



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).

3 | Eenheid en verscheidenheid

*Bijna elke zin begon met: Ik stel vast dat ...
Vreemd dat iedereen iets anders vaststelde¹*

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 allerm minst 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 loyaliteit 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, *Monschilderingen*, 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 allerm minst 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 Boesjes¹⁰ 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 alsdan paradoxaal genoeg juist de vertrouwde wereld 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 aanschouwelijkheid¹⁶ en in het bijzonder het feit dat 'derdenwerking' de impressie geeft dat het slechts om een 'aanhangel', een 'uitvloei' 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 Luitgaarden 1996, p. 29.

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

gal¹⁷ 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 recht²¹ kan dit proces alleen maar accumuleren. Voleindigd is het immers allerm minst. Duitsland,²² en Oostenrijk in navolging, blijven (uiteraard) zweren bij *Drittwirkung*,²³ wjl 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 wjl particulariseren 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 'horizontal' 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*, wjl *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, gelijkkluidend 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 terminologie-wissel 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 de ideële, naturalistische of anderswijze non-formele begripsafbakening hoeft

28 Hoewel dit laatste effect ten dele teniet wordt gedaan doordat de term ook door staatsrechtkundigen, 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 summierende 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 schokbare 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* waardenloos is.³⁵ Zelfs eufemistisch gesteld is de wetenschappelijke waarde van dergelijke betogen gering. Het summum der assimilatie drang vormen ze echter allerminst. In meer radicale versie worden immers ook gedingen waarbij bijvoorbeeld overwegingen terzake contractsvrijheid of testeevrijheid de twistappel uitmaken als rechtspraak met horizontale werking bestempeld.³⁶ Het vraagstuk van constitutionalisering wordt hier volledig over boord gegooid. Contracts- en testeevrijheid 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 testeevrijheid 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 rechten⁴² (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 [...] e 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 persoonslijksrecht 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 legittimità 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 verschaft, 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 preto-riaans 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 persoonlijkheidsrecht⁴⁶ is het – bepaalde rechtsleer ten spijt – voornamelijk nog niet gekomen. In de regel (althoewel 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 Bundesgericht⁴⁸ 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 acquisito nel sistema della Costituzione’. Kortom vanuit dergelijke optiek schijnt daadwerkelijke erkenning 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 piuttosto 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 constatacie 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'esprit 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.

braak⁵⁶ maar reeds eind jaren negentig⁵⁷ 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 onverholten 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 Bovendien 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 gebaad voor de erkenning van nieuwe, niet in de Constitutie erkende grondrechten.⁷³ Dit is evenwel een overhaaste conclusie aangezien noch het algemeen persoonlijkheidsrecht⁷⁴ 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. Overkleef-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 *Wertsysteem*-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 polemieek 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 persoonslijksrecht het kwalitatieve onderscheid tussen directe en indirecte werking naar de achtergrond wordt verdrongen (Lindenberg 2004, p. 979). Deze visie faalt doordat, zoals *supra* aangeduid, noch het algemene persoonslijksrecht noch de rechten die hieruit kunnen worden afgeleid tot het domein van het publiekrecht behoren; het algemene persoonslijksrecht treedt juist buiten de context van horizontale werking. Zo stelt ook Lindenberg zelf dat de persoonslijksrechten kunnen worden beschouwd als een 'civielrechtelijke variant van grondrechten of mensenrechten' (Lindenberg 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 anderszijds, 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 bijwijken de gemeenschappelijke boodschap deed benadrukken maar op andere momenten evengoed verleidde tot enfase 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 bedoeld worden kan op de rechtstechnische systematiek als op de intensiteit van de doorwerking en het beter zijn zou te gewagen van 'anspruchsbe gründender (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 comparatist 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 beide⁸⁶ 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 toegepast 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 fundamenteel-rechtelijke 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 omsluisende, generieke 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, anderszids 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 Oostenrijk⁹⁸ 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 provisie 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 (*BGBI*. I 1999/165) en art. 1 Abs. 6 1978 editie (*BGBI* 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 homoseksuele 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 laatste 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. Significants 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 Repik 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.

Waar toe 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 *aidstest*zaak,¹¹⁰ welke door Leenen¹¹¹ als een voorbeeld van directe werking, en bij van Veen¹¹² 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 Nogtans wordt *Bundesverfassungsgerichts* universeel bekende *Lüth*-uitspraak naar algemene appreciatie erkend als '[d]ie wohl klarste und schönste Formulierung für die indirekte 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 grondrechttoepassing 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 Israëliësch Hooggerechtshof, welke het Zwitserse rechtssysteem 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 bevreedende, 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 allerm minst, 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 ogeschouw 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 hand¹²⁴ door Abrantes¹²⁵ gekwalificeerd als pleidooi voor indirecte werking terwijl hij op basis van hetzelfde fragment door Sommermann¹²⁶ bij de promotoren van directe werking wordt gecatalogeerd. Significat 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 tegensprekt 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 Silva¹²⁸ aan Leisner¹²⁹ (o.a. naast Dürig¹³⁰) 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 gerecipeerd, 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 gevluht 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 19^e-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 Israëliëse 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 gegroundveste 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 wijsdomvattende 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 machts grenzen 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 uitgangstheze, 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 subordinitie, 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*-amalgam. 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 *truths 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 grondslagen¹⁵² 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 "Gefährdung 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

ties¹⁵³ 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 directe¹⁵⁶ toepasbaarheid is hierbij dus een autonoom begrip, te lezen in de traditionele (verticale) betekenis en zonder autoriteit naartoe de private entiteiten. Deze laatste worden dan slechts door grondrechten 'gebonden', een term die voor velerlei uitleg vatbaar is en allerm minst 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 unmittelbar 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 *Eidgenössische* 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 mistaakt 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 verdedigd¹⁶⁰ 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 fundamente 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 fuerte 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 interpreteren¹⁷⁷ 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.º) "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) wjl 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 West¹⁸⁹-Europa¹⁹⁰ 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-Amerika¹⁹¹ 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 Namibianse 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 grondrechten-catalogus *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 aange-spoord 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 disambigüe 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 uitmaakt¹⁹⁵)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 hoofdstekst).

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); García 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 verhoudingen¹⁹⁹ (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 gelijklopende 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 casuïstische 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 ambigüiteit 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* (LOTIC)).

of directe hetzij indirecte werking moet worden geprefereerd.²⁰⁸ Het is een equivociteit die niet slechts voortspuit 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 Ubbillos 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 Ubbillos 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 karakter²¹⁶ om daarna eerder het pad der indirecte werking te vervolgen²¹⁷ en ook het Duitse *Bundesarbeitsgericht* (evenals in mindere mate het *Bundesgerichtshof*)²¹⁸ heeft geruime tijd vastgehouden aan directe werking²¹⁹ vooraleer zich uiteindelijk tot de in Duitse rechtspraak heersende²²⁰ 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 gefrekwenteerd.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. Vزر. 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; Lindenberg 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 even goed 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 grondrechten-catalogi en het EVRM (*et al.*) is delicaat geworteld en uiteindelijk van merkkelijk 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 programma-normen, 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 stakingsacties²³⁶ 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 verhuurder²³⁸ 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 effectivering 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 regaderen' (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. Grèce-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 derdenwerking-jurisprudentie 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; Echtermöller 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, terwijl 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.*; Loebeinstein 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 princípios. Isso, porém, seria coisa diversa de tomá-los como padrões autônomos 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* vermog het Verdrag niet op te tornen tegen het hoge aanzien²⁴⁷ 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. Örüü 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 Örüü 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 satellietshotel in het gehuurde goed aan te brengen, wordt de informatievrijheid gehanteerd middels art. 10 EVRM²⁵⁵ 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 begeistert.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, gezamenlijke voogdij over buitenechtelijke kinderen (Zo bepaalde §1705 BGB tot de hervorming van 1997 (Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts 16 december 1997, *BGBI.* 1997, I 2942; zie specifiek het actuele § 1626a BGB), dat de voogdij over een buitenechtelijk kind exclusief aan de moeder toekwam, gezamenlijke voogdij zijnde aldus onmogelijk. Het *Bundesverfassungsgericht* zag hierin geen strijd met de bescherming van familielevens 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, 99) 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 constitutionele²⁵⁷ of eventueel zuiver privaatrechtelijke²⁵⁸ 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 innerhalb 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 München 23 juni 1999 (14 S 119/99); LG Magdeburg 19 februari 2004, *ZMR* 2004, 757; LG München 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 Hof²⁶² 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 Uiteindelijk goedkeuring in 1974²⁶⁴ 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 betroffen 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'eupéanisation 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 4^e 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 eurosceptische²⁷⁵ *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 interprétée' 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 Vandeveld & 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 machtswel-lust,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 (*Poitrinol 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 betreffende 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 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 (*Miterran*), *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 soevereine 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 *huwelijksvrijheid* 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 primauiteit 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; Lübke-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 relateert).

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 Conventie wordt gehanteerd,²⁹⁷ terwijl 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. 8³⁰² 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 (Ferdie 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; Vزر. 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); Vزر. 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 (Ferdie 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; Vزر. Rb. Amsterdam 21 November 2002, *Mediaforum* 2003, 7; Vزر. Rb. Amsterdam 22 november 2002 (KG 02/2683), *Mediaforum* 2003, 10; Vزر. 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; Vزر. Rb. Amelo 9 maart 2005, *LJN*: AT 3181; Vزر. Rb. Amsterdam 5 april 2005, *LJN*: AT3177; Vزر. 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 EVRM³¹⁵ 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.b.t. 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 (Ferdie E.), *NJ* 1994, 473; Vزر. Rb. Amsterdam 21 november 2002, *Mediaforum* 2003, 7; Hof Amsterdam 15 mei 2003, *LJN*: AF8913; HR 2 mei 2004, *NJ* 2004, 80; Vزر. Rb. Utrecht 25 januari 2005, *LJN*: AS 3745; Vزر. 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 (Ferdie 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; Vزر. 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 heerst³²⁵ 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 (Aidtest), 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 IVBPR³²⁸ en het Kinderrechtenverdrag³²⁹ een rol van betekenis. Toepassing van andere bronnen, zoals het Europees Sociaal Handvest,³³⁰ de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens³³¹ 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; Vزر. 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 stellen³⁴² 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 gewijzigd³⁴⁶ hetzij de wetgeving onbegrijpelijk of onwerkzaam wordt gemaakt³⁴⁷ kan³⁴⁸ 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 grondrechtencatalogus 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.

