is de rechter immers tot bespreking van dit argument gehouden, zou het niet zijn wegens de voorschriften inzake motivering, dan enkel reeds omdat een omissie op dit vlak de uitspraak verdacht zou maken of althans aan overtuigingskracht zou doen inboeten.[12] Aldus ontstaat een kapitaal aan derdenwerkingjurispru-

---

de rechtbank bij weigering hieruit de overeenkomstig de omstandigheden passende conclusies te trekken zie o.a. *McVeigh v Beattie*, [1988] 2 W.L.R. 992; *GW (A Minor) (Blood Tests)*, [1994] 2 F.C.R. 908; *G (Parentage: Blood Sample)*, [1997] 1 F.L.R. 360; *H (A Minor) (Blood Tests: Parental Rights)*, [1996] 3 W.L.R. 506; *R v Secretary of State for Social Security Ex p. G.* alias *Child Support Agency v G*, [1997] 3 F.C.R. 728; *F v Child Support Agency*, [1999] 2 F.L.R. 244; *Child Support Agency v Rust*, (2 december 1999, ongepubliceerd); *Child Support Agency v DF* (26 mei 2000, ongepubliceerd)). Opgemerkt dient te worden dat evenwel geen toestemming is vereist bij afname van jongeren onder de 16 jaar zo de rechtbank dit in hun belang acht, hetwelk voortvloeit uit zekere *Drittwirkung*-rechtspraak, nl. *Re O & J (Paternity: Blood Tests)*, [2000] 2 W.L.R. 1248 (waarin Wall J vooropstelde dat de toenmalig geldende wetgeving volgens dewelke *the person with care and control of the child* een absoluut recht had de afname van een staal bij dergelijke minderjarigen te weigeren onverenigbaar was met het EVRM). In Frankrijk wordt in de regel verwezen naar art. 311-12 cc (hetwelk aangaande betwistingen terzake afstamming in beginsel alle mogelijke bewijsmiddelen toelaat), doch specifieker is art. 16-11 cc welk uitdrukkelijk de mogelijkheid voorziet genetische tests te verzoeken in procedures betreffende de ontkenning of vaststelling van ouderschap met evenzeer de expliciete bepaling dat de adressaat uitdrukkelijk en voorafgaand toestemming dient te verlenen. Overeenkomstig art. 11 *Nouveau Code de Procédure Civile* kan de rechter uit een weigering tot medewerking het passende gevolg trekken. In praktijk betekent dit dat, ook al zijn er geen bijzondere indicaties die de waarheidsgetrouwheid van de aangevoerde beweringen doen vermoeden (*cf.* art. 340 *code civil*, zie terzake Mirabail 2004, p. 1766-1768) de rechtbank dient te instrueren tot afname van een genetische test telkens wanneer een der partijen hiertoe verzoekt, tenzij hiertegen enig legitiem bezwaar in te brengen valt (Cass. 28 maart 2000, *JCP* 2000, II, 10409; Cass. 29 mei 2001, *D.* 2002, Jur. 1588; Cass. 17 september 2003 (01-03.408), *D.* 2004, Jur., 659; Cass. 12 mei 2004, *D.* 2005, Jur. p. 1766; Cass. 14 juni 2005 (04-13.913), *D.* 2005, IR, 1961; Cass. 14 juni 2005 (04-15.445), *D.* 2005, IR, 1732; zie tevens Granet-Lambrechts 2004, p. 1419-1421) Ongemotiveerde weigering tot medewerking kan (Cass. 13 oktober 1998, *D.* 1999, Somm. comm., 199) doch hoeft niet (Cass. 17 september 2003 (01-13.856), *D.* 2004, Jur., 659) tot vaststelling van ouderschap te leiden. In Italië voorziet art. 269 cc dat bewijs van ouderschap met alle mogelijke middelen kan worden geleverd, waaronder evenzeer begrepen wordt genetische tests en het gegeven dat zich zonder geldige reden hieraan onttrekken een onderschrijving van de aangevoerde bewering uitmaakt (*cf.* Thomas 2001). In Portugal bepaalt art. 1801 *Código Civil* de rechtmatigheid terwijl art. 519 *Código de Processo Civil* de rechter toelaat uit een weigering conclusies te trekken. In Spanje is de rechtsgeldigheid expliciet neergelegd in art. 127 BW zo begin van bewijs voorhanden is.

12 Zäch 1989, p. 9.

dentie waarin deze rechten overtollig of zelfs misplaatst zijn, maar welke toch aan de collectie bijdragen.[13]

5.2 Magistratuur

Anderzijds is ook de magistratuur zelf niet vrij te pleiten van inhoudsloze of althans dubieuze toevoegingen. Ten eerste bestaat de mogelijkheid dat toevoeging van fundamentele rechten slechts opluistering van het vonnis hetzij illustratie van de eigen eruditie beoogt.[14] Ook de gemiddelde rechter is immers niet gespeend van een zekere *vanitas*. Aan dergelijke referentie een instrumentele werking toeschrijven is uiteraard onterecht, zo niet dient bijvoorbeeld evenzeer literatuur als rechtsbron te worden erkend, ook hieruit worden immers (zelfs misleidende)[15] rechtsdirectieven 'gededuceerd'.[16] Daarnaast behoren vanzelfsprekend ook minder *ego*-beladen verwijzingen tot de mogelijkheid, net als bij de advocatuur ligt bij de magistratuur associatie naartoe fundamentele rechten voor de hand, eventueel zal de rechter daarbij onder meer de vanwege procespartijen op onbepaalde vrijheden gemaakte aanspraken in grondrechten hertalen.[17]

In de tweede plaats speelt de problematiek van open normen: uiterst interessante portalen tot de bijna unaniem geprefereerde indirecte horizontale werking, soepele regels met uiterst brede speelruimte maar tegelijk ook kwetsbaar in de dekkingskracht die zij aan de *in concreto* bekomen beslissing verlenen. Juist hier waar zijn autonomie het grootst is zal de rechter, zoals Wiarda terecht schrijft, zich de meeste moeite dienen getroosten objectieve aanknopingspunten voor zijn oordeel aan te reiken,[18] teneinde niet enkel zijn eigen rechtsgevoel te bevredigen maar zich naar de ruimere rechtsgemeenschap als

13 Vgl. bijvoorbeeld ook Alkema over de Maimonides-uitspraak: 'Tijdens de hele procedure werd een kwistig beroep op mensenrechtenverdragen gedaan, maar dat was niet steeds ter zake' (Alkema 1988, p. 3062).

14 Het verschijnsel is evenzeer bekend vanuit de studie van rechtsvergelijkende annotaties in rechtspraak (zie o.a. Drobnig 1996, p. 79; Drobnig 1999a, p. 17). Overigens vertoont horizontale werking wel meer gelijkenissen met rechtsvergelijking (al dan niet die naam waardig) in jurisprudentie zoals het frequent exclusief descriptief d.w.z. non-instrumenteel gebruik (*cf.* Drobnig 1999b, p. 127), de dependentie van het respectievelijk gegeven van aanvoer door procespartijen (in bijzonder in het VK; *cf.* Örücü 1999, p. 256, tevens Alpa 2005, p. 199) en applicatie in functie van de bijdrage aan de door de rechtsprekende instantie geprefereerde conclusie (*cf.* Alpa 2005, p. 199).

15 *Cf.* Cohen Jehoram 2006, p. 331 m.b.t. de misleidende impact van Süsskind's *Das Parfum*.

16 *Cf.* o.a. de verwijzing naar Kundera's *Ondraaglijke lichtheid van het bestaan* in concl. A-G Leijten (nr. 16) onder HR 9 januari 1987 (Edamse bijstandmoeder), *NJ* 1987, 928.

17 Expliciete hertalingen zijn schaars doch bestaan. Zie o.a. Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, *WR* 1995, nr. 53 ('De kantonrechter leest in het verweer van de gedaagde om meerdere – met name – Turkse zenders te mogen ontvangen een beroep op vrijheid van nieuwsgaring in art. 10 van het EVRM').

18 Wiarda 1988, p. 105.

onafhankelijk waarnemer der geldende normen en waarden te presenteren.[19] Hierin schuilt een der belangrijkste oorzaken voor het succes van (indirecte) horizontale werking, want waar kan hiertoe een beter, meer gezaghebbend of imponerend instrument worden gevonden dan in de fundamentele rechten, deze hooggestemde uitingen der aan het recht ten grondslag liggende *Wertordnung* 'qui ont le prestige des grandes évidences sensibles, intellectes et morales'?[20] De enkele verwijzing, de enkele aanspraak dat een bepaald waardenoordeel met grondrechten, met de Constitutie strookt is voor het overgrote *Publikum* afdoende.[21] Zelfs de loutere toevoeging, als simpel metaargument, dat een bepaalde waarde aan de rechtsorde fundamenteel is (zonder het daarmee noodzakelijk tot grondrecht *sensu stricto* te promoveren), zoals frequent geschiedt in de Franse jurisprudentie maar evenzeer in de Nederlandse Valkenhorstuitspraak valt te bespeuren, zou, zolang maar een aangepaste terminologische inkleding wordt gehanteerd, in staat blijken dergelijke rol te vervullen.[22] Kortom, fundamentele rechten verlossen de rechter uit zijn fragiele individuele, en daarmee van subjectiviteit verdachte, keuze die hij binnen het kader van open normen heeft gemaakt en verheffen deze tot het niveau van onaanraakbare waarheid, maken ze deelachtig aan de (zoals de anarchistische filosoof Stirner uitdrukte)[23] bijna 'religieuze' boodschap en eerbied die zijzelf voorstaan. Aldus betreden dergelijke uitspraken, hun zuiver privaatrechtelijke *collegae* achter zich latende, een van kritiek afgeschermd terrein, verrijkt met *illusie* van nauwkeurigheid en standvastigheid. Daarenboven, en dat is niet zonder belang, geschiedt dit alles zonder dat hierbij een malafide achtergrond speelt: niet beweerd wordt immers dat de magistratuur zich van kunstgrepen zou bedienen, maar integendeel dat deze associatie zozeer voor de hand ligt dat zij in feite neerkomt op een natuurlijke juridische wetmatigheid: waar *Drittwirkung* en open normen in een enkel systeem verenigd zijn, is vanuit motiveringsoogpunt een *liaison* tussen beide bijna onvermijdelijk. Hiermee wordt aan de uitspraak *qua* geldigheid in de regel echter niets toegevoegd, slechts werpt het grondrecht een denkbeeldige (doch daarom niet minder effectieve) barrière tegen kritiek op.

De opwerping tegen deze voorstelling van zaken in te brengen alsdat zij causaal incorrect is en fundamentele rechten niet als dekmantel dienen doch in de regel wel degelijk, vanuit het station der feiten, als (onwrikbare) rails

---

19 *Cf.* Scholten 1949, p. 21.
20 Rials 1980, p. 59.
21 Zäch 1989, p. 10.
22 *Cf.* Champeil-Desplats 1995, p. 327-328.
23 *Cf.* o.a. 'Als die Revolution die Gleichheit zu einem "Rechte" stempelte, flüchtete sie ins religiöse Gebiet, in die Region des Heiligen, des Ideals. Daher seitdem der Kampf um die "heiligen, unveräußerlichen Menschenrechte"' (M. Stirner, *Der Einzige und sein Eigentum*, Leipzig: Wigand 1844, p. 248). Zie overigens tevens het taalgebuik van Andriantsimbazovina weergegeven in voetnoot 6).

naartoe de beslissing geleiden, kan in zijn geheelheid niet worden verworpen (en dat is ook niet de bedoeling), maar getuigt wat betreft de meerderheid der rechtspraakcollectie van een naïeve en bovenal met de reële rechtspraktijk onvoldoende vertrouwde visie. Hoewel dergelijke zaken zich inderdaad voordoen (daarbij in het midden gelaten in welke mate de fundamentele rechten daarin een noodzakelijke rol spelen), wijst een veelheid aan indicaties voor het overige in een andere richting. Voor de belangrijkste twee daarvan is zelfs geen diepgravende analyse nodig, maar gewoon basaal theoretisch inzicht *c.q.* casuïstische kennis.

Enerzijds zijn grondrechten in de regel te onbepaald om privaatrechtelijke geschillen af te handelen, al was het maar omdat zij, uiteraard, slechts algemene principes neerpoten van waaruit weinig concrete lessen te trekken vallen (in verticale zin is dat een stuk makkelijker, omdat zij juist, in bijzonder wat betreft de exclusieclausules, op deze verhouding toegesneden zijn en zich daarrond ook een hele aanvullende theorievorming heeft ontwikkeld (welke vanzelfsprekend slecht hecht op de horizontale dimensie)) evenals dat meestal beide partijen fundamentele rechten inroepen, zodat de afweging noodgedwongen toch weer via de privaatrechtelijke *balancing of interests* zal plaatsgrijpen.

Anderzijds blijkt dat het in bijzonder de gevestigde rechtspraktijken en -visies zijn die heden middels fundamentele rechten bestendigd worden; wat voorheen een zuiver privaatrechtelijke afweging was krijgt nu een constitutioneel tintje. Uiteraard zou in weerspraak kunnen geopperd worden dat op de achtergrond dan een nieuwe afweging heeft plaatsgegrepen, een controle van bestaande rechtspraak tegen de constitutionele maatstaf, het is immers niet omdat het resultaat hetzelfde blijft dat de afweging daarachter niet diepgravender, complexer is geschied. Vanzelfsprekend kan ook deze mogelijkheid *an sich* niet worden uitgesloten en dient eveneens te worden erkend dat hiervan in enkele gevallen ook indicatie bestaat; niettemin gaat het ook hier *in globo* om een eerder theoretische suggestie die door het merendeel der rechtspraak niet wordt ondersteund maar integendeel van impliciete contra-indicaties wordt voorzien: geschiedt dergelijk hernieuwde afweging dan mag immers worden vermoed dat het desbetreffende vonnis of arrest hiervan een blijk geeft, dat is niet enkel een kwestie van motivering maar evenzeer intellectueel prestige, dergelijks doet zich echter niet voor, grondrechten worden in deze louter naakt genoemd, in betere gevallen voorzien van een begeleidende frase, doch niet gehanteerd.

Kortom, beide elementen tonen reeds dat de waarde van fundamentele rechten in horizontale context veel meer het terrein van motivatie dan van oriëntatie betreft, en benevens deze onmiddellijk inzichtelijke elementen zijn er nog verscheidene andere, meer detaillistische indicaties waarneembaar die deze these ondersteunen, zoals het feit dat in de rechtspraak naar de noodzaken van het geval fundamentele rechten worden genegeerd, gedeconstrueerd, van interpretatie voorzien of onttrokken, in zekere waardenschaal geplaatst of deze omgekeerd *etc*. Samengevat dat deze fundamentele rechten in praktijk

zo heerlijk kneedbaar blijken dat duidelijk niet wordt gezocht naar hun inhoud of geleiding, maar naar hun inpasbaarheid binnen een vooropgestelde argumentatie.

5.3 DOCTRINE

Samengevat kan, vanuit perspectief van advocatuur en magistratuur, dergelijke overwegend formele applicatie van fundamentele rechten, althans wanneer het leerstuk van horizontale werking volkomen ingeburgerd is, bijna onvermijdelijk, eerder zelfs vanzelfsprekend heten. In deze wetenschap wordt het gevaar van overschatting van de impact van derdenwerking bezworen, wordt het fenomeen tot zijn werkelijke proporties herleid. Zelfs valt daarmee grotendeels het doek over de aloude vrees ten aanzien van horizontale werking, namelijk dat dit tot een destructie van het privaatrecht leiden zou.

Echter, dergelijk besef blijkt geen gemeengoed. Tekenend is de lichtvaardigheid die in zekere doctrine heerst en waarbij de auteurs zich welwillend door de uitstraling van de in rechtspraak aangehaalde fundamentele rechten laten bedwelmen. Resultante is literatuur waarin de daadkracht van horizontale werking geprezen wordt o.a. middels verwijzing naar wat *in se* slechts *obiter dicta* betreft, en zelfs de vraag naar het dragend vermogen van deze referenties niet eens wordt gesteld.[24]

Soortgelijke assertaties, frequent samenhangend met de reeds gesignaleerde tendens om onwetendheid omtrent de totaliteit van derdenwerkingrechtspraak te vertalen in geloof aan de uniciteit van het individuele exempel, zijn op termijn echter zeer nefast. Stelselmatig lange of korte opmerkingen dat fundamentele rechten in deze of gene jurisprudentie *effect* hebben uitgeoefend creëren de mythe dat de fundamentele rechten *en masse* het perfide privaatrecht corrigeren. Mits eindeloze herhaling kunnen ook druppels een steen uithollen.

Daarbij speelt in het voordeel van dit fenomeen nog eens een uitermate gedienstige factor, namelijk de weg van de minste weerstand. Immers is zo dat dergelijke assertaties slechts vergen dat vastgesteld wordt dat in een privaatrechtelijke litigatie fundamentele rechten worden gehanteerd (kortom dat vastgesteld wordt dat het inderdaad een *Drittwirkung*-uitspraak betreft) en is daarmee de taak afgehandeld. Dat is een dankbare onderneming, uiterst arbeidsarm en meestal behoorlijk vrij van kritiek. Kritiek vraagt namelijk een omvattendere analyse van de uitspraak in kwestie, en de gemiddelde lezer, overigens sterker gebrand op publicaties die over revolutie berichten dan zij die 'All Quiet on the Western Front' verhalen, zal daarvan gespeend zijn. Vereist is, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kennis van de

24 Tevens Bucher 1987a, p. 45.

voorgaande jurisprudentie in de desbetreffende aangelegenheid,[25] zo mogelijk ook van deze in de periode van de uitspraak en daarna,[26] kennis van ongenoemde wetten,[27] wetswijzigingen[28] of gewijzigde interpretatie[29] op voorlig-

25 Zie onder meer De Vos 2008, p. 801 *et seq.* waaruit blijkt dat de contemporaine *fundamental rights* rechtspraak slechts opvattingen verkondigt zoals die reeds meer dan een eeuw voorheen in de privaatrechtelijke rechtspraak werden geproclameerd, meer zelfs, dat het ook in deze laatste rechtspraak niet ontbrak aan beschouwingen omtrent de vrijheid van testator en begunstigde.

26 Zo schijnt geheel ander licht op de uitspraak van het Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331, door een deel der doctrine, zowel in Nederland (*cf.* § 2.2.4) als daarbuiten (o.a. Ciacchi 2006b, voetnoot 29; Ciacchi 2007, voetnoot 25) erkend als (een der) eerste (Nederlandse) derdenwerkingsexempelen (zie kritisch de referenties in hoofdstuk 2, voetnoot 158), in de wetenschap van een uitspraak van datzelfde Hof uit 1958 (Hof Arnhem (pachtkamer) 15 november 1958, *NJ* 1959, 472) waarin een gelijkaardige conclusie, namelijk vernietiging van een beding dat ontbinding van een pachtcontract voorzag indien de pachter geen medewerking meer verleende aan de religieuze oogmerken van de verpachter, werd bereikt zonder dat zelfs de minste nood aangevoeld werd naar vrijheden, laat staan grondrechten, te verwijzen.

27 Zie bijvoorbeeld de befaamde *Mel Yedei* uitspraak (Cass. 6 maart 1996, *D.* 1997, Jur. 167 (zie hoofdstuk 3, voetnoot 290)) waarvan geheel onzeker is wat het Franse Hof van Cassatie ertoe dreef niet eenvoudigweg het even afdoende art. 9 (eventueel 6) *Code civil* te hanteren (zie § 3.3.2.2). Zie in gelijkaardige zin de commentaar van Lemouland 2005, p. 2127 aangaande Cass. 18 mei 2005 waar de vraag wordt gesteld naar de referentie aan art. 3 IVRK wijl hetzelfde had kunnen worden bereikt met een niet genoemde interne norm (nl. wet nr. 2002-305 *de dato* 4 maart 2002 m.b.t. ouderlijk gezag welk evenzeer het belang van het kind als primair vooropstelt).

28 Zie bijvoorbeeld het Franse Cass. 12 januari 1999, *D.* 1999, Jur. Comm., 645 m.b.t. een aan een werknemer opgelegd residentiebeding (zie tevens aanmerkingen in hoofdstuk 3, voetnoot289). Hoewel slechts art. 8 EVRM wordt gehanteerd, verhaalt de daaraan gevoegde terminologie overige inspiratiebronnen, met name heet de inperking van de vrijheid van domicilie door de werkgever slechts geldig mits 'proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché', welk in essentie een ontlening is aan art. 120-2 *c. trav.* welk artikel op de feiten *in casu* echter niet toegepast worden kon daar zij van voor de inwerkingtreding van deze bepaling plaats vonden (zie tevens Marguénaud & Mouly 1999, p. 647; vgl. Hunter-Henin 2007, p. 110). In latere rechtspraak blijkt deze laatste bepaling overigens zonder verwijzing naar grondrechten afdoende te zijn tot bescherming der fundamentele *vrijheden*, zie bijvoorbeeld Cass. 12 juli 2005, *D.* 2005, IR, 2174 ('[…] alors que, cependant, toute personne dispose de la liberté de choisir son domicile et que nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché et que la clause litigieuse fonde l'obligation faite à l'avocat de fixer son domicile au lieu d'implantation du cabinet sur la seule nécessité d'une "bonne intégration de l'avocat dans l'environnement local", un tel objectif ne pouvant justifier l'atteinte portée à la liberté individuelle de l'avocat salarié') en Cass. 14 oktober 2008, *JCP S* 2008, A 552.

29 Zie bijvoorbeeld de conclusie van het Belgische Cass. 8 december 1976, *J.T.T.* 1977, 27 waar de lagere derdenwerkingrechtspraak i.v.m. ontbinding of beëindiging van arbeidsovereenkomst wegens het feit dat de werknemer zich in een staat had begeven onverenigbaar met de wetten van de katholieke Kerk of moraal als redundant werd gemarkeerd als ressorteert dit casustype eenvoudigweg onder voorschriften van art. 21*bis* Arbeidsovereenkomstenwet (zie § 4.3).

gend en aanverwante velden,[30] van verankerde[31] of gewijzigde maatschappelijke opvattingen[32] en andere paradigmaverschuivingen,[33] een notie van de inhoud die aan de ingeroepen fundamentele rechten toegeschreven wordt[34] evenals eventuele pijnpunten daarin[35] *etc*. Pas dan kan immers werkelijk iets zinvols omtrent de toegevoegde waarde van de fundamentele rechten in een specifieke casus gezegd worden, pas dan kunnen deze referenties naar ornamentele, formele of substantiële aard gekwalificeerd worden.

Dat klinkt als beschouwingen in het luchtledige, een illustratie is dan ook aangewezen. Met het oog op inzichtelijkheid wordt deze uit het Nederlandse recht gepuurd en, *qui peut le plus peut le moins*, gaat de voorkeur uit naar een meer uitdagende, *de primo visu* het gelijk in pacht hebbende stelling. Zo is bijvoorbeeld interessant de recente bewering van de Nederlandse Mak dat in de jurisprudentie op het vlak van draagmoederschap fundamentele rechten 'have had a strong impact on court decisions rejecting the transfer of parental authority from the surrogate mother to the intended parent'.[36] Daartoe wordt verwezen naar uitspraken van de rechtbank van Rotterdam *de dato* 23 maart 1998[37]en het Hof van Leeuwarden *de dato* 6 oktober 2004,[38] evenals in ondergeschikte orde naar een vonnis van de rechtbank van Utrecht uit 1997.[39] Kortom, de gehele verzameling derdenwerkinglitigaties die de Nederlandse jurisprudentie terzake rijk is.[40] Het behagende element schuilt hierin dat gegronde reden bestaat in eerste instantie met deze bewering in te stemmen daar deze *fundamental rights* rechtspraak inderdaad een restrictiever karakter

30 Vgl. *par exemple* HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 148) waar expliciet in uitdrukking werd gebracht de afhankelijkheid van een *fundamental rights*-argument vanwege door de wetgever nog te maken keuzes inzake de herziening van het afstammingsrecht.

31 Zie bijvoorbeeld de illustratie *infra* aangaande vrijheid van religie en 'consumer discrimination' (§ 6.2.2), waaruit blijkt dat evenzeer fundamentele rechten (kunnen) geketend blijven binnen een historisch gegroeid lokaal waardenkader.

32 Onder meer valt daarbij te denken aan de toenemende appreciatie van voorheen nog verketterde duurzame samenlevingsverbanden die nu op (bijna) gelijke lijn met het huwelijk worden gewaardeerd en welke hierdoor in jurisprudentie bij wetsinterpretatie ook onder die noemer worden geïncorporeerd, soms met, doch evengoed zonder verwijzing naar fundamentele rechten.

33 Bijvoorbeeld van rigide contractsgebondenheid naar – onder meer via concepten als rechtsmisbruik – een toenemende verplichting tot inachtname van de belangen van de tegenpartij; een sterkere nadruk op altruïsme waarbinnen horizontale werking goed kan aarden maar waarvan zij ten onrechte steeds meer als *causa causans* zelve voorgesteld wordt.

34 *Cf.* bijvoorbeeld de door Engelse rechtspraak (naar veronderstelling opzettelijk) incorrecte inhoud toegeschreven aan art. 8 EVRM (zie hoofdstuk 7, voetnoot 213).

35 Bijvoorbeeld m.b.t. het begrip 'ouders' in art. 7 IVRK (zie *infra*).

36 Mak 2007, p. 68.

37 Rb. Rotterdam 23 maart 1998, *NJ Kort* 1998, 33.

38 Hof Leeuwarden 6 oktober 2004 *LJN*: AR3391.

39 Rb. Utrecht 18 juni 1997, *NJ Kort* 1997, 59.

40 Zie hoofdstuk 4, voetnoot 153.

dan haar privaatrechtelijke tegenhangers vertoont. Een tegenanalyse schijnt dan ook reeds bij voorbaat verloren moeite. Of toch niet?

a. Rotterdam

De Rotterdamse zaak betrof een eenvoudige niet-commerciële draagmoederschap met de wensvader als donor. De uitvoering van de overeenkomst geschiedde zonder problemen en de Raad voor Kinderbescherming,[41] zoals steeds agerende *in het belang van het kind*, werd, naar gebruikelijk, aangezocht een verzoek tot ontheffing van de draagouders van het ouderlijk gezag bij de rechtbank in te dienen. Ook dat leverde geen problemen op.

Onverzettelijk was echter de rechtbank. Kort samengevat trok zij haar handen van het onderwerp af, daarbij onderstrepende dat het de taak van de *wetgever* was een positie in deze in te nemen en het de rechtbank bij afwezigheid daarvan ook niet vrij stond draagouderschap te autoriseren middels ruime toepassing van art. 1:266 BW. Daarmee was de litigatie, in alles behalve naam, afgehandeld.

Immers, nadat in Nederland midden jaren negentig het grootste verzet tegen niet-commercieel[42] draagmoederschap was weggeëbd,[43] werd, juist wegens het ontbreken van specifieke wettelijke regeling, naar een geschikte methode gezocht om de afstammingsband van draag- naar wensouders te verleggen. Volgens de wet is namelijk de draagmoeder, als zijnde 'de vrouw uit wie het kind is geboren',[44] de rechtmatige moeder; de wensouders, die in realiteit de zorg voor het kind dragen, slechts insignificante derden. Geconcludeerd werd dat de enige toereikende techniek erin zou bestaan de draagouder(s) eerst door de rechtbank van hun ouderlijk gezag te laten ontheffen, dit gezag onder de noemer van voogdij vervolgens naar de wensouders te transfereren en deze laatsten daarna de gehele adoptieprocedure overeenkomstig art. 1:227 *et seq*. BW te laten doorlopen.[45]

Aanvankelijk verliep dit zonder al te veel bedenkingen,[46] tot voorjaar 1995 enkele kinderrechters, uitgerekend van het arrondissement Rotterdam, en

41 Zie m.b.t. de (noodzaak tot) tussenkomst van de Raad voor Kinderbescherming Sutorius & Kersten 1997, p. 1117.

42 Commerciële bevordering van of bemiddeling bij draagmoederschap is sinds 1993 strafbaar (art. 151b & 151c Sr). Zie terzake o.a. Kalkman-Bogerd 1996, p. 200-202.

43 Merk op dat De Ruiter anno 1993 de algemene houding ten aanzien van draagmoederschap nog als 'zeer negatief' bestempelt (De Ruiter 1993, p. 79).

44 Art. 1:198 BW.

45 Zie o.a. Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 40; Henstra 2002, p. 66; Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 189; Sutorius & Kersten 1997, p. 1117; Vlaardingerbroek 2003, p. 174. Vgl. tevens Heida 1984, p. 651.

46 Zie enquête studiekring familie- en jeugdrecht van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 1994 (waarvan resultaten summier weergegeven in o.a. *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, nr. 622; *NJB* 1995, p. 576) waaruit blijkt dat in alle (7) gevallen het verzoek

uitgerekend met de voorzitter in deze litigatie als woordvoerder,[47] hun bezwaren via de pers in de openbaarheid brachten.[48] Deze bestonden hierin dat vereiste ontheffing slechts gerealiseerd kon worden middels een gecorrumpeerde of althans oneigenlijke wetstoepassing. Immers, deze ontheffing kan niet dan geschieden op basis van art. 1:266 BW hetwelk *in se* gestoeld is op overwegingen van kinderbescherming en als dusdanig vereist dat de ouders 'onmachtig of ongeschikt' zijn tot opvoeding en verzorging. Hieronder worden traditioneel situaties verstaan als een langdurige lichaams- of geestesstoornis bij de ouder,[49] casustypen die mijlen verwijderd liggen van en naar aard compleet ongerelateerd zijn aan de eenvoudige *onwil* het kind op te voeden zoals dat bij draagmoederschap het geval is.[50] Daarenboven hebben draagmoeders vaak zelf kinderen die zij naar behoren verzorgen en opvoeden,[51] zodat alhier van onmacht of ongeschiktheid gewagen wel dubieus wordt.[52] Kortom, waar het verzet zich tegen richtte was de onverantwoorde oprekking die de rechter van een overduidelijk niet op deze situaties toegesneden bepaling diende te verzorgen, enkel omdat de wetgever (zij het voornamelijk in het kader van een ontradingspolitiek)[53] weigerde de handen aan dit delicate onderwerp te branden.[54] De bezwaarvoerders proclameerden in reactie dan ook geen onthef-

---

tot ontheffing gehonoreerd werd (vgl. tevens 'Discussie nodig over draagmoederschap', *Trouw* 23 maart 1995 waar kinderrechter Quik-Schuijt gewaagt van een dertigtal draagmoederzaken die, voor zover geweten, bijna alle ingewilligd werden). Zie tevens Heida 1984, p. 650-651 alwaar vermeld wordt dat het Hof Amsterdam op 5 mei 1976 en 22 februari 1984, in weerwil van tegenstrijdige uitspraken *a quo*, in deze de verzoeken tot ontheffing toestond.

47 'Justitie overlegt over adoptie bij draagmoederschap', *Trouw* dinsdag 14 maart 1995.

48 *Algemeen Dagblad* 10 maart 1995 en (blijkens *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, nr. 622) NOS-journaal diezelfder datum. Zie tevens voetnoot 47. Zie terzake o.a. Sutorius & Kersten 1997, p. 1118.

49 Broekhuijsen-Molenaar 1998, p. 319.

50 Zie overigens de duidelijke referentie hieraan in deze uitspraak van de rechtbank van Rotterdam zelf als aangehaald in voetnoot 56.

51 Onderwijl is (onder meer teneinde het reactiepatroon van de draagmoeder inzake eventuele psychische schade resulterende uit de afgifte van het gedragen kind correct in te schatten (Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, *Richtlijn Hoog-technologisch draagmoederschap* (18 januari 1999), p. 2)) zelfs vereist dat de draagmoeder reeds een of meer kinderen heeft (oorspronkelijk voorstel: één of meer levende kinderen heeft en haar gezin voltooid acht (*cf. Kamerstukken II* 1996/97, 25.000 XVI, nr. 51, p. 2)) (Planningsbesluit IVF, *Stcrt.* 1998, nr. 95, p. 14).

52 Een in het kader van bestaande jurisprudentie nochtans niet geheel onbetwistbare stelling. Zie voetnoot 82.

53 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1996/97, 25.000 XVI, nr. 54, p. 7 en voetnoot 54. Zie tevens Heida & van der Steur 2001, p. 211; Sutorius & Kersten 1997, o.a. p. 1119.

54 Bijzonder interessant in deze optiek is de historiek van het wetsvoorstel 'Afstand Ouderrechten' (*Kamerstukken II*, 1976/77, 14.167; zie in het bijzonder Bruning 2001, p. 172-173 en verder Heida 1984, p. 651-652). Het ontwerp voorzag voor de moeder (nadien *ratio personae* uitgebreid) van een niet-erkend onwettig kind de mogelijkheid na een zekere bedenktermijn afstand te doen van de ouderrechten. Voorheen werd in deze (net zoals actueel bij draagmoederschap) de ontheffingsmaatregel gehanteerd, maar naar oordeel van de Minister van

fing op basis van dit artikel (meer) uit te spreken in de hoop dat een gepaste wetgeving zou worden ontwikkeld. Zoals uit voorliggende uitspraak overduidelijk blijkt was dat geen loze belofte.[55]

Het is pas in de wetenschap van deze context dat de betekenis van de aanzet van het vonnis, welk tegelijk ook reeds de finale belichaamt, kan worden begrepen en naar waarde geschat. De inzet is een principiële strijd over de toepassing van art. 1:266, een strijd voor accurate normen in de plaats van voor het recht nefast geachte judiciële acrobatieën. Dat wordt in het vonnis ook zeer duidelijk, en zelfs voor een amateur inzichtelijk, naar voren gebracht.[56] In ieder geval is, met de weigering in navolging van de gedane eed

---

Justitie bood de mogelijkheid tot afstand een meer neutrale, en dus daarom reeds preferabele optie (*Kamerstukken II*, 1976/77, 14.167, nr. 3 (MvT), p. 15). Daarenboven werd hieraan toegevoegd dat ontheffing terzake geen geschikte maatregel is. Enerzijds is hierbij herstel in gezag steeds mogelijk, wat niet strookt met de in deze aangelegenheden voorliggende noodwendigheden (noteer dat actueel ontheffing wel als definitieve maatregel wordt aanzien *cf.* Punselie 2006, p. 76). Anderzijds zou, aldus de Minister, hierbij van de criteria 'onmacht' en 'ongeschiktheid' een oneigenlijke toepassing worden gemaakt 'indien bij de ouders op zich wel de feitelijke en pedagogische mogelijkheden aanwezig zijn tot verzorging en opvoeding van hun kind, maar zij niettemin van hun kind afstand willen doen, het niet willen verzorgen en opvoeden', kortom hetzelfde bezwaar als nadien in het kader van draagmoederschap naar voor zou worden geschoven (*Kamerstukken II*, 1979/80, 14.167, nr. 7, p. 4-5). Aanvang jaren '90 werd het voorstel niettemin afgeschreven. Daarbij speelde in eerste instantie dat voor een kind de wetenschap dat zijn oorspronkelijke ouders van het gezag werden ontheven beter verteerbaar zou zijn dan de kennis dat ze van hun ouderrechten afstand hadden gedaan. Daarenboven dook tevens de angst op dat een wettelijke regeling als *incentive* zou werken met een toename van het aantal moeders dat zich van de ouderrechten zou ontdoen tot gevolg (zie o.a. *Kamerstukken II*, 1991/92, 14.167, nr. 15, p. 2). Overigens kwam op dit laatste vlak reeds de problematiek van draagmoederschap om de hoek kijken, het ontradingsbeleid terzake bracht immers mee alle maatregelen die draagmoederschap in de hand zouden kunnen werken, zoals deze voorziene mogelijkheid tot afstand van ouderrechten, achterwege te laten (Bruning 2001, p. 173).

55 Van belang is daarenboven dat juist in deze periode waarin de rechtbank van Rotterdam haar oordeel velde, de kwestie ook in het parlement aan de orde was en daarbij onder meer (vanwege PvdA & D66) de vraag naar de wenselijkheid van een snellere, eenvoudigere procedure tot overdracht van ouderschap in aangelegenheden van draagouderschap was opgeworpen (zie Sutorius & Kersten 1997, p. 1119). De weigering art. 1:266 toe te passen, kan dus verondersteld worden niet enkel te zijn gestoeld op getrouwheid aan de eed, maar ook op het feit dat de zaak in beweging was; art. 1:266 nu toepassen zou het signaal geven dat de verzochte specifieke wettelijke regeling uiteindelijk toch niet hoefde.

56 Gepreciseerd wordt dat naar mening van de rechtbank art. 1:266 slechts van toepassing is op ouders met de natuurlijke wil om hun kind op te voeden, maar hiertoe (zonder dat ze daar verder nog iets aan kunnen verhelpen) niet in staat zijn, in welk geval dan aan de overheid de bijzondere bevoegdheid is verleend zich tegenover de ouders op te stellen, zich te mengen in het gezinsleven en een ontheffing van het ouderlijk gezag te initiëren. Applicatie van deze bepaling in de voorliggende situatie waar de betrokkenen zelf vooraf-gaandelijk en doelbewust hebben bepaald dat het kind niet bij de wettige ouders zal worden verzorgd en opgevoed 'sluit daarbij niet aan' en tevens zou 'geforceerd' zijn wanneer de beoordeling van de afspraak evenals de uitvoering daarvan aan de hand van begrippen als 'onmacht' of 'ongeschiktheid' zou geschieden. Kortom, de ruime interpretatie van art. 1:266 die verzoekers voorstaan is 'in het kader van de rechtspraak niet gerechtvaardigd'.

om deze bepaling niet meer toe te passen, daarmee ook onherroepelijk het doek over het voorliggende verzoek gevallen. Wat ook daarna in het vonnis nog aangeroerd wordt, het kan slechts *fait divers* uitmaken.

De fundamentele rechten zijn hierbij zo'n *fait divers*. Na hieraan voorheen incidenteel te hebben gerefereerd,[57] keert de rechtbank zich uit eigen beweging[58] naar het IVRK, niet zozeer als puur autonoom argument, maar in samenspel met andere wettelijke bepalingen. Zo wordt art. 1:247 BW (het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden) gekoppeld[59] aan art. 7 IVRK (overeenkomstig hetwelk het kind vanaf de geboorte, voor zover mogelijk, het recht heeft zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd). Verder wordt verwezen naar de bepaling van de toenmalig recente Nederlandse Afstammingswet,[60] waarin is vastgelegd dat als moeder wordt aanzien de vrouw uit wie het kind geboren is, en anderzijds naar art. 8 IVRK volgens hetwelk een kind het recht heeft zijn identiteit te behouden, met inbegrip van onder meer naam en familiebetrekkingen. Uit dit amalgaam van verdrags- en wetsbepalingen wordt ten slotte gededuceerd dat draagmoederschap *c.q.* ontheffing van het wettig gezag ten behoeve van de wensouders, daar het niet beoogt de verzorging van het kind over te laten uit de vrouw uit wie het is geboren[61] en daarenboven 'door de wijziging van familiebetrekkingen en de in een later stadium beoogde adoptie, de identiteit van het kind in de in het verdrag bedoelde zin niet wordt behouden', niet strookt met de rechten van het kind in deze.[62]

---

57 Te midden van de 1:266-argumentatie doken ze op in de vorm van een kort intermezzo van welgeteld één enkele zin waarin *ten overvloede* (zoals de connector 'overigens' afdoende duidt) wordt vermeld dat de rechtbank bij de eventuele inwilliging van dit verzoek verder ook zou stuiten op het 'voor Nederland op 8 maart 1995 in werking getreden Verdrag inzake de rechten van het kind'. Slechts één zin om daarna terug te keren naar de kern van de zaak, namelijk art. 1:266, en met name om de in voetnoot 56 aangehaalde motivatie te verschaffen.

58 De rechtbank merkt zelf op dat de Raad voor Kinderbescherming het verzoek enkel heeft gebaseerd op art. 1:266 BW.

59 'Evenvermelde verzorgingsplicht van de ouder nu sluit aan […]'.

60 Wet 24 december 1997, *Stb.* 1997, 772. Huidig art. 1:198 BW.

61 Welk alvast louter kan worden gelezen als art. 1:198 *jo.* 1:247.

62 Ten titel van volledigheid zij erop gewezen dat aansluitend op gelijkaardige grondslag (zoals vanzelf spreekt) met twee opwerpingen van de verzoekende partijen tegen deze argumentatie wordt afgerekend. In de eerste plaats wordt gepreciseerd dat het feit dat de wensvader hier donor is, en dus de biologische identiteit van het kind mede heeft bepaald, (evenals volgens weergave in Strooper-Lammerts & Vlaardingerbroek 2003, p. 91 dat de genetische identiteit van het kind door de wensouders is gevormd) niet tot een andersluidende conclusie noopt 'aangezien genoemd verdrag en wet nu eenmaal aan het kind in ieder geval het recht verschaffen te worden verzorgd en opgevoed door de vrouw uit wie het kind is geboren'. In de tweede plaats wordt geduid dat 'in een geval als het onderhavige ook de praktische omstandigheid, dat het kind niet bij de wettige ouders verblijft, er niet zonder meer toe noopt en ook in verband met bovenvermelde verdragsrechtelijke bezwaren niet zonder meer toe behoort te leiden, dat de voogdij wordt overgedragen aan degenen

Zou hierin dus nog een werkelijke rol voor verdragsrechten weggelegd zijn, *quod non*, dan betreft het zeker geen 'sterk effect': de verdragsrechten fungeren als argument *ten overvloede* en dan nog naast gelijkaardige bepalingen uit het Nederlandse privaatrecht. Kortom, een *nevengeschikte* positie in een hoogstens *subsidiaire* rol.

Daarenboven rijzen nog eens twijfels bij deze *fundamental rights* argumentatie door de rechtbank ontplooid. Deze kan op zijn minst kort door de bocht worden genoemd.

Zo is significant dat de rechtbank uit het Verdrag puurt om zonder meer 'wijziging van familiebetrekkingen en de in een later stadium beoogde adoptie' te verketteren met de suggestie alsdat dit in strijd zou zijn met art. 8 IVRK (identiteit). In werkelijkheid staat deze bepaling, ooit gegroeid uit reactie tegen misstanden uit het Argentijnse militaire regime waar tientallen ontvoerde of in de gevangenis geboren kinderen onherroepelijk van hun oorspronkelijke identiteit werden ontdaan teneinde door kinderloze medewerkers van het staatsapparaat als eigen nageslacht te worden opgevoed,[63] adoptie, hoewel het er mogelijk wel (net als overige grondrechtsnormen) op gespannen voet mee kan staan,[64] geenszins in de weg.[65] Slechts is vereist dat deze adoptie, en naar mag aangenomen worden verwante figuren, voldoet aan de vereisten in het Verdrag vooropgezet, waarbij als voornaamste geldt dat deze wijziging in familiebetrekkingen geschiedt in het belang van het kind. In deze laatste – bijzonder heikele – evenwichtsoefening treedt de rechtbank echter niet,[66] zodat de voorafgaande assertatie eerder als vrijblijvende *Spielerei* behoort geklasseerd te worden.[67]

Daarnaast gaat de rechtbank in relatie tot art. 7 IVRK, en dat is een meer fundamentele opmerking, al te vanzelfsprekend uit van een assimilatie van het moederbegrip uit het Nederlandse recht ('de vrouw uit wie het kind geboren is') en de notie ouders gehanteerd in het Verdrag,[68] en bezondigt

---

bij wie het kind feitelijk verblijft, nu er nog andere wettelijke mogelijkheden in deze resteren'.

63 Van den Brink 2006, p. 81.

64 *Cf.* Thomassen 1994, p. 158.

65 *Cf.* art. 20-21. Zie tevens o.a. *Kamerstukken II* 1992/93, 22.855 (R1451), Goedkeuring van het op 20 november 1989 te New York tot stand gekomen verdrag inzake de rechten van het kind, MvT nr. 3, p. 19.

66 Het is overigens opvallend dat de maatstaf van 'het belang van het kind' nergens wordt vernoemd behoudens in de argumenten van de Raad van de Kinderbescherming, argumenten waaraan de rechtbank voorbij gaat omdat zij niet passen in het verhaal van de rechtbank.

67 Ook Kalkman-Bogerd 1998, p. 201-22 ziet in deze geen strijd met art. 8 IVRK.

68 Zie tevens de opmerkingen van C. De Groot (waarvan wegens de naamgelijkenis en gelijklopende argumentatie aangenomen mag worden dat het hier betreft de) voorzitter in deze uitspraak, in de discussiebijdragen opgenomen in K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 163 waar deze zienswijze in een duidelijk syllogisme wordt gegoten.

zich aldus aan een kortsluiting tussen referentiekaders. De correcte interpretatie van het ouderbegrip in het verdrag is weliswaar omstreden, maar juist uit deze strijd blijkt dat het *allerminst* mag verengd worden tot de biologische moeder en haar echtgenoot. Waar het eertijds met een zekere vanzelfsprekendheid duidde op de genetische ouders die het kind hadden verwekt,[69] wordt actueel gesuggereerd dat het zowel zuiver biologische als zuiver genetische (en eventueel zelfs sociale) ouders viseert.[70] Zo stelt de Belgische Raad van State, een instantie die toch beter geplaatst lijkt dan een eenvoudige rechtbank, dat helemaal niet duidelijk is of onder de notie 'ouders' in art. 7 IVRK de biologische ouders (draagmoeder en eventueel 'de persoon met wie ze samenleeft') dienen te worden verstaan, dan wel de wensouders.[71] Meer zelfs, volgens de Belgische Raad van State zou de omgeving die wordt gecreëerd door de wensouders als zijnde de enigen die een echt plan hebben opgevat het kind in het gezin op te nemen[72] beschouwd kunnen worden als vormende het oorspronkelijke gezin van het kind.[73] Dit getuigt van een heel wat diepgravendere analyse dan de lezing die de rechtbank van Rotterdam voorstaat.

Hoe dan ook lijken de assertaties van de rechtbank toch een poging *à rebours*. Binnen het Nederlandse taalgebied lijkt alvast de opvatting hebben plaatsgevat dat werkelijk fundamenteelrechtelijke bezwaren tegen draagmoederschap niet bestaan.[74] Specifiek met betrekking tot het IVRK is zelfs twijfelachtig dat hieruit ook maar richtlijnen aangaande de juridische consequenties van medisch begeleide bevruchting in het algemeen zouden kunnen gededuceerd worden,[75] laat staan specifieke normen wat betreft overdracht

69 Zie o.a. Veys 2006, p. 410.

70 Van den Brink 2006, p. 94-95.

71 Wetsvoorstel betreffende de draagmoeders, Wetsvoorstel tot regeling van het draagmoederschap, Wetsvoorstel betreffende draagmoeders, Wetsvoorstel tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, Wetsvoorstel tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, Wetsvoorstel betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de boventallige embryo's en de gameten – Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Senaat 2005-06, nr. 3-417/3 (hiernavolgend geciteerd als 'Advies Raad van State (Be) betreffende draagmoederschap'), p. 41.

72 Letterlijk wordt in de Nederlandstalige versie gewag gemaakt van 'de andere ouders die de enigen zijn die een echt plan hebben opgevat om een gezin te stichten' wat de bizarre (vgl. tevens voetnoot 51) suggestie wekt dat deze stelling slechts geldt in zoverre de draagmoeder zelf een gezin (of de wil daartoe) ontbeert. De Franstalige versie, die aan de wensouders refereert als 'les seuls à avoir conçu un véritable projet parental', draagt deze strekking niet (noodzakelijk) in zich, het voornoemd ouderlijk project logischerwijze duidend op de intentie ten aanzien van het draagkind. Hoewel beide versies authentiek zijn lijkt raadzaam eerder aan te sluiten bij de meer aannemelijke bewoordingen van de Franstalige versie.

73 Advies Raad van State (Be) betreffende draagmoederschap, p. 41.

74 O.a. Vranken 1997, p. 1757; Advies Raad van State (Be) betreffende draagmoederschap, p. 20.

75 Zo o.a. Raadgevend Comité voor Bio-ethiek [2004], *s.f.*

van ouderschap bij draagmoederschap.[76] Met Wortmann[77] en Kalkman-Bogerd[78] kan alvast niet worden ingezien waarom art. 7 IVRK zich tegen het *in casu* verworpen verzoek verzetten zou. Het is dan ook zo dat globaal genomen de indruk ontstaat dat de rechtbank zich in het opfleurende *fundamental rights* argument wat heeft vergaloppeerd of er zich althans overhaast heeft vanaf gemaakt.

Overigens heeft het Hof van Den Haag[79] dat zich in de beroepsprocedure uitspreken moest, zich alvast geen jota aangetrokken van deze zogenaamde 'strong impact' de fundamentele rechten: het vonnis *a quo* werd op zuiver privaatrechtelijke grond herroepen, samengevat werd eenvoudigweg gesteld dat art. 1:266 BW toegepast diende te worden.[80] Het feit dat het Hof zich niet eens inlaat met het *fundamental rights* argument van het bestreden vonnis, hoewel ze volgens de logica daarvan met haar tegenstrijdig arrest nochtans een manifeste inbreuk op deze grondnormen pleegt, geeft te denken over de intellectuele waardering die het Hof aan de terzake ontsponnen argumentatie lijkt toegekend te hebben.

b. Utrecht

De uitspraak van de rechtbank van Utrecht was op gelijkaardige leest geschoeid. Ook hier lag een betrekkelijk ongecompliceerde situatie voor. Het draagmoederschap was onbezoldigd, uitgevoerd met de wensvader als donor en de draagouders hadden zelf reeds twee kinderen en beschouwden hun gezin daarmee als compleet. Het kind was na de geboorte onmiddellijk aan

76 Ironisch genoeg werd in CA Parijs 15 juni 1990, *JCP* 1991.II.21653 zelfs besloten dat het IVRK, onder meer art. 7, juist in het voordeel van gezagsoverdracht (*in casu* adoptie *plénière*) pleitte (noteer dat deze argumentatie bekritiseerd werd door de *conseiller* in cassatie Chartier (*D.* 1991, Jur., p. 421) in diens advies aan het Hof van Cassatie welke instantie voornoemde uitspraak op privaatrechtelijke gronden vernietigde (Cass. 31 mei 1991, *D.* 1991, Jur., 417), evenals o.a. in Edelman & Labrusse-Riou 1990, p. 115).

77 Wortmann 1998, p. 1486.

78 Kalkman-Bogerd 1998, p. 201.

79 Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *NJ* 1998, 865. Het arrest geeft zelf weliswaar geen referentie van het bestreden vonnis, maar deze relatie blijkt uit Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 40, voetnoot 17 evenals uit Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 193 voetnoot 16 (alwaar de uitspraak *a quo* gepreciseerd wordt als 'Rechtbank Rotterdam 23 maart 1998 (niet gepubliceerd)'; dat het hier een ander vonnis m.b.t. draagmoederschap, uitgesproken op dezelfde datum en door dezelfde rechtbank zou betreffen lijkt, gezien de schaarste aan dergelijke litigaties, en in het bijzonder deze waar het verzoek tot ontheffing negatief wordt beantwoord (*cf.* enquête studiekring familie- en jeugdrecht van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 1994, waarvan resultaten summier weergegeven in o.a. *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, nr. 622 en *NJB* 1995, p. 576) hoogst onwaarschijnlijk en aan de mededeling 'niet gepubliceerd' dient in dit geval weinig aandacht te worden besteed, eenzelfde opmerking prijkt immers naast de verwijzing naar de uitspraak van de rechtbank Utrecht *de dato* 18 juni 1997 (p. 193, voetnoot 15) welke nochtans spoedig publicatie kende in *NJkort* 1997, 59). Zie tevens Kalkman-Bogerd 1998, p. 198, voetnoot 1 (althans referentie aan 'Den Haag 31 [sic] augustus 1998 (nog niet gepubl.)').

80 Instemmend o.a. Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 192.

de wensouders overgedragen, het werd door hen opgevoed en had zich volgens het rapport van de Raad voor Kinderbescherming in het gezin van de wensouders gehecht. Een verzoek tot ontheffing van de draagouders van het ouderlijk gezag evenals de benoeming van de pleegmoeder tot voogdes werd door de Raad ingediend.

Het beoordelingsschema dat de rechtbank vooropzette, is bijna didactisch te noemen aangaande de principale betekenis van art. 1:266 en de marginale rol die daarbij nog voor het *fundamental rights* argument weggelegd was. Gesteld werd dat onderzocht moest worden (1) 'of de draagouders onmachtig of ongeschikt zijn om [het kind] op te voeden', (2) 'of een kinderbeschermingsmaatregel als ontheffing gebruikt mag worden voor een ander doel dan waarvoor de wetgever deze in het leven heeft geroepen' en ten slotte, de vraag waarin het derdenwerkingsaspect zich zou manifesteren, (3) '*mochten deze vragen positief worden beantwoord,* of het belang van het kind zich tegen ontheffing verzet'.[81]

Reeds bij behandeling van de eerste onderzoeksvraag blijkt dat voor deze laatste analyse maar weinig betekenis kan weggelegd zijn. De rechtbank weigert immers de draagouders onmachtig of ongeschikt te verklaren wegens 'het enkele feit dat een derde kind niet gepland is en bij de draagouders de wil ontbreekt om dit kind op te voeden'. Overigens, zo wordt gepreciseerd, zou dergelijke onmacht of ongeschiktheid enkel kunnen vastgesteld worden mocht het kind bij de draagouders verblijven.

Vervolgens gaat de rechtbank, hoewel dit niet in uitdrukkelijke bewoordingen wordt gesteld, tevens in op de reactie van de Staatssecretaris van Justitie Schmitz ten aanzien van de protesten aangaande het zogenaamd oneigenlijk gebruik van art. 1:266. De Staatssecretaris had opgemerkt een wetsaanpassing niet noodzakelijk te achten daar van een oneigenlijk gebruik in feite geen sprake was. Immers, zo werd gesteld, dient volgens de rechtspraak van de Hoge Raad de onmacht of ongeschiktheid niet algemeen te zijn, maar kan deze evenzeer een enkel specifiek kind betreffen; het onvermogen is hierbij dan gelegen in (of samenhangend met) de bijzondere eigenschappen van dit kind of de omstandigheden waarin het zich ten tijde van het nemen van de beslissing tot ontheffing bevindt.[82] Naar oordeel van de Staatssecretaris maakt de bij draagouderschap absolute afwezigheid van de wil het kind te verzorgen evenals de wens dit aan een ander over te laten (wat samengevat neerkomt op een volkomen afwijzing van dit kind) dergelijke 'bijzondere omstandig-

81 Eigen cursivering.

82 HR 29 juni 1984, *NJ* 1984, 767. Een geheel nieuwe stelling is dit overigens niet, zie o.a. Hof Amsterdam 30 januari 1916, *TKw* VIII, p. 46 *et seq.* (aangehaald in Bruning 2001, p. 29) ('Absolute onmacht om zijn plicht uit te oefenen is geen vereischte, de onmacht kan ook haar oorzaak vinden in de bijzondere eischen welke de eigenschappen van een bepaald kind aan dien ouder stellen').

heden' uit; bijgevolg zou een specifieke wetsbepaling dan ook overbodig zijn.[83]

Het is een overtuiging die de rechtbank van Utrecht duidelijk niet deelt. In de erkenning van deze jurisprudentie[84] wordt gesteld dat dergelijke omstandigheden *in casu* niet aanwezig zijn. Praktisch gezien beschouwt de rechtbank dat het kind bij de draagouders zou opgroeien, onder meer doordat de pleegouders hiervoor niet meer willen of kunnen instaan, best mogelijk; of de draagouders werkelijk ongeschikt of onmachtig zouden zijn zou pas kunnen blijken na 'verloop van tijd, inzet van hulpverlening en dergelijke'. Op het meer dogmatische niveau heet het:

> [h]et enkele niet-willen levert op zich geen onmacht of ongeschiktheid op. De wetgever heeft er immers uitdrukkelijk voor gekozen ouders niet de bevoegdheid te geven zichzelf uit het ouderlijk gezag te doen ontheffen.[85]

Het is een impliciete doch duidelijke kritiek op de pragmatische benadering van de Staatssecretaris. Toepassing van 'onmacht of ongeschiktheid' in deze situatie wordt door de rechtbank een 'fictie' genoemd, waarvoor er enkel aanleiding bestaat

> wanneer er een breed maatschappelijk draagvlak zou zijn voor draagmoederschap en voor een daarop aansluitende interpretatie van de wettelijke regels voor ontheffing en de wetgeving ten aanzien daarvan overduidelijk achter zou lopen.

Daarbij wordt onderstreept dat hiervan geenszins sprake is zoals overtuigend is gebleken bij de parlementaire behandeling van het strafbaar stellen van commercieel draagmoederschap, zodat de rechtbank dan ook terughoudendheid past zolang van maatschappelijke concensus nog geen sprake is.[86] Kortom, de rechtbank verzoekt hier met stelligheid om een duidelijke wetsbepaling en volhardt dan ook in de weigering art. 1:266 toe te passen (zoals overigens voorheen ook de voorzitster in deze zaak in de pers verklaard had te doen).[87]

---

83 *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, nr. 622.

84 Er weze nogmaals benadrukt dat aan de respons van de Staatssecretaris zelf niet gerefereerd wordt.

85 Verwezen ('vgl.') wordt hierbij naar HR 9 februari 1990, *NJ* 1990, 767 waarin geweigerd werd te voldoen aan het (o.a. op art. 8 EVRM gebaseerde) verzoek van een na echtscheiding tot voogdes benoemde moeder om deze voogdij naar de feitelijke verzorgers over te hevelen.

86 Zie tevens de opmerkingen van H. Gorter, rechter in deze uitspraak, in de discussiebijdragen opgenomen in K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 167.

87 Mr. A.C. Quik-Schuijt verklaarde reeds enige tijd de aangaande draagmoederschap 'ongemerkt gegroeide praktijk dat rechters iets doen "dat tegen de wet is"' onder collega's aan de kaak te hebben gesteld. Nochtans had ook zij in het verleden tot drie maal toe een ontheffing toegestaan. Daarbij erkende ze dat bij het laatste verzoek, waarbij de RvK (als ging het om een automatisme, een formaliteit) niet eens meer de moeite had genomen aan de gronden van 'onmacht' of 'ongeschiktheid' te refereren, bij haar de kritieke grens was

Opnieuw is middels deze weigering de aanvraag volledig en definitief verworpen.[88]

Daarenboven wordt ook de tweede onderzoeksvraag nog eens negatief beantwoord. Naar het oordeel van de rechtbank kan ontheffing als zijnde een kinderbeschermingsmaatregel in voorliggende situatie niet gehanteerd worden onder meer daar het doel vanwege de Raad voor Kinderbescherming niet is het kind te beschermen tegen opgroeien in een daartoe ongeschikte omgeving maar integendeel slechts om de wensouders in staat te stellen het kind te adopteren.

Ten slotte wordt 'ten overvloede', zoals de rechtbank zelf stelt, overwogen of, *mochten* nu beide voorafgaande overwegingen ten onrechte negatief zijn beantwoord, het belang van het kind zich tegen ontheffing verzet. In eerste instantie wordt hierbij uit zuiver Nederlands recht gepuurd, namelijk het feit dat strafbaar is het ten vondeling leggen evenals het zonder toestemming van de RvK plaatsen van een kind jonger dan zes maanden in een pleeggezin, teneinde te concluderen dat (aan deze niet nader gepreciseerde wetsbepalingen ten grondslag ligt dat) het niet in het belang van het kind is om weggegeven te worden. Vervolgens wordt daaraan gevoegd: '[h]et verdrag inzake de [r]echten van het kind geeft in art. 7 "The right to be known and be cared for by his or her parents"'. Op deze laatste bepaling[89] hinkt de rechtbank dan kortstondig voort, niet teneinde een absolute geldigheid te claimen, maar om integendeel juist, in de geest van het IVRK (zonder dat overigens wordt geduid of de rechtbank door enige theorievorming daaromtrent wordt geïnspireerd), een (terechte) nuancering aan te brengen, namelijk dat *in casu* het kind hier wordt 'weggegeven (mede) aan de biologische vader zodat het kind in elk geval voor een deel door één van de eigen ouders wordt verzorgd'. Daarmee lijkt het inzicht dat aan deze bepalingen kan onttrokken worden uitgeput. De rechtbank gaat vervolgens immers kortstondig in op de 'huidige stand van de wetenschap op pedagogisch en psychologisch gebied' welk 'steun biedt aan de gedachte dat het belang van het kind zich verzet tegen verwekt worden om weggegeven te worden'. Ten slotte wordt hieraan nog gevoegd dat '[z]elfs indien het kind in liefde wordt verwekt, gebaard, weggegeven en opgevoed,

---

overschreden. 'Elke keer denk je "het is er maar één, dus laat ik het maar doen", maar ongemerkt wordt zo wèl een trend gezet'. Slechts na een gesprek met de draag- en wensmoeder en in de overtuiging dat het kind niet de dupe van de affaire behoorde te worden, werd ze naar eigen zeggen verleid een laatste maal ontheffing uit te spreken, maar nam tegelijk ook het besluit 'geen draagmoederzaken meer te behandelen zolang een wettelijke regeling ontbreekt'. ('Discussie nodig over draagmoederschap', *Trouw* 23 maart 1995).

88 Zoals de rechtbank zelf ook duidelijk aangeeft: 'Nu van onmacht of ongeschiktheid in de zin van art. 266 van het Burgerlijk Wetboek niet is gebleken, dient het verzoek alleen al op die grond te worden afgewezen'.

89 In kritische zin zou evenzeer kunnen gesteld worden dat de rechtbank hierbij niet enkel doelt op het IVRK doch tevens op de overige, Nederlandse, bepalingen waaruit gededuceerd wordt (voor welke zienswijze onder meer de reïteratie van het woord 'weggegeven' pleit). Het IVRK ten exclusieve titel zij evenwel het voordeel van de twijfel gegund.

is het niet zonder meer duidelijk dat het belang van het kind meebrengt dat zijn of haar juridische status [...] wordt aangepast'.

Slotsom is dat ook deze beslissing opnieuw draait rond de toepassing van art. 1:266. Pas nadat op twee onderscheiden gronden is geconcludeerd dat deze bepaling alhier geen toepassing kan vinden, en het verzoek dus tot tweemaal toe afdoende is verworpen, wordt in een laatste rechtsvraag verwezen naar fundamentele rechten. Daarbij zij opgemerkt dat de rechtbank reeds in de aanzet van de uitspraak expliciet heeft gesteld dat deze overweging slechts relevantie toekwam mochten beide voorafgaande rechtsvragen positief zijn beoordeeld, *quod non*. De uitspraak stelt dus *letterlijk* dat van de overwegingen in deze derde rechtsvraag geen effect *kan* uitgaan. Overigens is dit argument niet enkel opgebouwd uit een referentie aan art. 7 IVRK, maar wordt het belang van het kind evenzeer afgeleid uit overige rechtsnormen en de stand van de wetenschap. Dus ook in deze *louter hypothetische constructie* spelen fundamentele rechten slechts een *nevengeschikte* rol. Ten slotte is interessant dat ook deze beslissing in beroep hervormd werd zonder enige referentie aan fundamentele rechten, doch op art. 1:266 als exclusieve grondslag.[90]

c. Leeuwarden

In de Leeuwardse litigatie was een draagmoeder, vijf maanden na de afstand van het kind aan de wensouders, op haar beslissing teruggekomen. Pittig detail was dat, om aan de slopende rechtsgang tot overdracht van ouderlijk gezag en diens meer te ontsnappen, de wensvader bij de burgerlijke stand in eigen naam aangifte van het kind had gedaan.[91]

Waar dergelijke fraude vaststaat impliceert dit grofweg dat de geboorteaangifte gecorrigeerd dient te worden en aldus de draagouders gelden als de met gezag beklede juridische ouders wiens recht en plicht het is voor het kind te zorgen en op te voeden (althans voor zover het belang van het kind zich hiertegen niet verzet). Het is een logica die in eerste aanleg correct toegepast werd en waarbij dan ook afgifte van het kind werd bevolen.[92]

---

90 Hof Amsterdam 19 februari 1998, *NJ kort* 1998, 32.

91 Zie m.b.t. deze praktijk Nuytinck 1998, p. 142-143. Secundair Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 189.

92 Rb. Groningen 20 juli 2004, *LJN*: AQ8757. Ter volledigheid zij opgemerkt dat ook hierin kortstondig wordt gerefereerd aan fundamentele rechten. De rechtbank merkt op dat 'Uitgangspunt is dat het kind recht heeft opgevoed te worden door de eigen ouders, welk uitgangspunt is neergelegd in het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind' om vervolgens te duiden dat '[o]ok de verschillende wettelijke regelingen in boek I van het Burgerlijk Wetboek' dit uitgangspunt hanteren, waarna het gehele *fundamental rights* discours verder niet meer aangeroerd wordt. Merk overigens op dat deze uitspraak aansluit bij de heersende visie dat overdracht van een kind bij draagmoederschapscontracten niet afgedwongen worden kan, zo o.a. Heida 1984, p. 653; Heida & van der Steur 2001, p. 214; Kalkman-Bogerd 1996, p. 197; Kalkman-Bogerd 1998, p. 202; Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 190 (uitdrukkelijk gemotiveerd uit oogpunt van het belang van het kind); Vlaardingerbroek 2003, p. 178 (overdracht van een kind kan niet door een contract worden afge-

In de nogal desperaat aandoende beroepsprocedure (onder meer worden juridische onmogelijkheden ingeroepen als zouden de draagouders *afstand* van gezag hebben gedaan[93] en wordt er zelfs een particulier verzoek tot ontheffing van gezag ingesteld[94]), verschijnen de fundamentele rechten halverwege ten tonele onder noemer van het IVRK. Naar gewoonte fungeren ze niet als autonome bron maar worden ze met de basale privaatrechtelijke bepalingen gekoppeld. Veel verrassends levert dat in eerste instantie niet op. Met name blijkt dat:

> Zowel in het 'Verdrag inzake de rechten van het kind' (verdrag van 20 november 1989, Trb. 1990, 17° (rectificatie Trb. 1997, 83)) als in het Burgerlijk Wetboek is als uitgangspunt neergelegd dat het in beginsel in het belang van het kind wordt geacht te worden verzorgd en opgevoed door de met het gezag belaste ouder(s).

---

dwongen); Vranken 1997, p. 1758 (genuanceerd: opgemerkt wordt dat het onwaarschijnlijk lijkt dat een rechter dergelijk bevel zou geven, onderstreept wordt dat in deze het belang van het kind beslissend behoort te zijn); Werkgroep studie problematiek rond bevruchting en afstamming 1985, p. 210; *Kamerstukken II* 1996/97, 25.000 XVI, nr. 62, p. 14; *Kamerstukken II* 1996/97, 25.000 XVI, nr. 54, p. 7 (zie in deze zin overigens op het internationale veld België: Borghs 1998, p. 74-75, De Wolf 1999, p. 103, Verschelden 2004, p. 704, Engeland: Forder 1999, p. 49 (*cf.* art. 1 A van de *Surrogacy Arrangments Act* 1985 bepalende dat draagmoederschapscontracten niet afdwingbaar zijn)); contra zijn enkel Moltmaker die stelt dat, althans in zoverre de draagmoeder genetisch niet met het kind verwant is, tot afgifte kan worden gedwongen (Moltmaker & van Hoeven-Oud 1989, p. 1498; Moltmaker 1990, p. 137); Hammerstein-Schoonderwoerd 1988, p. 4 (weigert de draagmoeder het kind aan de genetische wensmoeder af te staan, dan zou de wensmoeder de mogelijkheid moeten hebben om het juridisch moederschap van de draagmoeder te betwisten en tegelijk haar moederschap over het kind vast te doen stellen; zie kritisch t.a.v. de ontplooide argumentatie De Ruiter 1989, p. 75) en Nieuwenhuis 2001, p. 1798 (die een toenemende contractuele gebondenheid in gelijke tred met het voortschrijdende geboorteproces voorstaat hetwelk in een casus als onderhavige, waar de draagmoeder zich na de afgifte bedenkt, impliceert dat het 'serieuze overweging' verdient de draagmoeder toch tot naleving van gemaakte afspraken te veroordelen). Noteer daarenboven dat in geheel deze doctrine nauwelijks aan fundamentele rechten werd gerefereerd (enkel Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 36 verwijst in dit opzicht naar art. 6 UVRK & art. 8 EVRM, maar daar mag geen overdreven belang aan toegekend worden aangezien deze auteur in anterieure publicaties diezelfde opvatting verdedigde zonder referentie aan fundamentele rechten; Heida & van der Steur 2001, p. 214 beperken zich in relatie tot 'bepaalde afspraken' tot een verwijzing naar 'strijd met mensenrechten, zoals bijvoorbeeld het recht op persoonlijke levenssfeer en onaantastbaarheid van het menselijk lichaam').

93 Per definitie onverenigbaar met art. 1:247 BW welk van *plicht* gewaagt en bijgevolg niet voor enigsoortige 'rechtsverwerking' vatbaar is.

94 Nl. 'de biologische ouders, de draagmoeder (draagouders), te ontheffen van het ouderlijk gezag (voor het geval de raad of het OM dit verzoek niet doet)'. Art. 1:267 lid 1 BW stelt nochtans duidelijk: 'Ontheffing wordt slechts uitgesproken op verzoek van de raad voor kinderbescherming of van het openbaar ministerie', wijl van de uitzondering van lid 2 (aanvraag door degene die *mits instemming van de ouder* (*cf.* art. 1:268 lid 2 (d)) het kind op het tijdstip van verzoek ten minste een jaar verzorgd en opgevoed heeft) *in casu* geen sprake is.

Werkelijk nieuw inzicht kan dat niet worden genoemd. Vanuit de concrete privaatrechtelijke bepalingen is dat daarenboven zeer oppervlakkig. Zoals het Hof onmiddellijk daarop zelf in rekening brengt:

> Slechts in die gevallen waarin de (wijze van) opvoeding en verzorging van het kind van dien aard zijn dat kan worden gesproken van een situatie dat de minderjarige zodanig opgroeit dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of gezondheid ernstig worden bedreigd en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald, of, naar te voorzien is zullen falen, kan de (kinder)rechter een of meer beschermende maatregelen nemen, te weten een ondertoezichtstelling, dan wel een ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing, welke tot gevolg heeft dat het gezag van de ouders wordt beperkt.

Geëxpliciteerd wordt dit niet, maar dit is eenvoudigweg art 1:254 en 1:261 NBW, aangaande ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing, en tegelijk ook de *crux* van de zaak, aangezien het deze maatregelen zijn waar de rechtbank in de stand van zaken *de facto* om verzocht wordt.

Wat hieraan daarna nog gevoegd wordt lijkt dan in feite niet meer dan luchtige addenda. Met name gaat het dan om art. 7 IVRK (in deze, zoals *supra* reeds aangegeven, niet onmiddellijk een eenduidige leidraad); evenals 'het systeem van boek 1 titel 14 BW' waaruit volgt dat 'kinderbeschermingsmaatregelen die het gezag van de ouder(s) beperken dan wel beëindigen, slechts genomen kunnen worden indien deze in het belang van het kind zijn en het belang van het kind zich daartegen niet verzet' en ten slotte de centrale bepaling van het IVRK (art. 3) stellende dat bij alle maatregelen die het kind betreffen, de belangen van het kind de eerste overweging vormen.

Tezamen een rijke overdaad om te concluderen dat het in principe aan de biologische ouders toekomt het kind te verzorgen en op te voeden tenzij diens belang zich daartegen verzet. Dat is gewoonweg het klassieke Nederlands privaatrechtelijke standpunt, met of zonder fundamentele rechten. Hoe aan deze fundamentele rechten dan niettemin een sterke impact kan worden toegeschreven is een methodologisch enigma. Overigens zou zelfs in dergelijke hypothese het werkelijk instrumenteel effect niet mogen worden overschat: vlagvoerend zijn de diverse psychologische rapporten (die in deze uitspraak prominent aanwezig zijn) en niet de enkele rechtsfrase.

Ten slotte verschuilt zich in de genoemde conclusie evenals het finale oordeel hierin mijns inziens nog een subtiele indicatie van de werkelijke bijdrage van de fundamentele rechten. Net als in de opzet dat verzorging in principe aan de biologische ouders toekomt tenzij het belang van het kind zich daartegen verzet heet het in het eindoordeel op basis van de deskundigenrapporten genomen dat de 'omstandigheden niet zo zwaar [wegen] dat de belangen van [het kind] zich er thans tegen verzetten dat zij wordt afgegeven'. Daaruit spreekt het BW-systeem: het kind wordt in principe door de biologische ouders opgevoed *tenzij* diens belangen zich daartegen verzetten; de IVRK-systemathiek hanteert een inversieve logica: het belang van het kind vormt

de eerste en primaire overweging en het recht bij de 'ouders' te worden opgevoed dient te worden beschouwd als een in de regel valabele precisering van dit belang…

Samengevat blijkt de 'strong impact' die Mak beweert te constateren spijts *de primo visu* ondersteunende indicatoren geheel afwezig. Niet enkel fungeren de fundamentele rechten in de uitspraak van het Hof van Leeuwarden als een *addendum* dat in de typering van het Hof niets aan de klassieke Nederlandse uitgangsthese schijnt toe te voegen (zodat een conclusie van werkelijke impact in feite een methodologische onmogelijkheid is), zijn ze als het ware fantomig naast de meer concrete privaatrechtelijke bepalingen in het afwijkende kader waarvan ze als bij nonchalance worden ingepast, maar valt in de uitspraken van de rechtbanken van Utrecht en Rotterdam zo goed als letterlijk te lezen dat de aangehaalde fundamentele rechten aan de bekomen conclusie vreemd zijn, *hierop geen effect kunnen hebben*. Niet enkel is dit immers duidelijk te deduceren uit het feit dat beide uitspraken openlijk draaien rond verzet artikel 1:266 BW toe te passen in aangelegenheden van draagmoederschap (*nota bene* waren het juist de in deze optredende voorzitters die met hun bezwaren de pers hebben gehaald), maar des te meer uit het feit dat zij rechtstreeks aangeven het fundamenteelrechtelijke argument als element ten overvloede te beschouwen. Daarenboven fungeren ook daarin de fundamentele rechten niet autonoom, doch in samenspel met zuiver privaatrechtelijke bepalingen welke laatste in hun boodschap niet werkelijk door de fundamenteelrechtelijke toevoeging blijken te worden verrijkt. Overigens, mocht een substantiële impact in deze toch een optie zijn, dan zou zij, alvast wat de uitspraak van Rotterdam betreft, de nodige argwaan dienen te wekken, aangezien de rechtbank – al dan niet bewust – behoorlijk lichtzinnig met de fundamentele rechten omspringt en daar eerder een geprefereerde dan werkelijke inhoud aan toe schrijft. Ten slotte dient onderstreept te worden dat beide uitspraken in beroep op zuiver privaatrechtelijke grondslag en specifiek in het belang van het kind (dat nochtans het centraal concept van het door de rechtbanken ingeroepen kinderrechtenverdrag uitmaakt) werden hervormd.[95] Kortom, een voldoende hoeveelheid indicaties om substantieel effect van horizontale werking in deze te ontkrachten, maar tot vaststelling waarvan wel wat navorsing vereist is; het contrast met de (valse) assertatie dat zich effect voordoet is schrijnend, daartoe is binnen het huidige tijdsgewricht immers voldoende dat vastgesteld wordt dat fundamentele normen binnen de privaatrechtelijke litigatie present zijn en kan voor het overige alle bewijslast worden ontdoken.

95 Merk op dat C. De Groot in de discussiebijdragen opgenomen in K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 166 meedeelde dat in reactie de procureur-generaal bij de Hoge Raad zou worden aanzocht zich over deze rechtspraak te buigen met het oog op cassatie in het belang van de wet. Dit blijkt heden een loze hoop te zijn geweest.

5.4 Conclusie

De toenemende overvloed aan horizontale werking litigaties dient niet in eerste plaats toegeschreven te worden aan het innoverend, compenserend of anderswijze substantieel effect dat hierin schuilgaan zou, maar aan verleidingen van een meer basale aard. Wat appelleert is met name het retorisch vermogen van fundamentele rechten, en dit zowel voor de advocatuur als voor de zittende magistratuur. Waar dan voor de eersten de fundamentele rechten eventueel een opluistering van de conclusies bieden, de importantie van de in het geding zijnde belangen onderstrepen, andere rechtsprincipes herarticuleren of als *ultimum remedium* vanuit een zwakke procespositie dienen, vinden de laatsten hierin een potentieel welgekomen decoratie, evenzeer een hertaling van ongenoemde belangen, maar in het bijzonder een gezagvolle aankleding van in kader van open of vage normen neergelegde (en bijgevolg van subjectitiviteit verdachte) oordelen. Resultante is een collectie derdenwerkingrechtspraak die veelal formele referenties beslaat.

Nochtans wordt dit gegeven zelden erkend, integendeel wordt zelfs vanuit de doctrine een andere teneur bestendigd. Symptomatisch voor een deel van de rechtsliteratuur is immers dat zij uitspraken waarin aan fundamentele rechten gerefereerd wordt *qua* resultaat ook onmiddellijk aan de inwerking hiervan toeschrijft. Het is alsof de minder substantiële gebruikswijzen zoals die (h)erkend worden in de toepassing van alle andere rechten (o.a. gebruik ten overvloede of als zuiver ornament) plots niet meer bestaan als het gaat om fundamentele rechten. Daarmee wordt een verdere bijdrage geleverd aan de mythologisering van horizontale werking en een oprekking van verwachtingen.

6 Aanspraken en onvermogen

6.1 Inleiding

Niettegenstaande *Drittwirkung* initieel voornamelijk ontplooid werd als dissociatie ten aanzien van een totalitair verleden (en bijgevolg voor systemen zonder deze achtergrond, waar in de regel overigens ook voorheen fundamentele waarden en vrijheden in privaatrechtelijke litigaties werden gehanteerd, *überhaupt* minder betekenis heeft);[1] haar omvang, grondslag en invulling onzeker zijn;[2] haar applicatie diffuus en veelal van ornamentele, formele of incidenteel zelfs verhelende aard,[3] blijkt zij voor het overige, naar wordt beweerd, enkele stevige troeven in hand te houden.

Met name zou horizontale werking een betere articulatie van de in het geding zijnde belangen verzorgen, de rechter oriënteren op objectieve, onwrikbare maatstaven en hem zorgvuldiger geleiden in zijn besluitvorming dan het privaatrecht dat kan, evenals daarbij een meer nadrukkelijke bescherming bieden aan de zwakkeren in het geding.

Dat is sterk overdreven.

6.2 Competentie ontkleed

6.2.1 Articulatie

Middels verwijzing naar grondrechten zou de rechter pas werkelijk betrokken worden op de aan recht en maatschappij onderliggende waarden, daarbij – zo wordt gewaagd – onder andere het risico uitsluitend dat deze rechtsbedeler zich op de letter van de wet 'verkijkt' of deze waarden in zijn eigen interpretatie veronachtzaamt.[4]

In het beste geval getuigen deze aanspraken, wat de meerderheid van horizontale werking litigaties betreft, van een ontroerende naïviteit, in een minder flatterende gradatie vormen ze een rechtstreekse aanfluiting van de beroepsbekwaamheid (of zelfs intellectuele capaciteit) van de rechterlijke macht.

---

1 Zie hoofdstuk 2.
2 Zie hoofdstuk 3.
3 Zie hoofdstukken 4 en 5.
4 Zie specifiek Mak 2004, p. 127-128; vgl. o.a. Van Leuven 2008, p. 283-284.

Immers, deze instanties, begiftigd geacht met juridische kennis, logisch denkvermogen en voldoende maatschappelijk inzicht om de meest uiteenlopende en complexe conflictsituaties af te handelen, worden simpelweg gesuggereerd incapabel te zijn de grondslagen van de samenleving zelf te vatten. Pas na een hertaling van een belang of vrijheid in de eventuele schending van een fundamenteel recht, voor de leek een vreemde ritualistische exercitie in 'stating the obvious', zou de aldus wereldvreemde rechter worden verlicht en tot werkelijk besef van het belang van de zaak komen.

Niet enkel is deze vooropstelling compleet ongeloofwaardig en zonder steun in de rechtspraktijk (zo wijst, om slechts een enkele contra-indicatie te geven, onderzoek van de illustere *wrongful life* en *wrongful birth* litigaties uit dat hierin alle grote thema's aan bod komen ongeacht of aan fundamentele rechten wordt gerefereerd of niet),[5] maar lijdt zij evenzeer aan interne incoherentie. Dubieus is immers enerzijds te gewagen van *fundamentele* waarden, nl. waarden die reeds eeuwen[6] geacht worden de essentiële structuur van de westerse maatschappij uit te maken, waaraan ten dele (al dan niet terecht) zelfs een universeel karakter werd toegekend en die *in se* frequent te herleiden zijn tot het *meest enkelvoudig kenbegrip* (menselijke waardigheid) of *meest enkelvoudige regel* (de gouden regel) van interactie binnen de Rechtsstaat, en anderzijds te betogen dat de rechter tot herkenning hiervan grondrechtencatalogi behoeft. Overigens zou dit gegeven ook uiterst problematisch zijn daar het in met oogkleppen getooide jurisprudentie resulteert: de in het privaatrecht te beschermen (en beschermde) waarden zijn immers veel talrijker dan deze die uiteindelijk (en dan nog in abstracte versie) hun beslag in Verdrag of Grondwet hebben verkregen[7] (er zelfs van uitgaand dat deze rechtsdocumenten dan nog een afgerond geheel vormen en niet, zoals bijvoorbeeld in Israël, in het midden van het constructieproces abrupt in de steek zijn gelaten).[8] Ten

5 Hermann & Kern *n.a., n.f.*

6 De grondrechten die werking krijgen binnen een horizontale context zijn immers bijna uitsluitend de klassieke. De moderne sociale grondrechten komen amper aan de orde. Zie § 3.3.2.1.

7 Vgl. Di Fabio 2004, p. 4-5.

8 Het plan tot redactie van een gehele grondwet voor de nieuwe staat Israël werd wegens toenmalige onoverkomelijke ideologische onenigheid opgegeven ten voordele van een stelselmatige uitvaardiging daarvan (d.w.z. via onderscheiden *'Basic Laws'*). Pas in 1992 werden de eerste delen die op fundamentele rechten en vrijheden betrekking hadden afgekondigd: de *'Basic Law: Freedom of Occupation'* en de *'Basic Law: Human Dignity and Liberty'* (inhoudende in bijzonder het recht op leven en persoonlijke vrijheid, eigendom, menselijke waardigheid, lichamelijke integriteit en privacy). Resultante daarvan was evenwel een machtsstrijd vanwege het Hooggerechtshof, die ook voorheen op de verticale toepasbaarheid van de dan ongeschreven mensenrechten had gezien maar heden op basis van deze nieuwe 'Basic Laws' voor de gehele rechtsmacht evenzeer constitutioneel toetsingsrecht over wetgeving claimde en welke controverse een halt voor het redactieproces betekende in die zin dat twijfelachtig wordt dat de volgende *fundamental rights* componenten binnen afzienbare toekomst uitgevaardigd zullen worden (Barak-Erez & Gilead 2007, p. 252-253). Deze *stand still* wordt door sommige auteurs alvast gezien als een goede reden om directe

slotte dient opgemerkt te worden dat aan deze doctrine ook een bevreemdend rechtspolitiek franje zit. Enerzijds wordt *de facto* getwijfeld aan het denkvermogen van de rechter, of wordt deze in het mildste geval vatbaar geacht voor retoriek, en anderzijds wordt aangaande horizontale werking nu vaak beweerd dat deze de politieke rol van de rechter uitvergroot.[9] Nu mag het naar de cynische woorden van Napoleon Bonaparte wel zo zijn dat 'en politique, une absurdité n'est pas un obstacle', doch het valt te betwijfelen of dat het ideaal is dat dergelijke doctrine ambieert.

6.2.2 Oriëntatie

Naast het articulerend potentieel wordt echter ook oriënterend vermogen als bijzondere sterkte van fundamentele rechten en bijgevolg horizontale werking aangevoerd. In bijzonder het samenspel van beide elementen is niet onbelangrijk: juist in dit tweede aspect kan namelijk compensatie voor de *supra* aangehaald versterkte politieke rol van de rechter worden gevonden.

Immers, de rechtspolitieke rol, die bijna altijd present is, wordt middels *Drittwirkung* wel uitvergroot maar tegelijk ook beter binnen de perken gehouden, het beleid van de rechter zou nu niet vertrekken vanuit onbepaalde waarden, speculatieve maatschappijopvattingen en *überhaupt* moeilijk te kwalificeren hypothetische constructies, maar integendeel vanuit de grote onveranderlijke en hooggestemde maximes die de fundamentele rechten zijn. Kortom, vanuit deze objectieve maatstaven zou, Clausewitz parafraserend, recht niet slechts een voortzetting van politiek zijn, maar *au contraire* politiek een voortzetting van *Het Recht*.[10]

Bij dergelijke aanspraken (het eeuwige noodlot der Hoge Principes) is steeds moeilijk in eerste instantie niet ietwat ironisch te worden (Quand les gens parlent de 'droits de l'homme', j'ai toujours plus ou moins l'impression qu'ils font du second degré).[11] Alsof grondrechten steeds zo hoog gestemd zijn dat zij niet zelf een voortzetting van degeneratief gedachtegoed kunnen uitmaken of niet voor contaminatie vatbaar zijn. Alsof de illustere *drafters* van de VSA *Declaration of Independence* de aan eenieder gegarandeerde gelijkheid en vrijheid als bezwaar zagen tegen de slavernij van welbepaalde *Üntermenschen* en alsof de gefêteerde Franse declaratie van 1789 er niet een soortgelijke discriminatoire

werking af te houden, als zou dit voorzeker disproportionele bescherming opleveren versus fundamentele waarden als het principe van gelijkheid, vrijheid van meningsuiting, vereniging, religie en dergelijke die nog niet in '*Basic Laws*' gecodificeerd zijn (Barak-Erez & Gilead 2007, p. 257).

9 *Cf.* o.a. Limbach 2000, p. 162.

10 Kumm 2006, *passim* (o.a. p. 343).

11 M. Houellebecq, *Platforme*.

ideologie op nahield.[12] Alsof het schijnbaar door een vroegtijdige bekommernis aangaande dierenwelzijn in de Zwitserse grondwet middels referendum uit 1893 ingeschreven art. 25*bis*,[13] waarin het verbod wordt opgelegd dieren te slachten zonder hen vooreerst te verdoven, niet in werkelijkheid werd geïncorporeerd wegens antisemitische sentimenten.[14] Alsof niet zelfs de Nazi-Staat door zijn hooggeachte en *in se* allerminst laakbare principe van eer, voorloper der huidige *human dignity*,[15] niet tegelijk terreur heeft ontketend. Alsof contemporaine zelfverklaarde voorvechters van vrijheid en mensenrechten onder dit vaandel niet juist diezelfde waarden met voeten treden. Kortom, alsof het meest basale *Ô liberté! Ô liberté! Que de crimes on commet en ton nom!*[16] dat reeds eeuwen weerklinkt en zelfs romancier[17] met jurist[18] verbindt, niet evengoed echoot doorheen de fundamentele rechten die daarvan als uitdrukking gelden.

Daarmee is uiteraard niet gedoeld dat ook in onze huidige Constituties of Conventies dergelijke diepgrijpende aberraties schuil gaan, dat is een oordeel

---

12 *Cf.* Ségur 2004, p. 15: vrouwen, de koloniale negroïde bevolking en, tot op zekere hoogte, Joden werden tijdens de revolutionaire periode niet door het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel bevoordeeld.

13 Het artikel is 1973 wel vervangen door een bepaling die de federale overheid bevoegd verklaarde tot wetgeving aangaande dierenbescherming, maar werd via overgangsbepaling in werking gehouden tot dezer genese, nl. tot Wet 9 maart 1978 'sur la protection des animaux' welke in art. 20 lid 12 het verbod hernam (Aldeeb 2003, p. 248; Aldeeb 2006, p. 2; Le Bot 2007, p. 46). Opmerkelijk is dat de clausule in bijzonder bij aanvang 21e eeuw juist vanuit de optiek van vrijheid van religie opnieuw sterk in vraag werd gesteld (*cf.* art. 19 lid 4 voorontwerp revisie wet 'sur la protection des animaux'; zie in bijzonder het negatief advies van Cottier & Aldeeb 2001, p. 2 *et seq.* evenals Aldeeb 2003, p. 251) en dit voornamelijk vanwege de overheid (*cf.* 'Modification de la loi sur la protection des animaux', *FF* 2002, p. 4652) en verscheidende stemmen uit de juridische wereld (o.a. Favre 1970, p. 284; Krauthammer 2000, *passim*), maar een voorstel om hieraan, ten voordele van de joodse en islamitische godsdienst (kritisch over de noodzaak daartoe Cottier & Aldeeb 2001, p. (2 *et seq.*) 12), afbreuk te doen werd ingetrokken onder overduidelijke tegenkanting vanwege de bevolking en zelfs het risico op een volksraadpleging met tot doel dergelijke norm opnieuw in de Constitutie in te schrijven (Aldeeb 2003, p. 251-252; secundair Le Bot 2007, p. 47). Actueel staat het verbod gecatalogeerd onder art. 21 wet dierenbescherming van 16 december 2005 (zie Aldeeb 2006, p. 4).

14 *Cf.* Aubert 1967, par. 2067; Ossipow 2003, p. 44; Horan 1976, p. 857. Ook het huidige verzet tegen de afschaffing van haar contemporaine equivalent (zie voetnoot 13) wordt gesuggereerd nog steeds in anti-semitische overwegingen te zijn geworteld (*cf.* o.a. Krauthammer 2000, p. 274 (aangehaald in Aldeeb 2003, p. 250 (kritisch)).

15 Whitman 2003, p. 243-266.

16 Toegeschreven aan 'Madame' (J.-M.) Roland op moment harer terechtstelling, 8 november 1793 (o.a. opgenomen in *Oxford Concise Dictionary of Quotations*, New York: Oxford University Press 2001, p. 259) (vgl. tevens D. George, *The Perpetual Pessimist*: *Oh freedom, what liberties are taken in thy name*).

17 F. Ferrucci, *Brief aan de gelukkige jongen die ik was*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 1994, p. 115: 'Zelfs een authentieke en niet totaal leugenachtige waarde als vrijheid is bruikbaar als alibi voor een destructieve daad'.

18 Van der Pot & Donner 1995, p. 221: 'Vrijheid is, zoals gezegd, een complexe zaak en uit pure vrijheidlievendheid wordt de vrijheid wel eens geducht geschaad'.

for generations to come of eventuele Usbek's & Rica's[19] en voor deze studie van minder belang. Wat wel blijft is de boodschap dat grondrechten evengoed uitvloeisel zijn van politiek en, belangrijker voor derdenwerking, zij tot de doelstellingen daarvan ook geheel soepel kunnen gekneed worden. Daarin valt zelfs geen onderscheid te maken tussen de lokale, nationale Constituties of op grotere spankracht terugbuigende Conventies. Zoals een commentator ten aanzien van het Canadese *Charter of Rights and Freedoms* terecht opmerkte: 'many of these rights […] contain little or no substantive criteria; they resemble blank slates on which the judiciary can scrawl the imagery of their choice'.[20] Die conclusie transcendeert zonder meer haar oorspronkelijk subject. Meer nog, voor de Europese jurist mag zij niet meer dan een banaal truïsme uitmaken. Welke instantie anders dan het EHRM proclameert immers haar Verklaring standvastig als een 'living instrument' afhankelijk van 'present day conditions'[21] en erkent daarmee groothartig dat deze rechten aan (politieke) verandering onderhevig zijn?[22] Verandering die dan overigens nog eens afhankelijk is van (maatschappelijke) progressie in enkele onder haar gelding ressorterende nationale systemen en dan als maatstaf aan alle wordt opgelegd.[23] Voor de Conventie in haar verticale gelding maakt dergelijke werkwijze echter weinig uit: zij schrijdt hierdoor voort maar desintegreert niet, integendeel, komt juist versterkt en immer coherent uit de brand.

Voor de nationale rechter handelend in private litigatie is het verhaal evenwel anders, ongeacht of deze zich nu van nationale of internationale fundamentele rechten bedient. Het theoretisch corpus dat via rechtspraak en doctrine (meestal rondom de exclusieclausules) werd gesponnen is voor hem immers zo goed als onbruikbaar want enkel gericht op de verticale, in de regel niet naar horizontale dimensie transponeerbare, as. De traditionele uniformerende ruggengraat kortom, ontbreekt. Betreffende EVRM-normen wordt in praktijk zelfs nog maar amper de moeite gedaan de rechtspraak van het EHRM meer dan oppervlakkig onder ogen te nemen.[24] Wat rest is slechts de naakte grondrechtsnorm waarvan de invulling, naargelang persoonlijke impressie der 'bouche de la loi', hetzij een bezwarende consciëntieuze afweging impliceert[25] hetzij een welgekomen vrijheid tot rechtspraak *ex aequo et bono.* In ieder geval betekent ze weinig meer dan het invullen van een onbepaalde waarde

19 *Cf.* Montesquieu's *Lettres persanes*.
20 Monahan 1987, p. 53.
21 *Cf.* o.a. EHRM 25 april 1978 (*Tyrer v VK*), Serie A, vol. 26.
22 Zie terzake o.a. Prebensen 1998, p. 1123-1137.
23 *Cf.* Mahoney 2005, p. 135-150.
24 Zie § 7.2.
25 *Cf.* De Meyer 1994, p. 179 ('Ook kunnen over de interpretatie van fundamentele rechten zoals over die van andere rechten verschillende meningen bestaan en kunnen deze ook in de loop der jaren veranderen. In deze materie kan een zware last wegen op het geweten van de rechter. Hem komt uiteindelijk toe te zeggen wat recht is: dat is, wanneer het om fundamentele rechten van de mens gaat, soms geen gemakkelijke taak').

aan de hand van in de maatschappij heersende normen en opvattingen *ergo* dezelfde reisweg als de rechter bij zuiver civielrechtelijke (d.w.z. grondrechtsloze) invulling van open normen dient af te leggen. Althans met één uitzondering, namelijk dat de retorische dekking van grondrechten aan de rechter die middels deze ageert (mogelijk) meer speelruimte tot politieke beslissingen verleent.

Het is in ieder geval dit beeld dat uit de rechtspraktijk naar voren treedt. Grondrechten bieden niet meer oriënterend vermogen maar laten, net als open normen, toe, uiteraard binnen een zekere limiet, bijna alle wenselijke, beleidsmatige, keuzes te legitimeren. Vandaar ook dat gelijkaardige conflicten die transnationaal middels gelijkaardige grondrechten worden afgehandeld veelvuldig in tegenstrijdige resultaten uitlopen, terwijl deze divergentie niet aan de impact van enige privaatrechtelijke norm kan toegeschreven worden.[26]

Meest voor de hand liggend is uiteraard het archetypische conflict tussen vrijheid van meningsuiting en privacy (en in bijzonder de meest uiteenlopende inhoud die aan deze begrippen toegedicht wordt),[27] maar het casuïstisch karakter maakt deze minder geschikt als duidelijke illustratie van de aangevoerde boodschap.[28] Dat is echter niet het geval bij het onder de loep nemen van enig specifiek deelgebied, zoals het *droit à l'oubli*.[29] Zo passeerden bijvoorbeeld in zowel België,[30] Duitsland,[31] Frankrijk[32] als Nederland[33] fundamenteelrechtelijk afgehandelde litigaties de *revue* omtrent het recht van een misdadiger om geruime tijd na diens veroordeling terug in vergetelheid te vervallen.[34] Aan het principe zelf kan vanuit ethisch oogpunt uiteraard niet getwij-

26 Genoteerd dient te worden dat het aantal tegenstrijdige resultaten anderzijds ook geen absoluut massale hoeveelheid zijn kan, daar fundamentele rechten juist ook frequent worden gehanteerd als *newspeak*-articulatie van erkende, op zuiver privaatrechtelijke grondslag gevestigde rechtspraak.

27 Zie in bijzonder *infra* § 7.2.2.2.2.

28 Vgl. nochtans de Belgische positie als weergegeven in § 4.1 en de aanmerkingen aldaar.

29 Zie terzake o.a. Lemmens 2002, p. 45-70.

30 Rb. Brussel 21 december 1995, *J.T.* 1996, 47; Rb. Brussel 30 juni 1997, *J.T.* 1997, 715; Rb. Namen 17 november 1997, *J.T.* 1998, 187; Rb. Brussel 20 september 2001, *A&M* 2002, 77.

31 BVerfG 5 juni 1973 (Lebach), *BVerfGE* 35, 202; OLG Frankfurt am Main 22 mei 2007, 11 U 72/06. Vgl. tevens OLG Hamburg 6 maart 1986, *AfP* 1987, 518.

32 TGI Parijs 9 december 2002, *D.* 2003, Jur., 1715 (zie Caron 2003, p. 1716-1718).

33 HR 21 januari 1994 (Ferdi E.), *NJ* 1994, 473. Zie tevens Rb. Amsterdam 14 april 2008, *LJN*: BC9407 en Rb. Amsterdam 17 april 2008, *LJN*: BC9829 (TV-rapportage betreffende misleiding op datingsite omtrent strafrechtelijk verleden).

34 Vgl. tevens wat Engeland betreft *X (a woman formerly known as Mary Bell) v O'Brien* [2003] EWHC 1101 (QB) waarin op basis van een middels de HRA 1998 via *breach of confidence* gededuceerde aanspraak op privacy (zie *infra* § 7.2.2.2.2) anonimiteit werd gegarandeerd aan 'the woman formerly known as Mary Bell', in 1968 veroordeeld wegens *manslaughter* van twee kinderen toen ze zelf 11 was en vrijgekomen in 1980, en haar dochter, daarbij in meest omvattende vorm het verbod opleggende tot publicatie van enige informatie die tot hun identificatie leiden zou. Niettemin gaat het hier niet om een werkelijk recht op vergetelheid aangezien, zoals ook Markesinis e.a. 2004, p. 169, voetnoot 134 terecht opmerken, slechts de publicatie van *nieuw* materiaal verboden wordt. Overigens werd ook in de

feld worden, '[r]efuser le droit à l'oubli, au mépris de toute "prescription du silence", c'est nourrir l'homme du remords qui n'a d'autre avenir que son passé, dressé devant lui comme un mur qui bouche l'issue'.[35] Vandaar ook dat reeds geruime tijd in zuiver privaatrechtelijke rechtspraak erkend werd dat weinigen tot het einde der dagen identificeerbaar als crimineel in allerhande publicaties en tv-programma's mogen opgevoerd worden.[36] Markant is echter dat de afhandeling hiervan aan de hand van fundamentele rechten weinig meer sturend blijkt. Zo oordeelde het *Bundesverfassungsgericht* in de zaak *Lebach*,[37] betreffende het vernoemen in een ZDF-documentaire van de naam van een tot zes jaar gevangenisstraf veroordeelde wegens medeplichtigheid bij een moord op vier Duitse soldaten, dat de pers haar bevoegdheid had overschreden en niet diende te oordelen over de re-integratie van een veroordeelde in de samenleving noch deze te belemmeren (een gelijkaardige lijn als

uitspraak zelf door Dame Butler-Sloss de tot terughoudendheid aansporende bemerking gelegd alsdat '[i]t would be wrong for the court to find that the notoriety which may follow the commission of serious offences would of itself entitle the offender upon release from prison to injunctions based upon the interference to his private and family life caused by press intrusion. That would open the floodgates to widespread injunctions for criminals and would be contrary to the protection rightly afforded to freedom of expression in article 10 (1) and in section 12 of the Human Rights Act. It would also inhibit the right of the press to publish and the public to know the identity of those who have committed serious crimes and the success or otherwise of the rehabilitative process'. Kortom, het zijn in *Mary Bell* de geheel bijzondere omstandigheden die spelen en waaraan in principe geen werking bij analogie aan zal kunnen ontleend worden; zoals opnieuw terecht merken Markesinis e.a. 2004, p. 169, voetnoot 134 op dat daarmee het zwaartepunt *in globo* ligt bij vrijheid van meningsuiting eerder dan privacy en rehabilitatie (vgl. tevens *Ellis v. Chief Constable of Essex* [2003] EWHC 1321 waarin werd geweigerd de nieuwe misdaadbestrijdende praktijk erin bestaande posters met foto's van misdadigers in publieke plaatsen op te hangen aan art. 8 EVRM te toetsen voor zover geen individuele zaak werd voorgebracht (wel werd erkend dat daarbij de impact op het privé-leven van de betrokkenen en hun naasten in rekening zou dienen te worden genomen)). Overigens is het ook met dergelijke *caveat*, duidend op het uitzonderlijk karakter, dat Dame Butler-Sloss waarschuwend sluit: '[t]he grant of these injunctions […] is exceptional. As far as I am aware, there are at present no other child killers who have been released from prison or detention. The granting of the relief sought by claimants in this case is not, and is not to be taken to be, a broadening of the principles of the law of confidence […]'. In dit kader weze tevens opgemerkt dat de in Engeland tot bescherming van privacy gehanteerde *breach of confidence* naar aard (*cf.* o.a. Morgan 2003, p. 452 & 453) ongeschikt is tot censureren van informatie eens deze in het publieke domein is gebracht, zodat erkenning van een recht op vergetelheid naar Engels recht bijzonder moeilijk ligt.

35 Ravanas 1992, p. 295-296.

36 Zie o.a. in Frankrijk TGI Parijs 20 april 1983, *JCP* 1985.II.20434; CA Versailles 14 september 1989, *Gaz. Pal.* 1990.1 som. 123; vgl. Cass. 20 november 1990, *JCP* 1992.II.21908 (waarvan de draagwijdte omstreden is, zie Lemmens 2002, p. 51 en o.a. daarin lezende een ontkenning Beignier 2004, p. 182, voetnoot 3); zie terzake o.a. Costaz 1995, p. 2-11; Ravanas 1992, p. 293-296; Letteron 1996, p. 385-424.

37 BVerfG 5 juni 1973 (Lebach), *BVerfGE* 35, 202.

welke nadien ook in de Belgische rechtspraak werd uitgezet),[38] wijl de Hoge Raad in de zaak *Ferdi E*,[39] aangaande een moordenaar die zich tegen de herpublicatie korte tijd na de feiten van een tijdens de reconstructie genomen foto verzette, op basis van gelijkaardige argumenten en grondrechten als haar Duitse equivalent tot een tegengestelde conclusie kwam.[40] Gelijksoortig zou ook kunnen verwezen worden naar de aanverwante rechtspraak waarin criminele feiten als herkenbare basis voor meer fictieve bewerkingen (zoals boek of toneelstuk) voorliggen, ook hier blijken grondrechten immers voor weinig unanimiteit te zorgen.[41]

Verder kan uiteraard gedacht worden aan de illustere *wrongful birth* en *wrongful life* uitspraken waar in het bijzonder de bescherming van *human dignity* voor veel verbaal geweld zorgde maar weinig substantie, waardigheid blijkt een dermate eenvoudig gegeven dat het, geïncorporeerd in meest fervente betogen, noodwendig tot diametraal tegengestelde conclusies leidt.[42]

In deze en talrijke andere gevallen barst het beeld van grondrechten als duidelijk oriënterende norm. Dergelijke voorbeelden zijn echter slechts suggestief in die zin dat ze steeds voor kritiek vatbaar zijn. Men kan immers redetwisten omtrent de onderscheiden specifieke omstandigheden van het geval die de uiteindelijke uitkomst van grondrechten bepalen en hieraan de divergentie toeschrijven of, specifiek in het geval van *wrongful birth* en *wrongful life*, niet geheel ten onrechte de algemene inschaling van *human dignity* als tot kwalificatie van *Drittwirkung* aanleiding gevend grondrecht afwijzen. Het maakt dat waterdichte bewijzen van de stelling pas op hoger abstractieniveau kunnen

38 Rb. Brussel 20 september 2001, *A&M* 2002, 77 (zie o.a. Voorhoof 2001b, p. 1 & 16). *In casu* was in 1993 door RTL-TVI een rapportage gemaakt van een uit 1984 daterende ontsnappingspoging van de in 1982 tot levenslange dwangarbeid veroordeelde Peter C., waarbij twee gevangenisdirecteurs en een arts waren gegijzeld en bij interventie door de rijkswacht zijn kompaan was neergeschoten. In geding was een verbod tot heruitzending van de rapportage die destijds (1984) gemaakte beelden bevatte evenals een videoreconstructie middels een zeer sterk op Peter C. gelijkende acteur. Naar oordeel van de rechtbank betrof het hier een, hoewel niet sensatiegericht, slechts op ontspanning doelend programma, en dus van relatief maatschappelijk belang, zodat het diende af te leggen tegen het belang van Peter C., welk hij ook in de besloten sfeer van de gevangenis kon doen gelden, op een teruggetrokken en anoniem leven met het oog op resocialisatie. Opmerkenswaardig is dat zowel *Ferdi E* als *Lebach* in het oordeel aangehaald worden.

39 HR 21 januari 1994 (Ferdi E.), *NJ* 1994, 473. Vgl. anderzijds HR 6 januari 1995 (V.G. / Parool), *NJ* 1995, 422 alwaar de Hoge Raad op basis van het 'algemeen persoonlijkheidsrecht' het recht erkende niet méér dan 40 jaar na veroordeling opnieuw met de litigieuze daad te worden geconfronteerd (zie o.a. Nehmelman 2002, p. 108-110). Confronteer tevens met Rb. Brussel 21 december 1995, *J.T.* 1996, 47.

40 *Idem* Smits 2003, p. 125; Smits 2006a, p. 18. Zie tevens Smits 2008a, p. 15-16.

41 Vgl. bijvoorbeeld Voorz. Rb. Gent (kg.) 16 februari 2005, *A&M* 2005, 262 (zie Voorhoof 2005, p. 1 & 5); TGI Parijs 9 december 2002, *D.* 2003, Jur., 1715 (zie Caron 2003, p. 1716-1718) versus Cass. 9 juli 2003, *JCP* 2003.II.10139.

42 Tevens o.a. Hermann & Kern *n.a.*, *n.f.*; Smits 2006a, p. 17.

gevonden worden, d.w.z. waar onmiskenbaar de invulling *van* en niet de invulling *met* grondrechten aan de orde is. Ook hieraan is evenwel geen gebrek.

Zo bijvoorbeeld kan worden verwezen naar een (wegens het gebruik van EVRM-normen) welbekende uitspraak van het Franse Hof van Cassatie waarin een woonplaatsclausule op basis van artikel 8 van deze Conventie werd vernietigd[43] en dit worden geplaatst tegenover Belgische jurisprudentie[44] welke in gelijkaardige context dit artikel negeerde[45] en dus handelde overeenkomstig de expliciete rechtspraak van de Belgische Raad van State[46] welke consequent verkondigt dat art. 8 *niet* het recht vrij de woonplaats te kiezen omvat.[47] In het immer intrigerende domein van draagmoederschap is interessant vast te stellen dat Nederlandse jurisprudentie overdracht van gezag in deze aangelegenheden in strijd acht met het IVRK,[48] terwijl het Parijse *cour d'appel* zich juist op dit Verdrag beriep om in dergelijk geval *volle adoptie* toe te staan,[49] en de Italiaanse rechtspraak amusant genoeg zelfs intern tot tegenstrijdige resultaten lijkt te komen[50] (welk allemaal nog veelbetekenender wordt in de wetenschap dat de *fundamental rights* rechtspraak inzake draagmoederschap in de doctrine reeds opgeworpen werd als illustratie van het harmoniserend vermogen van derdenwerking).[51] In aangelegenheden van ontslag van onderwijzend personeel wegens getreden in een staat onverenigbaar met de Roomskatholieke moraal hebben de Duitse en Belgische rechtspraak wat betreft de

---

43 Cass. Soc. 12 januari 1999, *D.* 1999, Jur. Comm., p. 645 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 83).

44 Arbrb. Brugge 13 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, p. 79 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 83).

45 Instemmend Humblet 1994, p. 81 (die zich voor het overige evenwel kritisch over het arrest uitlaat).

46 Raad van State 23 mei 1989, *Arr. R.v.St.* 1989, nr. 32.632. Wel had deze instantie, zoals Humblet 1994, p. 81 opmerkt, dergelijke clausules onrechtmatig geacht (of althans aan beperkingen onderworpen) in het kader van de art. 2 van het vierde Protocol EVRM (een route waarvoor dan ook door de Arbrb. Brugge wordt geopteerd) evenals de Belgische grondwetsbepaling m.b.t. vrijheid van persoon en 12 IVBPR (zo o.a. in reeds voornoemd arrest *d.d.* 23 mei 1989 en verder in R.v.St. 26 juni 1989, *Arr. R.v.St.* 1989, nr. 32.786 en nr 32.787; R.v.St. 20 november 1991, *Arr. R.v.St.* 1991, nr. 38.137; R.v.St. 25 november 1992, *Arr. R.v.St.* 1992, nr. 41.149; R.v.St. 15 juni 1994 (nr. 48.002), *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, 356; R.v.St. 10 juli 2002 (nr. 109.099), *T. Gem.* 2003, 52 (waar arrest ten onrechte wordt geduid als uitgesproken in 2003); R.v.St. 4 juli 2003 (nr. 121.320), *R.W.* 2003-04, 1422 (zie terzake o.a. De Brabandere 1990, p. 274-275; Opdebeek 1992, p. 105-107; Opdebeek 2003, p. 56-61; Plets 1999-00, p. 734 *et seq.*; Van Speybroeck 1992, p. 462-468)).

47 Zie overigens de commentaar van de Belgische auteur Plets alsdat 'niet duidelijk' is 'waarom het Franse Hof van Cassatie gebruik maakt van (het meer algemene) art. 8 E.V.R.M., terwijl art. 2 van het vierde aanvullende protocol afzonderlijk en specifiek het recht op vrije woonplaatskeuze erkent' (Plets 1999-00, p. 734). Ook binnen de Franse doctrine weerklinkt een dergelijk geluid (o.a. Marguénaud & Mouly 1999, p. 646); naar Debet oppert is best mogelijk dat deze 'keuze' van Cassatie voortspruit uit eenvoudige onwetendheid, 'méconnaissance de la Convention' (Debet 2002, p. 429).

48 Zie § 5.3.

49 CA Parijs 15 juni 1990, *JCP* 1991.II.21653 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 153).

50 Zie hoofdstuk 4, voetnoot 153.

51 Met name Mak 2007, p. 76-77.

invulling van het grondrecht op huwelijksvrijheid en privéleven compleet tegengestelde opvattingen geventileerd, zelfs intern, en in België is de conclusie van de problematiek uiteindelijk uit zuiver privaatrechtelijke hoek aangebracht.[52] In dit laatste land leveren overigens reeds de litigaties omtrent de inschrijving van kinderen in een school die in principe enkel voor het andere geslacht opengesteld is een afdoende bloemlezing tot illustratie van onbepaaldheid, omkneedbaarheid van grondrechten, meer bepaald de onderwijsvrijheid en het non-discriminatiebeginsel.[53] Gevallen van erfrecht, in bijzonder wat betreft het treden tot de nalatenschap van louter biologische kinderen, leveren ook heden (zij het geheel begrijpelijk) middels grondrechten nog de meest diverse conclusies op en in aanverwante complexe zaken als het vaststellen van afstammingsbanden kan uiteraard niet meer op naakte grondrechtsnormen worden gesteund.[54] Ook echter in dagdagelijkse litigaties als het recht van de huurder of mede-eigenaar een satellietschotel te installeren is eenstemmigheid in grondwetsinterpretatie nog steeds zoek. Grondrechten blijken daarin vermogend het meest eenduidig verbod vanwege verhuurder of mede-eigenaars te doorbreken[55] alswel hiertoe compleet incapabel te zijn[56] of zelfs geheel irrelevant te zijn voor deze relatie.[57] Anderzijds blijkt binnen de ene natie dit specifieke recht op vrijheid van meningsuiting volkomen afhankelijk van de nationaliteit die men bezit wijl in andere landen dit gegeven zelfs niet eens als parameter in de afweging meespeelt.[58]

Kortom, het oriënterende vermogen van grondrechten is misschien wel een aannemelijk gegeven maar stemt uiteindelijk niet overeen met de realiteit. Eigenlijk mag dit niet verwonderen, fundamentele rechten zijn per definitie

---

52 Zie § 4.3.

53 Rb. Antwerpen (Kg.) 19 juli 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 196; Rb. Leuven (Kg.) 30 augustus 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 198; Rb. Antwerpen 22 oktober 1992, *R.W.* 1992-93, 541, noot E. Dirix; Rb. Dendermonde (Kg.) 13 augustus 1993, *T.O.R.B.* 1993-94, 271; Rb. Antwerpen 27 juni 1995, *R.W.* 1995-96, 1218; Rb. Dendermonde 29 juni 1995, *R.W.* 1995-96, 1240; Rb. Brugge (Kg.) 28 juli 1995, *R.W.* 1995-96, 1034; Rb. Mechelen (Kg.) 14 augustus 1995, *R.W.* 1995-96, 1269; Hof Brussel 21 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 260. Gelijkaardig m.b.t. inschrijving autistisch kind Rb. Kortrijk (Kg.) 28 oktober 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 200. Verwezen word in deze zaken zowel naar de constitutionele als conventionele bepalingen aangaande non-discriminatie (art. 10 & 11, respectievelijk 14 EVRM en een enkele keer art. 2, 2° IVESC en art. 2 Verdrag Rechten van het Kind (nl. Hof Brussel 21 februari 1996)) als (in hoofde van beide partijen) de constitutioneel beschermde vrijheid van onderwijs (art. 24). Zie tevens Rb. Brugge (Kg.) 5 september 1990, *T.O.R.B.* 1991-92, 194 (onbepaalde verwijzing naar 'discriminatie' en 'vrijheid van schoolkeuze'); Pletinck 1994, p. 275; Verstegen 1991, 200-208, in het bijzonder 202-203; Verstegen 1996, p. 243 *et seq.* Op te merken valt hierbij dat de rechtspraak allerminst eenduidig is, hoewel de meerderheid afwijzend staat ten aanzien van geslachtsgebonden scholen.

54 Vgl. o.a. hoofdstuk 4, voetnoot 148.

55 BGH 22 januari 2004, *NJW* 2004, 937; BayOLG 15 april 2004, *WuM* 2004, 359; LG Essen 12 maart 1998, *WuM* 1998, 344.

56 Vred. Wolvertem 20 maart 1997, *T. Vred.* 1998, 295 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 104).

57 Vred. Antwerpen 13 november 1995, *T. App.* 2001, afl. 4, 44 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 104).

58 Zie § 4.2.

te onbestemd, te algemeen om werkelijk te geleiden. Tenslotte hangt alles in feite af van het kader waarin ze spelen en de inhoud die men ze mee *wil* geven, en in dit laatste is met name het satellietschotelvoorbeeld bijzonder verhelderend want, zoals reeds gesteld, fungeerden daarbij in Duitsland de fundamentele rechten duidelijk als dienschaal voor beleidspolitieke overwegingen. Dat politieke krachtveld is denkelijk ook één van de meest onderschatte elementen van *Drittwirkung* en fundamentele *vrijheden* rechtspraak in het algemeen.

Daarbij past nog een epilogische illustratie. Meest voor de hand liggend en vertrouwd voorbeeld is het debat rondom de hoofddoek en andere religieuze kledingsstukken op de arbeidsvloer. Het is in feite niet meer dan een afspiegeling van de twiststrijd binnen de publieke sector maar daarmee tegelijk ook bijzonder markant. Hoewel het privaatrecht in landen als Duitsland, Nederland en Frankrijk terzake immers behoorlijk gelijklopend is, is het duidelijk het onderscheiden nationale ideeëngoed welke de reikwijdte van de vrijheid van religie binnen dergelijke litigaties zal bepalen en niet dit grondrecht *en-soi*. Dit in zijn geheelheid uitklaren zou al te ver voeren, maar het enkele aspect van 'consumer discrimination' (d.w.z. ongelijke behandeling ingegeven door het verlangen te voldoen aan de wensen van klanten welke op zich resultante zijn van vooroordelen *etc.*)[59] is al te illustratief om te negeren.

Zo wordt in Duitsland, gekend om zijn eerdere non-interferentiepolitiek ten aanzien van religieuze symbolen, aanvaard dat een werkgever zich weliswaar op zijn economisch belang kan beroepen maar daarbij een zware bewijslast draagt: een enkele verwijzing naar het traditionele karakter van de onderneming of de conservatieve overtuiging van haar cliënten is zonder meer ontoereikend. Vereist wordt een bewijs dat de cliënten *in concreto* worden afgeschrikt *ergo* de desbetreffende werknemer reeds een periode in dienst moet zijn geweest of zich in het verleden equivalente ervaringen hebben voorgedaan.[60] Overigens zal ook dit gegeven niet *per se* volstaan tot legitimatie

59 *Cf.* Gerards 2004, p. 637. Tevens aangeduid als 'consumer preferences' (*cf.* Thüsing & Wege 2004, p. 420).

60 *Cf.* BAG 10 oktober 2002, *NJW* 2003, 1685 (zie terzake Preis & Greiner 2003, in bijzonder p. 246 & 248) bevestigd bij BVerfG 30 juli 2003, *NJW* 2003, 3111. Zie tevens LAG Düsseldorf 22 maart 1984, *DB* 1985, 391 waar het economisch argument als motivatie tot ontslag van een lid van de Bhagwan-beweging wegens dragende de voorgeschreven rode kleding en diens voornemen tijdens de arbeid ook de Mala (d.w.z. een houtpaarlen ketting met beeltenis van Bagwan) aan te houden werd verworpen als 'zum Zeitpunkt der Kündigung noch zu wenig konkret' evenals AG Frankfurt 24 juni 1992, Az.: 17 Ca63/92 waar de rechtbank niet in rekening nam het argument dat klanten bezwaar hadden geuit tegen de tewerkstelling van een gehoofddoekte vrouw daar geen getuigen tot ondersteuning van deze allegatie werden voorgebracht.

van een *dresscode* houdende verbod van religieuze kentekens op straffe van boete of ontslag.[61]

In het laïstische Frankrijk, dat daarentegen juist in uitbanning van religieuze symbolen zijn heil zoekt, valt *consumer discrimination* veel sneller in goede aarde. Geen werkelijk bewijs moet worden geleverd, doch slechts de suggestie voldoende geloofwaardig gemaakt, wat in de regel al snel aangenomen wordt, de evaluatie daarvan wordt immers bijna volkomen in handen van de werkgever gelegd.[62] Overigens, ook zonder dat laatste element vermogen economische belangen zonder meer de aanspraken van de godsdienstig getooide particulier te vermalen: 'Tout dépendrait en définitive, de l'intéret de l'entreprise, notion qui transcende l'intérêt des individus, même leur intérêt religieux'.[63] Daarenboven, en dat is het ultieme sluitstuk, wordt in de Franse rechtspraak de religieuze inspiratie tot een bepaald kledingstuk als een detail afgedaan en geassimileerd met het belang van eenieder zich naar eigen smaak te kleden,[64] zodat ook uit dergelijke optiek de bescherming zo goed als *nihil* is.[65]

---

61 Zie o.a. AG Frankfurt 24 juni 1992, Az.: 17 Ca63/92. O.a. zou verder dienen te onderzocht worden of geen minder ingrijpende oplossing voorhanden is (*cf.* BAG 10 oktober 2002, *NJW* 2003, 1685). Zie terzake tevens Thüsing & Wege 2004, p. 420-422.

62 Zie bijvoorbeeld CA Parijs 16 maart 2001, *JCP E* 2001, 1339 waar, evenwel zonder verwijzing naar in Verdrag of Grondwet gepositiveerde rechten, in de context van het ontslag van een hoofddoekdragende fruit- en groentenverkoopster werd opgemerkt dat 'l'employeur est seul apte à juger de l'apparence d'une vendeuse en contact avec la clientèle dès lors que son exigence s'exerce dans le respect de l'ordre public et des bonnes moeurs et est fondée sur une cause objective liée à l'intérêt de l'entreprise' evenals het gelijkaardig luidende CA Saint-Denis-de-la-Réunion 9 september 1997, *D.* 1998 Jur., 546. Zie tevens de commentaar van F. Guiomard bij Cass. 28 mei 2003, *D.* 2003, Jur., 2718 alwaar deze bekritiseert dat de feitenrechter niet de aard van contacten die de desbetreffende persoon met het cliënteel onderhield heeft geëvalueerd en '[e]n laissant à l'employeur tout pouvoir pour définir ce que sont les attentes de la clièntele, la Cour limite beaucoup la protection de libertés autorisée par l'art. L. 120-2 c. trav. Cette démarche est porteuse de débordements: au nom de la protection de ces attentes supposées de la clientèle, certaines entreprises n'ont pas hésité à recourir à des pratiques discriminatoires' (Guiomard 2003, p. 2720).

63 Farnocchia 1998, p. 548.

64 De kwalificatie hiervan als fundamenteel recht werd expliciet afgewezen in Cass. 28 mei 2003, *D.* 2003, Jur., 2718. Vgl. overigens CA Saint-Denis-de-la-Réunion 9 september 1997, *D.* 1998 Jur., 546 m.b.t. een verkoopster in een modehuis voor de moderne, bevrijde vrouw welke weigerde zich anders te kleden dan 'recouverte de la tête aux pieds', aldus uitdrukking gevende aan haar islamitisch geloof, en voor deze reden ontslagen werd. Het ontslag werd daarbij rechtmatig geoordeeld daar 'il n'est pas établi que cette prohibition appliquée à un accessoire vestimentaire indispensable à la salariée pour exercer sa religion procéderait d'une intention discriminatoire de l'employeur à l'égard des convictions religieuses de l'intéressée'.

65 Naar vaststaande rechtspraak heeft de werkgever een relatief sterke bevoegdheid tot het opleggen van kledingvoorschriften aan zijn werknemers, althans in zoverre zij met het publiek in contact komen. Dit niet enkel tot correctie van ongepaste (kleding)stijl (zie o.a. Cass. 29 februari 1984, *RJS* 1984, nr. 178 (onzindelijke kledij charcutie); Cass. 12 juli 1989, nr. 86-40.987 (verwaarloosde kledij bankbediende); CA Parijs 28 september 1999, *RJS* 11/00, nr. 1211 (slordige kledij veiligheidsagent); CA Reims 12 januari 2000, RJS 4/00, nr. 478

Nederland, middels harde lessen gegroeid uit het besef van tolerantie als sleutel tot welvaart, heeft zich daarentegen reeds snel van deze denkwijze afgekeerd. Zo werd midden jaren '80 reeds op zuiver civielrechtelijke grondslag beslist dat zelfs een hotel dat zich middels oud-Hollandse signatuur in de markt tracht te profileren, zich niet zonder meer verzetten kan tegen zijn Sikh-bediende die, in beroering gebracht door de toenmalige onlusten in India, voornam meer expressie aan zijn religieuze overtuiging te geven en aldus haar en baard liet groeien en een tulband aannam. Het economisch element werd daarbij niet op zich afgeschoten, maar wel onbewezen en ongeloofwaardig geacht in het kosmopolitische Amsterdam waar het hotel was gelokaliseerd.[66] In de contemporaine *pseudo*[67]-derdenwerkingrechtspraak van de *Commissie Gelijke Behandeling* is het beeld onderwijl nog scherper gesteld: de werkgever behoort niet aan de vooroordelen van zijn klanten toe te geven maar actief discriminatie te bestrijden.[68] Voor het economisch argument blijft dan nog maar weinig plaats over, temeer daar bijvoorbeeld ook tussenpersonen in deze strijd worden meegenomen. Zo werd door de Commissie ook reeds veelvuldig de verantwoordelijkheid van uitzendkantoren benadrukt: in hun hoedanigheid van formele werkgever dienen zij erop toe te zien dat de feitelijke werkgever geen discriminatoire kledijvoorschriften hanteert[69] en zelfs de ten aanzien van een werkzoekende gemaakte opmerking dat een hoofddoek mogelijk de kansen op tewerkstelling verlaagt is, naar oordeel van de commissie, onrecht-

(verkoper informatica in jeans, T-shirt en baskets); Cass. 6 november 2001, *Rev. trim. dr. civ.* 2002, 72 (werknemer vastgoedmakelaar gekleed in trainingspak); Cass. 28 mei 2003, *D*. 2003, Jur., 2720 (bermuda)) maar ook tot aanname van een bepaalde kledij (gaande van de verplichting tot het dragen van een das (CA Parijs 18 januari 1991, *RJS* 5/91, nr. 671 (nachtreceptionist hotel); Cass. 12 juli 1989, nr. 3059, aangehaald te Pousson 2004, p. 177 (vertegenwoordiger); zie evenwel Cass. 19 mei 1998, *Cahiers sociaux du barreau (Paris)* 1998, nr. 102 (verplichting das (en verbod op jeans en baskets) excessief t.a.v. ambulancier) tot 'chaussures noires cirées' (CA Dijon 25 juni 1992, *RJS* 10/92, nr. 1202)). Zie evenwel de commentaar van Alliot 1998, p. 1538 betreffende jurisprudentie aangaande uniformen.

66 Ktr. 24 januari 1986, *Prg*. 1986, 189. Vgl. CGB 25 maart 1997, 1997-24.

67 De Commissie ziet immers op de *Algemene Wet Gelijke Behandeling* (zie hoofdstuk 3, voetnoot 100). De oordelen zijn niet bindend, wel gezaghebbend (*cf.* o.a. Goldschmidt 1999).

68 Zie bijvoorbeeld CGB 15 augustus 2002, nr. 2002-125; CGB 30 november 2004, nr. 2004-153; CGB 20 juni 2007, nr. 2007-104; CGB 31 januari 2008, nr. 2008-14. Vgl. verder CGB 31 oktober 2006, nr. 2006-217; CGB 18 december 2006, nr. 2006-248; CGB 20 december 2007, nr. 2007-222.

69 Desgevallend dienen de uitzendkantoren stappen te ondernemen en een onafhankelijk onderzoek in te stellen (CGB 6 december 2001, nr. 2001-118; CGB 15 augustus 2002, nr. 2002-124; CGB 20 december 2004, nr. 2004-164; CGB 15 november 2005, nr. 2005-223; CGB 8 mei 2007, nr. 2007-69; vgl. CGB 11 december 2007, nr. 2007-213). Daarenboven wordt ook *in globo* steeds de plicht van de werkgever geacht zijn werknemers te beschermen tegen (kledij geïnspireerde) discriminatie vanwege andere werknemers (CGB 3 februari 1997, nr. 1997-14; CGB 10 februari 1997, nr. 1997-16; CGB 15 februari 2001, nr. 2001-15; CGB 6 juli 2004, nr. 2004-87) en zelfs derden (*cf.* CGB 11 oktober 2004, nr. 2004-129).

matige discriminatie aangezien het kantoor op deze wijze het discriminerend beleid van sommige werknemers zou afdwingen.[70]

Kortom, drie maal vrijheid van religie maar drie maal met een verschillend resultaat. Wat doorwerkt is niet het grondrecht zelf, maar de waarde die aan vrijheid van religie binnen een *bepaalde* maatschappelijke context wordt gehecht. En die is standvastiger dan enig vaag evangelie dat door onbestemde normen zou worden gepredikt. Het Duitse halfhartige non-interventionisme weerklinkt als niet minder dan een verlopen echo van het eertijdse *cujus regio eius religio* (misschien enigermate getemperd met recentere 'Kriegs-Erbsünde')[71]; de Franse positie lijkt niet meer dan een echo van het Jacobijns ethos der 'République une et indivisible'[72] en tracht bijgevolg vanuit assimilistisch oogpunt zelfs het bestaan van etnisch-culturele verschillen ('France is a country in which there are no minorities')[73] te ontkennen, en de Nederlandse benadering is erfenis van religieuze twisten en de (onder meer daaruit) ontleende wetenschap dat economische belangen uiteindelijk best gediend worden door een plicht tot tolerantie.[74]

Kortom, fundamentele rechten leiden niet. Zij dienen.

6.2.3 Afweging

Nochtans wordt door voorstanders, naast het zogenaamd vermogen tot oriëntatie, ook een daarmee sterk samenhangende karaktertrek toegedicht, met name dat horizontale werking een betere afweging evenals meer objectieve rangorde der strijdende belangen opleveren zou.

Dat is bijzonder welgekomen omdat deze rechtsfiguur hieraan *de primo visu* weinig toevoegt, een meer inzichtelijke casus zelfs eerder verheelt en de positie van de procespartijen daarentegen egaliseert: waar grondrechten in private strijd in stelling worden gebracht zullen in de regel beide partijen zich hierop beroepen.

Kortom, wat behoeft is een methodiek die, liefst met klinische precisie, de te primeren belangen aangeeft. Echter, een dergelijke methodiek bestaat in hoofde van de grondrechten niet.

---

70 CGB 25 november 1996, nr. 1996-109; CGB 15 februari 2001, nr. 2001-14. Zie tevens CGB 9 november 1998, nr. 1998-121.

71 Vgl. anderzijds Gamillscheg 1989, p. 54.

72 *Cf.* Poulter 1997, p. 50.

73 Thornberry 1991, p. 245.

74 *Cf.* Heirbaut 2002, p. 26.

Immers, algemeen wordt aanvaard dat tussen fundamentele rechten geen hiërarchie bestaat,[75] dat wordt ook niet wenselijk geacht,[76] en in Nederland werd een dergelijke primauteit zelfs uitdrukkelijk ongrondwettelijk geacht.[77] *In se* past daarbij echter een exclusieclausule in die zin dat enkele landen, zoals Portugal,[78] en Zweden[79] wel degelijk een divisie hanteren,[80] maar dit heeft

75 Bellekom 1983, p. 271; De Bock 1996, p. 58; De Lange 1994a, p. 39; Groen 1995, p. 168; Kistenkas 1996b, p. 85; Maes 2006, p. 197; Smits 2006b, p. 137 (zelf nochtans kritisch te p. 139-140); Van Bijsterveld 1998, p. 17-18; Velaers 2003c, p. 330; Velaers 2007, p. 145; vgl. Elzinga 1983, p. 274 (zie specifiek wat Nederland betreft verder ook de gelijkluidende conclusie bij wetgever (o.a. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 6) en rechtspraak (o.a. HR 21 januari 1994 (Ferdi E), *NJ* 1994, 473 waar het argument dat het grondrecht op privacy in principe zwaarwichtiger is dan enig ander grondrecht afgewezen werd (althans in verhouding tot het recht op vrijheid van meningsuiting, maar niets verzet zich ertegen het recht op vrijheid van meningsuiting hier te zien als een *pars pro toto voor* grondrechten in het algemeen); HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274 waar hetzelfde geponeerd werd aangaande vrijheid van meningsuiting versus het recht op eer en goede naam en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (r.o. 3.4.1; zie tevens conclusie A.-G. Huydecoper nr. 12a en referenties aldaar in voetnoot 43))). Ook in het Franse grondrechtenamalgaam bestaat geen formele hiërarchie (Favoreu 2005, p. 163; Israel 1998, p. 52; Vedel 1989, p. 48 *et seq.*, in bijzonder p. 52-56, evenwel wordt geduid op het ontstaan van een materiële hiërarchie (p. (57-)60 *et seq.*(zie tevens Mathieu 1995, p. 211-212; secundair Puig 2001, p. 763)); vgl. Picard 1998, p. 21; Caron 2004, p. 1634; Duvert 2002, p. 250). Zie verder o.a. Camilo de Oliveira 2007, p. 4 (& 8).

76 Pieters 2000, p. 14; Rauws & Schyvens 1982, p. 223; Werkgroep Titel II Grondwet 2006, p. 141.

77 Zie *Kamerstukken I* 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 9. Merk op dat wel degelijk suggesties in andere zin zijn aangereikt. Zo zien sommige auteurs in het verbod op discriminatie zoals neergelegd in het eerste artikel van de grondwet (wegens de plaats of de inhoud van dit artikel) een leidend beginsel, een primus (Van Boven 2003, p. 2) (*inter pares* (Alkema 2003, p. 8; contra Elzinga 1983, p. 274)) hetwelk eventueel alle andere grondrechten begrenst (Gerbranda 2002, p. 130-131). Dit is echter incorrect, of tenminste onverenigbaar met de intentie van de grondwetgever die niet enkel poneerde dat er geen hiërarchie bestaat tussen de grondwettelijk grondrechten, maar evenzeer expliciet het idee verwierp van primauteit van het discriminatieverbod (zie Akkermans, Bax & Verhey 1999, p. 185 en Van Sasse van Ysselt 2004, p. 51). Ook een preferente positie voor vrijheid van meningsuiting kende trouwens reeds zijn voorstanders (nl. Peters 1981, p. 213).

78 In bijzonder tussen de *direitos, liberdades e garantias* en ondergeschikte *direitos e deveres económicos, sociais e culturais*. Zie *qua* toepassing o.a. STJ 9 januari 1996 (nr. 87.941), *Boletim Min. Justiça*, nr. 453, p. 417.

79 Traditioneel wordt onderscheid gemaakt tussen absolute en relatieve grondrechten, waarbij deze laatste verder worden opgedeeld in sterke en zwakke deelelementen (absoluut zijn onder andere de vrijheid van religie, overtuiging en geweten; sterk relatief vrijheid van informatie en vereniging; zwak relatief staking, eigendom, ondernemingsvrijheid en onderwijs). Hoewel deze opdeling *in se* ziet op hun aantastbaarheid door de (grond)wetgever (absolute rechten kunnen enkel beperkt worden door middel van constitutioneel amendement (wat evenwel een relatief eenvoudige procedure is); sterke relatieve bij wet mits de beperking aanvaardbaar is in een democratische samenleving, proportioneel is, ze geen bedreiging vormt voor de meningsvrijheid en niet (enkel) gebaseerd is op politieke, religieuze, culturele of gelijksoortige overtuigingen (sommige sterke relatieve, zoals de uitings- en verenigingsvrijheid, zijn behept met nog enkele specifieke eisen); zwakke relatieve kunnen beperkt worden bij wet of minder en onder geheel soepele voorwaarden)

voor horizontale werking weinig te betekenen aangezien het gaat om een opsplitsing van de catalogus in een twee- of drietal klassen, terwijl private litigaties meestal draaien om conflicten tussen rechten uit eenzelfde stratificatielaag. Overigens is interessant te vermelden dat bijvoorbeeld in Portugal, waar de impact van deze divisie *nota bene* via een privaatrechtelijke norm verloopt,[81] dergelijke conceptie steeds meer onder druk staat, als zijnde onaangepast en al te rigide, en steeds meer tot harmonisatie van conflicterende grondrechten geijverd wordt.[82]

Uiteraard heeft dit alles aanleiding gegeven tot ontwikkeling van meest diverse *conflict solving models*, bijvoorbeeld op basis van de reikwijdte van de exclusieclausules,[83] maar zonder al te veel succes of navolging.[84] Verwonderlijk is dit niet, de complexiteit en bovenal diversiteit van de talrijke feitensituaties waarop de grondrechten geklemd worden maakt een praktijkgeschikte formule immers zo goed als illusoir.[85]

Wat temidden van deze gedeconstrueerde ambitie dan nog rest zijn slechts materiële fragmenten van wat een formele hiërarchie had *kunnen* zijn, of zelfs

---

ligt voor de hand dat ze ook bij een conflict op de horizontale as doorwerken zal. Zie terzake Cameron 1997, p. 494-495.

80 Ook zou hieraan Spanje kunnen toegevoegd worden (*cf.* hoofdstuk 3, voetnoot 38), maar de impact van deze divisie is, reeds omdat zijzelf niet steeds helder is, binnen het werkingsveld van horizontale werking minder eenduidig vast te stellen.

81 Art. 335 *Código Civil*: '(1) Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes'.

82 Zie bijvoorbeeld Tribunal da Relação do Porto 3 mei 2005 (0326079) (zie hoofdstuk 4, voetnoot 66) alwaar geijverd wordt voor een 'harmonização (sempre que possível) do exercício dos direitos e não propriamente a eliminação de um direito em detrimento de outro'.

83 O.a. Blaesing in diens 'Grundrechtskollisionen' (diss. Bochum 1974) (zie aangaande de commentaar van Burkens 1989, p. 146 concluderende '[h]et door Blaesing voorgestelde stelsel is te mooi om waar te zijn').

84 Zie bijvoorbeeld in Nederland Waaldijk & Tielman 1984a, p. 208-228 (sterk bekritiseerd in Goldschmidt 1984, p. 348-351; weerwoord te Waaldijk & Tielman 1984b, p. 449-450; zie aangaande tevens De Lange 1994b, p. 272-278). Vgl. in deze overigens ook de suggestie van 'dubbele noodzakelijkheidstoets' zoals ze aan bod kwam in HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274, en welk erop neerkomen zou dat bij conflict tussen grondrechten, *in casu* op meningsuiting versus privacy, eerst aan de hand van de omstandigheden zou dienen afgewogen te worden welk van beide rechten doorweegt en daarna nog eens zou moeten worden beoordeeld 'of de noodzakelijkheidstoets als neergelegd in art. 8 lid 2 respectievelijk 10 lid 2 EVRM zich verzet tegen het resultaat van die afweging', door de Hoge Raad van de hand werd gewezen alsdat 'deze toetsing in één keer dient te geschieden waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende tweede lid' (r.o. 3.4.1; zie tevens conclusie A.-G. Huydecoper nr. 11-13; Dommering 2008, p. 2620 (in wiens publicaties de A.-G. deze toets had voorgesteld gezien, doch naar eigen woord van deze auteur ten onrechte en waar daarenboven van een bestaande 'leer' aangaande aldus zelfs geen sprake blijkt te zijn); Schuyt 2008, p. 105-108).

85 Idem Koopmans 1998, p. 273.

maar loutere *suggesties* daarvan. Zo bijvoorbeeld stelt Gambaro dat binnen zekere Italiaanse doctrine wel voorgestaan wordt dat grondrechten die menselijke vrijheid, waardigheid en in het bijzonder solidariteit promoten *in se* dienen te primeren over grondrechten als economisch initiatief en private eigendom[86] en suggereert Bon dat aangezien art. 1.1 Spaanse Constitutie rechtvaardigheid, gelijkheid en politiek pluralisme als superieure waarden dezer rechtsorde aanmerkt de rechten die hier rechtstreeks uit voortvloeien behoren te prevaleren,[87] maar beiden dienen te erkennen dat hun respectieve Constitutionele Hoven weinig interesse tonen zich in deze opvattingen in te schrijven.[88]

Wat de materiële fragmenten betreft, die blijken in de regel nog wel uit deze rechtspraak. In sommige gevallen zijn het nog werkelijke relicten van de grondrechtsnormen, zoals de Belgische praktijk om in het licht van art. 25 Grondwet eerder voorrang te geven aan vrijheid van meningsuiting dan aan privacy,[89] maar dat hoeft niet steeds het geval te zijn. Zo heeft bijvoorbeeld ook het Spaanse Constitutionele Hof een *primus inter pares* positie aan de vrijheid van meningsuiting gegeven, maar evenwel onder de grondrechtstechnisch correcte formule het daarmee conflicterende grondrecht op eer (*et al.*) gelijkwaardig te achten. Deze theoretische equivalentie werd met name middels uitgebreide lofzang op vrijheid van meningsuiting tot *nihil* gereduceerd. Meer precies heette deze vrijheid niet enkel een fundamenteel recht maar tevens een erkenning en garantie van een essentiële staatsinstelling, een fundamentele waarde en een vereiste tot de werking van een democratische staat zodat, en daar komt de ingenieuze kronkel, ze geen inbreuk uitmaken kan op het recht op eer daar ze een waarde behelst die al wat gemeen en eigen is aan de fundamentele rechten transcendeert.[90] Kortom, een bijzonder teleologische redenering, welke op een praktische hiërarchiesering neerkomt en daarbij geenszins in de Constitutie zelf geworteld is.[91]

Uit dit laatste voorbeeld blijkt hoe perfect rangverhoudingen in waarden kunnen worden aangebracht, maar dit met de grondrechten zelf nog maar weinig heeft te maken. Het recht als geheel is exponent van bepaalde preferenties, dat mag geen aanspraak zijn die enkel ten aanzien van fundamentele rechten wordt erkend. Aldus heerst dan ook in *Drittwirkung*-litigaties een onderkenbare primauteit van bepaalde aanspraken. Zo kan bijvoorbeeld voor

---

86 Gambaro 1998, p. 172-173.
87 Bon 1991b, p. 54.
88 *Ibidem*.
89 *Cf.* § 4.1.
90 T.C. 12 december 1986 (nr. 159/1986), *BOE* 31 december 1986 (nr. 313), supp., p. 17.
91 Zie kritisch Bon, Moderne & Soriano 1986, p. (363-)365 *per* Soriano. Vgl. evenwel Bon 1991b, p. 54 waar wordt gesteld dat, hoewel de constitutionele rechter soms de impressie geeft een bepaald recht bijzonder hoog te achten, zoals de vrijheid van meningsuiting en informatie dewelke dan beschouwd wordt als garantie van het vrije maatschappelijke debat zonder hetwelk alle andere grondrechten betekenisloos worden, dit echter niet leidt tot een systematisch priviligeren van deze vrijheid wanneer ze in conflict komt met andere grondrechten.

de Nederlandse rechtspraak vastgesteld worden dat *in globo* lichamelijke integriteit hoger wordt ingeschat dan privacy en privacy hoger dan economische belangen,[92] bewegingsvrijheid het onderspit moet delven voor bescherming van integriteit,[93] het belang van kinderen voorgaat op dat van hun ouders[94] *etc*.[95] Die patronen zijn dan evenwel een loutere afspiegeling van in de maatschappij en in het recht gestelde prioriteiten, uit de grondrechten zelf vloeien zij hoegenaamd niet voort. Het gaat in deze nog slechts om een afweging van waarden. Overigens is treffend hoezeer ook de beweerd meer objectieve, neutrale belangenafweging die horizontale werking zou voorstaan van de neveligheid van dergelijke waardeschalen gebruik maakt en wanneer dit uitkomt evengoed de voorheen uiteengezette *preferred position* negeert.[96]

Aldus ontkleed blijkt de werkelijke bijdrage van fundamentele rechten tot het debat: zij zijn slechts de meestal overbodige representanten van (enkele der) in het geding zijnde waarden. Daarmee is ook de enige werkelijke weg

92 Smits 2003, p. 62-63. Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1987 (Edamse bijstandmoeder), *NJ* 1987, 928; HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361; Hof Amsterdam 4 november 1993, *NJ* 1996, 7 (laatste zaken betreffende publicaties in *tabloids* zodat de beweerde vrijheid van meningsuiting in feite economisch belang beslaat).

93 Gerbranda & Kroes 1993, p. 139. In zoverre integriteit te lezen als privacy zie o.a. Hof Arnhem 9 juli 1974, *NJ* 1975, 359; Arr.-Rb. Amsterdam 24 juni 1982 (kg.), *NJ* 1983, 137 en tot zekere hoogte Hof Amsterdam 18 maart 1991, *NJ* 1992, 449.

94 *Cf*. o.a. de litigaties m.b.t. omgangsrecht (zie hoofdstuk 4, voetnoot 144), uithuisplaatsing (zie hoofdstuk 4, voetnoot 154) en de Valkenhorst zaak (HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.b.t. het recht de eigen afstamming te kennen).

95 O.a. zou daaraan nog gevoegd kunnen worden dat bescherming van minderheden primeert over vrijheid van meningsuiting (*cf*. HR 5 juni 1987 (Goeree I), *NJ* 1988, 702; HR 2 februari 1990 (Goeree II), *NJ* 1991, 289; Hof Amsterdam 27 april 2000, *NJ* 2002, 484; zie tevens Hof Amsterdam 13 september 1984, *NJ* 1985, 409).

96 Vgl. bijvoorbeeld HR 5 juni 1987 (Goeree I), *NJ* 1988, 702, waar *expressis verbis* uitgegaan wordt van de begrenzing van godsdienstvrijheid door de algemene aansprakelijkheidsnorm van art. 1401 BW en dus het recht van anderen niet in hun persoon te worden gekrenkt evenals aldus de vaststelling van de HR dat terecht kan worden getoetst aan de maatstaven 'die gelden in het profane verkeer' (*in casu* was in een religieuze publicatie de link gelegd tussen Joden als Christusmoordenaars en o.a. hun lot tijdens WO II) en (de weliswaar strafzaak zijnde) HR 9 januari 2001 (00945/99), *LJN*: AA9368 (m.b.t. o.a. de uitspraak 'waarom zou een praktiserend homoseksueel beter zijn dan een dief?') waarin A.-G. Machielse kortweg beweert de beperkingsclausule van art. 6 GW niet in het geding te zijn en zich in verwijzing daarbij laconiek beperkt tot de vaststelling '[a]nders – in civilibus – in het bijzonder HR NJ 1991, 289 en HR 1988, 702' (d.w.z. beide Goeree-arresten) (ro. 13) en ook de HR in deze zin zwenkt en erkent dat de religieuze vrijheid bepalend kan zijn 'voor het al dan niet aannemen van het beledigend karakter van – op zichzelf beschouwd kwetsende of grievende – uitlatingen' en zich meedrijven laat op 's Hofs overwegingen dat de desbetreffende uitlatingen 'kenbaar in direct verband stonden met de uiting van de geloofsopvatting van de verdachte en als zodanig voor hem van betekenis zijn in het maatschappelijk debat'. Gesignaleerd te Vlemminx 2002, p. 1697.

tot afhandeling van grondrechtsbotsingen[97] opengelegd, namelijk een afweging van belangen,[98] hetwelk per definitie ontmanteling, isolatie uit de traditionele omkadering en reductie tot naakt belang van het grondrecht impliceert en dit aldus aanzienlijk relativeert.[99] Dergelijke afweging is in ieder geval een privaatrechtelijke handeling.[100] Wat dan nog de meerwaarde zou zijn vanuit grondrechtscollisies te vertrekken is niet duidelijk. Slechts een enkele auteur waagt zich aan een suggestie voorbij het onovertuigende *trumps*-aspect.[101] Met name valt bij De Bock te lezen dat bij botsingen van grondrechten er een strengere toets geldt ten aanzien van de mee te wegen belangen dan bij een generale belangenafweging, er zal op die basis dus door de rechter een selectie plaatsvinden van de in rekening te nemen belangen.[102] Dat klinkt leuk maar is een slag in het water: de Nederlandse derdenwerkingsrechtspraak waarover De Bock spreekt is namelijk letterlijk bezaaid met het devies dat afweging dient te geschieden op basis van *alle bijzondere omstandigheden van het geval*. Van enige specifieke selectie is nimmer blijk.[103] Daarenboven, mocht

97 Merk op dat ten aanzien van de voorstelling van collisie tussen grondrechten vanuit theoretisch oogmerk wel kritiek is geuit. Zo bijvoorbeeld stelt Rimanque 1996, p. 145 *et seq*. dat conflicten tussen fundamentele rechten, wanneer daarvan bescherming van menselijke waardigheid en het recht op vrije ontplooiing met anderen in de samenleving als gemeenschappelijke convergentiewaarden worden erkend, in feite niet kunnen bestaan. Niet beoordeeld dient dan te worden hoeverre grondrechten elkaar inperken, kortom (aldus Rimanque) geen toevlucht dient te worden genomen tot een afweging van belangen, maar wel behoren de onderscheiden toepassingsgebieden van deze grondrechten nauwkeurig(er) te worden omlijnd, verfijnd. Dat is, hoewel op een theoretisch correcte grondslag berustend, vanuit praktisch oogpunt vrijblijvende terminologische *Spielerei*, beide benaderingen blijken in rechtspraak inwisselbaar en kunnen perfect in elkaars kleren gehuld zijn. Daarenboven kan men ook bij afweging dogmatisch volhouden dat het hier afgrenzing betreft, zij het dan met een scherper, want casuïstisch en bijgevolg naar gelding gelimiteerd, *addendum*.

98 O.a. De Lange 1994a, p. 39.

99 In gelijkaardige zin Van der Wal 2003a, p. 161.

100 Kistenkas 1996a, p. 4 (bekritiseerd in De Bock 1996, p. 58). Zie tevens Smits 2006a, p. 17.

101 D.w.z. het retorisch vermogen (zie bijvoorbeeld Hesselink 2003, p. 129: 'The balance of interests is likely to tip in one party's favour if that party claims that its interest is constitutionally protected as a fundamental right').

102 De Bock 1996, p. 58-59.

103 Wel wordt incidenteel een cluster parameters geponeerd tot afhandeling van een specifieke typecasus. Zo bijvoorbeeld zette de Hoge Raad in HR 24 juni 1983 (Gemeenteraadslid), *NJ* 1984, 801 voorop dat bij conflict tussen het belang van individuele burgers niet door publicaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen enerzijds en het maatschappelijk belang dat misstanden die in de samenleving plaatsvinden niet blijven voortbestaan louter wegens onbekendheid bij het grote publiek en de verantwoordelijke overheidsorganen anderzijds in rekening diende te worden genomen '(a) de aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die verdenkingen betrekking hebben; (b) de ernst – bezien vanuit het algemeen belang – van de misstand welke de publicatie aan de kaak beoogt te stellen; (c) de mate waarin ten tijde van de publicatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal; (d) de inkleding van de verdenkingen, gezien in verhouding tot de onder a tot en met c bedoelde factoren; (e) de mate van waarschijnlijkheid dat, ook zonder de verweten publicatie via de pers, in het algemeen belang het nagestreefde doel langs andere,

deze bewering al correct zijn, *quod non*, zou dit juist tegen horizontale werking pleiten: niet alle in het recht als beschermenswaardig aangemerkte belangen zijn immers in verdrags- of grondwetsmal gegoten, kortom de rechtzoekende

---

voor de wederpartij minder schadelijke wegen met een redelijke kans op spoedig succes bereikt had kunnen worden; (f) een mogelijke beperking van het door de perspublicatie te veroorzaken nadeel voor degene die erdoor wordt getroffen, in verband met de kans dat het betreffende stuk, ook zonder de verweten terbeschikkingstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen' (zie voor toepassingen o.a. HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 802; HR 6 januari 1995, *RvdW* 1995, 20C; Hof Arnhem 7 mei 2002, *LJN*: AE2348; Rb. Middelburg 21 januari 2004, *LJN*: AO2756; Vzr. Rb. Arnhem 25 februari 2005, *LJN*: AS8145; Rb. Arnhem 16 maart 2005, *LJN*: AT4342; Rb. Haarlem 13 september 2005, *LJN*: AU2693; Vzr. Rb. Arnhem 11 januari 2006, *LJN*: AV3345; Rb. Zwolle 9 augustus 2006, *LJN*: AY5772; Rb. Amsterdam 15 februari 2007, *LJN*: AZ8671; Vzr. Rb. Roermond 9 mei 2007, *LJN*: BA4738; Vzr. Rb. Utrecht 11 januari 2008, *LJN*: BC1662; Rb. Zwolle 2 april 2008, *LJN*:BD2201; Vzr. Rb. Utrecht 30 juli 2008, *LJN*: BD9961; oudere referenties te Gerbranda & Kroes 1993, p. 140). Echter, zelfs ter dien aanzien zou de bewering van De Bock nog falen daar, ten eerste, de applicatie van deze parameters afhankelijk is van een bepaalde feitensituatie doch ongerelateerd aan eventuele aanwending van fundamentele rechten daarin en, ten tweede, deze opsomming geen selectie opdringt maar daarentegen zelf slechts indicatief, non-exhaustief is (en als tekenend bewijs daarvan onder meer reeds aangevuld werd met suggesties vanuit de doctrine (zie bijvoorbeeld Van Baarda 1992, p. 311; zie tevens De Lange 1994b, p. 285)). Illustratief in deze is recentelijk nog het fundamenteelrechtelijk uitgevochten tweede *Van Gasteren*-arrest (HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274) waar deze cineast opnieuw ageerde tegen het in twijfel trekken (dit maal niet in een dagbladartikel doch in een op internet geplaatste en van ruime media-aandacht voorziene 'open brief') van zijn verzetsverleden en de onder deze noemer gepleegde eliminatie van een joodse onderduiker. Geenszins geeft dit arrest blijk van een beperking doch integendeel profileert zich – zoals de Hoge Raad zelf preciseert – een noodzaak tot afweging van 'alle terzake dienende omstandigheden van het geval' (r.o. 3.4.1). Interessant is daarbij overigens het omvangrijke scala aan wegingsfactoren welke A.-G. Huydecoper schetst als 'voorbeelden' van elementen die in onderhavige casus 'een rol (kunnen) spelen' (nr. 6), daartoe trouwens gedreven door het feit dat de (enkele) 1983-parameters (die, zoals de A.-G. opmerkt, het voorgaande partijdebat en vonnis *a quo* hebben gedetermineerd) naar zijn mening al te zeer beperkt zijn want op een afwijkende typecasus toegespitst (voetnoot 10, wel recapituleert hij deze evenzeer onder zijn wegingsfactoren (d) en (e), zie voetnoten 25 resp. 29) (overigens blijven deze in het arrest zelf wel sterk doorklinken, zo parameter (b) onder noemer van 'klemmende redenen van algemeen belang' hetwelk present wordt geacht (r.o. 3.9-3.10) als o.a. schuilende in het 'bevredigen van het rechtsgevoel en de emoties van de slachtoffers van de jodenvervolging' (r.o. 3.10); parameter (d) in r.o. 3.10 als betreft de open brief 'slechts […] een "op cynische, provocerende wijze aan de kaak stellen"' hetwelk volkomen uitwerking krijgt in r.o. 3.11-3.13 alwaar gepreciseerd wordt alsdat '[verweerster] immers niet de beschuldiging uitgesproken [heeft] dat [eiser] zich heeft schuldig gemaakt aan roofmoord, maar heeft zij zich ertoe beperkt vraagtekens te zetten' en onder meer vervolgd wordt met '[v]oorts is de open brief geen onderzoeksjournalistiek of pretendeert deze dat te zijn, maar gaat het om een opiniërende publicatie' waarmee dan weer rechtstreeks aangesloten wordt bij evaluatie van parameter (c) en de Hoge Raad hierin op eigen beweging overigens nog verder ingaat in die zin dat '[d]e onderdelen betogen voorts – terecht – *niet* [mijn cursivering, BJdV] dat voor de onderhavige uiting geen enkele feitelijke basis aanwezig was' en daartoe uitermate ten overvloede ook de treffende feitelijke motivering vanwege de rechtbank recapituleert (zie r.o. 3.13), anderzijds zit parameter (a) doorheen het geheel geweven en zijn (e) en (f) – die in de meeste zaken niet aangewend worden – in feite niet op de casus toepasbaar).

zou haast willekeurig van zekere aanspraken beroofd worden en voor een met oogkleppen getooide rechter komen te staan.

Een enkel detail dient hierbij nog afgestreden te worden en dat is dat de fundamentele rechten dan misschien wel niet de afhandeling zelf geleiden maar alvast toch voor een meer omvattende, meer nauwgezette evaluatie zorgen. Dat aspect mag misschien gelden in de begindagen van *Drittwirkung* in een rechtssysteem, maar heden, waar het *fundamental rights* argument in private litigaties voor de meesten geen verrassend gegeven meer is en hun overdaad rechters zelfs tot irritatie of ironie[104] drijft, valt aan deze assumptie al wat meer te twijfelen. Het gegeven wordt ongetwijfeld steeds meer (h)erkend als een loutere hertaling van bepaalde in het geding zijnde belangen en ook aldus, zonder verdere plichtplegingen, behandeld. Definitief uitsluitsel is daarmee uiteraard niet gegeven, dat zou alleen aan de hand van een kwalitatieve sisyfusanalyse van de gehele rechtspraakcollectie kunnen geschieden. Daarbij zou dan alvast het kwantitatieve aspect dienen verdisconteerd te worden: het feit dat een grondrecht ingeroepen wordt maakt dat een rechter hier in principe dient op in te gaan *ergo* de motivering van vonnis of arrest verlengt, maar zulks betekent niet noodzakelijk dat deze ook aangescherpt wordt, getuige daarvan de overvloed aan rechtspraak waar dergelijke beschouwingen slechts doelen de irrelevantie van het ingeroepen grondrecht te duiden. Overigens zou paradoxaal genoeg ook op zuiver civielrechtelijke rechtspraak kunnen worden gewezen die er (alvast uit kwantitatief oogpunt) een omvattendere motivering op nahoudt dan hun derdenwerkingequivalenten, maar dat is uiteraard een loutere *amuse*. Nochtans valt daar uit rechtstheoretisch oogpunt ook iets voor te zeggen. De rechter die zuiver op basis van open normen in *hard cases* concludeert zal zich immers sterker, bijgevolg diepgravender, tegen kritiek dienen in te dekken dan bij *ad evidentiam*-aanwending van fundamentele normen.[105] Het retorisch vermogen van fundamentele rechten kortom opent voor de gegadigden evenzeer de poorten tot een meer, niet minder, oppervlakkige besluitvorming.

---

104 Zie de uitlatingen van vrederechter De Palmenaer in Vred. Oostende 17 december 2002, *T.G.R.* 2005, afl. 3, 192, weergegeven te § 8.3.

105 Vgl. tevens Bydlinski 1962/63, p. (446-)448 in diens kritiek op directe werking; daarentegen expliciet contra maar middels stromanargumentatie (nl. aangaande feit dat uitspraak in beide gevallen mag worden verwacht overeen te stemmen) is Lewan 1968, p. 598; meer accuraat is commentaar Rimanque & Peeters 1982, p. 20 alsdat oriëntatie op een grondrecht het risico *counteren* zou dat de 'rechter onbewezen waardevoorstellingen of ervaringsgegevens als norm in zijn beslissing gaat hanteren, met het argument (of eerder het excuus) dat andere rechters dit hebben voorgedaan, zodat de schijn wordt gewekt van een jurisprudentiële regel'.

6.2.4 Zwakke partij

Een laatste winstpunt dat aan horizontale werking toegedicht wordt is dat het bijdragen zou aan de bescherming van de zwakkeren in de rechtsmaatschappij. Als geheel wordt zelfs solidarisering van het privaatrecht op de agenda geschreven en als verwezenlijking van fundamentele rechten gepresenteerd. Die laatste associatie lijkt mij traditioneel overdreven, zij miskent de eigen dynamiek van het privaatrecht waarin de paradigmaverschuiving van bijvoorbeeld het individualistische contract als wet naar een meer altruïstische insteek waarin tevens rekening wordt gehouden met de redelijke belangen van de tegenpartij reeds lang voor de introductie van horizontale werking werd geïnitieerd.[106] Zo gewaagde de legendarische Demogue reeds in 1931 van de verhouding tussen contractanten als 'une sorte de microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun'[107] en werd daarmee zelfs een reeds eind 19e eeuw gelanceerde visie gecontinueerd.[108]

Uiteraard kan horizontale werking daarbij een rol spelen, maar eerder als meedrijvende op deze rechtsmaatschappelijke meandering dan als stuwende kracht hierachter. Waar partijen geacht worden meer rekening te houden met elkaars belangen worden daarmee uiteraard de deuren geopend tot een steeds omvangrijkere afweging van wederzijdse interesses onder de noemer van fundamentele rechten. Het is echter de heer des huizes die tot opening van de deuren beslist.

Overigens heeft deze evolutie ook een ironisch kantje. Vanuit historisch perspectief is het immers bijzonder verrassend fundamentele rechten als katalysator tot solidarisering te zien. In hun hedendaagse vorm zijn deze immers ontstaan als uitdrukkelijke exponent van een strikt individualistisch mens- en maatschappijbeeld, welk hen ook nu nog eventuele aanspraak op universele geldigheid ontneemt.[109] Meer nog, het is de reden waarvoor ze ook in de Westerse wereld meermaals zijn vergruisd. In tijden toen Kerk en communisme nog niet gediagnosticeerd waren op hun postmodernistische infectie heette immers van beide kanten dat dergelijke postulaten van ongebreideld egoïsme een intolerabele schandvlek uitmaakten op de (eventueel religieuze) *Bruderschaft aller Menschen*.[110] Maar dat terzijde.

---

106 Zie aangaande deze verschuiving o.a. Mazeaud 1999, p. 603-634; Thibierge-Guelfucci 1997, p. 357-385; Wilhelmsson 1993, p. 9-54. Vgl. overigens Jansen 2003, p. 133-149 waar reeds de voorstelling van de 19e eeuwse ongebreidelde contractsvrijheid als karikatuur wordt afgedaan.

107 Demogue 1931, p. 9.

108 Zie in bijzonder Cédras 2004, p. 186 *et seq.*

109 Zie o.a. Van Doorn 1996, p. 74-75; Van der Wal 2003b, p. 165-166 (*et seq.*); Van der Wal 2003c, p. 183-186 (*et seq.*).

110 O.a. Van der Wal 2003b, p. 167-171; secundair Ségur 2004, p. 18-19; Van der Wal 2003a, p. 162 (en referenties aldaar). Wat het communistisch perspectief betreft kan in bijzonder worden verwezen naar Marx' *Zur Judenfrage* (o.a. 'daß die sogenannten Menschenrechte […] nichts anderes sind als die Rechte des Mitglieds der bürgerlichen Gesellschaft, d.h.

Wat de eigenlijke aanspraak, de bescherming van de zwakkere partij, betreft, moet erkend worden dat dit wat vreemd klinkt. Onderzoek en ervaring wijst immers uit dat ook zonder fundamentele rechten de *golden rule* in de rechtbanken weerklinkt.[111] In het Nederlandse recht wordt bescherming van de zwakke partij zelfs een der leidende principes van het recht genoemd[112] evenals het verenigend element achter de meest uiteenlopende technische constructies van de Hoge Raad.[113] Voor overige contemporaine Europese rechtsstelsels is dat niet anders, zodat moeilijk ingezien worden kan waartoe opnieuw aan een bijkomende, *generale* methodiek tot bescherming van de zwakkere partij nood zou zijn, nu reeds zovele specifieke en reeds lang ingeburgerde algemene technieken ter beschikking staan. Een goed argument is dit echter niet, het kan immers altijd beter.

De vraag is evenwel of fundamentele rechten steeds ten dienste van de zwakkere staan. Ik geloof niet dat dit een constante hoeft te zijn. Laten hiertoe twee voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak volstaan: het belang van het kind in litigaties aangaande draagmoederschap en de befaamde Aidstest zaak.

De Nederlandse uitspraken m.b.t. draagmoederschap zijn, zoals *supra* reeds geduid, niet meteen de sterkste toepassingen van horizontale werking, maar in hun overwegingen aangaande tonen ze zich wel zeer illustratief. Immers, is het bij dergelijke gevallen noodzakelijk dat fundamentele rechten worden ingeroepen opdat de rechter zich bekommeren zou om het belang van het kind? De Belgische rechtspraak toont alvast van niet: een uitspraak kan zich volledig rond dit concept centreren, het als enige element van belang in rekening nemen maar tegelijk nimmer tot Constitutie of Verdrag zijn gebracht.[114] En dan is het pijnlijk de Nederlandse *fundamental rights* rechtspraak te aanzien. In de uitspraken van de rechtbanken van Utrecht[115] en Rotterdam[116] leidt de, weliswaar ten overvloede plaatsgrijpende, oriëntatie op fundamentele rechten er immers toe dat aan een werkelijke evaluatie van de belangen van het kind wordt voorbij gestormd. Hunner beschouwingen omtrent

---

des egoistischen Menschen, des vom Menschen und vom Gemeinwesen getrennten Menschen' (K. Marx & F. Engels, *Werke*, Berlijn: Dietz Verlag 1976, I, p. 364)), wat de roomskatholieke kritiek aangaat is constitutief de visie dat dergelijke menselijke autonomie als de klassieke fundamentele rechten uitdragen een negatie van de goddelijke soevereiniteit inhouden zou (*cf.* o.a. Pius IX in schrijven aan Napoleon III: 'Je regrette que votre gouvernement continue à s'inspirer de la declaration des droits de l'Homme laquelle n'est pas autre chose, sire, que la negation des droits de Dieu' (aangehaald in Oberdorff 2003, p. 10)).

111 Zie o.a. Greenlee 1996 m.b.t. Amerikaanse rechtspraak.

112 Hondius 1999, p. 393.

113 Van Schellen 1983, p. 21.

114 Zie onder meer Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T. Gez.* 1997-98, p. 124 (adoptie door wensmoeder toegestaan omdat dit in het belang van het kind (nl. doordat diens juridische toestand wordt verduidelijkt en feit en recht worden verenigd) wordt geacht).

115 Rb. Utrecht 18 juni 1997, *NJ kort* 1997, 59.

116 Rb. Rotterdam 23 maart 1998, *NJ Kort* 1998, 33.

het IVRK verzanden door (teleologische) exegese van de artikelen 7 en 8 in een detaillisme waarbij 's kinds concrete belangen, door de *primus inter pares* bepaling van art. 3 IVRK nochtans met primauteit bekleed, uit het oog verdwijnen. Wat, voorzeker bij de rechtbank van Rotterdam, telt is een kortzichtige analyse van de begrippen ouderschap en identiteit wijl de achter deze normen spelende waarden worden genegeerd.[117] Het is veelzeggend dat beide vonnissen door grondrechtsloze beroepsuitspraken juist onder verwijzing naar 'het belang van het kind' dienden te worden hervormd.[118]

De Aidstest zaak betrof het slachtoffer van een verkrachting die vreesde hierbij met het HIV-virus te zijn besmet. Zij onderging een eerste test, met negatief resultaat tot gevolg, maar definitief uitsluitsel zou pas kunnen verkregen worden na een tweede analyse ten vroegste drie maanden nadien. Argumenterende emotioneel niet in staat te zijn zich hieraan opnieuw te onderwerpen verzocht ze dat de inmiddels gearresteerde dader zou worden getest, wat deze laatste weigerde. Voor de rechtbank van Amsterdam leverde dit een impasse op waarbij beide partijen zich beriepen op hun fundamentele rechten van privacy en lichamelijke integriteit (art. 10 & 11 Gw., art. 8 EVRM).[119] President Asscher begaf zich in de traditionele belangenafweging en beschikte, zoals Vermeulen stelt 'volkomen logisch',[120] in het voordeel van de eiseres. Die logica bestond echter bij gratie van het rechtvaardigheidsgevoel want juist vanuit constitutionele hoek kwam stevige kritiek op de verbastering van de in het geding zijnde grondrechten.[121] Onder meer heette de belangenafweging een inbreuk op de duidelijke tekst van het grondrecht in kwestie, d.w.z. de lichamelijke integriteit van de verkrachter.[122] In beroep bleek dergelijke commentaar in goede aarde te vallen. Beslist werd immers dat van botsing van grondrechten helemaal geen sprake was en in dit kader derhalve ook geen belangenafweging had behoren plaats te vinden. De enige grondrechten die bedreigd worden, zo stelt het Hof, zijn die van de dader. Voor het slachtoffer bleken dergelijke superieure normen te hoog gegrepen: haar belang werd gedefinieerd als louter resultante van een voorafgaande schending van lichamelijke integriteit maar hieronder zelf niet meer begrepen. Wel werd door het

117 Zie in detail § 5.3.

118 Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *NJ* 1998, 865 (zie opmerking hoofdstuk 5, voetnoot 79) en Hof Amsterdam 19 februari 1998, *NJ kort* 1998, 32.

119 Pres. Rb. Amsterdam 11 juli 1991, *KG* 1991, 242.

120 Vermeulen 1992, p. 5. Gelijkaardig Bruinsma 1992, p. 31; De Roos 1992, p. 20; Van Driem 1992, p. 18-19 (advocate slachtoffer); Van Maarseveen 1991a, p. 1193.

121 O.a. De Meij 1991a, p. 1379; Simon 1991, p. 1192. Zie tevens de schets bij De Roos 1992, p. 20, o.a. 'De suggestie is gewekt, dat deze uitspraak grensverleggend zou zijn, een overwinning van de rechtvaardigheid op grondrechtsfetischisten en formalistische neuzelaars' evenals bij Van Maarseveen 1991a, p. 1193: 'Natuurlijk wordt er in den lande veel gehuild: het mensenrecht van de lichamelijke integriteit van de verkrachter wordt geschonden!' (soortgelijk in Van Maarseveen 1991b, p. 1379) en secundair Verrijn Stuart 1992, p. 22 (*et seq.*).

122 De Meij 1991a, p. 1379.

Hof erkend dat ook in dit geval eventueel nog ten voordele van geïntimeerde kon worden beslist, maar evenzeer in de dienaangaande afweging bleef het grondrechtsaura rond de dader doorwerken. Bij het oordeel werd namelijk in rekening genomen dat 'schending van het in art. 11 Grondwet bedoelde grondrecht [op lichamelijke integriteit] als een ernstige inbreuk wordt beschouwd' en bijgevolg terughoudendheid vergt. Dat zijn ietwat vergaloppeerde bewoordingen voor een ingreep die Asscher terecht als 'betrekkelijk onbetekenend' (een prik in de vinger) bestempelde, maar naar grondrechtsdogmatiek zijn ze wel volkomen terecht. Aldus werd, deels op basis van een foutieve inschatting van de *windowperiod*,[123] de beroepsprocedure dan ook in het voordeel van appellant uitgesproken.[124] Evenzeer bracht deze uitspraak uiteraard kritiek met zich mee maar ditmaal met de oproep de inwerking van grondrechten te temperen.[125] De fundamentele rechten bleken kortom wat pandoriaans van aard want wel verleidelijk maar uiteindelijk niet meer loochenbaar en ongeschikt om een met het rechtsgevoel sporende uitspraak af te leveren. De Hoge Raad is uiteindelijk op een elegante manier uit deze (oneigenlijke) *catch 22* ontsnapt.[126] Vooreerst werd het louter civiele pad bewandeld en de medewerking tot de test als een logisch uitvloeisel van de algemene onrechtmatige daadsnorm (oud art. 1401 BW) gepresenteerd. Vervolgens pas werd het grondrechtsverweer van de dader aan de kaak gesteld wat juist middels de net daarvoor ontplooide overweging keurig kon worden gepareerd als vindt dit grondrecht zijn grenzen in bij of krachtens de wet te stellen beperkingen waaronder art. 1401 BW en 'de in dat artikel besloten liggende normen die het in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht te nemen'. Slechts *in fine* verschijnt opnieuw de initiële, constitutionele hamvraag ten tonele of het slachtoffer op haar grondrecht beroep zou kunnen doen welk, door de inversieve afhandeling van de Hoge Raad, nu kan voorgesteld worden als detail:

> Het vorenoverwogene geldt ongeacht of ook aan de zijde van eiseres terecht een beroep op een grondrecht is gedaan of zou kunnen worden gedaan. In het midden kan derhalve blijven de door President en Hof in verschillende zin beantwoorde, door het middel opnieuw aan de orde gestelde vraag of de onzekerheid omtrent besmetting als na de verkrachting voortgezette aantasting van het lichaam van eiseres in de zin van art. 11 Grondwet moet worden beschouwd.

Via dergelijke omcirkelende beweging heeft de Hoge Raad uiteindelijk zeer tactisch de constitutionele impact zo sterk mogelijk geweerd en een met het rechtsgevoel strokende uitspraak afgeleverd. Anders dan sommige auteurs

---

123 Zie tevens Vermeulen 1992, p. 8.
124 Hof Amsterdam 5 maart 1992, *KG* 1992, 126. De test had onderwijl reeds plaatsgevonden. Zie terzake deze uitspraak tevens de bemerkingen van Verhey 1992b, p. 643-645.
125 Zie bijvoorbeeld Vermeulen 1992, p. 8.
126 HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347.

beweren,[127] heeft de Hoge Raad er immers voor geopteerd niet uit de voor het slachtoffer zeer nadelige sleutel van collisie van grondrechten te opereren,[128] maar integendeel vanuit zuiver privaatrecht te vertrekken en aldaar vooreerst de positie van de dader te verzwakken. Pas nadat diens privaatrechtelijke maar fundamenteelrechtelijk bekritiseerbare[129] schadebeperkingsplicht is vooropgesteld wordt deze, in een opnieuw constitutioneel bekritiseerbare actie,[130] gehanteerd om verkrachters grondrechtenpedestal neer te halen. Samengevat een omzeiling van de grondrechtenproblematiek en 'oplossing' daarvan in zuiver civiele concepten,[131] welke dan uiteindelijk ook de geheel twijfelachtige[132] aanspraak vanwege het slachtoffer op haar grondrecht tot lichamelijke integriteit in het ongewisse vermag te laten blijven. Rechtvaardigheid, maar ten koste van grondrechtsdogmatiek.

Uit deze illustraties blijkt kortom hoezeer fundamentele rechten niet steeds ten dienste staan van het zwakkere individu, zelfs eerder op verdere schending van diens belangen aansturen. Uiteraard zal dat slechts in een minimaal aantal litigaties het geval zijn, maar *vice versa* zal ook het aantal dwingende toepassingen van het tegendeel beperkt blijven. Dit betekent evenwel geenszins dat fundamentele rechten niet in ruimere oplage een verhullende lap tot bescherming van zwakkeren kunnen zijn, maar daarbij fungeren zij dan als retrograad motiverend doch niet causaal element.

Overigens rijst daarbij de vraag hoever de rechter daarin kan gaan. Fundamentele rechten dienen niet tot travestie van het privaatrecht en in bijzonder niet tot ongelimiteerde bevrijding van voorheen vrijwillig aangegane verbintenissen. De voorwaarden die daaromtrent in het privaatrecht neergelegd zijn, zijn in de regel meer doordacht en coherent dan wat een enkele instantie uit fundamentele rechten meent te moeten deduceren. Aangezien fundamentele rechten uit hetzelfde rechts- en maatschappijbeeld ontspringen, alleen in meer algemene en minder snel aangepaste termen zijn opgesteld dan het privaatrecht, zullen zij hieraan in de regel dan ook niets, in welke richting dan ook, kunnen toevoegen.[133] Kortom, slechts in uitzonderlijke situaties zullen fundamentele rechten een afwijking van het privaatrecht kunnen verantwoorden,

127 O.a. Van Empel & De Jong 2002, p. 287; Van Ommeren 1994, p. 117.
128 Idem o.a. Goldschmidt 1993, p. 1540; Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 250; Verhey 1994c, p. 123.
129 Met name vanuit oogpunt van het criterium 'voorzienbaarheid' (zie in bijzonder Van Ommeren 1994, p. 119-121; tevens bij de voorzienbaarheid kanttekeningen plaatsend is Brunner 1994, p. 1602-1603; contra Verhey 1994c, p. 121-125). Strikt beschouwd zou dit dan in afwijzing van de vordering moeten resulteren (*cf.* Verhey 1994c, p. 121).
130 Algemene onrechtmatige daadsnorm als beperking (zie o.a. Leenen 1993, p. 379-380; Vermeulen 1993, p. 16; meer genuanceerd Goldschmidt 1999, p. 1541-1542).
131 In deze zin tevens Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 250.
132 Brunner 1994, p. 1602; Naeyé 1995, p. 225 (wel privacy; vgl. p. 226 waar tevens toch lichamelijke integriteit wordt genoemd); Verhey 1994c, p. 123. Zie tevens Vermeulen 1993, p. 16.
133 In soortgelijke zin gaande Flessner 1998a, p. 20.

daarbij overigens meestal bewegende naartoe een afgrond van marktontwrichting[134] en hatelijk paternalisme.[135]

6.3 CONCLUSIE

Samengevat blijkt de middels horizontale werking toegevoegde waarde van grondrechten, zelfs zonder dat de vereiste van een werkelijk oordeelsaltererend impact wordt gesteld, zeer relatief. Dat is uiteraard een kwestie van perceptie zoals deze vanuit de in de doctrine vooropgestelde verwachtingen werd geïnduceerd (die dus als te hoog gegrepen dienen te worden gekwalificeerd). Evenwel is ook los daarvan reden tot bescheidenheid. Immers gaat het bij horizontale werking, geheel anders dan in de verticale dimensie (en dat kan niet genoeg herhaald worden), in de regel om de toepassing van slechts naakte grondrechtsnormen in geheel complexere situaties: het betreft niet eenvoudigweg de vraag naar doorwerking van grondrechten maar adjudicatie van een strijd tussen rechtstreeks conflicterende fundamentele belangen. Kortom, een meer gecompliceerde operatie terwijl anderzijds het grondrechtsintrumentarium tot de essentie is herleid. En daarin schuilt een geringe kans op succes. In ieder geval is het duidelijk dat de fundamentele rechten in deze context uiteindelijk weinig tot de beweerde articulatie bijdragen, noch meer dan triviale oriëntatie verschaffen, de afhandeling niet met verhoogde nauwkeurigheid bestendigen noch automatisch (de vraag in het midden gelaten of dit zelfs maar wenselijk is) de handschoen ten voordele van de zwakkeren opnemen. Eindoordeel is dan ook weinig gunstig. Wat rest is de ontluisterende, doch ook door andere auteurs reeds geopperde, conclusie dat bescherming van fundamentele waarden, normen en belangen (behoudens de spreekwoordelijke uitzondering) door horizontale werking niet merkbaar wordt versterkt;[136] wat horizontale werking *in globo* voorstaat is een vruchteloze vlucht in abstracties die zonder toegevoegde waarde slechts nopen naar het reguliere niveau terug te keren.

Opgemerkt dient echter te worden dat een enkel heilzaam punt ten voordele van horizontale werking in deze nog buiten beschouwing is gebleven, met name de suggestie dat zij een middel tot convergentie zou kunnen uitmaken. Oorzaak is, onder meer, dat dit aspect een meer exhaustieve analyse vergt. Deze wordt in het hiernavolgende hoofdstuk verzorgd.

---

134 *Cf.* o.a. Ellger 2001, p. 177.

135 Zie aangaande paternalisme *infra* § 8.1.

136 O.a. Sarazá Jimena 2008, p. 180. Zie in het Nederlandse debat de verwante opmerking dat ook zonder invocatie van fundamentele rechten de jurisprudentie in de regel in staat blijkt de daarin beschermde waarden binnen privaatrechtelijke litigaties even bevredigend te honoreren, zo o.a. Donner 1976, p. 396; Verhey 1992a, p. 187.

7 Element tot convergentie?

Horizontale werking als katalysator tot Europese harmonisatie is een tot op heden zelden aangestipt punt.[1] In het kader van de euforie die deze rechtsfiguur omringt, treft dit als een bevreemdende omissie.[2] Immers, louter theoretisch beschouwd herbergt dit denkbeeld behoorlijk wat potentieel. Het mag dan weliswaar de ambitie ontbreken uit te groeien tot een illuster monument dat zich op de welbekende codificatiegrandeur beroepen kan, doch juist hierdoor ontsnapt het ook aan de cynische kritiek en praktische bezwaren waarmee de Europese codificatiegedachte wel geconfronteerd wordt. *De primo visu* lijkt de verhoogde oriëntatie op grondrechten zoals ze bij een aanzienlijk deel van de Europese nationale rechtbanken vast te stellen is, onafwendbaar op convergentie aan te sturen.[3] Immers, deze grondrechten, als manifeste exponent van enkele bewogen hoofdstukken uit de Europese geschiedenis, zijn terecht reeds veelvuldig (en frequent in bijna lyrische bewoordingen) aangeduid als onze gemeenschappelijke juridische wortels.[4] Constitutionalisering, of beter gesteld horizontale werking, verschijnt hier als een herbronning op de gedeelde Europese grondwaarden terwijl het anderzijds ook de mogelijkheid biedt te ontsnappen aan onaangepaste, ongewenste of simpelweg rigide nationale rechtsregels. In die functie opereren grondrechten onbetwistbaar

1 Een enkele aanzet bestaat in Ciacchi 2006a (en tot op zekere hoogte evenzeer Ciacchi 2005 (zie verder tevens Cherednychenko 2007; Smits 2008a, p. 11-16; Smits 2008b en Mak 2007; vgl. Study Group on Social Justice in European Private Law 2004, p. 667-668)), doch overtuigt niet. Het bestaan van gelijklopende *fundamental rights talk* in een gelimiteerd aantal rechterlijke uitspraken volstaat niet om te bewijzen dat horizontale werking een autonoom convergerend vermogen heeft. Daarenboven zijn de door haar vermelde *Fallgruppen* die deze these dienen te staven bijzonder twijfelachtig.

2 Bij Kull 2007, p. 36 heet het bevreemdend genoeg nochtans dat '[t]he question about the horizontal effect of fundamental rights and freedoms and constitutional principles on private relationships has again become topical in connection with discussions over the objectives and methods of the harmonisation process of European contract law'.

3 Vgl. Mirabelli 2000, p. 235.

4 Vgl. Kumm 2005, p. 320 *et seq.* (alwaar tevens dit aan naakte grondrechten geliëerd idee wordt bekritiseerd en de focus wordt verlegd naar de aan deze grondrechten onderliggende conceptie en historiek als Europees bindmiddel ('thick constitutional patriotism')).

zowel als helder baken op weg naar en evenzeer als middel tot een gemeenschappelijk Europees recht.[5]

Een loutere verwijzing naar de verticale sfeer lijkt deze hypothese reeds voldoende te onderbouwen. De verwezenlijkingen terzake teweeggebracht bij monde van het EHRM behoeven geen nadere toelichting. Daarenboven dient daarbij onderstreept te worden dat *qua* competentie het EHRM een behoorlijk expansionistische politiek voert waardoor ook de horizontale dimensie geaffecteerd wordt (waarbij voornamelijk gedacht dient te worden aan de *positive obligation* doctrine[6]). Het arrest *Pla* uit 2004 vormt een treffende illustratie.[7]

Pla betrof de interpretatie van een clausule in een notarieel testament daterende uit 1939 volgens dewelke C.P. Oller, moeder van een zoon en twee dochters, haar nalatenschap had vermaakt aan haar zoon, Francesc-Xavier, onder voorwaarde dat deze het op zijn beurt overdragen zou aan een zoon of kleinzoon uit een wettig en canoniek huwelijk. Voor de Andorraanse rechtbank werd beargumenteerd dat de onderwijl overleden Francesc-Xavier hierbij in gebreke was gebleven door als uiteindelijke erfgenaam aan te duiden zijn (weliswaar binnen een wettig en canoniek huwelijk) geadopteerde zoon, met als resultaat dat de erfenis toe diende te komen aan descendanten van een der zusters. Immers, zo werd gesteld, met de voornoemde frase kon de erflaatster nooit de bedoeling gehad hebben hieronder ook adoptiekinderen te verstaan; dergelijke rechtsfiguur was immers (zo goed als) onbekend in Andorra ten tijde van de redactie van het testament alsook was de latere conceptie van adoptie onverenigbaar met de intentie die achter het legaat schuil ging. Waar dergelijke overweging inderdaad op instemming rekenen kon vanwege het Andorraanse hooggerechtshof, werd deze beslissing verketterd door het EHRM (art. 8 *jo.* 14 EVRM). Deze laatste instantie stelde onomwonden dat de frase volkomen duidelijk was en geen interpretatie behoefde. Daarenboven, mocht hiertoe wel een noodzaak bestaan, dan diende de interpretatie hierbij afgestemd te worden op *the Convention as interpreted in the Court's case-law*.

Deze uitspraak van het EHRM doet bijzonder teleologisch aan.[8] In eerste instantie treft de conclusie dat de clausule uitgesproken duidelijk is als behoorlijk dubieus: dit was althans niet de opvatting die het *Tribunal des Batlles* en

5 Daarbij dient aangestipt te worden dat grondrechten hiertoe juist geschikt zijn doordat zij in de huidige conceptie, een specifiek Europa-centrisch karakter bezitten. Ze transcenderen dus weliswaar het nationale niveau, doch niet het Europese (of beter gesteld 'westerse'). Het *débacle* bij de neo-kolonialistische export van grondrechten is welom bekend, doch ook fijnmazigere voorbeelden zijn *legio*. Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar het onvermogen een voor alle partijen bevredigende oplossing te vinden voor het debat terzake de toelaatbaarheid van hoofddoeken binnen onderwijsinstellingen (*cf.* Gallala 2006).

6 Zie o.a. Garlicki 2005, p. 132 *et seq.*

7 EHRM 13 juli 2004 (*Pla and Puncernau v Andorra*), *NJ* 2005, 508.

8 Terecht kritisch Cherednychenko 2006, p. 203 *et seq.*; De Boer 2005; Kay 2005; Luijten & Meijer 2006.

het Hooggerechtshof van Andorra toegedaan waren,[9] die niettemin overeenkomstig de traditionele EHRM-doctrine toch beter geplaatst zijn dit te beoordelen.[10] Terzake het adagium hanteren dat een 'duidelijke' tekst geen interpretatie behoeft, zou getuigen van een schrijnende myopie. Anderzijds kan ook de assertatie dat niet slechts de intentie van de erflaatster doch evenzeer de gewijzigde sociale realiteit de richtlijn dient de vormen bij de interpretatie van een testament niet onmiddellijk terugbuigen op enige begrijpelijke grondslag.[11] De indruk ontstaat alvast dat het EHRM doelbewust ingegrepen heeft in een precaire horizontale verhouding onder de dekmantel slechts een staatsorgaan terecht te wijzen.[12] Hoe dan ook, reeds bij gebreke van dergelijke intentie toont dit arrest (*ex multis*) duidelijk het effect van EHRM-rechtspraak op horizontale verhouding en in het verlengde daarvan ook het inherente vermogen van grondrechten als instrument tot convergentie.

Evenwel lijkt de vrees gerechtvaardigd dat deze conclusie niet zomaar getransponeerd kan worden naar de louter nationaal-horizontale dimensie. Uiteraard is het reeds zo dat ook bij de resultaten van de EHRM rechtspraak enige kritische randbemerkingen te plaatsen zijn. Zo is deze rechtspraak beperkt tot het uitzetten van slechts grove lijnen, impliceert (de inconsistente invulling van)[13] de *margin of appreciation* doctrine een ruime speling[14] en dient daarenboven in rekening te worden genomen dat deze rechtspraak niet

---

9 Hoewel beide instanties een tegenstrijdige conclusie bereikten was er eensgezindheid over de noodzaak tot interpretatie. Het Hooggerechtshof concludeerde op basis van een brede analyse van de ten tijde van de redactie van het testament heersende Andorraanse en Catalaanse juridische opvattingen zelfs dat geen enkel argument voorhanden was dat in het voordeel van de geadopteerde pleitte.

10 Het is immers gevestigde rechtspraak dat het in de eerste plaats aan de nationale autoriteiten toekomt het interne recht te interpreteren en toe te passen, ook in die gebieden waar de Conventie de desbetreffende regels 'incorporeert' (o.a. EHRM 24 oktober 1979 (*Winterwerp v The Netherlands*), *NJ* 1980, 114, § 46; EHRM 25 maart 1985 (*Barthold v Germany*), *NJ* 1987, 900, § 48; EHRM 27 november 1991 (*Kemmache v France nr. 3*), *NJ* 1995, 576, § 37). Dit punt werd overigens evenzeer in *Pla and Puncernau* onderschreven met dan nog de toevoeging dat het principe zelfs bij uitstek van toepassing is bij de interpretatie van een bijzonder privaat instrument zoals een testamentaire clausule (§ 46). Zie tevens Garlicki 2005, p. 140.

11 Immers, dergelijke anachronistische interpretatie ondergraaft de basisfilosofie die achter de testeervrijheid schuil gaat. De testeervrijheid, die reeds zozeer beperkt is door het fenomeen van de legitieme portie, kan slechts recht gedaan worden wanneer enkel uitdrukking wordt gegeven aan de intentie van de testator zoals die bestond ten tijde van het opstellen van het testament. In deze zin tevens Luijten & Meijer 2006, p. 39. Contra De Boer 2005, nr. 6.

12 *Cf.* de *dissenting opinion* afgeleverd door L. Garlicki.

13 Greer 2003, p. 426 *et seq.*

14 Noteer dat deze factor daarenboven in bijzonder speelt in litigaties met een horizontale karaktertrek. Het EHRM houdt immers aan dat deze marge ruim dient te worden geïnterpreteerd wanneer de klacht een tekortkoming in een *positive obligation* betreft, wanneer het aangeklaagde nadeel in essentie veroorzaakt werd door een private actor en/of indien een potentiële botsing van grondrechten voorligt (Phillipson & Fenwick 2000, p. 665).

steeds nageleefd of zelfs maar in kennis genomen wordt.[15] Fundamenteler is evenwel de louter empirische vaststelling dat, zoals voorheen reeds aangestipt, transnationaal gelijkaardige zaken die met gelijkaardige grondrechten opgelost worden niet noodzakelijk tot hetzelfde resultaat leiden (terwijl nationale privaatrechtelijke bepalingen niettemin geen obstructie vormen).[16] Ook hiervan zijn de meest evidente verklaringen reeds aangestipt: hetzij betreft het hier retorisch gebruik van grondrechten, hetzij geeft het grondrecht *an sich* weinig richtlijn.[17] Essentieel in deze laatste optie is bijgevolg de vraag in hoeverre bij de applicatie en interpretatie van grondrechten de bereidheid bestaat terug te grijpen naar rechtsvergelijking: het gebruik van grondrechten biedt de mogelijkheid te ontsnappen aan strikte bepalingen van nationaal recht, doch beschikt slechts over een vermogen tot convergentie wanneer de invulling geschiedt aan de hand van een Europees gedeelde oriëntatie. Onderscheid dient hierbij gemaakt te worden tussen eigenlijke rechtsvergelijking, nl. transnationaal, en een supranationale variant, waarbij de EHRM-rechtspraak het oriëntatiepunt biedt.

7.1 Transnationale referentie

7.1.1 Globale appreciatie

In principe zou verwacht kunnen worden dat rechtsvergelijking bij uitstek in *Drittwirkung* rechtspraak bloeit. In de eerste plaats verschaft uiteraard de ongedefinieerdheid van grondrechten en, althans bij hun toepassing in de privaatrechtelijke dimensie, het ontbreken van een strikt theoretisch kader enerzijds de *reden* en anderzijds de *vrijheid* tot rechtsvergelijking. Daarenboven kennen verscheidene nationale grondrechtencatalogi een rechtsvergelijkende oorsprong: kruisbestuiving tussen Constituties is geen onbekend gegeven op het Europese vasteland.[18] Het lijkt evident dat dit aansluitend ook ruimte

15 Zoals bijvoorbeeld in Frankrijk valt te constateren, hoewel daar recentelijk enige verandering in schijnt te komen (zie § 3.3.2.2 en verder o.a. Heuschling 2003, p. 35 *et seq.* en de referenties aldaar; Cohen-Jonathan 1989, p. 261 *et seq.*; Gouttes 1995, p. 605-614; De Bellescize 2005, p. 244 *et seq.*).

16 Zie § 6.2.2.

17 Overigens kan hieraan ook nog gevoegd worden dat achter een enkele Europees gedeelde waarde veelal ook specifieke nationale preoccupaties schuilen die de werkelijke inhoud daarvan bepalen (zie Bell 2002, p. 243).

18 De invloed van de Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) is illuster (zie bijvoorbeeld Jeanneau 1992, p. 657-672; secundair Ségur 2004, p. 23; Sommermann 1999, p. 1024). Het Duitse *Grundgesetz*, opgesteld nadat het Derde Rijk een eind genomen had, is een overduidelijke inspiratiebron geweest voor de Portugese en Spaanse constituties zoals die geredigeerd werden na de dictatuur van Salazar respectievelijk Franco (Starck 1997, p. 1024; zie tevens Bon 1991b, p. 37; Landa 2000, p. 34 & Naranjo de la Cruz 2005, p. 400).

laat voor de import van een verwante interpretatie van deze grondrechten.[19] Daarbij komt tevens dat grondrechten bij uitstek worden ingeschakeld in die zaken waar traditioneel ook het meest teruggegrepen wordt naar 'vrijwillige'[20] rechtsvergelijking, zoals ethische of socioculturele dilemma's.

Echter, een analyse toont aan dat de werkelijkheid niet volkomen aan dit beeld conformeert. Het aantal waarneembare referenties aan buitenlandse rechtspraak blijkt behoorlijk beperkt. Slechts op een van oudsher voor rechtsvergelijking vruchtbare grond, zoals vrijheid van meningsuiting versus privacy,[21] of op een hoogst gecontesteerd vlak, zoals *wrongful life* vorderingen, wordt met enige regelmaat over de nationale grenzen heen gekeken.[22] Erkend

---

19 Alvast kan bij verscheidene constitutionele hoven een bereidheid geconstateerd worden om bij de interpretatie en aanwending van grondrechten terug te grijpen naar buitenlandse rechtspraak (Bauer & Mikulaschek 2005, p. 1110; Starck 1997, p. 1024).

20 I.e. waar geen rechtstreekse aanleiding bestaat zoals die bijvoorbeeld aanwezig is bij de interpretatie van uniforme verdragsregels of in IPR litigaties.

21 In oudere Duitse *Drittwirkung* rechtspraak heeft rechtsvergelijking een zekere functie gehad in de erkenning van een recht op morele schadevergoeding bij inbreuken op privacy. Dit zou alvast impliciet het geval zijn geweest in de *Herrenreiter* zaak (14 februari 1958, 26 *BGHZ* 349, zie hoofdstuk 4, voetnoot 39; Unberath 2005, p. 311-312). Expliciete verwijzingen die op dit spoor inhaken zijn te vinden in BGH 19 september 1961, *BGHZ* 35, 363, BGH 5 maart 1963, *BGHZ*, 39, 124 en BVerfG 14 februari 1973, *BVerfGE* 34, 269. Buiten een enkele korte verwijzing naar Zwitserse rechtspraak blijven deze referenties echter beperkt tot onnauwkeurige verwijzingen naar eerder onbepaalde vergelijkbare rechtssystemen ('andere landen van de Westerse wereld', 'rechtssystemen waarin het individu evenzeer hooggeacht wordt als in het onze' *etc.*). Al te veel waarde dient hier dan ook niet aan toegekend te worden. Verder werd ook reeds in het befaamde *Lüth*-arrest (zie § 2.2.1) gerefereerd aan de Franse *Déclaration des droits de l' Homme et du Citoyen* evenals aan een uitspraak van Cardozo (gewezen rechter bij het Amerikaanse *Supreme Court*) en dit meer bepaald ter staving van de hoge waarde die toegekend dient te worden aan de vrijheid van meningsuiting. Enige instrumentele waarde schijnt aan deze referentie niet toegeschreven te kunnen worden of daarvan is althans toch geen indicatie waarneembaar; zoals J.M. Mössner terecht opmerkt 'ein schöner Beleg für die Belesenheit der Verfassungsrichter, methodisch und argumentativ jedoch völlig wertlos' (Mössner 1974, p. 237). Noteer anderzijds dat in Engeland, waar de ontwikkelingen met betrekking tot het recht op privacy momenteel in de sinds onheuglijke tijden verhoopte stroomversnelling geraakt zijn, een opmerkelijke afwezigheid van transnationaal vergelijkende componenten te constateren valt. Meer nog, sommige auteurs gewagen zelfs van het minimale gebruik eerder als misbruik, namelijk om de creatie van een op zichzelf staande *tort of privacy* tegen te houden (Markesinis e.a. 2004, p. 134). In de marge kan ook verwezen worden naar HR (Strafkamer) 9 oktober 2001 (Danslessen), *NJ* 2002, 76. Hoewel het hier een strafzaak betreft (met name terzake de grenzen van artistieke expressie) is het opmerkenswaardig dat de A-G inspiratie zocht in o.a. het befaamde Duitse horizontaal effect arrest *Mephisto* (BVerfG 24 februari 1971, *BVerfGE* 3, 173). In beide zaken fungeerde een reëel persoon als inspiratiebron voor een weinig charmant romanpersonage. Zie tenslotte ook de Zuid-Afrikaanse uitspraak *National Media Ltd v Bogoshi*, 1998 (4) *SA* 1196 (SCA) (zie hoofdstuk 8, voetnoot 4).

22 Een schaars voorbeeld vreemd aan deze categorieën is te vinden in *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank and Another*, [2003] UKHL 37 waarin zowel Lord Hope of Craighead als Lord Rodger of Earlsferry verwijzen naar de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* met betrekking tot de vraagstelling in hoeverre kerkelijke autoriteiten kunnen aanzien worden als publieke organen. De verwijzing heeft

dient te worden dat deze louter formele vaststelling evenwel niet vermag het gehele beeld te schetsen: het ontbreken van referenties in rechtspraak impliceert niet noodzakelijk dat geen buitenlandse rechtspraak in aanmerking is genomen of zelfs invloed heeft gehad.[23] Daarbij dient aangestipt te worden dat de eigen nationale stijl van rechtspraak soms weinig ruimte laat voor het uitdrukkelijk opnemen van rechtsvergelijkende beschouwingen.[24] Dit effect wordt daarenboven versterkt wanneer, zoals bijvoorbeeld het geval is in Frankrijk,[25] evenzeer de rapporten van de adviserende instanties bij de hoogste rechtshoven niet of zelden openbaar worden gemaakt. Frequent is het immers hier waar de rechtsvergelijkende beschouwingen te vinden zijn waar het Hof in kwestie slechts impliciet naar verwijst.[26] Echter, zelfs dit feit verdisconteerd, blijft de conclusie dat de rechtsvergelijkende activiteit in horizontaal effect rechtspraak redelijk gering blijkt.[27] Uiteraard is dit in enkele gevallen te verklaren doordat in zekere stelsels rechterlijke rechtsvergelijking in het algemeen op weinig bijval rekenen kan, zoals bijvoorbeeld het geval is in Italië.[28] Ontluisterend is echter dat evenzeer een verklarende factor gevonden kan worden die juist gerelateerd is aan de natuur van de grondrechten zelf. Wanneer overwegingen van nationale trots rechtsvergelijking reeds parten spelen in *louter* privaatrechtelijke aangelegenheden, geldt dit voorzeker wanneer grondrechten, als meest essentiële draagstructuur van het eigen rechtssysteem, aan de orde zijn. In het bijzonder voor landen als Frankrijk,[29] zelfverklaard vaderland van de mensenrechten, of Duitsland, exporteur van de *Drittwirkung*-theorie, is een

---

een ondersteunende functie, hoewel ze naast de gelijkluidende conclusies overeenkomstig de extensieve interpretatie van het Engelse recht en EHRM-rechtspraak uiteraard nog maar weinig gewicht in de schaal vermag te leggen. Zie verder voetnoten 71 tot 74 voor illustraties uit de Nederlandse rechtspraak en wat België betreft kan worden verwezen naar Arbrb. Verviers 20 maart 2002, *J.T.T.* 2002, 183 (m.b.t. schending van de privacy van een werknemer wegens controle van diens e-mail door de werkgever) waarin een uitspraak van het Franse hof van cassatie nagevolgd wordt en Hof Gent 6 juni 2005, *A&M* 2005, 444 (referentie aan Franse rechtspraak m.b.t. de grenzen van toelaatbare satire).

23 Starck 1997, p. 1024.

24 De Franse rechtspraak, en in het bijzonder de frequent gehekelde (o.a. Touffait & Tunc 1974) gecomprimeerde stijl van het Franse *Cour de Cassation* (zie verder o.a. Lasser 2005 p. 1003-1004 en verwijzingen aldaar), vormt een uitstekend voorbeeld. Hoewel occasioneel wel gerefereerd wordt aan EHRM-rechtspraak (zie § 3.3.2.2) bestaat geen ruimte voor verwijzingen naar buitenlandse jurisprudentie (*cf.* Canivet 2005, p. 187).

25 Heuschling 2003, p. 43; Lasser 2005, p. 1006.

26 Zie tevens E. Örücü 2003, p. 231.

27 Opgemerkt dient trouwens te worden dat sommige auteurs bijzonder terughoudend zijn om rechtsvergelijkende adviezen vanwege de A-G zonder meer in rekening te nemen (zie bijvoorbeeld Drobnig 1996, p. 67 die slechts voorstaat de uitspraak als rechtsvergelijkend te beschouwen wanneer het Hof expliciet verwijst naar het corresponderende comparatieve deel uit de conclusie).

28 *Cf.* Alpa 2005, p. 199.

29 Welke rechtspraak traditioneel terughoudend staat ten aanzien van rechtsvergelijking, hoewel daar recent enige verandering in lijkt te kunnen worden waargenomen (*cf.* Canivet 2005, p. 181-193; Heuschling 2003, p. 38 *et seq.*).

zeker gevoel van superioriteit terzake moeilijk verenigbaar met rechtsvergelijking.[30] Ook trouwens in Engeland, waar rechtsvergelijking (althans binnen de vertrouwde *common law* familie)[31] al bijna eerder regel dan uitzondering kan worden genoemd, is op dit vlak misschien niet zozeer een aversie, maar dan toch een zekere hesitatie merkbaar die wel eens dieper geworteld zou kunnen zijn dan men in eerste instantie durft vermoeden.[32]

Een bijkomend element is dat niet slechts kan worden volstaan met een loutere observatie van het aantal referenties, maar deze evenzeer op hun intrinsieke waarde dienden geëvalueerd te worden. Louter formele referenties maken immers geen rechtsvergelijking uit.[33] Een exhaustieve analyse is vanzelfsprekend onmogelijk, doch verondersteld mag worden dat een lakmoesproef op het vlak van de voornoemde *wrongful life* vorderingen voorzeker een neutraal, zelfs eerder optimistisch beeld schetsen kan (ter recapitulatie: *wrongful life* betreft deze vorderingen waarbij het gehandicapte kind zelf (morele) schadevergoeding vraagt voor het feit van geboorte,[34] en valt dus te onderscheiden van de – normaliter samenhangende – *wrongful birth* vordering waar deze actie vanwege de ouders tot vergoeding van de onderhouds- en opvoedingskosten van het gehandicapte kind ingesteld wordt, en voorzeker *wrongful pregnancy alias wrongful conception* waarbij door ouders schadevergoeding wordt

---

30 In dergelijke richting evenzeer Heuschling 2003, p. 26 respectievelijk Örücü 2003, p. 231.

31 *Cf.* o.a. Örücü 1999, p. 257 (& 293).

32 Denk bijvoorbeeld aan het vurige pleidooi dat William Pitt (the younger) meer dan 200 jaar geleden, in het brandpunt van het Engels-Napoleontische conflict, oreerde voor het parlement: 'You have it stated in the subsequent declaration of France itself, that it is not against your commerce, it is not against your wealth, it is not against your possessions in the East or colonies in the West, it is not against even the source of your maritime greatness, it is not against any of the appendages of your empire, but against the very essence of your liberty, against the foundation of your liberty, against the foundation of your independence, against the citadel of your happiness, against your constitution itself, that their hostilities are directed. They have themselves announced and proclaimed the proposition, that what they mean to bring with their invading army is the genius of their liberty […] and the annihilation of British liberty, and the obliteration of everything that has rendered you a great, a flourishing and a happy people' (B. MacArthur (ed.), *The Penguin Book of Historic Speeches* (Penguin: Londen etc., 1995), 191). Eenzelfde ethos weerklonk meer dan 200 jaar nadien in vredige bewoordingen in strijd tegen de introductie van de HRA; zie hoofdstuk 2, voetnoot 336.

33 *Cf.* Samuel 2005a, p. 253.

34 Zie bijvoorbeeld Genicot 2002, p. 80 ('une action introduite par l'enfant, ou plus généralement par les parents en son nom, en vue de l'indemnisation du préjudice qui lui cause son état de personne handicapée'); Granchi 2002, p. 1265 ('the child, through his parents, brings an action against the physician, claiming that "but for the negligence of the defendants, he would not have been born to suffer with an impaired body"'); Monteiro 2003, p. 221 ('le dommage souffert par *l'enfant lui-même*, du fait qu'il soit né avec de graves handicaps physiques ou mentaux'); Sluijters 2004, p. 53; Stolker 1997, p. 195 ('Het gaat dan niet om de vordering van de ouders (hun claim heet wrongful birth), maar steeds om de vordering van een gehandicapt geboren kind'); Stolker & Sombroek-Van Doorm 2003, p. 227 ('demande d'indemnisation du préjudice d'un enfant né handicapé'); Trouet 1998-1999, p. 285 ('de schadevergoeding van een kind wegens zijn onrechtmatig leven').

geëist wegens een ten gevolge van medische fout toegelaten geboorte van een gezond doch ongewenst kind).[35] Uiteraard dient hierbij de gedateerde Britse[36] en Duitse[37] rechtspraak buiten beschouwing te worden gelaten, deze zou wegens in een te ver verleden geworteld immers een vertekend beeld kunnen opleveren.[38]

7.1.2 Casestudy: *Wrongful life*

De uitspraak van het Oostenrijkse Hooggerechtshof (1999)[39] vertoont alvast een opvallende rechtsvergelijkende karaktertrek. Door middel van talrijke

35 Merk op dat het onderscheid tussen *wrongful birth* enerzijds *en wrongful conception* hetzij *wrongful pregnancy* anderzijds niet systematisch gehanteerd wordt, in welk geval beide onder de noemer *wrongful birth* begrepen worden (zie in Nederland bijvoorbeeld de *wrongful conception* arresten HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 en HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 die in de literatuur veelal als 'Wrongful birth I' resp. 'Wrongful birth II' geduid worden) en dus geen onderscheid meer gemaakt wordt of het geboren kind al dan niet gehandicapt is (zie bijvoorbeeld uitdrukkelijk Whitfield 1999, p. 688: 'A claim by parents arising out of an unplanned or unwanted birth, whether or not the child suffers from a disability' of Trouet 1998-1999, waar het onderscheid wel wordt vermeld doch niet gehanteerd (p. 284, voetnoot 5), maken wel het onderscheid o.a. De Meuter 1991, p. 62-66 (*et seq.*); Genicot 2002, p. 81, 82 (*et seq.*); Granchi 2002, p. 1264-1266; Kerr 1998, p. 720 (kritisch); Morris & Saintier 2003, p. 167; Hermann & Kern *n.a.*, *n.f.*; Ter Heerdt 2001-2002, p. 250-251; Vikingstad 2007, p. 1065-1066). Anderzijds blijken sommige auteurs m.b.t. deze gehele terminologie zelf aan verwarring ten prooi, zo beschrijft Lindenbergh 2003, p. 365-366 in een exact op dit onderwerp toegesneden stuk *wrongful birth* inhoudelijk exclusief als *wrongful pregnancy* ('Bij *wrongful birth* gaat het om de geboorte van een kind na een ongewenste conceptie en zwangerschap. Daaraan kunnen verschillende oorzaken ten grondslag liggen, zoals een niet werkend anti-conceptiemiddel, een niet adequate sterilisatie, een verkrachting en/of een mislukte abortus') wijl hij onder de noemer *wrongful life* zowel de *wrongful birth* als eigenlijke *wrongful life claim* schaart ('De term *wrongful life* heeft betrekking op een kind dat doorgaans niet het resultaat is van een ongewenste zwangerschap, maar dat met ernstige handicaps wordt geboren'); een lapsus die geen steun in andere doctrine vindt (ook al beschrijft hij de termen als afkomstig uit de Verenigde Staten, toch hebben deze ook daar dezelfde dekking als *supra* gerapporteerd, zie bijvoorbeeld Granchi 2002, p. 1264-1266; Vikingstad 2007, p. 1065-1066 en verwijzingen aldaar) en teleurstellend is daar in deze aangelegenheden de centrale discussie juist de sprong van de veelal geaccepteerde *wrongful birth* naar de veelal gecontesteerde *wrongful life* vordering betreft.

36 *McKay and another v Essex Area Health Authority and another*, [1982] 1 QB 1166.

37 BGH 18 januari 1983, *JZ* 1983, 447.

38 Beide dateren van voor de periode waarin de doctrine van horizontale werking haar volle ontplooiing kende en waarin binnen Europa weinig vergelijkend materiaal aangaande *wrongful life* vorderingen kon worden ontleend. Volstaan kan worden met de opmerking dat de rechtsvergelijking zich in beide gevallen richtte naar de USA. Tevens werd in de Duitse uitspraak evenzeer gerefereerd aan *McKay*. Waar in de Britse zaak enige invloed van de rechtsvergelijking kan worden onderkend, lijkt dit evenwel niet het geval in de uitspraak van het Bundesgerichtshof, waar de referenties eerder terloops lijken en weinig terzake doende (Illustratief voor de teneur is reeds de frase dat 'Ausländische Entscheidungen, die aber schon wegen der verschiedenen Rechtsgrundlagen nur beschränkt für das inländische Recht Bedeutung haben können […]').

39 OGH 25 mei 1999 (1 Ob 91/99k), *Jbl* 1999, 593 (zie *in globo* o.a. Bydlinski 2000, p. 29-66).

referenties wordt duidelijk aansluiting gezocht bij de reeds gevestigde Duitse rechtspraak. Voorzeker wat betreft de eigenlijke *wrongful life* vordering recapituleert het Oostenrijkse *Oberster Gerichtshof* expliciet de hierin geponeerde argumentatie[40] en onderschrijft deze ook in duidelijke bewoordingen.[41] De invloed is zelfs van die aard dat de Oostenrijkse uitspraak *quasi* een transscriptie uitmaakt van het leidende arrest van het *Bundesgerichtshof* (1983).[42]

Anderzijds levert de uitspraak van het Portugese *Supremo Tribunal de Justiça* (2001) een heel eenvoudig beeld op: na de eigenlijke claim reeds afgewezen te hebben, kan de verwijzing naar Amerikaanse rechtspraak met betrekking tot de onmogelijkheid tot schadebegroting weinig meer dan een louter ornamentele functie bezitten.[43]

---

40 Samengevat betekent dit dat het feit dat de arts de handicap van het kind niet veroorzaakt heeft en dat hij geen verplichting heeft de geboorte te verhinderen maakt dat er geen contractuele noch extra-contractuele aansprakelijkheid ten aanzien van het kind kan bestaan. De fout van de arts bestaat slechts in een tekortkoming in zijn contractuele plichten ten aanzien van de ouders. Slechts wanneer de arts is tekortgeschoten in de verplichtingen die door een van het contract afgeleide beschermende werking ten voordele van het kind worden opgelegd, bestaat ten aanzien van deze laatste een mogelijke aansprakelijkheid.

41 Zie bijvoorbeeld de frase 'Die deutsche Rechtsprechung verneint einen derartigen Anspruch mit überzeugenden Argumenten' en verder 'Dieser in jeder Weise überzeugenden Argumentation des Bundesgerichtshofs vermögen die Befürworter eines eigenen Ersatzanspruchs des Kindes letztlich nichts wirklich Stichhältiges entgegenzuhalten'.

42 Vgl. 'Das Urteil über den Wert menschlichen Lebens als höchstrangigen Rechtsguts steht dem Arzt nicht zu. Auch die Pflicht, das Leben schwer Behinderter zu erhalten, darf nicht vom Urteil über den Wert des erhaltbaren Lebenszustandes abhängig gemacht werden. Es geht hier nicht um jene Grenzfälle, in denen sich die Frage stellt, ob trotz der völligen Aussichtslosigkeit, den Leidenszustand zu bessern, noch einzelne Lebensfunktionen durch künstliche Maßnahmen aufrecht erhalten werden sollen. Weder die Ermöglichung noch die Nichtverhinderung von Leben verletzt ein geschütztes Rechtsgut. Es entzieht sich den Möglichkeiten einer allgemein verbindlichen Beurteilung, ob das Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative, nicht zu leben, überhaupt einen Schaden im Rechtssinn oder aber eine immer noch günstigere Lage darstellt.' (OGH) en 'Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu. Daher ist auch anerkannt, daß die Pflicht, das Leben eines Erkrankten oder schwer Verletzten zu erhalten, nicht von dem Urteil über den Wert des erhaltbaren Lebenszustandes abhängig gemacht werden darf. Nur bei der Frage, inwieweit nur noch einzelne Lebensfunktionen durch künstliche Maßnahmen ohne Hoffnung auf Besserung aufrecht zu erhalten sind, mag dieser Grundsatz eine gewisse Grenze finden […]Weder die Ermöglichung noch die Nichtverhinderung von Leben verletzt (anders, soweit die Qualität dieses Lebens durch Tun oder Unterlassen erst beeinträchtigt wird) ein nach § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut. […]Vor allem nämlich entzieht es sich, eben weil es nicht um ein Integritätsinteresse geht, den Möglichkeiten einer allgemeinverbindlichen Beurteilung, ob Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative des Nichtlebens überhaupt im Rechtssinne einen Schaden oder aber eine immer noch günstigere Lage darstellt […].' (BGH).

43 STJ 19 juni 2001, nr. 1008/01-1. Zie verder Correia 2004.

In schril contrast met deze summiere verwijzing stond de benadering van het Franse Hooggerechtshof in de zaak *Perruche (II)* (2002):[44] deze verzocht geheel uitzonderlijk[45] het Franse Instituut voor Rechtsvergelijking om een onderzoeksrapport. De neerslag hiervan is duidelijk naspeurbaar in de adviezen van *Conseiller* Sargos en *Avocat Général* Sainte-Rose. Beiden betrekken zowel *common law* rechtspraak als een arrest van het Duitse Constitutionele Hof in hun analyse. Evenwel vertonen deze comparatieve annotaties eerder een teleologisch dan een oriënterend karakter: slechts weergegeven wordt wat duidelijk past binnen de teneur der (onderling strijdige) adviezen. Zo schrijft Sargos de overvloed aan *common law* rechtspraak, dewelke een duidelijke contra-indicatie vormt voor zijn pleidooi ten voordele van de *wrongful life* vordering, vrij soepel van de hand als weinig terzake doende. Enig sofisme is aan de onderliggende redenering trouwens niet vreemd: beweerd wordt dat deze rechtspraak veronachtzaamd dient te worden daar ze frequent gebaseerd is op prohibitieve regelgeving. Echter, zelfs met enige terughoudendheid kan gesuggereerd worden dat juist in het bestaan van deze regelgeving zelf een argument *a contrario* de *wrongful life* vordering schuilt. Slechts wanneer aangetoond wordt dat voornoemde wetgeving geïnspireerd werd door factoren die aan de eigenlijke natuur van de vordering vreemd zijn, is het legitiem op deze basis zowel de regelgeving als de daarop gebaseerde rechtspraak als irrelevant te proclameren. Passend genoeg blijft echter heel dit aspect onderbelicht, terwijl niettemin wel een binnen het pleidooi geschikte atypische uitspraak van het hooggerechtshof van New Jersey wordt uitvergroot. Ook wat betreft de invulling van het schadebegrip worden de gunstige elementen beklemtoond, de ongunstige eerder veronachtzaamd: de focus wordt gelegd op een waarneembare inschikkelijkheid tot erkenning van materiële schade, terwijl het voor *wrongful life* meer precaire punt van morele schadevergoeding slechts indirect aangestipt wordt.[46] In contrast zijn de rechtsvergelijkende

---

44 Cass. ass. plén. 17 november 2000 (*Epoux X c. Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et alia*), *J.C.P* 2000. II. 10438, rapport P. Sargos, conclusies A-G J. Sainte-Rose. Bevestigd in Cass. ass. plén. 13 juli 2001, *J.C.P* 2001.II.10601, concl. A-G J. Sainte-Rose, noot F. Chabas (3 arresten); Cass. ass. plén. 28 november 2001, *R.G.A.R.* 2002, nrs. 13471 & 13472 (2 arresten).

45 Canivet 2005, p. 191 vermeldt dat dergelijks slechts twee maal geschiedde.

46 'Certes, l'arrêt Mc Kay v. Essex area health authority, rendu en 1982 par la juridiction suprême du Royaume-Uni, prohibe une telle action, mais la situation de ce pays n'est pas significative car c'est une loi de 1976 – encore que sa portée soit contestée par certains – qui fait obstacle à l'action de l'enfant. De même ne sont pas significatives les décisions de cours et tribunaux d'États des USA qui ont une législation interdisant ce type d'action. Mais, à notre connaissance, il n'y a pas de décisions de juridictions suprêmes étrangères équivalentes à la Cour de cassation qui rejettent ou acceptent par principe une telle action en wrongful life. Par contre des décisions de cours de quelques États des USA, certes minoritaires, admettent de réparer le préjudice de l'enfant consistant dans le coût, notamment médical, induit par son handicap. On évoquera ainsi l'arrêt de la Cour suprême du New Jersey (Procanik v. Cillo), […]: "We need not become preoccupied … with … metaphysical considerations. Our decision to allow the recovery of extraordinary medical

annotaties van Sainte-Rose, die zich als manifest opponent van de vordering profileerde, van een geheel andere teneur: diens advies draagt de bijna pijnlijk eenvoudige boodschap dat de overweldigende quasi-unanimiteit waarmee de geanalyseerde buitenlandse rechtspraak (en regelgeving) de vordering afwijst een duidelijke illustratie vormt van de inherente incoherentie van dergelijke vordering.[47] Hoewel ze een enigszins empathische formulering kent, kan niet ontkend worden dat deze weergave een meer objectief beeld verschafte dan de corresponderende beschrijving door Sargos. De lering die het *Cour de Cassation* er niettemin uit getrokken heeft is welbekend; haar uitspraak honoreerde de *wrongful life claim* en profileerde zich aldus diametraal tegenover het verkregen comparatieve materiaal.[48]

Dit arrest van het *Cour de Cassation* fungeerde evenwel op haar beurt als element in de uitspraak van haar Italiaanse equivalent (2004).[49] Hierin werd expliciet verwezen naar *Perruche* en de daaropvolgende wetgeving,[50] doch

---

expenses is not premised on the concept that non-life is preferable to an impaired life, but it is predicated on the needs of the living. We seek to respond to the call of the living for helping bearing burden of their affliction". La Cour constitutionelle fédérale d'Allemagne dans un arrêt du 12 novembre 1997, si elle pose comme principe que l'existence humaine ne peut être considérée comme un préjudice (point sur lequel il y a d'ailleurs un consensus général que nous partageons), admet cependant que les coûts particuliers nécessités par l'alimentation de l'enfant handicapé donnaient droit à indemnisation.'

47 'On comprend pourquoi certaines juridictions ou législations étrangères s'opposent au principe même de l'action en wrongful life. Des éléments d'information que nous avons pu recueillir, il ressort que, dans sa quasi-totalité, les décisions de la justice américaine ont rejeté les revendications formées au nom de l'enfant, les juges refusant que l'on puisse se plaindre d'être né ou toute comparaison entre la vie même diminuée et l'inexistence, les incohérences de l'action étant également fustigées. Plusieurs États des États-Unis prohibent l'action de l'enfant. La jurisprudence québécoise témoigne, elle aussi, de cette réserve: 'Il est impossible, a estimé la cour d'appel, de comparer la situation de l'enfant après la naissance avec la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il n'était pas né; le seul énoncé du problème montre l'illogisme qui l'habite'. Dans un arrêt Mc Kay de 1977, la Cour d'appel d'Angleterre a jugé que le procès pour 'vie non désirée' est contraire à l'ordre public et constitue une violation de la règle de la primauté de la vie humaine. Ce type de procès est d'ailleurs interdit par une loi, le Congenital Disabilities (Civil Liability) Act de 1976. Statuant de la responsabilité contractuelle du corps médical dans le domaine du diagnostic prénatal et anteconceptionnel, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a jugé, le 12 novembre 1997, qu'il y a lieu de distinguer entre l'existence humaine qui ne pouvant être considérée comme un préjudice est insusceptible d'un quelconque dédommagement et l'obligation d'entretien qui incombe aux parents de l'enfant handicapé.' Zie tevens Sainte-Rose 2001, p. 320.

48 Daarbij ten onrechte suggererende dat de uitspraak regelrecht volgde uit nationale precedenten, aldus Chabas 2000, p. 2310.

49 Cass. 29 juli 2004, *Danno e resp.* 2005, 379, nr. 4.2.

50 Zoals bekend introduceerde de zgn. *Loi Kouchner* (Officieel *Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, *JORF* 5 maart 2002) onderwijl het principe dat 'Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance' (actueel L. 114-5 *Code de l'action sociale et des familles*) (zie terzake o.a. Jourdain 2002, p. 891-893 waar interessant genoeg geduid wordt dat deze wetgeving slechts uit electorale overwegingen, maar in feite tegen de werkelijke zin van de wetgever in, tot stand kwam).

het blijft bij een korte beschrijving. De referentie is eerder gemotiveerd door het feit dat de *Perruche* uitspraak duidelijk aanleiding heeft gegeven tot het heropleven van het Italiaanse debat terzake.[51] Enige meer concrete impact is evenwel niet naspeurbaar. De argumentatie van het *Corte di Cassazione* ontrolt zich binnen een uitvoerig uitgewerkte omlijsting van interne wetgeving, theorievorming en rechtspraak[52] en resulteert in een onverbiddelijke afwijzing van de vordering, waarbij de onderliggende verantwoording uiteraard geen echo van het tegenstrijdige arrest *Perruche* in zich draagt.[53] Evenwel dient erkend te worden dat een deel van de argumentatie van het *Corte di Cassazione* herinnert aan een redenering die het *Bundesgerichtshof* in haar arrest van 1983 had neergelegd:[54] aan de overeenkomst tussen de moeder en de gynaecoloog kan het kind zekere rechten ten aanzien van de gynaecoloog ontlenen (*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*), de informatieplicht echter richt zich enkel tot de moeder. Hierin een onmiddellijke invloed constateren is mogelijk echter voorbarig: deze *Schutzwirkung*-theorie dwaalt reeds sinds 1993 door het Italiaanse recht.[55]

Perruche maakte eveneens opwachting in twee uitspraken van de Brusselse rechtbank. In de eerste uitspraak (2002)[56] werd in summiere bewoordingen

---

51 De conclusie is slechts: 'Questa sentenza della corte francese ha riaperto il dibattito sul diritto dell'handicappato di "non nascere se non sano"'. Significatief lijkt daarenboven dat reeds in de daaropvolgende frase de focus wordt verlegd en de interne aanleiding en mogelijke evolutie wordt benadrukt: 'Segnatamente in Italia, il dibattito dottrinale é stato alimentato non solo dalla suddetta sentenza francese, ma anche come ritenuto possibile sviluppo di elementi tratti dalla sentenza di questa Corte 10.5.2002, n. 6735' (vrij vertaald: In het bijzonder in Italië is het doctrinaire debat niet slechts gevoed door voornoemde Franse uitspraak, doch ook als een mogelijke ontwikkeling van elementen onttrokken uit de beslissing van dit Hof […]).

52 Een enkele referentie aan de figuur *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte* (nr 2.1, zie hoofdtekst) en verdere referenties naar Franse wetgeving (nr. 4.8 en 5.2, zeer summier en slechts om te onderscheiden van het Italiaanse rechtssysteem) uitgezonderd.

53 Erkend werd dat het kind bescherming kon ontlenen aan het contract tussen de gynaecoloog en de moeder. Evenwel betreft de tekortkoming van de gynaecoloog in diens informatieplicht enkel de moeder die aldus in haar keuzerecht werd geschaad, doch niet het kind (Vgl. Perruche: 'Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues'). Daarenboven zou een *diritto a non nascere* (een recht om niet geboren te worden), een recht zonder houder zijn: art. 1 *Codice Civile* voorziet slechts rechtscapaciteit vanaf het moment van geboorte, terwijl na geboorte dit recht verdwijnt. Evenzeer bestaat geen *diritto a non nascere se non sano* (recht om niet geboren te worden indien niet gezond) daar dit principes van eugenetica en prenatale euthanasie onderschrijft die onverenigbaar zijn met art. 2 Constitutie (principe van solidariteit) en art. 5 *Codice Civile* (onvervreemdbaarheid van het lichaam).

54 BGH 18 januari 1983, *JZ* 1983, 447.

55 Cass. 22 november 1993 (nr. 11503), *Giur. It.*, 1995, I, 1, c. 550. Zie tevens Trib. Genova 3 januari 1996, *Danno e resp.* 1997, 94.

56 Rb. Brussel 7 juni 2002, *T.B.B.R.* 2002, 483.

expliciet (doch zonder bronvermelding) aangesloten bij de Franse rechtspraak.[57] In de tweede uitspraak (2004)[58] werd *Perruche* expliciet genoemd,[59] doch meer dan een terloopse verwijzing hield dit niet in. Wel werd uitvoerig gerefereerd aan de Franse doctrine die zich rond het *wrongful life* vraagstuk, en *Perruche* in het bijzonder, ontwikkeld had. De tekst van het vonnis wijst op een goede kennis van deze doctrine die ongetwijfeld een rol speelde in de besluitvorming van de enige in deze zaak zetelende rechter. De Franse referenties doorweven de gehele argumentatie en worden niet onderscheiden van Belgische bronnen. Geheel bijzonder is dit echter niet: Belgische jurisprudentie blikt wel eens meer naar deze romaanse buur wiens rechtssysteem het geërfd heeft. Net zoals in Frankrijk werd de claim trouwens toegewezen.[60] Of het *Perruche* arrest zelf hierin een noemenswaardige rol heeft gespeeld is twijfelachtig of op zijn minst onzeker, doch invloed van de Franse doctrine staat buiten kijf.

Rest nog de beslissing van de Hoge Raad in de zaak *Kelly* (2005).[61] Ook hier zijn rechtsvergelijkende annotaties waar te nemen, namelijk in het advies van A-G Hartkamp hetwelk overladen is met extensieve referenties aan Amerikaanse, Belgische, Britse, Duitse, Franse en zelfs Israëlische rechtspraak.[62] Voor zover waarneembaar hebben deze echter geen rechtstreekse impact gehad

---

57 'Le tribunal se ralliera à cet égard à la tendance dégagée par la jurisprudence française selon laquelle "... l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; ... ."'

58 Rb. Brussel 21 april 2004 [foutief afgedrukt als 2001], *T.B.B.R.* 2006, 108.

59 Er werd trouwens ook kort gerefereerd aan *McKay* en Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, *Juristenkrant* 2003, liv. 69, 8 (=*NJ* 2003, 249).

60 Samengevat werd het kind geoordeeld geschaad te zijn in een recht dat voor hem het verlengde is of meer bepaald een onderdeel van het recht van de moeder, met wie hij onlosmakelijk een eenheid vormde ten tijde van zijn verwekking, om de zwangerschap te onderbreken onder de voorwaarden bepaald in art. 350 Strafwetboek. Op zijn minst verleent voornoemde wetsbepaling aan het te geboren worden kind het belang niet in een situatie terecht te komen waarin het met een zeer ernstige en ongeneeslijke handicap leven moet. Op dit belang kan het kind zich, eens geboren, beroepen tot herstel van de geleden schade. Juist door zwangerschapsafbreuk zonder tijdslimiet toe te laten in geval het kind dat geboren zou worden lijden zou aan een uiterst zware en ongeneselijke kwaal heeft de wetgever zelf erkend dat afwezigheid van leven in zekere gevallen de voorkeur geniet boven een ernstig aangetast leven evenals dat het enkele feit te leven de aan een handicap gelieerde schade niet uitwist. Het feit dat de schadevergoeding niet mogelijk maakt dat het kind teruggeplaatst wordt in de staat van niet bestaan is niet relevant aangezien schadevergoeding niet altijd en noodzakelijk tot functie heeft het slachtoffer terug te plaatsen in de staat die de zijne was voor de fout, doch zich soms beperkt tot het verzachten van de gevolgen van de uit de fout voortvloeiende nadelige toestand.

61 HR 18 maart 2005 (Kelly), *RvdW* 2005, 42.

62 Nr. 23-32.

op de beslissing van de Hoge Raad of zelfs de conclusie van Hartkamp.[63] Wel lijkt de toegevoegde waarde van dit verkennend onderzoek erin bestaan te hebben de kritische punten van dergelijke vordering tijdig te onderkennen en de afgeleverde motivering hierop in voldoende mate toe te spitsen.[64]

Aldus de genealogie van de *wrongful life* vordering, tak Europa. Er zijn duidelijke sporen van rechtsvergelijking waarneembaar, zowel impliciet als expliciet, formeel als substantieel. Legt men over dit patroon het diafragma van grondrechten, dan wordt het beeld verhelderend. Onder deze uitspraken hebben immers slechts twee een daadwerkelijk *Drittwirkung*-karakter, namelijk de Portugese en de Italiaanse.[65] Het zijn echter deze laatste die (relatief gezien) juist ondermaats scoren op het vlak van rechtsvergelijking. Zelfs wanneer men de terminologische fout[66] begaat ook ongedefinieerde polemieken aangaande menselijke waardigheid onder de noemer horizontale werking te scharen wijzigt het beeld niet manifest. Weliswaar duikt hierbij de bijzondere equivalentie tussen de Duitse en Oostenrijkse rechtspraak op (waar menselijke waardigheid, onder meer in herinnering aan de eugeneticapraktijken uit de jaren dertig, indirect benaderd wordt via het credo dat de waardeschatting van een individueel menselijk leven *in se* nimmer en zeker niet in algemene termen aan derden behoort toe te komen),[67] doch in perspectief geplaatst naast de

63 Integendeel valt op dat de traditionele struikelblokken in strikte verwijzing naar het Nederlandse positieve recht opgelost worden (zie bijvoorbeeld het reguliere argument van onmogelijkheid tot schadeberekening hetwelk gepareerd wordt met verwijzing naar 6:97 BW (nr. 4.15) of het debat m.b.t. de aansprakelijkheidsgrond zelf (7:453 *jo.* 6:162 BW, nr. 4.13)). Indicatief is evenzeer de commentaar van het Hof van 's-Gravenhage (26 maart 2003, *NJ* 2003, 249) in deze zaak met betrekking tot de verscheidene rechtsvergelijkende argumenten aangedragen door de procespartijen (zie nrs. 16, 34 & 38): '[w]at daarvan zij, dit hof is van oordeel dat er naar Nederlands recht […] thans geen doorslaggevende argumenten bestaan om dergelijke claims geheel te willen belemmeren' (nr. 38).

64 Het lijkt hierbij niet onlogisch in analogie te verwijzen naar het advies van A-G Vranken in HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 betreffende de aan *wrongful life* nauw verwante *wrongful birth* vordering. Ook hierin werd uitgebreid gerefereerd aan buitenlandse (nl. Belgische, Duitse, Engelse, Franse, Zwitserse en Zuid-Afrikaanse) rechtsbronnen (nrs. 11-23). Omtrent de waarde van deze referenties was Vranken behoorlijk duidelijk: '[h]et lijkt goed hieraan in deze conclusie aandacht te besteden, niet om de daar gevonden oplossingen over te nemen – het aansprakelijkheidsrecht in de genoemde landen is op onderdelen soms wezenlijk verschillend-, maar om mij te scherpen aan de argumenten die gewisseld zijn' (nr. 11). In de uitspraak van de Hoge Raad is dan ook niet echt een invloed naspeurbaar (noteer anderzijds evenwel dat Brunner een link waarnam tussen de redenering van de Hoge Raad en die van het *Bundesgerichtshof* (Brunner 1999, nr. 2.b)).

65 Het Portugese hanteert art. 24 (1) Grondwet teneinde superieure waarde van het menselijk leven te benadrukken; het Italiaanse art. 2 Grondwet (zie voetnoot 53).

66 Zie § 3.1.1.

67 Zie *supra* voetnoot 42, en specifiek wat het eugenetica-argument betreft de uitspraak van het BGH r.o. B.II.2.a: 'Allgemein erlaubt gerade die durch die Erfahrung mit der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft beeinflußte Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland aus gutem Grund kein rechtlich relevantes Urteil über den Lebenswert fremden Lebens'. Vgl. in deze bijvoorbeeld ook de, in referentie aan latere Bundesverfassungsrechtspraak (zie o.a. BVerfG 22 oktober 1997, *NJW* 1998, 523 alwaar gesteld wordt dat strijdig

Frans-Belgische interactie, in welke uitspraken het bezwaar tegen de *wrongful life* vordering op basis van menselijke waardigheid niet[68] of slechts summier en overigens terecht[69] met weinig genegenheid behandeld wordt ('qu'en

zou zijn met art. 1 GG het bestaan van een kind als schade te beschouwen), Duitse meerderheidspositie summerende notitie van Klose alsdat, onafhankelijk van andere meer technisch juridische bezwaren, 'verbietet es die jedem Menschen innewohnende Menschenwürde, aus der Nichtverhinderung der Geburt, und sei es auch "nur" für ein kurzes und schmerzgeprägtes Leben, einen ersatzfähigen Schaden abzuleiten […] Objektive, rechtlichfassbare Maßstäbe für die Definition eines lebenswerten Lebens gibt es nicht und darf es auch nicht geben […]' (Klose 2002, p. 188).

68 Cass. ass. plén. 17 november 2000, *J.C.P* 2000.II.10438. Wel wordt het argument opgeworpen in het naar eindresultaat gevolgde rapport van P. Sargos, nr. 18, 41-50 (eveneens gepubliceerd te *J.C.P* 2000. II. 10438), doch zonder hierin werkelijk obstructie te bespeuren. Hoewel een veelvoud aan Franse auteurs aangedragen en geciteerd wordt waar waarschuwingen voor eugenetica de toon bepalen, de ethische spanning onderkend wordt in het gegeven schadevergoeding te eisen voor een feit dat uiteindelijk tot de eigen geboorte geleid heeft en Sargos concludeert dat 'l'Assemblée plénière *pourrait s'arrêter à cette position* et rejeter le pourvoi', is het uiteindelijke oordeel als zou de *wrongful life* vordering met de menselijke waardigheid strijdig zijn, ontkennend. Het eugenetische argument wordt bestempeld als puur demagogisch en kwetsend, dergelijke praktijk immers een collectieve noodzakelijk criminele dimensie vooropstellend, waar bij de *wrongful life* actie daarentegen juist de gefnuikte uitoefening van een – gezien de abortuswet van 17 januari 1975 – legitieme en uiterst eenzame ('solitude épouvantable') keuzevrijheid van de vrouw centraal staat. Samengevat komt het eugenetische argument dan neer op een verhulde doch directe ontkenning van een bij wet veroorloofde keuzevrijheid *ergo* een verwensing van dit principe zelf en niet zoals behoort een argument binnen de grenzen daarvan ('dire qu'en acceptant d'indemniser l'enfant de son préjudice la Cour de cassation encouragerait l'eugénisme ressort de l'imprécation – pour rester courtois – et non de la discussion'). Van de legitimiteit van deze keuzevrijheid uitgaand, gekoppeld aan het evenzeer onbetwiste grondprincipe van aansprakelijkheidsrecht, nl de verplichting de door fout aan een ander veroorzaakte schade te herstellen, kan de actie in feite dan ook vanuit oogpunt der menselijke waardigheid niet aan twijfel worden onderworpen, immers 'considerer le handicap supporté par l'enfant comme inhérent à sa personne pour en déduire une non-réparation n'est-ce pas nier l'atteinte au potentiel humain qui résulte du handicap et nier par là même son préjudice?'. In ieder geval is het zo, aldus Sargos, dat uitsluitend de *wrongful birth* vordering erkennen een interne contradictie uitmaken zou als vinden beide hun schade in dezelfde fout en ook '[e]n indemnisant les parents, on accepte nécessairement l'idée de faire abstraction de la vie qui, sans la faute commise, n'aurait pas existé'. Dat aldus de schadevergoeding zou toegekend worden met de suggestie dat sommige levens niet waard zijn te worden geleefd, een argument getypeerd als eerder ontsproten uit verbeelding dan rede, wordt, ietwat stromanachtig, door *conseiller* Sargos afgestreden met de *locus classicus* dat juist de schadevergoeding werkelijk de persoonlijke ontplooiing mogelijk maakt en aldus meer aan de menselijke waardigheid recht doet ('Où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie: dans le refus abstrait de toute indemnisation, ou au contraire dans son admission qui permettra à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques?').

69 Zie in deze zin bijvoorbeeld ook Fordham 2005, p. 402 ('arguably outdated notion that the right to life is something which must be protected at all costs', resultante van 'old religious and moral norms' die aan de contemporaine visie – getuige daarvan o.a. het recht op euthanasie of vruchtafdrijving – niet meer conformeren); Hermann & Kern *n.a.*, *n.f.* ('human dignity may better be relied on to sustain the claim of the disabled, than to oppose it').

autorisant l'avortement sans limite de temps, en cas d'affection d'une particulière gravité et incurable, le législateur […] a lui-même accepté l'idée que l'absence de vie peut, dans certains cas, être préférable à une vie gravement altérée'),[70] lijkt de invloed meer terug te buigen op het bestaan van juridische familiebanden dan op de gehanteerde ethische concepten. Neem daarbij tevens de *Kelly* uitspraak in rekening, waarbij de desbetreffende overwegingen duidelijk geen rechtsvergelijkende impact dragen, en de gehele suggestie m.b.t. convergerend vermogen van het leerstuk der horizontale werking schijnt ook wat betreft een traditioneel wingewest zoals *wrongful life* afgeschreven te kunnen worden.

7.1.3 Conclusie

Samengevat lijkt rechtsvergelijking binnen *Drittwirkung*-rechtspraak geen hoge toppen te scheren. De comparatieve actie is beperkt en weinig gerelateerd aan het 'horizontale' karakter zelf; de aanwending van grondrechten schijnt geen waarneembare rol te spelen die tot rechtsvergelijking zou aansporen of deze zou vergemakkelijken.

Wat specifiek de Nederlandse rechtspraak betreft kan aangestipt worden dat deze geen slecht figuur slaat: een zekere bereidheid tot rechtsvergelijking is alvast aanwezig. Wel zijn de exercities vaak formeel van natuur,[71] of maken ze, wanneer ze van een meer substantiële aard zijn, een toevoeging ten overvloede (of een interessant 'fait divers') uit naast voldoende bronnen van Nederlandse origine.[72] Een enkele, doch belangrijke uitzondering bestaat in

70 Rb. Brussel 21 april 2004 [foutief afgedrukt als 2001], *T.B.B.R.* 2006, 108.

71 HR 10 december 1982 (Binderen/Kaya), *NJ* 1983, 687, advies A-G Ten Kate (Een enkele (formele) referentie aan een Amerikaanse uitspraak (zonder nadere toelichting en geplaatst tussen andere referenties)); HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 (Referentie (onmiskenbaar deels op instigatie van een der procespartijen) aan Belgische en Duitse doctrine en Franse rechtspraak (m.b.t. de notie 'portret') doch zonder enig manifest effect. Noteer tevens dat een voorbehoud bij de horizontale aard van deze uitspraak dient gemaakt te worden: enkel de A-G verwijst naar grondrechten); HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361, advies A-G Franx, nr. 70 (Referentie (onmiskenbaar deels op instigatie van een der procespartijen) aan een Frans, een Duits en een Amerikaans werk maar zonder implicatie); HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347, advies A-G Koopmans, nr. 9 (Een enkele verwijzing naar een Duits werk te midden van Nederlandse bronnen terzake de botsing van grondrechten *in abstracto*); HR 21 oktober 1994 (Rails), *NJ* 1996, 346, advies A-G Koopmans, nr. 5 & 6 (Eenvoudige referentie aan Amerikaanse jurisprudentie respectievelijk een Belgisch werk).

72 HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 803 (*stricto sensu* geen horizontaal effect zaak, doch vaak aldus bestempeld), advies A-G Franx, nr. 7.1 (Verwijzing, in een litigatie m.b.t. beledigende uitlatingen in een TV-uitzending, naar BVerfG 14 februari 1973, *BVerfGE* 34, 269 tot legitimatie van de parameter dat het feit dat de beschuldigde de indruk had gegeven als een onpartijdige instantie op te treden in diens nadeel uitwerken kan. Echter, deze parameter kon ook uit Nederlandse rechtspraak afgeleid worden en werd bijvoorbeeld reeds gehanteerd in de uitspraak die *in casu* juist voor de Hoge Raad aangevochten werd); HR 16

de erkenning van een algemeen persoonlijkheidsrecht in het *Valkenhorst*-arrest:[73] deze stap werd overduidelijk door een uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* geïnspireerd.[74]

7.2 SUPRANATIONALE REFERENTIE

Het ontginningsgebied voor supranationale referenties (i.e. naar EHRM-rechtspraak) blijft tot op heden beperkt. In praktijk gaat het hier slechts om Nederland en Engeland die op basis van reeds voornoemde motieven[75] in *Drittwirkung* rechtspraak bij uitstek EVRM-rechten hanteren,[76] zich hiermee afzet-

---

oktober 1987, *NJ* 1988, 850 (Zakelijk telefoongesprek tussen twee managers werd opgenomen en ten processe afgespeeld. Discussie m.b.t. de bewijskracht en legitimiteit in relatie tot het recht op privacy. A-G Asser refereerde (nr. 4.10) aan BGH 24 november 1981, *NJW* 1982, 277 'Die Zulassigkeitsgrenze fur die Verwertung einer von dem Gesprachspartner Heimlich aufgenommen Tonbandaufnahme als Beweismittel im Zivilprozess lasst sich nicht generell, sondern nur für den jeweiligen konkreten Streitfall abstecken'. Dergelijke conclusie kon echter evenzeer uit de in dit advies reeds geciteerde Nederlandse bronnen onttrokken worden. (Zie tevens nr. 5.13: korte referentie aan en verwerping van BGH 20 mei 1958, *BGHZ* 27, 284 waarnaar door een der advocaten verwezen was)); HR 21 januari 1994 (Ferdi E.), *NJ* 1994, 473, advies A-G Vranken, nr. 20 (Conceptie principes horizontale werking is gelijkaardig in Duitsland; zie daarenboven nr. 27-28 m.b.t. tot het recht op de eigen afbeelding versus vrijheid van meningsuiting waarbij evenzeer naar Duits recht gekeken wordt). Zie tevens voetnoten 61 & 64.

73 HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608.

74 In het advies van A-G Koopmans (nr. 18) heet het: 'Een belangwekkende redenering is te vinden in een arrest van het Duitse Bundesverfassungsgericht uit 1989 (NJW 1989 p. 891), waarin het recht van het kind op kennis van de eigen afstamming wordt afgeleid uit door het Grundgesetz beschermde waarden, nl. het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid in combinatie met de menselijke waardigheid (resp. art. 2 lid 1 en art. 1 lid 1). Deze beide grondrechten waarborgen ieder individu, aldus het gerecht, "einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann"'.

75 Zie § 3.3.2.2.

76 Ondergeschikt kan tevens naar de Belgische rechtspraak worden verwezen. Zie daarin onder meer Rb. Brussel 6 november 1996, *Journ. Proc.* 1996, nr. 316, 26 (m.b.t. 'voorzien bij wet' art. 10 (2) EVRM); Rb. Antwerpen 21 december 2000, *R.W.* 2000-01, 1460 ("Een beperking van de vrijheid van meningsuiting in het raam van art. 10.2 EVRM kan mede beoordeeld worden in het licht van art. 8 EVRM (ECRM 20 februari 1995, Neves t/ Portugal, appl. 20683/92, onuitg.)".); Voorz. Rb. Brussel (kg.) 24 oktober 2001, *A&M* 2002, 177 (referentie op instigatie procespartij aan *Bergens Tidende v. Noorwegen*, waaraan echter weinig ontleend wordt 'Il ne semble pourtant pas que la conclusion de la Cour dans l' espèce citée puisse purement et simplement être transposée à la présente action'); Hof Brussel 21 december 2001, *A&M* 2002, 180 ('La vérification du caractère "nécessaire dans une société démocratique" de l'ingérence litigieuse impose de rechercher si celle-ci correspond à un "besoin social impérieux" si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis pour la justifier sont pertinents et suffisants (arrêt C.E.D.H. *Bergens Tidene c. Norvège* 2 mai 2000, considérant no. 48)') ; Arbrb. Nijvel 8 februari 2002, *J.T.T.* 2002, 181 (eerder formele aspecten); Rb. Antwerpen 23 juni 2005, *A&M* 2005, 455 ("Het Europese Hof heeft aangaande deze problematiek nogmaals gesteld dat de vrijheid van expressie en informatie in een

tend tegen de overgrote meerderheid der overige Europese landen die de voorkeur aan de eigen grondrechtencatalogus geven.[77] Landen als Zweden, waar de eigen 'grondwet' slechts een beperkt perspectief inzake horizontale werking biedt,[78] en Frankrijk, waar recentelijk EVRM-rechten in toenemende mate naast de nationale grondrechten geciteerd worden,[79] mogen dan een zekere belofte aangaande inhouden, doch deze blijft voorlopig ongematerialiseerd.

7.2.1 Nederland

Vanuit een louter formeel oogpunt is binnen Nederlandse horizontale rechtspraak onmiskenbaar een overvloed aan EHRM referenties naspeurbaar.[80] Het is niettemin moeilijk de graad van substantiële invloed hierin vast te stellen. Uitspraken waarin expliciet effect van Straatsburgse rechtspraak op de geno-

---

democratische samenleving, waarbinnen er ook ruimte moet zijn voor inlichtingen en denkbeelden die kwetsend, aanstootgevend of rustverstorend kunnen zijn, voortvloeit uit de vereisten voor pluralisme, tolerantie en openheid van geest zonder dewelke er geen democratische samenleving mogelijk is"); Rb. Brussel 28 oktober 2005, *A&M* 2006, 99 (louter truïsmen: dat grondrechten essentieel zijn aan een democratische maatschappij, dat de inperking van grondrechten proportioneel aan het beoogde doel dient te zijn, dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen feiten en waardeoordelen *etc.*); evenals Rb. Nijvel 12 maart 2002, *A&M* 2003, 77; Rb. Brussel 25 maart 2003, *A&*M 2004, 73 en Hof Gent 6 juni 2005, *A&M* 2005, 444 (m.b.t. het *watchdog*-principe, het feit dat meningsuiting ook schokkende informatie dekt en een zekere mate van overdrijving toegestaan is).

77 Zie bijvoorbeeld wel Duitsland: AG Kamen 13 april 1995, *FamRZ* 1995, 1077 & AG Kamen 4 augustus 1995, *NJW-RR* 1996, 199 (zie hoofdstuk 3, voetnoot 251). Spanje: T.S. 29 april 2003 (nr. 431/2003) (zie hoofdstuk 4, voetnoot 65) (Referentie aan López Ostra v. Spanje. Het T.S. benadrukt weliswaar dat de voorliggende litigatie niet identiek is, maar de techniek van het EHRM (inschakeling van privacy binnen het kader van hinder) wordt door het T.S. duidelijk nagevolgd (in dergelijke zin wordt overigens ook gerefereerd aan Hatton v. VK) (zie FD 5 & 11); zie tevens Krisch 2008, p. 190 m.b.t. een andere uitspraak van dit casustype (T.C. 24 mei 2001 (nr. 119/2001)). Oostenrijk: OGH 27 mei 1998 (6 Ob 93/98i), *MR* 1998, 269 (enkele EHRM-uitspraak om aan te geven dat kritiek toelaatbaar kan zijn ook wanneer ze de eer van anderen aantast). Portugal: T.C. 26 november 2002 (nr. 491/02), *DR*, II, 22 januari 2003 verwijzende naar beslissing Europese Commissie.

78 Zie Cameron 1997.

79 Zie § 3.3.2.2.

80 Verwijzingen naar andere inter- hetzij supranationale gerechtshoven zijn zeldzaam. Een enkel voorbeeld is te vinden in Arr.-Rb. Rotterdam 8 januari 1979/ 16 december 1983, *NJ* 1979, 113/ *NJ* 1984, 341 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 64) met referenties aan een beslissing van het Permanente Hof van Internationale Justitie uit 1929 en aan internationale staatsrechterlijke arbitrage. Noteer echter dat dit gebruik in hoger beroep werd veroordeeld (Hof 's-Gravenhage 10 september 1986, verhaald in HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 ('5.3 Het hof acht het onjuist de door de Rb. gehanteerde regels van ongeschreven volkenrecht, die geen rechtstreekse werking hebben doch zich uitsluitend tot staten als rechtssubjecten richten, toe te passen in een geschil tussen private personen als hier aan de orde is. Het hof zal mitsdien het geschil tussen pp. uitsluitend aan de hand van intern Nederlands recht beoordelen')).

men beslissing wordt onderkend zijn alvast schaars. Dit is voornamelijk toe te rekenen aan het feit dat voornoemde referenties doorgaans exclusief te vinden zijn in de adviezen van de Procureur- of Advocaat-Generaal voor de Hoge Raad, doch niet in deze uitspraken zelf. Expliciete referenties in de beslissingen van de Hoge Raad zijn dan ook weinig talrijk, terwijl lagere rechtsmacht (wegens evidente redenen) weinig geneigd zal zijn een excursie buiten het kader van strikt nationaal recht te maken wanneer dit niet volkomen noodzakelijk is.[81]

De expliciete referenties getuigen daarenboven overwegend van een teleurstellend formele natuur: hoewel EHRM rechtspraak wordt aangehaald en soms zelfs woordelijk wordt geciteerd, functioneert deze niet als leidraad doch bestaat de bijdrage er slechts in te onderstrepen dat het EHRM van een gelijkaardige overtuiging is als de oordelende instantie *etc.*[82] Daarenboven dient verdisconteerd te worden dat dergelijke aanhalingen vaak voortvloeien uit de verschijning ervan in de voorgebrachte pleidooien en processtukken,[83] wat impliceert dat de verwijzing ook niet steeds relevant is. Integendeel zelfs, een zorgvuldig uitgewerkte jurisprudentiële referentie heeft vaak slechts tot doel de gesuggereerde EHRM rechtspraak te onderscheiden van de hangende litigatie.[84] Nochtans, hoe contradictorisch dit ook toeschijnen mag, hebben sommige van deze irrelevante referenties occasioneel de hoven aangezet tot een

---

81 Met uitzondering van Arr.-Rb. Breda 3 juni 1986, *NJ* 1987, 262; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450, *RvdW* 1989, 253; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628; Ktr. Enschede 23 december 1991, *NJ* 1992, 537; HR 15 april 1994 (Braziliaans meisje), *NJ* 1994, 576 (nr. 3.3); HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608 (zie tevens Arr.-Rb. 5 maart 1991, *NJ* 1991, 370); Hof 's-Gravenhage 24 maart 1995, *NJ* 1995, 476; Hof Amsterdam 13 april 1995, *NJ* 1996, 240; HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 419; Hof 's-Gravenhage 13 september 1996, *NJ* 1997, 96; HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361; HR 10 augustus 2001, *RvdW* 2001, 140, *NJ* 2002, 278; HR 2 mei 2003, *NJ* 2004, 80; Gem. Hof Nederlandse Antillen en Aruba 27 juni 2003, *NJ* 2004, 124; Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *NJ* 2003, 664; Hof Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004, nr. 35. Zie tevens HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 97.

82 Typerend is dan ook de eerder vrijblijvende manier van verwijzen, gekenmerkt door terminologie als 'vergelijk', 'in gelijkaardige zin' *etc.* (zie bijvoorbeeld HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608 'vergelijk […]'; HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347, advies A-G Koopmans, nr. 14 'deze opvatting spoort met […]').

83 Zie de verwijzingen in voetnoot 84. Uiteraard geldt deze opmerking evenzeer terzake de adviezen van de A-G of P-G (zie in dit opzicht bijvoorbeeld HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850, advies A-G Asser nr. 5.15; HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 610, advies A-G Asser nr. 2.7-2.12).

84 Zie bijvoorbeeld HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278 (zie hoofdtekst); HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 491 (Een vader wiens kinderen bij een pleeggezin ondergebracht waren, verzocht inzage in het contactjournaal van de maatschappelijk werker die deze kinderen begeleidde en verwees hierbij naar EHRM 24 februari 1995 (McMichael), *NJ* 1995, 594. De HR beoordeelde deze referentie als irrelevant daar, in tegenstelling tot de McMichael zaak, het litigieuze document hier niet van essentieel procedureel belang was); Hof Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004, nr. 35 (zie hoofdtekst). Zie tevens Arr.-Rb. 5 maart 1991, *NJ* 1991, 370 (Technisch gezien niet teneinde te differentiëren, doch slechts met tot doel te duiden dat de EHRM rechtspraak terzake geen oplossing verschafte daar ze ruimte liet voor casuïstische belangenafweging); Hof 's-Gravenhage 24 maart 1995, *NJ* 1995, 476.

exploratie van de meer toepasselijke uitspraken van Europees niveau. Sommige van de meest extensieve overwegingen terzake werden aldus gegenereerd.

De uitspraak van de Hoge Raad van 10 august 2001 is behoorlijk illustratief.[85] *In casu* had een moeder alimentatie geëist van haar voormalige vrouwelijke partner voor het kind dat zij gezamenlijk hadden besloten te verkrijgen en op te voeden. Ze beriep zich op art. 8 EVRM en verwees in deze context naar een EHRM beslissing van 22 april 1997.[86] De Hoge Raad differentieerde laatstgenoemde uitspraak van het voorliggende feitenpatroon en zocht daarenboven toevlucht tot andere bronnen teneinde het eigen standpunt kracht bij te zetten. Meer bepaald proclameerde de Hoge Raad dat:[87]

> […] de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens steeds het standpunt heeft ingenomen dat 'despite the evolution of attitudes towards homosexuality, a stable homosexual relationship between two women does not fall within the scope of the right to respect for family life ensured by Article 8 of the Convention'(zie o.m. ECRM 19 mei 1992, zaak 15 666/89, Nemesis Rechtspraak 1992, nr. 6, blz. 21, welke uitspraak de Commissie op 15 mei 1996, DR 85 in dezelfde bewoordingen nog eens heeft herhaald voor 'a stable homosexual relationship between two men'); 3) dat de ECRM in voormelde beslissing van 19 mei 1992 tevens heeft geoordeeld 'that the (...) positive obligations of a State under Article 8 do not go so far as to require that a woman (...) living together with the mother of a child and the child itself, should be entitled to get parental rights over the child.'; 4) dat het EHRM tot nu toe zich niet heeft uitgelaten over de vraag of in een geval als hier aan de orde sprake is van 'family life' van de moeder, haar vrouwelijke partner en het kind.

Illustratief is evenzeer het arrest van het Hof van Amsterdam *de dato* 5 augustus 2004, waarin de rechtmatigheid van een dwangsom, opgelegd aan een tijdschrift opdat de identiteit onthuld worden zou van een fotograaf die op een naaktstrand de eiseres gefotografeerd had, aangevochten werd.[88] Het tijdschrift argumenteerde dat dergelijke verordening niet strookte met art. 10 EVRM en refereerde in dit opzicht aan het arrest *Goodwin*.[89] Het Hof pareerde deze opwerping door erop te attenderen dat *Goodwin* in essentie de bescherming van de pers *in haar functie als watchdog* proclameerde, een functie waarvan in onderhavig geval geen sprake zijn kon. Op haar beurt bracht het Hof echter zelf het (voor de pers weinig flatterende) *Von Hannover* arrest[90] in stelling,

85 HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278.
86 ECHR Reports 1997-II/35, 619.
87 Overweging 3.7.2.
88 Hof Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004, nr. 35, (kritische) noot G.A.I. Schuijt.
89 EHRM 27 maart 1996 (*Goodwin*), *NJ* 1996, 577.
90 EHRM 24 juni 2004 (*Von Hannover*), *NJ* 2005, 22.

citeerde er uitgebreid uit[91] en hanteerde het als richtlijn bij de besluitvorming.[92]

Voornamelijk deze laatste uitspraak illustreert dat EHRM-rechtspraak niet van invloed op de Nederlandse horizontale rechtspraak gespeend is. Zoals reeds gesteld zijn zulke expliciete beschouwingen betreffende EHRM rechtspraak echter eerder zeldzaam en frequent oppervlakkig. Hiermee is evenwel niet gezegd dat de Straatsburgse rechtspraak amper sporen nagelaten heeft. Zoals aangehaald zijn in dit opzicht immers van cruciaal belang de gerelateerde beschouwingen in de adviezen voor de Hoge Raad. Vaak bevatten deze immers referenties naar EHRM-rechtspraak en hun impact op de uiteindelijke beslissing van de Hoge Raad is bekend. De daadwerkelijke invloed die deze aanbevelingen in een individuele zaak (of zelfs een cluster van zaken) hebben, is echter bijzonder moeilijk te determineren.[93] Daarenboven verschilt ook de aard van de referenties in deze adviezen: eigenlijk is het zelfs precair vast te stellen of het vergelijkend materiaal aangewend wordt als methode tot rechtsvinding[94] of slechts tot legitimatie van de geadviseerde beslissing.[95] Trouwens, ook in relatie tot deze laatste toepassing kan de referentie onderscheiden functies uitoefenen: louter formele referentie,[96] als argument om een zekere parameter

91 'The Court considers that a fundamental distinction needs to be made between reporting facts […] capable of contributing to a debate in a democratic society relating to politicians in the exercise of their functions […] and reporting details of the private life of an individual who, moreover, as in this case, does not exercise official functions. While in the former case the press exercises its vital role of 'watchdog' in a democracy […] it does not so in the latter case. […] As in other similar cases it has examined, the Court considers that the publication of the photos and articles in question, of which the sole purpose was to satisfy the curiosity of a particular readership regarding the details of the applicant's private life, cannot be deemed to contribute to any debate of general interest to society despite the applicant being known to the public. […]'.

92 'Vaststaat dat de foto's niet zijn gepubliceerd in het kader van een "debate of general interest" [...] aangezien het recht tot bronbescherming naar het voorlopig oordeel van het hof niet los kan worden gezien van het vervullen door de pers van de rol van "watchdog", waarvan in deze zaak geen sprake is, dient in beginsel het belang van Bloemen om te worden bekend gemaakt met de bron teneinde het opnieuw publiceren van de foto's te voorkomen zwaarder te wegen'.

93 Idem Van Erp 1995, p. 34.

94 Zie bijvoorbeeld HR 11 september 1996, *NJ* 1997, 176 betreffende de prijs van aandelen in een uitkoopprocedure. De Hoge Raad oordeelde dat, in strijd met de suggestie van eisers, art. 1 eerste protocol ECHR niet impliceert dat de verschuldigde aandelenprijs niet de daadwerkelijke prijs is doch deze die overeenkomstig een (theoretische) berekening het hoogste resultaat opleveren zou. Deze conclusie was duidelijk gebaseerd op het advies van A-G Mok die ter staving in essentie refereerde aan EHRM 21 februari 1986 (*James and Others*), Series A no. 98 (meer specifiek ro. 54) (nr. 4.2.4.5).

95 *Cf.* HR 6 januari 1995 (V.G./Parool), *NJ* 1995, 422, advies A-G Vranken, nr. 47 & 48.

96 Zie bijvoorbeeld HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, advies A-G Strikwerda nr. 24 ('Het recht op informationele privacy valt, eveneens als het recht op relationele privacy onder art. 8 EVRM. Zie EHRM 26 maart 1987, NJCM-Bulletin 1988, p. 148').

in de besluitvorming te incorporeren,[97] teneinde een EHRM beslissing te onderscheiden van de voorliggende zaak (ook hier kan de referentie voorliggen op aandrang van een der procespartijen),[98] *etc.* Evenwel is occasioneel ook reëel effect naspeurbaar.[99]

Terzake kan onder meer verwezen worden naar een beslissing van de Hoge Raad *de dato* 4 juni 1982.[100] Deze zaak betrof de weigering van een vader toestemming te geven aan het voorgenomen huwelijk van zijn dochter zoals vereist bij toenmalig art. 1:36 BW.[101] Meer specifiek was de vraag of een rechtbank plaatsvervangende toestemming geven kon wanneer de weigering van de ouder niet of onredelijk gegrond werd bevonden. De feitenrechter had een negatief antwoord gegeven door zichzelf hiertoe incapabel te verklaren. In zijn aanbeveling voor de Hoge Raad honoreerde de Procureur-Generaal Berger de beslissing van de feitenrechter als zijnde volkomen trouw aan de intentie van de wetgever, doch verdedigde niettemin het standpunt dat in het licht van gewijzigde juridische opvattingen deze visie niet meer houdbaar was. In deze context refereerde hij aan rechtspraak van de Hoge Raad zelf, die voordien reeds een hint in deze richting gegeven had, en meer uitgebreid aan een 'internationale rechtsontwikkeling' (lees: art. 12 EVRM[102]). Het was in bijzonder deze tweede verwijzing die het meest aan de P-G appelleerde. Meer specifiek benadrukte hij dat een strike interpretatie van voornoemd art. 1:36 BW geenszins als een rechtmatige beperking beschouwd worden kon van het recht te huwen overeenkomstig art. 12 EVRM. Deze beperkingen kunnen immers nimmer van dergelijke aard zijn dat ze de essentie van het fundamenteel recht zelf bedreigen. Hierbij citeerde de P-G extensief uit een beslissing van de Europese Commissie *de dato* 13 oktober 1977 (en indirect uit de rechtspraak van het EHRM)[103] en betrok uit deze beslissing de eindconclusie dat een recht-

97 Zo bijvoorbeeld terzake de afgrenzing van vrije meningsuiting (o.a. HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361 (zie voetnoot 104)).

98 HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850, advies A-G Asser, nr. 5.15.

99 Zie tevens voetnoot 94.

100 HR 4 juni 1982, *NJ* 1983, 32.

101 Zie m.b.t. dit casustype § 4.3.

102 Art. 23 IVBPR werd initieel evenzeer genoemd, doch genegeerd ten voordele van art. 12 EVRM (zie terzake Alkema 1983a, nr. 2-4).

103 'Aan het vorenstaande zou ik een citaat willen toevoegen uit de beslissing van de Europese Commissie voor de rechten van de mens d.d. 13 okt. 1977 inzake Hamer tegen het Verenigd Koninkrijk (Yearbook of the European Convention on Human Rights – 1978 -blz. 334): "8. The Commission recalls the jurisprudence of the European Court of Human Rights in relation to the question of limitations on the right to education under Art. 2 of Protocol No. 1, and on the right of access to a court under Art. 6 (1). It recalls in particular that the Court held that a measure which regulates the exercise of a right must not injure the substance of the right itself (See Belgian Linguistics case, Judgment of 23 July 1968, Series A, No. 6, p. 32, para. 5; Golder case, Judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18, pp. 18-19, para. 38). It is true that in the present case there was no legal impediment on the applicant's marriage and that, in a sense, his ability to exercise his right was merely delayed. However this does not necessarily exclude the possibility of an injury to the substance of

bank in geval van onredelijke of ongegronde weigering toestemming geven kan *loco* de ouder. Een identieke denkwijze als voorgesteld door de P-G werd nadien gehanteerd in het arrest van de Hoge Raad.

Globaal beschouwd is substantiële invloed voornamelijk onderkenbaar in de demarcatie van de grenzen aan vrije meningsuiting[104] en de exacte interpretatie van de notie 'family life'.[105/106] In het bijzonder in dit laatste veld

his right to marry. In this connection the Commission recalls that the Court also held in the Golder case that: "Hindrance in fact can contravene the Convention just like a legal impediment;" and that: "...hindering the effective exercise of a right may amount to a breach of that right, even if the hindrance is of a temporary character." (Golder case, sup. cit., para. 26)." Op grond van het vorenstaande meen ik te kunnen stellen, dat, indien in art. 36 lid 2 een absoluut vetorecht van de betrokken ouder besloten ligt, deze regeling van zodanige aard is dat daardoor het recht zelf om te huwen in zijn wezen wordt aangetast'. Zie betreffende het belang van deze referentie Alkema 1983a, nr. 3 en, secundair, A-G Leijten in conclusie bij HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 54, te p. 206.

104 Zie bijvoorbeeld HR 21 oktober 1994 (Rails), *NJ* 1996, 346, advies A-G Koopmans, nrs. 5-6 (Referentie aan EHRM 24 mei 1988 (Müller), *NJ* 1991, 685 (expressie betreffende kunst of mode ressorteert evenzeer onder vrije meningsuiting); EHRM 29 oktober 1992 (Open Deur), *NJ* 1993, 544 (Vrije meningsuiting behelst evenzeer informatie of ideeën die enige sector van de bevolking beledigen, choqueren of verontrusten); EHRM 25 maart 1985 (Barthold), *NJ* 1987, 900 (Pers als *public watchdog*); EHRM 26 april 1979 (Sunday Times), *NJ* 1980, 146 (Beperking enkel in geval van 'pressing social need')); HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361 ('Daarbij heeft de president klaarblijkelijk tevens in aanmerking genomen dat, nu het in deze procedure gaat om reacties op openbare uitlatingen van een politieke partij, het door art. 10 EVRM beschermde belang van een open publieke discussie over politieke aangelegenheden meebrengt dat de grenzen van een aanvaardbare kritiek zowel ten aanzien van de inhoud als ten aanzien van de vorm ruim moeten worden gesteld (vgl. o.m. EHRM 23 mei 1991, Serie A nr. 204, NJ 1992, 456; zie in het bijzonder §§ 57-59). Aldus heeft de President – en, zich ermee verenigend, het Hof – een juiste maatstaf aangelegd'); Hof Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004, nr. 35, (kritische) noot G.A.I. Schuijt (zie *supra*, in het bijzonder voetnoot 92); HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274 (relevantie voldoende feitelijke basis zelfs bij oordeel omtrent legitimiteit van een waardeoordeel ('vgl. onder meer EHRM 19 december 2006, nr. 18235/02' (r.o. 3.4.2)); belang *public watchdog* (r.o. 3.7) en ruime interpretatie van het begrip 'pers' hetwelk ook andere bronnen van publieke meningsuiting (*in casu* een op internet gepubliceerde open brief) dan enkel de georganiseerde en als zodanig erkende 'pers' kan insluiten (zonder specifieke referentie naartoe het EHRM in het arrest zelf, wel in conclusie A.-G. (nr. 8-9))); Rb. Amsterdam 21 februari 2008, *LJN*: BC4882 (*public watchdog*).

105 Arr.-Rb. Breda 3 juni 1986, *NJ* 1987, 262; HR 15 mei 1987, *NJ* 1988, 654, advies A-G Moltmaker (nr. 2 & 3.2); HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628; Ktr. Enschede 23 december 1991, *NJ* 1992, 537; HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 560, advies A-G Moltmaker, (*passim*); HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 438 (adoptie door stiefouder); HR 15 april 1994 (Braziliaans meisje), *NJ* 1994, 576 (nr. 3.3); HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 419 (Conclusie dat het enkele feit van biologische verwantschap niet volstaat teneinde te besluiten tot het bestaan van 'family life' relatie expliciet gemaakt in het licht van EHRM 21 juni 1988 (Berrehab), *NJ* 1988, 746; EHRM 26 mei 1994 (Keegan), *NJ* 1995, 247 en EHRM 27 oktober 1994 (Kroon), *NJ* 1995, 248); Hof Amsterdam 13 april 1995, *NJ* 1996, 240 (Eénouderadoptie. Overeenkomstig de beslissing van de Europese Commissie Mensenrechten *dd* 10 maart 1981, *D&R* 24, p. 176 impliceert de notie 'family life' dat het recht een familie te stichten overeenkomstig art. 12 EVRM niet enkel natuurlijke doch evenzeer adoptief-kinderen behelst); HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 545, advies A-G Moltmaker (nr. 2.1.1); HR 29 maart 2002, *NJ* 2002, 269, advies A-G Molt-

is de invloed van Straatsburgse rechtspraak significant geweest, het maakte zelfs dat de Hoge Raad expliciet haar voorgaande[107] houding ten aanzien van omgangsrecht herriep.[108] Opmerkenswaardig was dat de invloed van de EHRM-rechtspraak niet van aard was de actieradius van het fundamenteel recht te verruimen, doch integendeel te beperken. Voorheen werd de relatie tussen een kind en zijn biologische vader automatisch aangemerkt als ressorterende onder de notie 'family life'. Echter, onder invloed van het EHRM arrest van 21 juni 1988,[109] oordeelde de Hoge Raad dat dit enkele element niet meer volstond.[110]

---

maker (nr. 2.1 *et seq*.). De meerderheid van deze zaken betreft het omgangsrecht tussen een (biologische) vader of ('sociale') grootouders met hun (klein)kind(eren). Daarbij wordt in het bijzonder verwezen naar het Marckx arrest en naar de arresten Berrehab, Keegan en Kroon (referenties *supra*).

106 Familierecht in het geheel schijnt het veld te zijn waarin de Straatsburgse rechtspraak het best vertegenwoordigd is. Zie (benevens de referenties in voetnoot 105) HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450 ('Een wettelijke bepaling als de onderhavige, die het onder alle omstandigheden onmogelijk maakt dat een wettig kind door zijn vader wordt erkend zolang deze gehuwd is, sluit een concrete belangenafweging als vorenbedoeld uit en miskent het door het Europese Hof tot uitdrukking gebrachte evenredigheidsvereiste'); HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608 (Verkrijgen informatie m.b.t. afstamming. Mogelijke invloed van het Gaskin arrest (EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1991, 659) (zie tevens Arr.-Rb. Breda 5 maart 1991, *NJ* 1991, 370 en Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1991, *NJ* 1991, 796)); Hof 's-Gravenhage 13 september 1996, *NJ* 1997, 96 (Vader had zekerschap verkregen dat een kind binnen zijn huwelijk geboren niet door hem verwekt was. Termijn tot ontkenning van vaderschap was verlopen); HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 97 (Uithuisplaatsing, belang van het kind primeert over belang ouders (referentie aan EHRM 27 april 2000 (K&T/Finland))). Zie tevens Gem. Hof Nederlandse Antillen en Aruba 27 juni 2003, *NJ* 2004, 124 (Natuurlijk kind begeerde zekerheid met betrekking tot de identiteit van haar biologische vader. De vermoede vader was evenwel overleden tijdens de rechtsgang. ('Blijkens de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens, kan een vaderschapsvaststelling in elk geval (bij ontbreken van "family life") worden gebaseerd op "private life" als bedoeld in artikel 8 EVRM. In de zaak Mikulic v. Croatia overwoog het Europese Hof onder meer (§ 53): "There appears, furthermore, to be no reason of principle why the notion of "private life" should be taken to exclude the determination of the legal relationship between a child born out of wedlock and her natural father"; en (§ 64): "In the Court's opinion, persons in the applicant's situation have a vital interest, protected by the convention, in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of their personal identity. On the other hand, it must be borne in mind that the protection of third persons may preclude their being compelled to make themselves available for medical testing of any kind, including DNA testing"')). In mindere mate zie tevens HR 30 juni 2000, *NJ* 2001, 103, advies A-G Moltmaker, nr. 2.4.

107 Zie HR 22 februari 1985, *NJ* 1986, 3; HR 10 mei 1985, *NJ* 1986, 5; HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 6 en HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 627.

108 HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628. Zie o.a. Martens 2000a, p. 754-755.

109 EHRM 21 juni 1988 (Berrehab), *NJ* 1988, 746.

110 Meer specifiek stelde de Hoge Raad betreffende de ontvankelijkheid van een eis tot vaststelling van een omgangsregeling dat het enkele feit dat een vader een kind heeft verwekt niet volstaat om aan te nemen dat tussen hen een als 'family life' aan te merken betrekking bestaat. De verhouding tussen de ouders komt hierbij in rekening: in geval van huwelijk of een relatie die in voldoende mate met die van een huwelijk op één lijn te stellen valt,

Ook minder radicale effecten zijn veelal te vinden in het familierecht.[111] Dit is geen toeval. Familierecht is immers het veld bij uitstek waar in 'horizontale' zaken de horizontale en verticale as regelmatig een neiging tot convergentie vertonen.[112] Zelfs in horizontale zaken zijn het frequent de aan verticaal effect gerelateerde aspecten in relatie tot dewelke referentie aan EHRM-rechtspraak wordt gemaakt.[113] De EHRM invloed op deze horizontale zaken lijkt tot op zekere hoogte eenvoudigweg een proces van pure osmose. In het licht van deze conclusie lijkt het dan ook redelijk te veronderstellen dat de invloed van EHRM jurisprudentie op Nederlandse horizontale rechtspraak voorbij de grenzen van empirische evaluatie ligt. De aanzienlijke receptie van EHRM jurisprudentie in het Nederlandse rechtssysteem gecombineerd met het feit dat impliciet comparatieve rechtspraak geen onbekend gegeven is,[114] maakt het goed mogelijk dat de Nederlandse horizontale rechtspraak volkomen doorweven is met onnaspeurbare elementen van Straatsburgse origine.

In conclusie, EHRM jurisprudentie heeft onmiskenbaar een invloed op de Nederlandse horizontale rechtspraak. Het scala van invloed is behoorlijk ruim, doch substantieel effect is voorzeker overtroffen door het aantal eerder formele

---

kan het bestaan van een 'family life' relatie verondersteld worden. Anders zijn bijkomende elementen vereist. Daarenboven kan deze relatie (tussen biologische vader en kind) voornoemde kwalificatie door latere gebeurtenissen verliezen. De Hoge Raad week hiermee af van het advies van A-G Ten Kate die geen herziening van toenmalige rechtspraak noodzakelijk achtte. De aard van de relatie was immers een element hetwelk, overeenkomstig de voorgaande rechtspraak van de Hoge Raad, in rekening diende te worden genomen enkel in de fase van feitelijke evaluatie doch niet in de overwegingen m.b.t. de toelaatbaarheid. Daarenboven achtte hij voornoemd arrest van het EHRM niet voldoende relevant wegens een verschil op het feitelijke niveau.

111 Zie *supra* voetnoten 105 & 106.

112 In die zin dat in het familierecht betwistingen tussen private partijen vaak neerkomen op een aanvechting van wetgeving *et vice versa*.

113 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (taxibus), advies A-G Strikwerda, nr. 53 (betreffende de 'positive obligation'); HR 2 mei 2003, *NJ* 2004, 80 (rechtmatigheid van een uitzendverbod uitgevaardigd in een horizontale context); HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 97, advies A-G Keus nr. 3.1.10 (bevoegdheid en verantwoordelijkheid van de rechter in zaken m.b.t. ondertoezichtstelling). Tot op zekere hoogte ressorteren hieronder ook overwegingen betreffende de grenzen van fundamentele rechten *in abstracto*: zie bijvoorbeeld HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347, advies A-G Koopmans, nr. 14 (standpunt dat art. 6:162 BW een wettelijke grondslag biedt voor de beperking van een grondrecht is in overeenstemming met de visie van het EHRM); HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 274, advies A-G Koopmans, nr. 12 ('Ik wijs er nog op dat de bescherming van de rechten van anderen een van de beperkingsgronden is die door art. 10 lid 2 EVRM worden toegelaten. Het Europese Hof voor de rechten van de mens stelt geen overdreven hoge eisen aan de vaststelling dat zulk een bescherming noodzakelijk is. Zie EHRM 20 nov. 1989, NJ 1991, 738 (Markt intern), en de noot daarbij van E.A. Alkema. Vgl. Ook EHRM 22 mei 1990, Serie A vol. 178 (NJ 1991, 740, m.nt. EAA; red.) [...]').

114 Hartkamp 2004, p. 231-232.

referenties.[115] Een corrigerende factor bestaat hierin dat invloed evenzeer impliciet, zelfs onbewust zijn kan. Hierbij in rekening genomen de aanzienlijke doorwerking dewelke in Nederlandse verticale rechtspraak aan EHRM jurisprudentie gegeven wordt enerzijds, en de frequent nauwe interactie tussen de verticale en horizontale as in horizontale rechtspraak anderzijds, lijkt dergelijke impact niet imaginair.

7.2.2 Engeland

7.2.2.1 Impressie, deel 1

Ook in de Engelse rechtspraak wordt voorzeker sinds de introductie van de HRA met een zekere standvastige, hoewel niet altijd trefzekere, regelmaat verwezen naar EHRM-rechtspraak. Hiermee wordt *expressis verbis* gevolg gegeven aan art. 2 HRA waarin voorgeschreven wordt in elk geding met betrekking tot conventierechten de relevante dicta van het Europese Hof en de Commissie in rekening te nemen. De onbestemdheid van dit voorschrift (van enige *verbindende* kracht van deze Straatsburgse jurisprudentie wordt immers geen gewag gemaakt)[116] zet zich ook door in de rechtspraak: *in globo* is achter de spreiding, frequentie en impact van de referenties geen tactisch meesterplan te onderkennen.

Net als in de Nederlandse rechtspraak blijkt een deel van de referenties een repliek op irrelevante verwijzingen vanwege een der procespartijen.[117]

---

115 Daarbij is in rekening te nemen dat substantiële referenties veelal vergezeld gaan met referenties aan interne Nederlandse jurisprudentie (of doctrine) die in dezelfde richting wijzen. Bij gevolg is het mogelijk dat ook in een aantal zaken waar substantieel effect present wordt geacht, dit effect in feite onbestaande is en de referentie aan de EHRM-rechtspraak slechts fungeert als een argument ten overvloede.

116 De rechter is door deze rechtspraak dan ook niet gebonden (o.a. Fenwick 1999, p. 500; Klug 2007, p. 706; Lord Hoffmann 1999, p. 162; Phillipson & Fenwick 2000, p. 669; Wadham 1997, p. 85; anders Wright 1999, p. 115; zie tevens Klug 1999, p. 250-252 waar geïllustreerd wordt dat de wetgever dergelijke binding onwenselijk achtte). Noteer daarenboven dat Engelse rechters ook wanneer ze geconfronteerd worden met onverenigbare Straatsburgse rechtspraak (behoudens geheel uitzonderlijke omstandigheden) gebonden blijven aan de *rule of precedent* (*Kay v Lambeth LBC*, [2006] UKHL 10, para 40-45 *per* Lord Bingham; zie tevens Hughes & Davis 2006, p. 536-538). De uitzondering bestaat hierin wanneer de rechtspolitieke overwegingen die een precedent schaarden compleet zijn achterhaald en incompatibel met de HRA (Lord Bingham zelf stond echter slechts één enkele dergelijke zaak voor; vgl. Arden 2004, p. 178).

117 Zie bijvoorbeeld *Komercni Banka AS* v *Stone and Rolls Limited, Zvonko Stojevic*, [2003] EWCA Civ 311, *per* Potter LJ, nr. 17; *CA Webber (Transport) Ltd v Railtrack Plc* alias *CA Webber (Transport) Ltd v Network Rail Infrastructure Ltd (formerly Railtrack Plc)*, [2003] EWCA Civ 1167, [2004] 1 W.L.R. 320, [2004] 3 All E.R. 202, nr. 45; *Copsey v WWB Devon Clays Ltd*, UKEAT/0438/03/SM, nr. 29 en 30; *Ali v Lord Grey School Governors* alias *A v Headteacher and Governors of Lord Grey School*, [2004] EWCA Civ, 382; [2004] Q.B. 1231; [2004] 2 W.L.R. 1442; [2004] 4 All E.R. 628, nr. 49; *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, *per* Lord

Een dialectische reactie zoals in de Nederlandse[118] rechtspraak is niet naspeurbaar. Eerder integendeel toont de Engelse rechterlijke macht zich soms bijzonder afhankelijk van informatie terzake door de procespartijen aangebracht.[119] Frappant hierbij is de incidenteel gebrekkige kennis van EHRM-rechtspraak bij sommige leden van de zittende magistratuur. Een treffende illustratie vormt *Marcic v Thames Water Utilities Ltd*[120] waarin Marcic de uitbater van het rioolnetwerk[121] aanklaagde wegens ontoereikendheid van het rioolsysteem hetwelk er reeds frequent toe had geleid dat bij hevige regenval zijn landgoed overspoeld werd door riool- en grondwater met desastreuze gevolgen voor huis en tuin tot resultaat. De claim van Marcic op art. 8 en art. 1 Eerste Protocol EVRM, een vanzelfsprekende aanspraak voor eenieder met een minimale kennis van de materie,[122] ontlokte bij de zittende rechter de wel bijzonder openhartige verklaring dat: 'In the absence of authority, I would have thought that those articles had nothing to do with the case. But I would have been wrong. There is clear authority that matters of this kind do fall within those articles'[123] …

Op het meer substantiële niveau is duidelijk dat de grootste cluster referenties een formeel of (uitgesproken) negatief karakter heeft: de referenties betekenen een ijverige oefening in het proclameren van loutere truïsmen,[124] onder-

---

Nicholls of Birkenhead, nr. 21 en 23. Zie tevens *Evans v Amicus Healthcare Ltd, Hadley v Midland Fertility Services Ltd*, [2004] 2 W.L.R. 713, nr 265.

118 Zie voetnoten 85 en 88 en bijbehorende hoofdtekst.

119 Zie bijvoorbeeld ook *Evans v Amicus Healthcare Ltd, Hadley v Midland Fertility Services Ltd*, [2004] 2 W.L.R. 713, para 248 waarin de weergegeven referenties van de *Secretary of State* eenvoudigweg laconiek worden onderschreven (para 229-233).

120 *Marcic v Thames Water Utilities Ltd* [2002] EWCA Civ 64.

121 Een *public authority* overeenkomstig de HRA 1998 (*cf.* nr. 59), doch dit technisch aspect doet niets af aan de geldigheid van de illustratie.

122 Denk bijvoorbeeld aan de *locus classicus López Ostra* (EHRM 9 december 1994, *NJ* 1996, 506).

123 Merk trouwens op dat fundamentele rechten uiteindelijk relatief weinig impact hadden, geoordeeld werd immers dat Marcic reeds op loutere *common law* grond (*nuisance*) aanspraak op schadevergoeding kon maken. Deze assertatie werd trouwens afgestraft door het House of Lords *Marcic v Thames Water Utilities Ltd* [2003] UKHL 66, [2004] 2 A.C. 42 (zie o.a. Stallworthy 2005, p. 12-33) waar Marcic's eis in zijn volledigheid werd verworpen. Met betrekking tot de *fundamental rights* claim werd geoordeeld dat de toepasselijke regelgeving een evenwichtige balans uitmaakte tussen de belangen van de gemeenschap en de belangen van de individuen die met wateroverlast af te rekenen kregen en bijgevolg volkomen in harmonie is met het EVRM en de EHRM-rechtspraak dat terzake een brede appreciatiebevoegdheid overlaat aan de nationale authoriteiten (vgl. Howarth 2004, p. 260; zie overigens de opmerking van Pugh & Criddle 2004, p. 112-113 alsdat 'the decision must sound a note of caution as to the readiness with which the courts will allow human rights challenges to succeed in the future'). Daarenboven had Marcic nagelaten de bevoegde klachteninstantie aan te spreken.

124 Zoals daar zijn het feit dat art. 1 Eerste Protocol EVRM drie onderscheiden voorschriften behelst (*Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council* v *Wallbank and Another*, [2003] UKHL 37, *per* Lord Hope of Craighead, nr. 67); Het feit dat art. 8 EVRM ook sexuele geaardheid en gerelateerde gedragingen betreft (*X v Y (Employment: Sex Offender) alias X v Y (Unfair Dismissal)*, [2004] EWCA Civ 662, *per* Mummery LJ, nr. 38-39 en 55 –

strepen wat de Conventie *niet* vereist,[125] bevestigen de afdoendheid van *common law*,[126] bestaan erin de eigen autonomie te beschermen door te refereren aan de *margin of appreciation* die het EHRM laat,[127] dienen tot afwijzing van de *fundamental rights* claim[128] *etc.*

Dit laat echter onverlet dat ook bepaalde *Fallgruppen* naspeurbaar zijn waarin met regelmaat naar EHRM-rechtspraak verwezen wordt en substantiële invloed automatisch lijkt aangenomen te kunnen worden. Voornamelijk gaat het hier om de afgrenzing van het concept 'functional public authority' en meer nog om het paradepaardje van de HRA: bescherming van *privacy*. Echter, de zaken liggen iets complexer dan dat. *The pure and simple truth is rarely pure and never simple…*[129]

7.2.2.2 Intermezzo: 2 Casestudies

7.2.2.2.1 Functional public authority

In deze litigaties maakt het publieke karakter van een der procespartijen voorwerp van discussie uit. Hoewel dergelijk debat in principe tot het terrein van verticale werking van grondrechten lijkt te behoren, kan die stelling niet

---

ten overvloede weze trouwens opgemerkt dat uiteindelijk werd besloten dat art. 8 *in casu* helemaal geen werking toekwam); Het feit dat vrijheid van religie niet impliceert dat anderen diezelfde overtuiging ook dienen toegedaan te zijn of er geen kritiek op mogen leveren (*Church of Jesus of the Latter Day Saints v Price*, [2004] EWHC 3245, nr. 189); Het feit dat ras, religie of seksuele geaardheid in principe geen rechtmatige basis vormt voor een onderscheid in behandeling (*Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, *per* Lord Nicholls, nr. 9).

125 Zie bijvoorbeeld *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, *per* Lord Nicholls, nr. 6: 'Article 8 does not require the state to provide security of tenure for members of a deceased tenant's family. Article 8 does not in terms give a right to be provided with a home: Chapman v United Kingdom (2001) 33 EHRR 399, 427, para 99. It does not "guarantee the right to have one's housing problem solved by the authorities": Marzari v Italy (1999) 28 EHRR CD 175, 179.'

126 *R. (on the application of ProLife Alliance) v BBC* [2002] EWCA Civ 297 *per* Simon Brown LJ: 'The importance of freedom of expression in the context of political speech is hard to exaggerate. I have already cited the Bowman case […] but in truth it is unnecessary to travel to Strasbourg to find statements of compelling force at the highest level emphasising the vital importance of free political communication. The principle is resoundingly articulated by the House of Lords in R v Secretary of State for the Home Department […], Reynolds v Times Newspapers […] and McCartan Turkington Breen v Times Newspapers Ltd […]'.

127 *Evans v Amicus Healthcare Ltd, Hadley v Midland Fertility Services Ltd*, [2004] 2 W.L.R. 713, nr 229-233 (de aangehaalde paragrafen bevatten weliswaar een uiteenzetting van de argumenten neergelegd door de *Secretary of State for Health* (welke intervenieerde), doch ze vinden instemming bij het Hof (nrs. 248 *et seq.*) en maken aldus zowel structureel als substantieel deel uit van het vonnis); *Konedo v Kirby*, [2006] EWCA Civ 1055, nr. 14; *Jameel v Wall Street Journal Europe SPRL (No. 3)*, [2006] 3 W.L.R. 642, nr. 20 & 99; *Marcic v Thames Water Utilities Ltd*, [2004] 2 A.C. 42, nr. 84-85.

128 *Copsey v WWB Devon Clays Ltd*, UKEAT/0438/03/SM, nr. 27 (zie verder Collins 2006, in bijzonder p. 625-631).

129 Oscar Wilde, *The Importance of Being Earnest*.

volkomen worden hooggehouden. De waarheid is zoals steeds genuanceerder. De discussie ontspringt uit de formulering van de HRA zelf: s. 6 (3)(b) bepaalt dat het verbod te handelen in strijd met EVRM-rechten zich niet enkel richt tot *public authorities* in de strikte betekenis van het woord, doch dat onder deze term evenzeer begrepen dient te worden 'any person certain of whose functions are functions of a public nature'.[130] De incorporatie van deze zogenaamde functionele of hybride publieke autoriteiten was voornamelijk geïnspireerd door de toenemende privatisering van staatstaken; hoewel het hier in essentie private entiteiten betreft, werd het niet opportuun geacht de HRA-bescherming af te laten hangen van het eerder arbitraire criterium of de dienstverlening nu geschiedt door de daarvoor verantwoordelijke publieke overheid hetzij door een daartoe vanwege de verantwoordelijke publieke overheid verzochte (onder)contractant.[131] Het hoeft amper betoog dat voornoemde frase, hoezeer ook ingegeven door overwegingen van noodzakelijke flexibiliteit en vermogen om casuïstisch op de omstandigheden van het geval in te spelen, een ruime interpretatievrijheid laat. Meer zelfs, in onderhavig geval zou het zelfs passender zijn om te gewagen van een interpretatienoodzaak.[132] De gehanteerde terminologie is immers vrij abstract en voorzeker het onderscheid met louter brede maatschappelijke dienstverlening bijzonder vaag.

In de House of Lords beslissing *Aston Cantlow*,[133] tot recent de leidende autoriteit terzake, werd hiertoe aanknoping gezocht bij uitspraken van het EHRM en de commissie.[134] De onderliggende redenering van deze aansluiting kan, enige details terzijde gelaten, worden samengevat tot een baarlijke simpliciteit. Uitgangspunt is het doel van de HRA, namelijk dat slachtoffers van inbreuken op verdragsrechten voor dewelke de Staat aansprakelijk is ten overstaan van het EHRM zich de rechtsgang tot Straatsburg zouden kunnen besparen doordat ze hun aldus gegarandeerde rechten reeds voor de nationale rechtbanken zouden kunnen afdwingen. Hieruit volgt dat als adressanten van de HRA dienen worden aangemerkt die lichamen dewelke dergelijke functies uitoefenen waarvoor de Staat ten aanzien van het EHRM ter verantwoording kan worden geroepen. Conclusie is bijgevolg dat de rechtspraak van het EHRM

130 Evenwel met die uitzondering dat 'In relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)(b) if the nature of the act is private' (HRA s. 6 (5)).

131 Dit is te beschouwen als een officieel eufemisme, het argument werd alvast niet in laatste instantie gemotiveerd door het feit dat een gebrekkige dienstverlening van de contractant eventueel de aansprakelijkheid van de Staat zou engageren.

132 Vgl. anderzijds Howell 2007, p. 619 waar in relatie tot de interpretatie van het begrip 'public authority' in het algemeen geduid wordt op inconsistenties in de rechtspraak, eventueel zelfs een klaarblijkelijk gebrek aan besef van het belang van deze vraagstelling of althans een onwil het probleem rechtstreeks aan te kaarten.

133 *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank and Another*, [2003] UKHL 37, [2004] 1 A.C. 546, [2003] 3 W.L.R. 283, [2003] 3 All E.R. 1213.

134 *Holy Monasteries v Greece* (1995) 20 EHRR 1 en *Hautanemi v Sweden* (1996) 22 EHRR CD 156.

rechtmatig als gezaghebbende leidraad kan worden gebruikt voor de interpretatie van de privaat/publiek-distinctie die ten aanzien van de HRA dient te worden gehanteerd.[135] Kortom, de logica zelve.

Nochtans is dit niet het hele verhaal. Een functionele analyse van *Aston Cantlow* toont aan dat in weerwil van de expliciete referenties aan de Europese uitspraken, hoewel deze behoorlijk passend vergelijkend materiaal verschaffen[136] en hoewel ze niettemin de richtlijn bij interpretatie dienen te vormen,[137] de impact ervan eerder beperkt lijkt. Illustratief in dit opzicht is reeds dat ze slechts in een kleine meerderheid van de door de Law Lords neergelegde opinies worden aangehaald en slechts in een minderheid ook daadwerkelijk het niveau van louter ornamentele functie overstijgen.[138] Niettemin doken in navolging van *Aston Cantlow* dergelijke referenties aan EHRM rechtspraak ook op in recentere uitspraken terzake.[139] Doch bij nader toezien bleef ook hier een daadwerkelijk substantiële invloed uit.

---

135 Zie tevens *R. (on the application of West) v Lloyd's of London*, [2004] EWCA Civ 506, [2004] 3 All. E.R. 251, nr. 36.

136 *Aston Cantlow* betrof de vraagstelling naar de status van een parochiaal bestuur (gezien de in het geding zijnde belangen tot op zekere hoogte op te vatten als *pars pro toto* voor de Church of England). *Holy Monasteries* betrof abdijen geïncorporeerd in de Grieks-orthodoxe Kerk, dewelke bijzonder sterke banden heeft met de Griekse Staat (zo maken staatsvertegenwoordigers deel uit van het bestuur). *Hautanemi* betrof de Zweedse Kerk en haar parochies dewelke volgens Zweeds recht corporaties van publiek recht uitmaakten. In beide gevallen werd een functionele test toegepast en het publieke karakter ontkend op basis van een argumentatie die zonder veel omhaal evenzeer in *Aston Cantlow* toepasbaar geweest zijn zou.

137 'That is not to say that the case law on judicial review may not provide some assistance as to what does, and what does not, constitute a "function of public authority" within the meaning of section 6(3)(b). It may well be helpful. But the domestic case law must be examined in the light of the jurisprudence of the Strasbourg court as to those bodies which engage the responsibility of the State for the purposes of the Convention' *dixit* Lord Hope of Craighead in *Aston Cantlow*, nr. 52. Soortgelijke frase is te vinden in *R. (on the application of West) v Lloyd's of London*, nr. 36 en een duidelijke echo kan evenzeer onderkend worden in *R. (on the application of Beer t/a Hammer Trout Farm)* v *Hampshire Farmer's Markets Ltd* [2003] EWCA Civ 1056, [2004] 1 WLR 233, nr 25 en 28 en *R. (on the application of Johnson) v Havering LBC*, [2006] EWHC 1714, nr. 35-36.

138 Functionele referenties zijn te vinden in de opinies neergelegd door Lord Hope of Craighead (nrs. 49-52) & Lord Rodger of Earlsferry (nrs. 163-165). Lord Hobouse of Woodborough beperkt zich tot een minimale verwijzing (nr. 86 en nr. 87) en in de opinies van Lord Nicholls of Birkenhead evenals van Lord Scott of Foscote is helemaal geen impact naspeurbaar.

139 *R. (on the application of West) v Lloyd's of London*, [2004] EWCA Civ 506, [2004] 3 All. E.R. 251, nr. 37; *R (on the application of Mullins)* v *Jockey Club Appeal Board (No. 1)*, [2005] EWHC 2197, para 41. *Aston Cantlow* indachtig werd de relevantie en superioriteit van EHRM rechtspraak aangaande evenzeer expliciet erkend in *R. (on the application of Beer t/a Hammer Trout Farm)* v *Hampshire Farmer's Markets Ltd* [2003] EWCA Civ 1056, [2004] 1 WLR 233, nr 25 en 28 zonder evenwel enige concrete impact (de betwiste entiteit kwalificeerde reeds op basis van de oude restrictievere *amenability to judicial review*-test als publieke autoriteit en bijgevolg was een toetsing aan EHRM-rechtspraak overbodig).

Er blijkt dus een vreemde terughoudendheid te constateren om het niveau van een loutere EHRM-gerichte loyauteitsverklaring te overstijgen. De oorzaak lijkt voor de hand te liggen: de gedateerde publiek/privaat-distinctie van de conventie kan niet rechtstreeks vertaald worden naar de contemporaine ambivalente entiteiten die functionele publieke autoriteiten in feite zijn. Het EVRM kent slechts de mutueel exclusieve kwalificaties publiek en privaat; hybriden niet toegelaten. Dit enkele feit is op zichzelf echter niet onoverkomelijk, ook in de HRA s. 6(3)(b) gaat het er juist om geïsoleerde functies onder een van deze twee kwalificaties te catalogeren.[140] Wat evenwel tot enige terughoudendheid zou nopen is dat in de afwegingen van het EHRM een contaminerende factor te bespeuren valt. Binnen het raamwerk van het EVRM betekent de kwalificatie van een entiteit als publiek dat deze hierbij ook de mogelijkheid verliest *zelf* een beroep te doen op de bescherming van fundamentele rechten. Het EHRM is dan ook bijzonder terughoudend deze kwalificatie toe te kennen.[141] Strikt genomen maakt dit voor de geldigheid van de redenering neergelegd in *Aston Cantlow* nochtans geen verschil. Echter, wanneer de lijn van het EHRM standvastig zou worden aangehouden in de Engelse rechtspraak, zou wel het gevaar bestaan dat de publieke kwalificatie al te snel wordt afgewezen en aldus de potentiële horizontale gelding van het HRA aanzienlijk wordt ingeperkt.[142] De geconstateerde terughoudendheid lijkt dus afdoende verklaarbaar door een zuivere logica die slechts tot doel heeft een ruime derdenwerking aan de HRA te garanderen.

Dit prachtige idealistische beeld strookt evenwel in het geheel niet met de werkelijkheid. Integendeel, de rechtspraak heeft de geboden interpretatieruimte, in weerwil van de klare wensen terzake vanwege de regering,[143] juist steeds in het bijzonder aangegrepen teneinde het toepassingsgebied van de HRA zo sterk mogelijk in te perken. Aldus werd de kwalificatie als functioneel publieke autoriteit aan bijzonder strenge vereisten onderworpen.[144] Ondubbel-

---

140 Wel dient opgemerkt te worden dat alvast in de doctrine een licht paniekerige onzekerheid heeft postgevat met betrekking tot de impact die het principe van mutuele exclusiviteit *an sich* binnen het HRA-raamwerk zou kunnen hebben. Onverkorte toepassing zou immers betekenen dat bij een ruime interpretatie van het begrip functioneel publieke autoriteit de aldus gecatalogeerde entiteiten zelf een schending van hun fundamentele rechten zouden kunnen aandragen. Lord Nicholls poneerde in *Aston Cantlow* (nr. 11) evenwel reeds dat ook hier de hybride logica eenvoudigweg doorgetrokken dient te worden: functionele publieke autoriteiten kunnen zich op hun verdragsrechten beroepen in hun private, doch niet in hun publieke capaciteit (instemmend Sunkin 2004, p. 654). Niettemin heeft dit punt critici gesterkt in de overtuiging dat de eenzijdige Straatsburgse rechtspraak slechts van weinig assistentie is binnen de dynamische HRA (Zie o.a. Cane 2004, p. 46).

141 Quane 2006, p. 121.

142 Quane 2006, p. 122.

143 Zie bijvoorbeeld HL Deb. 3 november 1997, kol. 1232 (Lord Irvine L.C.).

144 Befaamd zijn de *Court of Appeal* uitspraken *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd* v *Donoghue* [2001] EWCA Civ 595, [2002] QB 48, [2001] 3 W.L.R. 183 (uitbesteedde (daklozen)opvang door een (door de lokale autoriteit gecreëerde) erkende sociale huisvestingsmaatschappij) en *R. (on the application of Heather and others)* v *Leonard Cheshire*

zinnige kritiek vanuit de doctrine[145] en een herhaalde noodroep vanwege het *Joint Committee on Human Rights*[146] ressorteerden geen effect.[147] Dit diepere judiciële ressentiment tegen een doorsijpeling van derdenwerking door middel van s. 6(3)(b), lijkt anderzijds *wel* (althans gedeeltelijk) de terughoudende aanwending van de *Aston Cantlow* orientatie te verklaren. Typerend is hierbij het argument van irrelevantie van EHRM-rechtspraak voor de HRA-divisie. Immers, zo wordt gesteld, het EHRM kent geen onderscheiden aansprakelijkheid voor diverse publieke autoriteiten en daarenboven maakt het ook weinig uit: voor het EHRM is de Staat voor enige tekortkoming toch aansprakelijk onafhankelijk van de private hetzij publieke status van de uitvoerende entiteit.[148] Uiteraard is dit correct, doch dit betekent niet dat EHRM-rechtspraak geen relatief belang kan hebben om althans de 'bringings rights home'-ideologie[149] te effectueren. Door de terugkoppeling aan de EHRM-rechtspraak echter in de mate van het mogelijke te onthouden blijft de discussie geïsoleerd in de verticale sfeer, daarbij enige daadwerkelijke horizontale werking zoveel

---

Foundation and another [2002] EWCA Civ 366, [2002] 2 All E.R. 936 (uitbesteedde gehandicaptenopvang bij liefdadigheidsinstelling). In *Donoghue* werd *per* Lord Woolf CJ geponeerd dat het enkele feit dat een private entiteit in uitbesteding prestaties verricht die *in se* tot het takenpakket van een publieke overheid behoren alvast niet betekent dat deze verrichtingen plaatsgrijpen binnen het kader van de vervulling van een publieke functie; slechts wanneer duidelijke merktekens het publiekelijke karakter aangeven (zoals *statutory authority* terzake de geleverde prestaties, uitgebreide supervisie door een publiek lichaam (met voorbehoud wat betreft *public regulatory bodies*), een inherente vervlochtenheid van deze prestaties binnen de actieradius van een publieke entiteit, *etc.*) kan dergelijke conclusie getrokken worden. In *Cheshire* werd hieraan onder meer toegevoegd dat publieke financiering alvast geen beslissende factor uitmaakt.

145 Craig 2002, p. 556 *et seq.*; Donnelly 2005, p. 805; Markus 2003, p. 92 *et seq.*; McDermont 2003, p. 114 *et seq.*; Sunkin 2004, p. 643-658.

146 Respectievelijk in het zevende rapport van zitting 2003-04 (HL 39/HC 382) en het negende van zitting 2006-2007 (HL 77/HC 410), beide getiteld *The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act*.

147 Momenteel lijkt het debat een nieuwe fase in te gaan met de procedure geïnitieerd in *R. (on the application of Johnson) v Havering LBC*, [2006] EWHC 1714 terzake de uitbesteding van bejaardenzorg inclusief infrastructuur met betrekking tot taken waartoe normaliter de publieke authoriteit gehouden is overeenkomstig s. 21 National Assistance Act 1948. Significant genoeg werd hierin geïntervenieerd door de *Secretary of State for Constitutional Affairs* (verantwoordelijk voor de implementatie van de HRA) met als doel een meer flexibele interpretatie van s. 6(3)(b) te forceren. In eerste aanleg bleek evenwel niet te ontsnappen aan de verstikkende invloed van *Donoghue* en *Cheshire* (zie noot 144) en ook in beroep werd geen succes geboekt ([2007] EWAC Civ 26). De *Secretary of State* verklaarde zich alvast bereid de zaak te bepleiten tot voor het House of Lords.

148 *R. (on the application of Johnson) v Havering LBC*, [2007] EWAC Civ 26, para 55-61 *per* Buxton L.J. (die zoals gekend niet al te veel op heeft met horizontale werking, zie Buxton 2000); Oliver 2004, p. 334. Zie tevens Cane 2004, 45-46. Contra Quane 2006, p. 107 *et seq.*

149 Nl. '[R]ights and freedoms which the United Kingdom has undertaken to guarantee to its citizens should be enforceable by those citizens here in the United Kingdom. It makes no sense, and, I suggest, does not make for justice that those seeking to enforce their rights have to exhaust all their domestic remedies here before embarking on the long and costly trail to Strasbourg' (Lord Bingham, HL Deb 3 november 1997, kol. 1245).

mogelijk in het ongewisse gelaten en aldus de uitbreiding daarvan ook effectief uitgesteld...

Samengevat illustreert de lijdensweg van s. 6(3)(b) hoe onder de vredige aanschijn van EHRM-referenties perfect een complexe verstrengeling van motieven kan schuilgaan waarbij men horizontale werking helemaal niet zo genegen is als verondersteld zou worden. Daarenboven blijkt hier eens te meer hoe op een schijnbaar onbezwaard terrein eenvoudige transpositie van Straatsburgse rechtspraak bezwaarlijke implicaties kan herbergen die horizontale werking juist zouden afremmen. En ten slotte hoe deze ingenieus kan worden gehanteerd teneinde (een debat omtrent) daadwerkelijke (directe) *Drittwirkung* af te houden.

7.2.2.2.2 Privacy

Ten tijde van de redactie van de HRA kende het Engelse rechtssysteem geen autonome *tort of privacy*. Aantastingen dienden afgeweerd of geremedieerd te worden door middel van gerelateerde *ersatz* acties, zoals *defamation*, *malicious falsehood* of *breach of confidence*. De situatie werd vanuit verscheidene hoeken als uiterst onbevredigend ervaren.[150] Deze surrogaten, oorspronkelijk ontwikkeld voor een ander toepassingsgebied dan loutere *privacy* schendingen en bijgevolg ook aan bijzondere en soms eerder ongelukkige voorwaarden gebonden,[151] betoonden zich immers meermaals ontoereikend.[152] Het was dit punt, de reputatie van de Engelse rioolpers indachtig,[153] dat maakte dat het fundamentele recht van privéleven een wel heel bijzondere aandacht kreeg bij de redactie van de HRA. De perslobby, na een campagneslag tegen de

150 Notoir is *Kaye v Robertson* [1991] F.S.R. 62 waarin het Engelse recht niet in staat bleek de publicatie te verhinderen van foto's en een interview afgenomen van de (na een ernstig verkeersongeval) ten hospitaal opgenomen acteur Gordon Kaye die op dat moment dermate verdoofd was dat van een geïnformeerde toestemming tot het interview absoluut geen sprake kon zijn. De uitspraak, hoewel technisch correct, werd in de doctrine overwegend kritisch onthaald (zie o.a. Elliott 1990; Kaganas & Sherman 1991; Markesinis 1990; Prescott 1991).

151 Zo is *breach of confidence* van nature een strikt contractuele actie. Aan de grondslag diende in principe een (eventueel stilzwijgende) overeenkomst te liggen om bepaalde informatie geheim te houden. Wanneer evenwel een der partijen nooit de intentie gehad heeft de desbetreffende informatie uit de openbaarheid te weren, en van een onderliggende overeenkomst bijgevolg geen sprake zijn kan, betekent dit in principe ook dat in dergelijk geval de *breach of confidence* allegatie geen kans op slagen heeft (Fenwick & Phillipson 2006, p. 736). Hoewel de actie gaandeweg opgerokken werd teneinde aan de maatschappelijke vraag naar een degelijke *privacy* bescherming te voldoen (zie voetnoot 183) blijft de nalatenschap van deze origine ook in contemporaine litigaties voelbaar (zie bijvoorbeeld *Teakston* in voetnoot 188).

152 Zie nochtans Oliver 2007, p. 82 welke voor de Engelse literatuur nogal afwijkend poneert alsdat '[d]espite the absence of an explicit statutory right to privacy in English law, by 2000, when the HRA came into effect, the courts had developed various torts which gave increasingly broad, if not complete, protection to privacy'.

153 Zie bijvoorbeeld Lord Mishcon in HL Deb. 3 november 1997, kol. 1252.

mogelijke invloed van art. 8 EVRM, boekte weliswaar een overwinning met de expliciete incorporatie van art. 12(4) HRA (waarin voorgeschreven wordt in litigaties met betrekking tot vrijheid van meningsuiting hieraan steeds bijzondere aandacht te besteden),[154] doch vanuit de rechtsleer weerklonk de vreugdevolle assertatie dat de creatie van een *tort of privacy* in de nabije toekomst een der belangrijkste uitkomsten van de nieuwe HRA zou worden.[155]

Actueel blijkt de *tort of privacy* eerder wat weg te hebben van Godot, doch de bescherming van *privacy* onderging niettemin wel een opmerkelijke transformatie. Een transformatie die (zo goed als) exclusief toegeschreven werd aan de incorporatie van het EVRM.[156] En inderdaad, in de post-HRA rechtspraak betoonden talrijke rechters zich al snel toegewijde discipelen. Referenties aan art. 8 en 10 EVRM waren van een ongekende schering en inslag. Zelfs in de rechtspraak werd al spoedig, doch weliswaar overmoedig, geproclameerd dat een autonoom recht op privacy, met fenixiaanse allures verrezen uit de *breach of confidence* actie, zijn intrede in het Engelse recht had gedaan.[157] Kortom, lofliederen, die welbekende 'mist in het verstand waardoor de deugden van het onderwerp vele malen vergroot lijken',[158] ten overvloede.

Wat evenwel in hoofdzaak gebeurde, voornamelijk in de eerste jaren, was dat de fundamentele rechten met veel instemming geciteerd werden, doch daarnaast de rechtspraak zich simpelweg doodgemoedereerd verder op het *common law* pad ontwikkelde.[159] De reguliere technieken en voornamelijk

---

154 Moreham 2001, p. 772, voetnoot 32; Rogers & Tomlinson 2003, p. 38; Wade 2000, p. 223. Zie tevens Amelung & Vogenauer 2002, p. (360-)361.

155 Wade 2000, p. 223. Buxton 2000, p. 64 (kritisch); Leigh 1999, p. 87 (kritisch); Phillipson 2003b, p. 54 (retrospectief); zie tevens Bradshaw 1999, p. 61.

156 *Cf.* McDonald 2006, p. 232.

157 Zie bijvoorbeeld Sedley LJ in *Douglas and others* v *Hello! Ltd.*, [2001] 2 All ER 289, nr. 110-111, die daarmee de voorpagina van *The Times* (22 december 2000) haalde. Deze boude bewering werd echter niet kritiekloos omarmd. Lindsay J., evenzeer oordelend in de *Douglas* procedureslag, plaatste de kritische bemerking dat het bestaan van een tort met dergelijke reikwijdte overgelaten diende te worden aan de wetgevende macht (*Douglas v Hello! Ltd. (nr. 6)*[2003] EWHC 786 (Ch), nr. 229; zie tevens Smith 2004, p. 127-128). Mummery L.J ontkende zowel het bestaan als de wenselijkheid ervan (*Wainright v Home Office* [2002] Q.B. 1334, nr. 57-60). Buxton L.J. attendeerde op het gebrek aan ondersteunende autoriteit en oordeelde evenzeer dat dergelijke creatie, de ongekende draagwijdte en gerelateerde beleidsimplicaties onderkend, overgelaten diende te worden aan de wetgevende macht (*Wainright v Home Office* [2002] Q.B. 1334, 96-114; zie tevens Buxton 2000, p. 64-65), Een zelfde tendens weerklonk in *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22, para 27 *per* Ouseley J en illustratief is evenzeer de vingerwijzing van Lord Woolf CJ in *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(vi): 'It is most unlikely that any purpose will be served by a judge seeking to decide whether there exists a new cause of action in tort which protects privacy'. Zie tevens Strachan & Singh 2002, p. 156.

158 A. Bierce, *The Enlarged Devil's Dictionary*.

159 Zoals Mackenzie 2002 terecht beweert is trouwens ook een aanzienlijk deel van de in de doctrine heersende 'hysterie' terzake de zogenaamde ongekende (r)evolutie tot de bescherming van privacy op basis van de *breach of confidence* leer verklaarbaar door een gebrek aan kennis omtrent de bijdrage die deze actie reeds voor de introductie van de HRA in

de bij uitstek gehanteerde *breach of confidence* actie, functioneerden niet slechts als vehikel waarbinnen de EVRM doctrine volkomen geïncorporeerd werd (zoals binnen de lijn der verwachtingen lag), doch oefenden integendeel een dermate concentrische kracht uit op art. 8 EVRM dat juist van deze laatste weinig nalatenschap naspeurbaar was.[160] Onder de banier van het EVRM was het de *common law* die de marsrichting aangaf, zowel terzake wat onder privacy, *sensu lato*, diende te worden verstaan als met betrekking tot de uitbalancering van privacy versus vrijheid van meningsuiting. De *breach of confidence* actie vormt zelf de meest treffende illustratie.

a. Privacy

De *breach of confidence* actie was oorspronkelijk ontwikkeld ter bescherming van industriële en commerciële geheimen en had bijgevolg van nature weinig voeling met de protectie van informatie uit de persoonlijke levenssfeer. Traditioneel kon informatie, overeenkomstig de conventioneel gehanteerde *Coco*-test,[161] slechts beschermd worden in zoverre deze 'the necessary quality of confidence' heeft. Waar dergelijke frase zich weliswaar betrekkelijk goed leent voor het initiële toepassingsgebied van deze actie, is ze aanzienlijk minder praktisch ten aanzien van het concept privacy. Aangenomen kan immers worden dat geestelijke vruchten van noeste arbeid, waarvan de exploitatie een aanzienlijke som opleveren kan, en die slechts aan vertrouwelingen overgeleverd worden (een veronderstelling waarvoor dan meestal ook talrijke indicaties, zoals bijvoorbeeld non-concurrentiebedingen, voorhanden zijn), een duidelijk vertrouwenskenmerk behelzen.[162] Geheel anders is het echter met details omtrent het persoonlijke leven, waarvan de waarde meestal *nihil* is (behalve uiteraard voor de betrokkene(n)) en de overdracht van oudsher behoort tot het roddelcircuit (sociaal cohesiemiddel bij uitstek). Een nadere richtlijn was dan ook gewenst. Te midden van al het EVRM geweld werd deze niet in Straatsburg of zelfs Europa gevonden, doch in de oude vertrouwde *common law* familie. Aansluiting werd met name gezocht bij de Australische zaak *Lenah Game Meats*,[163] waarin het criterium werd voorop gesteld dat informatie als privaat dient te worden beschouwd wanneer de onthulling ervan 'would be highly offensive to a reasonable person of ordinary sensibilities'.[164]

---

dit opzicht had betekend.

160 In deze zin tevens Phillipson 2003a.

161 Ontleend aan *Coco v A.N. Clarck (Engineers) Limited* [1969] RPC 41.

162 Voor illustraties zie o.a. Wilson 1990, p. 44-45.

163 *Australian Broadcasting Corporation* v *Lenah Game Meats Pty Ltd* [2001] HCA 63, [2001] CLR 199.

164 *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2002] E.M.L.R. 30, para 41, *per* Morland J; *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2003] Q.B. 633, nr. 48 *et seq. per* Lord Phillips; *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(vii) *per* Lord Woolf CJ (doch kent hier geen directe toepassing); *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] 2 A.C. 457, nr. 94-96 *per* Lord Hope. Zie echter de kritische commentaar van Lindsay J in *Douglas v Hello! Ltd (No. 6)* alias *Douglas v Hello!*

In deze keuze toont zich de eigenlijke waarde van voornoemde EVRM-referenties; ze fungeren eerder als symbool dan als daadwerkelijke rechtsregels. Immers, wanneer de ambitie erin bestaat effect te verlenen aan art. 8 EVRM, geeft het geen pas de invulling daarvan te ontlenen aan een rechtsstelsel dat op een geheel andere grondrechtencatalogus en bijhorende theorievorming gebaseerd is; voorzeker niet wanneer in dit stelsel een noemenswaardig equivalent van art. 8 EVRM ontbreekt.[165] Dit bleek evenwel in het geheel niet bezwaarlijk; de vraagstelling naar de conformiteit van deze test aan art. 8 EVRM scheen zelfs onbeduidend.[166] Verketterd hoeft dit criterium daarom nochtans niet te worden: anno 2003 concludeerde een der voornaamste autoriteiten terzake dat het alvast meer bijgedragen had aan de ontwikkeling van de *breach of confidence*-doctrine tot een *privacy remedy* dan enig welk aan art. 8 EVRM ontleend principe ook.[167] Het illustreert anderzijds *wel* de voornamelijk ornamentele functie van voornoemd artikel, terwijl dit laatste niettemin voor de oppervlakkige toeschouwer met de eer ging lopen.

Geleidelijk aan heeft echter ook een andere test meer terrein gewonnen,[168] dewelke zelfs actueel primeert, namelijk de 'reasonable expectation of privacy'-test: de persoon die de informatie publiceert weet of behoort te weten dat de tegenpartij redelijkerwijze kon verwachten dat de desbetreffende informatie vertrouwelijk zou blijven.[169] Deze strookt alvast aanzienlijk meer met de

---

Ltd (Trial Action: Breach of Confidence) (No. 3), [2003] EWHC 786, nr. 191 waarin zowel de relevantie als het vermogen van deze test worden ontkend.

165 In deze zin tevens Phillipson 2003a, p. 734 en tot op zekere hoogte Aplin 2007, p. 26. Het criterium zelf is oorspronkelijk immers van V.S. origine (*Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] 2 A.C. 457, nr. 94 *per* Lord Hope) waar het recht op privacy een andere status heeft dan binnen het kader van het EVRM. Daarenboven wordt het eveneens gehanteerd in Nieuw-Zeeland (*P v D* [2000] N.Z.L.R., 591, 601; *Hosking v. Runting and others* [2003] 3 N.Z.L.R., 385 HC (zie in detail Sims 2005, p. 40 *et seq.*)).

166 Indicatief is bijvoorbeeld dat het argument inhoudende dat het criterium 'highly offensive' te streng is daar het een onderschatting van het aan art. 8 EVRM toe te kennen gewicht betekent, door het Hof behoorlijk laconiek van de hand werd gedaan met de stelling dat het adjectief 'highly' weinig toevoegt en in praktijk geen verschil uitmaakt, zonder dat hierbij trouwens aan art. 8 werd gerefereerd (*Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2003] Q.B. 633, nr. 51 *per* Lord Phillips, het argument zelf is te vinden op p. 644).

167 Phillipson 2003a, p. 731. Zie tevens Masterman 2005, p. 922.

168 Daarnaast wordt ook een 'obviously private'-test onderkend (op het gevaar te vervallen in uiterst banale pedanterie: informatie die als onmiskenbaar privaat aangemerkt dient te worden). Hier kan echter nauwelijks van een (relevante) test worden gesproken: wanneer de informatie evident privaat is, is geen test in de eigenlijke zin van het woord nodig, anderzijds, wanneer de informatie niet aan dit criterium beantwoordt, kan nog steeds naar een der overige tests teruggegrepen worden. De test bevindt zich met andere woorden slechts in het hinterland van de overige. (Zie in detail terzake deze test o.a. Moreham 2005, p. 633-634; Aplin 2007, p. 25-26).

169 Noteer evenwel dat geen unanieme omschrijving bestaat. Varianten zijn o.a. te vinden in *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(ix) *per* Lord Woolf CJ; *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] 2 A.C. 457, nr. 134 *per* Baroness Hale; *Douglas v Hello! Ltd (No. 6)* alias *Douglas v Hello! Ltd (Trial Action: Breach of Confidence) (No. 3)*, [2003] EWHC Civ 595, nr. 100; *HRH The Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd*, [2006] EWHC 522, para 99.

Straatsburgse rechtspraak.[170] Of ze hierin haar oorsprong kent is echter minder zeker. Ook hier lijkt m.i. *common law* invloed immers naspeurbaar: de test weerklinkt als een echo van de Amerikaanse landmarkbeslissing *Katz* v. *U.S.*,[171] aan de gemiddelde Engelse jurist welbekend, zij het dan een beetje doorkneed om in de *breach of confidence* doctrine te passen. Daarenboven is hier een bijkomende factor in het geding: deze test betreft in essentie immers het tweede *Coco* criterium, namelijk de vereiste dat de desbetreffende informatie overgeleverd werd onder omstandigheden die een geheimhoudingsplicht impliceren. Hoewel deze test zich in praktijk vooreerst manifesteert op het vlak van afbakening van het begrip privacy zelf,[172] sluit dit echter niet uit dat de convergerende kracht van de *breach of confidence* doctrine zich hier juist door de associatie met dit tweede criterium doorzetten kan. Een convergerende kracht die trouwens niet te onderschatten valt (zie *infra*).

b. Uitbalancering

Ook wat de uitbalancering van privacy versus meningsuiting betreft, ging onder de vredige referenties lang een tegenstrijdige waarheid schuil. De Europese benadering privacy en meningsuiting op voet van gelijkheid te behandelen, kreeg aanvankelijk geen voet aan wal op Engelse bodem. *Splendid Isolation*, ook hier. Net als in het Amerikaanse model, werd aan meningsuiting een duidelijke superioriteit toegekend.[173] 'Freedom of expression is the rule, and regulation of speech is the exception'.[174] Aldus werd meningsuiting gehanteerd als normatief uitgangspunt, in welke hoedanigheid het nagenoeg gold als een juridisch dogma, ongenaakbaar voor kritiek: de kwaliteit van de uiting deed *in se* immers niet terzake.[175] Voor Straatsburgse criteria als het onderscheid tussen politieke, artistieke of commerciële expressie was dan ook geen plaats, laat staan dat het 'watchdog' theorema in aanmerking werd genomen. Anderzijds betekende dit normatieve karakter evenzeer dat meningsuiting zich als usurpator gedroeg ten aanzien van privacy: voor art. 8 EVRM was slechts ruimte in zoverre het als legitieme uitzondering onder art. 10(2)

170 *Cf. McKennitt v Ash* [2005] EWHC 3003 (QB), para 58, *per* Eady J.

171 *Katz* v. *U.S.* 389 U.S. 347, 361 (1967): 'First that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as reasonable'.

172 Zie bijvoorbeeld *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] 2 A.C. 457, nr. 134 *per* Baroness Hale ('the exercise of balancing Article 8 and Article 10 may begin when the person publishing the information knows or ought to know that there is a reasonable expectation that the information in question will be kept confidential').

173 Idem Fenwick 2004, p. 899; Milmo 2003, p. 4 *et seq.*; Phillipson 2003b, p. (54-)72.

174 *Reynolds v Times Newspapers* [2001] 2 A.C. 127, 208 (pre-HRA).

175 Zie bijvoorbeeld *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(v) waarin Lord Woolf CJ aan andere rechters de richtlijn voorschrijft dat: 'Regardless of the quality of the material which it is intended to publish prima facie the court should not interfere with its publication'.

EVRM kon geconstrueerd worden.[176] Omgekeerd was voor een parallelle analyse vertrekkende vanuit art. 8 binnen deze structuur geen plaats.[177] In feite hoeft deze veronderstelde superioriteit niet te verbazen. Art 12(4) HRA, 'The court must have particular regard to the importance of the Convention right to freedom of expression' *etc.*, leek (hoewel ten onrechte)[178] alvast een duidelijke aanzet in deze richting te geven,[179] daarenboven zagen sommige waarnemers (inclusief vertegenwoordigers vanuit de regering)[180] deze superioriteit zelfs vertegenwoordigd in de Straatsburgse rechtspraak.[181] Geleidelijk aan heeft deze opvatting evenwel het veld moeten ruimen en actueel overheerst (althans theoretisch) het dictum van gelijkwaardigheid tussen beide fundamentele rechten.

Minstens zo belangrijk en onmiskenbaar standvastiger is evenwel de concentrische kracht die de *breach of confidence* doctrine tot op heden ook hier uitoefent. Deze kracht vloeit voornamelijk voort uit het reeds genoemde tweede criterium van de *Coco*-test. Volgens dit criterium dient de informatie 'have been imparted in circumstances importing an obligation of confidence'.[182] Deze omstandigheden kunnen in principe afgeleid worden uit twee elementen: hetzij het bestaan van een noodzakelijkerwijze vertrouwelijke relatie tussen de toevertrouwer en de beweerde vertrouweling (zoals tussen advocaat en cliënt of binnen een huwelijk), hetzij het bestaan van een (eventueel impliciete) overeenkomst tot *confidentiality*. Hoewel deze voorwaarden (juist met het oog op de ontwikkeling van een daadwerkelijke *privacy* bescherming) reeds in het pre-HRA tijdperk aanzienlijk opgerekt en uitgehold werden,[183] bleven ook

176 Zo bijvoorbeeld *Venables v News Group* [2001] Fam. 430; *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22 (para 25); *Re S.* [2003] EWHC 254; *A v B Plc* [2003] Q.B. 195 om slechts enkele te noemen.

177 Terecht kritisch terzake Phillipson 2003a, p. 752; Rogers & Tomlinson 2003, p. 50-52.

178 Dit is althans het officiële standpunt. De communicatie op dit punt was evenwel nogal diffuus en verwarrend. Noteer echter dat een amendement waarin automatische prioriteit van art. 10 over art. 8 werd vooropgesteld, afgekeurd werd (zie HL Deb 2 juli 1998, kol. 535, 542).

179 Zie terzake o.a. Feldman 2002, p. 320-321.

180 Zie bijvoorbeeld de toelichting van de toenmalige *Home Secretary*, Jack Straw, voor het House of Lords: 'On Second Reading, I gave notice that I would place in the Library and make available to Opposition members an abstract of various judgments made in the Strasbourg court, which spells out the extent to which that court time and again has come down in favour of press freedom as opposed to privacy and the right to family life' (HL Deb 2 juli 1998, kol. 535; in deze zin tevens HC Deb 16 februari 1998, kol. 777).

181 Zie o.a Rogers & Tomlinson 2003, p. 40.

182 De Coco-test behelst nog een derde criterium, namelijk 'unauthorised use of that information to the detriment of the party communicating it'. In praktijk heeft dit echter nog weinig te betekenen: nadeel wordt spoorslags aangenomen hetzij het criterium eenvoudigweg genegeerd (Phillipson & Fenwick 2000, p. 670; Phillipson 2003a, p. 743, voetnoot 126; genuanceerder Coad 2001, p. 227).

183 Zie in detail Mackenzie 2002; Phillipson & Fenwick 2000, p. 670-672. De belangrijkste ingreep in dit opzicht was zonder twijfel de proclamatie vanuit het House of Lords dat een *duty of confidence* kon ontstaan ongeacht het ontbreken van transactie of enige andere relatie tussen de procespartijen wanneer althans de desbetreffende informatie als onmiskenbaar

onder de HRA elementen doorwerken die nauwelijks verenigbaar konden worden genoemd met het zo frequent geciteerde art. 8 EVRM. Een significant voorbeeld hiervan was *A* v *B Plc* waarin een bekend voetballer een publicatie omtrent zijn buitenechtelijke avonturen probeerde te verhinderen. Meer specifiek betrof het gewraakte artikel een 'obscene beschrijving van de sexuele betrekkingen van eiser' dewelke duidelijk bedoeld was voor een lezerspubliek van 'geilaards', aldus de rechter in eerste aanleg.[184] Dat gegeven kan evenwel terzijde worden gelaten, zoals reeds gesteld was (is) de kwaliteit van de expressie voor de Engelse rechtspraak immers van geen belang.[185] Wat (meer) terzake doet is dat deze gegevens niet beschermenswaardig waren, juist omdat ze betrekking hadden op een overspelige relatie. Vanuit een concept van privacy overeenkomstig een moderne interpretatie van art. 8 klinkt dit behoorlijk bezwarend,[186] vanuit een strikte toepassing van de *breach of confidence* doctrine echter niet. In *A v B Plc* klinkt het:

> Thus Jack J states, undoubtedly correctly, that confidentiality applies to facts concerning sexual relations within marriage but then adds that 'in the context of modern sexual relations, it should be no different with relationships outside marriage'. This approach is objectionable because it makes no allowance for the very different nature of the relationship that A had, on his own account, with C and D from that which would exist within marriage. Quite apart from the recognition which the law gives to the status of marriage, there is a significant difference in our judgment between the confidentiality which attaches to what is intended to be a permanent relationship and that which attaches to the category of relationships which A was involved with here.[187]

In andere woorden bepalen de soort en duur van de relatie (en zelfs de intentie van de partner) de aanspraak op een bescherming van privacy overeenkomstig art. 8 EVRM.[188] Wat echter nog het meest treft is dat pre-HRA rechtspraak deze

---

vertrouwelijk kon aangemerkt worden (*Attorney–General v Guardian Newspapers Ltd. (no 2)* alias *Spycatcher*, [1990] 1 A.C. 109, *per* Lord Goff of Chieveley, nr. 281). Aanmerkelijk genoeg oordeelde de Europese Commissie reeds in 1998 dat door middel van de *breach of confidence* actie het Engelse recht volkomen voldeed aan de eisen met betrekking tot bescherming van privacy als opgelegd door het EVRM (*Spencer v UK*, (1998) 25 EHRR CD 105).

184 *A v B Plc and another*, [2001] 1 W.L.R. 2341, para 16, *per* Jack J.

185 Zie voetnoot 175.

186 Evenzeer kritisch Fenwick & Phillipson 2006, p. 736.

187 *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 43(ii) *per* Lord Woolf CJ, zie tevens para 11(xi).

188 In diezelfde zin tevens *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22, *per* Ouseley J: De details met betrekking tot het bezoek van een BBC-presentator aan een bordeel werden door een der animeermeisjes aan de pers verkocht. Een poging de publicatie ervan te verhinderen faalde. Geoordeeld werd dat de vluchtige betrekking in een bordeel geen aanspraak maken kon op *confidentiality* ('Whilst the degree of intimacy is a very relevant factor, it cannot be taken in isolation from the relationship within which the physical intimacy occurs and from the other circumstances, particularly the location. [...] Sexual relations within marriage at home would be at one end of the range or matrix of circumstances to be protected from

benadering helemaal niet in dergelijke rigiditeit voorschrijft,[189] doch dat de zienswijze onder de gelding van de HRA juist verhard is. *In casu* schijnt de introductie van de HRA dus slechts geleid te hebben tot een doorslaan in de richting van *freedom of speech*, hetgeen een zekere auteur dan ook deed opmerken dat, alle verwachtingen ten spijt, de media zelfs nog een grotere handelsvrijheid had verkregen onder de HRA dan ervoor.[190]

Een gelijkaardige evolutie deed zich trouwens (kortstondig) voor met betrekking tot de *public interest defence*: een bijkomend element in de *breach of confidence* doctrine is dat, ook wanneer de voorwaarden van de *Coco*-test reeds vervuld zijn, publicatie nog steeds toelaatbaar is wanneer dit verantwoord kan worden met een beroep op 'public interest'[191] (een parameter die overigens expliciet in de HRA neergelegd werd[192]). Waar voorheen deze exceptie gehanteerd werd om belangrijke mis(ver)standen aan te klagen,[193] en een duidelijk onderscheid werd gehandhaafd tussen het publiek belang en publieke belangstelling,[194] werd deze grens flagrant overschreden in de

---

most forms of disclosure; a one night stand with a recent acquaintance in a hotel bedroom might very well be protected from press publicity. A transitory engagement in a brothel is yet further away' (para 59-60)) Anderzijds, ook al mocht de presentator van de verwachting uitgaan dat deze omgang vertrouwelijk was, is dat irrelevant wanneer dat niet de overtuiging van de prostituee was die uit deze informatie munt wou slaan ('I can see no reason why the question of confidentiality should be judged solely from the point of view of one participant in the activities and in the relationship, if it can be so called. The prostitutes clearly took a different view of the confidentiality of what they had seen and done with the claimant. If a well known man has sexual relations with a prostitute in a brothel, and the desire on his part to keep their actions and their "relationship" confidential and the desire on the part of the other to exploit their actions and relationship commercially are irreconcilable' (para 64)).

189 *Stephens v Avery* [1988] 1 Ch. 499 (Details met betrekking tot een lesbische relatie overgeleverd aan de pers. De publicatie werd succesvol weerhouden met een beroep op *breach of confidence*. Het argument dat geen *duty of confidentiality* zou bestaan daar de feiten in strijd waren met goede zeden werd in duidelijke bewoordingen van de hand gewezen: 'there is no common view that sexual conduct of any kind between consenting adults is grossly immoral'). *Barrymore v News Group Newspapers* [1997] F.S.R. 600 (Details met betrekking tot een homosexuele relatie overgeleverd door een der partners. Ook hier werd de publicatie in ondubbelzinnige bewoordingen weerhouden op basis van *breach of confidence*: 'The fact is that when people kiss and later one of them tells, that second person is almost certainly breaking a confidential arrangement').

190 Milmo 2003, p. 3. In dergelijke zin tevens Gibbons 2004, p. 250.

191 Phillipson & Fenwick 2000, p. 670.

192 HRA 12 (4)(a)(ii).

193 Zie bijvoorbeeld *Initial Services v Putterill* [1968] 1 Q.B. 396 (onrechtmatige handelspraktijken); *Hubbard v Vosper* [1972] 2 Q.B. 84, 95-96 *per* Lord Denning MR (risicovolle 'medische' praktijken); *Lion Laboratories Ltd v Evans and others* [1985] Q.B. 526 (onbetrouwbaarheid van de door de politie gehanteerde alcoholtesters); *W v Egdell* [1990] Ch. 359 (gevaar reïntegratie geestgestoorde meervoudige moordenaar).

194 *British Steel Corporation v Granada Television* [1981] A.C. 1096, 1168 *per* Lord Wilberforce ('But there is a wide difference between what is interesting to the public and what is in the public interest to make known'); *Francome v MGN* [1984] 1 W.L.R. 892, 898 *per* Sir Donaldson MR ('They [de media] are peculiarly vulnerable to the error of confusing the

aanvankelijke HRA-rechtspraak.[195] Summum was opnieuw *A v B Plc*. *In casu* werd met een perverse logica een gelijkstelling aangenomen tussen de belangstelling van het publiek voor bepaalde informatie en hun legitieme aanspraak daarop.[196] Met een eerder van commercieel cynisme getuigende luciditeit gewaagde Lord Woolf CJ zelfs te proclameren dat 'if newspapers do not publish information which the public are interested in, there will be fewer newspapers published which will not be in the public interest'.[197] Kortom, een manifeste vrijbrief om de meest saillante details met betrekking tot het privéleven van beroemdheden onbarmhartig te dissecteren en publiceren. De waarde van dergelijke assertaties is bekend: in de V.S. hebben gelijksoortige allegaties van *newsworthiness* de zogenaamde *tort of privacy* volkomen herleid tot een prachtige, doch voornamelijk *inhoudsloze* schelp.[198] Zover is het evenwel niet gekomen, recentere rechtspraak heeft de pre-HRA visie opnieuw omarmd.[199]

Geconcludeerd kan worden dat de horizontale bescherming van private gegevens in Engeland de laatste jaren onmiskenbaar is verbeterd. Ironisch genoeg schijnt na een lange omzwerving de bescherming terug hetzelfde

---

public interest with their own interest'); *Lion Laboratories Ltd v Evans and others* [1985] Q.B. 526, 537.

195 *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22, para 65-69, in bijzonder 66 waaruit blijkt dat Ouseley J juist een ruime interpretatie van de *public interest defence* aangewezen acht als tegengewicht voor de oprekking van de *breach of confidence* onder art. 8 EVRM ('the resolution of the conflict between Article 10 and Article 8 cannot be dependent on narrowly defined exceptions to the law of confidentiality appropriate for a more restricted concept and inapt for so greatly extended a protection'), *in casu* werd evenwel geen voldoende public interest vastgesteld; *A v B Plc* [2003] Q.B. 195.

196 *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(xii) *per* Lord Woolf CJ ('the public have an understandable and so a legitimate interest in being told the information'). Terecht kritisch Phillipson 2003b, p. 60-62; Markesinis e.a. 2004, p. 158-161.

197 *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(xii) *per* Lord Woolf CJ (Vgl. P. de Wispelaere, *Het verkoolde alfabet*, Amsterdam: Arbeiderspers 1992, p. 184: 'Wat nieuwswaarde heeft in een land is een barometer voor zijn cultuur. Wie het volk alleen cultureel afschraapsel toegooit, minacht dat volk').

198 Phillipson 2003b, p. 64-65 en de aldaar geciteerde referenties.

199 Zie in eerste instantie de weinig overtuigende (idem Phillipson 2003b, p. 63) poging van Lord Phillips in *Campbell v MGN* [2002] EWCA Civ 1373, para 40 om deze uitspraak van Lord Woolf te nuanceren en corrigeren onder het mom van loutere verduidelijking; *London Regional Transport v Mayor of London* [2003] EMLR 4, para 40 ('One can think of many stories that are published in the newspapers in which the public are interested. But it would be difficult for a journalist to say with a straight face that there is a public interest in them being published'); *Douglas v Hello! Ltd (No. 6)* alias *Douglas v Hello! Ltd (Trial Action: Breach of Confidence) (No. 3)*, [2003] EWHC 786, nr. 231 *per* Lindsay J ('That the public would be interested is not to be confused with there being a public interest'). *HRH The Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd*, [2006] EWHC 522 (Ch), para 118, *per* Blackburne J ('[…] it is important not to overlook the fact that what may be in the public interest to know and thus for the media to publicise in exercise of their freedom of speech is not to be confused with what is interesting to the public and therefore in a newspaper's commercial interest to publish').

niveau te hebben bereikt als 150 jaar geleden.[200] Het zou echter verkeerd zijn dit volkomen toe te schrijven aan de kracht van het EVRM. De HRA heeft voornamelijk het verzochte voorwendsel gegeven om de *common law* terzake, en in het bijzonder de *breach of confidence*, verder te ontwikkelen.[201] Deze evolutie zat eraan te komen ongeacht de incorporatie van het EVRM.[202] Door middel van de HRA heeft art. 8 EVRM hierbij echter (voornamelijk in haar symbolische waarde) kunnen fungeren als katalysator.[203] De impact ervan als concrete rechtsregel is evenwel aanzienlijk minder geweest, hoewel de talrijke referenties anders zouden doen vermoeden. In verscheidene belangrijke uitspraken blinkt ze voornamelijk uit door een opvallende afwezigheid,[204] of wordt ze schaamteloos overheerst door de verre van identieke *breach of confidence* doctrine. In dit kader is ook de rechtspraak van het EHRM slechts in beperkte mate kunnen doorsijpelen, hoewel de zaak *Peck*,[205] waarin het

200 Zie *Prince Albert* v. *Strange* (1849) I Mac & G 25. Hierin werd verboden de publicatie van een catalogus met beschrijvingen van etsen gemaakt door prins Albert en Queen Victoria voorstellende onder andere hun kinderen en enkele favoriete honden. De etsen waren bij een drukker neergelegd opdat reproducties ervan aan enkele naaste vrienden van het koninklijk echtpaar konden worden geschonken. Evenwel was een medewerker van de drukker erin geslaagd enkele overdrukken te bemachtigen die uiteindelijk in het bezit kwamen van Strange, die ze wou exposeren en daartoe een catalogus had samengesteld. In essentie lijkt deze zaak sterk op het recente *HRH The Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd*, [2006] EWHC 522 (Ch) betreffende de openbaarmaking van persoonlijke missieverslagen (o.a. van de missie naar Hong Kong ten tijde van de overdracht ervan aan China) van de Prince of Wales. Deze verslagen werden slechts verspreid onder enkele tientallen vertrouwelingen (familie en vrienden), doch via een secretaresse van de Prins had ook de *Mail on Sunday* ze in haar bezit gekregen. De jurisprudentiële benadering in beide zaken verschilde voornamelijk hierin dat de contemporaine rechter geen genoegen meer nam met een loutere evaluatie van de wijze waarop de litigieuze documenten werden overgedragen (*cf. breach of confidence*), doch onder invloed van art. 8 en 10 EVRM ook de inhoud hiervan heeft geëvalueerd (Carboni 2006, s.f.). In zeker zin werd de claim op privacy bijgevolg aan hogere maatstaven onderworpen dan 150 jaar geleden. Opmerkenswaardig is daarbij trouwens dat *Prince Albert* v. *Strange* door middel van de analyse ervan in het legendarische artikel van Warren & Brandeis 1890 een aanzienlijke bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van *privacy* in het Amerikaanse recht (Strachan & Singh 2002, p. 129-130), terwijl het Engelse recht aangaande verzwakte.

201 Vgl. Leigh 1999, p. 87.

202 HL Deb. 3 november 1997, kol. 1230 en HL Deb 24 november 1997, kol. 784 (Lord Irvine L.C.). Zie tevens Wright 1999, p. 135.

203 Zoals in de lijn der verwachtingen lag (o.a Coad 2001, p. 226; Milmo 2003, p. 3).

204 Idem Phillipson 2003a, p. 735; Fenwick & Phillipson 2006, p. 726 *et seq.*

205 *Peck* v. *UK* (44647/98) (2003) 36 EHRR 41. Dhr. Peck, allerminst een publiek persoon, had getracht op de openbare weg zijn polsen over te snijden en werd met het mes in zijn handen gefilmd door een der gemeentelijke bewakingscamera's. Hierdoor werd onrechtstreeks ook de politie in kennis gesteld die al snel intervenieerde teneinde Peck op te vangen. Het videomateriaal werd ter beschikking gesteld van de media met tot doel de waardevolle bijdrage die het gemeentelijke camerasysteem aan de openbare veiligheid kon leveren te onderstrepen. Hoewel hiertoe mondeling verzocht, nam de media onvoldoende maatregelen om in het gepubliceerde beeldmateriaal de identiteit van Peck te verhelen. Een klacht neergelegd bij de *Press Complaints Commission* werd afgewezen op onder andere de grond

V.K. veroordeeld werd, alvast een zekere deining veroorzaakte[206] en recentelijk ook *Von Hannover* enigszins in rekening lijkt te worden genomen.[207] Misschien ligt in deze laatste arresten ook een zekere mentaliteitswijziging besloten; de meer recente Engelse rechtspraak lijkt inderdaad in toenemende mate de EVRM richting op te gaan. Anderzijds dient aangemerkt te worden dat de reeds doorgemaakte ontwikkeling niet eenieder onverdeeld tot tevredenheid gestrekt heeft; de oprekking van de *breach of confidence* komt steeds meer onder vuur te liggen ten voordele van een daadwerkelijke autonome *tort of privacy*.[208] Daarbij wordt niet slechts onderstreept dat de *breach of confidence* (nog) steeds een onvolkomen instrument tot bescherming van privacy uitmaakt,[209] doch wordt evenzeer de meer fundamentele opmerking geuit dat de oprekking ervan ook het inherent coherente kader van deze actie vergokt

---

dat de feiten zich nu eenmaal op een openbare plaats hadden afgespeeld. Ook een beroep bij het *High Court* leverde geen resultaat op. Voor het EHRM werd het VK veroordeeld wegens schending art. 8 en 13 EVRM. Daarbij werd niet slechts het onvermogen van mediacommissies (in het verleden door de pers meermaals als afdoende garantie tegen mediathieke privacy-inbreuken afgeschilderd) aangestipt, doch evenzeer het algehele falen van het *common law* lappendeken van *ersatz* privacy remedies onderstreept. De heersende stelling dat van privacy-bescherming geen sprake kon zijn omdat de feiten zich in een publieke ruimte hadden afgespeeld, werd te enggeestig bevonden. In het verlengde hiervan toonde zich ook het falen van de *breach of confidence*-doctrine: in onderhavig geval zou immers bezwaarlijk van een zekere vertrouwelijkheid van de informatie gewaagd kunnen worden. Daarenboven, eens het beeldmateriaal aan de openbaarheid is vrijgegeven staat een *breach of confidence* actie in principe volkomen machteloos tegen een oneindige reproductie ervan.

206 Zie o.a. Milmo 2003, p. 10-11; Singh & Strachan 2003, p. 19-24; Smith 2004, p. 127. Lindsay J in *Douglas v Hello! Ltd. (nr. 6)* 2003] EWHC 786 (Ch), nr. 229(iii) ('The recent judgment in Peck […] shows that in circumstances where the law of confidence did not operate our domestic law has already been held to be inadequate. That inadequacy will have to be made good and if Parliament does not step in then the Courts will be obliged to. Further development by the Courts may merely be awaiting the first post-Human Rights Act case where neither the law of confidence nor any other domestic law protects an individual who deserves protection. A glance at a crystal ball of, so to speak, only a low wattage suggests that if parliament does not act soon the less satisfactory course, of the Courts creating the law bit by bit at the expense of litigants and inevitable delays and uncertainty, will be thrust upon the judiciary').

207 Zie in het bijzonder *McKennitt v Ash* [2005] EWHC 3003 (QB), para 57, *per* Eady J ('It is clear that there is a significant shift taking place as between, on the one hand, freedom of expression for the media and of the corresponding interest of the public to receive information, and, on the other hand, the legitimate expectation of citizens to have their private lives protected. As was made clear [in Von Hannover], even where there is a genuine public interest, alongside a commercial interest in the media in publishing articles or photographs, sometimes such interests would have to yield to the individual citizen's right to the effective protection of private life').

208 *Contra* Barber 2003, p. 604-610 (voornamelijk op basis van het recht op vrije meningsuiting en het idee dat waar nodig privacy meestal reeds beschermd is door andere 'etische' (lees: fundamentele) rechten).

209 Zo o.a. Markesinis e.a 2004, p. 153 *et seq.*; Morgan 2003, p. 469 *et seq.*; Singh & Strachan 2003, p. 15, 17 & 19; Strachan & Singh 2002, p. 155-156. Vgl. tevens McLean & Mackey 2007, p. 390.

heeft.[210] De actie zou met andere woorden verworden zijn tot een onbestemd instrument, verminkt ten aanzien van haar initieel toepassingsgebied en niet veel beter af in haar nieuwe actieradius. Hoeft het daarbij te verbazen dat de blikken opnieuw naar de *common law* familie uitgaan en met name naar Nieuw-Zeeland[211] dat recentelijk een zodanig begeerde autonome *tort* terzake heeft ontwikkeld?[212]

7.2.2.3 *Impressie, deel 2*

Voornoemde casustypen illustreren hoe onder een schijn van EVRM- en EHRM-conformiteit een aanzienlijk verschillende realiteit schuil gaan kan. Dit ambigue karakter manifesteert zich doorheen het ganse scala van referenties in de Engelse horizontale rechtspraak. Waar dit in een aanzienlijk deel van de gevallen kan toegeschreven worden aan onwetendheid of een gebrek aan durf tot innovatie, lijkt het in enkele gevallen om een tactische keuze te gaan: referenties die het positieve Engelse recht onderschrijven worden aangegrepen terwijl tegenstrijdige (of althans in andere richtingen wijzende) EHRM-rechtspraak zorgvuldig buiten beschouwing wordt gelaten.[213]

---

210 Sims 2005, p. 43-51.

211 *Hosking v. Runting and others* [2003] 3 N.Z.L.R., 385 HC (betreffende de voorgenomen publicatie van foto's, op een openbare plaats genomen, van de kinderen van een tv-presentator). Nieuw-Zeeland zette zich hiermee bewust en expliciet ('privacy and confidence are different concepts', para 48) af van de door Engeland met de *breach of confidence* ingeslagen weg (zie in detail Sims 2005, p. 35-43).

212 Zo o.a. Sims 2005, p. 51; Mulheron 2006.

213 Zie o.a. *A National Health Service Trust v D* [2000] 2 FR 677 en *NHS Trust A v Mrs M*, *NHS Trust B v Mrs H*, [2001] 2 W.L.R. 942 in de analyse van Maclean 2001. Een dergelijke tactische keuze lijkt m.i. bijvoorbeeld ook voorhanden in *S (A Child) (Contact: Promoting Relationship with Absent Parent)*, [2004] EWCA Civ 18 betreffende het omgangsrecht van een vader met diens dochter. De quotatie uit een enkel arrest van het EHRM onderschrijft de premisse van Engelse wetgeving dat in dergelijke litigaties het belang van het kind de ultieme factor is (het zgn. 'paramountcy principle': S. 1 Children Act 1989: '(1) When a court determines any question with respect to (a) the upbringing of a child […] the child's welfare shall be the court's paramount consideration'), en daarmee lijkt de zaak afgehandeld, althans wat betreft de conformiteit aan de eisen van het EVRM. Deze heldere eenvoud verhult niettemin geaccentueerde pijnpunten van het Engelse rechtssysteem. Feit is immers dat niet doorslaggevend is dat ook het EHRM het belang van het kind als ultieme factor in de belangenafweging erkent, doch eerder de vraag met welke exclusiviteit dit criterium dient te gelden. In de Engelse rechtspraak geldt dit beginsel immers niet als louter doorslaggevende overweging in de *eindfase* van de afweging van belangen, doch als normatief *vertrekpunt* (zie nr. 14). De inzet van het principe, dat als het ware als Moloch optreedt, vervormt dus de gehele afweging doordat automatisch wordt voorbijgegaan aan een parallelle articulatie van de rechten van ouders en kind overeenkomstig art. 8 EVRM. Dit is slechts een logisch gevolg van de in de Engelse rechtspraak overheersende (en vanuit de literatuur trouwens terecht gecontesteerde; zie o.a. Fortin 2006, p. 303-304 en de talrijke referenties aldaar) opvatting dat elke beslissing die conformeert aan het 'paramountcy principle' automatisch voldoet aan de voorschriften van art. 8(2) EVRM (vgl. Swindells 2000, p. 62 *et seq.*). Neem daarbij tevens in overweging dat de actuele afhandeling van litigaties met betrekking

Om te eindigen met een positieve noot: deze talrijke juridische nevelsluiers en verwante kunstgrepen laten anderzijds onverlet dat ook uitspraken voorhanden zijn waarin een daadwerkelijke EHRM invloed waarneembaar is. Net als in Nederland lijkt het kernpunt voornamelijk te liggen op het vlak van de interpretatie van de notie 'family life'[214] en met een zeker voorbehoud kan gesteld worden dat ook de evenwichtsoefening tussen privacy en vrijheid van meningsuiting deze weg lijkt op te gaan; immers, na de omzwervingen langs *common law* velden, is een tendens waarneembaar die in het EHRM de nieuwe poolster dienaangaande schijnt te (h)erkennen.[215]

---

omgangsrecht in de laatste jaren behoorlijk onder vuur ligt (zie bij uitstek CASC 2002, p 58-69) en de gebreken daarvan juist in dezelfde periode vanuit principes onttrokken aan EHRM-rechtspraak aan de orde werden gesteld (*Re D (A Child) (Intractable Contact Dispute: Publicity)* alias *F v M (Contact Orders)*, [2004] EWHC 727 (zie voetnoot 215)) en het schijnt duidelijk dat een toevallige omissie van minder binnen het kader passende EHRM-rechtspraak onwaarschijnlijk lijkt.

214 Zie bijvoorbeeld *L Teaching Hospitals NHS Trust v A*, [2003] EWCA 259. *In vitro* fertilisatie met sperma van verkeerde man leidde tot discussie m.b.t. het vaderschap. Alle betrokken partijen claimden de bescherming van art. 8 EVRM. Bijgevolg werd terzake de gevoelige afgrenzing van het concept family-life aansluiting gezocht bij uitspraken van zowel het Europese Hof als de Commissie.

215 Daarnaast kan ook verwezen worden naar *Patel v Pirabakaran*, [2006] EWCA Civ 685 (met betrekking tot evictie door een private verhuurder), nrs. 38-45 waar ten overvloede doch voor het overige in essentie substantieel van aard verwezen werd naar de EHRM beslissing in *Connors v UK* ('From the case of Connors I confidently derive the following: that an interpretation of section 2 of the 1977 Act which prohibits a landlord from exercising – otherwise than by proceedings in court – an alleged right of re-entry upon premises let for use as a dwelling as well as for business purposes is an interpretation which would be compatible with the tenant's rights under article 8; and, by contrast, that the opposite interpretation of it would be incompatible with them'). Zie tevens *Re D (A Child) (Intractable Contact Dispute: Publicity)* alias *F v M (Contact Orders)*, [2004] EWHC 727, een sterk voorbeeld van een uitspraak waar aan EHRM-rechtspraak gerefereerd werd teneinde met verhoogd gezag fundamentele tekortkomingen in de afhandeling van bepaalde (private) litigaties aan te kaarten. (*In casu* was deze uitspraak het eindresultaat van een van dermate Kafkaiaanse allures getuigende procedureslag, dat de eiser alle vertrouwen in het gerechtelijk apparaat verloren had. In empathische bewoordingen verhaalt de zittende rechter hoe recentelijk 'a wholly deserving father left my court in tears having been driven to abandon his battle for contact with his seven year old daughter'. De strijd had vijf jaar geduurd en had daarbij 43 zittingen geleid door 16 verschillende rechters in beslag genomen. De eindzitting zelf was reeds negen maal verdaagd geweest. Schijnbare oefeningen in lethargie hadden gemaakt dat acties zoals betreffende de behandeling van de door de moeder gefingeerde beweringen van huiselijk geweld, het aantrekken van experts evenals het benoemen van een voogd steeds werden uitgesteld. Vooral in de laatste twee jaar was de procedure voor de vader verworden tot 'an exercise in absolute futility'. Terwijl de blaam bij de moeder en de rechterlijke macht lag, kwam de boete te liggen op de vader die zijn initieel contact met de dochter herleid zag tot gesuperviseerd contact, althans tot ook dat onmogelijk werd geacht. Herleiden van contact is immers de standaardprocedure die de Engelse rechterlijke macht bij dergelijke conflicten hanteert. Vanuit deze achtergrond ontwikkelde de uitspraak zich tot een krachtige aanklacht tegen het systeem. Het aangehaalde feitenspel stond immers niet geïsoleerd doch was eerder aan te merken als symptomatisch voor de ontoereikendheid van het gerechtelijk apparaat in deze. Na een visitatie van Engelse bronnen waarin de vinger

7.3 CONCLUSIE

Samengevat gelden fundamentele rechten in horizontale context zelden als element tot convergentie. Zoals uit de rechtspraktijk blijkt zijn naakte grondrechtsnormen daartoe alvast niet autonoom in staat, hetwelk onder meer voortvloeit uit het feit dat ze enerzijds te vaag, te onbepaald zijn en anderzijds meestal in een bepaalde nationale context geprangd zitten die, althans in privaatrechtelijke dimensies, hun werkelijke uitwerking definieert. Meer substantieel is evenwel dat zij, naar uit de studie van de collectie derdenwerkingrechtspraak blijkt, ook niet specifiek als *enabler* tot (mogelijk harmonisatie bewerkstelligende) rechtsvergelijking inspireren, zelfs niet in zogenaamde *hard cases* (slechts speelt daarbij de thematiek, niet de gehanteerde norm).

Wel dient opgemerkt te worden dat potentieel schuilt in de waargenomen oriëntatie op rechtspraak van het EHRM. Echter passen dienaangaande twee sterk relativerende aanmerkingen. In de eerste plaats is dergelijks afhankelijk van de horizontale toepassing van EVRM-normen en daaraan ontbreekt het nu meestal juist: in de meeste landen wordt tot *Drittwirkung* immers zo goed als exclusief de eigen nationale grondrechtscatalogus gehanteerd; Nederland, Engeland en België vormen daarop de exceptie. Ten tweede blijkt het leeuwendeel dezer referenties aan EHRM-rechtspraak van louter formele, gemeenplaatsige aard en dragen deze dus evenmin tot convergentie bij. *Vereinheitlichung* van juridisch Europa middels een via horizontale werking doorgrijpende EHRM-blik betreft dus (vooralsnog) eerder vermogen dan verwezenlijking. Evenwel past daarbij ook nog een positieve noot in die zin dat ook minder rechtane wegen naar Rome leiden: de *privacy*-ontwikkelingen in Engeland, hoewel niet overwegend aan EVRM invloed te danken zoals zo vaak en geëxalteerd wordt beweerd, maken duidelijk dat fundamentele rechten wel als koevoet naartoe een verlangde rechtsalteratie kunnen worden gehanteerd, en waar dit, zoals voor de hand ligt, in de richting van de meer generale stroming geschiedt, wordt convergentie daarmee een indirect teweeggebracht resultaat.

---

evenzeer op de wonde werd gelegd, wordt de juridisch dwingende argumentatie voornamelijk (en bijna uitsluitend) ontleend aan EHRM-rechtspraak: op basis van een tiental arresten (voornamelijk met als centrale boodschap dat het omgangsrecht tussen ouder een kind een uiterst fundamenteel karakter heeft, procedures terzake een bijzonder spoedeisend karakter hebben en de Staat verantwoordelijk is voor daadwerkelijke effectuering) van waaruit *in extenso* geciteerd wordt, klinkt de heldere en dwingend geformuleerde conclusie dat de situatie absoluut onhoudbaar is in het licht van de Straatsburgse opvattingen, en dat bijgevolg de pijnpunten zo snel mogelijk geremedieerd dienen te worden. (De uitspraak eindigt trouwens met enige suggesties aangaande). Zie verder tevens *Re T (Contact: Alienation: Permission to Appeal)* [2002] EWCA Civ 1736, nr. 25).

8 Horizontale werking als *trojan*

The end of the world as we know it. Net als zovele verschijnselen ook een profetie waaraan horizontale werking deelachtig wordt gemaakt. Heden voornamelijk ten goede, eertijds ook ten kwade: *Drittwirkung* zou het einde van autonomie betekenen, de usurpatie van privaat- door publiekrecht en aldus ook de deconstructie van dit eerste in alles behalve naam.

Zover is het nimmer gekomen, derdenwerking is niet 's privaatrecht antichrist noch diens Halley's komeet. Daartoe blijkt *Drittwirkung* binnen de gemiddelde Europese conceptie ook volkomen onvermogend, niet meer dan dienaar als ze overwegend is van een terminologiewissel in het juridische taalspel.

Nochtans schijnt deze vrees nimmer veraf.[1] Elke introductie is en zal anders zijn, en wat de reactie met het nationale rechtssysteem, gevoeligheden en verleden oplevert is somtijds onzeker, zodat dergelijk 'archaïsch' wantrouwen zich ook heden desgevallend nog manifesteert.

Zo onder meer in Zuid-Afrika, waar horizontale werking recentelijk behoorlijk expliciet en – naar constitutionele maatstaven – gezwind ingeschreven werd.[2] Met name werd bezwaar aangetekend tegen de (toenmalig) contemporaine *defamation*-jurisprudentie,[3] de uitspraak van het Supreme Court of Appeal in de zaak *National Media Ltd v Bogoshi* in bijzonder.[4] Hoewel deze officiëel

---

1 Zie bijvoorbeeld Simon 2004, p. 264-265 waar geduid wordt op meer recente exempelen in deze richting in Duitsland, in bijzonder vanwege Diederichsen.

2 Zie hoofdstuk 3, voetnoot 193.

3 Van der Merwe 2000, p. 12-32; Van Zyl 2000, p. 172-174.

4 *National Media Ltd v Bogoshi*, 1998 4 SA 1196 (SCA). De uitspraak bracht een gevoelige wijziging aan in de heersende leer op vlak van *defamation*. Voorheen werd een *strict liability* gehanteerd, wat *de facto* een aanzienlijke druk op de media legde die het bewijs behoorde te leveren dat de gepubliceerde beweringen met de werkelijkheid strookten; sinds *Bogoshi* volstaat, althans onder zekere omstandigheden, dat aannemelijk wordt gemaakt dat, alle omstandigheden van de zaak inacht nemende, het redelijk was het *prima facie* defamatoir materiaal (op de specifieke wijze en tijdstip) te publiceren (een versoepeling ingegeven door het publieke belang van vrije informatiegaring). Merk op dat de critici zich enkel verzetten tegen de in *Bogoshi* gehanteerde methodiek, niet ten aanzien van het bekomen resultaat welk integendeel met instemming onthaald werd (overigens heeft ook het Constitutioneel Hof deze nieuwe leer expliciet bekrachtigd in *Khumalo v Holomisa*, 2002 5 SA 401 (CC) (zie uitvoerig Woolman 2005, p. 43 *et seq.*)). Naast *Bogoshi* verwijst van der Merwe 2000, p. 14 in diezelfde zin naar de uitspraak van Froneman J in *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (EC); Van Schalkwyk J in *Mandela v Felati* 1995 1 SA 251 (W); Cameron J in *Holomisma v Argus Newspapers Ltd* 1996 2 SA 588 (W); Thirion J in *Buthelezi v South African*

geschiedde onder de noemer van ontwikkeling der *common law*,[5] zou het volgens opposanten in realiteit aan (substantiële) sporen daarvan ontbreken[6] en het daarentegen in geheel neerkomen op niet meer dan een 'constitutional argument in drag'.[7] Samengevat zou deze jurisprudentie slechts opgebouwd zijn uit naakte beleidsoverwegingen, edoch netjes ingekaderd binnen een vastgesteld conflict tussen fundamentele rechten.[8] Resultante: desintegratie van de Zuid-Afrikaanse *common law* en op termijn het gehele rechtsstelsel.[9] Al dit geheel dankzij, zoals van der Merwe met *flair* voor lokale gevoeligheid opmerkt, een 'constitutional colonisation of the common law'.[10]

Maar daarbij blijven dralen zou te ver voeren, om nog maar te zwijgen van het onvermogen om in dergelijke aangelegenheden een gefundeerde visie te poneren die voorbij de individuele stemmen uit het Zuid-Afrikaanse debat gaat. Zoals herhaaldelijk aangegeven speelt in een thematiek als deze immers een krachtveld aan onderscheiden factoren die het zuivere recht ver voorbij schieten, laat staan dat zij inzichtelijk zou zijn bij een simpele impressie van *the law in books*. Daarom dienen ook andere interessante allegaties ten aanzien van horizontale werking, zoals het gevaar dat de politieke overheid op deze golf meelift en op het einde van de rit haar greep op private verhoudingen zou hebben versterkt,[11] buiten beschouwing te worden gelaten, geuit als zij worden in Zuid-Amerikaanse periodieken. De comparativist dient zijn beperkingen te kennen.

Die inhibitie is overigens niet lamentabel. Rechtsvergelijking behoort (m.i.) nimmer te worden verheven tot doel op zich maar is slechts functioneel tot

---

Broadcasting Corporation 1997 12 BCLR 1733 (D).

5 Zie in bijzonder 1206B-D *jo.* 1216E-F (waarin Hefer JA, sprekende met instemming van de overige leden van het Supreme Court of Appeal: 'I have not sought to revise the common law conformably to the values of the Interim Constitution; I have done no more than to hold that this court stated a common-law principle wrongly in *Pakendorf*').

6 *Cf.* Van Zyl 2000, p. 173 (Geen enkele referentie aan bronnen van Romeins of Europees *ius commune* m.b.t. *strict liability* en *defamation* door de media; geen poging to vaststelling van de *common law* dogmatiek zoals die bestond voorafgaand aan de autoriteit die in deze herroepen wordt (nl. *Pakendorf v De Flamingh* 1982 3 SA 146 (A)); geen overpeinzingen m.b.t. het Romeinse *iniuria* of het kernconcept van *animus iniuriandi* (zie in detail van der Merwe 2000, p. 16), noch evoluties daaropvolgend).

7 Van der Merwe 2000, p. 21, daaraan overigens gevoegd '(and as we all know, in drag there is always less than meets the eye)'.

8 Van der Merwe 2000, o.a. p. 14, 20 & 27.

9 Van der Merwe 2000, p. 14.

10 Van der Merwe 2000, p. 14.

11 Overigens heeft een gelijksoortig argument ook binnen de Nederlandse traditie opgeld gemaakt: de al te ruime invulling die (directe) horizontale werking aan de exclusieclausule toereiken zou, riskeerde daarmee ook de de werking van de grondrechten tegen de overheid 'boterzacht' te maken en aldus de 'overheidsmacht over individuele mensen in belangrijke mate' te versterken (Leenen 1993, p. 379; vgl. in verwante zin overigens Goldschmidt 1993, p. 1541-1542).

verschaffen van inzicht in en aanscherping van het eigen rechtssysteem.[12] Wat *Drittwirkung* betreft is het evenwel juist de West-Europese *Kreis* die leidt en die het meest uitgekristalliseerde praktijkniveau heeft bereikt, zodat deze bijgevolg ook het meest accuraat eventuele *ad locum* resterende risico's duiden kan.

Grootse verhalen lijken dat alvast niet meer te zijn, de verzwelging van het privaat- in publiekrecht in contemporain Europa is immers illusioneel doemdenken gebleken en zonder noemenswaardige *collegae* achterlatend vervlogen. Maar gevaar schuilt niet slechts in afschrikwekkende Leviathans, het gedijt evenzeer in kleine details die in schaduw en stilte aan 's recht Yggdrasil knagen. Wat *Drittwirkung* betreft gaat het om een drievuldigheid aan factoren welke vrijheid, jurisprudentiële credibiliteit en de autoriteit van fundamentele rechten zelf bedreigen.

8.1 Degeneratie vrijheid

Dialectiek op *speed*: vrijheid is autonomie tot keuze, inhibitie door externe dwang daarvan de antithese, fundamentele rechten een verlossing van dergelijke dwang. Dat was althans de logica die achter de oorspronkelijke grondrechtsdeclaraties schuil ging. Bevrijding van oppressieve Staat en Stand en voor het overige '[une] liberté [qui] consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui',[13] welke limiet ten lande uiteindelijk geïncorporeerd werd onder noemers als openbare orde en goede zeden. *QED*: grondrechten doelen de *vrijheid* van het individu te verzekeren voor zover deze daarbij niet tot al te veel aanstoot aanleiding geeft.

Onder dergelijke noemer kan schijnbaar niet anders dan dat het speelterrein van de Europese *homo ludens* steeds uitgebreid wordt: waar na een langdurige evolutie het perspectief op het dorp als wereld naar de wereld als dorp verlegd is, wordt afwijkend gedrag minder vanzelfsprekend als abject bestempeld. De grafrede voor God, de bevrijding van engchristelijke moraal, pluralisme als gevolge van confrontatie en compromis, het zijn slechts enkele der elementen die veel van de oude 'openbare orde en goede zeden'-restricties obsoleet hebben gemaakt.

En toch heeft dit niet per definitie een verruiming van keuzevrijheid tot gevolg. Wat in de laatste decennia waarneembaar is, is immers een paradigmawissel waarbij bescherming van vrijheid steeds meer ingeruild wordt voor een bescherming van *human dignity*.[14] Hoewel verwant zijn dat allerminst inwisselbare grootheden. Integendeel blijkt menselijke waardigheid zelfs

12 Dergelijke these is niet onbetwist, *cf.* o.a Nelken 2007, p. 12-13; Örücü 2004, p. 33 *et seq.*; vgl. Glenn 2006, p. 58-59.
13 Art. 4 Declaratie 1789.
14 *Cf.* o.a. Edelman 1997, p. 187-188.

instrument tot vrijheidsslechtend paternalisme. Kan een dwerg zijn impediment, dat hem tot vele arbeid verhindert, anderzijds als entertainend curiosum te gelde maken? Op de kermissen van ooit was dat niet meer dan een evidentie, sommigen onder hen haalden daarmee zelfs het witte doek.[15] Heden blijkt dat zelfbeschikkingsrecht wat minder: *human dignity* verhindert de minder rijzige medemens van zijn vrijheid tot professie gebruik te maken en zich overeenkomstig eigen wens tot object in lucratieve werpwedstrijdjes ter beschikking te stellen.[16] De individuele vrijheid neergeslagen kortom, niet in ernst naar het eertijdse criterium van openbare orde en goede zeden[17] d.w.z. wegens aanstoot van in samenleving heersende normen, maar wegens de veel rigidere maatstaf die elkeen een nobel ideaal verordent en al het andere als *Menschliches, Allzumenschliches* verwerpt.[18] Opvoedend paternalisme,[19] *quoi*?

Onder noemer van horizontale werking kan dit paternalisme zich uiteraard niet als dusdanig manifesteren, het geding is in de regel immers ingericht vanuit de optiek van een partij die juist 'educatie' (o.a. bevrijding van grondrecht inperkende verbintenissen) verlangt. In combinatie met een vleugje zwakke partij doctrine heeft dit binnen de derdenwerkingtheorie evenwel vanuit verscheidene hoeken de suggestie gevoed dat elke (inclusief de voorheen volkomen vrijwillig en met kennis van zaken aangegane) prijsgave van individuele fundamentele rechten per definitie verdacht is. Uit oogpunt van *werkelijke* vrijheidsbescherming is dat echter een gevaarlijke denkpiste.

Niet gaat het daarbij eenvoudigweg om het feit dat eenieder louter de vrijheid moet worden gegeven (tijdelijk) van bepaalde vrijheid afstand te doen, zo de desbetreffende dit in zijn belang acht. Hoewel niet onomstreden, is dit

15 *Freaks* (1932) geregisseerd door T. Browning.

16 CE 27 oktober 1995, *D.* 1996, Jur., 177; *idem* United Nations Human Rights Committee, Communication nr. 854/1999: France 26.7.2002, CCPR/C/75/D/854/1999. Illustratief is de commentaar van Lebreton dat de *Conseil d'État* zich hiermee te buiten gaat aan het opleggen van eigen morele opvattingen en niet het handhaven van de maatschappelijk gedeelde moraal (Lebreton 1996, p. 180) evenals een der belangrijkste principes van het Franse recht, nl. dat al wat niet verboden is is toegelaten, hiermee geschonden werd (zie kritisch Edelman 1997, p. 187); overigens is wetenswaardig dat het Administratief Hof van Marseille bij beslissing van 8 oktober 1992 oordeelde geen strijd met de menselijke waardigheid te kunnen vaststellen (aangehaald in voornoemd oordeel der VN-commissie te nr. 2.6).

17 Uiteraard werd dit wel als feitelijke grondslag genoemd, doch naar aard niet nagevolgd.

18 Zoals Martens 2000b, p. 572 opmerkt: 'Il ne s'agit plus de droits reconnus à l'individu mais de droits contre l'individu'. Zie m.b.t. de spanning tussen fundamentele rechten en het concept van menselijke waardigheid verder o.a. Edelman 2002, p. 2349-2352 ('[…] la dignité transmuterait la liberté en son contraire').

19 Merk dienaangaande overigens op dat door de eiser niet enkel een beroep op zijn vrijheid van beroep gedaan werd, doch aangevoerd werd dat waardigheid juist ten dele schuilt in het hebben van een job ('He further states that there is no work for dwarves in France and that his job does not constitute an affront to human dignity since dignity consists in having a job'; oordeel VN-commissie (zie voetnoot 16) te nr. 3).

niet meer dan een logische consequentie van de *fundamental rights* conceptie. Zoals het Arbeidshof van Luik ooit stelde:[20]

> Soulignons enfin que rien dans la loi belge ni dans la Charte des droits de l'homme, n'empêche un citoyen belge de conclure librement une convention par laquelle il restreint volontairement certains de ses droits, en fonction d'un idéal qu'il poursuit ou d'un avantage qu'il désire obtenir, *car il s'agit aussi de l'exercice d'une liberté que ces lois ont eu pour but de promulguer*.

Overigens zou een andere conclusie wel geheel verstrekkende consequenties hebben, diverse aspecten van de menselijke interactie bedreigen en zelfs de Staat in diens geloofwaardigheid aantasten; geen werkgever dan de Staat vergt immers een dermate vergaande opoffering van grondrechten van wie bij haar in bepaalde posities in dienst treden wil.[21]

Wel is de kern van de zaak dat vrijheid niet bestaat noch bestaan kan zonder verantwoordelijkheid.[22] 'Liberty means responsibility; that is why most people dread it'.[23] Zonder verantwoordelijkheid geen keuze, zonder keuze geen vrijheid. Waar al te lichtvaardig overgegaan wordt tot bevrijding van verbintenissen of druk welke mogelijk met fundamentele rechten interfereren, wordt vrijheid uitgehold. Wie zijn woord gegeven heeft moet zich daaraan in beginsel gebonden achten, dat is geen hardvochtige consequentie van *pacta sunt servanda*, maar inherent aan werkelijke vrijheid.[24] En als de overeenkomst niet volmaakt evenwichtig is, welaan *tant pis* dan: '[d]ie freie Entfaltung der Persönlichkeit ist auch die Entfaltung der stärkeren Persönlichkeit',[25] en mocht ze toch de grenzen van het toelaatbare overschrijden en geworteld zijn in het ontbreken van vrijheid hetzij leiden tot disproportionele inperking daarvan dan wordt dat afdoende geduid door inwerkingtreding van de terzake dienende privaatrechtelijke concepten als dwaling, dwang, rechtsmisbruik *etc*. Idem geeft ook geen pas zonder meer verlossing van keuzevrijheid te verlenen, bijvoorbeeld door vrijheidsbezwarende testamentaire condities bij automatisme te verketteren.[26] Het mag dan wel waar zijn dat de begunstigde onder gelding van dergelijke voorwaarden een zekere druk ervaren zal, maar hij is vrij te kiezen. Zijn vermogen daartoe en de last daarvan is zelfs de essentie van zijn vrijheid, welke niet door paternalistische protectie behoort te worden weg-

---

20 Arbh. Luik 27 juni 1974, *J.T.T.* 1974, 217. Mijn cursivering.
21 Vgl. conclusie A-G Dumont in Cass. 2 mei 1969, *R.W.* 1968-69, 1935. Zie tevens Smits 206, p. 20.
22 Zie tevens, specifiek ten aanzien van grondrechten, Hillgruber 1991, p. 85.
23 *Dixit* Bertrand Russel (aangehaald in Mentink 2006, p. 30).
24 In dergelijke zin tevens Gamillscheg 1964, p. 414-415.
25 Zacher 1980, p. 878.
26 Zie aangaande dergelijke condities De Vos 2008, p. 801-825.

gevaagd.[27] *Vous êtes libre, choisissez, c'est-à-dire inventez*.[28] Kortom, gehoed dient te worden voor een exorbitante vrijheidsbescherming daar deze haar ideaal op termijn verteert, ongeacht welke altruïstische motieven daaraan ook ten grondslag liggen. *Todo o mal do mundo vem de nos importarmos uns com os outros, quer para fazer bem, quer para fazer mal*.[29]

8.2 Credibiliteit jurisprudentie

Supra werd reeds de suggestie dat horizontale werking per definitie tot diepzinnigere, doordachtere rechtspraak leiden zou ontkracht, althans bekritiseerd als naïef. Gesteld werd dat fundamentele rechten zelden een heilzaam nieuw licht in privaatrechtelijke rechtsstrijd zullen importeren, noch de afhandeling van deze twisten bespoedigen of de analyse van de wederzijdse belangen intensifiëren. Integendeel schuilt voor jurisprudentie de werkelijke kracht van derdenwerking in het retorisch vermogen van grondrechten, de dekking die zij bieden aan bepaalde voorop vastgestelde keuzen, kortom in hun legitimerende doch geenszins dirigerende kracht.

De kritiek is daarmee echter nog niet ten einde gebracht, soortgelijke conclusie introduceert evenzeer een minder onschuldig franje. Waar fundamentele rechten in privaatrechtelijke litigaties tot motivering een sterk autoritatief vermogen hebben, geldt dit immers ook wanneer het naakte oordeel dat zij dekken in feite contestabel is. Grondrechten lenen zich met andere woorden tot dienst als rookgordijn welk minder onverdachte stimuli, gebrek aan juridische draagkracht en andere rechtszonden zo nodig verheelt. Uit hun gezaghebbende aard zijn deze daartoe niet enkel uitstekend geschikt, zij laten dit ook geheel toe: zoals uit de jurisprudentie blijkt kan een beroep op eenzelfde fundamenteel recht immers de meest diverse, zelfs tegenstrijdige eindoordelen schragen. Daarenboven komt nog dat het in private verhoudingen in de regel om een strijd tussen grondrechten gaat en dus preferentie aan één dezer gegeven dient te worden zonder dat daarvoor scherpe maatstaven (kunnen) worden aangereikt. Dit laatste gaat in de regel immers via de louter privaatrechtelijke tactiek van afweging van belangen, maar dan wel met een grondrechtsaura bekleed, kortom, ingedekt tegen beschuldiging van willekeur. Hoewel, deze dogmatiek van onfeilbaarheid lijkt in de contemporaine maatschappij wel steeds meer van haar pluimen te verliezen, niet meer *in se* vol-

27 *Cf.* Muscheler 1999, p. 152: 'Die moralische "Reinheit" einer personalen Entscheidung wird nicht dadurch befördert, daß man alle "unmoralischen Versuchungen" aus dem Wege räumt. Im Gegenteil: Eine im echten Sinne freie Entscheidung wird dadurch gerade verhindert. Und zudem: Wenn man, wie die Vorinstanzen des vorliegenden Falles, die ganze Nacherbfolge für unwirksam erklärt, wird dadurch die Möglichkeit des Bedachten, sich "kaufen" zu lassen, beseitigt; aber auch diese Möglichkeit ist ein Teil seiner Freiheit'.

28 J.-P. Sartre, *L'existentialisme est un humanisme*.

29 Alberto Caeiro (F. Pessoa), *O Guardador de Rebanhos*, XXXII.

staand tot bevrediging van de mondige burger. Terecht signaleert de *Nota grondrechten in een pluriforme samenleving* vanwege het Nederlandse Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties daaromtrent:[30]

> In een pluriforme samenleving wordt de communicatie rondom de belangenafweging in concrete gevallen van botsende grondrechten van steeds groter belang. Juist in een dergelijke samenleving bestaat de mogelijkheid dat de uitkomst van dergelijke (indirecte) grondrechtelijke belangenafwegingen als minder vanzelfsprekend worden beschouwd. Daarnaast worden kritische geluiden over dergelijke uitkomsten eerder en manifester naar voren gebracht […]. Voorkomen moet worden dat een gebrek aan inzicht in het gewicht van de factoren die bij […] het nemen van een beslissing door de rechter of de Commissie gelijke behandeling (Cgb) een rol spelen de geloofwaardigheid van de (straf)rechtspleging in het geding kunnen brengen.

Kortom, van de rechter wordt dan blijkbaar toch steeds meer dan goochelen met fundamentele rechten verwacht, een teken dat het fundamenteelrechtelijke decor reeds vergeelt, scheuren vertoont. Maar vooralsnog is dat slechts een stigma dat enkel de grote, bij uitstek 'pluriforme' conflicten dekt. Voor het overige staan de zaken er nog minder beladen voor, blijft zelfs dubieuze applicatie van grondrechten soms attractiever dan de meer accurate articulatie die banale belangenjurisprudentie oplevert.[31] En ligt daarmee de weg open tot...

8.3 Devaluatie autoriteit

Slechts wat schaars is, is waardevol. Dat is natuurlijk niet zo. Maar wat fundamentele rechten betreft wel. Waar elk recht, elk belang tot de adelstand wordt verheven, is deze kwalificatie uiteindelijk voor allen inhoudsloos. Die aanmerking is al meermaals gemaakt. Evenwel slechts vanuit het kader der proliferatie der grondrechten: de creatie van steeds nieuwe grondrechten onder druk van

30 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 614, nr. 2, p. 10

31 Zie bijvoorbeeld de illustratie verschaft door G. Samuel m.b.t. een *House of Lords* beslissing omtrent een nimmer meer ontwakende comateuze patiënt: in strijd met verwachtingen werd niet vertrokken vanuit het fundamenteel recht op leven, maar vanuit een analyse van de belangen van het individu waaruit terecht geconcludeerd werd dat deze het best zouden worden gediend door een levensbeëindiging, een oordeel dat hallucinant zou zijn van perspectief van het dogmatische en eenzijdige fundamenteelrechtelijke 'recht op leven' (Samuel 2005b, p. 273; zie evenwel de genuanceerde en tegenstrijdige visie terzake deze problematiek van Maclean 2001, p. 775-794).

steeds nieuwe pressiegroepen ('should trees have standing?')[32] holt de werkelijke grondrechtscatalogus uit.[33]

Hoe substantieel en correct ook, toch neemt deze perceptie maar een deel der aankomende grondrechtsinflatie waar. Niet gaat het daarbij immers slechts om de ontwikkeling van nieuwe grondrechten, doch evenzeer om de oprekking van de bestaande.[34] Daaraan is uiteraard evenzeer de verticale component niet vreemd,[35] maar het is pas in de horizontale dimensie dat haar toekomst schuilt. Is ooit het doel van vrijheid van religie geweest dat zij ongebreideld proselitisme en huiselijk geweld verantwoordt?[36] Dat het recht op familieleven – ontstaan met deportaties en andere familiebreuken uit de oorlogsjaren in het achterhoofd [37]– een man (treffend getypeerd als 'an admitted child molester') het recht verleent inspraak te hebben in de overgave tot adoptie van het kind dat hij had verwekt bij zijn 14-jarige *de facto* stiefdochter?[38] Dat lichamelijke integriteit een vluchtweg tot ontloping van ouderlijke verantwoordelijkheid hoog in het vaandel draagt?[39] Dat het recht op meningsuiting – ooit gegroeid uit censuur en foltering – dwingend legitimeert tot laster,[40] of het

32 *Cf.* C.D. Stone's *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects* (Los Altos: Kaufman 1974); instemmend in termen van fundamentele rechten o.a. Mayer-Tasch 2002, *s.f.* Zie voor enkele andere (bijwijl amusante) Amerikaanse voorbeelden J. Leo, 'A Man's Got a Right to Rights', *U.S. News & World Report*, editie 4 augustus 1997 (o.a. m.b.t. de erkenning van een 'constitutional right to sexual devices made of rubber').

33 Zie o.a. Cliteur 1995, p. 7-31; Cliteur 1996, p. 17-33; Gonçalves 2004, p. 83; Oberdorff 2003, p. 13. Zie tevens o.a. Rivero 1982, p. 522-523.

34 *Cf.* o.a. Fierens & Wéry 2001, p. 84; Gonçalves 2004, p. 83; Van der Wal 2003a, p. 149. Zie tevens o.a. Quane 2006, p. 123.

35 O.a. 'das Reiten im Walde' (BVerfG 6 juni 1989, *NJW* 1989, 2525) als het recht tot autorijden, althans naar mededeling van Hufen 1999, p. 1505 (inbegrepen zelfs het recht duiven te voederen (BVerfG 23 mei 1980, *NJW* 1980, 2572)) evenals Rimanque & Peeters 1982, p. 4 m.b.t. gelijksoortige Belgische cassatierechtspraak (de verplichting tot het dragen veiligheidsgordel als eventuele inbreuk op het recht op privé-leven en soortgelijk de afname van een bloedstaal tot bloedgroepbepaling van een dienstweigeraar).

36 STJ 1 februari 1990 (nr. 078359) (zie hoofdstuk 4, voetnoot 121).

37 *Cf.* o.a. Alkema 1995b, 72; Van Doorn 1996, p. 76.

38 *Re G (Care Proceedings)*, [2004] EWHC 1474. De stiefdochter was *nota bene* tevens zozeer mishandeld dat zij en haar kind door middel van een *Police Protection Order* bij pleegzorg werden ondergebracht. De claim van de vader kon niets meer dan een oponthoud in de procedure bewerkstelligen, de plaatsing van het kind (overeenkomstig de wens van de moeder) bij de reeds gekende adoptieouders was gezien de omstandigheden van het geval immers de eenvoudigweg onvermijdelijke en noodzakelijke uitdraai van de gehele rechtsgang (*per* Mr. Justice Kirkwood, nr. 19). Tot beroep verhinderde dat uiteraard niet, maar het *fundamental rights* argument bracht behoorlijke verwarring teweeg ('I wonder what respect for rights to family life this man perceived to be due to him that could outweigh the outcome for the child and the rights she undoubtedly has. At no significant time in the child's life had this appellant formed family life with her and the background history to the case shows any such was an unreality in the extreme' (*Ibid. dixit* Mr. Justice Kirkwood, nr. 20)).

39 Zie § 4.3 m.b.t. DNA- en bloedtests tot vaststelling vaderschap.

40 Vgl. de jurisprudentie aangehaald onder § 4.1.

recht voor de klas seksuele anekdotes op te rakelen,[41] of middels satellietantenne Turkse voetbalmatchen te ontvangen?[42] Uiteraard, en met hen veel vergelijkbare voorbeelden, niet, maar middels horizontale werking worden dergelijke aanspraken wel dagdagelijkse praktijk. Het is een betreurenswaardige zij het onvermijdelijke evolutie, een consequentie van het succes van derdenwerking en fundamentele rechten in het algemeen.[43] Niets dan erosie en degeneratie kan daarvan het gevolg zijn, vooreerst naar context, gradueel algemeen. Om ten slotte in weldadige ironie te eindigen. En ver is dat niet meer, zoals een reeds uit 2002 daterende Belgische uitspraak, in een *locus classicus* casuspositie m.b.t. de installatie van een schotelantenne, aantoont:[44]

> Daartegenover staan de grondrechten van mede-eigenaars die via televisieprogramma's willen beschermd zien: hun recht op een eigen (inderdaad zeer afgeschermde) privé-levenssfeer; of hun godsdienstbeleving. Er wordt ook geschermd met het recht op 'vrije meningsuiting' via de interactieve TV waar men bijvoorbeeld kan stemmen voor de mooiste, sympathiekste (of – wie weet – intelligentste) miss, politicus of zanger, … telkens m/v. Deze wijze van zogenaamde vrije meningsuiting kan volgens Ons evenwel ook op andere manieren uitgeoefend worden […]. Wanneer men teveel informatie ontvangt, kan men het trouwens toch niet meer verwerken wat dan het recht op gezondheid in gevaar brengt'

En:

> Waar de ene zijn God (goden) wil dienen en diens vertegenwoordigers op aarde wil aanschouwen in collectieve diensten, al dan niet via een uitgestelde uitzending – in het licht van de eeuwigheid heeft dit tijdsverschil toch weinig belang -; zou dit antwoord hierop (dat men dan ook opgenomen videocassettes kan gebruiken), niet opgaan voor verwerende partij. Deze stelt immers dat hij als Duitser vanop zijn vacantieverblijf de meest geactualiseerde beurskoersen bijna in real time moet kunnen raadplegen via gespecialiseerde zenders die hij enkel via satellieten kan ontvangen. Indirect schijnt de verwerende partij zich ook op de godsdienstbeleving te beroepen. Zijn God waaraan hij zich – tot in zijn vacantie toe – wil onderwerpen om hem te dienen, lijkt dan eerder de Mammon te zijn waarvan hij hoopt dat deze hem in dit ondermaanse sneller zal belonen voor zijn aandacht en onderwerping, dan anderen die via een investering in dit leven, een passend rendement in het *Jenzeits* verhopen.

Welluidend en amusant, maar tegelijk één der kleine details die steeds het einde der grote verhalen inluiden. Termijn daarbij de enige grote variabele.

---

41 *Wood v Oldham College*, [2004] EWCA Civ 1833.

42 BayObLG 28 oktober 1994, *NJW* 1995, 337; Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, *WR* 1995 *WR*, nr. 53.

43 Vgl. bijvoorbeeld Kahl 2006, p. 580 waar met betrekking tot de Duitse rechtsleer reeds wordt gerapporteerd van 'Grundrechtsmüdigkeit' en (*per* Lepsius) 'Abstumpfung der Grundrechtsdogmatik'.

44 Vred. Oostende 17 december 2002, *T.G.R.* 2005, afl. 3, 192 *per* De Palmenaer.

Samenvatting

Horizontale werking van fundamentele *casu quo* grondrechten, d.w.z. de werking van deze rechten als dusdanig in verhoudingen tussen particulieren, is een leerstuk dat zich de laatste decennia in steeds toenemende belangstelling en bovenal waardering mag verheugen. Het wordt beschouwd als een uiterst waardevolle, manifest verrijkende en in bijzonder het privaatrecht corrigerende innovatie. In realiteit is het echter, vooral naar praktische uitwerking, een sterk overschat leerstuk.

Een aanzienlijk deel van dit schitterend aura dat haar omkleedt vindt grondslag in het sterk verspreide geloof dat horizontale werking oorspronkelijk slechts ontstaan is uit een noodwendig verlangen privaatrechtelijke lacunes te remediëren of zelfs het civiele recht te corrigeren. In werkelijkheid blijken evengoed andere factoren de haar – naar geldende opinie – genererende jurisprudentie geïnspireerd te hebben, zoals een verlangen middels grondrechtenretoriek de terugkeer van een met totalitaire erfenis belaste natie naartoe de associatie der rechtsstaten te incorporeren of althans te symboliseren. Het is een tactiek die in de Europese historiek meermaals opduikt. Anderzijds overheerst in de landen waar deze achtergrond ontbreekt, een eerder gematigde receptie van het leerstuk, niet zelden gegrond in een *nihil novi sub sole* gevoel, pas in de laatste decennia door een toegenomen, sterk modieus geïnspireerde, opwinding rond al wat grondrechten, en dan veelal de internationale equivalenten daarvan, aangaat, geaccelereerd. Overigens laat zich hier ook makkelijk het beweerd innovatieve karakter van horizontale werking ontmaskeren. Vastgesteld kan immers worden dat niet pas middels deze theorie de fundamentele waarden die deze grondrechten vertegenwoordigen in privaatrechtelijke litigaties gaan doorwerken, maar dit ook lang voorheen, in de regel onder noemer van algemene vrijheden, geschiedde. *In se* is dat niet meer dan logisch: net als in de Constitutie en internationale verdragen zijn ook de privaatrechtelijke bepalingen en de daarin doorwerkende interpretaties uitdrukking van eenzelfde aan het recht ten grondslag liggend waardesysteem, welk in de regel trouwens spoediger en nauwkeuriger in het privaat- dan publiekrecht weergegeven werd. Veel retoriek omtrent horizontale werking komt voort uit de al dan niet bewuste onwil deze *gemeenschappelijke* wortel ook in het privaatrecht te erkennen, evenals een daarmee frequent samenhangende onwetendheid rond de werkelijke stand van privaatrechtelijke rechtspraak vooraleer de gecodificeerde grondrechten daarin hun opwachting maakten. Overigens, indien de genealogie van horizontale werking werkelijk nagespeurd

wordt, dan liggen haar oudste antecedenten niet – zoals bijna algeheel beweerd – in het naoorlogse Duitsland van de vijftiger jaren maar in weinig hemelstormende Zwitserse rechtspraak uit de 19e eeuw, evenals latere evenzeer rustieke Belgische, Franse, onder voorbehoud Nederlandse en zelfs Weimarse exponenten. Wat voorheen vanuit een privaatrechtelijke rechtsopvatting niet meer dan een zekere maar zeker niet grootse vanzelfsprekendheid was kortom, is pas nadien onder doctrinair overijverig enthousiasme en rechtsdogmatische overwegingen tot revolutionair en innovatief principe opgehemeld.

Onder deze doctrinaire huldeblijken schuilen echter meer spanningen en contradicties dan in de regel wordt beseft. Zo wordt instemming met horizontale werking dan wel tot officieus dogma geproclameerd, maar wat onder deze term schuil gaat is veel minder zeker. De divergenties in autonomie van horizontale werking ten overstaan van de haar genererende doch onderscheiden verticale sfeer worden nauwelijks gepercipieerd en veroorzaken incorrecte associaties. Fundamentele rechten vormen *in se* een behoorlijk afgelijnde verzameling, maar kennen in de jurisprudentie soms een verregaande, haast wazige ontwikkeling en stekken ervan worden geënt in de vage grenzen tussen grond- en aanverwante rechten. Doctrinaire beschouwingen nemen zo nodig de vrijheid elke fundamentele waarde tot fundamenteel recht te promoveren en transformeren het vraagstuk van horizontale werking daarmee tot een al overspannend *non-issue*, dat met de vraag naar de noodzaak tot doorwerking van grondrechten niets meer te maken heeft maar integendeel louter aan rechtspolitieke inschaling doet. Werking zelf blijkt evenzeer een extreem rekbaar begrip, waardoor soms blijkbaar niet meer noodwendig schijnt dergelijk effect uit te zuiveren van eenvoudigweg retorische of ornamentele aanwending. Anderzijds bestaat incidenteel dat ook applicatie van fundamenteelrechtelijk geïnspireerde wetgeving onder de noemer van horizontale werking wordt geschaard, een uitermate paradoxaal en misleidend gegeven daar het bestaan van dergelijke wetgeving horizontale aanwending van deze grondrechten in de regel juist overbodig maakt. Als bij vanzelfsprekendheid in deze spraakverwarring is ook de kerndistinctie waaraan horizontale werking onderworpen wordt, namelijk tussen directe en indirecte werking, uitermate diffuus. Waar bijvoorbeeld directe werking in de meest contemporaine doctrine staat voor applicatie van het grondrecht identiek zoals in verticale verhoudingen, dus met inbegrip van de exclusieclausules, staat het voor anderen (meestal publiekrechtelijk geïnspireerde auteurs) voor elke werking waar grondrechten rechtstreeks d.w.z. zonder legislatieve transformatie (doch zonder verdere conditie) worden toegepast, terwijl nog andere auteurs zich van het onderscheid zelfs onbewust lijken en horizontale werking als geheel tot een strikte interpretatie van directe werking herleiden. Gelijkaardige nevelen beheersen uiteraard ook de kwalificatie van indirecte werking welke categorie zich in de literatuur tot de meest vage, soms zelfs verticale presentverklaringen van fundamentele normen uitstrekt. Resultante van dit alles is niet anders dan gefrustreerde communicatie en misleidende beeldvorming. Aldus wordt een bepaalde

uitspraak of zelfs een geheel rechtstelsel door de ene als exponent van directe en door de andere als exponent van indirecte werking voorgesteld, aldus wordt een zekere auteur op basis van hetzelfde fragment nu eens als voorstander van indirecte dan weer als voorstander van directe werking gemarkeerd, aldus wordt in hoofde van een specifiek arrest horizontale werking erkend en ontkend. Tragisch genoeg, en significant voor de kwaliteit van het gehele debat terzake een rechtsfiguur waarvan de analyse nauwlettendheid, nuance en zin voor detail vereist, wordt de realiteit van deze postmoderne conditie onvoldoende ingezien en hypothekeert deze *quasi* inherente vaagheid het verdere debat en de bruikbaarheid van bestaande rechtsliteratuur.

Echter is niet enkel de lading onzeker, maar getuigt ook de in de regel voor horizontale werking aangevoerde grondslag meer van enthousiasme voor het elan van het leerstuk dan interesse voor de werkelijk achterliggende conceptie ervan. Immers wordt meestal volstaan met de vaststelling dat niet enkel de Staat maar evenzeer particulieren een bedreiging voor de fundamentele rechten van het individu kunnen vormen, wordt verwezen naar de grondrechtelijke autoriteit of wordt de grondslag beperkt tot de loutere vaststelling dat deze rechten toch reeds in het privaatrecht doorwerken. Daarmee is echter niets gezegd over het waarom, de noodzaak of de geschiktheid van rechtstreekse applicatie van grondrechten in interprivate verhoudingen. Het voornaamste argument, met name het machtsoverwicht dat in sommige private relaties heerst is bijvoorbeeld niet meer dan een herarticulatie van een basaal en grondleggend gegeven van het privaatrecht zelf, waartoe in deze schoot bijzonder specifieke instrumenten, zoals dwang, dwaling en rechtsmisbruik zijn ontwikkeld waarvan de nauwkeurigheid en hanteerbaarheid deze der voor verticale verhoudingen geschreven fundamentele rechten ver overstijgen. Waartoe hier dan applicatie van fundamentele rechten noodwendig zou zijn en waarom deze een ideaal instrument zouden vormen blijft onuitgesproken. Zelfs zo dit argument inderdaad nog toepassing laat voor een, zij het dan meestal overbodige, indirecte werking, kan het daarenboven voor het overgrote deel der huidige horizontale werking jurisprudentie geen verantwoording verschaffen daar het hierin aan laakbare machtsdisposities ontbreekt of deze juist reeds in voordeel van de superieur spelen. Kortom, het leerstuk is al lang voorbij de bescherming van de zwakke partij (zoals haar oorspronkelijke doelstelling gedefinieerd werd) gegaloppeerd en kan haar begronding hierin niet meer vinden. Wel dient erkend te worden dat deze kwestie steeds meer tot slechts theoretisch pijnpunt verwordt nu actuele Constituties in toenemende mate een al dan niet expliciet verlof tot horizontale werking incorporeren.

Overigens is voor de analyse van de verdienste van het leerstuk belangrijker wat deze horizontale werking nu juist voorstaat. Opvallend is alvast de doctrinaire voorkeur voor slechts indirecte werking. Directe werking wordt onpraktisch, onbevredigend en zelfs nefast voor de kwaliteit van het rechtssysteem bevonden. Eenzelfde voorkeur valt, ondanks een nog steeds voortdurende teneur van pragmatisme en bindingsangst, ook in jurisprudentie te constateren,

welke voor het overige trouwens nogal wat divergenties (in bijzonder naar gehanteerde grondrechtencatalogus) laat zien. Samengevat bekomt de praktische interprivate uitwerking van fundamentele rechten naar deze algemene preferentie geheel relatief want volkomen ontdaan van alle traditionele bagage, zoals de afgrenzing verschaft door de uitzonderingsclausules en de publiekrechtelijke theorievorming daaraan verbonden, *ergo* fungeren de fundamentele rechten nog slechts als belichaming en aldus als niet meer dan loutere kenbron van fundamentele waarden.

Nochtans blijkt de rechtspraak daar op eerste zicht wel nood aan te hebben. In tegenstelling tot de traditionele voorstelling overeenkomstig welke deze exploten slechts een beperkte verzameling van sporadische doch in de regel noodwendig aan grondrechten teruggrijpende rechtspraak vertegenwoordigen zouden, is de collectie immers omvangrijk. Echter, concentratie op problematische casustypen blijkt daaruit niet, wel een impregnatie van het gehele privaatrechtelijke domein zonder onderscheid. Wat overheerst is geen bresdichting of via het loutere privaatrecht onmogelijk te bekomen remediëring van onmachtsposities, zoals aan het leerstuk oorspronkelijk tot doel gesteld, wel formele of zelfs ornamentele referenties aan grondrechten, overigens zonder dat hierin een patroon te herkennen valt. De traditionele privaatrechtelijke oplossingen worden met een blijkbaar gratuite referentie aan grondrechten opgesierd of in deze termen hertaald en voleinden eenvoudigweg in de reguliere, traditionele privaatrechtelijke uitkomst. Dat is het werkelijke beeld dat horizontale werking jurisprudentie overwegend tentoon spreidt.

Verklaring voor dit fenomeen schuilt in de aantrekkingskracht die fundamentele rechten op andere gronden zowel naartoe de advocatuur als de zittende magistratuur uitoefenen. Waar de fundamentele rechten eerstgenoemden eventueel een opluistering van de conclusies verschaffen, de importantie van de in het geding zijnde belangen onderstrepen, andere rechtsprincipes herarticuleren of als *ultimum remedium* vanuit een zwakke procespositie dienen, vinden laatstgenoemden hierin een potentieel welgekomen decoratie, evenzeer een hertaling van ongenoemde belangen, maar in het bijzonder een gezagvolle aankleding van in het kader van open of vage normen neergelegde (en bijgevolg van subjectitiviteit verdachte) oordelen. Betreurenswaardig genoeg wordt dit gegeven in de doctrine onvoldoende herkend, integendeel zelfs een inverse teneur bestendigd. Symptomatisch is de doctrinaire voortvarendheid waarmee uitspraken waarin aan fundamentele rechten wordt gerefereerd *qua* resultaat ook onmiddellijk aan de inwerking hiervan worden toegeschreven; alsof de minder substantiële gebruikswijzen zoals die erkend worden in de toepassing van alle andere rechten (o.a. gebruik ten overvloede of als zuiver ornament) plots niet meer bestaan als het fundamentele rechten betreft.

Resultaat is dat de aan horizontale werking gelieerde verwachtingen nog verder worden opgerekt, terwijl deze reeds in aard overschat worden. Daarbij dient nogmaals benadrukt te worden dat, wegens de voorkeur voor indirecte werking, wat werkt slechts een ontklede versie van het grondrecht betreft en

dit terwijl deze nu dient te ageren binnen een veel complexere verhouding dan de traditioneel verticale waarvoor het geconcipieerd werd (onder andere wegens een veel voorkomende collisie van grondrechten), kortom wat voorstaat is een meer gecompliceerde operatie met beperktere middelen. Desalniettemin zouden de fundamentele rechten bijdragen aan de articulatie van de in het geding zijnde belangen, hetwelk een bevreemdende allegatie is daar ze noodgedwongen dient uit te gaan van ontoereikende intellectuele capaciteit der magistratuur die dan immers niet dan onder expliciete verwijzing de basisprincipes van het recht zelf zou vermogen te onderkennen. Verder zouden ze een oriënterend vermogen hebben, maar die theoretisch plausibele veronderstelling miskent de praktische applicatie van fundamentele rechten in horizontale context waarbij deze zich voornamelijk als blanco normen profileren waarmee de meest uiteenlopende en tegenstrijdige conclusies kunnen worden gerechtvaardigd, en *qua* houvast niet meer bieden dan triviale waardebepalingen. Gesuggereerd wordt tevens dat de horizontale werking een volmaaktere afweging der strijdige belangen opleveren zou, ook hiervan is in praktijk echter weinig te merken; wel kristalliseren zich waardeschalen, maar genese daarvan is onafhankelijk van de fundamentele rechten, deze blijken in de regel slechts overbodige representanten van (enkele der) in het geding zijnde waarden. Afhandeling geschiedt overigens (bijna) steeds via de loutere privaatrechtelijke methodiek waarbij – naar geijkte formulering – in de afweging alle specifieke omstandigheden van het geval in rekening worden genomen, van grondrechten als *trumps* kan dus zeker geen sprake zijn. Onbetwist diepzinnigere argumentatie als gevolg van de invocatie van deze fundamentele rechten blijkt in de rechtspraak evenzeer niet. Ten laatste wordt horizontale werking geprezen als zou het bijdragen aan de bescherming van de zwakkere partij. Afgezien van de vraag of daar binnen contemporain privaatrechtelijk kader nog wel nood aan is, blijkt ook hier de praktische uitwerking van het leerstuk minder subtiel: fundamentele rechten staan niet steeds ten dienste van het zwakkere individu maar kunnen naar het blijkt zelfs op een verdere schending van diens belangen aansturen. Overigens stelt zich in deze een vraag naar de legitimiteit van het rechterlijk oordeel en het leerstuk zelf in zoverre dergelijke inwerking een inbreuk betekenen zou op de integriteit van het privaatrecht alwaar in principe het maatschappelijk gewenste en democratisch bepaalde evenwicht tussen bescherming van de zwakke partij en onverantwoordelijke gedragingen neergelegd is. Samengevat blijkt spijts deze aanspraken dat de bescherming van fundamentele waarden, normen en belangen (behoudens de spreekwoordelijke uitzondering) door horizontale werking niet merkbaar wordt versterkt; wat horizontale werking *in globo* voorstaat is een vruchteloze vlucht in abstracties die zonder toegevoegde waarde slechts nopen naar het reguliere niveau terug te keren.

Onderscheiden van deze meer procedurele verrijkingen zou – het wordt in de doctrine amper opgeworpen – significante meerwaarde van het leerstuk evenwel ook in haar vermogen als middel tot convergentie kunnen schuilen.

Echter is hier de eindbalans evenzeer overwegend teleurstellend. Zoals uit de rechtspraktijk blijkt zijn naakte grondrechtsnormen daartoe immers niet autonoom in staat, hetwelk onder meer voortvloeit uit het feit dat ze enerzijds te vaag, te onbepaald zijn en anderzijds meestal in een bepaalde nationale context geprangd zitten die, althans in privaatrechtelijke dimensies, hun werkelijke uitwerking definieert. Ook fungeren ze niet specifiek als *enabler* tot (harmonisatie bewerkstelligende) rechtsvergelijking, zelfs niet in zogenaamde *hard cases* (slechts speelt daarbij de thematiek, niet de gehanteerde norm). Potentieel zou kunnen schuilen in oriëntatie op EHRM-jurisprudentie, maar dat is vooralsnog sterk hypothetisch daar deze rechtspraak slechts beperkt in horizontale werking jurisprudentie doorsijpelt wegens het feit dat de meeste rechtsstelsels nu eenmaal de voorkeur geven aan de applicatie van de eigen, nationale grondrechtencatalogus boven de Conventie. Daarenboven blijkt het leeuwendeel dezer uiteindelijke referenties aan Straatsburgse rechtspraak van louter formele, clichématige aard te zijn. Kortom, ook in deze optiek is de betekenis van horizontale werking gering.

Ten slotte dient als laatste punt van kritiek opgemerkt te worden dat horizontale werking, al is het effect daarvan dan beperkt, ook geen compleet onschuldige praxis voorstelt. Werkelijke usurpatie van het privaatrecht, het oude doemscenario, dient daarbij weliswaar niet te worden gevreesd, wel een degeneratie van het vrijheidsbegrip zo de 'zwakke partij'-aspiratie zich effectief doorzet (werkelijke vrijheid vereist immers verantwoordelijkheid), een aantasting der (publieke) geloofwaardigheid van jurisprudentie zo deze in toenemende mate met vrij vage grondrechtenretoriek bekleed wordt, en, ten slotte, een devaluatie van de fundamentele rechten zelf, door een steeds verdere, al dan niet gehonoreerde oprekking van deze rechten wegens het regulier triviaal of zelfs absurde beroep erop.

Summary

HORIZONTAL EFFECT OF FUNDAMENTAL RIGHT. A CRITIQUE.

Horizontal effect of fundamental rights, *ergo* the effect of these codified rights *as such* in relations between private parties, is a theory which has received increasing attention and appreciation in recent decades. It is considered an extremely valuable and manifestly enriching innovation correcting private law. In reality, however, its potential is overrated.

Certainly part of this overestimation is caused by the belief that horizontal effect was originally conceived from the pure necessity to remedy gaps or even correct harsh provisions within private law. However, other factors also played a part in the generating case-law, including the desire to bid farewell, symbolically, to a recent totalitarian past. In fact, it is remarkable that this has been a constant element in the rapid emergence of horizontal effect in countries which have had such a history. Countries which lack this background have, instead, shown a rather moderate reception of the theory, often rooted in a *nil novi sub sole* impression, only in recent decades to be accelerated by the fashionable excitement about all things related to fundamental rights. The discrepancy and especially the older scholarly work and case-law in these countries provide a valuable lesson, a reprimand to an over-exaggerated claim of innovation by the concept of horizontal effect, for they prove that long before the breakthrough of horizontal effect, fundamental *values* were taken into account in interprivate relations as well (for example in the form of fundamental *freedoms*). In fact, this is hardly surprising: like constitutions and international fundamental rights declarations, private law provisions as well as their interpretations are exponents of the same scale of values that founds the whole legal system and these values have materialised themselves far more rapidly and accurately in private than public law. Much rhetoric about horizontal effect stems from the disinclination to recognize this common root in private law as well as from a correlated ignorance about the true state of private case-law before fundamental rights made their appearance in it. Moreover, if the genealogy of horizontal effect is really sought, then its oldest antecedents are not to be found in post-war Germany as is generally assumed, but in 19th century Swiss case-law hardly to be called eccentric, as well as in later equally sober Belgian, French and – with reservations – Dutch and even Weimarian decisions. In short, what formerly, within a private law perspective, was taken more or less for granted has only later been extolled, with zealous

scholarly enthusiasm and doctrinal considerations, as a revolutionary and innovative principle.

This often eager scholarly work is in itself worth some further commentary as it conceals more tension and contradiction then is generally realised. Horizontal effect may well be an semi-official dogma, but what this notion stands for is rather indistinct. The factors which drive this ambiguity are numerous. For example, from a comparative perspective, divergences in autonomy of horizontal effect in contrast to the generating though distinct vertical sphere are insufficiently perceived and lead to incorrect associations. Another, more crucial aspect is the cultivated vagueness about the rights which provoke horizontal effect; though fundamental rights constitute a reasonably delimited set *in se*, they sometimes undergo a far-reaching, almost hazy judicial development of which the offshoots are grafted onto the vague boundaries between fundamental and regular rights; scholarly writings take the liberty to promote fundamental *freedoms* and *values* to the status of fundamental *rights* and consequently render the horizontal effect issue meaningless as it has nothing to do any more with the necessity of effect of fundamental rights but solely with juris-political preferences. Also the deemed effect itself is interpreted broadly and often not purged of mere rhetoric or ornamental application of fundamental rights. Incidentally, even application of private law statutes which were designed as an expression of fundamental rights is denominated horizontal effect, an extremely paradoxical and misleading feature since the bare existence of such statutes makes recourse to horizontal effect actually redundant. Even the fundamental distinction within horizontal effect, namely between direct and indirect effect, is diffuse. For example, where direct effect in contemporary scholarly work as a rule stands for the application of fundamental rights in exactly the same way as within the vertical sphere (hence with application of the exclusion clauses), for others (mostly public law scholars) it denotes *every* effect where fundamental rights are applied straightforwardly, i.e. without these having been transformed to private law statutes, while some even seem to be unaware of this distinction and reduce horizontal effect as a whole to a strict interpretation of direct effect. Obviously a similar haziness dominates the notion of indirect effect which certain scholarly writings extend to the most vague, sometimes even solely vertical presence of fundamental norms. This divergence leads to frustrated communication and misleading conceptualization. It causes certain judgements or even whole legal systems to be catalogued as exponents of direct effect by one scholar and of indirect effect by another; it causes a certain author to be marked as advocating indirect effect by one colleague and – on the basis of the same publication – of direct effect by another; it causes a specific judgement to be presented as both containing and lacking horizontal effect. It is regrettable and indicative of the quality of the debate regarding a doctrine of which the analysis requires carefulness, nuance and a sense of detail that this post-

modern condition is insufficiently perceived and consequently mortgages the future debate and the usability of existing scholarly work.

Furthermore, it is not only the content covered by the notion of horizontal effect which is uncertain, but also the foundation of this concept itself. Often scholars limit themselves to the obvious observation that not only the State but also private parties can endanger a person's fundamental rights, refer to the authority that fundamental rights enshrine or simply to the fact that these rights already have infiltrated private law. However, none of these assertions is able to provide the reason or explain the need for or the suitability of immediate application of fundamental rights in interprivate relations. The main argument (i.e. the imbalance of power which dominates certain private relations), for example, is essentially a mere re-articulation of an extremely basic and founding principle of private law itself for which in this framework specific instruments have been developed (e.g. error, coercion, abuse of law) of which the accuracy and applicability manifestly transcend those of the fundamental rights which are essentially developed for application in vertical relations only. Why application of fundamental rights would be necessary or why these would constitute a most fitting instrument remains undeclared. Even though this would still leave room for a (*per se* usually superfluous) indirect effect, it would fail to justify a substantial part of contemporary horizontal effect case-law as these decisions regularly lack the despised imbalance of power or even give way to the superior party. Summarising, one can say that the doctrine has long gone beyond the mere aim of protecting the weaker party and hence can no longer find justification therein. However, it has to be recognised that this question regarding dogmatic foundation is becoming irrelevant as contemporary constitutions increasingly tend to include a (sometimes veiled) permission for or even obligation to horizontal effect.

Moreover, far more important for assessing the impact of horizontal effect is the analysis of its practical repercussions. Significant in this respect is the scholarly preference for indirect effect. Direct effect is considered impractical, unsatisfactory or even detrimental to the quality of the legal system. The same preference, though sometimes obscured by hints of pragmatism and fear of commitment, dominates case-law (which otherwise seems to differ somewhat, among others regarding the catalogue of fundamental rights applied). The consequence of this preference is that the interprivate effect of fundamental rights can in practice only be quite relative as they become disencumbered of all the traditional baggage, like the delimitation provided by exclusion clauses and the public law doctrine attached to them, *ergo* in most cases the fundamental rights will merely function as a simple source of recognition of fundamental values.

Nonetheless, at first sight the judiciary indeed seems to be in need of this inspiration. In contrast with the traditional representation according to which horizontal effect only regards sporadic though necessary recourse to fundamental rights, the case-law collection is quite extensive. However, no concentra-

tion of problematical case-types is to be observed, but rather diffuse impregnation of the whole of private law. What dominates is not *Lückenfüllung* or cases in which remedying of imbalances of power is impossible to attain through private law exclusively, but formal or even ornamental references to fundamental rights (without a pattern being recognizable though); traditional private law solutions often seem to become merely adorned with gratuitous references to fundamental rights or rephrased in this idiom only to result in the regular, traditional private law solutions.

Explanation of this phenomenon resides in the attraction which fundamental rights exert on members of the bar as well as the judiciary. Where, for the former, fundamental rights add lustre to the pleading, emphasise the importance of the interests involved, rearticulate other principles of law or function as *ultimum remedium* for an inferior position in court, for the latter they can provide a welcome embellishment as well as a rephrasing of unnamed interests, but especially an authoritative casting of decisions laid down on the basis of open or vague norms (which are always open to the suspicion of subjectivity). Regrettably, this fact is insufficiently perceived in scholarly works; on the contrary, an opposite tendency is perpetuated. Symptomatic is the scholarly alacrity with which decisions referring to fundamental rights are automatically perceived as a product thereof, in other words as if less substantial influence as it is recognised within the application of other rights (e.g. arguments ad abundance) simply ceases to exist when fundamental rights are under scrutiny.

As a result, the great and exaggerated expectations attached to fundamental rights become even more inflated. Moreover it has to be emphasised again that – on account of the preference for indirect effect – it is only a completely stripped-down version of the fundamental rights which is to take effect and this in situations far more complicated than the traditional ones for which they were designed (e.g. collision of fundamental rights, a complex situation customary within horizontal effect but unthinkable in the vertical sphere). In other words a far more complicated operation with far blunter instruments.

Nonetheless, horizontal effect is claimed to add real value to private law litigation. Firstly, fundamental rights are to be said to improve the articulation of the interest at stake within the litigation. This is a quite remarkable suggestion since it presumes the judiciary to be intellectually challenged as they are assumed only to be capable of recognizing the most fundamental principles of law only if explicit reference is made thereto. Secondly, fundamental rights are said to provide a sense of direction. However, this theoretically plausible assumption neglects the practical horizontal application of fundamental rights in which these rights present themselves especially as open norms which are able to justify deviating or even contradictory conclusions and offer no more purchase than trivial value assessments. Thirdly, it is suggested that horizontal effect would refine the process of balancing of interests, however, thereof is little proof; though a certain hierarchy of values does indeed crystallize, its

genesis is independent of fundamental rights, which generally only function as a representation of (some of) the values involved. Moreover, the settlement of disputes is almost always attained by use of the traditional private law technique according to which all the specific circumstances of the case are taken into account. Consequently, the idea of fundamental rights acting as a trump card does not fit within this framework, while case-law on the other hand does not indicate an indisputably more profound argumentation as a result of the invocation of these rights. Finally, horizontal effect is praised for reinforcing the protection of the weaker party. Leaving aside the question whether contemporary private law is indeed in need of such reinforcement, it should be said that the effect of fundamental rights can actually be less altruistic: fundamental rights do not always serve the interests of the weaker party but can also lead to a further deterioration thereof. Moreover, this argument raises questions regarding the legitimacy of horizontal effect judgements and the doctrine as a whole in as far as such effect would violate the integrity of private law in which the socially desired and democratically determined equilibrium between protection of the weaker party on the one hand and unacceptable behaviour on the other hand has been laid down conscientiously and coercively. Summarising, it seems that despite all these assertions the protection of fundamental values, norms and interests is seldom noticeably increased by horizontal effect; what horizontal effect *in globo* embodies is an unproductive excursion into abstract notions which finally only necessitates falling back on regular private law elaboration without any enrichment having been achieved.

Regardless of these more procedural enrichments, partisans of horizontal effect could also suggest (but rarely do) that significant added value could reside in its ability to converge (European) legal systems. However, in this regard, too, the outcome is disappointing. As case-law illustrates, this cannot be achieved by fundamental rights themselves, as they are too vague, too undetermined and on the other hand are cemented within a specific national context which, at least in their private law dimensions, defines their real outcome. Also they do not really function as enabler of comparative law, not even in so-called hard cases. A certain potential could be assumed in the case of orientation to ECHR case-law. However, this is strongly hypothetical as most case-law prefers to apply the national fundamental rights instead of being guided by the European Convention. Moreover, most references to Strasbourgian case-law seem to be of a formal, clichéd nature. Conclusion: in this regard, too, the significance of horizontal effect is rather limited.

Finally, as a last point of criticism it has to be noted that horizontal effect is not a wholly harmless praxis. We need no longer fear the old doom and gloom scenario which predicted a complete usurpation of private law, but rather a degeneration of the concept of freedom when protection of those who have consciously waived their fundamental rights is overemphasised (as real freedom requires responsibility), corrosion of the credibility of jurisprudence

as it becomes snowed under by hazy fundamental rights rhetoric, and, finally, a devaluation of fundamental rights themselves as they become overplayed because they are invoked habitually, trivially or even quite inappropriately.

Aangehaalde literatuur

Abe & Shiyake 1977:
T. Abe & M. Shiyake, 'Die Entwicklung des japanischen Verfassungsrechts von 1965-1976', (26) *JÖR (NF)* 1977, p. 595-629.

Abraham 1996:
R. Abraham, 'Le Juge administratif français et la Cour de Strasbourg', in: P. Tavernier, *Quelle Europe pour les Droits de l'Homme?*, Brussel: Bruylant 1996, p. 235-247.

Abrantes 2000:
J.J. Abrantes, *Contrat de travail et droits fondamentaux*, Peter Lang: Frankfurt am Main 2000, 225 p.

Adamovich 1971:
L. Adamovich/ L.K. Adamovich jr., *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, Wenen/New York: Springer 1971, 582 p.

Adamovich, Funk & Holzinger 2003:
L.K. Adamovich, B.-C. Funk & G. Holzinger, *Österreichisches Staatsrecht*, III, *Grundrechte*, Wenen: Springer 2003, 343 p.

Adomeit 1994:
K. Adomeit, 'Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild', *NJW* 1994, p. 2467-2469.

Aepli 1980:
V. Aepli, *Grundrechte und Privatrecht* (diss. Fribourg), Hergiswil: IHA 1980, 204 p.

Aguilar Cavallo & Contreras Rojas 2007:
G. Aguilar Cavallo & C. Contreras Rojas, 'El Efecto Horizontal de los Derechos Humanos y su Reconocimiento Expreso en las Relaciones Laborales en Chile', (13) *Ius et Praxis* (Colombia) 2007, p. 205-243.

Akkermans & Koekkoek 1992:
P.W.C. Akkermans & A.K. Koekkoek (red.) *De Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, 1230 p.

Akkermans 1985:
P.W.C. Akkermans, [Noot bij Luchthaven Zuid-Limburg (Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 1984) en Turkse werkneemster (HR 30 maart 1984)], *AA* 1985, p. 276-279.

Akkermans 1987:
P.W.C. Akkermans (red.), *Grondwet. Een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, 1122 p.

Akkermans 1995:
P.W.C. Akkermans, 'Horizontale werking: 'bloed aan het mes'?', in: J.B.J.M. ten Berge *et al.* (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg (Burkens-bundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 51-58.

Akkermans, Bax & Verhey 1999:
P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.M.F, Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, 239 p.

Akrivopoulou 2007:
C. Akrivopoulou, 'Greece. Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights', in: D. Oliver & J. Fedtke (red.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Londen & New York: Routledge-Cavendish 2007, p. 157-179.

Albigès 2004:
C. Albigès, 'Le droit au logement', in: R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche & T. Revet (red.), *Libertés et droits fondamentaux*, Parijs: Dalloz 2004, p. 753-772.

Aldeeb 2003:
S.A. Aldeeb Abu-Sahlieh, 'Faux débat sur l'abattage rituel en Occident – Ignorance des normes juives et musulmanes: le cas de la Suisse', *ZSR (NF)* 2003, p. 247-267.

Aldeeb 2006:
S. Aldeeb, *L'abattage rituel et le droit suisse (Etudes Suisses de Droit Comparé)*, Lausanne: ISDC 2006, 12 p.

Alen 1995:
A. Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne: Kluwer 1995, 889 p.

Alfaro Aguila-Real 1993:
J. Alfaro Aguila-Real, 'Autonomía privada y derechos fundamentales', *ADC* 1993, p. 57-122.

Alkema 1978:
E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten. De invloed van de Europese Conventie op het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 1978, 312 p.

Alkema 1983a:
E.A. Alkema, [noot onder HR 4 juni 1982], *NJ* 1983, p. 32.

Alkema 1983b:
E.A. Alkema, 'Grondrechten – Hoofdstuk I van de nieuwe Grondwet', *NJCM-Bulletin* 1983, p. 204-207.

Alkema 1985:
E.A. Alkema, [noot onder HR 30 maart 1984 (Suikerfeest)], *NJ* 1985, p. 1216-1217.

Alkema 1988:
E.A. Alkema, [noot onder HR 22 januari 1988 (Maimonides)], *NJ* 1988, p. 3061-3062.

Alkema 1990:
E. Alkema, 'The third-party applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights', in: F. Matscher & H. Petzold (red.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Keulen *et al.*: Carl Heymanns 1988, p. 33-45.

Alkema 1994:
E.A. Alkema, [noot onder HR 18 juni 1993 (Aidstest)], *NJ* 1994, p. 1600-1601.

Alkema 1995a:
E.A. Alkema, 'Fundamentele rechten. Nationale en internationale dimensies', in: *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1995), Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 1-129.

Alkema 1995b:
E.A. Alkema, '*De minimis non curat praetor*? Verregaande verfijning in de rechtspraak', in: N.J.H. Huls (red.), *Grenzen aan Mensenrechten*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1995, p. 64-76.

Alkema 2003:
E. Alkema, 'Artikel 1 Grondwet in de Nederlandse constitutionele orde en de relatie met andere internationale gelijkheidsgeboden', in: T. Van Boven (red.), *Het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet: nationale en internationale perspectieven*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2003, p. 8-14.
Alliot 1998:
J. A. Alliot, [noot onder Cass. 18 februari 1998], *JCP* 1998.I.161, p. 1538.
Alpa 1994:
G. Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, Turijn: UTET 1994, 1288 p.
Alpa 2000:
G. Alpa, *Trattato di diritto civile*, I, Milaan: Giuffrè 2000, 1063 p.
Alpa 2005:
G. Alpa, 'Foreign Law in International Legal Practice', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (red.), *Comparative Law before the Courts*, London: BIICL 2005, p. 195-210.
Alzaga Villaamil 1978:
O. Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático la Constitución española de 1978*, Madrid: Ediciones del Foro 1978, 1002 p.
Amelung & Vogenauer 2002:
U. Amelung & S. Vogenauer, 'Schutz vor Presseveröffentlichungen', (10) *ZEuP* 2002, p. 341-364.
Andriantsimbazovina 2001a:
J. Andriantsimbazovina, 'Le Commissaire du Gouvernement près le Conseil d'Etat et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme', *D.* 2001, Chron., p. 1188-1193.
Andriantsimbazovina 2001b:
J. Andriantsimbazovina, '"Savoir n'est rien, imaginer est tout": Libre conversation autour de l'arrêt *Kress* de la Cour européenne des droits de l'homme', *D.* 2001, Chron., p. 2611-2618.
Annus 2004:
T. Annus, *Gouvernance and Law in Transition States* (diss.), *s.l.*: Tartu University Press 2004, 174 p.
Aparicio Pérez 1989:
M.A. Aparicio Pérez, 'La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional', *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1989, nr. 3, p. 47-85.
Aplin 2007:
T. Aplin, 'The Development of the Action for Breach of Confidence in a Post-HRA Era', *I.P.Q.* 2007, p. 19-59.
Araki 2005:
T. Araki, 'Japan', in: R. Blanpain, T. Araki & S. Ouchi (red.), *Labour Law in Motion*, Den Haag: Kluwer 2005, p. 135-156.
Aramendi Sanchez 1999:
P. Aramendi Sanchez, 'Contrato de trabajo: una realidad cambiante y desprotegida', *Jueces para la Democracia* 1999, nr. 46, p. 47-56.

Arden 2004:
Arden LJ, 'The Interpretation of UK Domestic Legislation in the Light of the European Convention on Human Rights Jurisprudence', *Statute Law Review* 2004, p. 165-178.
Atias 1991:
C. Atias, 'La civilisation du droit constitutionnel', *RFDC* 1991, p. 435-438.
Aubert & Mahon 2003:
J.-F. Aubert & P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Schulthess: Zurich/Bâle/Genève 2003, 1515 p.
Aubert 1967:
Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel: Ides et calendes 1967, 784 p.
Aubert 1979:
J.-F. Aubert, 'Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse. Essai de synthèse', in: U. Häfelin, W. Haller & D. Schindler (red.), *Menschenrechte Föderalismus Demokratie (Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi)*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1979, p. 1-31.
Auer, Malinverni & Hottelier 2000:
A. Auer, G. Malinverni & M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, II, Bern: Stæmpfli 2000, 738 p.

Ballarin Iribarren 1988:
J. Ballarin Iribarren, 'Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la "Drittwirkung" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)', *REDC* 1988, p. 283-315.
Bamforth 2001:
N. Bamforth, 'The True "Horizontal Effect" of the Human Rights Act 1998', (117) *L.Q.R.* 2001, p. 34-41.
Banakas 2006:
S. Banakas, 'The Constitutionalisation of Private law in the UK', in: T. Barkhuysen & S. D. Lindenbergh (red.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2006, p. 83-96.
Banaszak 2001:
B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne* (Constitutioneel recht), Warschau: Beck 2001, 708 p.
Barak 1998:
A. Barak, 'Constitutional Human Rights and Private Law', in: A. M. Rabello en P. Sarcevic (red.), *Freedom of Contract and Constitutional Law (Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Ials/Unesco) Held in Jerusalem, September 1994)*, Jerusalem: Hamaccabi Press 1998, p. 105-168.
Barak-Erez & Gilead 2007:
D. Barak-Erez & I. Gilead, 'Israel. Human Rights in Private Law – The Israeli Case', in: D. Oliver & J. Fedtke (red.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Londen & New York: Routledge-Cavendish 2007, p. 252-275.
Barak-Erez 1999a:
D. Barak-Erez, 'Constitutional Limitations on Privatization in Israel', in: A.M. Rabello (red.), *Israeli Reports to the XV International Congress of Comparative Law*,

Jerusalem: The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law 1999, p. 317-332.

Barak-Erez 1999b:
D. Barak-Erez, 'Civil Rights in the Privatized State: A Comparative View', (28) *Anglo-American Law Review* 1999, p. 503-524.

Barber 2003:
N.W. Barber, 'A right to privacy?', *P.L.* 2003, p. 602-610.

Barbier 1969:
P. Barbier, 'L'adhésion, par l'un des époux, à une secte, telle que celle des témoins de Jéhovah, constitue-t-elle une cause de divorce?', *Gaz. Pal.* 1969.2, p. 136-139.

Barbier 1972:
P. Barbier, [noot onder CA Parijs 15 oktober 1971], *Gaz. Pal*. 1971, 1, p. 122-124.

Barendt 2007:
E. Barendt, 'The United States and Canada: State Action, Constitutional Rights and Private Actors', in: D. Oliver & J. Fedtke (red.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Londen & New York: Routledge-Cavendish 2007, p. 399-426.

Barile 1994:
P. Barile, 'Eguaglianza e tutela delle diversità nella Costituzione', *Quaderni Costituzionali* 1994, p. 53-61.

Barroso 2007:
L.R. Barroso, 'Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)', *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* 2007, nr. 9, 40 p. (tevens gepubliceerd in *Revista da Escola Nacional da Magistratura* 2006, nr. 2, p. 26-72).

Bastida Freijedo 2004:
F.J. Bastida Freijedo *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución Española de 1978*, Madrid: Tecnos 2004, 240 p.

Bauer & Mikulaschek 2005:
A.-V. Bauer & C. Mikulaschek, 'Looking Beyond the National Constitution – The Growing Role of Contemporary International Constitutional Law. Reflexions on the First Vienna Workshop on International Constitutional Law', *German Law Journal* 2005, p. 1109-1120.

Bax & Willekens 1981:
M. Bax & H. Willekens, 'Kroniek personen- en familierecht (1979-1980)', *R.W.* 1981-82, kol. 66-103, 159-182 & 226-239.

Begasse de Dhaem 1992:
A. Begasse de Dhaem, 'Le référé préventif et la liberté d'expression', *Act. dr.* 1992, p. 1151-1158.

Beignier & Bléry 2001:
B. Beignier & C. Bléry, 'L'impartialité du juge, entre apparence et réalité, *D.* 2001, Chron., p. 2427-2433.

Beignier 2004:
B. Beignier, 'La protection de la vie privée', in: R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche & T. Revet (red.), *Libertés et droits fondamentaux*, Parijs: Dalloz 2004, p. 171-194.

Beljin 2005:
S. Beljin, 'Bundesverfassungsgericht on the Status of the European Convention of Human Rights and ECHR Decisions in the German Legal Order. Decision of 14 October 2004', *EConstLR* 2005, p. 553-568.

Bell 2002:
J. Bell, 'Comparing Public Law', in: A. Harding & E. Örücü (red.), *Comparative law in the 21st Century*, Londen, Den Haag & New York: Kluwer 2002, p. 235-247.
Bellekom 1983:
T.L. Bellekom, 'Botsing van grondrechten: de vrijheid van meningsuiting contra het gelijkheidsbeginsel', *NJCM-Bulletin* 1983, p. 270-273.
Bénard 2004:
C.-M. Bénard, 'La protection intégrale de la liberté d'association par le juge judiciaire', *D.* 2004, Jur. comm., p. 367-370.
Benda 1966:
E. Benda, *Industrielle Herrschaft und sozialer Staat. Wirtschaftsmacht von Grossunternehmen als gesellschaftliches Problem*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1966, 622 p.
Benda 2005:
E. Benda, 'Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte', *Anwaltsblatt* 2005, p. 602-608.
Bennion 2000:
F. Bennion, 'What Interpretation is "Possible" under Section 3(1) of the Human Rights Act 1998', *P.L.* 2000, p. 77-91.
Bergmann 2004:
J. Bergmann, 'Das Bundesverfassungsgericht in Europa', *EuGRZ* 2004, p. 620-627.
Bergschneider 2001:
L. Bergschneider, 'Zur Inhaltskontrolle bei Eheverträgen', *FamRZ* 2001, p. 1337-1340.
Berka 1990:
W. Berka, 'Der Schutz der freien Meinungsäußerung im Verfassungsrecht und im Zivilrecht', *ZfRV* 1990, p. 35-60.
Berka 2000:
W. Berka, *Lehrbuch Grundrechte*, Wenen: Springer 2000, 247 p.
Besson 1999:
S. Besson, *L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers (Des fondements théoriques au droit privé suisse)*, Fribourg: Éditions Universitaires 1999, 515 p.
Bielefeld 1993:
V. Bielefeld, 'Anbringung einer Parabolantenne – es kommt auf den Einzelfall an', *Wohnungseigentümer* 1993, p. 2-9.
Biesheuvel 1977:
M. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten: te voorzichtige hint aan rechter', *NJCM-Bulletin* 1977, p. 11-16.
Biesheuvel 1981:
M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten', *NJCM-Bulletin* 1981, p. 147-169 & 205-225.
Biesheuvel 1986:
M.B.W. Biesheuvel, 'Burgerlijk recht en grondrechten: '"Een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang"', in: Vereniging voor Burgerlijk Recht (red.), *Burgerlijk recht en grondrechten*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1986, p. 41-63.
Biesheuvel 1995:
M.B.W. Biesheuvel, 'Fundamentele rechten in burgerlijke zaken', *NJB* 1995, p. 822-823.
Bigliazzi Geri 1986:
L. Bigliazzi Geri *et al.*, *Diritto Civile*, I, Turijn: UTET 1986, 960 p.

Bigot 2002:
C. Bigot, 'Du droit à l'image au droit à la dignité', *D.* 2002, Jur. comm., p. 1380-1383.
Bigot 2003:
C. Bigot, [noot onder Cass. 23 april 2003], *D.* 2003, p. 1855-1857.
Bilbao Ubillos 1997:
J. M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Imprenta nacional del Boletín Oficial del Estado 1997, 852 p.
Bin & Pitruzzella 2000:
R. Bin & G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, Turijn: Giappichelli 2004, 543 p.
Bleckmann 1995:
A. Bleckmann, 'Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention', in U. Beyerlin *et al.* (red.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlijn: Springer 1995, p. 309-321.
Böckenförde 1974:
E.-W. Böckenförde, 'Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation', *NJW* 1974, p. 1529-1538.
Böckenförde 2004:
E.-W. Böckenförde, 'Wie werden in Deutschland die Grundrechte im Verfassungsrecht interpretiert?', *EuGRZ* 2004, p. 598-603.
Bodnar 2008:
A. Bodnar, 'Prawo cywilne trzeba doprecyzować', *Gazeta Prawna* (Juridische krant, Polen) 18 maart 2008, *s.f.*
Boesjes 1973:
R. Boesjes, 'De horizontale werking van grondrechten', *NJB* 1973, p. 905-916.
Bon & Moderne 1985:
P. Bon & F. Moderne, 'Espagne (Chronique)', *AIJC* 1985, p. 339-398.
Bon 1985:
P. Bon, 'Le droit de propriété dans les jurisprudences constitutionnelles européennes – Espagne', *AIJC* 1985, p. 239-251.
Bon 1991a:
P. Bon, 'La constitutionnalisation du droit espagnol', *RFDC* 1991, p. 35-54.
Bon 1991b:
F. Bon, 'Les droits et libertés en Espagne. Éléments pour une théorie générale', in D.-G. Lavroff (red.), *10 Ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Parijs: CNRS 1991, p. 35-69.
Bon, Moderne & Soriano 1986:
P. Bon, F. Moderne & J.E. Soriano, 'Espagne – Chronique générale', *AIJC* 1986, p. 325-388.
Borghs 1998:
P. Borghs, *Juridische aspecten van homoseksueel ouderschap*, Gent: Mys & Breesch 1998, 167 p.
Bötticher 1960:
E. Bötticher, 'Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm', (158) *AcP* 1959-60, p. 385-409.

Boukema 1966:
P.J. Boukema, *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland*, Amsterdam: Polak & Van Gennep 1966, 303 p.
Boulart 2003:
S. Boulart, 'De opname van eigen telefoongesprekken: mét of zonder toestemming van de betrokkenen?', *R.W.* 2002-03, p. 1601-1613.
Bradshaw 1999:
B. Bradshaw, 'The Human Rights Bill: Progress through Parliament', in: L. Betten (red.), *The Human Rights Act 1998. What it Means. The Incorporation of the European Convention on Human Rights into the Legal Order of the United Kingdom*, Den Haag *et al.*: Martinus Nijhoff 1999, p. 57-64.
Brage Camazano 2006:
J. Brage Camazano, 'The Limits to the Fundamental Rights in Spain', (54) *JÖR (NF)* 2006, p. 541-567.
Braun 2004:
S. Braun, 'Von den Nahbereichspersonen bis zu den Arbeitnehmern als Bürgen: Ein Überblick über die Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften', *JURA* 2004, p. 474-479.
Brazell 2005:
L. Brazell, 'Confidence, Privacy and Human Rights: English Law in the Twenty-First Century', *E.I.P.R.* 2005, p. 405-411.
Brecher 1965:
F. Brecher, 'Grundrechte im Betrieb', in: R. Dietz & H. Hübner (red.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70 Geburtstag*, I, Munchen/Berlijn: Beck 1965, p. 29-54.
Brenet 2003:
F. Brenet, 'La notion de liberté fondamentale au sens de l' article L. 521-2 du CJA', *RD Publ*. 2003, p. 1535-1579.
Breuer 2005:
M. Breuer, 'Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast du's mit Straßburg?', *NVwZ* 2005, p. 412-414.
Brewaeys & Voorhoof 1991:
E. Brewaeys & D. Voorhoof, 'Het rechterlijk uitzendverbod van (een deel van) een TV-programma en de pers- en expressievrijheid', *T.B.B.R.* 1991, p. 197-222.
Brewaeys 2000:
E. Brewaeys, [noot onder Cass. 29 juni 2000], *A&M* 2000, p. 448-450.
Brewer-Carías 2008:
A.R. Brewer-Carías, 'Judicial Review and Amparo Proceeding in Latin America. A General Overview', ongepubliceerd 2008, 66 p.
Brijs 1999:
S. Brijs, 'DNA-onderzoek in afstammingsgeschillen: wie weigert heeft (meestal) ongelijk', *R. Cass.* 1999, p. 175-196.
Broekhuijsen-Molenaar 1998:
A. Broekhuijsen-Molenaar, [Commentaar art. 266], in: J.H. Nieuwenhuis *et al.* (red.), *Tekst en Commentaar Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 319-320.
Broekhuijsen-Molenaar 1999:
A. Broekhuijsen-Molenaar, 'Geoorloofdheid van draagmoederschap naar Nederlands (wenselijk) recht', in: K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van*

het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 33-44.

Brouwer & Schilder 2004:
J.G Brouwer & A.E. Schilder, [noot onder EHRM 6 mei 2003 (Appleby v Verenigd Koninkrijk)], *AB* 2004, p. 319.

Brüggemeier 2006:
G. Brüggemeier, 'Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective', in T. Barkhuysen & S. D. Lindenbergh (red.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden: Martinus Nijhoff 2006, p. 59-82.

Bruinsma 1992:
F. Bruinsma, 'Verantwoordelijkheid: een zaak voor de jurist of de gedragswetenschapper?', *Nemesis* 1992, nr. 2, p. 31-32.

Bruneau 2005:
L. Bruneau, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant* (diss. U. Toulouse), *s.l.*: *s.i.* 2005, 526 p.

Bruning 2001:
M.R. Bruning, *Rechtvaardiging van kinderbescherming (naar een nieuw maatregelenpakket na honderd jaar kinderbescherming)* (diss.), *s.l.*: *s.i.* 2001, 397 p.

Brunner 1994:
C.J.H. Brunner, [noot onder HR 18 juni 1993], *NJ* 1994, p. 1601-1603.

Brunner 1999:
C.J.H. Brunner, [noot onder Hoge Raad 21 februari 1997], *NJ* 1999, p. 145.

Bryde 2007:
B.-O. Bryde, 'Fundamental Rights as Guidelines and Inspiration: German Constitutionalism in International Perspective', (25) *Wisconsin International Law Journal* 2007, p. 189-208.

Bucher 1987a:
E. Bucher, 'Drittwirkung der Grundrechte? – Überlegungen zu "Streikrecht" und "Drittwirkung" i. S. von BGE 111 II 245-259', *SJZ* 1987, p. 37-47.

Bucher 1987b:
E. Bucher, 'Gibt es ein verfassungsmässiges "Streikrecht" und lässt sich diese Vorstellung ins Privatrecht übertragen?', *Recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis)* 1987, p. 9-18.

Burgelin & Lalardrie 1998:
J.-F. Burgelin & A. Lalardrie, 'L'application de la Convention par le juge judiciaire français', in: L.E. Pettiti (pass. red.), *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Brussel: Bruylant/Nemesis 1998, p. 145-163.

Burgelin 2004:
J.-F. Burgelin, 'La paille et la poutre', *D.* 2004, Chron., p. 1249-1252.

Burgelin 2005:
J.-F. Burgelin, 'De la liberté d'expression', *D.* 2005, Tribune, p. 97.

Burkens 1976:
M.C. Burkens, 'Grondrechten in een nieuwe grondwet', *NJB* 1976, p. 701-716.

Burkens 1989:
M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, 238 p.

Burkens 1996:
M.C. Burkens, 'De meerwaarde van nationale grondrechten', in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings (red.), *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 11-25.
Butler 1993:
A.S. Butler, 'Constitutional Rights in Private Litigation: A Critique and Comparative Analysis', (22) *Anglo-American Law Review* 1993, p. 1-41.
Buxton 2000:
R. Buxton, 'The Human Rights Act and Private Law', *L.Q.R.* 2000, p. 48-65.
Bydlinski 1965:
F. Bydlinski, 'Die Grundrechte in relation zur richterlichen Gewalt', *ÖRiZ* 1965, p. 67-85.
Bydlinski 1961:
F. Bydlinski, *Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht* (*Gutachten für den 1. österreichischen Juristentag*) in reeks *Verhandlungen des österreichischen Juristentages*, Band I/1, Wenen: Manz'sche 1961, 163 p.
Bydlinski 1962/63:
F. Bydlinski, 'Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht', (12) *ZÖR (NF)* 1962-63, p. 423-460.
Bydlinski 1994:
F. Bydlinski, 'Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht', (194) *AcP* 1994, p. 319-351.
Bydlinski 2000:
F. Bydlinski, 'Das Kind als schadensursache im Österreichischen Recht', in: U. Magnus & J. Spier (red.), *European Tort Law (Liber amicorum for Helmut Koziol)*, Frankfurt am Main *et al.*: Peter Lang 2000, p. 29-66.

Calero 1998:
J.M.R. Calero, *La creación judicial del derecho en la colisión entre derechos fundamentales* (diss. Universidad de la Laguna (Spanje)), *s.l.:s.i* 1998, 478 p.
Calvo Gallego 1995:
F. J. Calvo Gallego, *Contrato de trabajo y libertad ideológica*, Madrid: CES 1995, 295 p.
Camastral 1996:
C. Camastral, *Grundrechte im Arbeitsverhältnis*, Zürich: Rüegger 1996, 229 p.
Cameron 1997:
I. Cameron, 'Protection of Constitutional Rights in Sweden', *P.L.* 1997, p. 488-512.
Camilo de Oliveira 2007:
R. Camilo de Olivera, 'The Balancing of Values and the Compromising of the Guarantee of Fundamental Rights', paper VIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law (2007).
Canaris 1984:
C.-W. Canaris, 'Grundrechte und Privatrecht', (184) *AcP* 1984, p. 201-246.
Canaris 1985:
C.-W. Canaris, 'Erwiderung', (185) *AcP* 1985, p. 9-12.
Canaris 1989:
C.-W. Canaris, 'Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts', *JuS* 1989, p. 161-172.

Canaris 1999:
C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht – Eine Zwischenbilanz*, Berlijn: Walter de Gruyter 1999, 98 p.
Cane 2004:
P. Cane, 'Church, State and Human Rights: are Parish Councils Public Authorities', *L.Q.R.* 2004, p. 41-48.
Canivet 2005:
G. Canivet, 'The Use of Comparative Law Before the French Private Law Courts', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (red.), *Comparative Law before the Courts*, London: BIICL 2005, p. 181-194.
Canotilho & Moreira 1993:
J.J.G. Canotilho & V. Moreira, *Constituição de República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editoria 1993, 1135 p.
Cappel 2006:
C. Cappel, 'Anachronismus einer "Drittwirkung"- Das kognitivistische Konzept Karl-Heinz Ladeurs und die Matrix Gunther Teubners im grundrechtstheoretischen Spannungsfeld', *Ancilla Iuris* 2006, p. 41-53.
Carbonell 2004:
M. Carbonell, 'Recensión' (bespreking van: E. Carpio Marcos, *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*, Lima: Palestra Editores 2004, 166 p.), (10) *Ius et Praxis* (Colombia) 2004, p. 409-417.
Carboni 2006:
A. Carboni, 'Privacy Law from Prince Albert's Etchings to Prince Charles' Journals', Paper ITMA Conference maart 2006, *s.f.*.
Carbonnier 1969:
J. Carbonnier, [noot onder CA Nîmes 10 juni 1967], *D.* 1969, Jur., p. 368-370.
Caro Muñoz & Cueva Puente 2006:
A.I. Caro Muñoz & C. Cueva Puente, 'Multiculturalismo y contrato de trabajo. Algunos desafios de la integración laboral de los extranjeros en España', *Revista Jurídica de Castilla y León* 2006, nr. 9, p. 228-282.
Caron 2003:
C. Caron, [noot onder TGI Parijs 9 december 2002], *D.* 2003, Comm., p. 1716-1718.
Caron 2004:
C. Caron, [noot onder Cass. 9 juli 2003], *D.* 2004, Somm. comm., p. 1634.
CASC 2002:
CASC (Children Act Sub-Committe), *Making Contact Work*, *s.l*:*s.i* 2002, 145 p.
Castro 2003:
C.R.S. Castro, 'Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas', in: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas (red.), *Cadernos de Soluções Constitucionais*, volume 1, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32-47.
Cédras 2004:
J. Cédras, 'Liberté, égalité, contrat. Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation', in: Cour de Cassation (red.), *Rapport de la Cour de cassation 2003*, Parijs: La documentation française 2004, p. 186-204.
Celano 2004:
B. Celano, 'Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione', in: P. Comanducci & R. Guastini (red.), *Analisi e diritto*, Turijn: Giappichelli 2004, p. 53-74.

Ceuleers 1994:
J. Ceuleers, 'Kan de rechter in kort geding preventief ingrijpen in een voorgenomen televisieuitzending?', *R.W.* 1993-94, p. 620-621.
Chabas 2000:
F. Chabas, [noot onder Cass. 17 november 2000], *JCP* 2000.II.10438, p. 2309-2312.
Champeil-Desplats 1995:
V. Champeil-Desplats, 'La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français', *D.* 1995, Chron. 323-329.
Chandran 1999:
P. Chandran, *A Guide to the Human Rights Act 1998*, Londen *et al.*: Butterworths 1999, 174 p.
Cheadle & Davis 1997:
H. Cheadle & D. Davis 'The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere', (13) *SAJHR* 1997, p. 44-66.
Cheadle 2005:
H. Cheadle, 'Third Party Effect in the South African Constitution', in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 55-78.
Chemerinsky 1985:
E. Chemerinsky, 'Rethinking State Action', (80) *Northwestern University Law Review* 1985, p. 503-557.
Cherednychenko 2004:
O. Cherednychenko, 'The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?', 8.1 *EJCL* 2004, *s.f.*
Cherednychenko 2006:
O. Cherednychenko, 'Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, p. 195-218.
Cherednychenko 2007:
O. Cherednychenko, 'The Harmonisation of Contract Law in Europe by Means of the Horizontal Effect of Fundamental Rights?', *Erasmus Law Review* 2007, p. 37-57.
Cherednychenko 2007:
O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss.), *s.l.*: *s.i.* 2007, 575 p.
Chirwa 2004:
D.M. Chirwa, 'The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights', (5) *Melbourne Journal of International Law* 2004, nr. 1, *s.f.*
Christoffersen 2007:
J. Christoffersen, 'Denmark, Drittwirkung and Conflicting Rights – Viewed from National and International Perspectives', in: D. Oliver & J. Fedtke (red.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Londen & New York: Routledge-Cavendish 2007, p. 27-62.
Ciacchi 2005:
A.C. Ciacchi, 'Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships', *European Review of Private Law* 2005, p. 258-308.

Ciacchi 2006a:
A.C. Ciacchi, 'The Constitutionalisation of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice', *European Review of Contract Law* 2006, p. 167-180.
Ciacchi 2006b:
A.C. Ciacchi, 'Jenseits der "Drittwirkung": Grundrechte, Privatrecht und Judicial Governance in Europa', in: A. Furrer (red.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern: Stämpfli 2006, p. 231-248.
Ciacchi 2007:
A.C. Ciacchi, 'Horizontal Effect of Fundamental Righst, Privacy and Social Justice', in: K. Ziegler (red.), *Human Rights and Private Law: Privacy*, Oxford: Hart 2007, p. 53-64.
Cifuentes Muñoz 1998:
E. Cifuentes Muñoz, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, (reeks: *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, nr. 27), Mexico: UNAM 1998, 60 p.
Clapham 1993:
A. Clapham, 'The "Drittwirkung" of the Convention', in: R. St. J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/Londen: Martinus Nijhoff 1993, p. 163-206.
Classen 1997:
C. D. Classen, 'Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts', 122 *AöR* 1997, p. 66-107.
Clayton 2004:
R. Clayton, 'Judicial deference and "democratic dialogue": the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998', *P.L.* 2004, p. 33-47.
Cliteur 1995:
P.B. Cliteur, 'De dreigende proliferatie van mensenrechten', in: N.J.H. Huls (red.), *Grenzen aan Mensenrechten*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1995, p. 7-31.
Cliteur 1996:
P.B. Cliteur, 'Waardoor worden de rechten van de mens het meest bedreigd: door utopisme of door cynisme?', in: K. Groenveld (red.), *Proliferatie van mensenrechten*, 's-Gravenhage: Prof. Mr. B.M. Teldersstichting 1996, p. 17-33.
Cluysenaer 1961:
J.L.H. Cluysenaer, 'De betekenis van sociale grondrechten', *SMA* 1961, p. 235-239.
Coad 2001:
J. Coad, 'Privacy – Article 8. Who needs it?', *Entertainment Law Review* 2001, p. 226-233.
Coene 1982:
M. Coene, 'Grondrechten en testeervrijheid', in K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 311-339.
Cohen Jehoram 2005:
H. Cohen Jehoram, 'Auteursrecht en expressievrijheid, misbruik van recht en standaardchicane, Nederlandse en Amerikaanse benaderingen', *A&M* 2005, p. 24-31.
Cohen Jehoram 2006:
H. Cohen Jehoram, 'De Nederlandse Hoge Raad erkent auteursrecht op een parfumgeur – De "Vliegende Hollander": volle zeilen, geen anker', *A&M* 2006, p. 331-333.

Cohen-Eliya 2004:
M. Cohen-Eliya, 'Discrimination against Arabs in Israel in Public Accomodations', (36) *International Law and Politics* 2004, p. 717-748.
Cohen-Jonathan 1989:
G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille/Parijs: Economica 1989, 616 p.
Coing 1947:
H. Coing, 'Das Grundrecht der Menschenwürde, der strafrechtliche Schutz der Menslichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts', *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1947, kol. 641-645.
Coing 1954:
H. Coing, [noot onder BGH 25 mei 1954], *JZ* 1954, p. 700.
Coing 1958:
H. Coing, 'Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes', *JZ* 1958, p. 558-560.
Colaes 1982:
J. Colaes, 'Derdenwerking van grondrechten in private rechtsverhoudingen waarbij groeperingen betrokken zijn', in K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 243-277.
Collins 2006:
H. Collins, 'The Protection of Civil Liberties in the Workplace', *M.L.R.* 2006, p. 619-631.
Comandé 2005:
G. Comandé, 'Towards a Global Model for Adjudicating Personal Injury Damages: Bridging Europe and the United States', *Temple International and Comparative Law Journal* 2005, p. 241-349.
Commissie Institutionele Aangelegenheden 2007:
Ontwerp van verklaring tot herziening van de Grondwet – Verslag namens de Commissie voor de Institutionele Aangelegenheden uitgebracht door de heren Wille en Delpérée, *Parl. St.* Senaat (België) 2006-2007, nr. 3-2377/3, 92 p.
Commissie Justitie 1998:
Wetsvoorstel betreffende het samenlevingscontract. Wetsvoorstel ter bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht en seksuele of relationele voorkeur. Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek, tot opheffing van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding – Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door de heren Vandenbossche en Lozie, *Parl. St.* Kamer (België) 1995-1996, nr. 170/8, 15 p.
Correia 2004:
V. C. Correia, '*Wrongful life action*: comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001', *Lex Medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Medicina* 2004, p. 125-131.
Costa 1986:
J.-P. Costa, *Les libertés publiques en France et dans le Monde*, Parijs: STH 1986, 271 p.
Costaz 1995:
C. Costaz, 'Le droit à l'oubli', *Gaz. Pal.* 1995, nr. 207-208, p. 2-11.

Cotino Hueso 2007:
L. Cotino Hueso, *Derecho constitucional II, Derechos fundamentales*, Materiales docentes de innovación educative, Valencia: Publicaciones de la Universidad de Valencia 2007, 525 p.

Cottier & Aldeeb 2001:
B. Cottier & S.A. Aldeeb Abu-Sahlieh, *Avis sur l'étourdissement des animaux avant leur abattage*, Advies Institut suisse de droit comparé nr. 01-162, Lausanne: ISDC 2001, 13 p.

Coussirat-Coustère 1992:
V. Coussirat-Coustère, 'Convention européenne des droits de l'homme et droit interne: primauté et effet direct', in: L.-E. Pettiti *et al.* (red.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel: Nemesis 1992, p. 11-23.

Craig 2001:
P. Craig, 'The Courts, the Human Rights Act and Judicial Review', (117) *L.Q.R.* 2001, p. 589-603.

Craig 2002:
P. Craig, 'Contracting Out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review', *L.Q.R.* 2002, p. 551-568.

Cremer 2004:
H.-J. Cremer, 'Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen. Anmerkung zum Görgülü-Beschluss des BVerfG vom 14.10.2004', *EuGRZ* 2004, p. 683-700.

Da Silva 2005:
V.A. da Silva, 'Direitos fundamentais e relações entre particulares', *Revista Direito GV* (Brazilië) 2005, p. 173-180.

Damas 2004:
N. Damas, 'Vers un principe de laïcité contractuelle?', *D.* 2004, Somm., p. 844-845.

Dambre 1995:
M. Dambre, 'De (relatieve) doorwerking van het grondrecht op wonen in de rechtspraktijk, inzonderheid in de jurisprudentie in België', in B. Hubeau & R. de Lange (red.), *Het grondrecht op wonen: de grondwettelijke erkenning van het recht op huisvesting in Nederland en België*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1995, p. 105-112.

Dambre 1997:
M. Dambre, 'Kan het grondrecht op behoorlijke huisvesting de rechtspositie van de kansarme huurder beïnvloeden?', in Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (red.), *Arm Recht? Kansarmoede en Recht*, Antwerpen/Apeldoorn/Leuven: Maklu/Garant 1997, p. 239-262.

Dauner-Lieb 2001:
B. Dauner-Lieb, 'Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht', (201) *AcP* 2001, p. 295-332.

De Bellescize 2005:
D. de Bellescize, 'La France et l'article 10 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme', *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 2005, p. 225-266.

De Bock 1996:
R. de Bock, 'Hoge Raad over perspublikaties: van belangenafweging naar grondrechtenbotsing', *Mediaforum* 1996, p. 56-60.

De Bock 2004:
F. De Bock, 'Telefacts-uitzending "Ik wil aids", of hoe sensatiezucht de media monddood kan maken', *A&M* 2004, p. 75-79.

De Boeck 2003:
A. De Boeck, 'Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?', in X. (red.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2003, p. 413-444.

De Boer 1993:
J. de Boer, 'Boekbespreking' (bespreking van: L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in bijzonder van het recht op privacy* (Diss.), Zwolle: Tjeenk Willink 1992), *NJB* 1993, p. 178-180.

De Boer 1996:
J. de Boer, [noot onder HR 15 november 1996], *NJ* 1997, p. 2290-2291.

De Boer 2005:
J. de Boer, [noot onder EHRM 13 juli 2004], *NJ* 2005, p. 508.

De Brabandere 1990:
J. De Brabandere, 'Enkele recente ontwikkelingen in de rechtspraak van de Raad van State (in verband met de rechten en de plichten van het overheidspersoneel)', *T. Gem* 1990, p. 251-275.

De Corte 2003:
R. de Corte, 'De achterkant van privacy', *NJWbl.* 2003, p. 798-810.

De Domingo 2002:
T. de Domingo, 'El problema de la "Drittwirkung" de los derechos fundamentales: Una aproximación desde la filosofía del derecho', *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)* 2002, p. 251-289.

De Fontbressin 1995:
P. De Fontbressin, 'L'effet horizontal de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et l'avenir du droit des obligations', in M.-A. Eissen (pass. red.), *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Brussel: Bruylant *et* Parijs: LGDJ 1995, p. 157-164.

De Gaay Fortman 1982:
W.F. de Gaay Fortman, 'Boekbespreking' (bespreking van: E.A. Alkema, *Studies over Europese Grondrechten* (diss.), Deventer: Kluwer 1978), *RM Themis* 1982, p. 390-395.

De Graaf & De Haas 1984:
F. De Graaf & M.J.O.M. De Haas, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk', *NJB* 1984, p. 1353-1358.

De Jonge 1997:
E.J. de Jonge, 'Gescheiden werelden? Een beschouwing over de ontwikkeling in het denken over grondrechten en zelfregulering', in: H.R.B.M. Kummeling & S.C. van Bijsterveld (red.), *Grondrechten en zelfregulering*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 11-29.

De Jonghe 1977:
J. De Jonghe, 'Het statuut van het onderwijzend personeel van het vrij onderwijs en het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens', *R.W.* 1976-77, kol. 1254-1256.

De Lamy 1997:
B. de Lamy, [noot onder Cass. 6 maart 1996], *D.* 1997, Jur., p. 167-169.

De Lange 1994a:
R. De Lange, *Botsing van grondrechten voor de rechter*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, 52 p.

De Lange 1994b:
R. De Lange, 'Botsing van grondrechten: wat moet de rechter doen?', in: S. Parmentier (red.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent: Mys & Breesch 1994, p. 257-287.

De Leval 1995:
G. de Leval, 'La justice civile et la presse', in: X (red.), *Justitie en Media. Referaten van het Colloquium (georganiseerd door de Senaatscommissie van Justitie 7-8-9 december 1995)*, *s.l.*: *s.i.* [1995], p. 101-119.

De Liedekerke 1959:
J. De Liedekerke, 'La protection de la personnalité, en droit privé belge', *J.T.* 1959, p. 413-416.

De Ly 1992:
F. De Ly, 'Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht', *R.W.* 1991-92, p. 1141-1160.

De Meij 1991a:
J.M. de Meij, 'Van Maarseveen en de grondrechten: een gevaarlijke visie', *NJB* 1991, p. 1379.

De Meij 1991b:
J.M. De Meij, 'Nogmaals: Van Maarseveen en de grondrechten', *NJB* 1991, p. 1631-1632.

De Meij *et al.* 2000:
J.M. De Meij, A.W. Hins, A.J. Nieuwenhuis & G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinckel 2000, 359 p.

De Meuter 1991:
S. De Meuter, 'Wrongful life – Wrongful birth – Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen – theoretisch raamwerk – proeve van probleemoplossing', in: *Liber Amicorum Prof. E. Krings*, Gent: Story-Scientia 1991, p. 61-74.

De Meyer 1974:
J. De Meyer, 'Preadvies' [Het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, van de woning en van mededelingen in de betrekkingen tussen particulieren en de verplichtingen die daaruit voortvloeien voor de Staten die partij zijn bij het verdrag], in X. (red.), *Privacy en rechten van de mens. Handelingen van het Derde Internationaal Colloquium over het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens*, Leuven: Acco 1974, p. 251-271 (gevolgd door mondelinge toelichting p. 272-278). Tevens verschenen als 'Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications dans les relations entre personnes privées et les obligations qui en résultent pour les États parties a la Convention', in: *Vie privé et Droits de l'Homme*, Brussel: Bruylant 1973, p. 363-386.

De Meyer 1979:
J. De Meyer, [noot onder Rb. Antwerpen (kg.) 13 april 1979], *R.W.* 1978-79, kol. 2827-2828.

De Meyer 1994:
J. De Meyer, 'De letter en de geest. De formulering van grondrechten', in: K. Rimanque *et al.* (red.), *Mensenrechten. Jaarboek 1993 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen & Apeldoorn: Maklu 1994, p. 165-179.

De Paiva Medeiros de Oliveira 2005:
F. De Paiva Medeiros de Oliveira, El acoso laboral (diss. U Valencuia), Valencia: *s.i.* 2005, 720 p.

De Prins 2001:
D. De Prins, 'De burgerlijke rechter en de persvrijheid', *R.W.* 2000-2001, p. 1445-1456.

De Roos 1992:
Th. de Roos, 'Prima vonnissen, maar geen "gidsuitspraken"', *Nemesis* 1992, nr. 1, p. 20-21.

De Ruiter 1989:
J. de Ruiter, 'Boekbespreking' (bespreking van: W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, '*Ouderschap, anders geregeld?* (rede KU Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1988), *FJR* 1989, p. 74-76.

De Ruiter 1993:
J. de Ruiter, 'Manipuleren met leven', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1993*, Deel I, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 1-128.

De Schutter 1992:
O. De Schutter, '"State Action" et "Drittwirkung": du différend en droit', *RIEJ* 1992, p. 73-110.

De Schutter 1999a:
O. De Schutter, [noot onder R.v.St. 20 december 1985], in O. De Schutter & S. Van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Brussel: Larcier 1999, p. 293-304.

De Schutter 1999b:
O. De Schutter, [noot onder Cass. 6 maart 1986], in O. De Schutter & S. Van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Brussel: Larcier 1999, p. 63-77.

De Schutter 2003:
O. De Schutter, 'La protection du travailleur vis-à-vis des nouvelles technologies dans l'emploi', *Rev. trim. dr. h.* 2003, p. 627-664.

De Sousa Ribeiro 1998:
J. de Sousa Ribeiro, 'Constitucionalização do Direito Civil', *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 1998, p. 729-755.

De Vega García 2003:
P. de Vega García, 'La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)', in: E.F. Mac-Gregor (red.), *Derecho procesal constitucional*, Tome III, Mexico: Porrúa 2003, p. 2315-2334.

De Vos 2005:
B.J. de Vos, 'Constitutionalisering: een overschat vraagstuk?', in: E.M. Hoogervorst *et al.* (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 287-304.

De Vos 2008:
B.J. de Vos, 'Testamentary Freedom, Despotism and Fundamental Rights: A Critical Case Study on *Drittwirkung*', *ERPL* 2008, p. 801-825.

De Vos 2009:
B.J. de Vos, 'Rechtsvergelijkende bemerkingen omtrent het recht op schotelantenne', *WR* 2009, p. 309-313.
De Wolf 1999:
A. De Wolf, 'Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken', in K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 89-126.
Debet 2002:
A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Parijs: Dalloz 2002, 998 p.
Deffigier & Sauviat 2001:
C. Deffigier & A. Sauviat, 'L'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme', in J.-P. Marguénaud (red.), *CEDH et droit privé*, Parijs: La Documentation française 2001, p. 11-73.
Del Granado & Mirow 2008:
J.J. Del Granado & M.C. Mirow, 'Recodifying and Deconstitutionalizing the Legal Order in Latin America: the Law and Economics Alternative', (83) *Chicago-Kent Law Review* 2008, p. 293-322.
Delpérée 2000:
F. Delpérée, *Le Droit Constitutionnel de la Belgique*, Brussel: Bruylant 2000, 1048 p.
Demogue 1931:
R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Tome VI, Parijs: Rousseau 1931.
Derieux 2003:
E. Derieux, 'La "censure" en droit français', in: X. (red.), *Censuur (Referaten van het colloquium van 16 mei 2003)*, Brussel: Larcier 2003, p. 155-175.
Di Fabio 2004:
U. Di Fabio, 'Grundrechte als Werteordnung', *JZ* 2004, p. 1-8.
Diederichsen 1998:
U. Diederichsen, 'Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht', (198) *AcP* 1998, p. 171-260.
Dietze 1957:
G. Dietze, 'Judicial Review in Europe', (55) *Michigan Law Review* 1956-57, p. 539-566.
Dirix 1982:
E. Dirix, 'Grondrechten en overeenkomsten', in K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 35-91.
Dirix 1992:
E. Dirix, 'Meisjes op een jongensschool?' (noot onder Rb. Antwerpen 22 oktober 1992), *R.W.* 1992-93, p. 543-544.
Dispersyn 1995:
M. Dispersyn, 'Le droit à la sécurité sociale dans l'article 23 de la constitution', in R. Ergec (red.), *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la constitution*, Brussel: Bruylant 1995, p. 193-230.
Doek 1995:
J.E. Doek, 'De ratificatie van het verdrag voor de rechten van het kind', *NJCM-Bulletin* 1995, p. 10-21.
Dommering 2008:
E.J. Dommering, [noot onder HR 18 januari 2008], *NJ* 2008, p. 2618-2621.

Donnelly 2005:
C.M. Donnelly, '*Leonard Chesire* Again and Beyond: Private Contractors, Contract and section 6(3)(b) of the Human Rights Act', *P.L.* 2005, p. 785-805.
Donner 1976:
A.M. Donner, 'Terugtred van de grondwetgever?', *RMThemis* 1976, p. 395-397.
Dotan 2005:
Y. Dotan, 'The "Public", the "Private", and the Legal Norm of Equality', (20) *Can. J. L. & Soc.* 2005, p. 207-221.
Drasdo 2005:
M. Drasdo, 'Parabolantennen im Miet- und Wohnungseigentumsrecht', *NJW*-Spezial 2005, p. 433-434.
Dreyer 2006:
E. Dreyer, 'Du caractère fondamental de certains droits', *RRJ* 2006, nr. 2, 30 p.
Drion 1969:
H. Drion, 'Civielrechtelijke werking van de grondrechten', *NJB* 1969, p. 585-594.
Drobnig 1996:
U. Drobnig, 'The use of comparative law by courts', in: K.D. Kerameus & M. Gavouneli (red.), *General Reports of the XIV International Congress of Comparative Law(Athens 1994)*, Athene/Den Haag: Sakkoulas/Kluwer 1996, p. 65-84.
Drobnig 1999a:
U. Drobnig, 'General Report', in: U. Drobnig & S. Van Erp (red.), *The Use of comparative Law by Courts*, Den Haag: Kluwer 1999, p. 3-21.
Drobnig 1999b:
U. Drobnig, 'The Use of Foreign Law by German Courts', in: U. Drobnig & S. Van Erp (red.), *The Use of comparative Law by Courts*, Den Haag: Kluwer 1999, p. 127-147.
Dröge 2003:
C. Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlijn: Springer 2003, 432 p.
Drzemczewski 1976:
A. Drzemczewski, 'European Human Rights Law in the United Kingdom: Some Observations', *RDH* 1976, p. 123-129.
Drzemczewski 1979:
A. Drzemczewski, 'The European Human Rights Convention and Relations between Private Parties', *NILR* 1979, p. 163-181.
Drzemczewski 1983:
A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Oxford: Clarendon Press 1983, 372 p.
Du Plessis & Ford 2004:
M. Du Plessis & J. Ford, 'Developing the Common Law Progressively – Horizontality, the Human Rights Act and the South African Experience', *E.H.R.L.R.* 2004, p. 286-313.
Duffy 1980:
P.J. Duffy, 'English Law and the European Convention on Human Rights', *ICLQ* 1980, p. 585-618.
Duffy 2006:
A. Duffy, 'La constitutionnalisation de la liberté contractuelle', *RD Publ.* 2006, p. 1569-1600.

Dürig 1953:
G. Dürig, 'Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat', *JZ* 1953, p. 193-199.
Dürig 1956a:
G. Dürig, 'Grundrechte und Zivilrechtsprechung', in T. Maunz (red.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, Munchen: Isar 1956, p. 157-190.
Dürig 1956b:
G. Dürig, 'Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikabelen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes', (81) *AöR* 1956, p. 117-157.
Dürig 1957:
G. Dürig, [noot onder BVerfG 16 januari 1957], *JZ* 1957, p. 169-173.
Dürig 1958:
G. Dürig, 'Zum "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958', *DÖV* 1958, p. 194-197.
Dutheillet de Lamothe 2005:
O. Dutheillet de Lamothe, 'European Law and the French Constitutional Council', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (red.), *Comparative Law before the Courts*, Londen: BIICL 2005, p. 91-97.
Duvert 2002:
C. Duvert, 'Article 9 du code civil contre article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme', *D.* 2002, Jur. Comm., p. 248-250.

Echterhölter 1956:
R. Echterhölter, 'Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis', *JZ* 1956, p. 142-146.
Echterhölter 1970:
R. Echterhölter, 'Verfassungsrecht und Individualarbeitsrecht', *BB* 1970, p. 677-683.
Eckhold-Schmidt 1974:
F. Eckhold-Schmidt, *Legitimation durch Begründung. Eine erkenntniskritische Analyse der Drittwirkungs-Kontroverse*, Berlijn: Duncker & Humblot 1974, 126 p.
Edelman & Labrusse-Riou 1990:
B. Edelman & C. Labrusse-Riou, [noot onder CA Parijs 15 juni 1990], *JCP* 1991.II.21653, p. 108-115.
Edelman 1997:
B. Edelman, 'La dignité de la personne humaine, un concept nouveau', *D.* 1997, Chron., p. 185-188.
Edelman 2002:
B. Edelman, 'L'arrêt "Perruche": une liberté pour la mort?', *D.* 2002, Chr., p. 2349-2352.
Ehmke 1961:
H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe: Müller 1961, 829 p.
Eichenberger 1980:
K. Eichenberger, 'Der Entwurf von 1977 für eine neue schweizerische Bundesverfassung. Eine Sicht seiner Entstehung und seiner verfassungsfunktionellen Problematik im zweiten Jahr nach der Veröffentlichung', *ZaöRV* 1980, p. 477-553.

Eifert & Hoffmann-Riem 1995:
M. Eifert & W. Hoffmann-Riem, 'Zum Recht des Mieters, Parabolantennen zum Satellitenempfang zu errichten', *JZ* 1995, p. 154-156.

Eissen 1961:
M. Eissen, 'La Convention et les devoirs de l'individu', in: *La protection internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen (travaux du Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg en liaison avec la Direction des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe 14-15 Novembre 1960)*, Parijs: Dalloz 1961, p. 167-200.

Eissen 1971:
M.-A. Eissen, 'La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les obligations de l'individu: une mise à jour', in: X (red.), *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Parijs: Pedone 1971, p. 151-162.

Eissen 1992:
M.-A. Eissen, 'Essai de synthèse', in: L.-E. Pettiti *et al.* (red.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel: Nemesis 1992, p. 77-86.

Elders 1986:
J.L.M. Elders, 'Burgerlijk recht en grondrechten: "Een integratieve benadering"', in: Vereniging voor Burgerlijk Recht (red.), *Burgerlijk recht en grondrechten*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1986, p. 7-40.

Eleftheriadis 2006:
P. Eleftheriadis, 'The Reform Agenda: The Citizen and the State. Constitutional Reform and the Rule of Law in Greece', in: K. Featherstone (red.), *Politics and Policy in Greece*, Oxon: Routledge 2006, p. 95-112.

Ellger 1999:
R. Ellger, 'Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Privatrecht. Die Einwirkung von Artt. 8 und 10 EMRK auf die deutsche Privatrechtsordnung', *RabelsZ* 1999, p. 625-664.

Ellger 2001:
R. Ellger, 'The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law', in D. Friedmann & D. Barak-Erez (red.), *Human Rights in Private Law*, Oxford/Portland Oregon: Hart 2001, p. 161-178.

Elliott 1990:
R. Elliott, 'Privacy: the View from the Bench', *Entertainment Law Review* 1990, p. 105-107.

Elzinga 1983:
D.J. Elzinga, 'Botsing van grondrechten: de vrijheid van meningsuiting contra het gelijkheidsbeginsel', *NJCM-Bulletin* 1983, p. 273-276.

Embid Irujo 1980:
A. Embid Irujo, 'El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado', *REDA* 1980, p. 191-206.

Englebert & Frydman 2002:
J. Englebert & B. Frydman, 'Le contrôle judiciaire de la presse', *A&M* 2002, p. 485-503.

Enneccerus/Nipperdey 1952:
L. Enneccerus/ H.C. Nipperdey (bew.), *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I/1, Tübingen: Mohr 1952, 567 p.

Erdsiek 1965:
G. Erdsiek, 'Die Pressefreiheit in der Rechtsprechung', in: R. Dietz & H. Hübner (red.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70 Geburtstag*, I, Munchen/Berlijn: Beck 1965, p. 257-276.

Ermacora 1963:
F. Ermacora, *Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte*, Wenen: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1963, 655 p.

Ermacora 1966:
F. Ermacora, 'Die Grundrechte in Österreich', in: K.A. Bettermann, F.L. Neumann & H.C. Nipperdey (red.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, I/1, Berlijn: Duncker & Humblot 1966, p. 125-173.

Ermacora 1970:
F. Ermacora, *Österreichische Verfassungslehre*, I, Wenen: Wilhelm Braumüller Universitäts-Verlagsbuchhandlung 1970, 428 p.

Ermacora 1988:
F. Ermacora, *Grundriß der Menschenrechte in Österreich*, Wenen: Manzsche 1988, 356 p.

Espersen 1971:
O. Espersen, 'Human Rights and Relations between Individuals. Some comments on this complex of problems in Danish theory and legislation with particular reference to the protection of privacy', in: X. (red.), *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Parijs: Pedone 1971, p. 177-187.

Estrada 2000:
A.J. Estrada, *Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares* (diss.), Bogota: *s.i.* 2000, 328 p.

Estrada 2003:
A.J. Estrada, 'La eficacia entre particulares de los derechos fundamentals. Una presentacion del caso colombiano', in: E.F. Mac-Gregor (red.), *Derecho procesal constitucional*, Tome III, Mexico: Porrúa 2003, p. 2443-2469.

Ewing 1999:
K.D. Ewing, 'The Human Rights Act and Parliamentary Democracy', *M.L.R.* 1999, p. 79-99.

Eyssell 1900a:
A.P.Th. Eyssell, 'Het regt der ingezetenen tot vereeniging en vergadering wordt erkend', *W.* 1900, nr. 7516, p. 4.

Eyssell 1900b:
A.P.Th. Eyssell, 'Subjectieve grondwettige regten', *W.* 1900, nr. 7522, p. 3-4.

Fabre 2003:
A. Fabre, [noot onder Cass. Soc. 26 november 2002], *D.* 2003, Somm., p. 394-395.

Farnocchia 1998:
S. Farnocchia, [noot onder CA Saint-Denis-de-la-Réunion 9 september 1997], *D.* 1998 Jur., p. 547-548.

Favilli & Fusaro 2007:
C. Favilli & C. Fusaro, 'Italy. The Protection of Constitutional Rights in the Private Sphere', in: D. Oliver & J. Fedtke (red.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Londen & New York: Routledge-Cavendish 2007, p. 276-311.

Favoreu 1977:
L. Favoreu, 'Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence de Conseil Constitutionnel', in: C. Eisenmann (pass. red.), *Récueil d'études en hommage a Charles Eisenmann*, Parijs: Cujas 1977, p. 33-48.

Favoreu 1982:
L. Favoreu, 'Rapport général introductif', in: L. Favoreu (red.), *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux. Actes du IIe Colloque d'Aix-en-Provence 19-20 et 21 Février 1981*, Parijs/Aix-en-Provence: Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1982, p. 25-49.

Favoreu 2001:
L. Favoreu, 'Constitutionnalisation de l'ordre juridique', in: J.W. Bridge (red.), *Comparative Law facing the 21st Century*, *s.l.*: UKNCCL 2001, p. 663-673.

Favoreu 2002:
L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Parijs: Dalloz 2002, 873 p.

Favoreu 2005:
L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Parijs: Dalloz 2005, 576 p.

Favre & Tardivel 2000:
J. Favre & B. Tardivel, 'Recherches sur la catégorie jurisprudentielle de "libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle"', *RD Publ.* 2000, p. 1411-1440.

Favre 1970:
A. Favre, *Droit constitutionnel suisse*, Fribourg: Ed. universitaires 1970, 548 p.

Favre 1973:
A. Favre, 'Note sur les rapports des libertés constitutionnelles avec la législation civile dans le domaine de la protection des droits de l'homme en droit suisse', in: X. (red.), *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Parijs: Pedone 1971, p. 189-193.

Fedtke 2007:
J. Fedtke, 'Drittwirkung in Germany', in: D. Oliver & J. Fedtke (red.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Londen & New York: Routledge-Cavendish 2007, p. 125-156.

Feldman 2002:
D. Feldman, 'Information and Privacy', in: J. Beatson & Y. Cripps (red.), *Freedom of Expression and Freedom of Information. Essays in Honour of Sir David Williams*, Oxford: University Press 2002, p. 299-324.

Feldman 2005:
D. Feldman, 'Injecting Law into Politics and Politics into Law: Legislative and Judicial Perspectives on Constitutional Human Rights', *Common Law World Review* 2005, p. 103-127.

Fenwick & Phillipson 2006:
H. Fenwick & G. Phillipson, *Media Freedom under the Human Rights Act*, Oxford: University Press 2006, 1133 p.

Fenwick 1999:
H. Fenwick, 'The Right to Protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation', *M.L.R.* 1999, p. 491-514.

Fenwick 2004:
H. Fenwick, 'Clashing Rights, the Welfare of the Child and the Human Rights Act', *M.L.R.* 2004, p. 889-927.

Ferrand 1999:
F. Ferrand, 'Das französische Privatrecht und die Europäische Menschenrechtskonvention', *RabelsZ* 1999, p. 665-680.
Ferrando 1999:
G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione,* Padova: Cedam 1999, 521 p.
Fierens & Wéry 2001:
J. Fierens & P. Wéry, 'L'obligation qui incombe au locataire d'occuper les lieux loués', *T. Vred.* 2001, p. 78-84.
Fierens 1995:
J. Fierens, 'Le droit à un logement décent', in: R. Ergec (red.), *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la constitution*, Brussel: Bruylant 1995, p. 231-255.
Fierens 2000:
J. Fierens, 'La dignité humaine, limite à l'application de l'exception d'inexécution', *TBBR* 2000, p. 594-601.
Fischer-Lescano & Mauer:
A. Fischer-Lescano & A. Mauer, 'Grundrechtsbindung von privaten Betreibern öffentlicher Räume', *NJW* 2006, p. 1394-1396.
Fix-Zamudio 1971:
H. Fix-Zamudio, 'Quelques aspects de la protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées au Mexique et en Amerique Latine', in: X. (red.), *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Parijs: Pedone 1971, p. 279-310.
Flauss 1999:
J.-F. Flauss, 'Application de la convention européenne par le juge administratif', *Europe* 1999, bijzonder nummer (La France et la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales), p. 22-26.
Flessner 1998a:
A. Flessner, 'Freedom of Contract and Constitutional Law. General report', in A.M. Rabello en P. Sarcevic (red.), *Freedom of Contract and Constitutional Law (Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Ials/Unesco) Held in Jerusalem, September 1994)*, Jerusalem: Hamaccabi Press 1998, p. 11-21.
Flessner 1998b:
A. Flessner, 'Freedom of Contract and Constitutional Law in Germany', in A.M. Rabello en P. Sarcevic (red.), *Freedom of Contract and Constitutional Law (Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Ials/Unesco) Held in Jerusalem, September 1994)*, Jerusalem: Hamaccabi Press 1998, p. 87-103.
Forder 1999:
C. Forder, 'Geoorloofdheid van draagmoederschap naar Engels recht', in: K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 45-67.
Fordham 2005:
M. Fordham, 'A Life Without Value? (*JU and Another v. See Tho Kai Yin*)', *Singapore Journal of Legal Studies* 2005, p. 395-406.
Fortin 2006:
J. Fortin, 'Accommodating Children's Rights in a Post Human Rights Act Era', *M.L.R.* 2006, p. 299-326.

Foyer 2004:
J. Foyer, 'Le Code civil de 1945 à nos jours', in: P. Catala *et al.* (red.), *Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Parijs: Dalloz 2004, p. 275-296.
Frank 1996:
M. Frank, 'Sittenwidrigkeit als Folge "strukturell ungleicher Verhandlungsstärke"', *JuS* 1996, p. 389-392.
Freiherr von Godin 1954:
R. Freiherr von Godin, [noot onder OLG Köln 6 oktober 1953], *NJW* 1954, p. 352.
Freixes Sanjuán 1992:
T. Freixes Sanjuán, *Constitución y Derechos Fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos*, Barcelona: PPU 1992, 124 p.
Frey 1996:
K. Frey, 'Die Haftung mittelloser Bürgen zwischen Verfassungs- und Vertragsrecht', *WM* 1996, p. 1612-1616.
Frick 1996:
K. Frick, *Die Ausstrahlung der Grundrechte auf Privatrechtsbeziehungen* (Beiträge Liechtenstein–Institut nr. 3/1996), Bendern: Liechtenstein-Institut 1996, 23 p.
Friedmann & Barak-Erez 2001:
D. Friedmann & D. Barak-Erez, 'Introduction', in D. Friedmann & D. Barak-Erez (red.), *Human Rights in Private Law*, Oxford/Portland Oregon: Hart 2001, p. 1-9.
Fromont 1977:
M. Fromont, 'Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale allemande', in: C. Eisenmann (pass. red.), *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Parijs: Cujas 1977, p. 49-64.

Gallala 2006:
I. Gallala, 'The Islamic Headscarf: An Example of Surmountable Conflict between *Sharî'a* and the Fundamental Principles of Europe', *European Law Journal* 2006, p. 593-612.
Gambaro 1998:
A. Gambaro, 'Freedom of Contract and Constitutional law in Italy', in A.M. Rabello en P. Sarcevic (red.), *Freedom of Contract and Constitutional Law (Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Ials/Unesco) Held in Jerusalem, September 1994)*, Jerusalem: Hamaccabi Press 1998, p. 169-180.
Gamillscheg 1964:
F. Gamillscheg, 'Die Grundrechte im Arbeitsrecht', (164) *AcP* 1964, p. 385-445.
Gamillscheg 1989:
F. Gamillscheg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, in: Schriften für Sozial- und Arbeitsrecht, Band 100, Berlijn: Duncker & Humblot 1989, 105 p.
Garaud 1999:
E. Garaud, 'Clause de mobilité assortie d'une contrainte domiciliaire: la Cour de cassation se réfère à la CEDH pour définir les critères de validité de la stipulation', *RJPF* 1999, nr. 3, p. 8.
Garaud 2001:
E. Garaud, 'La jurisprudence commerciale française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen', in J.-P. Marguénaud (red.), *CEDH et droit privé*, Parijs: La Documentation française 2001, p. 126-161.

Garaud *et al.* 2001:
E. Garaud, J.-P. Marguénaud, M.-C. Meyzeaud-Garaud, B. Moutel, J.-M. Plazy, 'La prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par les juridictions judicaires françaises', in: J.-P. Marguénaud (red.), *CEDH et droit privé*, Parijs: La Documentation française 2001, p. 104-125.
García Rubio 2002:
M. P. García Rubio, 'La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales', in: *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Madrid: Fundación General del Notariado 2002, p. 297-314.
García Torres & Jiménez Blanco 1986:
J. García Torres & A. Jiménez Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas 1986, 149 p.
Gardbaum 2001:
S. Gardbaum, 'The New Commonwealth Model of Constitutionalism', (49) *Am. J. Comp. L.* 2001, p. 707-760.
Gardbaum 2003:
S. Gardbaum, 'The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights', (102) *Michigan Law Review* 2003, p. 387-459.
Garlicki 2005:
L. Garlicki, 'Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights', in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 129-143.
Garnier 2004:
M. Garnier, [noot onder CA Nancy 23 februari 2004], *JCP* 2004, II.10073, p. 898-900.
Gayara de Cara 1994:
J.C. Gayara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislative. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1994, 367 p.
Gearty 2003:
C. Gearty, 'Revisiting Section 3(1) of the Human Rights Act', (119) *L.Q.R.* 2003, p. 551-553.
Geck 1963:
W.K. Geck, 'Boekbespreking' (bespreking van: K.A. Bettermann; & H.C. Nipperdey (red.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. II-IV, Berlijn: Duncker & Humblot), (12) *Am. J. Comp. L.* 1963, p. 126-134.
Geddis 2003:
A. Geddis, '"If Thy Right Eye Offend thee, pluck it Out": *R* v *BBC, ex p ProLife Alliance*', (66) *M.L.R.* 2003, p. 885-893.
Genicot 2002:
G. Genicot, 'Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé', *T.B.B.R.* 2002, p. 79-98.
Géraldy 1975:
Y. Géraldy, [noot onder CA Amiens 3 maart 1975], *D.* 1975, Jur., p. 708-711.
Gérard 2003:
P. Gérard, 'Retour sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la Cour de cassation. Plaidoyer pour un revirement', in: P.

Marchal (pass. red.), *Imperat Lex: Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel: Larcier 2003, p. 53-76.

Gerards 2002:
J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu 2002, 803 p.

Gerards 2004:
J.H. Gerards, 'Kroniek oordelen Comissie Gelijke Behandeling 2000-2003. Multiculturaliteit en botsing van grondrechten', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 629-650.

Gerbranda 2002:
T. Gerbranda, 'Botsing van grondrechten: is een rangorde onvermijdelijk?', in: M. Kroes, J.P. Loof & H.-M.T.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*, Deventer: Kluwer 2002, p. 115-131.

Gerbranda & Kroes 1993:
T. Gerbranda & M. Kroes, *Grondrechten evaluatie-onderzoek: eindrapport*, Leiden: NJCM-Boekerij 1993, 378 p.

Gernhuber 1995:
J. Gernhuber, 'Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit', *JZ* 1995, p. 1086-1096.

Gerstenberg 2004a:
O. Gerstenberg, 'What Constitutions Can Do (but Courts Sometimes Don't): Property, Speech, and the Influence of Constitutional Norms on Private Law, (17) *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2004, p. 61-81.

Gerstenberg 2004b:
O. Gerstenberg, 'Private Law and the New European Constitutional Settlement', *ELJ* 2004, p. 767-786.

Giacobbe 2000:
G. Giacobbe, 'La giurisprudenza fonte primaria del diritto: prime riflessioni su di una controversa ordinanza del Tribunale di Roma – nota a Trib. Roma 17 febbraio 2000 (ord)', *Giust. civ.* 2000, p. 1163-1168.

Gibbons 2004:
T. Gibbons, 'Recent developments in Media Law in the United Kingdom', *A&M* 2004, p. 239-251.

Glenn 2006:
H.P. Glenn, 'Aims of comparative law', in: J.M. Smits (red.), *Elgar encyclopedia of comparative law*, Northampton: Elgar Publishing 2006, p. 57-65.

Goerlich 1973:
H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden: Nomos 1973, 214 p.

Goguel 1982:
F. Goguel, 'Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil Constitutionnel français', in: L. Favoreu (red.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux (Actes du IIe Colloque d'Aix-en-Provence 19-20 et 21 Février 1981), Parijs/Aix-en-Provence: Economica/Presses Universitaires d'Áix-Marseille 1982, p. 225-239.

Göksu 2002:
T. Göksu, 'Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes', *SJZ* 2002, p. 89-101.

Göksu 2003:
T. Göksu, *Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitverletzung*, Freiburg: Universitätsverlag 2003, 306 p.
Goldschmidt 1984:
J.E. Goldschmidt, 'Een model voor de afweging van botsende grondrechten: een moedige, doch mislukte poging', *NJCM-Bulletin* 1984, p. 348-351.
Goldschmidt 1993:
J.E. Goldschmidt, 'De aidstest: doorwerking of beperking van macht?', *NJB* 1993, p. 1539-1543.
Goldschmidt 1999:
J.E. Goldschmidt, 'The CEDAW in case law on equal treatment in the Netherlands, with special attention to the Equal treatment Commission (Speech held at the "Judicial colloquium on the application of international human rights law at the domestic level" (Vienna, October 1999))', ongepubliceerd.
Golsong 1958, p. 18:
H. Golsong, *Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Karlsruhe: C.F. Müller 1958, 115 p.
Gonçalves 2004:
R.M. Valera Gonçalves, 'Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas', (3) *Prim@ Facie* 2004, nr. 5, p. 73-100.
Götz 1990:
V. Götz, 'Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Zivilrecht', in: W. Heyde & C. Starck (red.), *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte*, München: Beck 1990, p. 35-84.
Gouttes 1999:
R. Gouttes, 'Application de la convention européenne par le juge judiciaire', *Europe* 1999, bijzonder nummer (La France et la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales), p. 19-21.
Gouttes 1995:
R. Gouttes, 'Le juge français et la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Avancées et résistances …', *Rev. trim. dr. civ.* 1995, p. 605-614.
Govender 1996:
K. Govender, 'Horizontality Revisited in the Light of *Du Plessis v De Klerk* and Clause 8 of the Republic of South Africa Constitution Bill 1996', *HRCLJSA* 1996, nr. 3, p. 20-23.
Grabitz 1976:
E. Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte*, Tübingen: J.B.C. Mohr 1976, 280 p.
Graf 1995:
Graf, 'Verbesserter Rechtschutz vor riskanten Bürgschaften', *ÖBA* 1995, p. 776 *et seq.*
Granchi 2002:
J.R. Granchi, 'The Wrongful Birth Tort: A Policy Analysis and the Right to Sue for an Inconvenient Child', (43) *South Texas Law Review* 2002, p. 1261-1287.
Granet-Lambrechts 2004:
F. Granet-Lambrechts, 'Droit de la filiation', *D.* 2004, Jur., p. 1421 *et seq.*

Greenlee 1996:
M.B. Greenlee, 'Echoes of the Love Command in the Halls of Justice', (12) *Journal of Law and Religion* 1995-1996, p. 255-270.
Greer 2006:
S. Greer, *The European Convention on Human Right. Achievements, problems and prospects*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, 386 p.
Greer 2003:
S. Greer, 'Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights', *OJLS* 2003, p. 405-433.
Greiff 1956:
[X] Greiff, [noot onder LG Mannheim 12 augustus 1955], *NJW* 1956, p. 384-386.
Grewe 1998:
C. Grewe, 'Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne', in: F. Sudre (red.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel: Bruylant/ Nemesis 1998, p. 199-229.
Grewe 2004:
C. Grewe, 'Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français: le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme', 2004 *RUDH*, p. 26-32.
Gridel 1999:
J.-P. Gridel, 'Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen', *D.* 1999, Chr. p. 139-146.
Griller 1983:
S. Griller, 'Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten', *ZfV* 1983, 1, p. 109-123.
Griller 1992:
S. Griller, 'Der Schutz der Grundrechte vor Verletzungen durch Private', *JBl*. 1992, p. 205-219 & 289-302.
Grisel 1970:
A. Grisel, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel: Attinger 1970, 545 p.
Groen 1995:
H.A. Groen, 'De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken', in: *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1995-I), Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 133-173.
Grosswald Curran 2003:
V. Grosswald Curran, 'Formalism and Anti-Formalism in French and German Judicial Methodology', in: C. Joerges & N. Singh Ghaleigh (red.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford/Portland: Hart 2003, p. 205-228.
Grosswald Curran 2005:
V. Grosswald Curran, 'Law's Past and Europe's Future', (6.2) *German Law Journal* 2005, p. 483-512.
Guckelberger 2003:
A. Guckelberger, 'Die Drittwirkung der Grundrechte', *JuS* 2003, p. 1151-1157.
Guiomard 2003:
F. Guiomard, [noot onder Cass. 28 mei 2003], *D.* 2003, Jur., p. 2721.

Guldix 1986:
E. Guldix, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband* (diss. VU Brussel), I, *s.l.*: *s.i.* 1986, 332 p.
Günther 2005:
F. Günther, 'Rückbestimmung der Staatsrechtslehre', in: T. Henne & A. Riedlinger (red.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, p. 301-314.
Guradze 1968:
H. Guradze, *Die Europäische Menschenrechtskonvention*, Berlijn/Frankfurt: Franz Vahlen Verlag 1968, 276 p.
Gusy 1993:
C. Gusy, 'Die Grundrechte in der Weimarer Republik', *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 1993, p. 163-183.
Gusy 1997:
C. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck 1997, 500 p.

Häde & Jachmann 1996:
U. Häde & M. Jachmann, [noot bij AG Kamen 13 april 1995], *FamRZ* 1996, p. 632-635.
Häfelin & Haller 1984:
U. Häfelin & W. Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1984, 541 p.
Hager 1994:
J. Hager, 'Grundrechte im Privatrecht', *JZ* 1994, p. 373-383.
Haïm 2001:
V. Haïm, 'Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme?', *D.* 2001, Chron., p. 2988-2994.
Halmai 2005:
G. Halmai, 'The Third Party Effect in Hungarian Constitutional Adjudication', in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 99-114.
Hamel 1957:
W. Hamel, *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Berlijn: Duncker & Humblot 1957, 64 p.
Hammerstein-Schoonderwoerd 1988:
W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, *Ouderschap, anders geregeld?* (rede KU Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1988, 21 p.
Hanáková 2000:
L. Hanáková, 'Die Grundrechte in Deutschland und in Tschechien', *Acta Universitatis Palackianae Olomucensis – Facultas Iuridica* 2000, Supplement I, p. 85-92.
Hangartner 1982:
Y. Hangartner, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, II (*Grundrechte*), Schulthess: Zürich 1982, 310 p.
Hanotiau & Kadaner 1993:
M. Hanotiau & M. Kadaner, 'Le référé dans la presse écrite et dans l'audiovisuel', *Rev. dr. U.L.B.* 1993, p. 147-192.

Hanotiau 1993:
M. Hanotiau, 'Le droit à l'information', *Rev. trim. dr. h.* 1993, p. 23-56.
Hanotiau 1997:
M. Hanotiau, 'La censure de la presse écrite par le juge des référés', *A&M* 1997, p. 203-212.
Hartkamp 2000a:
A.S. Hartkamp, 'De Nederlandse rechter en het EVRM', *NJCM-Bulletin* 2000, bijzondere editie, p. 23-35.
Hartkamp 2000b:
A.S. Hartkamp, 'On European Freedoms and National Mandatory Rules: The Dutch Judiciary and the European Convention on Human Rights', *ERPL* 2000, p. 111-123.
Hartkamp 2004:
A.S. Hartkamp, 'Comparative Law before the Dutch Courts', in: G. Canivet, M. Andenas and D. Fairgrieve (red.), *Comparative Law before the Courts*, London: British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 229-233.
Hartwig 2005:
M. Hartwig, 'Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights', *German Law Journal* 2005, p. 869-894.
Hauser 1996:
J. Hauser, 'Personnes et droits de la famille', *Rev. trim. dr. civ.* 1996, p. 579-602; 871-891.
Heida & van der Steur 2001:
A. Heida & A. van der Steur, 'Draagmoederschap tussen strafrechtelijk verbod en wettelijke regeling', *Nemesis* 2001, p. 209-214.
Heida 1984:
A. Heida, 'Juridische perikelen rond het draagmoederschap', *WPNR* 1984, p. 649-653.
Heida 2004:
A. Heida, 'Klacht notariszoon door het Europese Hof niet gehonoreerd', *FJR* 2004, p. 86-89.
Heirbaut 2002:
D. Heirbaut, 'Minderheden, tolerantie en gelijkheid in historisch perspectief', in: M. Kroes, J.P. Loof & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*, Deventer: Kluwer 2002, p. 13-30.
Heither 1984:
F.H. Heither, 'Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Grundrechten', (33) *JÖR (NF)* 1984, p. 315-366.
Heldrich & Rehm 2001:
A. Heldrich & G. M. Rehm, 'Importing Constitutional Values through Blanket Clauses', in D. Friedmann & D. Barak-Erez (red.), *Human Rights in Private Law*, Oxford/Portland Oregon: Hart 2001, p. 113-128.
Hendrickx 1999a:
F. Hendrickx, 'Privacy en arbeidsrecht', *Jura Falconis* 1998-99, p. 619-642.
Hendrickx 1999b:
F. Hendrickx, *Privacy en arbeidsrecht*, Brugge: Die Keure 1999, 358 p.
Hendrickx 2006:
F. Hendrickx, 'Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag: (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht?', *T.S.R.* 2006, p. 659-704.

Hendriks 1999:
A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Deventer: Kluwer 1999, 375 p.
Henne 2005:
T. Henne, 'Von 0 auf "Lüth" in 6 ½ Jahren', in: T. Henne & A. Riedlinger (red.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, p. 197-222.
Henninger 1994:
W. Henninger, 'Parabolantennen und kein Ende', *ZMR* 1994, p. 201-203.
Hennis 1999:
W. Hennis, *Regieren im modernen Staat: Politikwissenschaftliche Abhandlungen I*, Tübingen: Siebeck 1999, 428 p.
Henstra 2002:
A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht: een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht* (diss.), Den Haag: Boom 2002, 212 p.
Heringa & Zwart 1985:
A.W. Heringa & T. Zwart, 'Grondrechtenkroniek', *NJB* 1985, p. 636-647.
Heringa 1989:
A.W. Heringa, *Sociale grondrechten* (diss.), 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1989, 406 p.
Heringa 1990a:
A.W. Heringa, 'Van Europese Conventie tot Nederlandse Constitutie voor de Rechten van de Mens', in: A.W. Heringa (red.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1990, p. 317-335.
Heringa 1990b:
A.W. Heringa, 'Constitutionele schijnbewegingen', in: A.W. Heringa & N. Verheij (red.), *Publiekrechtelijke bewegingen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 67 *et seq.*
Heringa 2003:
A.W. Heringa, 'Grondrechten in de Grondwet – Een evaluatie na twintig jaar in het licht van het toetsingsrecht en verdragsontwikkelingen', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 276-288.
Hermann & Kern *n.a.*:
C. Hermann & G. Kern, '"Wrongful life" Claims and the Absolute Value of Human Life – A Contradiction?', te verschijnen in: G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi & G. Comandé (red.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Vol. II: Comparative Analyses of Selected Case Patterns*, Cambridge University Press.
Héron 1987:
J. Héron, 'L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires', *RRJ* 1987.
Hess 2005:
B. Hess, 'Die Konstitutionalisierung des europäischen Privat- und Prozessrechts', *JZ* 2005, p. 540-552.
Hesse 1978:
K. Hesse, 'Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland', *EuGRZ* 1978, p. 427-438.

Hesselink 2003:
M.W. Hesselink, 'The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law', in: M.W. Hesselink, C.E. Du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 119-131.

Heun 2003:
W. Heun, 'Supremacy of the Constitution, Separations of Powers, and Judicial Review in Nineteenth-Century German Constitutionalism', *Ratio Juris* 2003, p. 195-205.

Heuschling 2003:
L. Heuschling, 'Comparative Law and the European Convention on Human Rights in French Human Rights Cases', in: E. Örücü (red.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, *s.l.*: UKNCCL 2003, p. 23-47.

Hickman 2005:
T.R. Hickman, 'Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998', *P.L.* 2005, p. 306-335.

Hillgruber 1991:
C. Hillgruber, 'Grundrechtsschutz im Vertragsrecht', (191) *AcP* 1991, p. 69-86.

Hinteregger 1999:
M. Hinteregger, 'Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht', *ÖJZ* 1999, p. 741-754.

Hitpaß & Maaß 1994:
P. Hitpaß & R. Maaß, 'Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Installation von Parabolantennen durch Mieter', *DW* 1994, p. 578-584.

Hitpaß & Maaß 2000:
P. Hitpaß & R. Maaß, 'Die Rechtsprechung seit 1998 zur Problematik der Installation von Parabolantennen unter besonderer Berücksichtigung mietrechtlicher und wohnungseigentumsrechtlicher Aspekte', *NZM* 2000, p. 945-953.

Hitpaß & Maaß 2003:
P. Hitpaß & R. Maaß, 'Entwicklungen der Parabolantennen-Rechtsprechung seit 2000', *NZM* 2003, p. 181-184.

Hochhuth 2007:
M. Hochhuth, *Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 401 p.

Hoebeke & Mouffe 2005:
S. Hoebeke & B. Mouffe, *Le droit de la presse*, Louvain-la-Neuve: Academia/Bruylant 2005, 873 p.

Hofman, Sap & Sewandono 1995:
J.A. Hofman, J.W. Sap & I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer, 1995, 298 p.

Hofmann 1989:
H. Hofmann, 'Die Grundrechte 1789 – 1949 – 1989', *NJW* 1989, p. 3177-3187.

Hollstein 2005:
T. Hollstein, 'Um der Freiheit Willen – die Konzeption der Grundrechte bei Hans Carl Nipperdey', in: T. Henne & A. Riedlinger (red.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, p. 249-269.

Hollstein 2006:
T. Hollstein, *Die Verfassung als "Allgemeiner Teil". Privatrechtsmethode und Privatrechtskonzeption bei Hans Carl Nipperdey (1895-1968)*, Tübingen: J. C. B. Mohr, (Paul Siebeck) 2006, 400 p.

Holoubek 1999:
M. Holoubek, 'Wer ist durch die Grundrechte gebunden?', *ZÖR (NF)* 1999, p. 57-70.

Hondius 1998:
E. Hondius, 'Freedom of Contract and Constitutional Law in the Netherlands', in: A.M. Rabello en P. Sarcevic (red.), *Freedom of Contract and Constitutional Law (Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Ials/Unesco) Held in Jerusalem, September 1994)*, Jerusalem: Hamaccabi Press 1998, p. 201-244.

Hondius 1999:
E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

Hondius 2006:
E. Hondius, 'Fundamental Rights and Private Law: the Case of the Netherlands', in: S. Arkan & A. Yongalik (red.), *Festschrift Tuğrul Ansay zum 75. Geburtstag*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006, p. 125-130.

Honsell 1994:
H. Honsell, 'Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder', *NJW* 1994, p. 565-566.

Horan 1976:
M.J. Horan, 'Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships between Individuals', *ICLQ* 1976, p. 848-867.

Horst 2005:
H.R. Horst, 'Parabolantennen im Miet- und Wohnungseigentumsrecht – Lieblingskind oder Auslaufmodell?', *NJW* 2005, p. 2654-2657.

Howarth 2004:
D. Howarth, 'Nuisance and the House of Lords: Squaring the Triangle', (16) *J. Envtl. L.* 2004, p. 233-260.

Howell 2007:
J. Howell, 'The Human Rights Act 1998: Land, Private Citizens, and the Common Law', *L.Q.R.* 2007, p. 618-635.

Hubeau 1987:
B. Hubeau, *Overzicht van de sociale huisvesting 1975-1986*, Antwerpen: Kluwer 1987, 215 p.

Hubeau 1996:
B. Hubeau, 'Het recht op behoorlijke huisvesting (art. 23 Grondwet) en het privaat huurrecht', *T.B.B.R.* 1996, p. 298-301.

Huber 1936:
H. Huber, 'Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte', (55) *ZSR (NF)* 1936, p. 1a-200a.

Huber 1955:
H. Huber, 'Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen', (74) *ZSR (NF)* 1955, p. 173-207.

Huber 1963:
H. Huber, 'Der Schutz der Staatsbürgerrechte des Arbeitnehmers', (82) *ZSR (NF)* 1963, p. 131-156.
Huber 1966:
H. Huber, 'Die Grundrechte in der Schweiz', in: K.A. Bettermann, F.L. Neumann & H.C. Nipperdey (red.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, I/1, Berlijn: Duncker & Humblot 1966, p. 175-234.
Hufen 1999:
F. Hufen, 'Entstehung und Entwicklung der Grundrechte', *NJW* 1999, p. 1505-1510.
Hughes & Davis 2006:
D. Hughes & M. Davis, 'Human Rights and the Triumph of Property: The Marginalisation of the European Convention on Human Rights in Housing Law', *Conveyancer and Property Lawyer* 2006, p. 526-552.
Huls 1995:
N.J.H. Huls, 'Over de maatschappelijke betekenis van mensenrechten', in: N.J.H. Huls (red.), *Grenzen aan Mensenrechten*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1995, p. 57-61.
Humblet 1994:
P. Humblet, 'De woonplaatsclausule: een (on)geldig beding?', *Soc. Kron.* 1994, p. 80-81.
Humblet 2002:
P. Humblet, 'Geheime camera's en verborgen camera's', *R.W.* 2001-02, p. 1172-1173.
Hunt 1998:
M. Hunt, 'The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act', *P.L.* 1998, p. 423-443.
Hunter-Henin 2007:
M. Hunter-Henin, 'France. Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights', in: D. Oliver & J. Fedtke (red.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Londen & New York: Routledge-Cavendish 2007, p. 98-124.
Huyttens 1844:
É. Huyttens, *Discussions du Congrès National de Belgique 1830-1831*, I (*10 novembre – 31 décembre*), Brussel: Wahlen 1844, 731 p.

Iliopoulos-Strangas & Leventis 2000:
J. Iliopoulos-Strangas & G. Leventis, 'La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce', in J. Iliopoulos-Strangas (red.), *La protection des droits sociaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athene/Brussel/Baden-Baden: Ant. N. Sakkoulas/Bruylant/Nomos 2000, p. 395-486.
Iliopoulos-Strangas 1983:
J. Iliopoulos-Strangas, 'Grundrechtsschutz in Griechenland', (32) *JÖR (NF)* 1983, p. 395-442.
Israel 1998:
J.-J. Israel, *Droit des libertés fondamentales*, Parijs: L.G.D.J. 1998, 596 p.
Ivičič 2007:
M. Ivičič, 'K horizontálnímu působení základních práv a svobod', *Bulletin advokacie* (Tsjechië) 2007, nr. 6, p. 21-24.

Iwasawa 1997:
Y. Iwasawa, 'International Human Rights Adjudication in Japan', in: B. Conforti & F. Francioni (red.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1997, p. 223-294.
Iwasawa 1998:
Y. Iwasawa, *International Law, Human Rights and Japanese Law*, New York: Oxford University Press & Oxford: Clarendon Press 1998, 355 p.

Jacqmain 1995:
J. Jacqmain, 'Droit au travail, droit du travail', in: R. Ergec (red.), *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la constitution*, Brussel: Bruylant 1995, p. 163-192.
Jadot 1987:
B. Jadot, 'La radio et la télévision face au juge des référés', *Ann. Dr. Louvain* 1987, p. 37-51.
Jamin 1996:
C. Jamin, 'Chronique de droit des obligations – Introduction au droit des contrats', *JCP* 1996.I.3958, p. 338-339.
Jana Linetzky 2001:
A. Jana Linetzky 'La eficacia horizontal de los derechos fundamentales', paper *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001* (Universidad de Palermo), 30 p. (tevens verschenen in R. Saba (red.), *Los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires: Editores del Puerto 2003).
Janczuk & Krzemińska 2006:
A. Janczuk & J. Krzemińska, 'Poland', (rapportage RTN Fundamental Rights and Private Law in the European Union, ongepubliceerd, 2006).
Jansen 2003:
C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19e eeuw', in: M.W. Hesselink, C.E. Du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 133-149.
Janssen 2003:
H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid*, Den Haag: Sdu 2003, 491 p.
Jeanneau 1992:
B. Jeanneau, 'La Déclaration des droits de l' Homme et du Citoyen de 1789 et son influence sur les constitutions', in: Académie Internationale de Droit Comparé (red.), *Rapports généraux XIIIe Congrès international*, Cowansville: Blais 1992, p. 657-672.
Jeffery 1997:
A.J. Jeffery, 'The Dangers of Direct Horizontal Application: A Cautionary Comment on the 1996 Bill of Rights', *HRCLJSA* 1997, nr. 4, p. 10-16.
Jellinek 1950:
W. Jellinek, 'Die Entlohnung der Frau und Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes', *BB* 1950, p. 425-427.
Jescheck 1954:
H.H. Jescheck, 'Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten', *NJW* 1954, p. 783-786.
Jongen 2000:
F. Jongen, 'Le juge est-il un censeur?', *J.L.M.B.* 2000, p. 1592-1595.

Jourdain 2002:
P. Jourdain, 'Loi anti-Perruche: une loi démagogique', *D.* 2002, p. 891-893.

Kaganas & Sherman 1991:
F. Kaganas & B. Sherman, 'The Protection of Personality and Image; an Opportunity Lost', *E.I.P.R.* 1991, p. 340-343.

Kahl 2006:
W. Kahl, 'Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik. Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas', (131) *AöR* 2006, p. 579-620.

Kälin 1999:
W. Kälin, *Grundrechte im Kulturkonflict*, Bern: *s.i.* 1999, 233 p.

Kalkman-Bogerd 1996:
L.E. Kalkman-Bogerd, 'Kunstmatige voortplanting en draagmoederschap', *TvGR* 1996, p. 190-204.

Kalkman-Bogerd 1998:
L.E. Kalkman-Bogerd, 'Ontheffing en draagmoederschap', *FJR* 1998, p. 198-202.

Karlen 1988:
P. Karlen, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1988, 483 p.

Kästner 1991:
K.-H. Kästner, *Staatliche Justizhoheit und religiöse Freiheit. Über die Frage nach der staatlichen Kompetenz zur Rechtsschutzgewährung im Wirkungsbereich der Kirchen und Religionsgemeinschaften*, Tübingen: Mohr Siebeck 1991, 266 p.

Kaufman 1962:
H. Kaufman, 'Die Einrede der entgegenstehenden Gewissenspflicht', *AcP* 1962, p. 289-316.

Kaufmann 1978:
O.K. Kaufmann, 'Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Schweiz', *EuGRZ* 1978, p. 475-482.

Kay 1993:
R.S. Kay, 'The State Action Doctrine, the Public-Private Distinction, and the Independence of Constitutional Law', (10) *Const. Comment.* 1993, p. 329-360.

Kay 2005:
R.S. Kay, 'The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law', *E.H.R.L.R.* 2005, p. 466-479.

Kearns 2003:
P. Kearns, 'United Kingdom Judges and Human Rights Cases', in: E. Örücü (red.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, *s.l.*: UKNCCL 2003, p. 63-83.

Kern 2007:
G. Kern, *Rassendiskriminierung im Zivilrecht*, Baden-Baden: Nomos 2007, 188 p.

Kerr 1998:
I.R. Kerr, 'Indemnity for the Cost of Rearing Wanted Children from Unwanted Pregnancies', *Tort Law Review* 1998, 720-724.

Khol 1971:
A. Khol, 'The Protection of Human Rights in Relationships between Private Individuals: The Austrian Situation', in X. (red.), *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Parijs: Pedone 1971, p. 195-213.

Kiener & Kälin 2007:
R. Kiener & W. Kälin, *Grundrechte*, Bern: Stämpfli 2007, 484 p.
Kistenkas 1996a:
F. Kistenkas, 'Onrechtmatige perspublikaties: de bevrijding van de grondrechten', *Mediaforum* 1996, p. 2-4 & 17.
Kistenkas 1996b:
F. Kistenkas, 'Nogmaals onrechtmatige perspublicaties: botsing en weging', *Mediaforum* 1996, p. 84-85.
Kitamura 1998:
I. Kitamura, 'Liberté contractuelle et droit constitutionnel. Rapport de droit Japonais', in: A.M. Rabello en P. Sarcevic (red.), *Freedom of Contract and Constitutional Law (Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Ials/ Unesco) Held in Jerusalem, September 1994)*, Jerusalem: Hamaccabi Press 1998, p. 181-199.
Klass 2004:
N. Klass, *Rechtliche Grenzen des Realitätsfernsehens: Ein Beitrag zur Dogmatik des Menschenwürdeschutzes und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, 419 p.
Klein 1989:
E. Klein, 'Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates', *NJW* 1989, p. 1633-1640.
Klose 2002:
B. Klose, 'Grenzen einer Zurückverweisung der Sache duch das Berufungsgericht und Sachaufklärung im Artzhaftungsprozess', *Neue Justiz* 2002, p. 186-188.
Klug & O'Brien 2002:
F. Klug & C. O'Brien, 'The first two years of the Human Rights Act', *P.L.* 2002, p. 649-662.
Klug & Starmer 1997:
F. Klug & K. Starmer, 'Incorporation through the back door?', *P.L.* 1997, p. 223-233.
Klug 1999:
F. Klug, 'The Human Rights Act 1998, *Pepper v. Hart* and All That', *P.L.* 1999, p. 246-273.
Klug 2007:
F. Klug, 'A Bill of Rights: Do We Need One or Do We Already Have One?', *P.L.* 2007, p. 701-719.
Kment 2002:
M. Kment, 'Comparative Analysis of the "Horizontal Effect" of the Human Rights Act', (45) *German Yearbook of International Law* 2002, p. 363-394.
Koebel 1961:
U. Koebel, 'Grundrechte und Privatrecht', *JZ* 1961, p. 521-526.
Koekkoek & Konijnenbelt 1982:
A.K. Koekkoek & W. Konijnenbelt, 'Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet', in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 1-21.
Koekkoek 1985:
A.K., Koekkoek, 'De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht', *WPNR* 1985, p. 385-389, 405-412, 425-434.

Koens & van Wamelen 2001:
M.J.C. Koens & C.G.M. van Wamelen, *Kind en scheiding*, Den Haag: Koninklijke Vermandere 2001, 298 p.
Koopmans 1998:
T. Koopmans *et al.*, *Compendium van het Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 1998, 314 p.
Korinek & Gutknecht 1980:
K. Korinek & B. Gutknecht, 'Der Grundrechtsschutz', in H. Schambeck (red.), *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, Berlijn: Duncker & Humblot 1980, p. 291-324.
Korinek 1978:
K. Korinek, 'Bedeutung der Grundrechte (Generalbericht (II))', *EuGRZ* 1978, p. 489-499.
Kortmann & Bovend'Eert 2000:
C.A.J.M. Kortmann & P.T. Bovend'Eert, *Dutch Constitutional Law*, Den Haag (*etc.*): Kluwer Law International 2000, 212 p.
Kortmann 1987:
C.J.A.M. Kortmann, *De grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, 394 p.
Kortmann 1989:
C.J.A.M. Kortmann, 'Grondrechten in de nieuwe grondwet: vijf jaren toepassing in wetgeving en rechtspraak', in: L. Heyde *et al.* (red.), *Begrensde vrijheid* (Scheltens-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 230-241.
Krafka 2004:
A. Krafka, 'Die Rechtsprechung des BGH im Bürgschaftsrecht', *JA* 2004, p. 668.
Krause 1984:
P. Krause, 'Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht', *JZ* 1984, p. 656-663, 711-719 en 828-835.
Krauthammer 2000:
P. Krauthammer, *Das Schächtverbot in der Schweiz 1854-2000. Die Schächtfrage zwischen Tierschutz, Politiek und Fremdenfeindlichkeit* (diss.), Zurich: Schulthess 2000, 297 p.
Kretschmann 2005:
C. Kretschmann, 'Schuld und Sühne. Annäherungen an Erich Lüth', in: T. Henne & A. Riedlinger (red.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, p. 47-63.
Krisch 2008:
N. Krisch, 'The Open Architecture of European Human Rights Law', (71) *M.L.R.* 2008, p. 183-216.
Krotoschin 1964:
E. Krotoschin, 'Gerichterlicher Grundrechtsschutz, inbesondere Drittwirkung der Grundrechte, nach argentinischem Recht', *RdA* 1964, p. 128-132.
Krüger 1949:
H. Krüger, 'Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung', *NJW* 1949, p. 163-166.
Krüger 1954:
H. Krüger, 'Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissensgründen im Arbeitsrecht', *RdA* 1954, p. 365-375.

Krzemińska 2004:
J. Krzemińska, 'Poland', (rapportage RTN Fundamental Rights and Private Law in the European Union, ongepubliceerd, 2004).

Kuhlbrodt 2005:
D. Kuhlbrodt, 'Veit Harlan und sein Film "Jud Süß"', in: T. Henne & A. Riedlinger (red.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, p. 65-78.

Kühn 2005:
Z. Kühn, 'Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies', in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 217-240.

Kull 2007:
I. Kull, 'Unfair Contracts of Suretyship – a Question about the Horizontal effect of Fundamental Rights or about the Application of Contract Law Principles?', *Juridica International* XII 2007, p. 36-45.

Kumm & Ferreres Comella 2005:
M. Kumm & V. Ferreres Comella, 'What is so Special about Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect', in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 241-286.

Kumm 2005:
M. Kumm, 'The Idea of Thick Constitutional Patriotism and Its Implications for the Role and Structure of European Legal History', *German Law Journal* 2005, p. 319-354.

Kumm 2006:
M. Kumm, 'Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law', *German Law Journal* 2006, p. 341-370.

Kyriacopoulos 1957:
E. Kyriacopoulos, 'Zur Einwirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention auf die Verfassung Griechenlands', in: D.S. Constantopoulos, C.Th. Eustathiades & C.N. Fragistas (red.), *Grundprobleme des internationalen Rechts. Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn: Schimmelbusch 1957, 285-306.

Labayle 1998:
H. Labayle, 'Droits fondamentaux et droit européen', 1998 *AJDA*, bijzondere editie, p. 75-91.

Laenens 1982:
J. Laenens, 'Geschillenbeslechtingsovereenkomsten en de grondrechten', in K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 279-310.

Laenens, Broeckx & Scheers 2004:
J. Laenens, K. Broeckx & D. Scheers, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen: Intersentia 2004, 691 p.

Lalaut 1999:
C. Lalaut, 'Le contrat et la Convention européenne des droits de l'homme', *Gaz. Pal*. 1999, I, 1 Doc, p. 554-564.
Lambrechts 1986:
W. Lambrechts, 'Het statuut van de godsdienstleerkrachten in het Rijksonderwijs en het tweede huwelijk na echtscheiding', *R.W.* 1986-87, p. 260-262.
Landa 2000:
C. Landa, 'The 50th Anniversary of the Bonn Basic Law: Its Significance and the Contribution to the Strengthening of the Democratic State', (48) *JÖR (NF)* 2000, p. 25-37.
Larenz 1958:
K. Larenz , 'Schadenersatz wegen unbefugter Veröffentlichung eines Bildes', *NJW* 1958, p. 827-829.
Lasser 2005:
M. de S.-O.-l'E. Lasser, 'The European Pasteurization of French Law', (90) *Cornell Law Review* 2005, p. 995-1083.
Laufke 1956:
F. Laufke, 'Vertragsfreiheit und Grundgesetz', in H.C. Nipperdey (red.), *Das deutsche Privatrecht in der mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, I, Berlijn: Walter De Gruyter et al. 1956, p. 145-188.
Le Bot 2007:
O. Le Bot, 'La protection de l'animal en droit constitutionnel. Étude de droit comparé', *Lex Electronica* 2007, vol. 12, nr. 2, 54 p.
Le Guidec 1997:
R. Le Guidec, 'Chronique Successions et libéralités', *JCP* 1997, I. 4021.
Lebreton 1996:
G. Lebreton, [noot onder CE 27 oktober 1995], *D.* 1996, Jur, p. 177-180.
Leenders 1998:
M.A.J. Leenders, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk in de communautaire rechtsorde?', in: L.M.F. Besselink & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grenzen aan grenzenloosheid – Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming en de Europese Unie*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 147-164.
Leenen 1993:
H.J.J. Leenen, [noot onder HR 18 juni 1993], *TvGR* 1993, p. 378-380.
Leigh 1999:
I. Leigh, 'Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?', *ICLQ* 1999, p. 57-87.
Leisner 1960:
W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, Munchen: Beck 1960, 414 p.
Leleu 2001:
Y.-H. Leleu, 'Erfrechtelijke discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen: *quousque tandem, Gallia, abutere patientia nostra*?', *TPR* 2001, p. 1353-1384.
Lemmens 2002:
K. Lemmens, 'Sic transit gloria mundi: over vergeten en vergaan in het recht', in: S. Parmentier *et al.* (red.), *Mensenrechten. Jaarboek 2000-2001 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2002, p. 45-70.

Lemmens 2003:
K. Lemmens, '"Taisez-vous, Elkabbach!" L'interdiction de censure à la lumière des pratiques sociales', *RBDC* 2003, p. 375-395.
Lemmens 2005:
P. Lemmens, *Vrijheid van meningsuiting. Een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden (Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland)*, Deventer: Kluwer 2005, 103 p.
Lemmens 2006:
K. Lemmens, 'Wie is Demol? Bedenkingen bij een boek en een arrest', *A&M* 2006, p. 147-160.
Lemouland 2005:
J.-J. Lemouland, 'La filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée: une question de temps', *D.* 2005, Jur., p. 2125-2127.
Lepa 1995:
M. Lepa, 'Die Einwirkung der Grundrechte auf die Anwendung des Deliktsrechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs', in: Deutsch *et al.* (red.), *Festschrift für Erich Steffen zum 65 Geburtstag am 28. Mai 1995. Der Schadenersatz und seine Deckung*, Berlijn: Walter de Gruyter 1995, p. 261-272.
Lepage 2003:
A. Lepage, [noot onder Cass. Soc. 26 november 2002], *D.* 2003, Somm., p. 1536.
Lepsius 2003:
O. Lepsius, 'Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre', in: C. Gusy (red.), *Weimars lange Schatten. Weimar als Argument nach 1945*, Baden-Baden: Nomos 2003, p. 354-394.
Letteron 1996:
R. Letteron, 'Le droit à l'oubli', *RD Publ.* 1996, p. 385-424.
Levinet 2006:
M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, Brussel: Nemesis/Bruylant 2006, 455 p.
Levy 1900a:
J.A. Levy, 'Recht tot vereeniging', *W.* 1900, nr. 7514, p. 4.
Levy 1900b:
J.A. Levy, 'Recht tot vereeniging', *W.* 1900, nr. 7518, p. 4.
Levy 1901a:
J.A. Levy, 'Machteloos!', *W.* 1901, nr. 7526, p. 4.
Levy 1901b:
J.A. Levy, 'Conflict van rechten', *W.* 1901, nr. 7532, p. 4.
Levy 1901c:
J.A. Levy, 'Jellineksche rechten', *W.* 1901, nr. 7533, p. 4.
Levy 1993:
M. Levy, 'La liberté d'expression et la protection de la personnalité d'autrui', *Rev. trim. dr. h.* 1993, p. 147-170.
Lewan 1968:
K.M. Lewan, 'The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany', (17) *I.Q.L.Q*, p. 571-601.
Liboreiro 2007:
A.R. Liboreiro, 'Spain. A Jurisdiction Recognising the Direct Horizontal Application of Human Rights', in: D. Oliver & J. Fedtke (red.), *Human Rights and the Private*

Sphere. A Comparative Study, Londen & New York: Routledge-Cavendish 2007, p. 378-398.

Liebenberg 2008:
S. Liebenberg, 'The application of socio-economic rights to private law', *TSAR* 2008, p. 464-480.

Limbach 2000:
J. Limbach, 'The Protection of Human Rights in Germany', in B.S. Markesinis (red.), *The Clifford Chance Millennium Lectures. The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing 2000, p. 153-162.

Lindenbergh 1999:
S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1665-1707.

Lindenbergh 2003:
S.D. Lindenberg, 'Blij met de geboorte van … een schadeclaim. Schadevergoeding wegens wrongful birth en wrongful life', *AA* 2003, p. 365-374.

Lindenbergh 2004:
S.D. Lindenbergh, 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 2004, p. 977-986.

Lindenbergh 2006:
S.D. Lindenbergh, 'The Constitutionalisation of Private Law in the Netherlands', in T. Barkhuysen & S.D. Lindenbergh (red.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden: Martinus Nijhoff 2006, p. 59-82.

Linder 1987:
M. Linder, *The Supreme Labour Court in Nazi Germany: A Jurisprudential Analysis*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1987, 290 p.

Lindner 1999:
J.F. Lindner, 'Normerlaßgebot, Normerlaßverbot, Normerlaßdelegation', *Humboldt Forum Recht* 1999, Bijdrage 8, 22 p.

Lindner 2005:
J.F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 611 p.

Llamas 1994:
Á. Llamas, 'Una aproximación garantista a las fuentes de los derechos fundamentales', *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 1994, p. 695-713.

Loebenstein 1983:
E. Loebenstein, 'Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht, inbesondere unter dem Blickwinkel der Privatautonomie und des Gleichheitssatzes', in: W. Schwartz *et al.* (red.), *Festschrift für Rudolf Strasser zum 60. Geburtstag. Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung*, Wenen: Manz'sche 1983, p. 759-791.

Loebenstein 1988:
E. Loebenstein, 'Einige Überlegungen über ein Grundrecht auf Rechtsschutz', in: M. Nowak, D. Steurer & H. Tretter (red.), *Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte. Festschrift für Felix Ermacora*, Kehl/ Straatsburg/ Arlington: N.P. Engel 1988, p. 250-292.

López de la Peña Saldías 2003:
J.F. López de la Peña Saldías, 'Nueva concepción del derecho a la intimidad: comentario a la Sentencia de la Sala 1a del Tribunal Supremo núm. 431/2003, de 29 abril', *RJ* 2003, p. 199-202.

Lord Hoffmann 1999:
Lord Hoffmann, 'Human Rights and the House of Lords', *M.L.R.* 1999, p. 159-166.
Lord Irvine of Lairg 1998:
Lord Irvine of Lairg, 'The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights', *P.L.* 1998, p. 221-236.
Lord Lester of Herne Hill 1998:
Lord Lester of Herne Hill, 'The Art of the Possible – Interpreting Statutes under the Human Rights Act', *E.H.R.L.R.* 1998, p. 665-675.
Lübbe-Wolff 2006:
G. Lübbe-Wolff, 'ECHR and national jurisdiction. The Görgülü Case', *Humboldt Forum Recht* 2006, Bijdrage 12, p. 1-8.
Lucas Pires 1975:
F. Lucas Pires, *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra: [Imprensa de Coimbra] 1975, 175 p.
Luchaire 1981:
F. Luchaire, 'Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux', in: L. Favoreu (red.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux (Actes du IIe Colloque d'Aix-en-Provence 19-20 et 21 Février 1981)*, Parijs/Aix-en-Provence: Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1982, p. 55-104.
Luijten & Meijer 2006:
E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, 'De uitleg van een uiterste wil door het EHRM', *Nieuw Erfrecht* 2006, p. 35-39.

Mackenzie 2002:
A.P. Mackenzie, 'Privacy – A New Right in UK Law', *Scots Law Times* 2002, p. 98-101.
Maclean 2001:
A.R. Maclean, 'A Crossing of the Rubicon on the Human Rights Ferry', *M.L.R.* 2001, p. 775-794.
Madry 1992:
R. Madry, 'State Action and the Obligation of the States to Prevent Harm: The Rehnquist Transformation and the Betrayal of Fundamental Commitments', (65) *Southern California Law Review* 1992, p. 781-844.
Maes 2006:
G. Maes, 'Bescherming van eigenheid en privéleven van leerkrachten in het vrij onderwijs', *T.O.R.B.* 2006-07, p. 188-212.
Mahlmann 2003:
M. Mahlmann, 'Judicial Methodology and Fascist and Nazi Law', in: C. Joerges & N. Singh Ghaleigh (red.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford/Portland: Hart 2003, p. 229-241.
Mahoney 2005:
P. Mahoney, 'The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (red.), *Comparative Law before the Courts*, Londen: BIICL 2005, p. 135-150.

Mak 2004:
C. Mak, 'De meerwaarde van grondrechten in het privaatrecht', *NTBR* 2004, p. 124-130.
Mak 2007:
C. Mak, 'Harmonising Effects of Fundamental Rights in Contract Law', *Erasmus Law Review* 2007, p. 59-79.
Mak 2008:
C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law*, Austin *et al*: Kluwer 2008, 364 p.
Marguénaud & Mouly 1999:
J.-P. Marguénaud & J. Mouly, 'Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail: du bon usage du principe européen de proportionnalité' (noot onder Cass. 12 januari 1999), *D.* 1999, Jur. Comm., p. 645-648.
Marguénaud 1996:
J.-P. Marguénaud, 'Sources européennes', *Rev. trim. dr. civ.* 1996, p. 1019-1030.
Marguénaud 1997a:
J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Parijs: Dalloz 1997, 147 p.
Marguénaud 1997b:
J.-P. Marguénaud, 'Sources européennes', *Rev. trim. dr. civ.* 1997, p. 540-553.
Marguénaud 1998:
J.-P. Marguénaud, 'Le juge judiciaire et l'interprétation européenne', in: F. Sudre (red.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel: Bruylant/Nemesis 1998, p. 231-249.
Marguénaud 2003:
J.-P. Marguénaud, 'Digicode, liberté de religion et effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme', *Rev. trim. dr. civ.* 2003, p. 383-386.
Marino 2002:
L. Marino, [noot onder Cass. 12 juli 2001], *D*. 2002, Somm. comm. p. 2298-2299.
Maris 1969:
A.G. Maris, 'Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?', in: *Handelingen 1969 der Nederlandse Juristenvereniging*, Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 7-67.
Markesinis 1990:
B. Markesinis, 'Our Patchy Law of Privacy – Time to do Something about It', *M.L.R.* 1990, p. 802-809.
Markesinis 2001:
B.S. Markesinis, *Always on the same path. Essays on foreign law and comparative methodology II*, Oxford: Hart 2001, 431 p.
Markesinis e.a. 2004:
B. Markesinis, C. O'Cinneide, J. Fedtke & M. Hunter-Henin, 'Concerns and Ideas About the Developing English Law of Privacy (And How Knowledge of Foreign Law Might Be of Help)', *Am. J. Comp. L.* 2004, p. 133-208.
Markesinis, Unberath & Johnston 2006:
B. Markesinis, H. Unberath & A. Johnston, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, Oxford *et al.*: Hart 2006, 979 p.

Markus 2003:
K. Markus, '*Leonard Chesire Foundation*: What is a public function?', *E.H.R.L.R.* 2003, p. 92-100.
Marshall 1999:
G. Marshall, 'Two Kinds of Compatibility: More about Section 3 of the Human Rights Act 1998', *P.L.* 1999, p. 377-383.
Marshall Barberán 2007:
P. Marshall Barberán, 'Los derechos fundamentales como valores', *Revista Telemática de Filosofia del Derecho*, nr. 10, 2006-2007, bijzondere editie, p. 207-228.
Martens 2000a:
S.K. Martens, 'Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de nationale rechter', *NJCM*-Bulletin 2000, p. 753-760.
Martens 2000b:
P. Martens, 'Encore la dignité humaine: réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte', in: P. Lambert (pass. red.), *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussel: Bruylant 2000, p. 561-579.
Martha 1994:
R.S.J. Martha, 'Derdenwerking van artikel 26 IVBPR', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 865-878.
Martin 1996:
R. Martin, 'Bail d'habitation et convention européenne des droits de l'homme', *Loyers et copr.* 1996, p. 1159-1162.
Martínez Estay 1998:
J. I. Martínez Estay, 'Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: La doctrina del efecto horizontal de los derechos', *Revista Chilena de Derecho* 1998, *n.f.*
Martínez-Pujalte 1997:
A.-L. Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1997, 150 p.
Massip 2004a:
K. Massip, [noot onder TGI Nancy 16 mei 2003], *JCP* 2004, II.10036, p. 457-458.
Massip 2004b:
J. Massip, [noot onder Cass. 17 september 2003], *D.* 2004, p. 660-661.
Mast & Dujardin 1983:
A. Mast & J. Dujardin, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent: Story-Scientia 1983, 603 p.
Masterman 2005:
R. Masterman, 'Taking the Strasbourg Jurisprudence into Account: Developing a "Municipal Law of Human Rights" under the Human Rights Act', (54) *ICLQ* 2005, p. 907-932.
Mastronardi 1978:
P. Mastronardi, *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, Berlijn: Duncker & Humblot 1978, 331 p.
Mathieu 1995:
B. Mathieu, 'Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme', *D.* 1995, Chr., p. 211-212.

Mathieu-Izorche 2004:
M.-L. Mathieu-Izorche, 'La liberté contractuelle', in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche & T. Revet (red.), *Libertés et droits fondamentaux*, Parijs: Dalloz 2004, p. 633-647.
Maunz & Zippelius 1988:
T. Maunz & R. Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, Munchen: Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1988, 455 p.
Mayer 1985:
U. Mayer, 'Arbeits- und sozialrechtliche Probleme der Gewissensfreiheit', *AuR* 1985, p. 105-113.
Mayer 1990:
H. Mayer, 'Der "Rechtserzeugungszusammenhang" und die sogenannten "Drittwirkung" der Grundrechte', *JBl.* 1990, p. 768 *et seq.*
Mayer 1992:
H. Mayer, 'Nochmals zur sogenannten "Drittwirkung" der Grundrechte', *JBl.* 1992, 768 *et seq.*
Mayer-Maly 1976:
T. Mayer-Maly, [noot bij LAG Saarbrücken 29 oktober 1975], *NJW* 1976, p. 1118-1119.
Mayer-Tasch 2002:
P.C. Mayer-Tasch, 'From Fundamental Human Rights to Fundamental Rights of Nature', paper conferentie Sustainable Development and Responsibility: Towards a New Global Ecological Order. An Assessment of the Johannesburg World Summit, Athene 21 oktober 2002.
Mazeaud 1999:
D. Mazeaud, 'Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?', in: F. Terré (red.), *L'avenir du droit: mélanges en hommage à François Terré*, Parijs: Dalloz 1999, p. 603-634.
McDermont 2003:
M. McDermont, 'The Elusive Nature of the "Public Function": *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd* v *Donoghue*', *M.L.R.* 2003, p. 113-123.
McDonald 2006:
B. McDonald, 'Privacy, Princesses, and Paparazzi', *New York Law School Law Review* 2005-2006, p. 205-236.
McLean & Mackey 2007:
A. McLean & C. Mackey, 'Is there a Law of Privacy in the UK? A Consideration of Recent Legal Developments', *E.I.P.R.* 2007, p. 389-395.
Mead 2003:
D. Mead, 'Strasbourg succumbs to the temptation "to make a God of the right of property": peaceful protest on private land and the ramifications of *Appleby v UK*', *J. Civ. Lib.* 2003, p. 98-112.
Medicus 1992:
D. Medicus, 'Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht', (192) *AcP* 1992, p. 35-70.
Mehring 2000:
R. Mehring, 'The Decline of Theory (Introduction)', in: A.J. Jacobson & B. Schlink (red.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley *etc.*: University of California Press 2000, p. 313-320.

Mehrings 1997:
J. Mehrings, 'Die Parabolantenne – eine unendliche Geschichte?', *NJW* 1997, p. 2273-2277.
Meisel 2004:
F. Meisel, 'The *Aston Cantlow* case: blots on English jurisprudence and the public/private law divide', *P.L.* 2004, p. 2-11.
Melchiar 1964, p. 30:
E. Melchiar, *Die Entwicklung der Grundrechte in Österreich*, in: *Verhandlungen des Zweiten Österreichischen Juristentages*, Band I/2, Wenen: Manz'sche 1964, 34 p.
Mendes 2006:
L.S.F. Mendes, 'Um Debate Acerca da Renúncia aos Direitos Fundamentais: Para um Discurso dos Direitos Fundamentais como um Discurso de Liberdade', *Revista Direito Público* (Brazilië) 2006, nr. 13, p. 121-133.
Mendoza Escalante 2006:
M. Mendoza Escalante, 'Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano', in: M. Carrasco Durán et al. (red.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. I, Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi 2006, p. 1377-1392.
Mentink 2006:
J. Mentink, *Veel raad, weinig baat: een onderzoek naar nut en noodzaak van de Nederlandse Raad voor de Journalistiek*, Rotterdam: Donker 2006, 319 p.
Mestre & Fages 2003:
J. Mestre & B. Fages, 'Obligations en général (Chronique)', *Rev. trim. dr. civ.* 2003, p. 282-300.
Mestre 1992:
J. Mestre, 'Obligations et contrats spéciaux – Obligations en général', *Rev. trim. dr. civ.* 1992, p. 78-107.
Mestre 1994:
J. Mestre, 'L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations', *ERPL* 1994, p. 31-45.
Mestre 1996:
J. Mestre, 'Obligations et contrats spéciaux – Obligations en général', *Rev. trim. dr. civ.* 1996, p. 892-911.
Meuwissen 1967:
D.H.M. Meuwissen, 'Grondrechten en Rechtspraak in de Proeve', *RM Themis* 1967, p. 382-457.
Meyer-Ladewig & Petzold 2005:
J. Meyer-Ladewig & H. Petzold, 'Die Bindungswirkung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR. Neues aus Straßburg und Karlsruhe', *NJW* 2005, p. 15-20.
Mijangos y González 2008:
J. Mijangos y González, 'The doctrine of the Drittwirkung der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights', *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 2008/1, 31 p.
Milmo 2003:
P. Milmo, 'Courting the Media', *European Human Rights Review* 2003, bijzondere editie, p. 1-11.
Mirabail 2004:
S. Mirabail, noot onder Cass. 12 mei 2004, *D.* 2005, p. 1766-1768.

Mirabelli 2000:
C. Mirabelli, 'Preliminary Reflections on Fundamental Rights as the Basis of a Common European Law', in: B.S. Markesinis (red.), *Millenium Lectures*, Oxford: Hart 2000, p. 225-237.
Möllers 2005:
C. Möllers, 'Wandel der Grundrechtsjudikatur', *NJW* 2005, p. 1973-1979.
Moltmaker & van Hoeven-Oud 1989:
J.K. Moltmaker & J.M.T. van Hoeven-Oud, 'Het afstammingsrecht in Nederland' (Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), *T.P.R.* 1989, p. 1491-1537.
Moltmaker 1990:
J.K. Moltmaker, 'Juridische gevolgen van moderne voortplantingstechnieken', in: H. de Doelder, W.B.M. Tomesen & A.H. van Wijk (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1990, p. 133-142.
Monahan 1987:
P. Monahan, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and Supreme Court of Canada*, Toronto: Carswell 1987, 260 p.
Monateri & Somma 2005:
P.G. Monateri & A. Somma, 'The Fascist Theory of Contract', in: C. Joerges & N. Singh Ghaleigh (red.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford/Portland: Hart 2003, p. 55-70.
Monteiro 2003:
M.P. Monteiro, [noot onder Cass. 13 juli 2001], *ERPL* 2003, p. 220-224.
Moreham 2001:
N.A. Moreham, '*Douglas and others* v *Hello! Ltd* – the Protection of Privacy in English Private Law', *M.L.R.* 2001, p. 767-774.
Moreham 2005:
N.A. Moreham, 'Privacy in the Common Law: A Doctrinal and Theoretical Analysis', *L.Q.R.* 2005, p. 628-656.
Moreham 2007:
N. Moreham, 'Privacy and Horizontality: Relegating the Common Law', (123) *L.Q.R.* 2007, p. 373-378.
Morelli 1996:
S. Morelli, 'L'applicazione diretta della costituzione nei rapporti interindividuali', *Giust. Civ.* 1996, II, p. 537 – 548.
Morelli 1997:
S. Morelli, 'Fondamento costituzionale e techniche di tutela dei diritti della personalità', *Giust. Civ.* 1997, II, p. 515-524.
Morelli 1999:
M. Morelli, 'Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici', *Giust. Civ* 1999, II, p. 3-15.
Morgan 2003:
J. Morgan, 'Privacy, Confidence and Horizontal Effect: "Hello" Trouble', *Cambridge Law Journal* 2003, p. 444-473.
Morris & Saintier 2003:
A. Morris & S. Saintier, 'To Be or Not To Be: Is that the Question? Wrongful life and Misconceptions', (11) *Medical Law Review* 2003, p. 167-193.

Morrow 2005:
K.L. Morrow, 'The Rights Question: The Initial Impact of the Human Rights Act on Domestic Law relating to the Environment', *J.P.L.* 2005, p. 1010-1021.
Morvay 1961:
W. Morvay, 'Rechtsprechung nationaler Gerichte zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4 November 1950 (MRK) nebst Zusatzprotokoll vom 20 März 1952 (ZP)', *ZaöRV* 1961, p. 89-112 & 316-347.
Mössner 1974:
J. M. Mössner, 'Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung', *AöR* 1974, p. 193-242.
Mota Pinto 1999:
P. Mota Pinto, 'O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade', in: A. de Pádua Ribeiro *et al.*, *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra: Coimbra Editora 1999, p. 149-249.
Moutel 2001:
B. Moutel, 'Une lente appropriation de l'effet horizontal', in: J.-P. Marguénaud (red.), *CEDH et droit privé*, Parijs: La Documentation française 2001, p. 162-169.
Moutel 2006:
B. Moutel, *L'"effet horizontal" de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées* (diss. U Limoges), *s.l.*: *s.i.* 2006, 495 p.
Mulheron 2006:
R. Mulheron, 'A potential Framework for Privacy? A Reply to *Hello!*', *M.L.R.* 2006, p. 679-713.
Müller & Richter 2008:
F. Müller & T. Richter, 'Report on the Bundesverfassungsgericht's (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006', *German Law Journal* 2008, p. 161-194.
Müller 1964:
G. Müller, 'Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip', *RdA* 1964, p. 121-128.
Müller 1973:
J.P. Müller, 'Soziale Grundrechte in der Verfassung?', (92) *ZSR (NF)* 1973, p. 687-964.
Müller 1978:
J.P. Müller, 'Grundrechte und staatleitende Grundsätze im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie', (97) *ZSR (NF)* 1978, p. 265-283.
Müller 1982:
J.P. Müller, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Bern: Stämpfli & Cie 1982, 201 p.
Müller 1994:
M.O. Müller, 'Parabolantenne und Informationsfreiheit', *NJW* 1994, p. 101-103.
Müller 2001:
J.P. Müller, 'Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten', in: J.-F. Aubert & J.P. Müller (red.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Schulthess: Zürich 2001, p. 621-645.
Müller 2006:
J.-W. Müller, 'On the Origins of Constitutional Patriotism', *Contemporary Political Theory* 2006, nr. 5, p. 278-296.

Müller-Freienfels 1964:
W. Müller-Freienfels, 'Zur Scheidung wegen Glaubenswechsels', *JZ* 1964, p. 305-310, 344-349.
Mundlak 2000:
G. Mundlak, 'Generic or Sui-generis Law of Employment Contracts?', (16) *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2000, p. 309-335.
Murray & Phelan 2000:
J.L. Murray & D.R. Phelan, 'La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Irlande', in: J. Iliopoulos-Strangas (red.), *La protection des droits sociaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athene/Brussel/Baden-Baden: Ant. N. Sakkoulas/Bruylant/Nomos 2000, p. 487-558.
Muscheler 1999:
K. Muscheler, [noot onder BGH 2 december 1998], *ZEV* 1999, p. 151 *et seq.*

Nabben & van de Luijtgaarden 1996:
P.F.P. Nabben & H.J.L.M van de Luijtgaarden, *De ultieme vrijheid,* Deventer: Kluwer 1996, 134 p.
Naeyé 1995:
J. Naeyé, 'De reikwijdte van fundamentele rechten in strafzaken – enkele thema's', in: *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1995-I), Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 223-302.
Naranjo de la Cruz 2005:
R. Naranjo de la Cruz, '25 Jahre Spanische Verfassung – eine Kongress-Chronik', (53) *JÖR (NF)* 2005, p. 391-400.
Nehmelman 2002:
R. Nehmelman, Het *algemene persoonlijkheidsrecht (een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland)*, Deventer: Kluwer, 2002, 288 p.
Nelken 2007:
D. Nelken, 'Comparative Law and Comparative Legal Studies', in: E. Örücü & D. Nelken (red.), *Comparative Law: a Handbook*, Oxford: Hart 2007, p. 3-42.
Nerken 1977:
I. Nerken, 'A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the Civil Rights Cases and State Action Theory', (12) *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 1977, p. 297-366.
Neumann 2000:
V. Neumann, 'Carl Schmitt (Introduction)', in: A.J. Jacobson & B. Schlink (red.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley *etc*.: University of California Press 2000, p. 280-290.
Nielsen 2000:
R. Nielsen, 'La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique du Danemark', in: J. Iliopoulos-Strangas (red.), *La protection des droits sociaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athene/Brussel/Baden-Baden: Ant. N. Sakkoulas/Bruylant/Nomos 2000, p. 225-251.
Nießen 2005:
H. Nießen, *Die Wirkung der Grundrechte im deutschen und italienischen Privatrecht*, Hamburg: Kovač 2005, 373 p.

Nieuwenhuis 2000:
J.H. Nieuwenhuis, 'De constitutie van het burgerlijk recht', *RM Themis* 2000, p. 203-211.
Nieuwenhuis 2001:
J.H. Nieuwenhuis, 'Promises, promises. Over contracten en andere afspraken', *NJB* 2001, p. 1795-1799.
Nipperdey 1951:
H.C. Nipperdey, 'Gleicher Lohn für gleiche Leistung', *BB* 1951, p. 282-284.
Nipperdey 1961:
H.C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht* (Oratie Keulen), Krefeld: Scherpe 1961, 27 p.
Nipperdey 1968:
H.C. Nipperdey, 'Die Würde des Menschen', in: F.L. Neumann, H.C. Nipperdey & U. Scheuner (red.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, II, Berlijn: Duncker & Humblot 1968, p. 1-50.
Nipperdey 1972:
H.C. Nipperdey, 'Freie Entfaltung der Persönlichkeit', in: K.A. Bettermann & H.C. Nipperdey (red.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, IV/2, Berlijn: Duncker & Humblot 1972, p. 741-909.
Nordemann 1962:
W. Nordemann, [noot bij BAG 29 juni 1962], *NJW* 1963, p. 73-74.
Novak 1984:
R. Novak, 'Zur Drittwirkung der Grundrechte. Die österreichische Lage aus rechtsvergleichender Sicht', *EuGRZ* 1984, p. 133-147.
Nuytinck 1998:
A.J.M. Nuytinck, 'Wie is moeder van een kind' (nr. 176), in: M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck (red.), *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 142-143.

O'Callaghan 2006:
P. O'Callaghan, 'Fundamental Rights and Private Law: The approach of the Irish Courts', in: A. Furrer (red.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern: Stämpfli 2006, p. 249-262.
O'Cinneide 2007:
C. O'Cinneide, 'Irish Constitutional Law and Direct Horizontal Effect – A Successful Experiment?', in: J. Fedtke & D. Olivier (red.), *Human Rights and the Private Sphere*, Londen & New York: Routledge 2007, p. 213-251.
O'Regan 1999:
K. O'Regan, 'The Best of Both Worlds? Some Reflections on the interaction between the Common Law and the Bill of Rights in our new Constitution', *Potchefstroom Electronic Law Journal* 1999, *s.f.*
Oberdorff 2003:
H. Oberdorff, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Parijs: Dalloz/Colin 2003, 313 p.
Odendahl 1998:
K. Odendahl, 'Das "Luth-Urteil"', *JA* 1998, p. 933-937.

Oeter 1994:
S. Oeter, '"Drittwirkung" der Grundrechte und Autonomie des Privatrechts', 119 *AöR* 1994, p. 529-563.
Öhlinger & Stelzer 2000:
T. Öhlinger & M. Stelzer, 'La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Autriche', in J. Iliopoulos-Strangas (red.), *La protection des droits sociaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athene/Brussel/Baden-Baden: Ant. N. Sakkoulas/Bruylant/Nomos 2000, p. 105-169.
Ohlinger 1982:
T. Ohlinger, 'Objet et portée de la protection des droits fondamentaux – Cour constitutionnelle autrichienne', in L. Favoreu (red.), Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux (Actes du IIe Colloque d'Aix-en-Provence 19-20 et 21 Février 1981), Parijs/Aix-en-Provence: Economica/Presses Universitaires d'Áix-Marseille 1982, p. 335-380.
Okuno 2008:
H. Okuno 'Captive Audience Speeches in Japan: Freedom of Speech of Employers v. Worker's Rights and Freedoms', (29) *Comparative Labor Law and Policy Journal* 2008, p. 129-146.
Oliver 2000:
D. Oliver, 'The Human Rights Act and Public Law/ Private Law Divides', *E.H.R.L.R.* 2000, p. 343-355.
Oliver 2004:
D. Oliver, 'Functions of a Public Nature under the Human Rights Act', *P.L.* 2004, p. 329-351.
Oliver 2007:
D. Oliver, 'England and Wales. The Human Rights Act and the Private Sphere', in: D. Oliver & J. Fedtke (red.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Londen & New York: Routledge-Cavendish 2007, p. 63-97.
Onufrio 2007:
M.V. Onufrio, 'The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian systems: is horizontal indirect effect like direct effect?', *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 2007/4, 13 p.
Opdebeek 1992:
I. Opdebeek, 'De woonplaatsverplichting voor gemeentepersoneel', *T. Gem* 1992, p. 105-107.
Opdebeek 2003:
I. Opdebeek, 'Vrije woonstkeuze, ook voor ambtenaren, *T. Gem.* 2003, p. 56-61.
Örücü 1999:
E. Örücü, 'Comparative Law in British Courts', in: U. Drobnig & S. Van Erp (red.), *The Use of Comparative Law by Courts*, Den Haag: Kluwer 1999, p. 252-295.
Örücü 2003:
E. Örücü, 'Wither Comparativism in Human Rights Cases?', in: E. Örücü (red.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, *s.l.*: UKNCCL 2003, p. 229-242.
Örücü 2004:
E. Örücü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-first Century*, Leiden & Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2007, 242 p.

Ossipow 2003:
W. Ossipow, 'La double logique des relations église/état en Suisse: une perspective de théorie politique', *Archives de Sciences sociales des Religions* 2003, p. 41-56.
Overkleeft-Verburg 2000:
G. Overkleeft-Verburg, 'Artikel 10', in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet: een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 155-178.

Pacteau 1998:
B. Pacteau, 'Le juge administrative français et l'interprétation européenne', in: F. Sudre (red.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel: Bruylant/Nemesis 1998, p. 251-287.
Paladin 1993:
L. Paladin, 'Costituzione, Preleggi e Codice Civile', *Rivista di Diritto civile* 1993, I, p. 19-39.
Palmer 1999:
S. Palmer, 'The Human Rights Act 1998: Bringing Rights Home', in: A. Dashwood & A. Ward (red.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume I: 1998*, Oxford: Hart 1999, p. 125-146.
Palmer 2007:
S. Palmer, 'Public, private and the Human Rights Act 1998: an Ideological Divide', *Cambridge Law Journal* 2007, 559-573,
Pardo Falcón 2003:
J. Pardo Falcón, 'La justicia constitucional como factor de impulso democrático en iberoamérica', paper *VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (Sevilla 3-5 december 2003), ongepubliceerd, 28 p.
Partsch 1962:
K.J. Partsch, 'Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention', in: K.A. Betterman, F.L. Neumann & H.C. Nipperdey (red.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, I/1, Berlijn: Duncker & Humblot 1966, p. 235-492.
Pauliat & Saint-James 2001:
H. Pauliat & V. Saint-James, 'L'effet horizontal de la CEDH', in: J.-P. Marguénaud (red.), *CEDH et droit privé*, Parijs: La Documentation française 2001, p. 75-100.
Pavia 2004:
M.-L. Pavia, 'La dignité de la personne humaine', in: R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche & T. Revet (red.), *Libertés et droits fondamentaux*, Parijs: Dalloz 2004, p. 139-156.
Peces-Barba Martínez 1995:
G. Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid: Universidad Carlos III: Boletín Oficial del Estado 1995, 720 p.
Pedrajas Moreno 1992:
A. Pedrajas Moreno, *Despidos y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta 1992, 395.
Peglow da Rosa 2007:
M. Peglow da Rosa, 'A função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia', document *Conpedi* (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), ongepubliceerd, 2007, 19 p.

Pereira 2006:
J.R.G. Pereira, 'Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares', in: L.R. Barroso (red.), *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro *et al.*: Renovar 2006, p. 119-192.
Pereira da Silva 1987:
V. Pereira da Silva, 'A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias', *RDES* 1987, p. 259-274.
Perez Luño 1986:
A.E. Perez Luño, Derechos humanos, Estado de derecho y Constitucion, Madrid: Tecnos 1986, 492 p.
Pernthaler 1969:
P. Pernthaler, 'Die Grundrechtsreform in Österreich', 1969 *AöR*, p. 31-84.
Pessoa da Costa 2007:
A. Pessoa da Costa, *Direitos fundamentais entre particulares na ordem jurídica constitucional brasileira* (Dissertação de Mestrado Universidade Federal do Ceará), Fortaleza: *s.i.* 2007, 181 p.
Peters 1981:
J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, 254 p.
Philip 1989:
L. Philip, 'La protection des droits fondamentaux en France', *JÖR (NF)* 1989, p. 119-136.
Phillipson & Fenwick 2000:
G. Phillipson & H. Fenwick, 'Breach of Confidence as a Privacy Remedy in the Human Rights Act Era', *M.L.R.* 2000, p. 660-693.
Phillipson 1999:
G. Phillipson, 'The Human Rights Act, "Horizontal Effect" and the Common Law: a Bang or a Whimper?', *M.L.R.* 1999, p. 824-849.
Phillipson 2003a:
G. Phillipson, 'Transforming Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act', *M.L.R.* 2003, p. 726-758.
Phillipson 2003b:
G. Phillipson, 'Judicial Reasoning in Breach of Confidence Cases under the Human Rights Act: Not Taking Privacy Seriously', *European Human Rights Review* 2003, bijzondere editie, p. 54-72.
Phillipson 2003c:
G. Phillipson, '(Mis-)reading Section 3 of the Human Rights Act', (119) *L.Q.R.* 2003, p. 183-188.
Picard 1998:
E. Picard, 'L'émergence des droits fondamentaux en France', *AJDA* 1998, bijzondere editie, p. 6-42.
Picard 2001:
E. Picard, 'Démocraties nationales et justice supranationale: l'exemple européen', in: S. Brondel, N. Foulquier & L. Heuschling (red.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Parijs: Publications de la Sorbonne 2001, p. 211-253.

Piechowiak 1997:
M. Piechowiak, 'Pojęcie praw człowieka' (Het concept der mensenrechten), in: L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona* (De fundamentele rechten van het individu en dezer gerechtelijke bescherming), Warschau: Sejmowe 1997, p. 7-37.

Pino 2006:
G. Pino, 'Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi', *Etica & Politica* 2006, 1, 57 p.

Plas 2000:
D. Plas, 'La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence belge en matière sociale', in: P. Lambert (pass. red.), *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussel: Bruylant 2000, p. 627-653.

Pletinck 1994:
B. Pletinck, 'De discussie omtrent het gemengd onderwijs in Vlaanderen of: "bepalen jongens de norm waaraan meisjes zich confirmeren?"', *T.O.R.B.* 1993-94, p. 272-276.

Plets 1999-00:
I. Plets, 'De geldigheid van een woonplaatsbeding in de arbeidsovereenkomst', *A.J.T.* 1999-00, p. 733-741.

Poisson-Drocourt 2003:
E. Poisson-Drocourt, [noot onder TGI Nancy 16 mei 2003], *D.* 2003, p. 2911-2913.

Pokol 2002:
B. Pokol, 'Constitutionalization and the Political Fighting through Litigation', *Jogelméleti Szemle* (Tijdschrift voor Rechtstheorie Hongarije) 2002, nr. 1, *s.f.*

Polak 1969:
J.M. Polak, 'Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?', in: *Handelingen 1969 der Nederlandse Juristenvereniging*, Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 69-94.

Pompe 1960:
W. Pompe, [Noot onder HR 22 maart 1960], *NJ* 1960, p. 713-714.

Portilla 2000:
F.J.M. Portilla, 'La caracterización jurídico-constitucional del estado social de derecho', (20) *REDC* 2000, p. 343-350.

Poulter 1997:
S. Poulter, 'Muslim Headscarves in School: Contrasting Legal Approaches in the UK and France', (17) *OJLS* 1997, p. 43-74.

Pousson 2004:
A. Pousson, [noot onder Cass. 28 mei 2003], *D.* 2004, Somm., p. 176-178.

Prata 1982:
A. Prata, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina 1982, 232 p.

Prebensen 1998:
S.C. Prebensen, 'Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights', in: F. Matscher & H. Petzold (red.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Keulen *et al.*: Carl Heymanns 1988, p. 1123-1137.

Preedy 2000:
K. Preedy, 'Fundamental Rights and Private Acts – Horizontal Direct or Indirect Effect? – A Comment', *ERPL* 2000, p. 125-133.
Preis & Greiner 2003:
U. Preis & S. Greiner, [noot onder BAG 10 oktober 2002], *RdA* 2003, p. 244-248.
Prescott 1991:
P. Prescott, '*Kaye* v *Robertson* – a reply', *M.L.R.* 1991, p. 451-456.
Preuß 2005:
U. Preuß, 'The German *Drittwirkung* Doctrine and Its Socio-Political Background', in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 23-32.
Prieto Sanchís 1982:
L. Prieto Sanchos, 'El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española', *ADH* 1982, p. 367-425.
Prieto Sanchís 1990:
L. Prieto Sanchos, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid: Debate 1990, 267 p.
Pugh & Criddle 2004:
C. Pugh & B. Criddle, 'Environmental Claims and Personal Injury – An Overview', *J.P.I.* 2004, p. 111-119.
Puig 2001:
P. Puig, 'Hiérarchie des normes: du système au principe', *Rev. trim. dr. civ.* 2001, p. 749-794.
Pulido Quecedo 1993:
M. Pulido Quecedo, *La Constitución Española con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona: Editorial Aranzadi 1993, 1874 p.
Punselie 2006:
E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst* (diss.), Deventer: Kluwer 2006, 264 p.

Quadra-Salcedo 1981:
T. de la Quadra-Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid: Civitas 1981, 104 p.
Quane 2006:
H. Quane, 'The Strasbourg Jurisprudence and the Meaning of a "Public Authority" under the Human Rights Act', *P.L.* 2006, p. 106-123.

Raadgevend Comité voor Bio-ethiek [2004]:
Raadgevend Comité voor Bio-ethiek [België], *Advies nr. 27 van 8 maart 2004 betreffende donatie van sperma en eicellen*, *s.l.*: *s.i. s.a.*, *s.f.*
Rabl 1996:
T. Rabl, 'Risiko Angehörigenbürgschaft: Schlaglichter aus Judikatur und KSCHG-Novelle', *Exolex* 1996, p. 443.
Radbruch 1946:
G. Radbruch, 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', *SdJZ* 1946, p. 105-108.

Ramm 1960:
T. Ramm, *Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung*, Stuttgart: Gustav Fischer Verlag 1960, 120 p.

Ramm 1996:
T. Ramm, *Familienrecht. Verfassung, Geschichte, Reform*, Tübingen: Mohr Siebeck 1996, 354 p.

Raphael 2000:
T. Raphael, 'The Problem of Horizontal Effect', *E.H.R.L.R.* 2000, p. 493-511.

Rautenbach 2000:
I.M. Rautenbach, 'The Bill of Rights Applies to Private Law and Binds Private Persons', *TSAR* 2000, p. 296-316.

Rauws & Schyvens 1982:
W. Rauws & H. Schyvens, 'De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding', in K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 147-241.

Ravanas 1992:
J. Ravanas, 'Droit à l'oubli et oubli du Droit', *JCP* 1992.II.21908, p. 293-296.

Ravanas 2003:
J. Ravanas, 'Protection de la vie privée: la preuve illicite d'une relation "défectueuse" de travail', *D.* 2003, chr., p. 1305-1308.

Reinhardt 1961:
R. Reinhardt, *Personlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit*, Tubingen: J.C.B. Mohr 1961, 24 p.

Remy 2006:
J. Remy, 'L'hébergement des proches du locataire', *Loyers et copr*. 2006, p. 287-288.

Rensmann 2007:
T. Rensmann, *Wertordnung und Verfassung. Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 463 p.

Repík 2005:
B. Repík, 'Chrání Evropská úmluva o lidských právech právo na životní prostředí?' (Garandeert het EVRM het recht op gezonde leefomgeving?), *Bulletin advokacie* (Tsjechië) 2005, nr. 7-8, p. 20-24.

Rescigno 1989:
P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napels: Jovene 1989, 1020 p.

Restrepo 2002:
E. Restrepo, 'Constitutional Reform and Social Progress: The Constitutionalization of Daily Life in Columbia', Lezing *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* 2002, 12 p.

Rhinow 1987:
A. Rhinow, 'So nicht! Zum Still wissenschaftlicher Kritik – Anmerkungen zum Aufsatz von Eugen Bucher, "Drittwirkung der Grundrechte"?', *SJZ* 1987, p. 99-100.

Rials 1980:
S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Parijs: LGDJ 1980, 564 p.

Ribalta i Haro 2003:
J. Ribalta i Haro, 'Nuisance and Negatory Action in Catalonia: a Historical and Comparative Reading of a Process of Legislative Modernisation', *ZEuP* 2003, p. 295-317.

Riedlinger 2005:
A. Riedlinger, 'Vom Boykottaufruf zur Verfassungsbeschwerde. Erich Lüth und die Kontroverse um Harlans Nachkriegsfilme' in: T. Henne & A. Riedlinger (red.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, p. 147-186.

Rigaux 1977:
F. Rigaux, 'Enkele arbeidsrechtelijke beschouwingen omtrent het ontslaan van leerkrachten van het vrij onderwijs', *R.W.* 1976-77, kol. 1256-1264.

Rigaux 1990:
F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel/Parijs: Bruylant/LGDJ 1990, 849 p.

Rigaux 1992:
F. Rigaux, 'Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel', *Rev. trim. dr. h.* 1992, p. 215-225.

Rijnen 1982:
A.Ch.M. Rijnen, 'Niet in de grondwet opgenomen grondrechten', in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 506-533.

Rimanque & Peeters 1982:
K. Rimanque & P. Peeters, 'De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling', in K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 1-33.

Rimanque 1974:
K. Rimanque, 'De gelding van de fundamentele rechten en vrijheden in de betrekkingen tussen privé personen naar Belgisch recht, met enkele algemene besluiten', in: X. (red.), *Privacy en rechten van de mens. Handelingen van het Derde Internationaal Colloquium over het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens*, Leuven: Acco 1974, p. 279-283.

Rimanque 1981:
K. Rimanque, 'Nationale bescherming van grondrechten', *T.B.P.* 1981, p. 33-42.

Rimanque 1982:
K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, 461 p.

Rimanque 1996:
K. Rimanque, 'Het wankele evenwichtspunt waar de vrijheid van expressie en andere grondrechten elkaar raken', in: K. Rimanque, *Mensenrechten. Jaarboek 1995/96 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1996, p. 145-160.

Ritterspach 1987:
T. Ritterspach, 'Einfluß von Grundrechtsnormen (Recht auf Gesundheit) im Zivilrecht (Anspruch auf Schadenarsatz)', *EuGRZ* 1987, p. 417-418.

Rivero 1971:
J. Rivero, 'La protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées', in X. (red.), *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Parijs: Pedone 1971, p. 311-322.
Rivero 1982:
J. Rivero, 'Rapport de synthèse', in L. Favoreu (red.), *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux. Actes du IIe Colloque d'Aix-en-Provence 19-20 et 21 Février 1981*, Parijs/Aix-en-Provence: Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1982, p. 517-529.
Robert 1971:
J. Robert, 'Propos sur le sauvetage d'une liberté, *RD Publ.* 1971, p. 1171-1205.
Robert 2004:
J. Robert, 'La liberté de religion, de pensée et de croyance', in: R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche & T. Revet (red.), *Libertés et droits fondamentaux*, Parijs: Dalloz 2004, p. 341-359.
Rodríguez 2001:
Á. Rodríguez, 'The European Convention on Human Rights in the Domestic Legal Order of Italy and Spain: A Comparison', (49) *JÖR (NF)* 2001, p. 387-411.
Rodríguez-Piñero 1979:
M. Rodríguez-Piñero, 'El principio de igualdad y las relaciones laborales', (121) *RdPS* 1979, p. 381-414.
Rogers & Tomlinson 2003:
H. Rogers & H. Tomlinson, 'Privacy and Expression: Convention Rights and Interium Injunctions', *European Human Rights Review* 2003, bijzondere editie, p. 37-53.
Röling 1961:
B.V.A. Röling, [noot onder HR 18 april 1961], *NJ* 1961, p. 580-581.
Roques 2006:
C. Roques, 'Interprétation de la loi et perversion du droit', *Astérion* 2006, p. 157-186.
Rosenzweig 1978:
W. Rosenzweig, 'Bedeutung der Grundrechte in Österreich', *EuGRZ* 1978, p. 467-474.
Roth 1999:
M. Roth, 'Europäische Menschenrechtskonvention und Privatrecht: Landesbericht Österreich', 1999 *RabelsZ*, p. 709-748.
Rouhette 1998:
G. Rouhette, 'Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France', in A.M. Rabello en P. Sarcevic (red.), *Freedom of Contract and Constitutional Law (Proceedings of the Colloquium of the International Association of Legal Science (Ials/Unesco) Held in Jerusalem, September 1994)*, Jerusalem: Hamaccabi Press 1998, p. 23-85.
Rousseau 1992:
D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Parijs: Montchrestien 1992, 410 p.
Rowbottom 2005:
J. Rowbottom, 'Property and Participation: A Right of Access for Expressive Activities', *E.H.R.L.R.* 2005, p. 186-203.
Rubellin-Devichi 1990:
J. Rubellin-Devichi, 'Jurisprudence française en matière de droit civil – Personnes et droits de la famille', *Rev. trim. dr. civ.* 1990, p. 443-461.

Rubellin-Devichi 1991:
J. Rubellin-Devichi, 'La famille et le droit au logement', *Rev. trim. dr. civ.* 1991, p. 245-261.
Rufino do Vale 2004:
A. Rufino do Vale, *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris 2004, 231 p.
Rufino do Vale 2005:
A. Rufino do Vale, '*Drittwirkung* de direitos fundamentais e associações privadas', *Revista Direito Público* (Brazilië) 2005, nr. 9, p. 51-74.
Rüfner 2000:
W. Rüfner 2000, 'Grundrechtsadressaten', in: J. Isensee & P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V (Allgemeine Grundrechtslehren), Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 2000, p. 525-562.
Ruppert 2005:
S. Ruppert, 'Geschlossene Wertordnung? Zur Grundrechtstheorie Rudolf Smends', in: T. Henne & A. Riedlinger (red.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, p. 327-348.
Rüthers 1978:
B. Rüthers, 'Tendenzschutz und Kirchenautonomie im Arbeitsrecht', *NJW* 1978, p. 2066-2070.
Rüthers 2005:
B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 520 p. (Oorspr. *Habilitationsschrift* 1968).
Ryssdal 1978:
R. Ryssdal, 'Bestand und Bedeutung der Grundrechte in Norwegen', *EuGRZ* 1978, p. 458-461.

Safjan 2002:
M. Safjan, 'Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju ochrony dóbr osobistych', *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2002, 1, p. 123.
Sainte-Rose 2001:
J. Sainte-Rose, 'La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé (Conclusions orales prises dans l'affaire P…)', *D.* 2001, p. 316-320.
Saladin 1979:
P. Saladin, ' Verfassungsreform und Verfassungsverständnis', (104) *AöR* 1979, p. 345-388.
Saladin 1982:
P. Saladin, *Grundrechte im Wandel. Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt*, Bern: Stämpfli & Cie 1982, 511 p.
Saladin 1988:
P. Saladin, 'Grundrechte und Privatrechtsordnung. Zum Streit um die sog. "Drittwirkung" der Grundrechte', *SJZ* 1988, p. 373-384.
Sales 2004:
E. Sales, 'Vers l'émergence d' un droit administratif des libertés fondamentales', *RD Publ.* 2004, p. 207-241.

Samuel 2005a:
G. Samuel, 'Comparative Law and the Courts', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (red.), *Comparative Law before the Courts*, London: BIICL 2005, p. 253-262.

Samuel 2005b:
G. Samuel, 'The Notion of an Interest as a Formal Concept in English and in Comparative Law', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (red.), *Comparative Law before the Courts*, Londen: BIICL 2005, p. 263-307.

Sandoz 1987:
S. Sandoz, 'Effets horizontaux des droits fondamentaux: une redoutable confusion', *SJZ* 1987, p. 214-216.

Sarazá Jimena 2008:
R. Sarazá Jimena, *Jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares* (diss. Universidad de La Rioja), Logroño: *s.i.* 2008, 913 p.

Sarkin 1999:
J. Sarkin, 'The Drafting of South Africa's Final Constitution from a Human-Rights Perspective', (47) *Am. J. Comp. L.* 1999, p. 67-87.

Sarkin 2000:
J. Sarkin, 'L'écriture de la Constitution Sud-Afrique de 1996 – Approche formelle et matérielle', *RFDC* 2000, p. 747-767.

Sarlet 2001:
I.W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2001, 392 p.

Sarlet 2005:
I.W. Sarlet, 'Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais', *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União* (Brazilië), p. 193-259 (tevens gepubliceerd in: *A Constituçâo concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraría do Advogado Editora 2000, p. 107-162).

Sarmento 2006a:
D. Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris 2006, 362 p.

Sarmento 2006b:
D. Sarmento, 'A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil', in: L.R. Barroso (red.), *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro *et al.*: Renovar 2006, p. 193-285.

Saunders 2005:
C. Saunders, 'Constitutional Rights and the Common Law', in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 183-216.

Schäfer 2007:
A. Schäfer 2007, *Anstalten öffentlichen Rechts in Liechtenstein*, Dornbirn: Edition Europa 2007, 165 p. (ex. bijlagen).

Schaus 1996:
A. Schaus, 'Inédits de droit de la presse: commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression', *J.L.M.B.* 1996, p. 1152-1175.

Scheuner 1971:
U. Scheuner, 'Fundamental Rights and the Protection of the Individual against Social Groups and Powers in the Constitutional System of the Federal Republic of Germany', in X. (red.), *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Parijs: Pedone 1971, p. 253-268.
Schmidt-Rimpler, Giesecke, Friesenhahn & Knur 1950-51:
W. Schmidt-Rimpler, P. Giesecke, E. Friesenhahn & A. Knur, 'Die Lohngleichheit von Männern und Frauen', *AöR* 1950-51, p. 165-186.
Schmitt 1928:
C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlijn & München: Duncker & Humblot 1928, 404 p.
Schmitt 1931:
C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen: Mohr 1931, 159 p.
Scholten 1949:
P. Scholten, *Verzamelde geschriften*, Deel I, Zwolle: Tjeenk Willink 1949, 521 p.
Scholz 1975:
R. Scholz, 'Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht', (100) *AöR*, 1975, p. 80-130.
Schoots, van Arkel & Dermout 2004:
M. Schoots, J. van Arkel & S. Dermout, 'Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?', *FJR* 2004, p. 189-194.
Schramm 1985:
T. Schramm, *Staatsrecht*, II, *Grundrechte und ihre verfassungsrechtliche Absicherung*, Keulen *et al.*: Carl Heymanns 1985, 195 p.
Schuermans 1861:
H. Schuermans, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complétives de ce décret*, Brussel: Bruylant 1861, 556 p.
Schuijt 1996:
G.A.I. Schuijt, 'Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?', *Informatierecht/ AMI* 1996, p. 23-30.
Schuijt 2003:
G.A.I. Schuijt, 'Het censuurverbod in de Nederlandse Grondwet en de rechtspraak', in: X. (red.), *Censuur (Referaten van het colloquium van 16 mei 2003)*, Brussel: Larcier 2003, p. 125-154.
Schuyt 2008:
G. Schuyt, 'Eer en goede naam, privacy en de noodzakelijkheidstoets na *Van Gasteren/ Hemelrijk*', *Mediaforum* 2008, p. 102-108.
Schwabe 1971:
J. Schwabe, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte – Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr* (diss.), München: Goldmann 1971, 165 p.
Schwabe 1975:
J. Schwabe, 'Bundesverfassungsgericht und "Drittwirkung" der Grundrechte', (100) *AöR* 1975, p. 442-470.
Schwabe 1985:
J. Schwabe, 'Grundrechte und Privatrecht', (185) *AcP* 1985, p. 1-8.
Schwark 1996:
E. Schwark, 'Wirtschaftsordnung und Sozialstaatsprinzip' (oratie), Berlijn: U. Humboldt 1996, 48 p.

Schwerdtner 1973:
P. Schwerdtner, [noot onder BAG 28 september 1972], *JZ* 1973, p. 377-381.
Segado 1993:
F.F. Segado, 'La teoría juridica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional', (13) *REDC* 1993, nr. 39, p. 195-247.
Segado 2006:
F.F. Segado, 'La dignité de la personne en tant que valeur suprême de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits', *RFDC* 2006, p. 449-482.
Ségur 2004:
P. Ségur, 'La dimension historique des libertés et droits fondamentaux', in: R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche & T. Revet (red.), *Libertés et droits fondamentaux*, Parijs: Dalloz 2004, p. 7-26.
Simon 1991:
H. Simon, 'Asscher als dorpsoudste schendt grondrechten', *NJB* 1991, p. 1192-1193.
Simon 2004:
T. Simon, '"Grondrechtstotalitarismus" oder "Selbstbehauptung" des Zivilrechts?', (204) *AcP* 2004, p. 264-293.
Simons 1978:
D. Simons, 'Bestand und Bedeutung der Grundrechte in den Niederlanden', *EuGRZ* 1978, p. 450-458.
Sims 2005:
A. Sims, '"A Shift in the Centre of Gravity": The Dangers of Protecting Privacy through Breach of Confidence', *I.P.Q.* 2005, p. 27-51.
Singer 1995:
R. Singer, 'Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst', *JZ* 1995, p. 1133-1141.
Singh & Strachan 2003:
R. Singh & J. Strachan, 'Privacy Postponed', *European Human Rights Review* 2003, bijzondere editie, p. 12-24.
Singh Ghaleigh 2003:
N. Singh Ghaleigh, 'Looking into the Brightly Lit Room: Braving Carl Schmitt in "Europe"', in: C. Joerges & N. Singh Ghaleigh (red.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford/Portland: Hart 2003, p. 43-54.
Skwara 2004:
B. Skwara, 'Drittwirkung von Grundrechten', paper seminarie Deutsch-Polnische Rechtsschule, Humboldt Universiteit Berlijn 2004, ongepubliceerd.
Sluijters 2004:
B. Sluijters, 'Ongewenst leven, wrongful life', in: S.C.J.J. Kortmann & B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53-63.
Smend 1928:
R. Smend, 'Das Recht der freien Meinungsäußerung', in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Deel 4, Berlijn & Leipzig: Walter de Gruyter 1928, p. 44-73.
Smend 1968:
R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker & Humblot 1968, 621 p.

Smith 2004:
S. Smith, 'Legal Fusion or Confusion? The Legacy of the *Hello!* Litigation', *Entertainment Law Review* 2004, p. 126-128.
Smits 2003:
J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', in: *Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163.
Smits 2006a:
J. Smits, 'Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View', in: T. Barkhuysen & S. D. Lindenbergh (red.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2006, p. 9-22.
Smits 2006b:
J. Smits, 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing', *RM Themis* 2006, p. 134-140.
Smits 2008a:
J. Smits, 'Contract Law in the European Union: Convergence or Not?', Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper no. 2008/1, tevens verschenen in: *Sammelband 4 Europäischer Juristentag*, Wenen: Manz 2008, p. 45-46.
Smits 2008b:
J. Smits, 'Human dignity and uniform Law: An Unhappy Relationship', Tilburg Institute of Comparative and Transnational Law Working Paper no. 2008/2, tevens verschenen in: O. Moréteau, J. Romanach & A. Zuppi (red.), *Essays in Honor of Saúl Litvinoff*, Baton Rouge: Claitor 2008, p. 749-760.
Sombra 2004:
T.L.S. Sombra, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 2004, 214 p.
Somma 2005:
A. Somma, *I giuristi e L'Asse culturale Roma-Berlino: Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2005, 719 p.
Sommeregger 2005:
G. Sommeregger, 'The Horizontalization of Equality: The German Attempt to Promote Non-Discrimination in the Private Sphere *via* Legislation', in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 33-53.
Sommermann 1984:
K.-P. Sommermann, *Der Schutz der Grundrechte in Spanien nach der Verfassung von 1978,* Berlijn: Duncker & Humblot 1984, 419 p.
Sommermann 1999:
K.-P. Sommermann, 'Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa', *DÖV* 1999, p. 1017-1029.
Sperduti 1976:
G. Sperduti, 'Nouvelles perspectives des Droits de l' Homme', *RDH* 1976, p. 575-576.
Spielmann 1995:
D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Brussel: Bruylant 1995, 160 p.
Spielmann 1998:
D. Spielmann, 'Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention', in: F. Sudre (red.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel: Bruylant/Nemesis 1998, p. 133-174.

Spielmann 2000:
D. Spielmann, 'Effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et preuve civile', *Rev. trim. dr. h.* 2003, p. 860-866.
Spielmann 2007:
D. Spielmann, 'The European Convention on Human Rights. The European Court of Human Rights', in: D. Oliver & J. Fedtke (red.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Londen & New York: Routledge-Cavendish 2007, p. 427-464.
Sprigman & Osborne 1999:
C. Sprigman & M. Osborne, 'Du Plessis is Not Dead: South Africa's 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes', (15) *SAJHR* 1999, p. 25-51.
Springer 2003:
A.P. Springer, 'Gerichtlicher Aktivismus zwischen Realität und Rhetorik: Zur politischen Rolle des kolumbianischen Verfassungsgerichts', (36) *Verfassung und Recht in Übersee* 2003, p. 324-351.
Staff 2005:
I. Staff, 'Das Lüth-Urteil. Zur demokratietheoretischen Problematik materialer Grundrechtstheorie', in: T. Henne & A. Riedlinger (red.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, p. 315-326.
Stallworthy 2005:
M. Stallworthy, 'Whither Environmental Human Rights', (7) *Env. L. Rev.* 2005, p. 12-33.
Starck 1997:
C. Starck, 'Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht', *JZ* 1997, p. 1021-1030.
Starck 2001:
C. Starck, 'Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court', in D. Friedmann & D. Barak-Erez (red.), *Human Rights in Private Law*, Oxford/Portland Oregon: Hart 2001, p. 97-111.
Starck 2002:
C. Starck, 'Derechos fundamentales y derecho privado (1)', (22) *REDC* 2002, nr. 66, p. 65-89.
Steindorff 1983:
E. Steindorff, *Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht*, Heidelberg: Müller 1983, 39 p.
Steinmann [2004]:
G. Steinmann, 'Bericht des Schweizerischen Bundesgerichts', rapport tot European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *XIII Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte: Kriterien der Einschränkung von Grundrechten in der Praxis der Verfassungesgerichtbarkeit*, alsnog ongepubliceerd.
Steinmetz 2004:
W. Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros 2004, 328 p.
Stern 1988:
K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/1, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1988, 1643 p.

Stock & Achelpöhler 1998:
M. Stock & D. Achelpöhler, 'Der praktische Fall – Öffentliches Recht: Informationsfreiheit für ausländische Mieter – Kabelanschluß und Parabolantenne', *JuS* 1998, p. 245-249.

Stolker & Sombroek-Van Doorm 2003:
C.J.J.M. Stolker & M.P. Sombroek-Van Doorm, [noot onder Cass. 13 juli 2001], *ERPL* 2003, p. 227-234.

Stolker 1997:
C.J.J.M. Stolker, 'Who's afraid of wrongful birth?', *WPNR* 1997, p. 191-196.

Stolleis 2003a:
M. Stolleis, 'Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic', *Ratio Juris* 2003, p. 266-280.

Stolleis 2003b:
M. Stolleis, 'Reluctance to Glance in the Mirror: the Changing Face of German Jurisprudence after 1933 and Post-1945', in: C. Joerges & N. Singh Ghaleigh (red.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford/Portland: Hart 2003, p. 1-18.

Stolleis 2005:
M. Stolleis, 'Die Staatsrechtslehre der fünfziger Jahre', in: T. Henne & A. Riedlinger (red.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, p. 293-300.

Strachan & Singh 2002:
J. Strachan & R. Singh, The Right to Privacy in English Law, *E.H.R.L.R.* 2002, p. 129-161.

Strooper-Lammerts & Vlaardingerbroek 2003:
E.M. Strooper-Lammerts & P. Vlaardingerbroek, *Themaboek Familie- en jeugdrecht*, Deventer: Kluwer 2003, 197 p.

Struycken 1928:
A.A.H. Struycken/ J. Van der Grinten, A.C.J. Jitta & A.J.N.M. Struycken, *Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Arnhem: Gouda Quint 1928, 439 p.

Study Group on Social Justice in European Private Law 2004:
Study Group on Social Justice in European Private Law, 'Social Justice in European Contract Law', *ELJ* 2004, p. 653-674.

Sudre 2008:
F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parijs: PUF 2008, 843 p.

Sunkin 2004:
M. Sunkin, 'Pushing Forward the Frontiers of Human Rights Protection: The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act', *P.L.* 2004, p. 643-658.

Sutorius & Kersten 1997:
E. Ph. R. Sutorius & H.L.J.M. Kersten, 'Het gezag van draagmoeders', *NJB* 1997, p. 1116-1120.

Swennen 1999:
F. Swennen, 'Art. 331octies B.W. en de "rechtsvormende" taak van het Hof van Cassatie', *R.W.* 1998-99, p. 1145-1148.

Swindells 2000:
H. Swindells, '"Crossing the Rubicon" – Family Law post the Human Rights Act 1998', in: S. Cretney (red.), *Family Law – Essays for the New Millennium*, Bristol: Jordan 2000, p. 55-66.

Tammes 1960:
A.J.P. Tammes, 'Het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het nationale recht', in: *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal recht*, Utrecht: NVIR 1960, p. 1-39.

Tammes 1962:
A.J.P. Tammes, 'The obligation to provide local remedies', in: X. (red.), *Volkenrechtelijke opstellen aangeboden aan professor dr. Gesina H.J. van der Molen*, Kampen: J.H. Kok 1962, p. 152-168.

Ter Heerdt 2001-2002:
J. Ter Heerdt, '"Wrongful life" en "Wrongful Birth", een "never ending story": twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicapt kind weer volop in de schijnwerper plaatsen', *T. Gez.* 2001-2002, p. 250-255.

Teubner 2006:
G. Teubner, 'The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by "Private" Transnational Actors', (69) *M.L.R.* 2006, p. 327-346.

Theunis 1997:
J. Theunis, 'Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor "corrigerende ongelijkheden" en doorwerking in private rechtsverhoudingen', in W. van Eeckhoutte (red.), *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent: Mys & Breesch 1997, p. 129-181.

Thibierge-Guelfucci 1997:
C. Thibierge-Guelfucci, 'Libres propos sur la transformation du droit des contrats', *Rev. trim. dr. civ.* 1997, p. 357-385.

Thomas 2001:
R. Thomas, *L'accertamento della filiazione naturale: il giudizio di ammissibilità e di merito, la prova del DNA, la fecondazione artificiale eterologa, il procedimento comparato con 11 Stati esteri*, Milaan: Giuffrè 2001, 244 p.

Thomassen 1994:
W.M.E. Thomassen, 'Adoptie in het licht van de mensenrechten', *FJR* 1994, p. 158-162.

Thornberry 1991:
P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford: Clare Press 1991, 411 p.

Thüsing & Wege 2004:
G. Thüsing & D. Wege, 'Das Kopftuch der Muslima vor deutschen und vor britischen Gerichten: Rechtsinstitute zur Sicherung der Religionsfreiheit des Arbeitnehmers im Vergleich', *ZEuP* 2004, p. 404-423.

Thygesen 1978:
F. Thygesen, 'Bestand und Bedeutung der Grundrechte in Dänemark', *EuGRZ* 1978, p. 438-440.

Timmermans 2000:
R. Timmermans, 'Het grondrecht op individuele ontvangst door middel van schotelantenne in flatgebouwen', *T. App.* 2000, afl. 1, p. 1-11.
Timmermans 2005:
R. Timmermans, 'Het houden van huisdieren in flatgebouwen en het grondrecht op woongenot', *T. App.* 2005, afl. 1, p. 1-4.
Tjittes 1996:
R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verwanten* (Oratie VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1996, 66 p.
Tole Martínez 2006:
J. Tole Martínez, 'La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia', *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional* 2006, p. 253-316.
Tonner 2000:
M. Tonner, 'Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften', *JuS* 2000, p. 17-22.
Tonner 2003:
M. Tonner, 'Neues zur Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften', *JuS* 2003, p. 325-330.
Touffait & Tunc 1974:
A. Touffait & A. Tunc, 'Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la cour de cassation', *Rev. trim. dr. civ.* 1974, p. 487-508.
Troper 2005:
M. Troper, 'Who Needs a Third Party Effect Doctrine – The Case of France', in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 115-128.
Trouet 1998-1999:
C. Trouet, 'Wrongful birth en wrongful life: nieuwe risico's bij preconceptioneel en prenataal onderzoek?', *T. Gez.* 1998-1999, p. 284-288.
Tschannen 2007:
P. Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerische Eidgenossenschaft*, Bern: Stämpfli 2007, 704 p.
Tulkens & Sohier 2004:
F. Tulkens & J. Sohier, 'Les cours et tribunaux – Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2002-2004', *Rev. b. dr. const.* 2004, p. 363-394.
Tulkens & Strowel 2000:
F. Tulkens & A. Strowel, 'l'arrêt *Leempoel et Éditions Ciné Revue*: de l'art de mettre fin à une controverse', *Journ. Proc.* 2000, afl. 398, p. 28-31.
Tulkens & Verdussen 1987:
Fr. Tulkens & M. Verdussen, 'La radio et la télévision, le délit de presse et le droit de réponse', *Ann. Dr. Louvain* 1987, p. 53-93.
Tuori & Bruun 2000:
K. Tuori & N. Bruun, 'La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Finlande', in: J. Iliopoulos-Strangas (red.), *La protection des droits sociaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athene/Brussel/Baden-Baden: Ant. N. Sakkoulas/Bruylant/Nomos 2000, p. 303-345.
Tushnet 2005:
M. Tushnet, 'The Relationship between Judicial Review of Legislation and the Interpretation of Non-Constitutional Law, with Reference to Third Party Effect',

in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 167-181.

Ugarte Cataldo 2007:
J.L. Ugarte Cataldo, 'La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zoro', (20) *Revista de Derecho* (Chili) 2007, nr. 2, p. 49-67.

Uitz 2005:
R. Uitz, 'Yet Another Revival of Horizontal Effect of Constitutional Rights: Why? And Why Now? – An Introduction', in: A. Sajó & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 1-20.

Unberath 2005:
H. Unberath, 'Comparative Law in the German Courts', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (red.), *Comparative Law before the Courts*, London: BIICL 2005, p. 307-316.

Uyttendaele 2002:
C. Uyttendaele, 'Bescherming van de communicatievrijheid in digitale omgevingen: verminderde bruikbaarheid van nationaal (grondwettelijk) recht?', in: S. Parmentier *et al.* (red.), *Mensenrechten. Jaarboek 2000-2001 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2002, p. 11-44.

Vailhé 1999:
J. Vailhé, 'L'application de la Convention européenne des droits de l'homme et de sa jurisprudence par les juridictions judiciaires françaises', *Rev. trim. dr. h.* 1999, p. 235-252.

Valdés Dal-Ré 2003:
F. Valdés Dal-Ré, 'La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado', *Derecho Privado y Constitución* 2003, p. 499-528.

Van Baarda 1992:
Th. A. Van Baarda, *Oordeelsvorming in casus van botsende grondrechten*, Arnhem: Gouda Quint 1992, 389 p.

Van Bijsterveld 1998:
S.C. van Bijsterveld, *Godsdienstvrijheid in Europees perspectief*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, 205 p.

Van Boven 2003:
Th. Van Boven, 'Het discriminatieverbod van artikel 1 van de Grondwet', in: T.C. Van Boven (red.), *Het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet: nationale en internationale perspectieven*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2003, p. 1-7.

Van den Brink 2006:
M. van den Brink, *Moeders in de Mainstream: een genderanalyse van het werk van het VN-Kinderrechtencomité* (diss.), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, 303 p.

Van der Burg 1982:
F.H. van der Burg, 'Grondwetsinterpretatie en horizontale werking van grondrechten', *T.v.O.* 1982, p. 63-66.

Van der Burg 1983:
F.H. van der Burg, [noot onder HR 24 juni 1983], *AB* 1983, p. 1546-1548.

Van der Heijden & Heerma van Voss 1990:
P.F. van der Heijden & G.J.J. Heerma van Voss, 'Sociaal Recht en 40 jaar EVRM', in A.W. Heringa (red.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1990, p. 209-223.
Van der Heijden 1988:
P.F. van der Heijden, *Grondrechten in de onderneming* (Oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1988, 32 p.
Van der Hoeven 1958:
J. van der Hoeven, *De plaats van de Grondwet in het constitutionele recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1958, 292 p.
Van der Hoeven 1962:
J. van der Hoeven, 'De waarde van de Grondwet', in: *Handelingen van de Vereniging voor wijsbegeerte des rechts*, XLVII, Zwolle: *s.i.* 1962, p. 3-37.
Van der Merwe 2000:
D. van der Merwe, 'Constitutional Colonisation of the Common Law: A Problem of Institutional Integrity', *TSAR* 2000, p. 12-32.
Van der Pot & Donner 1995:
C.W. Van der Pot & A.M. Donner/ L. Prakke, J.L. De Reede & G.J.M. van Wissen, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, 773 p.
Van der Wal 2003a:
G.A. van der Wal, 'De mensenrechten, idee en geestelijke wortels', in R. Foqué (red.) *Recht met reden*, *s.l.*: Kluwer 2003, p. 147-163 (eerder verschenen in *Filosofie en Praktijk* 1986/2, p. 57-73).
Van der Wal 2003b:
G.A. van der Wal, 'De mensenrechten, uitdrukking van een individualistische mensopvatting?', in R. Foqué (red.) *Recht met reden*, *s.l.*: Kluwer 2003, p. 165-181 (eerder verschenen in E.A. Alkema *et al*. (red.), *Mensenrechten*, Rotterdam: NGC 1990, p. 83-101).
Van der Wal 2003c:
G.A. van der Wal, 'Collective human rights: a Western view', in R. Foqué (red.) *Recht met reden*, *s.l.*: Kluwer 2003, p. 183-199 (eerder verschenen in J. Berting *et al.* (red.), *Human Rights in a Pluralist World: Individuals and Collectivities*, Londen: Meckler 1990, p. 83-98).
Van der Walt 2001:
J. van der Walt, 'Drittwirkung in Südafrika und Deutschland: Ein Forschungsbericht', *DÖV* 2001, p. 805-814.
Van der Walt 2003a:
J. van der Walt, 'Blixen's Difference: Horizontal Application of Fundamental Rights and the Resistance to Neocolonialism', *Law, Social Justice & Global Development* 2003, *s.f.*
Van der Walt 2003b:
J. van der Walt, 'Horizontal application of fundamental rights and the threshold of the Law in view of the Carmichele saga', (19) SAJHR 2003, p. 517-540.
Van der Walt 2005:
A.J. van der Walt, 'Transformative constitutionalism and the development of South African property law', *TSAR* 2005, p. 655-689 & *TSAR* 2006, p. 1-31.

Van Dijk & Van Hoof 1998:
P. van Dijk & G. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Den Haag *et al.*: Kluwer 1998, 850 p.
Van Dijk 1997:
I. van Dijk, 'Huur en verhuur van baarmoederruimte is verlies van zelfbeschikkingsrecht', *Nemesis* 1997, p. 153.
Van Doorn 1996:
J.A.A. van Doorn, 'Mensenrechten zijn mensenwerk', in: K. Groenveld (red.), *Proliferatie van mensenrechten*, 's-Gravenhage: Prof. Mr. B.M. Teldersstichting 1996, p. 73-84.
Van Driem 1992:
G. van Driem, 'Gedwongen aidstest: hoe ver mag de rechter gaan', *Nemesis* 1992, nr. 1, p. 28-29.
Van Drooghenbroeck 1999:
S. Van Drooghenbroeck, [noot onder Cass. 20 oktober 1994], in O. De Schutter & S. Van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Brussel: Larcier 1999, p. 207-215.
Van Eeckhoutte & Vandaele 2002:
D. Van Eeckhoutte & A. Vandaele, 'Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde', Instituut voor Internationaal Recht KU Leuven, Working Paper nr. 33, *s.l.*: *s.i.*, 2002, *s.f.*
Van Eeckhoutte 2002:
W. Van Eeckhoutte, *Sociaal Compendium Arbeidsrecht 2002-2003 (met fiscale notities)*, Mechelen: Kluwer 2002, 2208 p.
Van Emde Boas 1965:
M.J. van Emde Boas, 'De invloed van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in de Nederlandse rechtsorde', in: Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland (red.), *Jaarboek 1965-1966*, Zwolle/Antwerpen: Tjeenk Willink/ De Sikkel s.a., p. 57-96.
Van Empel & De Jong 2002:
M. Van Empel & M. De Jong, 'Constitution, International treaties, contracts and torts', *Electronic Journal of Comparative Law* 2002, p. 283-304.
Van Erp 1995:
J.H.M. van Erp, 'The Use of the Comparative Law Method by the Judiciary', in: J.H.M. van Erp & E.H. Hondius (red.), *Netherlands Reports to the Fourteenth international Congress of Comparative Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut, 1995, p. 23-40.
Van Garsse 2001:
S. Van Garsse, 'Het rechterlijk verspreidingsverbod: een kwestie van timing?', *A.J.T.* 2000-01, p. 565-567
Van Gestel & Vranken 2007:
R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken (m.m.v. J.L.M. Gribnau & H.E.B. Tijssen), 'Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording', *NJB* 2007, p. 1448-1461.
Van Heuven 1990:
D. Van Heuven, 'Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel', *R.W.* 1990-91, p. 585-596.

Van Hoof 1998:
F. van Hoof, 'De praktische betekenis van economische, sociale en culturele rechten van de mens in Nederland?', in: M.K.C. Arambulo, A.P.M. Coomans and B.C.A. Toebes (red.), *De betekenis van economische, sociale en culturele rechten in de Nederlandse rechtsorde. Vrijblijvend of verplichtend?*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1998, p. 7-20.

Van Leuven 2008:
N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht* (diss. KU Leuven), *s.l.*: *s.i.* 2008, 546 p.

Van Maarseveen 1991a:
H. van Maarseveen, 'Aids, grondrechten en een president', *NJB* 1991, p. 1193.

Van Maarseveen 1991b:
H. van Maarseveen, 'Naschrift', *NJB* 1991, p. 1379-1380.

Van Mourik & Nuytinck:
M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer, 2002, 375 p.

Van Oevelen 1982a:
A. Van Oevelen, 'Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht', in: K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 93-146.

Van Oevelen 1982b:
A. Van Oevelen, 'Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen', in K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 419-461.

Van Oevelen 1995:
A. Van Oevelen, 'De totstandkoming, de uitvoering, de sancties bij niet-uitvoering en de beëindiging van overeenkomsten waarin een migrant partij is', in: K. De Feyter, M.C. Foblets & B. Hubeau (red.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Brugge: Die Keure 1995, p. 363-396.

Van Oevelen 1997:
A. Van Oevelen, 'Woninghuur en kansarmoede: een overzicht en een analyse van de mogelijke huurproblemen van kansarmen', in: Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (red.), *Arm Recht? Kansarmoede en Recht*, Antwerpen/Apeldoorn/Leuven: Maklu/Garant 1997, p. 205-238.

Van Ommeren 1994:
F.J. van Ommeren, 'Driemaal belangenafweging in de aidstest-zaak', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 115-121.

Van Sasse van Ysselt 2004:
P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Grondrechten', in: C.C. de Fey, A. Kellermann & J.W. Nieuwboer (red.), *Met recht discriminatie bestrijden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 49-63.

Van Schellen 1983:
J. Van Schellen, *Wat leert de Hoge Raad?: denkpatronen bij de Hoge Raad in de tachtiger jaren* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1983, 34 p.

Van Speybroeck 1992:
J.P. Van Speybroeck 'De woonplaatsverplichting van het gemeentepersoneel', *T.B.P.* 1992, p. 462-468.

Van Tuong 1997:
N. Van Tuong, [noot onder Cass. 6 maart 1996], *JCP* 1997.II.22764, p. 31-32.

Van Veen 1993:
E.B. van Veen, [noot onder HR 18 juni 1993], *TvGR* 1993, p. 380-381.
Van Wijnbergen 1961:
Van Wijnbergen, [noot onder HR 29 november 1960 & HR 23 mei 1961], *SEW* 1961, p. 193-196.
Van Wissen 1992:
G.J.M. Van Wissen, *Grondrechten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, 167 p.
Van Zyl 2000:
D. Van Zyl, 'Constitutional Development of the Common Law', in: *Constitution and Law IV: Developments in the Contemporary Constitutional State (2-3 November 2000 Faculty of Law Potchefstroom University for Christian Higher Education)*, *s.l.*: *s.i.* 2000, p. 169-175.
Vande Lanotte & Haeck 2005:
J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, I, Antwerpen: Intersentia 2005, 949 p.
Vandermeulen 1974:
G. Vandermeulen, 'Arbeidsovereenkomsten en huwelijksbeperkingen', *R.W.* 1974-75, p. 322-334.
Vandevelde & Pizarro Wilson 2003:
M. Vandevelde & C. Pizarro Wilson, 'Protección y tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el derecho positivo francés', (5) *Revista Estudios Socio-Juridicos* (Colombia) 2003, p. 17-57.
Vasak 1964:
K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parijs: L.G.D.J. 1964, 327 p.
Vasseur-Lambry 2000:
F. Vasseur-Lambry, *La famille et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Parijs: l'Harmattan 2000, 522 p.
Vázquez 2005:
C.M. Vázquez, 'Direct vs. Indirect Obligations of Corporations under International Law', *Columbia Journal of Transnational Law* 2005, p. 927-959.
Vedel 1989:
G. Vedel 'La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité"', in: *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil Constitutionnel*, Parijs: PUF 1989, p. 35-64.
Velaers 1991:
J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, I, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1991, 385 p.
Velaers 1996:
J. Velaers, 'De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake de vrijheid van de media', in: K. Rimanque *et al.* (red.), *Mensenrechten. Jaarboek 1995/96 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 83-109.
Velaers 2003a:
J. Velaers, '"De censuur kan nooit worden ingevoerd". Over de motieven van het censuurverbod', in: X. (red.), *Censuur (Referaten van het colloquium van 16 mei 2003)*, Brussel: Larcier 2003, p. 13-50.

Velaers 2003b:
J. Velaers, 'De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen', in: X. (red.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2003, p. 287-326.

Velaers 2003c:
J. Velaers, 'De antidiscriminatiewet en de botsing van grondrechten' in: X. (red.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2003, p. 327-387.

Velaers 2004:
J. Velaers, 'Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet', *T.B.P.* 2004, p. 601-614.

Velaers 2005:
J. Velaers, 'Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen', *T.B.P.* 2005, p. 297-318.

Velaers 2007:
J. Velaers, 'De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in de XXste en de XXIste eeuw', in: B. Peeters & J. Velaers (red.), *De Grondwet in groothoekperspectief. Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 99-159.

Velu 1970:
J. Velu, 'Article 6 of the European Convention on Human Rights in Belgian Law', (18) *Am. J. Comp. L.* 1970, p. 259-292.

Velu 1974a:
J. Velu, *Le droit au respect de la vie privée*, Brussel: Larcier 1974, 162 p.

Velu 1974b:
J. Velu, 'Preadvies' [Het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het recht op eerbiediging van het privé leven, van de woning en van mededelingen], in: X. (red.), *Privacy en rechten van de mens. Handelingen van het Derde Internationaal Colloquium over het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens*, Leuven: Acco 1974, p. 19-107.

Velu 1981:
H. Velu, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Brussel: Éditions Juridiques Swinnen H. 1981, 190 p.

Velu 1992:
S. Velu, 'Le juge des référés et la liberté d'expression', in: X. (red.), *Présences du droit public et droits de l'homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Brussel: Bruylant 1992, p. 1757-1797.

Velu 1993:
J. Velu, 'À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: vues de droit comparé sur des évolutions en cours', in F. Rigaux (pass. red.), *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel: Bruylant 1993, p. 527-562.

Venter 2000:
F. Venter, *Constitutional Comparison. Japan, Germany, Canada and South Africa as Constitutional States*, Den Haag: Kluwer 2000, 274 p.

Verdoodt 2002:
A. Verdoodt, 'De audiovisuele media en de kortgedingrechter', *A&M* 2002, p. 83-86.

Verhey 1990:
L.F.M. Verhey, 'De horizontale werking van het EVRM', in: A.W. Heringa (red.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1990, p. 19-39.
Verhey 1992a:
L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (Diss.), Zwolle: Tjeenk Willink 1992, 487 p.
Verhey 1992b:
L.F.M. Verhey, [noot onder Hof Amsterdam 5 maart 1992], *NJCM-Bulletin* 1992, p. 643-645.
Verhey 1994a:
L.F.M. Verhey, 'Valkenhorst: het recht op afstammingskennis als persoonlijkheidsrecht, *NJCM-Bulletin* 1994, p. 652-658.
Verhey 1994b:
L.F.M. Verhey, 'De horizontale werking van het IVBPR', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 828-840.
Verhey 1994c:
L.F.M. Verhey, 'Driemaal belangenafweging in de aidstestzaak. Reactie op F.J. van Ommeren', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 121-125.
Verhey 1995a:
L.M.F. Verhey, 'Privacy en lichamelijke integriteit: op zoek naar evenwicht', in: J.B.J.M. ten Berge *et al.* (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg (Burkens-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 145-168.
Verhey 1995b:
L.M.F. Verhey, [noot onder HR 6 januari 1995], *NJCM-Bulletin* 1995, p. 909-913.
Verhey 2003:
L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 216-232.
Verhey 2005:
L. Verhey, 'Protection of Fundamental Rights: Interaction between the Legislature and the Judiciary. Judicial Constitutional Review in the United Kingdom and the Netherlands', in: F. Stroink & E. van der Linden (red.), *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 121-152.
Verhey 2009:
L. Verhey, 'Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. Mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 517-535.
Verhulp 1999:
E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, 209 p.
Vermeulen 1965:
P. Vermeulen, 'De invloed van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in de Belgische rechtsorde', in: Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland (red.), *Jaarboek 1965-1966*, Zwolle/Antwerpen: Tjeenk Willink/ De Sikkel *s.a.*, p. 17-56.

Vermeulen 1989:
B.P. Vermeulen, 'De Goerees en de kardinaal, ofwel: vrijheid van godsdienst versus discriminatieverbod', in: L. Heyde *et al.* (red.), *Begrensde vrijheid* (Scheltens-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 258-278.
Vermeulen 1992:
B. Vermeulen, 'Horizontale werking van grondrechten', *Nemesis* 1992, nr. 6, p. 5-9.
Vermeulen 1993:
B. Vermeulen, [noot onder HR 18 juni 1993], *Nemesis* 1993, nr. 6, p. 15-17.
Vermeulen 1995:
B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.J.M. ten Berge *et al.* (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 1-34.
Verrijn Stuart 1992:
H. Verrijn Stuart, 'Kort geding is geen travestie van het strafrecht', *Nemesis* 1992, nr. 1, p. 22-25.
Verschelden 2004:
G. Verschelden, *Afstamming*, Mechelen: Story-Scientia 2004, 762 p.
Verschelden 2005:
G. Verschelden, *Biologische werkelijkheid en belang van het kind bij de vaststelling en de betwisting van afstamming* (diss. U Gent), *s.i*: *s.l.* 2005, 494 + LIII p.
Verstegen 1977:
R. Verstegen, 'Huwelijksvrijheid en katholiek onderwijs: een keerpunt', *R.W.* 1976-77, kol. 1953-1960.
Verstegen 1991:
R. Verstegen, 'Kan een vrije onderwijsinstelling nog leerlingen (van de andere kunne) weigeren?', *T.O.R.B.* 1991-92, p. 200-208.
Verstegen 1996:
R. Verstegen, 'Gemengd onderwijs verplicht?', *R.W.* 1995-96, p. 241-251.
Veys 2006:
M.-N. Veys, 'Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap', *T.B.B.R.* 2006, p. 402-415.
Vieira de Andrade 1981:
J. C. Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais nas Relações entre particulares', *Documentação do Direito Comparado* 1981, p. 233-251.
Vieira de Andrade 1983:
J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina 1983, 350 p.
Vieira de Andrade 2001:
J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina 2001, 405 p.
Vikingstad 2007:
K.C. Vikingstad, 'The Use and Abuse of the Tort Benefit Rule in Wrongful Parentage Cases', (82) *Chicago-Kent Law Review*, p. 1063-1106.
Vincenzo 2003:
P. Vincenzo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milaan: Giuffré 2003, 386 p.

Visser 1997:
P.J. Visser, 'Enkele Beginsels en Gedagtes oor die Horisontale Werking van die Nuwe Grondwet', (60) *THRHR* 1997, p. 296-303.
Vlaardingerbroek 2003:
P. Vlaardingerbroek, 'Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie', *AA* 2003, p. 171-178.
Vlemminx 1994:
F. Vlemminx, *Het profiel van sociale grondrechten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, 162 p.
Vlemminx 1997:
F. Vlemminx, 'De horizontale werking van grondrechten en zelfregulering', in: H.R.B.M. Kummeling & S.C. van Bijsterveld (red.), *Grondrechten en zelfregulering*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 73-103.
Vlemminx 2002:
F.M.C. Vlemminx, 'Mogen in deze tijden *sympathieën* zwaarder wegen dan constitutionele zuiverheid?', *NJB* 2002, p. 1696-1699.
Vogenauer 2006:
S. Vogenauer, 'An Empire of Light? II: Learning and Lawmaking in Germany Today', (26) *OJLS* 2006, p. 627–663.
Volmer 1999:
M. Volmer, 'Parabolantennen – Anfang vom Ende der Informationsfreiheit', *ZMR* 1999, p. 12-15.
Von Bar 1996:
C. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, *(Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen)*, Munchen: Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1996, 704 p.
Von Mangoldt/Klein 1966:
H. von Mangoldt/ F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, I, Berlijn/Frankfurt: Vahlen 1966, 715 p.
Voorhoof & Baert 1984:
D. Voorhoof & J. Baert, 'Verbod tot het verspreiden van een boek?', *R.W.* 1983-84, kol. 1992-1996.
Voorhoof 1996a:
D. Voorhoof, 'Art. 10 EVRM en de vrijheid van de media', in: K. Rimanque *et al.* (red.), *Mensenrechten. Jaarboek 1995/96 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 111-143.
Voorhoof 1996b:
D. Voorhoof, 'Beperkingen op de expressievrijheid via de kortgedingrechter: een omstreden rechtsmiddel', *A&M* 1996, p. 168-171.
Voorhoof 1997a:
D. Voorhoof, 'De doorwerking van publiekrechtelijke beginselen in de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor informatie via (multi-)media', in: X. (red.), *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht (Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997)*, Gent: Mys & Breesch 1997, p. 485-523.
Voorhoof 1997b:
D. Voorhoof, 'Publicatieverbod "outing" popgroep: privacybescherming of preventieve censuur?', *Mediaforum* 1997, p. 132-135.

Voorhoof 2000:
D. Voorhoof, [noot onder Hof Antwerpen 4 november 1999], *Mediaforum* 2000, p. 25-26.
Voorhoof 2001a:
D. Voorhoof, 'Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af?', *R. Cass.* 2001, p. 25-35.
Voorhoof 2001b:
D. Voorhoof, 'Ook gevangene heeft recht op vergetelheid/ RTL-TVI en minister veroordeeld wegens schending recht op afbeelding van gevangene', *De Juristenkrant* 2001, nr. 37 (7 november 2001), p. 1 & 16.
Voorhoof 2003a:
D. Voorhoof, 'De journalistieke vrijheid en de tussenkomst van de rechter: censuur of noodzaak in een democratische samenleving?', in: X. (red.), *Censuur (Referaten van het colloquium van 16 mei 2003)*, Brussel: Larcier 2003, p. 71-95.
Voorhoof 2003b:
D. Voorhoof, *Handboek Mediarecht*, Brussel: Larcier 2003, 478 p.
Voorhoof 2004:
D. Voorhoof, 'Hof weigert verspreidingsverbod van boeken met racistische inslag', *De Juristenkrant* 2004, nr. 89, 13.
Voorhoof 2005:
D. Voorhoof, 'Toneelstuk "Aalst" over dubbele kindermoord mag van de rechter', *De Juristenkrant* 2005, nr. 104, p. 1 & 5.
Vranken 1997:
J.B.M. Vranken, 'Contractualisering en draagmoederschap', *T.P.R.* 1997, p. 1751-1761.
Vranken 2001:
J.B. Vranken, 'Argumenteren in het recht. Over logos, ethos en pathos. Een lichtvoetig verhaal over de (eigen)aardigheden van juridisch argumenteren', *WPNR* 2001, p. 14-21.

Waaldijk & Tielman 1984a:
C. Waaldijk & R.A.P. Tielman, 'Een model voor de afweging van botsende grondrechten', *NJCM-Bulletin* 1984, p. 208-228.
Waaldijk & Tielman 1984b:
C. Waaldijk & R.A.P. Tielman, 'Een model voor de afweging van botsende grondrechten – Reacties op de reacties van Mr. Jenny E. Goldschmidt', *NJCM-Bulletin* 1984, p. 449-450.
Wachsmann 2004:
P. Wachsmann, 'L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux"', *RUDH* 2004, p. 40-49.
Wade 2000:
H.W.R. Wade, Horizons of Horizontality, (116) *L.Q.R.* 2000, p. 217-224.
Wadham 1997:
J. Wadham, 'Bringing rights home: Labour's plans to incorporate the European Convention on Human Rights into U.K. law', *P.L.* 1997, p. 75-79.
Wahl 1946:
E. Wahl, 'Privatrecht und öffentliches Recht', *SdJZ* 1946, p. 27-30.

Wahl 2005:
R. Wahl, 'Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung', in: T. Henne & A. Riedlinger (red.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgericht*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2005, p. 371-397.

Walter & Mayer 2000:
R. Walter & H. Mayer, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Wenen: Manzsche 2000, 697 p.

Warren & Brandeis 1890:
S. Warren & L. Brandeis 1890, 'The Right to Privacy', *Harvard Law Review* 1890, p. 193-220.

Weiss 2003:
N. Weiss, 'The Impact of Human Rights on German Jurisprudence', in E. Örücü (red.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, *s.l.*: UKNCCL 2003, p. 49-61.

Werkgroep studie problematiek rond bevruchting en afstamming 1985:
Werkgroep studie problematiek rond bevruchting en afstamming, 'Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek', *FJR* 1985, p. 203-211.

Werkgroep Titel II Grondwet 2006:
De transversale bepalingen inzake rechten en vrijheden – Verslag namens de werkgroep belast met het onderzoek van Titel II van de Grondwet *Parl. St.* Kamer (België) 2005-2006, nr. 2304/1, 206 p.

Wespi 1968:
K. Wespi, *Die Drittwirkung der Freiheitsrechte*, Zürich: Schulthess 1968, 100 p.

Westerhäll 2000:
L. Westerhäll, 'La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Suède', in: J. Iliopoulos-Strangas (red.), *La protection des droits sociaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Athene/Brussel/Baden-Baden: Ant. N. Sakkoulas/Bruylant/Nomos 2000, p. 751-791.

Whitman 2003:
J.Q. Whitman, 'On Nazi "Honour" and the New European "Dignity"', in: C. Joerges & N. Singh Ghaleigh (red.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford/Portland: Hart 2003, p. 243-266.

Wiarda 1988:
G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, 150 p.

Wiesner 1999:
M.B. Wiesner, 'Anbringung von Parabolantennen', *MDR* 1999, p. 131-133.

Wildhaber 1971:
L. Wildhaber, 'Réflexions sur la discrimination raciale, l'égalité devant la loi et la "Drittwirkung" en droit suisse', *RDH* 1971, p. 341-349.

Wilhelmsson 1993:
T. Wilhelmsson, 'Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation', in: T. Wilhelmsson (red.), *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot (*etc.*): Dartmouth 1993, p. 9-54.

Willekens 1982:
H. Willekens, 'De werking van grondrechten in de verhoudingen tussen samenwonende sexuele partners' in: K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 341-419.

Willemart 1998:
E. Willmart, 'Le respect de la vie privée dans les relations entre l'assureur et le candidat-assuré', in: H. Cousy *et al.* (red.), *Liber Amicorum Hubert Claassens. Verzekering: theorie en praktijk*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1998, p. 291-301.

Wilson 1990:
W. Wilson, 'Privacy, Confidence and Press Freedom: A Study in Judicial Activism', *M.L.R.* 1990, p. 43-56.

Wolhuter 1996:
L. Wolhuter, 'Horizontality in the Interim and Final Constitutions', (11) *SAPL* 1996, p. 512-527.

Woolman & Davis 1996:
S. Woolman & D. Davis, 'The Last Laugh: *Du Plessis v De Klerk*, Classical Liberalism, Creole Liberalism and the Application of Fundamental Rights under the Interim and the Final Constitutions', (12) *SAJHR* 1996, p. 361-404.

Woolman 2005:
S. Woolman, 'Application', in: S. Woolman *et al.* (red.), *Constitutional Law of South Africa*, Kaapstad: Juta 2005, Hoofdstuk 31, p. 1-161.

Wortmann 1998:
S.F.M. Wortmann, 'Kroniek van het personen- en familierecht', *NJB* 1998, p. 1483-1488.

Wright 1999:
J. Wright, 'How Private is my Private Life?', in: L. Betten (red.), *The Human Rights Act 1998 – What it Means*, Den Haag *et al.*: Nijhoff 1999, p. 111-140.

X 2003:
X., 'Twintig jaar grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 212-215.

Zäch 1989:
R. Zach, 'Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung', *SJZ* 1989, p. 1-12 & 25-27.

Zacharias 2000:
D. Zacharias, 'Das "Lebach-Urteil"', *JA* 2000, p. 649-652.

Zacher 1977:
H.F. Zacher, 'Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen?', in R. Stödter & W. Thieme (red.), *Hamburg Deutschland Europa (Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht): Festschrift für Hans Peter Ibsen zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen: Mohr 1977, p. 207-267.

Zacher 1980:
H.F. Zacher, *Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik Deutschland*, Berlijn: J. Schweitzer 1980, 1219 p.

Zagrebelsky 1982:
G. Zagrebelsky, 'Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Cour constitutionnelle italienne', in L. Favoreu (red.), *Cours constitutionnelles européennes*

et droits fondamentaux (Actes du IIe Colloque d'Aix-en-Provence 19-20 et 21 Février 1981), Parijs/Aix-en-Provence: Economica/Presses Universitaires d'Áix-Marseille 1982, p. 303-334.

Zanghi 1971:
C. Zanghi, 'La protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées (Italie)', in: X (red.), *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III*, Parijs: Pedone 1971, p. 269-278.

Zöllner 1996:
W. Zöllner, 'Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht. Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen', (196) *AcP* 1996, p. 1-36.

Zucca 2001:
L. Zucca, 'Do Courts Have to Show Deference: Notes on Paul Craig's View on the HRA', (2) *German Law Journal* 2001, *s.f.*

Zumbansen 2001:
P. Zumbansen, 'Federal Constitutional Court Affirms Horizontal Effect of Constitutional Rights in Private Law Relations and Voids a Marital Agreement on Constitutional Grounds', (2) *German Law Journal* 2001, nr. 6, *s.f.*

Zumbansen 2003:
P. Zumbansen, 'Public Values, Private Contracts and the Colliding Worlds of Family and Market (German Federal Constitutional Court, "Marital Agreement" Decisions of 6 February 2001 and 29 March 2001)', (11) *Feminist Legal Studies* 2003, p. 71-84.

Rechtspraakregister

ARGENTINIË

Corte Suprema de Justicia de la Nación

· Corte Suprema de Justicia de la Nación 27 december 1957 (*Siri*), *Fallos de la Corte Suprema Nacional*, 239, 459 | 49
· Corte Suprema de Justicia de la Nación 5 september 1958 (*Kot*), *Fallos de la Corte Suprema Nacional*, 241, 291 | 49

AUSTRALIË

· *Australian Broadcasting Corporation* v *Lenah Game Meats Pty Ltd* [2001] HCA 63, [2001] CLR 199 | 265

BELGIË

Grondwettelijk hof (voorheen: *Arbitragehof*)

· Arbitragehof 12 juli 1996, nr. 45/1996 | 142
· Arbitragehof 21 maart 2000, nr. 31/2000 | 142
· Arbitragehof 21 januari 2004, nr. 9/2004 | 142
· Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004 | 142
· Grondwettelijk hof 11 maart 2009, nr. 40/2009 | 142

Hof van cassatie

· Cass. 2 mei 1969, *R.W.* 1968-69, 1935 | 281
· Cass. 8 december 1976, *J.T.T.* 1977, 27 | 168, 170, 186
· Cass. 12 januari 1977, *R.W.* 1976-77, 1937 | 170
· Cass. 25 juni 1979, *R.W.* 1979-80, 183 | 170
· Cass. 6 maart 1986, *Pas.* 1986, I, 852 | 173
· Cass. 17 december 1998, *Pas.* 1998, I, 525 | 172
· Cass. 29 juni 2000, *A&M* 2000, 443 | 138
· Cass. 9 januari 2001, *Computerr.* 2001, afl. 4, 199 | 147
· Cass. 27 februari 2001 (*Leli's World*), *R.W.* 2001-02, 1171 | 156
· Cass. 24 oktober 2002, nr. C010502N | 172
· Cass. 2 juni 2006, *A&M* 2006, 355 | 138

Raad van State

· R.v.St. 20 december 1985, *R.W.* 1986-87, kol. 246 | 168
· R.v.St. 23 mei 1989, *Arr. R.v.St.* 1989, nr. 32.632 | 211
· R.v.St. 26 juni 1989, *Arr. R.v.St.* 1989, nr. 32.786 | 211
· R.v.St. 26 juni 1989, *Arr. R.v.St.* 1989, nr. 32.787 | 211
· R.v.St. 20 november 1991, *Arr. R.v.St.* 1991, nr. 38.137 | 211
· R.v.St. 25 november 1992, *Arr. R.v.St.* 1992, nr. 41.149 | 211
· R.v.St. 15 juni 1994 (nr. 48.002), *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, 356 | 211
· R.v.St. 10 juli 2002 (nr. 109.099), *T. Gem.* 2003, 52 | 211
· R.v.St. 4 juli 2003 (nr. 121.320), *R.W.* 2003-04, 1422 | 211

Hoven van beroep

· Hof Brussel 17 juli 1889, *Pas.* 1889, II, 408 | 72
· Hof Luik 5 mei 1909, *Pas.* 1909, II, 219 | 40, 71
· Hof Gent 6 november 1911, *Pas.* 1912, II, 12 | 71
· Hof Gent 31 januari 1947, *R.W.* 1948-49, kol. 627 | 71
· Hof Luik 31 maart 1949, *J.T.* 1949, 409 | 71
· Hof Brussel 7 maart 1953, *Pas.* 1954, II, 27 | 72
· Hof Bergen 20 juni 1979, *RPS* 1980, nr. 6072 | 39, 124
· Hof Brussel 25 november 1981, *J.T.* 1982, 275 | 39, 124
· Hof Brussel 29 juni 1987, *J.T.* 1987, 685 | 124
· Hof Luik 22 september 1988, *Pas.* 1989, II, 47 | 147, 156
· Hof Antwerpen 13 maart 1991, *De Verz.* 1991, 867 | 147
· Hof Brussel (kg.) 24 december 1992, *Iuvis* 1994, 203 | 113
· Hof Brussel 21 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 260 | 212
· Hof Antwerpen 3 februari 1998, *A&M* 1998, 150 | 145
· Hof Antwerpen 30 november 1998, *A&M* 1999, 240 | 145
· Hof Antwerpen 4 november 1999, *R.W.* 2000-01, 1457 | 124, 138
· Hof Antwerpen (kg.) 4 november 1999, *Mediaforum* 2000, 23 | 141
· Hof Gent 23 maart 2001, *A.J.T.* 2001-02, 146 | 161
· Hof Antwerpen 4 april 2001, *A.J.T.* 2001-02, 767 | 147
· Hof Antwerpen 18 december 2001, *R.W.* 2002-03, 949 | 180
· Hof Brussel 21 december 2001, *A&M* 2002, 180 | 138, 247
· Hof Gent 28 maart 2002, *A&M* 2003, 129 | 124, 136
· Hof Brussel 13 december 2002, *NJWbl.* 2003, 1158 | 138
· Hof Antwerpen 7 april 2003, *A&M* 2004, 65 | 138
· Hof Gent 1 september 2003, *R.W.* 2005-06, 464 | 145
· Hof Antwerpen 30 april 2004, *R.W.* 2004-05, 630 | 136
· Hof Antwerpen 21 juni 2004, *A&M* 2005, 76 | 124, 136
· Hof Antwerpen 1 december 2004, *NJWbl.* 2005, 132 | 145
· Hof Antwerpen 12 januari 2005, *A&M* 2005, 259 | 138
· Hof Gent 6 juni 2005, *A&M* 2005, 444 | 124, 136, 236, 248
· Hof Antwerpen 11 oktober 2005, *A&M* 2006, 201 | 136
· Hof Luik 7 december 2006, *A&M* 2007, 280 | 124, 136

Arbeidshoven

· Arbh. Brussel 19 juni 1972, *J.T.T.* 1975, 298 | 39, 124, 168
· Arbh. Brussel 4 mei 1973, *R.W.* 1973-74, 382 | 39, 124, 168, 169
· Arbh. Luik 27 juni 1974, *J.T.T.* 1974, 217 | 39, 124, 168, 169, 281
· Arbh. Antwerpen 7 mei 1976, *R.W.* 1976-77, 1249 | 39, 124, 168, 169
· Arbh. Brussel 24 november 1977, *J.T.T.* 1978, 63 | 39, 108, 124, 168, 169
· Arbh. Antwerpen 20 december 1977, *T.S.R.* 1978, 66 | 170
· Arbh. Gent 9 mei 1979, *R.W.* 1978-80, 1458 | 39, 124, 168, 169
· Arbh. Antwerpen 1 oktober 2002, *R.W.* 2003-04, 298 | 147

Rechtbanken

· Rb. Dinant 14 februari 1907, *Pas.* 1907, III, 201 | 40, 71
· Rb. Brussel 24 mei 1910, *J.T.* 1910, kol. 680 | 71
· Rb. Tongeren 7 juni 1935, *Pas.* 1936, III, 148 | 71
· Rb. Brussel 29 oktober 1946, *J.T.* 1947, 134 | 71
· Rb. Luik 9 januari 1947, *J.T.* 1947, 246 | 71
· Rb. Luik 7 december 1949, *Jur. Liège* 1950, 164 | 71
· Rb. Verviers 16 juni 1952, *J.T.* 1952, 642 | 72
· Rb. Brussel 15 april 1955, *Pas.* 1956, III, 58 | 71
· Rb. Brussel 11 februari 1961, *J.T.* 1961, 686 | 39, 124, 156
· Rb. Brussel 20 juni 1968, verkort weergegeven in Eissen 1971, p. 161 | 39, 124
· Rb. Brussel 4 april 1973, *R.W.* 1973-74, 2338 | 39, 124
· Rb. Brussel 6 april 1976, *Pas.* 1976, III, 51 | 39, 124, 147
· Rb. Luik 21 oktober 1986, *J.L.M.B.* 1987, 578 | 157
· Rb. Brugge (kg.) 5 september 1990, *T.O.R.B.* 1991-92, 194 | 212
· Rb. Brussel 21 november 1990, *J.L.M.B.* 1991, 24 | 124
· Rb. Antwerpen (kg.) 19 juli 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 196 | 124, 212
· Rb. Leuven (kg.) 30 augustus 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 198 | 212
· Rb. Kortrijk (kg.) 28 oktober 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 200 | 124, 212
· Rb. Antwerpen 22 oktober 1992, *R.W.* 1992-93, 541 | 124, 212
· Rb. Brussel 11 juni 1993, *J.L.M.B.* 1993, 1037 | 124
· Rb. Brussel 16 juni 1993, *R.W.* 1993-94, 619 | 142
· Rb. Dendermonde (kg.) 13 augustus 1993, *T.O.R.B.* 1993-94, 271 | 124, 212
· Rb. Antwerpen 27 juni 1995, *R.W.* 1995-96, 1218 | 124, 212
· Rb. Dendermonde 29 juni 1995, *R.W.* 1995-96, 1240 | 124, 212
· Rb. Brugge (kg.) 28 juli 1995, *R.W.* 1995-96, 1034 | 124, 212
· Rb. Mechelen (kg.) 14 augustus 1995, *R.W.* 1995-96, 1269 | 124, 212
· Rb. Gent 21 september 1995, *R.W.* 1998-99, 97 | 180
· Rb. Brussel 21 december 1995, *J.T.* 1996, 47 | 208, 210
· Rb. Brussel 6 november 1996, *Journ. Proc.* 1996, nr. 316, 26 | 124, 247
· Rb. Brussel 30 januari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 317 | 124
· Rb. Brussel 5 februari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 319 | 124
· Rb. Neufchâteau (kg.) 25 juni 1997, *R.R.D.* 1997, 326 | 124
· Rb. Brussel (kg.) 30 juni 1997, *A&M* 1998, 264 | 138
· Rb. Brussel 30 juni 1997, *J.T.* 1997, 715 | 208
· Rb. Gent 17 oktober 1997, *R.W.* 1997-98, 750 | 124

· Rb. Namen 17 november 1997, *J.T.* 1998, 187 | 208
· Rb. Charleroi (kg.) 19 januari 2000, *TBBR* 2000, 590 | 113
· Rb. Veurne 18 februari 2000, *R.W.* 2000-01, 1463 | 139
· Rb. Nijvel 5 mei 2000, *T. Vred* 2001, 73 | 160
· Rb. Antwerpen 21 december 2000, *R.W.* 2000-01, 1460 | 247
· Rb. Luik 12 september 2001, *A&M* 2002, 193 | 136
· Rb. Brussel 20 september 2001, *A&M* 2002, 77 | 136, 208, 210
· Rb. Brussel (kg.) 18 oktober 2001, *A&M* 2002, 82 | 138
· Rb. Brussel (kg.) 24 oktober 2001, *A&M* 2002, 177 | 138, 247
· Rb. Brussel 26 oktober 2001, *A&M* 2002, 88 | 136
· Rb. Brussel (kg.) 15 november 2001, *A&M* 2002, 187 | 138
· Rb. Dendermonde 27 november 2001, *A&M* 2002, 87 | 138
· Rb. Nijvel 12 maart 2002, *A&M* 2003, 77 | 124, 136, 248
· Rb. Brussel 7 juni 2002, *T.B.B.R.* 2002, 483 | 242
· Rb. Brussel 13 september 2002, *A&M* 2003, 132 | 136
· Rb. Brussel 10 januari 2003, *A&M* 2003, 404 | 124, 136
· Rb. Namen 14 februari 2003, *J.L.M.B.* 2003, 1052 | 40
· Rb. Brussel 25 maart 2003, *A&M* 2004, 73 | 124, 136, 248
· Rb. Gent (kg.) 30 april 2003, *A&M* 2004, 74 | 136
· Rb. Antwerpen 9 mei 2003, *A&M* 2003, 400 | 124, 136
· Rb. Brussel (kg.) 2 juni 2003, *J.L.M.B.* 2004, 18 | 138
· Rb. Brussel (kg.) 4 juni 2003, *A&M* 2003, 308 | 138
· Rb. Gent 6 november 2003, *T.M.R.* 2003, 159 | 145
· Rb. Brussel 12 december 2003, *A&M* 2004, 193 | 124, 138
· Rb. Brussel 12 januari 2004, *A&M* 2004, 379 | 124, 138
· Rb. Luik 14 januari 2004, *A&M* 2005, 91 | 124, 136
· Rb. Antwerpen (kg.) 9 maart 2004, *A&M* 2005, 168 | 136
· Rb. Brussel 21 april 2004, *T.B.B.R.* 2006, 108 | 243, 246
· Rb. Brussel 27 april 2004, *A&M* 2005, 80 | 124, 136 '
· Rb. Gent (kg.) 16 februari 2005, *A&M* 2005, 262 | 210
· Rb. Brussel 30 april 2005, *A&M* 2005, 327 | 138
· Rb. Antwerpen 23 juni 2005, *A&M* 2005, 455 | 124, 136, 247
· Rb. Brussel 28 oktober 2005, *A&M* 2006, 99 | 248
· Rb. Antwerpen 9 januari 2006, *A&M* 2006, 97 | 136
· Rb. Brussel 20 januari 2006, *A&M* 2006, 208 | 124, 136
· Rb. Brussel 7 februari 2006, *A&M* 2006, 372 | 124, 136
· Rb. Brussel 15 september 2006, *A&M* 2006, 498 | 124, 136

Handelsrechtbanken

· HRb. Brussel 15 oktober 1957, *J.T.* 1958, 43 | 71

Arbeidsrechtbanken

· Arbrb. Antwerpen 31 maart 1971, *R.W.* 1970-71, 1862 | 170
· Arbrb. Bergen 10 juni 1971, *T.S.R.* 1971, p. 164 | 39, 124, 169
· Arbrb. Hasselt 16 april 1973, *R.W.* 1973-74, 391 | 39, 124, 168, 169
· Arbrb. Mechelen 4 september 1973, *R.W.* 1974-75, 499 | 170

· Arbrb. Gent 12 april 1974, *R.W.* 1974-75, 1956 | 39, 124, 168
· Arbrb. Brugge 13 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, p. 79 | 108, 156, 211
· Arbrb. Brussel 2 mei 2000, *Computerr.* 2001, 26 | 156
· Arbrb. Nijvel 8 februari 2002, *J.T.T.* 2002, 181 | 108, 124, 156, 247
· Arbrb. Verviers 20 maart 2002, *J.T.T.* 2002, 183 | 124, 156, 236

Jeugdrechtbanken

· Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T. Gez.* 1997-98, 124 | 225

Vrederechters

· Vred. Tubize 27 oktober 1981, *T. Vred.* 1982, 171 | 157, 159
· Vred. Namen 20 maart 1990, *T. Vred.* 1990, 150 | 157
· Vred. Elsene, 27 april 1994, onuitg., A.R. nr. 916/689, aangehaald in Dambre 1995, p. 106 (ten onrechte als uit 1995); Fierens 1995, p. 238 en Hubeau 1996, p. 299-300 | 158
· Vred. Ukkel 15 februari 1995, *T. Vred.* 1997, 164 | 158
· Vred. Elsene 6 maart 1995, *T.B.B.R.* 1996, 296 | 158
· Vred. Ukkel 15 maart 1995, *T. Vred.* 1997, 166 | 158
· Vred. Antwerpen 13 november 1995, *T. App.* 2001, afl. 4, 44 | 161, 212
· Vred. Roeselare 1 maart 1996, *R.W.* 1997-98, 1054 | 124, 159
· Vred. Wolvertem 20 maart 1997, *T. Vred.* 1998, 295 | 161, 212
· Vred. Grâce-Hollogne 17 december 1999, *J.L.M.B.* 2000, 898 | 112
· Vred. Moeskroen-Komen-Warneton 15 april 2002, *Echos log.* 2003, afl. 5, 183 | 161
· Vred. Oostende 17 december 2002, *T.G.R.* 2005, afl. 3, 192 | 161, 223, 285
· Vred. Seraing 14 maart 2003, *Echos log.* 2003, afl. 5, 18 | 161
· Vred. Oostende 1 juni 2005, *Res. Jur. Imm.* 2005/4, 324 | 112

Werkrechtersraden van beroep

· Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956, *T.S.R.* 1958, 252 | 39, 168, 169
· Wrr. Ber. Brussel 22 februari 1968, *J.T.* 1968, 387 | 39, 124
· Wrr. Ber. Antwerpen 24 maart 1969, *R.W.* 1970-71, 911 | 170

Werkrechtersraden

· Wrr. Charleroi 7 juli 1970, *J.T.T.* 1970, 103 | 39, 168, 169

COLOMBIA

Corte Constitucional

· Corte Constitucional 31 januari 1994, T-028/94 | 50
· Corte Constitucional 22 november 1994, T-523/94 | 50
· Corte Constitucional 9 december 1994, T-573/94 | 50

Corte Interamericana de Derechos Humanos

· CIDH 18 juni 2002 & 17 november 2004 (*Comunidad de Paz de San José de Apartadó v. Colombia*) | 51
· CIDH 6 maart 2003 & 15 maart 2005 (*Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó v. Colombia*) | 51
· CIDH 17 september 2003 (*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*) | 52
· CIDH 5 juli 2004 (*Pueblo indígena de Kankuamo v. Colombia*) | 51
· CIDH 6 juli 2004 (*Pueblo indígena de Sarayaku v. Ecuador*) | 51
· CIDH 6 juli 2004 (*Diarios El Nacional y Así es la Noticia v. Venezuela*) | 51
· CIDH 9 juli 2004 (*Carlos Nieto v. Venezuela*) | 51
· CIDH 4 september 2004 (*Emisora de Televisión Globovisión v. Venezuela*) | 51

DUITSLAND

Bundesverfassungsgericht

· BVerfG 23 oktober 1952 (SRP-Verbot), *BVerfGE* 2, 1 | 57
· BVerfG 17 augustus 1956 (KPD-Verbot), *NJW* 1956, 1393 | 57
· BVerfG 16 januari 1957 (Elfes), *NJW* 1957, 297 | 19, 57, 60
· BVerfG 17 januari 1957 (Steuersplitting), *BVerfGE* 6, 55 | 57
· BVerfG 15 januari 1958 (Lüth), *BVerfGE* 7, 198 | 18, 145
· BVerfG 7 april 1964, *BVerfGE* 17, 302 | 165
· BVerfG 26 februari 1969 (Blinkfüer), *BVerfGE* 25, 256 | 21, 145
· BVerfG 24 februari 1971 (Mephisto), *BVerfGE* 30, 173 | 21, 235
· BVerfG 14 februari 1973 (Soraya), *BVerfGE* 34, 269 | 21, 235, 246
· BVerfG 5 juni 1973 (Lebach), *BVerfGE* 35, 202 | 21, 208, 209
· BVerfG 13 mei 1980 (Eppler), *BVerfGE* 54, 129 | 21
· BVerfG 23 mei 1980, *NJW* 1980, 2572 | 284
· BVerfG 2 juni 1980 (Böll), *BVerfGE* 54, 208 | 21
· BVerfG 24 maart 1981, *FamRZ* 1981, 429 | 116
· BVerfG 25 januari 1984 (Wallraff), *BVerfGE* 66, 116 | 21
· BVerfG 6 juni 1989, *NJW* 1989, 2525 | 284
· BVerfG 7 februari 1990 (Handelsvertreter), *NJW* 1990, 1469 | 155
· BVerfG 7 mei 1991, *FamRZ* 1991, 913 | 116
· BVerfG 11 juni 1991, *BVerfGE* 84, 192 | 156
· BVerfG 10 maart 1993, *NJW* 1993, 1252 | 160, 163
· BVerfG 16 april 1993, *WuM* 1993, 231 | 160
· BVerfG 26 mei 1993, *BVerfGE* 89, 1 | 160
· BVerfG 19 oktober 1993 (Bürgschaft), *BVerfGE* 89, 214 | 154
· BVerfG 9 februari 1994, *BVerfGE* 90, 27 | 117, 164
· BVerfG 9 juni 1994, *NJW* 1994, 2143 | 117
· BVerfG 15 juni 1994, *WuM* 1994, 365 | 117, 164
· BVerfG 21 juni 1994, *NJW-RR* 1994, 1232 | 117, 163
· BVerfG 29 juni 1994 (1 BvR 1737/93) | 117
· BVerfG 30 juni 1994, *NJW-RR* 1994, 1232 | 117, 164
· BVerfG 14 september 1995, *WuM* 1995, 693 | 117, 162, 163

· BVerfG 16 februari 1996, *WuM* 1996, 264 | 117, 163
· BVerfG 11 juli 1996, *NJW* 1996, 2858 | 117
· BVerfG 22 oktober 1997, *NJW* 1998, 523 | 244
· BVerfG 12 november 1997, *NJW* 1998, 519 | 150
· BVerfG 15 december 1999 (Caroline van Monaco), *NJW* 2000, 1021 | 136
· BVerfG 8 maart 2000, *NJW* 2000, 2187 | 148
· BVerfG 4 april 2000, *NJW* 2000, 2189 | 136
· BVerfG 6 februari 2001, *NJW* 2001, 957 | 171
· BVerfG 29 maart 2001, *NJW* 2001, 2248 | 171
· BVerfG 30 juli 2003, *NJW* 2003, 3111 | 213
· BVerfG 22 maart 2004, *NJW* 2004, 2008 | 167
· BVerfG 9 juli 2004, *FamRZ* 2005, 1057 | 171
· BVerfG 14 oktober 2004 (2 BvR 1481/04) | 123
· BVerfG 24 januari 2005, *NJW* 2005, 1709 | 117, 163
· BVerfG 14 februari 2005 (1 BvR 1908/01) | 160
· BVerfG 17 maart 2005 (1 BvR 42/03) | 117, 163

Reichsgericht

· RG 28 april 1921, *RGZ* 102, 161 | 11
· RG 4 november 1925, *RGZ* 111, 320 | 11

Bundesgerichtshof

· BGH 26 juni 1952, *BGHZ* 6, 360 | 14
· BGH 25 mei 1954, *BGHZ* 13, 334 | 13
· BGH 14 februari 1958 (Herrenreiter), *BGHZ* 26, 349 | 143
· BGH 20 mei 1958, *BGHZ* 27, 284 | 115, 147, 247
· BGH 6 april 1960, *BGHZ* 33, 145 | 165
· BGH 19 september 1961 (Ginseng), *BGHZ* 35, 363 | 143, 235
· BGH 5 maart 1963, *BGHZ* 39, 124 | 235
· BGH 24 oktober 1963, *NJW* 1963, 761 | 165
· BGH 16 december 1975, *JZ* 1976, 559 | 148
· BGH 24 november 1981, *NJW* 1982, 277 | 247
· BGH 22 juni 1982, *NJW* 1982, 2123 | 148
· BGH 18 januari 1983, *JZ* 1983, 447 | 238, 242
· BGH 22 januari 1991, *NJW* 1991, 923 | 155
· BGH 13 oktober 1992, *NJW* 1993, 781 | 148
· BGH 16 februari 1993, *NJW* 1993, 1531 | 148
· BGH 2 december 1998, *NJW* 1999, 566 | 167
· BGH 29 juni 1999, *NJW* 1999, 2893 | 136
· BGH 22 januari 2004, *NJW* 2004, 937 | 117, 163, 212
· BGH 2 maart 2005, *NJW-RR* 2005, 596 | 117, 163
· BGH 16 november 2005, *NJW* 2006, 1062 | 117, 118
· BGH 20 januari 2006, *NJW* 2006, 1054 | 146
· BGH 5 juli 2006, XII ZR 25/04 | 171

Oberlandesgerichte

· OLG Köln 18 november 1948, *SdJZ* 1949, kol. 623 | 14
· OLG Schleswig 10 mei 1950, *JR* 1951, 629 | 14
· OLG Köln 6 oktober 1953, *NJW* 1954, 352 | 14
· OLG Nürnberg 29 mei 1962, *FamRZ* 1962, 524 | 165
· OLG Celle 30 september 1964, *NJW* 1965, 362 | 115
· OLG Hamm 2 december 1985, *NJW* 1986, 781 | 176
· OLG Hamburg 6 maart 1986, *AfP* 1987, 518 | 208
· OLG Stuttgart 1 december 1988, *NJW* 1988, 833 | 154
· OLG Frankfurt 22 juli 1992, *NJW* 1992, 2490 | 160
· OLG Hamm 4 december 1992, *NJW* 1993, 1276 | 160
· OLG Karlsruhe 24 augustus 1993, *NJW* 1993, 2815 | 117, 162
· OLG Düsseldorf 12 november 1993, *NJW* 1994, 1163 | 117, 163
· BayObLG 25 maart 1994, *NJW-RR* 1994, 848 | 117, 164
· OLG Stuttgart 2 mei 1994, *NJW* 1994, 3016 | 148
· BayObLG 28 oktober 1994, *NJW* 1995, 337 | 160, 163, 285
· BayObLG 30 november 2000, *WuM* 2001, 203 | 160, 163
· OLG Hamm 1 oktober 2001, *NZM* 2002, 445 | 117
· OLG Schleswig-Holstein 12 februari 2003, *NJW-RR* 2003, 1018 | 117
· BayOLG 8 april 2004, *WuM* 2004, 358 | 163
· BayOLG 15 april 2004, *WuM* 2004, 359 | 163, 212
· OLG Celle 10 juli 2006 (4 W 89/6) | 163
· OLG Frankfurt am Main 22 mei 2007 (11 U 72/06) | 208

Landesgerichte

· LG Hannover, *Nds Rpfl* 1949, 18 | 14
· LG Hamburg 22 november 1951 (15 O 87/51), aangehaald in Krüger 1954, p. 369 | 63
· LG Mannheim 12 augustus 1955, *NJW* 1956, 384 | 115
· LG Stuttgart 31 mei 1989, *DWW* 1991, 309 | 117
· LG Frankfurt 24 juli 1990, *WuM* 1990, 492 | 117, 163
· LG Stuttgart 11 december 1990, *WuM* 1991, 212 | 163
· LG Bochum 29 mei 1991, *DWW* 1991, 308 | 160
· LG Stuttgart 30 januari 1992, *WuM* 1992, 367 | 160
· LG Mannheim 29 april 1992, *ZMR* 1992, 342 | 160
· LG Dortmund 30 september 1992, *WuM* 1993, 37 | 117, 163
· LG Kaiserslautern 6 oktober 1992, *NJW-RR* 1993, 272 | 117, 163
· LG Kleve 9 december 1992, *NJW-RR* 1993, 656 | 117
· LG Osnabrück 28 mei 1993, *DWW* 1993, 202 | 160
· LG Heidelberg 2 juli 1993, *WuM* 1993, 734 | 117
· LG Braunschweig 19 juli 1993, *DWW* 1994, 22 | 117
· LG Köln 28 juli 1993, *DWW* 1994, 23 | 117, 163
· LG Freiburg (Breisgau) 25 augustus 1993, *WuM* 1993, 669 | 117
· LG 17 september 1993, *WuM* 1993, 668 | 117
· LG Nürnberg-Fürth 22 november 1993, *ZMR* 1994, 117 | 117
· LG Hamburg 1 december 1993, *WuM* 1994, 391 | 160

· LG Gera 14 juli 1994, *WuM* 1994, 523 | 160, 164
· LG Wiesbaden 28 oktober 1994, *DWW* 1995, 53 | 160
· LG Berlijn 5 december 1994, *DWW* 1995, 115 | 117, 164
· LG Lübeck 24 februari 1995, *ZMR* 1996, 143 | 117
· LG Berlijn 28 juli 1995, *Grundeigentum* 1996, 55 | 117
· LG Hagen (Westfalen) 11 september 1995, *DWW* 1996, 52 | 117
· LG Nürnberg-Fürth 1 maart 1996, *WuM* 1997, 486 | 117
· LG Zweibrücken 3 juni 1996, *FamRZ* 1997, 633 | 116
· LG Baden-Baden 14 maart 1997, *WuM* 1997, 430 | 160, 163
· LG Wuppertal 9 april 1997, *WuM* 1997, 324 | 117
· LG Landau 7 december 1997, *NJW* 1998, 2147 | 163
· LG Essen 12 maart 1998, *WuM* 1998, 344 | 117, 163, 212
· LG Stuttgart 30 november 1998, *WuM* 1999, 591 | 117
· LG Lübeck 29 december 1998, *NJW-RR* 1999, 1532 | 163
· LG Hanau 29 januari 1999, *NZM* 1999, 367 | 117
· LG Wuppertal 25 mei 1999, *NJW-RR* 1999, 1457 | 160, 163
· LG Munchen 23 juni 1999 (14 S 119/99) | 117
· LG Dortmund 11 januari 2000, *NJW-RR* 2000, 889 | 117
· LG Konstanz 23 november 2001, *WuM* 2002, 210 | 160, 163
· LG Berlijn 27 november 2003, *Grundeigentum* 2004, 181 | 160, 163
· LG Magdeburg 19 februari 2004, *ZMR* 2004, 757 | 171
· LG Berlijn 15 maart 2004, *MM* 2004, 264 | 118
· LG Munchen 5 augustus 2004, *WuM* 2004, 659 | 117
· LG Berlijn 30 november 2004, *AfP* 2005, 87 | 117, 118
· LG Hannover 14 december 2004, *ZMR* 2005, 296 | 117, 163

Amtsgerichte

· AG Mannheim 9 oktober 1991, *WuM* 1992, 469 | 116
· AG Tauberbischofsheim 8 mei 1992, *NJW-RR* 1992, 1098 | 116
· AG Frankfurt 24 juni 1992 (17 Ca63/92) | 213, 214
· AG Kamen 13 april 1995, *FamRZ* 1995, 1077 | 116, 248
· AG Kamen 4 augustus 1995, *NJW-RR* 1996, 199 | 116, 248

Kammergericht

· KaG 26 november 1948, *JR* 1949, 51 | 14
· KaG 1 september 1981, *FamRZ* 1982, 95 | 116

Bundesarbeitsgericht

· BAG 3 december 1954, *NJW* 1955, 606 | 15
· BAG 15 januari 1955, *BAGE* 1, 258 | 15
· BAG 31 januari 1956, *NJW* 1956, 646 | 168
· BAG 10 mei 1957, *BAGE* 4, 274 | 15, 60
· BAG 23 februari 1959, *BAGE* 7, 256 | 15
· BAG 18 oktober 1961, *BAGE* 11, 338 | 15
· BAG 29 juni 1962, *NJW* 1962, 1981 | 15

· BAG 22 november 1965, *NJW* 1966, 689 | 15
· BAG 28 september 1972, *JZ* 1973, 375 | 15
· BAG 25 april 1978, *NJW* 1978, 2116 | 168
· BAG 20 december 1984, *NJW* 1986, 85 | 15
· BAG 27 februari 1985, *BAGE* 48, 122 | 15
· BAG 12 juni 1992, *JZ* 1993, 908 | 15
· BAG 23 juni 1994, *NZA* 1994, 1080 | 15
· BAG 10 oktober 2002, *NJW* 2003, 1685 | 213, 214

Reichsarbeitsgericht

· *RAG* 10, 34 aangehaald in Krüger 1949, p. 164 | 16

Landesarbeitsgerichte

· LAG Bremen 21 februari 1951, *AR-Blattei*, Rechtspr. nr. 1123 | 16
· LAG Düsseldorf 16 mei 1951, *AP* 51, nr. 237 | 16-17
· LAG Düsseldorf 19 oktober 1951, *AR-Blattei*, Rechtspr. nr. 1311 | 17
· LAG Düsseldorf 21 januari 1954, *RdA* 1954, 159 | 17
· LAG Saarbrücken 29 oktober 1975, *NJW* 1976, 645 | 168
· LAG Hamm 3 november 1977, *NJW* 1978, 850 | 168
· LAG Düsseldorf 22 maart 1984, *DB* 1985, 391 | 213

ENGELAND

· *A National Health Service Trust v D* [2000] 2 FR 677 | 274
· *A v B* [2005] EWHC 1651 (QBD) | 136
· *A v B Plc* [2003] Q.B. 195 | 264, 265, 267, 268, 269, 271
· *A v B Plc and another* [2001] 1 W.L.R. 2341 | 269
· *A v Leeds Teaching Hospital NHS Trust* [2004] EWHC 644 | 130
· *Ali v Lord Grey School Governors* alias *A v Headteacher and Governors of Lord Grey School* [2004] EWCA Civ, 382 | 256
· *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank and Another* [2003] UKHL 37 | 235, 257, 259
· *Attorney–General v Guardian Newspapers Ltd. (no 2)* alias *Spycatcher* [1990] 1 A.C. 109 | 269
· *Barclays Bank v O'Brien* [1994] 1 AC 180 | 155
· *Barrymore v News Group Newspapers* [1997] F.S.R. 600 | 270
· *BBC v Rochdale MBC* [2005] EWHC 2862 (Fam Div) | 136
· *Bellinger v Bellinger* [2003] 2 AC 467 | 130
· *Blake v Associated Newspapers Ltd (Application for Stay)* [2003] EWHC 1960 | 136
· *British Steel Corporation v Granada Television* [1981] A.C. 1096 | 270
· *CA Webber (Transport) Ltd v Railtrack Plc* [2003] EWCA Civ 1167 | 256
· *Campbell v MGN* [2002] EWCA Civ 1373, [2003] Q.B. 633 | 265, 266
· *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2002] E.M.L.R. 30 | 265
· *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] UKHL 22, [2004] 2 A.C. 457 | 136, 265, 266, 267
· *Child Support Agency v DF* (26 mei 2000, ongepubliceerd) | 181

· *Child Support Agency v Rust* (2 december 1999, ongepubliceerd) | 181
· *Church of Jesus of the Latter Day Saints v Price* [2004] EWHC 3245, nr. 189 | 258
· *Coco v A.N. Clarck (Engineers) Limited* [1969] RPC 41 | 265
· *Copsey v WWB Devon Clays Ltd* UKEAT/0438/03/SM | 256, 258
· *Coys Ltd v Autocherish Ltd* [2004] EWHC 1334 (QBD) | 136
· *Cream Holdings Ltd v Banerjee* [2003] EWCA Civ 103 | 136
· *Cream Holdings Ltd v Banerjee* [2004] UKHL 44 | 136
· *Douglas and others* v *Hello! Ltd.* [2001] 2 All ER 289 | 264
· *Douglas v Hello! Ltd. (nr. 6)* alias *Douglas v Hello! Ltd (Trial Action: Breach of Confidence) (No. 3)* [2003] EWHC 786 (Ch) | 136, 264
· *Douglas v Hello! Ltd. (nr. 6)* alias *Douglas v Hello! Ltd (Trial Action: Breach of Confidence) (No. 3)* [2005] EWCA Civ 595 | 136
· *E v Channel Four Television Corp* [2005] EWHC 1144 (Fam Div) | 136
· *Ellis v. Chief Constable of Essex* [2003] EWHC 1321 | 209
· *Evans v Amicus Healthcare Ltd, Hadley v Midland Fertility Services Ltd* [2004] 2 W.L.R. 713 | 257, 258
· *F v Child Support Agency* [1999] 2 F.L.R. 244 | 181
· *Francome v MGN* [1984] 1 W.L.R. 892 | 270
· *G (Parentage: Blood Sample)* [1997] 1 F.L.R. 360 | 181
· *Galloway v Telegraph Group Ltd* [2006] EWCA Civ 17 | 136
· *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30 | 159, 256, 258
· *Green Corns Ltd v Claverley Group Ltd* [2005] EWHC 958 (QBD) | 136
· *Greene v Associated Newspapers Ltd* [2004] EWCA Civ 1462 | 136
· *Greenfield v Irwin* [2001] EWCA Civ 113 | 150
· *GW (A Minor) (Blood Tests)* [1994] 2 F.C.R. 908 | 181
· *H (A Minor) (Blood Tests: Parental Rights)* [1996] 3 W.L.R. 506 | 181
· *Hardman v Amin* (2000) 59 BMLR 58 | 150
· *HRH Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd* [2006] EWCA Civ 1176 | 136
· *HRH The Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd* [2006] EWHC 522 (Ch) | 271
· *Hubbard v Vosper* [1972] 2 Q.B. 84 | 270
· *Initial Services v Putterill* [1968] 1 Q.B. 396 | 270
· *Jameel v Dow Jones & Co Inc* [2005] EWCA Civ 75 | 136
· *Jameel v Wall Street Journal Europe SPRL (No. 2)* [2003] EWHC 2945, (QBD) | 136
· *Jameel v Wall Street Journal Europe SPRL (No. 3)* [2005] EWCA Civ 74 | 136
· *Jameel v Wall Street Journal Europe SPRL (No. 3)* [2006] 3 W.L.R. 642 | 258
· *John v Associated Newspapers Ltd* [2006] EWHC 1611 (QBD) | 136
· *Jones v Warwick University* [2003] EWCA Civ 151 | 147
· *Kay v Lambeth LBC* [2006] UKHL 10 | 256
· *Kaye v Robertson* [1991] F.S.R. 62 | 263
· *Komercni Banka AS v Stone and Rolls Limited, Zvonko Stojevic* [2003] EWCA Civ 311 | 256
· *Konedo v Kirby* [2006] EWCA Civ 1055 | 258
· *L Teaching Hospitals NHS Trust v A* [2003] EWCA 259 | 275
· *Lady Archer v Williams* [2003] EWHC 1670 (QBD) | 136
· *Lion Laboratories Ltd v Evans and others* [1985] Q.B. 526 | 270, 271
· *London Regional Transport v Mayor of London* [2003] EMLR 4 | 271
· *Mahmood v Galloway* [2006] EWHC 1286 (QBD) | 136
· *Marcic v Thames Water Utilities Ltd* [2002] EWCA Civ 64 | 257

· *Marcic v Thames Water Utilities Ltd* [2003] UKHL 66, [2004] 2 A.C. 42 | 150, 257, 258
· *McKay and another v Essex Area Health Authority and another* [1982] 1 QB 1166 | 238
· *McKenna v British Aluminium Ltd* [2002] Env. L. Rev. (30) | 150
· *McKennitt v Ash* [2005] EWHC 3003 (QB) | 267, 273
· *McKennitt v Ash* [2006] EWCA Civ 1714 | 136
· *McVeigh v Beattie* [1988] 2 W.L.R. 992 | 181
· *Mersey Care NHS Trust v Ackroyd (No. 1)* [2003] EWCA Civ 663 | 137
· *Mersey Care NHS Trust v Ackroyd (No. 2)* [2006] EWHC 107 (QBD) | 137
· *NHS Trust A v Mrs M, NHS Trust B v Mrs H* [2001] 2 W.L.R. 942 | 274
· *North West Lancashire HA v A, D & G* [1999] Lloyd's Rep. Med., 415 | 180
· *Patel v Pirabakaran* [2006] EWCA Civ 685 | 275
· *Pedder v News Group Newspapers Ltd (No. 2)* [2003] EWHC 2442 (QBD) | 136
· *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd* v *Donoghue* [2001] EWCA Civ 595 | 130, 261
· *Powell v Boladz* [2003] EWHC 2160 (QBD) | 136
· *Prince Albert* v. *Strange* (1849) I Mac & G 25 | 272
· *R (on the application of Mullins) v Jockey Club Appeal Board (No. 1)* [2005] EWHC 2197 | 260
· *R (on the application of ProLife Alliance) v BBC* [2002] 2 All ER 756 | 129
· *R v A* (no. 2) [2002] 1 A.C. 45 | 130
· *R v Secretary of State for Social Security Ex p. G.* alias *Child Support Agency v G* [1997] 3 F.C.R. 728 | 181
· *R v Shayler* [2002] 2 W.L.R. 754 | 130
· *R. (on the application of Beer t/a Hammer Trout Farm) v Hampshire Farmer's Markets Ltd* [2003] EWCA Civ 1056 | 260
· *R. (on the application of Heather and others) v Leonard Cheshire Foundation and another* [2002] EWCA Civ 366, [2002] 2 All ER 936 | 261
· *R. (on the application of Johnson) v Havering LBC* [2006] EWHC 1714 | 260, 262
· *R. (on the application of Johnson) v Havering LBC* [2007] EWAC Civ 26 | 262
· *R. (on the application of ProLife Alliance) v BBC* [2002] EWCA Civ 297 | 258
· *R. (on the application of ProLife Alliance) v BBC* [2003] UKHL 23 | 136
· *R. (on the application of West) v Lloyd's of London* [2004] EWCA Civ 506, [2004] 3 All. E.R. 251 | 260
· *Re D (A Child) (Intractable Contact Dispute: Publicity)* alias *F v M (Contact Orders)* [2004] EWHC 727 | 275
· *Re G (Care Proceedings)* [2004] EWHC 1474 | 284
· *Re O & J (Paternity: Blood Tests)* [2000] 2 W.L.R. 1248 | 181
· *Re S.* [2003] EWHC 254 | 268
· *Re T (Contact: Alienation: Permission to Appeal)* [2002] EWCA Civ 1736 | 276
· *Re W and B (Children) (Care Plan)* [2002] UKHL 10 | 130
· *Reynolds v Times Newspapers* [2001] 2 A.C. 127 | 267
· *S (A Child) (Contact: Promoting Relationship with Absent Parent)* [2004] EWCA Civ 18 | 274
· *S (A Child) (Identification: Restrictions on Publication)* [2004] UKHL 47 | 136
· *Stephens v Avery* [1988] 1 Ch. 499 | 270
· *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22 | 136, 264, 268, 269, 271

· *Turcu v News Group Newspapers Ltd* [2005] EWHC 799 (QBD) | 136
· *Venables v News Group* [2001] Fam. 430 | 268
· *W (Children) (Identification: Restrictions on Publication)* [2005] EWHC 1564 (Fam Div) | 136
· *W v Egdell* [1990] Ch. 359 | 270
· *Wainright v Home Office* [2002] Q.B. 1334 | 264
· *Wilson v First Country* [2002] Q.B. 74 | 130
· *Wood v Oldham College* [2004] EWCA Civ 1833 | 285
· *X (a woman formerly known as Mary Bell) v O'Brien* [2003] EWHC 1101 (QB) | 208
· *X v Y (Employment: Sex Offender) alias X v Y (Unfair Dismissal)* [2004] EWCA Civ 662 | 257

Europees Hof Rechten van de Mens

· EHRM 23 juli 1968 (*Belgische taalzaak*), Serie A 6 | 252
· EHRM 21 februari 1975 (*Golder v VK*), Serie A 18, NJ 1975, 462 | 252, 253
· EHRM 25 april 1978 (*Tyrer v VK*), Serie A 26 | 207
· EHRM 26 april 1979 (*Sunday Times*), *NJ* 1980, 146 | 253
· EHRM 13 juni 1979 (*Marckx v België*), *NJ* 1980, 462 | 120, 254
· EHRM 24 oktober 1979 (*Winterwerp v The Netherlands*), *NJ* 1980, 114 | 233
· EHRM 25 maart 1985 (*Barthold v Germany*), *NJ* 1987, 900 | 233, 253
· EHRM 21 februari 1986 (*James and Others*), Series A no. 98 | 251
· EHRM 26 maart 1987, *NJCM-Bulletin* 1988, 148 | 251
· EHRM 24 mei 1988 (*Müller*), *NJ* 1991, 685 | 253
· EHRM 21 juni 1988 (*Berrehab*), *NJ* 1988, 746 | 253, 254
· EHRM 7 juli 1989 (*Gaskin*), *NJ* 1991, 659 | 254
· EHRM 20 november 1989 (*Markt intern*), *NJ* 1991, 738 | 255
· EHRM 22 mei 1990 (*Autronic v Zwitserland*), *NJ* 1991, 740 | 255
· EHRM 23 mei 1991 (*Oberschlick v Oostenrijk*), *NJ* 1992, 456 | 253
· EHRM 27 november 1991 (*Kemmache v France nr. 3*), *NJ* 1995, 576 | 233
· EHRM 29 oktober 1992 (*Open Deur*), *NJ* 1993, 544 | 253
· EHRM 23 november 1993 (*Poitrimol v Frankrijk)*, *NJ* 1994, 393 | 121
· EHRM 26 mei 1994 (*Keegan*), *NJ* 1995, 247 | 253
· EHRM 27 oktober 1994 (*Kroon*), *NJ* 1995, 248 | 253
· EHRM 9 december 1994 (*López Ostra*), *NJ* 1996, 506 | 257
· EHRM 9 december 1994 (*Holy Monasteries v Griekenland*), (1995) 20 *E.H.R.R.* 1, *NJ* 1996, 374 | 259
· EHRM 24 februari 1995 (*McMichael*), *NJ* 1995, 594 | 249
· EHRM 27 maart 1996 (*Goodwin*), *NJ* 1996, 577 | 250
· EHRM 22 april 1997 (*X, Y & Z v VK*), *ECHR Reports* 1997-II/35, 619, *NJ* 1998, 235 | 250
· EHRM 31 maart 1998 (*Reinhardt & Slimaine-Kaïd v Frankrijk*), *RJD* 1998-II | 118
· EHRM 4 mei 1999 (*Marzari v Italië*), (28) *E.H.R.R.* 1999, CD 175 | 258
· EHRM 1 februari 2000 (*Mazurek v Frankrijk*), *D.* 2000, 332 | 120
· EHRM 2 mei 2000 (*Bergens Tidene v Noorwegen*), *NJ* 2001, 65 | 247
· EHRM 27 april 2000 (*K & T v Finland*), nr. 25651/94 | 254
· EHRM 18 januari 2001 (*Chapman v VK*), (33) *E.H.R.R.* 2001, 399 | 258
· EHRM 7 juni 2001 (*Kress v Frankrijk*), *NJ* 2001, 592 | 118

· EHRM 7 februari 2002 (*Mikulic v Kroatië*), nr. 53176/99 | 180, 254
· EHRM 28 januari 2003 (*Peck v VK)*, (36) *E.H.R.R.* 2003, 41 | 272, 273
· EHRM 6 mei 2003 (*Appleby v Verenigd Koninkrijk*), (37) *E.H.R.R.* 2003, 38 | 146
· EHRM 8 juli 2003 (*Hatton v VK*), *NJ* 2004, 207 | 248
· EHRM 13 januari 2004 (*Haas v Nederland*), nr. 36983/97 | 173
· EHRM 27 mei 2004 (*Connors v VK*), nr. 66746/01 | 275
· EHRM 24 juni 2004 (*Von Hannover*), *NJ* 2005, 22 | 250, 273
· EHRM 13 juli 2004 (*Pla and Puncernau v Andorra*), *NJ* 2005, 508 | 232, 233

FRANKRIJK

Cour de cassation

· Cass. 20 januari 1966, *Gaz. Pal.* 1966, I, 219 | 158
· Cass. 29 februari 1984, *RJS* 1984, nr. 178 | 214
· Cass. 31 januari 1989, *Bull.civ.* 1989, I.47 | 137
· Cass. 28 juni 1989, *Loyers et copr.* 1989, nr. 472 | 158
· Cass. 12 juli 1989, nr. 86-40.987 | 214
· Cass. 12 juli 1989, nr. 3059, aangehaald te Pousson 2004, p. 177 | 215
· Cass. 13 december 1989, *D.* 1990, Jur., p. 273 | 176
· Cass. 21 mei 1990, *Lexilaser* nr. 613 | 165
· Cass. 23 oktober 1990, *Bull. civ.* I, nr. 222, p. 158 | 121
· Cass. 20 november 1990, *JCP* 1992.II.21908 | 209
· Cass. 27 februari 1991, *Bull. civ.* III, nr. 67, p. 39 | 121
· Cass. 31 mei 1991, *D.* 1991, Jur., 417 | 176, 194
· Cass. 5 mei 1993, *Loyers et copr.* 1993, nr. 292 | 158
· Cass. 6 maart 1996, *D.* 1997, Jur., 167 | 121
· Cass. 25 juni 1996 (*Mazurek*), *D.* 1998, 453 | 120, 173
· Cass. 9 oktober 1996, *Bull. Civ.* II, nr. 234, p. 138 | 165
· Cass. 19 mei 1998, *Cahiers sociaux du barreau (Paris)* 1998, nr. 102 | 215
· Cass. 13 oktober 1998, *D.* 1999, Somm. Comm., 199 | 181
· Cass. 12 januari 1999, *D.* 1999, Jur. Comm., 645 | 121, 155, 186
· Cass. 10 februari 1999, nr. 97-13356 | 162
· Cass. 14 december 1999 (*Mitterrand*), *D.* 2000, Jur., 372 | 122
· Cass. 9 februari 2000, *Loyers et copr.* 2000, nr. 120 | 162
· Cass. 28 maart 2000, *JCP* 2000, II, 10409 | 181
· Cass. 21 juni 2000, *Loyers et copr.* 2001, nr. 1 | 162
· Cass. Soc. 11 juli 2000, *JCP* 2000.IV.2556 | 155, 177
· Cass. 24 oktober 2000, *Rev. trim. dr. civ.* 2001, 126 | 171
· Cass. 17 november 2000, *J.C.P* 2000. II. 10438 | 240, 245
· Cass. 19 december 2000, *Bull. civ.* 2000, I, nr. 329 | 171
· Cass. 20 december 2000, *D.* 2001, Chr., 872 | 137
· Cass. 20 februari 2001, *D.* 2001, Jur., 1199 | 122
· Cass. 29 mei 2001, *D.* 2002, Jur., 1588 | 181
· Cass. 12 juli 2001, *D.* 2002, Jur., 1380 | 122
· Cass. 13 juli 2001, *J.C.P* 2001.II.10601 | 240
· Cass. 25 september 2002, *D.* 2002, IR, 2778 | 162
· Cass. 6 november 2001, *Rev. trim. dr. civ.* 2002, 72 | 215

· Cass. 28 november 2001, *R.G.A.R.* 2002, nrs. 13471 & 13472 | 240
· Cass. Soc. 26 november 2002, *D.* 2003, Somm., 394 | 121
· Cass. 18 december 2002, *Bull. civ.* 2002.III.227 (nr. 262) | 157
· Cass. 19 maart 2003, *Bull. Civ.* 2003, III, nr. 65 | 121
· Cass. 23 april 2003, *D.* 2003, Comm., 1854 | 121, 137
· Cass. 28 mei 2003, *D.* 2003, Jur., 2718 | 214
· Cass. 28 mei 2003, *D.* 2003, Jur., 2720 | 215
· Cass. 12 juni 2003, *D.* 2004, Jur. Comm., 367 | 121, 157
· Cass. 17 juni 2003, *Bull. Civ.* 2003, V, nr. 195 | 122
· Cass. 9 juli 2003, *D.* 2004, Somm., 1634 | 122
· Cass. 17 september 2003 (01-03.408), *D.* 2004, Jur., 659 | 181
· Cass. 17 september 2003 (01-13.856), *D.* 2004, Jur., 659 | 181
· Cass. 23 oktober 2003, *Bull. civ.* 2003, II, nr. 318 | 122, 152
· Cass. 20 november 2003, *Bull.civ.* 2003, II.354 | 122, 137
· Cass. 11 december 2003, *D.* 2004, Jur. Comm., 2596 | 122
· Cass. 18 december 2003, *D.* 2004, IR, 251 | 122
· Cass. 12 mei 2004, *D.* 2005, Jur., 1766 | 181
· Cass. 30 juni 2004, *JCP* 2004, II.10160 | 122, 137
· Cass. 4 november 2004, *JCP* 2004, II.10186 | 122, 137
· Cass. 18 mei 2005, *D.* 2005, Jur., 2125 | 171
· Cass. 14 juni 2005 (04-13.913), *D.* 2005, IR, 1961 | 181
· Cass. 14 juni 2005 (04-15.445), *D.* 2005, IR, 1732 | 181
· Cass. 12 juli 2005, *D.* 2005, IR, 2174 | 186
· Cass. 12 juli 2005, *D.* 2005, IR, 2179 | 122
· Cass. 3 november 2005, *D.* 2005, IR, 2822 | 162
· Cass. 22 maart 2006 (nr. 04-19349) | 158
· Cass. 14 oktober 2008, *JCP S* 2008, A 552 | 186

Conseil Constitutionnel

· Cons. const. 16 juli 1971 (nr. 71-44), *JORF* 18 juli 1971 | 43, 77
· Cons. const. 27 december 1973 (nr. 73-51), *D.* 1974, 83 | 77
· Cons. const. 15 januari 1975 (nr. 74-54), *Rec.* p. 19 | 77, 119
· Cons. const. 23 november 1977 (nr. 77-87), *Rec.* p. 42 | 77
· Cons. const. 12 juli 1979 (nr. 79-107), *Rec.* p. 31 | 77
· Cons. const 27 juli 1982 (nr. 82-141), *Rec.* p. 48 | 76
· Cons. const. 20 juli 1988 (nr. 88-244), *JORF* 21 juli 1988 | 77
· Cons. const. 17 januari 1989 (nr. 88-248), *JORF* 18 januari 1989 | 76
· Cons. const. 22 januari 1990 (nr. 89-269), *Rec.* 1990, p. 33 | 78
· Cons. const. 27 juli 1994 (nr. 94-343/344), *JORF* 29 juli 1994 | 77
· Cons. const. 3 augustus 1994 (nr. 94-348), *JORF* 6 augustus 1994 | 73
· Cons. const. 19 januari 1995 (nr. 94-359), *JORF* 21 januari 1995 | 76
· Cons. const. 13 januari 2003, *Gaz. Pal.* 17 januari 2003, p. 2 | 73
· Cons. const. 29 december 2003 (nr. 2003-489), *JORF* 31 december 2003 | 76

Cours d'appel

· CA Nîmes 10 juni 1967, *D.* 1969, Jur., 366 | 165
· CA Parijs 15 oktober 1971, *Gaz. Pal.* 1972.1.121 | 165
· CA Parijs 12 januari 1972, *D.* 1972, Jur., 217 | 165
· CA Amiens 3 maart 1975, *D.* 1975, Jur., 706 | 165
· CA Parijs 11 juli 1984, *D.* 1984, IR, 402 | 158
· CA Parijs 28 oktober 1987, aangehaald in Moutel 2001, p. 165 | 122
· CA Versailles 14 september 1989, *Gaz. Pal.* 1990.1 som. 123 | 209
· CA Parijs 9 mei 1990, *D.* 1990, IR, 153 | 158
· CA Parijs 15 juni 1990, *JCP* 1991.II.21653 | 176, 194, 211
· CA Parijs 18 januari 1991, *RJS* 5/91, nr. 671 | 215
· CA Parijs 19 juni 1991, *D.* 1991, IR, 194 | 158
· CA Dijon 25 juni 1992, *RJS* 10/92, nr. 1202 | 215
· CA Montpellier 7 november 1994, *D.* 1997, 98 | 165
· CA Parijs 28 maart 1995, *Loyers et copr.* 1995, nr. 411 | 162
· CA Parijs 15 september 1995, onuitg. (aanhaling Pavia 2004, p. 154) | 159
· CA Parijs 25 oktober 1996, *Loyers et copr.* 1997, nr. 1 | 162
· CA Parijs 6 maart 1997, *D.* 1998, somm. p. 127-128 | 162
· CA Saint-Denis-de-la-Réunion 9 september 1997, *D.* 1998 Jur., 546 | 214
· CA Parijs 5 februari 1998 (Juris-Data nr. 020338), *Loyers et copr.* 1998, nr. 179 | 162
· CA Parijs 5 februari 1998 (Juris-Data nr. 020339), *Loyers et copr.* 1998, nr. 179 | 162
· CA Aix-en-Provence 7 april 1998, *Loyers et copr*. 1998, nr. 193 | 162
· CA Versailles 13 oktober 1998, *JCP* 1999.II.10030 | 162
· CA Parijs 10 februari 1999, *D.* 1999, 389 | 122
· CA Parijs 11 februari 1999, *Loyers et copr.* 1999, nr. 143 | 162
· CA Parijs 30 maart 1999, *Loyers et copr.* 1999, nr. 247 | 162
· CA Parijs 28 september 1999, *RJS* 11/00, nr. 1211 | 214
· CA Parijs 16 december 1999, *Loyers et copr*. 2000, nr. 94 | 162
· CA Reims 12 januari 2000, *RJS* 4/00, nr. 478 | 214
· CA Besançon 2 februari 2000, *Loyers et copr.* 2001, nr. 140 | 162
· CA Parijs 10 februari 2000, *AJDI* 2000, p. 434 | 162
· CA Parijs 13 september 2000, *D.* 2001, Jur., 24 | 122
· CA Parijs 31 oktober 2000, *Loyers et copr.* 2001, nr. 83 | 158
· CA Pau 28 november 2000, *D.* 2001, 1068 | 173
· CA Parijs 16 maart 2001, *JCP E* 2001, 1339 | 214
· CA Parijs 27 juni 2001, *Loyers et copr.* 2002, nr. 15 | 162
· CA Parijs 30 mei 2001, *Loyers et copr.* 2001, nr. 233 | 162
· CA Parijs 30 april 2002, *Revue de Loyers* 2000, p. 454 | 162
· CA Parijs 26 februari 2003 (*SCPEA v. Greenpeace*), *D.* 2003, Jur. 1831 | 145
· CA Parijs 26 februari 2003 (*Greenpeace v. Esso*), *D.* 2003, Jur., 1831 | 145
· CA Parijs 30 april 2003, *D.* 2003, Jur., 1760 | 145
· CA Parijs 19 juni 2003, *D.* 2004, Jur., 175 | 122
· CA Nancy 23 februari 2004 (arresten 405/04 & 406/04), *JCP* 2004, II.10073 | 175
· CA Aix-en-Provence 16 maart 2004 (*JurisData* 2004-240801) | 173

· CA Lyon 6 januari 2005 (A.R. 200100006) | 122
· CA Versailles 17 november 2006 (A.R. nr. 05/05081) | 122

Tribunaux de grande instance

· TGI Avignon 20 december 1966, *D*. 1969, 367 | 165
· TGI Pontoise 17 februari 1972, *Gaz. Pal*. 1972.1.345 | 165
· TGI Parijs 20 april 1983, *JCP* 1985.II.20434 | 209
· TGI Montpellier 2 mei 2000, *D.* 2001, 1270 | 173
· TGI Parijs 9 december 2002, *D.* 2003, Comm., 1715 | 122, 137
· TGI Nancy 16 mei 2003, *D*. 2003, 2910 | 174

Tribunaux d'instance

· Trib. Seine 18 juni 1945, *Gaz. Pal*. 1945.2.38 | 165
· Trib. Civ. de la Seine 22 januari 1947, *D*. 1947, 126 | 44
· Trib. Antony 15 mei 1996 (aangehaald in CA Versailles 13 oktober 1998, *JCP* 1999.II.10030) | 162

Conseil d'État

· CE 27 oktober 1978, *Rec. Lebon* 1978, 401 | 120
· CE 8 april 1987 (*Peltier*), *Rec. Lebon* 1987, 128 | 119
· CE 17 februari 1995 (*Hardouin & Marie*), *Rec. Lebon* 1995, 82 | 118
· CE 27 oktober 1995, *D.* 1996, Jur., 177 | 280
· CE 24 november 1997 (*Soc Amibu*), *Droit Fiscal* 1998, nr. 8, 280 | 120
· CE 3 juli 1998 (*Bitouzet*), *Rec. Lebon* 1998, 288 | 120

HONGARIJE

· CDC Budapest, PKKB 29.P.87.533/1996/4, aangehaald te Halmai 2005, p. 109-110 | 48

IERLAND

· *Educational Company of Ireland v Fitzpatrick* (No. 2) [1961] IR 345 | 45
· *Meskell v. Coras Iompair Eireann* [1973] IR 121 | 45

ISRAËL

· Hooggerechtshof 30 april 1992 (*Hevra Kadisha 'Jerusalem Community' v Kastenbaum*), nr. 294/91, 46 (2) *PD* 464 | 53, 106
· Hooggerechtshof [*n.d.* 2000], nr. 6601/96 (*AES System Ltd v Sa'ar*), 54(3) PD 850 | 155
· Nationaal Arbeidshof [*n.d.* 1999], nr. 164/99 (*Frumer & Check-Point v Redguard*), 34 *LPD* 294 | 155

ITALIË

Corte Costituzionale

· Corte Cost. 22 maart 1962 (nr. 29/1962), *GU* 27 maart 1962 | 75
· Corte Cost. 5 april 1973 (nr. 38/1973), *GU* 18 april 1973 | 75
· Corte Cost. 23 juli 1974, *Giust. Cost.* 1974, 2371 | 22, 153
· Corte Cost. 10 december 1975 (nr. 238/1975), *GU* 24 december 1975 | 75
· Corte Cost. 12 maart 1976 (nr. 57/1976), *GU* 31 maart 1976 | 75
· Corte Cost. 26 juli 1979 (nr. 87/1979), *Foro It.* 1979, I, 2543 | 22, 149
· Corte Cost. 26 juli 1979 (nr. 88/1979), *Giur. Cost.* 1979, I, 656 | 149
· Corte Cost. 16 december 1980 (nr. 188/1980), *GU* 31 december 1980 | 75
· Corte Cost. 22 januari 1982 (nr. 18/1982), *GU* 10 februari 1982 | 168
· Corte Cost. 14 juli 1986 (nr.184/1986), *Foro It*. 1986, I, 2053 | 22, 149
· Corte Cost. 7 juli 1987 (nr. 283/1987), *GU* 26 augustus 1987 | 75
· Corte Cost. 10 december 1987 (nr. 561/1987), *GU* 23 december 1987 | 75
· Corte Cost. 24 maart 1988 (nr. 404/1988), *Giur. It.* 1988, I, 1627 | 159
· Corte Cost. 20 april 2004 (nr. 121/2004), *GU* 28 april 2004 | 76

Consiglio di Stato

· Consiglio di Stato 18 april 2005, nr. 1762 | 168

Corte di cassazione

· Cass. 10 augustus 1953 (nr. 2696), *Giur. compl. cass. civ.* 1953, 505 | 22
· Cass. 9 maart 1979 (nr.1463), *Foro It.* 1979, I, 939 | 22
· Cass. 6 oktober 1979 (nr. 5172), *Foro It.* 1979, I, 2302 | 22, 153
· Cass. 6 juni 1981 (nr. 3675), *Giur. It.* 1982, I, 1, 920 | 22
· Cass. 6 april 1983 (nr. 2396), *Giur. It.* 1984, I, 1, 537 | 22, 152
· Cass. 16 september 1983 (nr. 7418), *Foro It.* 1984, I, 415 | 22, 161
· Cass. 6 november 1985 (nr. 5399), *Foro It.* 1986, I, 707 | 22, 161
· Cass. 11 januari 1986 (nr. 102), *Foro It.* 1986, I, 936 | 167
· Cass. 11 november 1986 (nr. 6607), *Foro It.* 1987, I, 833 | 149
· Cass. 9 juni 1990 (nr. 5633), *Giust. civ*. 1991, I, 75 | 171, 175
· Cass. 8 juli 1992 (nr. 8325), *Foro. It.* 1992, I, 2965 | 149
· Cass. 11 november 1992 (nr. 12133), *Foro It.* 1994, I, 205 | 153
· Cass. 11 december 1992 (nr. 13126), *Dir. fam*. 1993, 497 | 170
· Cass. 22 november 1993 (nr. 11503), *Giur. It.*, 1995, I, 1, 550 | 242
· Cass. 16 juni 1994 (nr. 5832), *Foro It.* 1995, I, 875 | 167
· Cass. 17 januari 1996, *Fam. e dir.* 1996, 227 | 171
· Cass. 17 september 1996 (nr. 8305), *Danno e Resp*. 1997, 2251 | 149
· Cass. 4 december 1997 (nr. 12334), *Foro It.* 2000, Lavoro (rapporto), [3890], nr. 983 | 22
· Cass. 15 januari 1998, *Giust. Civ.* 1998, I, 337 | 171
· Cass. 23 april 1998 (nr. 4186), *Danno e resp.* 1998, 686 | 149
· Cass. 9 juni 1998 (nr. 5658), *Foro It.* 1998, I, 2387 | 76, 137
· Cass. 8 september 1998 (nr. 8868), *Giur. It.* 1999, I, 916 | 171

· Cass. 9 maart 1999 (nr. 2022), *Mass. Giur. Lav.* 1999, 358 | 22
· Cass. 16 maart 1999 (nr. 2315), *Giust. civ.* 1999, V, 1333 | 175
· Cass. 7 juni 2000 (nr. 7713), *Foro. It.* 2001, I, 187 | 21, 171
· Cass. 19 december 2001 (nr. 16026) *Mass. Giur. Lav.* 2002, 349 | 155
· Cass. 15 maart 2002 (nr. 3793), *Vita Notarile* 2002, 332 | 175
· Cass. 10 mei 2002 (nr. 6735), *Foro It.* 2002, I, 3115 | 150
· Cass. 25 maart 2003 (nr. 4366), *Danno e resp.* 2003, 978 | 137
· Cass. 3 april 2003 (nr. 5115), *Familia*, 2004, 196 | 172
· Cass. 31 mei 2003 (nr. 8827), *Foro It.* 2003, I, 2273 | 149
· Cass. 31 mei 2003 (nr. 8828), *Danno e resp.* 2003, 816 | 149
· Cass. 8 augustus 2003 (nr. 11949) | 172
· Cass. 23 oktober / 12 december 2003 (nr. 19057), *Giust. Civ. Mass.* 2003, 12 | 21
· Cass. 1 april 2004 (nr. 6365), *Fam. e dir.* 2005, 27 | 173
· Cass. 26 mei 2004 (nr. 10102), *Fam. e dir.* 2004, 23 | 170
· Cass. 29 juli 2004, *Danno e resp.* 2005, 379 | 241
· Cass. 11 februari 2005 (nr. 2878) | 172
· Cass. 15 juli 2005 (nr. 15022), *Corr. giur.* 2006, 4, 525 | 21
· Cass. 9 november 2006 (nr. 23918) | 21
· Cass. 11 januari 2007 (nr. 394) | 21

Corti d'appello

· CA Milaan 11 oktober 1956, *Foro It.* 1957, II, 778 | 22
· CA Milaan 14 december 1956, *Mass. Giur. Lav.* 1957, 80 | 22
· CA Milaan 27 april 1984, *Giur. It.* 1986, I, 2, 32 | 22, 152
· CA Milaan 17 juli 1992, *Arch. loc. e cond.* 1993, 496 | 152
· CA Turijn 4 november 1992, *Giur. mer.* 1993, 949 | 152

Tribunali

· Trib. Firenze 23 maart 1948, *Mon. Trib.* 1949, nr. 18 | 21
· Trib. Milaan 30 juni 1955, *Riv. giur. lav.* 1955, II, 369 | 22
· Trib. Milaan 9 december 1955, *Foro It.* 1956, I, 478 | 22
· Trib. Genova 25 mei 1974, *Giur. It* 1975, I, 2, 54 | 22
· Trib. Vigevano 9 februari 1982, *Giur. It.* 1983, I, 2, 398 | 22, 152
· Trib. Lecco 26 juni 1984, *Giur. It.* 1986, I, 2, 32 | 22, 152
· Trib. Vigevano 25 januari 1985, *Foro It.* 1986, I, 2872 | 22, 152
· Trib. Vicenza 24 november 1986, *Foro It.* 1988, I, 285 | 22, 152
· Trib. Biella 22 april 1989, *Foro It.* 1990, I, 3303 | 152
· Trib. Monza 27 oktober 1989, *Foro It.* 1990, I, 298 | 175
· Trib. Vigevano, 9 augustus 1991, *Arch. loc. e cond.* 1991, 577 | 152
· Trib. Monza 4 november 1991, *Arch. loc. e cond.* 1992, 345 | 152
· Trib. Bologna 20 juli 1993, *Foro It.* 1994, I, 205 | 153
· Trib. Monza 14 augustus 1993, *Arch. loc. e cond.* 1994, 122 | 152
· Trib. Genova 3 januari 1996, *Danno e resp.* 1997, 94 | 242
· Trib. Verona 7 juli 1999, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, VI, 1059 | 146
· Trib. Rome 17 februari 2000, *Foro It.* 2000, I, 972 | 175
· Trib. Milaan 13 april 2000, *Foro It.* 2000, I, 3004 | 137

· Trib. Venetië 10 september 2002, *Foro It.* 2002, I, 3480 | 150
· Trib. Catania 11 april 2003 (nr. 26053/02) | 152
· Trib. Modena 11 november 2003 (nr. 42) | 152
· Trib. Nola 15 juli 2004 (nr. 2786/1998) | 153

Preture

· Pret. Bologna 18 mei 1972, *Giur. It.* 1973, I, 2, 798 | 22, 152, 153

JAPAN

· *Dainintekku* (Chihô-saiban-sho Osaka 20 augustus 1999, 1072 *Hanrei Taimuzu* 185) | 54
· *Mie Ube Namakon* (Chihô-saiban-sho Nagoya 26 april 1963, 14 *Rôminshü* 668) | 54

LUXEMBURG

· Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 6 april 2000, *Rev. trim. dr. h.* 2000, 851 (verkort) | 147

NEDERLAND

Hoge Raad

· HR 9 april 1976, *NJ* 1976, 409 | 112, 125
· HR 2 mei 1980, *NJ* 1980, 537 | 171
· HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981, 141 | 125
· HR 4 juni 1982, *NJ* 1983, 32 | 125, 166, 252
· HR 10 december 1982 (Binderen/Kaya), *NJ* 1983, 687 | 88, 126, 128, 246
· HR 24 juni 1983 (Gemeenteraadslid), *NJ* 1984, 801 | 137, 221
· HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 802 | 222
· HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 803 | 246
· HR 30 maart 1984 (Suikerfeest), *NJ* 1985, 350 | 154
· HR 29 juni 1984, *NJ* 1984, 767 | 195
· HR 22 februari 1985, *NJ* 1986, 3 | 254
· HR 10 mei 1985, *NJ* 1986, 5 | 254
· HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 6 | 254
· HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 54 | 166, 253
· HR 20 december 1985, *NJ* 1987, 54 | 125, 166
· HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585 | 164
· HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 627 | 254
· HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688 | 112, 138
· HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 957 | 171
· HR 9 januari 1987 (Edamse bijstandmoeder), *NJ* 1987, 928 | 88, 109, 125, 146, 182, 220
· HR 15 mei 1987, *NJ* 1988, 654 | 171, 253
· HR 5 juni 1987 (Goeree I), *NJ* 1988, 702 | 88, 125, 126, 137, 220
· HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850 | 125, 126, 128, 148, 247, 249, 252

· HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 | 126, 128, 137, 246
· HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 281 | 171
· HR 22 januari 1988 (Maimonides), *NJ* 1988, 891 | 112, 125, 126
· HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361 | 125, 126, 128, 137, 220, 246
· HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170 | 164
· HR 17 juni 1988, *NJ* 1988, 956 | 171
· HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1000 | 125, 137
· HR 11 november 1988, *NJ* 1989, 172 | 171
· HR 27 januari 1989, *NJ* 1990, 55 | 171
· HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168 | 125, 161
· HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450 | 164, 249, 254
· HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628 | 171, 249, 253, 254
· HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289 | 88, 125, 126, 128, 137, 220
· HR 9 februari 1990, *NJ* 1990, 767 | 176, 196
· HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 374 | 164
· HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 375 | 164
· HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 | 155
· HR 22 februari 1991, *NJ* 1991, 376 | 164
· HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 440 | 164
· HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 478 | 172
· HR 12 juni 1992, *NJ* 1992, 589 | 172
· HR 2 oktober 1992, *NJ* 1992, 768 | 172
· HR 9 oktober 1992, *NJ* 1992, 789 | 176
· HR 7 mei 1993 (Mathilda/Schoolbestuur), *NJ* 1995, 259 | 128
· HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 560 | 172, 253
· HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347 | 88, 94, 125, 126, 127, 134, 227, 246, 249, 255
· HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 65 | 164
· HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 153 | 172
· HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 274 | 125, 145, 255
· HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 360 | 172
· HR 21 januari 1994 (Ferdi E), *NJ* 1994, 473 | 125, 126, 137, 208, 210, 217, 247
· HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 438 | 164, 253
· HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608 | 79, 125, 126, 128, 220, 247, 249, 254
· HR 15 april 1994 (Braziliaans meisje), *NJ* 1994, 576 | 176, 249, 253
· HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 610 | 172, 249
· HR 21 oktober 1994 (Rails), *NJ* 1996, 346 | 88, 125, 126, 246, 253
· HR 6 januari 1995 (V.G. / Parool), *NJ* 1995, 422 | 88, 125, 137, 210, 251
· HR 24 februari 1995, *NJ* 1995, 468 | 125, 126, 173
· HR (Strafkamer) 27 juni 1995, *NJ* 1995, 711 | 139
· HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 419 | 128, 172, 249, 253
· HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 355 | 172
· HR 11 september 1996, *NJ* 1997, 176 | 126, 134, 251
· HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483 | 125, 126, 173, 187
· HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 | 238, 244
· HR 25 april 1997, *NJ* 1997, 560 | 172
· HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 661 | 125, 137
· HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361 | 125, 137, 249, 252, 253

· HR 1 juli 1997 (Kolkman/Cornelisse), *NJ* 1997, 685 | 155
· HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 686 | 164
· HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 496 | 126, 128
· HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 545 | 172, 253
· HR 30 juni 2000, *NJ* 2001, 103 | 254
· HR 8 september 2000 (Baby Joost), *NJ* 2000, 734 | 125, 148
· HR 9 januari 2001 (00945/99), *LJN*: AA9368 | 220
· HR 27 april 2001, *NJ* 2001, 421 | 127, 156
· HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278 | 164, 249, 250
· HR (Strafkamer) 9 oktober 2001 (Danslessen), *NJ* 2002, 76 | 235
· HR 30 november 2001, *NJ* 2002, 462 | 126, 134
· HR 22 februari 2002 (taxibus), *NJ* 2002, 240 | 148, 255
· HR 29 maart 2002, *NJ* 2002, 269 | 128, 172, 253
· HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589 | 125, 147, 251
· HR 12 juli 2002, *LJN*: AE4037 | 164
· HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 | 238
· HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 491 | 125, 134, 249
· HR 28 maart 2003, *NJ* 2003, 359 | 176
· HR 2 mei 2003, *NJ* 2004, 80 | 125, 126, 249, 255
· HR 27 juni 2003, *JOL* 2003, 351 | 164
· HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 97 | 176, 249, 254, 255
· HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117 | 126, 134
· HR 8 oktober 2004, *NJ* 2005, 117 | 126, 128
· HR 21 januari 2005, *LJN*: AR6211 | 164
· HR 18 maart 2005 (Kelly), *RvdW* 2005, 42 | 243
· HR 9 december 2005, *LJN*: AU5285 | 164
· HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274 | 2, 125, 217, 218, 222, 253
· HR 11 april 2008, *LJN*: BC5722 | 128

Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland

· Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland 13 December 1747 | 72

Gerechtshoven

· Hof Amsterdam 30 januari 1916, *TKw* VIII, p. 46 | 195
· Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331 | 34, 71, 157, 186
· Hof Arnhem (pachtkamer) 15 november 1958, *NJ* 1959, 472 | 34, 186
· Hof 's-Gravenhage 23 november 1960, *NJ* 1961, 501 | 35, 126
· Hof Amsterdam 11 april 1963, *NJ* 1964, 25 | 35
· Hof 's-Gravenhage 31 oktober 1968 (weergave in HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 407) | 35
· Hof 's-Gravenhage 25 mei 1973, *NJ* 1974, 35 | 150
· Hof Arnhem 9 juli 1974, *NJ* 1975, 359 | 35, 125, 170, 220
· Hof Amsterdam 5 mei 1976 (ongepubliceerd) | 189
· Hof Amsterdam 16 december 1976, *NJ* 1977, 86 | 35, 125, 126
· Hof Amsterdam 30 oktober 1980 (Boycot Outspan Aksie), *NJ* 1981, 422 | 145
· Hof Amsterdam 17 februari 1984, *NJ* 1985, 96 | 126

· Hof Amsterdam 22 februari 1984 (ongepubliceerd) | 189
· Hof Amsterdam 13 september 1984, *NJ* 1985, 409 | 126, 220
· Hof 's-Gravenhage 19 december 1985, *NJ* 1988, 332 | 126
· Hof 's-Gravenhage 10 september 1986 (weergave in HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743) | 248
· Hof 's-Hertogenbosch 5 september 1989, *NJ* 1990, 377 | 125
· Hof 's-Gravenhage 1 maart 1991, *NJ* 1991, 732 | 128, 164
· Hof Amsterdam 18 maart 1991, *NJ* 1992, 449 | 125, 171, 180, 220
· Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1991, *NJ* 1991, 796 | 125, 254
· Hof Amsterdam 5 maart 1992, *KG* 1992, 126 | 227
· Hof Amsterdam 21 december 1992, *NJ* 1994, 131 | 164
· Hof Amsterdam 4 november 1993, *NJ* 1996, 7 | 88, 125, 137, 220
· Hof Arnhem 8 maart en 10 mei 1994, *NJ* 1996, 467 | 125, 126, 128
· Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 1994, *NJ* 1995, 203 | 125, 126, 172
· Hof 's-Gravenhage 24 maart 1995, *NJ* 1995, 476 | 249
· Hof Amsterdam 13 april 1995, *NJ* 1996, 240 | 164, 249, 253
· Hof Amsterdam 25 april 1996, *NJ* 1998, 179 | 125, 126, 146
· Hof 's-Gravenhage 13 september 1996, *NJ* 1997, 96 | 164, 249, 254
· Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 1997, *NJ* 1998, 143 | 164
· Hof 's-Hertogenbosch 15 september 1997, *NJ* 1998, 321 | 88, 125, 137
· Hof Amsterdam 8 januari 1998, *NJ* 2000, 152 | 125, 126, 156
· Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 1998, *NJ* 2000, 369 | 125, 137
· Hof Amsterdam 19 februari 1998, *NJ kort* 1998, 32 | 198, 226
· Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *NJ* 1998, 865 | 194, 226
· Hof Amsterdam 27 april 2000, *NJ* 2002, 484 | 125, 134, 137, 220
· Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2000, *NJ* 2001, 659 | 128, 176
· Hof Leeuwarden 20 maart 2001, *FJR* 2001, 190 | 125, 126
· Hof Arnhem 7 mei 2002, *LJN*: AE2348 | 222
· Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2002, *NJ* 2003, 612 | 137
· Hof 's-Gravenhage 27 november 2002 (niet gepubliceerd) | 172
· Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, *NJ* 2003, 249 | 243, 244
· Hof Amsterdam 15 mei 2003, *LJN*: AF8913 | 125, 126, 137
· Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *NJ* 2003, 664 | 125, 134, 249
· Hof Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004, nr. 35 | 249, 250, 253
· Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, *LJN*: AR3391 | 176, 187
· Hof 's-Gravenhage 8 december 2004 (niet gepubliceerd) | 172
· Hof s'-Gravenhage 1 augustus 2007, *LJN*: BB2283 | 161
· Hof 's-Gravenhage 16 september 2008, *LJN*: BG2717 | 137

Arrondissementsrechtbanken

· Arr.-Rb. Breda (kg.) 1 juni 1965, *NJ* 1965, 337 | 146
· Pres. Rb 's-Gravenhage 23 oktober 1967 (weergave in HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 407) | 35
· Arr.-Rb. 's-Gravenhage 22 oktober 1969, *NJ* 1971, 51 | 137
· Arr.-Rb. Zwolle 19 februari 1975, *NJ* 1976, 266 | 35, 126, 164
· Arr.-Rb. Rotterdam 8 januari 1979, *NJ* 1979, 113 | 150, 248
· Arr.-Rb. Amsterdam (kg.) 25 juni 1981, *NJ* 1981, 541 | 145

· Arr.-Rb. Rotterdam 30 december 1981, *NJ* 1982, 181 | 125, 126, 128, 145
· Arr.-Rb. Amsterdam (kg.) 24 juni 1982, *NJ* 1983, 137 | 126, 220
· Rb. Zutphen 7 oktober 1983, *NJ* 1984, 142 | 167
· Arr.-Rb. Rotterdam 16 december 1983, *NJ* 1984, 341 | 150, 248
· Arr.-Rb. Rotterdam 29 mei 1985, *NJ* 1987, 454 | 171
· Rb. Assen 25 maart 1986, *NJ* 1987, 15 | 161
· Arr.-Rb. Utrecht 29 april 1986, *NJ* 1987, 249 | 171
· Arr.-Rb. Breda 3 juni 1986, *NJ* 1987, 262 | 171, 249, 253
· Arr.-Rb. Assen 1 december 1986, *NJ* 1987, 719 | 171
· Arr.-Rb. Arnhem 3 februari 1987 (Mildredhuis), *NJ* 1987, 338 | 125, 126, 128, 146
· Arr.-Rb. Assen 2 juli 1990, *NJ* 1991, 20 | 171
· Arr.-Rb. Breda 5 maart 1991, *NJ* 1991, 370 | 249, 254
· Arr.-Rb. Breda 30 mei 1991, *NJ* 1992, 451 | 125, 171
· Pres. Rb. Amsterdam 11 juli 1991, *KG* 1991, 242 | 226
· Arr.-Rb. Assen 16 september 1991, *NJ* 1992, 257 | 172
· Arr.-Rb. Assen 29 november 1993, *NJ* 1994, 679 | 172
· Arr.-Rb. Amsterdam 12 juni 1996, *NJ* 1997, 98 | 164
· Pres. Rb. Amsterdam 1 juli 1996, *WR* 1997, 34 | 125, 161
· Arr.-Rb. Haarlem 30 juli 1996, *NJ* 1997, 351 | 164
· Arr.-Rb. Utrecht 26 maart en 10 december 1997, *NJ* 1999, 462 | 176
· Pres. Rb. 's Hertogenbosch (kg.) 27 maart 1997, *KG* 1997, 147 | 128
· Rb. Utrecht 18 juni 1997, *NJ Kort* 1997, 59 | 128, 176, 187, 194, 225
· Arr.-Rb. Roermond 26 juni 1997, *NJ* 1998, 182 | 164
· Rb. Dordrecht 1 september 1997 (weergave in HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 711) | 112, 128
· Rb. Arnhem 11 september 1997, *WR* 1998, 12 | 125, 161
· Arr.-Rb. Amsterdam 5 november 1997, *NJ* 1999, 11 | 164
· Rb. Rotterdam 23 maart 1998, *NJ Kort* 1998, 33 | 128, 176, 187, 225
· Rb. Arnhem 10 december 1998, *WR* 1999, 37 | 125, 161
· Rb. Arnhem 28 januari 1999, *WR* 1999, 47 | 125, 161
· Rb. Utrecht 4 januari 2000, *KG* 2000, 60 | 125
· Rb. Leeuwarden 20 maart 2000, *LJN*: AA5178 | 125, 137
· Rb. Amsterdam 27 maart 2002, *LJN*: AE0806 | 125, 137
· Rb. 's-Gravenhage 16 april 2002, *KG* 2002, 152 | 125, 137
· Vzr. Rb. Amsterdam 21 november 2002, *Mediaforum* 2003, 7 | 125, 126, 137
· Vzr. Rb. Amsterdam 22 november 2002 (KG 02/2683), *Mediaforum* 2003, 10 | 125, 137
· Vzr. Rb. Amsterdam 22 november 2002 (KG 02/2683), *Mediaforum* 2003, 11 | 125, 137
· Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 20 februari 2003, *KG* 2003, 73 | 128, 134
· Rb. Amsterdam 18 juni 2003, *WR* 2003, nr. 60 | 125, 161
· Rb. Amsterdam 12 september 2003, *LJN*: AK8308 | 126
· Rb. Amsterdam 13 oktober 2003, *Mediaforum* 2004, 2 | 137
· Rb. Rotterdam 9 januari 2004, *NJ* 2004, 209 | 128
· Rb. Middelburg 21 januari 2004, *LJN*: AO2756 | 125, 137, 222
· Vzr. Rb. Amsterdam 19 februari 2004, *LJN*: AO4144 | 137
· Rb. Groningen 20 juli 2004, *LJN*: AQ8757 | 176, 198
· Rb. Amsterdam 13 augustus 2004, *WR* 2005, nr. 6 | 125

· Rb. Arnhem 3 januari 2005, *WR* 2005, nr. 69 | 125
· Vzr. Rb. Utrecht 25 januari 2005, *LJN*: AS3745 | 126
· Rb. Amsterdam 27 januari 2005, *LJN*: AS4629 | 137
· Rb. Amsterdam 2 februari 2005, *LJN*: AS4748 | 137
· Vzr. Rb. Arnhem 25 februari 2005, *LJN*: AS8145 | 222
· Vrz. Rb. Amelo 9 maart 2005, *LJN*: AT3181 | 125
· Rb. Arnhem 16 maart 2005, *LJN*: AT4342 | 222
· Rb. Dordrecht 24 maart 2005, *LJN*: AT3052 | 161, 162
· Vrz. Rb. Amsterdam 5 april 2005, *LJN*: AT3177 | 125, 137
· Vzr. Rb. Amelo 8 juni 2005, *WR* 2005, nr. 104 | 108
· Rb. Amsterdam, sector kanton 19 juli 2005, *WR* 2005, nr. 101 | 161
· Rb 's-Gravenhage, sector kanton 16 augustus 2005, *WR* 2005, nr. 103 | 108, 161
· Rb. Amsterdam 24 augustus 2005, *LJN*: AU2368 | 137
· Rb. Haarlem 13 september 2005, *LJN*: AU2693 | 222
· Vzr. Rb. Utrecht 6 oktober 2005, *LJN*: AU3841 | 125, 126, 137
· Vzr. Rb. Arnhem 11 januari 2006, *LJN*: AV3345 | 222
· Rb. Zwolle 9 augustus 2006, *LJN*: AY5772 | 222
· Rb. Amsterdam 22 december 2006, *Mediaforum* 2007, nr. 7 | 137
· Rb. Amsterdam 24 januari 2007, *LJN*: AZ7825 | 137
· Rb. Amsterdam 15 februari 2007, *LJN*: AZ8671 | 222
· Vzr. Rb. Groningen 26 januari 2007, *LJN*: AZ7313 | 134
· Vzr. Rb. Roermond 9 mei 2007, *LJN*: BA4738 | 222
· Rb. Amsterdam 10 mei 2007, *WR* 2007, nr. 77 | 161
· Rb. Arnhem 31 juli 2007, *LJN*: BB0969 | 161
· Rb. 's-Gravenhage 22 augustus 2007, *LJN*: BB2640 | 161
· Rb. Amsterdam 13 september 2007, *LJN*: BB3558 | 137
· Rb. Rotterdam 18 september 2007, *LJN*: BC1127 | 161
· Vzr. Rb. Haarlem 5 oktober 2007, *LJN*: BB4972 | 134
· Rb. Amsterdam 18 oktober 2007, *LJN*: BB6245 | 137
· Rb. Utrecht 7 november 2007, *LJN*: BB8981 | 161
· Vzr. Rb. Utrecht 11 januari 2008, *LJN*: BC1662 | 222
· Rb. Amsterdam 24 januari 2008, *LJN*: BC2659 | 125, 137
· Rb. Amsterdam 21 februari 2008, *LJN*: BC4882 | 125, 137, 253
· Rb. Zwolle 2 april 2008, *LJN*: BD2201 | 222
· Rb. Amsterdam 14 april 2008, *LJN*: BC9407 | 208
· Vzr. Rb. Breda 15 april 2008, *LJN*: BD1837 | 157
· Rb. Amsterdam 17 april 2008, *LJN*: BC9829 | 208
· Rb. Amsterdam 15 mei 2008, *LJN*: BD1695 | 137
· Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 11 juli 2008, *LJN*: BD6945 | 137
· Vzr. Rb. Utrecht 30 juli 2008, *LJN*: BD9961 | 222
· Rb. Amsterdam 7 augustus 2008, *LJN*: BD9783 | 125, 137
· Rb. Amsterdam 7 augustus 2008, *LJN*: BD9704 | 137
· Rb. Alkmaar 5 november 2008, *LJN*: BG5038 | 161

Kantongerechten

· Ktr. Eindhoven (pachtkamer) 3 juni 1947, ongepubliceerd | 34
· Ktr. Haarlem 20 juli 1962, *NJ* 1963, 101 | 35, 155

· Ktr. Amsterdam 20 februari 1964, *NJ* 1964, 219 | 161
· Ktr. Maastricht 30 december 1970, *SMA* 1971, 801 | 155
· Ktr. Gorinchem 8 november 1982, *NJ* 1983, 383 | 125, 166
· Ktr. Amsterdam 24 januari 1986, *Prg*. 1986, 189 | 215
· Ktr. Assen 25 maart 1986, *NJ* 1987, 15 | 125, 161
· Ktr. Enschede 23 december 1991, *NJ* 1992, 537 | 172, 249, 253
· Ktr. Amsterdam 28 april 1992, *JAR* 1992, 45 | 155
· Ktr. Sittard 3 december 1993, *WR* 1995, 85 | 125, 161
· Ktr. Gouda 15 december 1994, *WR* 1995, 52 | 125
· Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, *WR* 1995, 53 | 125, 161
· Ktr. Zaandam 5 februari 1998, *WR* 1998, 47 | 158
· Ktr. Delft 22 februari 2001 en 31 mei 2001, *WR* 2001, 77 | 125
· Ktr. Amsterdam 4 april 2001, *WR* 2002, 10 | 158

Commissie Gelijke Behandeling

· CGB 25 november 1996, nr. 1996-109 | 216
· CGB 3 februari 1997, nr. 1997-14 | 215
· CGB 10 februari 1997, nr. 1997-16 | 215
· CGB 25 maart 1997, nr. 1997-24 | 215
· CGB 9 november 1998, nr. 1998-121 | 216
· CGB 15 februari 2001, nr. 2001-14 | 216
· CGB 15 februari 2001, nr. 2001-15 | 215
· CGB 6 december 2001, nr. 2001-118 | 215
· CGB 15 augustus 2002, nr. 2002-124 | 215
· CGB 15 augustus 2002, nr. 2002-125 | 215
· CGB 6 juli 2004, nr. 2004-87 | 215
· CGB 11 oktober 2004, nr. 2004-129 | 215
· CGB 30 november 2004, nr. 2004-153 | 215
· CGB 20 december 2004, nr. 2004-164 | 215
· CGB 15 november 2005, nr. 2005-223 | 215
· CGB 31 oktober 2006, nr. 2006-217 | 215
· CGB 18 december 2006, nr. 2006-248 | 215
· CGB 8 mei 2007, nr. 2007-69 | 215
· CGB 20 juni 2007, nr. 2007-104 | 215
· CGB 11 december 2007, nr. 2007-213 | 215
· CGB 31 januari 2008, nr. 2008-14 | 215

NEDERLANDSE ANTILLEN EN ARUBA

· Gem. Hof Nederlandse Antillen en Aruba 27 juni 2003, *NJ* 2004, 124 | 249, 254

NIEUW-ZEELAND

· *P v D* [2000] N.Z.L.R., 591 | 266
· *Hosking v. Runting and others* [2003] 3 N.Z.L.R., 385 HC | 266, 274

OOSTENRIJK

Oberster Gerichtshof

· OGH 9 december 1975, *OJZ* 1976, 359 | 148
· OGH 27 maart 1995 (1 Ob 544/95), *JBl*. 1995, 651 | 155
· OGH 10 april 1997 (6 Ob 2398/96g), *ÖA* 1997, 168 | 171
· OGH 10 juli 1997 (2 Ob 156/97y), *JBI*. 1998, 36 | 155
· OGH 26 februari 1998 (6 Ob 43/98m), *Ecolex* 1998, 471 | 155
· OGH 27 mei 1998 (6 Ob 93/98i), *MR* 1998, 269 | 248
· OGH 27 mei 1998 (6 Ob 117/98v), *Ecolex* 1998, 761 | 155
· OGH 30 juni 1998 (1 Ob 87/98w), *Ecolex* 1998, 762 | 155
· OGH 25 mei 1999 (1 Ob 91/99k), *Jbl* 1999, 593 | 238

PERU

Tribunal Constitucional

· Tribunal Constitucional 11 juli 2002 (*Fetratel*), Exp. 1124-2001-AA/TC | 51
· Tribunal Constitucional 13 maart 2003 (*Llanos Huayco*), Exp. 976-2001-AA/TC | 51

POLEN

Trybunał Konstytucyjny

· TK 19 februari 2002 (U 3/01), *OTK*-A 2002/1/3 | 47

Sąd Najwyższego

· SN 19 oktober 2000 (III CKN 866/98), (2001) 4 *OSNC* [61] | 47
· SN 12 september 2001 (V CKN 440/00), (2002) 5 *OSNC* [68] | 47
· SN 11 oktober 2001 (II CKN 559/99), (2002) 2 *OSNC* [82] | 47
· SN 26 februari 2002 (I CKN 413/01), (2003) 2 *OSNC* [24] | 47
· SN 5 april 2002 (II CKN 1095/99), (2003) 3 *OSNC* [42] | 47
· SN 14 mei 2003 (I CKN 463/01), (2004) 2 *OSP* [22] | 47

PORTUGAL

Tribunal Constitucional

· T.C. 28 april 1988 (nr. 99/88), *DR*, II, 22 augustus 1988 | 174
· T.C. 31 mei 1989 (nr. 413/89), *DR*, II, 15 september 1989 | 174
· T.C. 21 juni 1989 (nr. 451/89), *DR*, II, 21 september 1989 | 174
· T.C. 25 september 1991 (nr. 370/91), *DR*, II, 2 april 1992 | 174
· T.C. 21 september 1991 (nr. 506/99), *DR*, II, 17 maart 2000 | 174
· T.C. 9 juli 1991 (nr. 359/91), *DR*, Ia, 15 oktober 1991 | 159
· T.C. 1 april 1992 (nr. 130/92), *DR*, II, 24 juli 1992 | 159

· T.C. 17 maart 1999 (nr. 616/98), *DR*, II, 17 maart 1999 | 172
· T.C. 12 januari 2000 (nr. 24/00) | 159
· T.C. 21 juni 2000 (nr. 322/00) | 159
· T.C. 27 juni 2001 (nr. 302/01), (50) *ATC* 2001, 661 | 38
· T.C. 26 september 2001 (nr. 402/01), (51) *ATC* 2001, 165 | 159
· T.C. 26 november 2002 (nr. 491/02), *DR*, II, 22 januari 2003 | 248
· T.C. 14 oktober 2003 (nr. 456/2003), *DR*, II, 10 februari 2004 | 174
· T.C. 7 juli 2004 (nr. 486/04), *DR*, II, 18 februari 2005 | 174
· T.C. 12 januari 2005 (nr. 11/05), *DR*, II, 18 maart 2005 | 174
· T.C. 10 januari 2006 (nr. 23/06), *DR*, Ia, 8 februari 2006 | 174

Supremo Tribunal de Justiça

· STJ 12 januari 1978 (nr. 066894) | 170
· STJ 24 mei 1989 (nr. 077193) | 137
· STJ 1 februari 1990 (nr. 078359) | 166, 284
· STJ 22 juni 1995 (nr. 86.534), *Boletim Min. Justiça* 1995, nr. 334 | 151
· STJ 24 oktober 1995 (nr. 87.187), *CJ* 1995, III, 75 | 114, 151
· STJ 9 januari 1996 (nr. 87.941), *Boletim Min. Justiça*, nr. 453, p. 417 | 114, 151, 217
· STJ 11 maart 1997 (nr. 96A901) | 172
· STJ 23 september 1997 (onuitgegeven) | 151
· STJ 16 december 1999 (nr. 99A998) | 170
· STJ 19 juni 2001 (nr. 1008/01-1) | 239
· STJ 11 december 2001 (nr. 01A3852) | 170
· STJ 15 januari 2002 (nr. 02B2751) | 114, 137
· STJ 18 maart 2002 (nr. 02B3553) | 137
· STJ 18 mei 2002 (nr. 02B1290) | 94, 166, 180
· STJ 18 februari 2003 (nr. 02A4733) | 151
· STJ 2 maart 2004 (nr. 04A043) | 114, 137

Tribunais da Relação

· Tribunal da Relação do Porto 3 mei 2005 (nr. 326079) | 151, 218
· Tribunal da Relação de Coimbra 23 mei 2006 (nr. 776/06) | 174

SPANJE

Tribunal Constitucional

· T.C. 18 november 1983 (nr. 101/1983), *BOE* 14 december 1983 (nr. 298) | 98
· T.C. 13 februari 1985 (19/1985), *BOE* 5 maart 1985 (nr. 55) | 98, 114, 154
· T.C. 17 juli 1986 (nr. 104/1986), *BOE* 13 augustus 1986 (nr. 193), supp. | 137
· T.C. 12 december 1986 (nr. 159/1986), *BOE* 31 december 1986 (nr. 313), supp. | 137, 219
· T.C. 10 oktober 1988 (nr. 177/1988), *BOE* 5 november 1988 (nr. 266) | 99
· T.C. 20 februari 1989 (nr. 45/1989), *BOE* 2 maart 1989 (nr. 52) | 38
· T.C. 2 november 1989 (nr. 178/1989), *BOE* 4 december 1989 (nr. 290) | 38
· T.C. 15 maart 1990 (nr. 42/1990), *BOE* 9 april 1990 (nr. 85) | 38

· T.C. 1 december 1992 (nr. 214/1992), *BOE* 23 december 1992 (nr. 307) | 38
· T.C. 17 januari 1994, *RJ* 1994, 7 | 172
· T.C. 6 maart 1995 (nr. 56/1995), *BOE* 31 maart 1995 (nr. 77) | 38
· T.C. 29 mei 2000 (nr. 141/2000), *BOE* 30 juni 2000 (nr. 156) | 171
· T.C. 24 mei 2001 (nr. 119/2001), *BOE* 8 juni 2001 (nr. 137), supp. | 248

Tribunal Supremo

· T.S. 28 oktober 1986 (*Paquirri*), *RJ* 1986, 6015 | 137
· T.S. 4 februari 1998, *RJ* 1999, 748 | 150
· T.S. 3 oktober 2000, *RJ* 2000, 7799 | 150
· T.S. 2 februari 2001 (nr. 70/2001) | 151
· T.S. 11 mei 2001, *RJ* 2001, 6197 | 115, 150
· T.S 29 april 2003 (nr. 431/2003) | 115, 151, 248
· T.S 14 maart 2005 (nr. 196/2005) | 151

TSJECHIË

· Ústavní soud 9 juli 1998, *ÚS (Sbírka nálezů a usnesení)*, vol. 12, 97 (III. ÚS 139/98) | 47
· Vrchni soud 20 januari 1995 (6 Cdo 105/94), aangehaald in Ivičič 2007, p. 22 | 155

VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA

· *Katz* v. *U.S.* 389 U.S. 347, 361 (1967) | 267

ZUID-AFRIKA

· *Buthelezi v South African Broadcasting Corporation* 1997 12 BCLR 1733 (D) | 277
· *Carmichele v Minister of Safety and Security*, 2001 (4) *SA* 938 (CC) | 102
· *Du Plessis v De Klerk*, (5) *BCLR* 1996, 658 | 102
· *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (EC) | 277
· *Holomisma v Argus Newspapers Ltd* 1996 2 SA 588 (W) | 277
· *Khumalo v Holomisa*, 2002 5 SA 401 (CC) | 277
· *Mandela v Felati* 1995 1 SA 251 (W) | 277
· *National Media Ltd v Bogoshi*, 1998 4 SA 1196 (SCA) | 102, 235, 277
· *Pakendorf v De Flamingh* 1982 3 SA 146 (A) | 278

ZWITSERLAND

Bundesgericht

· BGer 23 augustus 1878, (4) *BGE* 1878, 434 | 27, 107, 164
· BGer 2 februari 1954, *BGE* 80 II, 26 | 107
· BGer 18 juni 1985, *BGE* 111 II, 245 | 27, 108

Kantongerichte

· KtG St. Gallen 1985, aangehaald in Zäch 1989, p. 4 | 170

Trefwoordenregister

A
Aandelen, prijs van - | 134
Abortus | 146, 175, 238, 245
Adoptie | 164, 175, 176, 188, 191, 192, 194, 211, 225, 232, 253, 284
Afstamming
· Kennis van - | 79, 220, 247, 254
· Vaststelling van - | 164, 172-175, 180-181, 188, 191, 212, 254
Afweging | 216-223
Aidstest | 88, 94, 133, 134, 226-228
Algemeen persoonlijkheidsrecht | 13-14, 75, 76, 79-80, 147, 210, 247
Alimentatie | 112, 147, 150, 170-171, 173, 175, 250
Altruïsme | 5, 187, 224, 282
Amparo | 50-52, 74, 99, 106
Arbeid
- op feestdag | 98, 154
- overeenkomst | 15, 21, 39, 167
- recht | 5, 22, 88, 93, 134, 154, 155, 167
zie ook CAO, loon, ontslag
Argentinië | 37, 49-50, 192
Articulatie | 203-205
Autoriteit | 92, 283

B
België | 38-41, 61, 62, 63, 64, 68, 69, 71, 87, 88, 101, 104, 108, 111, 112, 114, 123-124, 136, 138-143, 144, 145, 147, 155, 156, 157, 158-159, 160, 161, 167-170, 172, 173, 180, 186, 193, 199, 208, 210, 211-212, 219, 225, 236, 242-243, 244, 245, 247, 276, 281, 284, 303
Beperkingclausule | 7, 18, 32, 81, 83-84, 87, 93, 104, 107, 110, 144, 169, 184, 207, 218, 220, 278
Bloed-, DNA-test | 94, 172-173, 180-181, 254
Bolivia | 50
Borgstelling | 154
Botsing *zie* collisie
Boycot | 18, 145
Brazilië | 48, 68, 102, 105
Briefgeheim | 122

C
CAO | 21-22
Captive audience speech | 54
Celibaatclausule | 15, 39, 44, 123, 167-170, 211-212
Censuur | 138-142, 284
Chili | 50
Collisie | 46, 86, 221, 226, 228
Colombia | 50, 52, 102
Consumer discrimination | 213-214
Contact, recht op - *zie* omgangsrecht
Contractsvrijheid | 15, 29-30, 44, 72-73, 224
Convergentie | 111, 131, 231-276

D
Danno biologico | 22, 149, 153
Datenschutzgesetz | 86, 104
Déclaration 1789 | 42, 43, 61, 77, 98, 119, 162, 205, 234, 235, 279
Denemarken | 45-46
Detective | 39, 147
Discriminatie | 15, 16, 41, 74, 86, 112, 120, 153-154, 160, 174, 212, 215-216, 217
Doop | 39-40
Draagmoederschap | 175-176, 187-201, 211, 225-226
Dresscode | 214
Droits fondamentaux | 77-79

Duitsland | 9, 10-21, 24, 34, 37, 53, 55, 61, 63, 64, 66, 68, 95, 113, 115-118, 123, 135, 136, 143, 145, 146, 147, 148, 150, 155, 160, 165, 167, 168, 171, 176, 180, 208, 213, 236, 247, 248, 277
Dwangarbeid | 35, 125, 210
Dwergwerpen | 280

E
Eigendom, recht op - | 74, 117, 122, 126, 151-152, 160, 161, 170, 204, 217, 219
E-mail | 156, 236
Engeland | 45, 92, 99-100, 128-131, 136, 144, 147, 150, 154, 155, 159, 180, 199, 208, 209, 235, 237, 247, 256-276
Erfrecht | 73, 173, 212, 232
zie ook testament, testeervrijheid
Europees Sociaal Handvest | 112, 128
EVRM | 2, 30, 31, 35, 39, 45, 48, 68, 70, 71, 76, 87, 99, 105, 108, 109, 111, 112, 113-131, 134, 140-148, 150-152, 155-157, 159-162, 165-167, 169-174, 176, 180-182, 186, 187, 196, 199, 207, 209, 211, 212, 218, 226, 232, 247-248, 250-255, 257, 259, 261, 264-269, 271-276
Exclusieclausule *zie* beperkingsclausule

F
Familieleven | 116, 172, 173, 174, 180, 209, 250, 253-255, 268, 275, 284
Family life zie familieleven
Finland | 46
Frankrijk | 38, 41-45, 61, 62, 64, 73, 76-79, 84, 105, 115, 118-123, 137, 141, 145, 152, 155, 156, 157, 158, 159, 162, 165, 171, 173, 176, 180, 181, 183, 186, 208-209, 211, 213-214, 217, 234, 236, 240-243, 248, 280
Fraude | 76, 146

G
Gambia | 102
Geslacht | 15, 212
Gezinswoning | 170
Gezondheid, recht op - | 22, 74, 149, 151, 152-153, 172, 176, 181, 285
Ghana | 102
Glijdende schaal | 32, 33, 80, 99
Griekenland | 45, 101
Grondslag | 91-103
Grondwetsherziening | 31, 66, 111

H
Hiërarchie | 217-219
Hinder | 22, 95, 150-153
Hongarije | 47-48
Hoofddoek | 213-215, 232
Huisdier | 157
Human dignity zie menselijke waardigheid
Human Rights Act 1998 | 68, 99-100, 128-131, 144, 150, 208-209, 237, 256-264, 268-272
Huur | 39, 93, 112, 121, 134, 152, 156-164, 275
· Derden herbergen en - | 122, 157-159
· Ontbinding van - | 157, 160
· Opvolging van - | 159-160
· Religie en - | 156-157
zie ook huisdier, schotelantenne
Huwelijk:
· - beding: zie celibaatclausule
· Ontbinding van - | 52, 164, 165, 166, 170
· Religie en - | 26-27, 164-166
· Toestemming tot - | 166-167, 252
Hybrid authority | 100, 259-261

I
Ierland | 45
Schade(vergoeding) | 13, 22, 25, 39, 40, 45, 54, 75, 140, 143, 148-153, 171, 189, 228, 235, 237, 239-240, 243, 244, 245, 257
Israël | 52-53, 92, 106, 155, 204, 243
Italië | 21-22, 35, 37, 53, 60, 61, 64, 74, 75, 84, 89-90, 103-104, 108, 112, 137, 138, 143, 146, 149, 150, 151-153, 155, 159, 161, 167, 170, 171, 172, 173, 175-176, 181, 211, 219, 236, 241-242, 244
IVBPR | 48, 114, 121, 128, 176, 211, 252
IVRK | 128, 134, 172, 173, 174, 176, 186, 187, 191-194, 197-200, 211, 212

J
Japan | 54-55, 61, 64, 105

K
Kaapverdië | 102

L
Latijns-Amerika | 50-52, 102
Leefomgeving, recht op gezonde - | 36, 151
Libertés publiques | 43, 78, 79
Liechtenstein | 45, 105, 134
Loon | 15, 22, 105
Lüth | 9, 18-19, 36, 47, 52, 56-60, 64, 64, 88, 92, 145, 235
Luxemburg | 45, 147

M
Machtsconcentratie, -overwicht | 5, 12, 16, 30, 92-95, 97, 103, 105, 145, 155
Malawi | 102
Mali | 102
Mel Yedei | 122-123, 186
Meningsuiting | 2, 11, 15, 16, 18, 22, 31, 35, 48, 76, 79, 82, 94, 111, 136-142, 144-146, 161, 162, 166, 171, 205, 208, 209, 212, 217, 218, 219, 220, 235, 247, 248, 252, 253, 264, 265, 267, 273, 275, 284, 285
Menselijke waardigheid | 10, 14, 37, 53, 54, 73-75, 77, 97, 101, 103, 113, 127, 148, 158, 204, 206, 210, 219, 221, 244, 245, 247, 279-280
Mexico | 52

N
Namibië | 102
Nederland | 29-35, 39, 49, 61-63, 65, 66-69, 71, 81, 83-84, 87, 88, 99, 104, 105, 108-109, 111, 112, 113, 123-128, 133, 134, 137, 141, 145-148, 150, 152, 154-158, 161, 164, 165-167, 170-173, 176, 183, 186, 187, 188, 191*s*, 208, 211, 213, 215-216, 217, 218, 220, 221, 225, 236, 238, 244, 246, 247-256, 257, 275, 276, 278, 283
Nicaragua | 51
Non-concurrentie | 1, 15, 35, 155, 177, 265
Noorwegen | 46

O
Objectifs & principes de valeur constitutionnelle | 73, 76-77, 159
Omgangsrecht | 116, 142, 171-172, 220, 254, 274, 276
Onderhoud *zie* alimentatie
Onderwijs | 77, 112, 126, 167-170, 212, 217
Ontslag | 15-16, 39, 54, 122, 154, 167-170, 211, 213-214
Oostenrijk | 23-24, 31, 61, 63, 68, 86, 104, 135, 146, 148, 155, 171, 180, 238-239, 244, 248
Ouderlijk gezag | 39, 166, 176, 188-191, 195, 196, 198-200, 211

P
Paraguay | 51
Partijpropaganda | 15, 146
Paternalisme | 229, 280
Patiënt | 47, 50, 111, 115, 134, 146, 283
Perslitigatie | 2, 35, 39, 47, 48, 49, 71, 72, 95, 107, 121, 122, 125, 136*s*, 145, 148, 221-222, 250-251, 253, 263*s*
Peru | 50
Piraterij | 145
Polen | 46, 101, 137
Portugal | 28, 35-38, 48, 52, 62, 63, 64, 68, 74, 89, 90, 96-97, 102, 103, 104, 105, 106, 114, 137, 138, 151, 158-159, 166, 170, 172, 174, 181, 217-218, 234, 239, 244, 248
Positive obligations | 46, 47, 70, 87-88, 232, 233, 250, 255
Positivisme | 10, 47, 48, 56-59, 62
Pragmatisme | 106
Privéleven | 39, 79, 120, 122, 123, 139, 140, 141, 142, 147, 151, 167, 169, 209, 212, 263, 271, 284, 285
Proces, recht op eerlijk - | 125, 127
Proliferatie | 283
Prostitutie | 39, 270
Protestactie | 145

Public authority | 100, 258-263
Public interest | 270-271, 273

R
Religie | 26, 27, 34, 39-40, 54, 71-72, 79, 82, 94, 98, 112, 114, 125, 127, 137, 151, 154, 156-157, 163, 164-166, 167, 169, 186, 206, 213-216, 217, 220, 224, 258, 284, 285
Residentiebeding | 155, 186, 211

S
Schotelantenne | 22, 116, 160-164, 212, 213, 285
Slacht | 206
Slavernij | 125, 205
Sozialstaatsprinzip | 17, 112, 113
Spanje | 35-38, 50, 52, 62, 64, 73, 76, 89-90, 96-99, 104, 106-107, 114, 137-138, 150, 151, 154, 171, 172, 181, 218, 219, 234, 248
Staking | 27, 105, 112, 217
State Action | 49
Strafbeding | 39

T
Telefoongesprek | 147-148, 156, 247
Terminologie | 65-70
Testament | 44, 167, 173, 232-233, 281
Testeervrijheid | 72, 73, 233
Tsjechië | 46-48, 155

U
Uithuisplaatsing | 176, 200, 220, 254
UVRM | 114, 124, 128, 151, 176

V
Vereniging, vrijheid van - | 11, 29-30, 39, 54, 77, 105, 125, 145, 157, 205, 217
Vergetelheid, recht op | 208-210
Videoregistratie | 134, 147, 156, 272
Voogdij | 116, 176, 188, 191, 196

W
Weimar | 10-12, 13, 14, 15, 16, 37, 54, 55-56, 57, 59, 62, 64, 73
Wertsystem | 18, 56-58, 79, 176
Woonplaatsclausule *zie* residentiebeding
Wrongful birth | 150, 204, 210, 237-238, 245
Wrongful life | 150, 204, 210, 235, 237-246
Wrongful pregnancy | 150, 237-238

Z
Zuid-Afrika | 28, 49, 64, 102, 235, 244, 277-278
Zwakke partij | 93, 154-155, 224-229, 280
Zweden | 45, 67, 217, 248
Zwitserland | 24-28, 61, 62, 63, 64, 68, 76, 86, 89, 90, 93-94, 95, 96, 100-101, 105, 107-108, 135, 137, 138, 144, 146, 164-165, 170, 206, 235, 244

Curriculum vitae

Bart J. de Vos

1980	Geboren te Rumst (België)
1998	Eindexamen ASO Latijn-wiskunde, OLV-College Boom
2003	Licentiaat Rechten, Universiteit Antwerpen
2003-2006	PhD-Fellow, Universiteit Leiden
2006-2007	Onderzoeker Juriges, Universiteit Antwerpen
2009-	Attaché RIZIV

In de boekenreeks van de Graduate School of Legal Studies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2009 en 2010 verschenen:

MI-156 N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen*, (diss. Leiden), Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, ISBN 978 90 8863 034 7

MI-157 G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld,* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2009

MI-158 J. Huang, *Aviation Safety and ICAO*, (diss. Leiden) 2009 ISBN-13 978 90 4113 115 7

MI-159 J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers & H. Vording (red.), *Terugkoppeling in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2008, ISBN 978 90 6476 326 7

MI-160 J.L.M. Gribnau, *Soevereiniteit en legitimiteit: grenzen aan (fiscale) regelgeving*, (oratie Leiden), Sdu Uitgevers 2009, ISBN 978 90 6476 325 0

MI-161 S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 06593 0

MI-162 P. van Schijndel, *Identiteitsdiefstal*, Leiden: Jongbloed 2009

MI-163 W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2009, ISBN 978 90 90 24382 5

MI-164 J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, (oratie Leiden), Leiden 2009.

MI-165 W.I. Koelewijn, *Privacy en politiegegevens. Over geautomatiseerde normatieve informatieuitwisseling,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2009, ISBN 9 789087 280703

MI-166 S.R.M.C. Guèvremont, *Vers un traitement équitable des étrangers extracommunautaires en séjour régulier. Examen des directives sur le regroupement familial et sur les résidents de longue durée*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2009, ISBN 978 90 8570 419 5

MI-167 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 07029 3

MI-168 P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 1307 156 6

MI-169 P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1407 158 0

MI-170 M.V. Polak (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, ISBN 978 90 6916 714 5

MI-171 E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8728 070 3

MI-172 H.H. Kielman, *Politiële gegevensverwerking. Naar een effectieve waarborging*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 503 1

MI-173 K. Siewicz, *Towards an Improved regolatory Framework of Free Software. Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments*, (diss. Leiden) Warszawa (Polen): Sowa 2010, ISBN 978 83 930580 0 6

MI-174 L. Mommers, H. Franken, J. van den Herik, F. van der Klaauw, G.-J. Zwenne (red.) *Het binnenste buiten,* Liber amicorum A.H.J. Schmidt, Leiden: eLaw@leiden 2010, ISBN 978 90 815196 1 8

MI-175 R. Ong, *Mobile Communication and the Protection of Children*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 080 2

MI-176 M.P. Lycklama à Nijeholt, *Goodwill and value creation of acquisitions*, (diss. Leiden), Zutphen: Ipskamp 2010, ISBN 978 90 9025 290 2

MI-177 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht,* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010 ISBN, 978 90 8728 098 7

MI-178 J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 662 2

MI-180 B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, (diss. Leiden), Apeldoorn/ Antwerpen: Maklu 2010

MI-181 S. van Wingerden, D. Alberda, M. Moerings, B. Wartna & J. van Wilsem, *Recidive en nazorg. Een onderzoek onder oud-bewoners van Exodus, DOOR, Moria & Ontmoeting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010

MI-182 J. Vis, *Ondernemend Waarderen : Waarderend Ondernemen. De subjectiviteit van het begrip economische waarde*, (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, ISBN 987 90 466 0364 2

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek