



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).

Jurisprudentie met horizontale werking lijkt, naar het beeld dat uit doctrine ontstaat, betrekkelijk dun gezaaid.¹ Dat strookt niet met de werkelijkheid, maar de voorstelling is het gevolg van de eerder geduide doctrinaire nonchalance ten aanzien van de rechtspraktijk in het algemeen evenals eenvoudige onwetendheid,² welke echter niet blijkt te hinderen generale conclusies te poneren.³

In het rariteitenkabinet dat aldus wordt gesuggereerd, schuilt voor horizontale werking een onvermoed krachtpunt: de *rari nantes* krijgen een witte raaf elan, hun uitzonderingspositie suggereert werkelijke noodweer die de magistratuur uiteindelijk in beweging heeft gebracht. Opnieuw weerklinkt daarin kortom de voorstelling van horizontale werking als noodwendig instrument

1 Typerend is o.a. de mate waarin een aanzienlijk deel van de doctrine immer dwalen blijft over een goed handvol, op zich meestal niet werkelijk significante, uitspraken (met name de Duitse *Bürgerschaft* en *Handelsvertreter* zaken, de Engelse *privacy* litigaties *Douglas* en *Campbell* en wat specifiek Nederland betreft o.a. de als *Mensendieck*, *Maimonides* en *Aids-test* gekende arresten).

2 Zo stelt Hondius in 1998: 'Case-law since 1983 provides examples of extending constitutional rights to private relationships. *The most recent case* concerns a rape victim who requested and finally received a court order for the rapist to undergo an Aids test.' (Hondius 1998, p. 207, mijn cursivering). Deze meest recente zaak waarop hij doelt stamt *nota bene* uit 1993. Reeds in het alhier gepresenteerde summiere overzicht zijn, *enkel dan nog wat het vermogens- en familierecht betreft* (en dus met uitsluiting van traditioneel aan derdenwerkingsrechtspraak rijke domeinen als het arbeidsrecht), voor de periode 1993-1998 een veertigtal uitspraken aangehaald. Het betreft hierbij geen exoterische, ongepubliceerde of zelfs maar in minder bekende magazines geopenbaarde uitspraken, maar *au contraire* voor het overgrote deel in de *Nederlandse Jurisprudentie* (eventueel *RvdW*) opgenomen rechtspraak, daaronder overigens ook zaken die zonder meer naambekendheid genieten, zoals bijvoorbeeld *Rails* (HR 21 oktober 1994 (*Rails*), *RvdW* 1994, 211) en waarvan tot kennis dus amper autonoom speurwerk is vereist. Evident kan gebrekkig veldonderzoek nimmer tot correcte conclusies aanleiding geven (zie voetnoot 3).

3 Zo concludeert Hondius (zie voetnoot 2) in relatie tot de Nederlandse situatie *anno* 1998: '[t]he horizontal effect of constitutional rights in private relationships is only reluctantly recognised' (Hondius 1998, p. 226) en wordt gewaagd dat '[n]or is horizontal effect of fundamental rights in private law relationships an established phenomenon' (Hondius 1998, p. 203-204) hetwelk manifest onjuiste beweringen zijn.

tot correctie van versterkte privaatrechtsstructuren of dichting van ontoelaatbare lacunes.⁴

In realiteit is derdenwerkingrechtspraak evenwel talrijk, de verwijzingen naar fundamentele rechten daarenboven veelal formeel of zelfs louter ornamenteel van aard en frequent het gevolg van referentiedrang bij procespartijen of deel uitmakend van geritualiseerde⁵ formules die in sommige typelitigaties opgeld doen. Kortom, een aanzienlijk minder hooggestemde praktijk dan de reguliere voorstelling uitschijnen doet.

Om deze overvloed te illustreren volgt hierbij een overzicht van enkele der meest manifeste Europese *Fallgruppen*. Exhaustiviteit is daarbij uiteraard nimmer aan de orde, doch de benadering heeft tevens het nadeel dat ze eventueel interessante doch thematisch geïsoleerde uitspraken aan het oog onttrekt.⁶ Verder passen nog enkele meer specifieke exclusieclausules. Een

4 Vgl. aangaande deze voorstelling o.a. Uitz 2005, p. 12 ('It is in the context of horizontal effect cases where constitutional values [...] cure the insufficiencies and open texture of statutory language. Note that when courts invoke constitutional values or principles to fill the gaps of statutory language, they in essence uphold legislation the constitutionality of which is at least suspect' (mijn cursivering)) of Frick 1996, p. 19 & 20 waar het gebrek aan illustraties van derdenwerking in de Liechtensteinse jurisprudentie verklaard wordt uit de overweging dat de wetgever de hem door de grondrechten opgedragen *Schutzauftrag* uiterst verregaand vervuld heeft.

5 Cf. o.a. Kistenkas 1996a, p. 3.

6 Zo kan, enkel wat Nederland betreft, onder meer worden verwezen naar HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347 (zie in detail § 6.2.4; zie overigens tevens Vزر. Rb. Groningen 26 januari 2007, *LJN*: AZ7313 evenals Vزر. Rb. Haarlem 5 oktober 2007, *LJN*: BB4972); HR 21 oktober 1994 (Rails), *RvdW* 1994, 211 (Moderapportage in magazine welke zou aanzetten tot geweld tegen vrouwen); HR 11 september 1996, *NJ* 1997, 176 (Prijs aandelen in uitkoopregeling); Hof Amsterdam 27 april 2000, *NJ* 2002, 484 (Brochure waarin authenticiteit dagboek Anne Frank wordt in twijfel getrokken valt *in se* onder bescherming art. 9 & 10 EVRM, welke rechten evenwel beperkt kunnen worden tot bescherming van de rechten en belangen van anderen, waartoe onderhavige publicatie, wegens de revisionistische context en onnodig grievende beweringen naartoe Otto Frank, aanleiding geeft); HR 30 november 2001, *NJ* 2002, 462 (Videoregistratie van het vaderlijk contact met de kinderen op instigatie van de gezinsvoogdij-instelling schending van diens privacy, art. 10 Grondwet); HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 491 (Vergeefs verzoek vader door middel van art. 6 en 8 EVRM inzage te verkrijgen in het contactjournaal van de maatschappelijk medewerker die de kinderen begeleidde); Vزر. Rb. 's-Hertogenbosch 20 februari 2003, *KG* 2003, 73 (Verzet van ouders tegen uitzetting uit een huurwoning (wegens kweek van cannabis) op basis van het feit dat dit de rechten van hun kind (dat met de ouders samenleefde) als gegarandeerd in het Kinderrechtenverdrag schenden zou); Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *NJ* 2003, 664 (Internetpublicatie van een affidavit bevattende extracten uit publicaties van de Scientology-kerk werd door deze laatste instantie beschouwd als een inbreuk op haar auteursrecht); HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117 (Tandarts wiens wonde in contact was gekomen met het bloed van een mogelijk HIV-besmette patiënt verzocht deze laatste vergeefs een aidstest te ondergaan; het Hof had diens verzet gegrond in onder meer art. 10 & 11 Gw. afgewezen welke daarmee gepaard gaande achterliggende afweging van belangen (geringe inbreuk op grondrecht versus het belang zekerheid te verkrijgen omtrent besmetting en daarmee tevens omtrent de noodzaak de inname van profylactische medicatie met ernstige bijwerkingen te continueren) naar oordeel van de HR geen blijk gaf van onjuiste rechtsopvatting

topische, in die zin dat de focus in principe ligt op het terrein van vermogens- en familierecht, en een geografische. De geografische bestaat erin dat de nadruk ligt op centrum West-Europa en dan nog in onderscheiden gradaties.⁷

Ten slotte rest nog een bemerking aangaande de vaagheid inherent aan het begrip horizontale werking voorbij de opmerkingen in hoofdstuk 2 uiteengezet, met name één ingegeven door het systeemdenken dat zich hierachter verschuilt. Onzeker is namelijk de kwalificatie wanneer een rechter in een private relatie verzocht wordt verordenende maatregelen te nemen (zoals een straat- of publicatieverbod). Uiteraard zijn deze instanties als Staatsorgaan rechtstreeks door grondrechten gebonden zodat, naar Van der Pot en Donner stellen, het vraagstuk van horizontale werking in feite niet aan de orde komt;⁸ anderzijds kan evenzeer worden beweerd, zoals Hartkamp doet, dat het private karakter van de verhouding waarin de verzochte maatregel dient te opereren, behoort te prevaleren, het oordeel omtrent toekenning *in se* immers berustende op een afhandeling van tussen procespartijen conflicterende grondrechten.⁹ Voor beide visies valt iets te zeggen, maar uit praktisch oogpunt is onvermijdelijk dergelijke uitspraken op te nemen. Veelal zijn in praktijk namelijk de verticale en horizontale component dusdanig verstrengeld dat werking in deze en daaruit voortvloeiende gevallen uitsluitend aan één dezer dimensies toeschrijven niet meer opportuun is, een gegeven dat *infra* moge blijken.

noch het oordeel in motivatie tekort schoot (in detail heet het in de centrale overweging van het Hof m.b.t. de grondrechtsgelding dat het 'aan art. 10 en 11 Gr.w. ontleende grondrecht op privacy en de onaantastbaarheid van zijn lichaam zijn grenzen vindt in de bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. Tussen burgers onderling kan een zodanige beperking in beginsel worden gegrond op art. 6:162 BW, zulks mede aan de hand van de in dat artikel besloten liggende normen die krachtens hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht genomen moeten worden. Wanneer, zoals in het onderhavige geval, tussen deze burgers een overeenkomst is gesloten die in relevant verband staat met de reden die aan het verzoek tot medewerking ten grondslag ligt, kan een dergelijke beperking reeds voortvloeien uit de inhoud van de overeenkomst. De inhoud wordt mede vastgesteld met behulp van hetgeen naar de aard van de overeenkomst uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeit').

7 In bijzonder Nederland en de buurlanden. Duitsland gaat in deze evenwel met proportioneel minder aandacht lopen dan het toekomt. Reden hiertoe is enerzijds dat deze rechtspraak in Duitsland wegens een onderwijl als bijna dwangmatig ervaren referentieneiging dergelijke overdaad vertoont dat het kaf het koren schijnt te overtreffen en anderzijds dat terzake geen werkelijk onderzoek meer nodig is, in de Duitse doctrine zijn immers voldoende overzichten voorhanden (voor een analytisch overzicht van de *Drittwirkung*-rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht zie o.a. Schwabe 1975, Krause 1984 en in het bijzonder Classen 1997). Verder komen de zuiderse contreien in ondergeschikte orde aan bod wijl landen als Oostenrijk of Zwitserland in de regel tot voetnoten worden verbannen (voor een overzicht van derdenwerkingrechtspraak aldaar zie Hinteregger 1999, p. 744-752 respectievelijk Zäch 1989, p. 2-7; secundair Bucher 1987a, p. 44-44 (en meer recent doch uiterst beknopt Tschannen 2007, p. 127 & 129)). Het onevenwicht vloeit simpelweg voort uit de onevenredige toegankelijkheid van het bronnenmateriaal.

8 Van der Pot & Donner 1995, p. 223.

9 Hartkamp 2000b, p. 119. In dergelijke zin tevens Verhey 2009, p. 531.

4.1 ONRECHTMATIGE DAAD

De meest aanzienlijke verzameling horizontaal effect rechtspraak betreft (beweerd) onrechtmatige perspublicaties en aanverwante gedingen waarbij vertrouwelijke gegevens (eventueel foto's), kritische allegaties of schofferende uitlatingen (eventueel door associatie) m.b.t. personen of groepen publiek gemaakt (dreigen te) worden.¹⁰ Traditioneel gaat het hierbij om een collisie

- 10 Niet enkel dient daarbij gedacht te worden aan traditionele onderzoeksjournalistiek of roddelpers ten aanzien van bekende personen, maar bijvoorbeeld ook publicatie van foto's van verkeers- of terreurslachtoffers, het recht op vergetelheid van lang voorheen veroordeelde misdadigers, verwantschapsbanden (o.a. als kind) met ter processe staande personen *etc.*

België: Rb. Luik 12 september 2001, *A&M* 2002, 193; Rb. Brussel 20 september 2001, *A&M* 2002, 77; Rb. Brussel 26 oktober 2001, *A&M* 2002, 88; Rb. Nijvel 12 maart 2002, *A&M* 2003, 77; Hof Gent 28 maart 2002, *A&M* 2003, 129; Rb. Brussel 13 september 2002, *A&M* 2003, 132; Rb. Brussel 10 januari 2003, *A&M* 2003, 404; Rb. Brussel 25 maart 2003, *A&M* 2004, 73; Rb. Gent (kg.) 30 april 2003, *A&M* 2004, 74; Rb. Antwerpen 9 mei 2003, *A&M* 2003, 400; Rb. Brussel 12 januari 2004, *A&M* 2004, 379; Rb. Luik 14 januari 2004, *A&M* 2005, 91; Rb. Antwerpen (kg.) 9 maart 2004, *A&M* 2005, 168; Rb. Brussel 27 april 2004, *A&M* 2005, 80; Hof Antwerpen 30 april 2004, *R.W.* 2004-05, 630; Hof Antwerpen 21 juni 2004, *A&M* 2005, 76; Hof Gent 6 juni 2005, *A&M* 2005, 444; Rb. Antwerpen 23 juni 2005, *A&M* 2005, 455; Hof Antwerpen 11 oktober 2005, *A&M* 2006, 201 (zie tevens Lemmens 2006, 149 *et seq.* waar beargumenteerd wordt dat het arrest op gespannen voet staat met de Europese en Belgische rechtspraak inzake vrijheid van meningsuiting); Rb. Antwerpen 9 januari 2006, *A&M* 2006, 97; Rb. Brussel 20 januari 2006, *A&M* 2006, 208; Rb. Brussel 7 februari 2006, *A&M* 2006, 372; Rb. Brussel 15 september 2006, *A&M* 2006, 498; Hof Luik 7 december 2006, *A&M* 2007, 280. Zie tevens voetnoot 13.

Duitsland: Jurisprudentie is overvloedig, zie o.a. BGH 29 juni 1999, *NJW* 1999, 2893; BVerfG 15 december 1999 (Caroline van Monaco), *NJW* 2000, 1021; BVerfG 4 april 2000, *NJW* 2000, 2189.

Engeland: *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22; *Cream Holdings Ltd v Banerjee* [2003] EWCA Civ 103; *Douglas v Hello! Ltd*. (nr. 6) alias *Douglas v Hello! Ltd (Trial Action: Breach of Confidence)* (No. 3), [2003] EWHC 786 (Ch); *Lady Archer v Williams* [2003] EWHC 1670 (QBD); *Jameel v Wall Street Journal Europe SPRL* (No. 2) [2003] EWHC 2945, (QBD); *Coys Ltd v Autocherish Ltd* [2004] EWHC 1334 (QBD); *Blake v Associated Newspapers Ltd (Application for Stay)* [2003] EWHC 1960; *Powell v Boladz* [2003] EWHC 2160 (QBD); *Pedder v News Group Newspapers Ltd* (No. 2) [2003] EWHC 2442 (QBD); *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] UKHL 22; *Cream Holdings Ltd v Banerjee* [2004] UKHL 44; *S (A Child) (Identification: Restrictions on Publication)* [2004] UKHL 47; *Greene v Associated Newspapers Ltd* [2004] EWCA Civ 1462; *Jameel v Dow Jones & Co Inc* [2005] EWCA Civ 75; *Jameel v Wall Street Journal Europe SPRL* (No. 3) [2005] EWCA Civ 74; *Turcu v News Group Newspapers Ltd* [2005] EWHC 799 (QBD); *Douglas v Hello! Ltd*. (nr. 6) alias *Douglas v Hello! Ltd (Trial Action: Breach of Confidence)* (No. 3), [2005] EWCA Civ 595; *Green Corns Ltd v Claverley Group Ltd* [2005] EWHC 958 (QBD); *E v Channel Four Television Corp* [2005] EWHC 1144 (Fam Div); *A v B* [2005] EWHC 1651 (QBD); *W (Children) (Identification: Restrictions on Publication)* [2005] EWHC 1564 (Fam Div); *BBC v Rochdale MBC* [2005] EWHC 2862 (Fam Div); *Galloway v Telegraph Group Ltd* [2006] EWCA Civ 17; *Mahmood v Galloway* [2006] EWHC 1286 (QBD); *John v Associated Newspapers Ltd* [2006] EWHC 1611 (QBD); *McKennitt v Ash* [2006] EWCA Civ 1714; *HRH Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd* [2006] EWCA Civ 1176. Zie tevens *R. (on the application of ProLife Alliance) v BBC* [2003] UKHL 23 (Weigering BBC tot uitzending verkiezingsspotje wegens offensief naartoe het grote publiek terecht bevonden; zie o.a. Geddis 2003, p. 885-893); *Mersey*

tussen het recht op vrijheid van meningsuiting versus het recht op privacy, hoewel soms ook andere grondrechten (o.a. religie)¹¹ in stelling worden gebracht.

Opgemerkt moet echter worden dat, zoals reedsesignaleerd, in bepaalde van deze uitspraken, met name wanneer de eis (in de regel in kort geding)

Care NHS Trust v Ackroyd (No. 1) [2003] EWCA Civ 663 & *Mersey Care NHS Trust v Ackroyd* (No. 2) [2006] EWHC 107 (QBD) (journalistiek brongehheim).

Frankrijk: Cass. 31 januari 1989, *Bull.civ.* 1989, I.47; Cass. 23 oktober 1990, *Bull. civ.* 1990, I, nr. 222, p. 158.; Cass. 14 december 1999 (*Mitterrand*), *D.* 2000, Jur. 372; Cass. 20 december 2000, *D.* 2001, Chr. 872; Cass. 20 februari 2001, *D.* 2001, Jur. 1199; Cass. 12 juli 2001, *D.* 2002, Jur. 1380; Cass. 23 april 2003, *D.* 2003, Comm., 1854; Cass. 9 juli 2003, *D.* 2004, 1634; Cass. 20 november 2003, *Bull.civ.* 2003, II.354; Cass. 11 december 2003, *D.* 2004, Jur. Comm. 2596; Cass. 30 juni 2004, *JCP* 2004, II.10160; Cass. 4 november 2004, *JCP* 2004, II.10186; TGI Parijs 9 december 2002, *D.* 2003, Comm., 1715 (recht op vergetelheid; zie Caron 2003, p. 1716-1718). Italië: Cass. 9 juni 1998 (nr. 5658), *Foro It.* 1998, I, 2387; Cass. 25 maart 2003 (nr. 4366), *Danno e resp.* 2003, 978; Trib. Milaan 13 april 2000, *Foro It.* 2000, I, 3004.

Nederland: Arr.-Rb. 's-Gravenhage 22 oktober 1969, *NJ* 1971, 51; HR 24 juni 1983 (Gemeenteraadslid), *NJ* 1984, 801; HR 5 juni 1987 (Goeree I), *NJ* 1988, 702; HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 (door doctrine als derdenwerkingslitigatie beschouwd, hoewel expliciete verwijzing naar grondrechten enkel in conclusie A-G te vinden is); HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361; HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1000; HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 289; Hof Amsterdam 4 november 1993, *NJ* 1996, 7; HR 21 januari 1994 (Ferdie E), *NJ* 1994, 473; HR 6 januari 1995 (V.G. / Parool), *NJ* 1995, 422; HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 661; HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361; Hof 's-Hertogenbosch 15 september 1997, *NJ* 1998, 321; Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 1998, *NJ* 2000, 369; Rb. Leeuwarden 20 maart 2000, *LJN*: AA5178; Hof Amsterdam 27 april 2000, *NJ* 2002, 484; Rb. Amsterdam 27 maart 2002, *LJN*: AE0806; Rb. 's-Gravenhage 16 april 2002, *KG* 2002, 152; V.zr. Rb. Amsterdam 21 november 2002, *Mediaforum* 2003, 7; Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2002, *NJ* 2003, 612; Rb. Amsterdam 13 oktober 2003, *Mediaforum* 2004, 2; V.zr. Rb. Amsterdam 22 november 2002 (*KG* 02/2683), *Mediaforum* 2003, 10; V.zr. Rb. Amsterdam 22 november 2002 (*KG* 02/2711), *Mediaforum* 2003, 11; Hof Amsterdam 15 mei 2003, *LJN*: AF8913; Rb. Middelburg 21 januari 2004, *LJN*: AO2756; V.zr. Rb. Amsterdam 19 februari 2004, *LJN*: AO4144; Rb. Amsterdam 27 januari 2005, *LJN*: AS4629; Rb. Amsterdam 2 februari 2005, *LJN*: AS4748 (hoewel welbeschouwd de Staat een der litiganten is); V.zr. Rb. Amsterdam 5 april 2005, *LJN*: AT3177; V.zr. Rb. Amelo 9 maart 2005, *LJN*: AT3181; Rb. Amsterdam 24 augustus 2005, *LJN*: AU2368; V.zr. Rb. Utrecht 6 oktober 2005, *LJN*: AU3841; Rb. Amsterdam 22 december 2006, *Mediaforum* 2007, nr. 7; Rb. Amsterdam 24 januari 2007, *LJN*: AZ7825; Rb. Amsterdam 13 september 2007, *LJN*: BB3558; Rb. Amsterdam 18 oktober 2007, *LJN*: BB6245; Rb. Amsterdam 24 januari 2008, *LJN*: BC2659; Rb. Amsterdam 21 februari 2008, *LJN*: BC4882; Rb. Amsterdam 15 mei 2008, *LJN*: BD1695; V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 11 juli 2008, *LJN*: BD6945; Rb. Amsterdam 7 augustus 2008, *LJN*: BD9704; Rb. Amsterdam 7 augustus 2008, *LJN*: BD9783; V.zr. Hof 's-Gravenhage 16 september 2008, *LJN*: BG2717.

Polen: zie verwijzingen in hoofdstuk 2, voetnoot 223.

Portugal: STJ 24 mei 1989 (nr. 077193); STJ 15 januari 2002 (nr. 02B2751); STJ 18 maart 2002 (nr. 02B3553); STJ 2 maart 2004 (nr. 04A043) (slechts uiterst ondergeschikte referentie aan nationale en internationale grondrechten).

Spanje: T.C. 17 juli 1986 (nr. 104/1986), *BOE* 13 augustus 1986 (nr. 193), supp., p. 2; T.C. 12 december 1986 (nr. 159/1986), *BOE* 31 december 1986 (nr. 313), supp., p. 17 (zie § 6.2.3); T.S. 28 oktober 1986 (*Paquirri*), *RJ* 1986, 6015.

Zwitserland: vgl. Favre 1973, p. 192; zie Zäch 1989, p. 3-4 en referenties aldaar.

11 Een uitstekend en bekend voorbeeld in deze zijn de Nederlandse *Goeree*-litigaties (zie terzake o.a. Vermeulen 1989, p. 258 *et seq.*).

strekt tot een publicatie-, uitzend- of opvoerverbod, een sterke verticale component verscholen zit. In deze gevallen gaat het immers niet slechts om een zuivere afweging van de fundamentele rechten van beide procespartijen, maar komt ook de censuurbevoegdheid van de rechter noodgedwongen aan de orde; het strijdpunt zijnde niet een eventuele compensatie *a posteriori* maar een preventieve inperking van de vrijheid van meningsuiting zelf. Frequent levert dit rechtspraak op waarin de verticale en horizontale dimensie dermate vervlochten zijn dat het onmogelijk wordt onderscheiden sferen af te grenzen. Kortom, het horizontale karakter wordt hier een kwestie van perceptie. Overigens varieert deze tendens naar rechtsstelsel. Een manifeste presentie kent ze in de Belgische rechtspraak, wat in hoofdzaak valt te verklaren door de bepaling van art. 25 Grondwet waarin gesteld wordt 'De drukpers [¹²] is vrij: de censuur kan nooit worden ingevoerd'.¹³ Uiteraard kennen ook andere Europese Constituties een vergelijkbare bepaling,¹⁴ maar binnen het Belgische grondwetstelsel is deze bijzonder diep geworteld en zelfs vervlochten met het ontstaan van de Natie zelf; de Belgische secessie vond haar genese onder meer in onvrede met het weinig liberale persbeleid dat Willem I voorstond

-
- 12 Het gebruik van de term 'drukkers' maakt de toepassing van deze bepaling in relatie tot overige media zowel binnen de rechtspraak (Pro o.a. Rb. Brussel (kg.) 18 oktober 2001, *A&M* 2002, 82; Rb. Brussel 2 juni 2003 (kg.), *J.L.M.B.* 2004, 18. Contra o.a. Rb. Brussel (kg.) 30 juni 1997, *A&M* 1998, 264; Rb. Brussel (kg.) 15 november 2001, *A&M* 2002, 187; Hof Brussel 21 december 2001, *A&M* 2002, 180; Hof Brussel 13 december 2002, *NJWbl.* 2003, 1158) als de doctrine (Pro o.a. Englebert & Frydman 2002, p. 490-493 *et seq.*; Lemmens 2005, p. 50-51 *et seq.* (*de lege ferenda*); Uyttendaele 2002, p. 34-44 en in het bijzonder p. 40 & 44 (*de lege ferenda*). Contra Hanotiau 1993, p. 42; Hanotiau 1997, p. 206; Hanotiau & Kadaner 1993, p. 166 *et seq.*; Jadot 1987, p. 46) overstreden (zie tevens Uyttendaele 2002, p. 34-44 en de talrijke referenties aldaar; De Leval 1995, p. 104; Lemmens 2003, p. 384 *et seq.*; Jongen 2000, p. 1593; Tulkens & Verdussen 1987, p. 55; Velaers 1991, p. 69).
- 13 Zie o.a. het mijlpaalarrest Cass. 29 juni 2000, *A&M* 2000, 443 waarin geoordeeld werd dat een verder verspreidingsverbod aangaande een publicatie die reeds een ruime verspreiding heeft ondergaan niet te beschouwen valt als een overeenkomstig art. 25 Constitutie verboden censuurmaatregel (zie m.b.t. dit arrest onder meer Brewaeys 2000, p. 448-450; Englebert & Frydman 2002, p. 485 *et seq.*; Jongen 2000, p. 1592-1595; Tulkens & Strowel 2000, p. 28-31; Van Garsse 2001, p. 565-567; Voorhoof 2001a, p. 25-35) en verder Hof Antwerpen 4 november 1999, *R.W.* 2000-01, 1457; Rb. Brussel (kg.) 24 oktober 2001, *A&M* 2002, 177; Hof Brussel (kg.) 21 december 2001, *A&M* 2002, 180; Rb. Brussel (kg.) 4 juni 2003, *A&M* 2003, 308; Rb. Brussel 12 december 2003, *A&M* 2004, 193; Rb. Brussel 30 april 2005, *A&M* 2005, 327. Zie tevens Voorz. Rb. Brussel (kg.) 18 oktober 2001, *A&M* 2002, 82; Voorz. Rb. Dendermonde 27 november 2001, *A&M* 2002, 87; Hof Antwerpen 7 april 2003, *A&M* 2004, 65; Hof Antwerpen 12 januari 2005, *A&M* 2005, 259; Cass. 2 juni 2006, *A&M* 2006, 355; Verdoodt 2002, 83-86; Voorhoof 1997b p. 133-134; Voorhoof 2003a, p. 71-95.
- 14 Zie o.a. art. 5 § 1 Duitse Constitutie ('Eine Zensur findet nicht statt'); art. 21 Italiaanse Constitutie ('La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure'); art. 37 § 2 Portugese Constitutie ('O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura'); art. 20.2 Spaanse Constitutie ('El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa'); art. 17.2 Zwitserse Constitutie ('Zensur ist verboten') *etc.*

en in het bijzonder de oppressieve rechtspraak¹⁵ die hieruit voortvloeide;¹⁶ art. 25 was hierop het constitutionele antwoord.¹⁷ Daarenboven was het Nationaal Congres van 1831 ook niet blind voor de gevolgen die deze keuze binnen privaatrechtelijke relaties hebben kon, maar heerste de opinie alsdat 'mieux vaut l'abus inévitable de cette liberté que la moindre restriction apportée à celle-ci'¹⁸ en bijgevolg werd geweigerd een bepaling in te schrijven tot bescherming der privacy van anderen.¹⁹ Actueel is deze historische achtergrond uiteraard in de vergetelheid vervallen,²⁰ maar de letter en de eertijdse radicaliteit, overgedragen in opeenvolgende generaties rechtspraak en -leer, blijven.²¹ Dit mag een terloopse opmerking lijken, doch dat is het voorzeker niet. De huidige articulatie van deze bepaling heeft immers verstrekkende gevolgen voor *Drittwirkung* litigaties. Volgens de nog steeds heersende leer impliceren

-
- 15 *In theorie* bestond geen censuur. Art. 227 Constitutie 1815 stelde vrijheid van drukpers voorop 'zonder eenig voorafgaand verlof daartoe te hebben, blijvende nogtans, elk voor hetgeen hij schrijft, drukt uitgeeft of verspreidt, verantwoordelijk aan de maatschappij of bijzondere personen, voorzover deze regten mogten zijn beledigd'. Een dergelijk effect werd echter wel *de facto* bewerkstelligd door de van staatswege *a posteriori* aangespannen procedures tegen de zuidelijke pers (voor een korte kroniek zie Schuermans 1861, p. 36-43). Zie terzake meer *in globo* o.a. Velaers 1991, p. 101-105; Velaers 2003a, p. 13.
 - 16 Zie o.a. R. Falter, 1830, *De scheiding van Nederland, België en Luxemburg*, Tielt: Lannoo 2005, p. 32; J. Janssens, *De Helden van 1830. Feiten en mythes*, Amsterdam/ Antwerpen: Meulenhoff/ Manteau 2005, p. 20-23; Y. Schmitz, *Guillaume I^{er} et la Belgique*, Parijs/ Brussel: Plon/ Goemaere 1945, p. 275, 286; A.J.A. Smits, *De Scheuring van het Verenigd Koninkrijk en de Houding van het Vlaamse Land in 1830* (diss. Utrecht), Brugge: Wiek Op 1950, p. 46-48, 57-60, 99-102; Van der Hoeven, *De Belgische Beroerte. De Tiendaagse Veldtocht en de scheuring der Nederlanden 1830-39*, Amsterdam: Wetenschappelijke Uitgeverij 1973, p. 29-31. Cf. tevens A-G Van Dorst, conclusie onder HR (Strafkamer) 27 juni 1995, NJ 1995, 711, nr. 6.
 - 17 Zie o.a. Lemmens 2005, p. 12; Schuermans 1861, p. 31 *et seq.* & p. 53 *et seq.* Overigens staat art. 25 hierin niet alleen. Ook art. 19, waarin gesteld wordt dat de 'vrijheid op elk gebied zijn mening te uiten, [is] gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheid worden gepleegd' berust op deze grondslag.
 - 18 Schuermans 1861, p. 64.
 - 19 Englebert & Frydman 2002, p. 491; Hoebeke & Mouffe 2005, p. 611. Voor het debat zelf zie Huyttens 1844, p. 650-658 met specifieke verwijzingen naar het recht op privé-leven te p. 651 & 654.
 - 20 Hoewel daarvan overigens ook in contemporaine rechtspraak nog steeds een zweem blijft hangen. Zo heet het in Rb. Veurne 18 februari 2000, R.W. 2000-01, 1463 *per* rechter Daenen: 'Bij het totstandkomen van het Belgisch Koninkrijk heeft het Voorlopig Bewind afgerekend met de periode van onvrijheid op het vlak van meningsuiting, gedurende het Hollands Bewind' (*ad* p. 1464) en 'De eerste Besluiten van het Voorlopig Bewind getuigen van een revolutionair enthousiasme, na het geestelijk despotisme van Koning Willem I' (*ad* p. 1465). De welsprekende rechter Daenen doelt hiermee overigens niet zozeer op art. 25 Constitutie zelf, maar wel op een decreet van 16 oktober 1830 middels hetwelk elke wet opgeheven wordt 'qui gêne la libre manifestation des opinions et la propagation des doctrines'. Resultaat is een sterk op (de primauteit van de) vrijheid van meningsuiting toegespitste uitspraak.
 - 21 Overigens wordt terzake nog steeds een historische interpretatietechniek gehanteerd (zie o.a. De Prins 2001, p. 1446-1447).

de onmiskenbare bewoordingen van art. 25 dat de rechter (zetelend in kort-geding) zich nimmer behoort over te geven aan een afweging van belangen, hoe rechtmatig en manifest de belangen van de gedingvoerder ook zijn.²² De rechter vermag eenvoudigweg niet preventief optreden.²³ Een oudmodieuze opvatting, zo zou kunnen gesteld worden, één die halsstarrig vasthoudt aan een hopeloos vervlogen 19^e eeuwse maatschappijbeeld waarin de pers zich niet 'zozeer' bekommerde om ravissante details uit het privéleven van bepaalde personen maar zich zelfs onderdrukt zag in het nastreven van lovenswaardige doelstellingen als maatschappelijke vernieuwing of het aanklagen van mistoestanden; één onvertrouwd met moderne massamedia waar een gerucht van heden reeds het wereldnieuws van morgen zijn kan. Kortom, een geval waarin de derdenwerkingstheorie (of zelfs maar enige invloed van de moderne mensen-rechtenconceptie) een welgekomen verfrissing zou bieden; een waarin, op basis van de fundamentele rechten van de tegenpartij, erkend zou worden dat het onmogelijk is om door vrijblijvende aantijgingen aan reputatie veroorzaakte schade *a posteriori* te herstellen.²⁴ De beslissende invloed om deze systematiek naartoe dergelijke, meer moderne *balancing of interests* open te breken, zou dan behoren te komen vanuit het EVRM, de grondwet zelf zijnde al te verstand. Opvallend is echter dat, binnen een meerderheid van de doctrine, de primauteit van vrijheid van meningsuiting juist, met *extra* gezag, verkondigd wordt op basis van het EVRM. Immers, zo wordt gesteld, verhindert dit Verdrag dat aan het Belgische censuurverbod wordt geraakt: waar de wetten van een verdragssluitende partij een betere bescherming proclameren kan het EVRM hieraan geen afbreuk doen (art. 53).²⁵ Dat deze bescherming enkel kan worden verwezenlijkt *ten koste* van het evenzeer door het EVRM²⁶ als overigens de Belgische Grondwet²⁷ gegarandeerde recht op privacy, eer en goede naam lijkt hierbij sommige auteurs aan de aandacht te ontsnappen.²⁸ Anderen die art. 8 EVRM nog wel relevant voor het vraagstuk achten, zien hierin dan weer geen dwingende kracht, o.a. op basis dat Straatsburg enerzijds de Staten tot inrichting van het recht op privéleven een ruime appreciatiebevoegdheid laat en

22 Brewaeys & Voorhoof 1991, p. 216-220; De Bock 2004, p. 77; Englebert & Frydman 2002, p. 497; De Meyer 1979, kol. 2827; De Prins 2001, p. 1446 *et seq.*; Hanotiau 1997, p. 207 *et seq.*; Velaers 1996, p. 86 *et seq.*; Voorhoof & Baert 1984, kol. 1992 *et seq.* Contra Begasse de Dhaem 1992, p. 1157; De Leval 1995, p. 105-108; Jongen 2000, p. 1594; Velu 1992, 1770 *et seq.*

23 Merk overigens op dat het Hof van Cassatie een mildere interpretatie voorstaat (zie voetnoot 13).

24 Vgl. Van Garsse 2001, p. 567 (instemmend zonder derdenwerkingconnotatie).

25 De Bock 2004, p. 77; De Prins 2001, p. 1447-1448; Hoebeke & Mouffe 2005, p. 617; Lemmens 2005, p. 22; Velaers 2003a, p. 24-25 (genuanceerd).

26 Althans in die mate dat, hoewel de Conventie zelf het recht op 'eer en goede naam' niet uitdrukkelijk erkent het wel onder de beschermingsradius valt die het EHRM aan art. 8 EVRM toekent (zie o.a. De Prins 2001, p. 1445, voetnoot 3).

27 Art. 22 (privé-leven).

28 Zo o.a. De Bock 2004, p. 77.

anderzijds zelf terughoudend is ten aanzien van preventieve maatregelen.²⁹ In deze laatste argumenten schuilt zeker een kern van waarheid, maar tegelijk wordt hiermee de suggestie gewekt dat het Belgische systeem ook het meest optimale evenwicht vooropstelt, hierbij geruggensteund, zelfs bijna *dwingend verordend*, door het EVRM, *quod non*.³⁰ Overigens zijn niet alle auteurs dermate genuanceerd. Zo heet het bij Englebert & Frydman dat het toestaan aan de rechter in kortgeding om over te gaan tot een afweging van belangen niet enkel een inbreuk uitmaakt op art. 25 Grondwet en de rechtspraak van het EHRM, maar zelfs dat dit onverenigbaar is met 'le fonctionnement normal d'une démocratie adulte',³¹ een regelrechte belediging voor rechtsstelsels zoals het Nederlandse³² of Franse³³ waar dit wel mogelijk is. Nochtans slaagt deze

29 De Prins 2001, p. 1448 (wegens het feit dat het EHRM de Staten in beginsel de vrijheid laat te bepalen op welke wijze ze de privacybescherming vorm geven en de stelling dat het 'onwaarschijnlijk is dat preventieve maatregelen effectiever zijn dan het bestaande stelsel van rechtsherstel'. Voornamelijk dit laatste argument stoort als een overhaaste generalisatie ('*secundum quid*'). Inderdaad is het zo dat in sommige gevallen preventieve maatregelen niet effectief zijn, of zelfs contraproductief kunnen werken, maar daarmee is niet uitgesloten dat in overige individuele gevallen dergelijke maatregelen wel behoorlijk effect sorteren. Immers valt niet te ontkennen dat zgn. rechtsherstel compensatie verschaft eerder dan werkelijk 'herstel' te bewerkstelligen); Hoebeke & Mouffe 2005, p. 617 (Daar het EVRM op zich niet machtigt tot preventieve maatregelen (noch hiervan bijgevolg de modaliteiten omschrijft) kan men niet volstaan zich te beroepen op o.a. art. 8 om een censuurmaatregel te legitimeren waarin deze bepaling niet voorziet en dewelke de Grondwet uitdrukkelijk verbiedt); Schaus 1996, p. 1162-1163 (Uitgaande van de premisse dat het strijdig is met de Conventie om in te grijpen tot bescherming van de rechten van anderen wanneer deze ingrepen niet voorzien zijn bij wet wordt vervolgd dat het recht op privé-leven als voorgeschreven in art. 8 slechts een 'verplichting tot handelen' oplegt aan de Staat, en meer bepaald aan de wetgever, maar binnen de rechtspraak niet toegelaten kan worden als rechtsbron waaraan particulieren een aanspraak op preventieve maatregelen (of de rechterlijke macht een bevoegdheid tot preventief optreden) kunnen ontlennen. Zonder ons in te laten met de conclusie *in se* dient aangestipt te worden dat de gehanteerde logica onzuiver van aard is; weliswaar dient een ingreep in art. 10 voorzien te zijn bij wet, maar onjuist is de suggestie dat een autonoom opererend art. 8 niet aan deze omschrijving zou voldoen, daarenboven wordt algemeen aanvaard dat EVRM-rechten ook de rechter binden. Of particulieren hieraan *dwingend* een aanspraak tot preventieve maatregelen kunnen ontlennen, is echter een vraagstelling van een andere orde); Velaers 2003a, p. 25 (De terughoudendheid van het EHRM om een preventieve maatregel als een verantwoorde beperking van meningsuiting te beschouwen maakt het onwaarschijnlijk dat dergelijke maatregel anderzijds een verplicht karakter zou dragen bij de bescherming van het recht op privé-leven; slechts wanneer deze maatregel de enige efficiënte zijn zou, een hypothese die met de nodige scepsis dient onthaald te worden ('precies de efficiëntie van een dergelijk verbod laat veelal veel te wensen over'), komt het Grondwettelijk verbod eventueel in gedrang (zie tevens Velaers 1996, p. 95-96)).

30 Vgl. o.a. Hof Antwerpen (kg.) 4 november 1999, *Mediaforum* 2000, p. 23 ad 24: 'Dat deze voorlopige maatregelen geenszins het karakter hebben van een verboden censuur naar artikel 25 G.W. nu de regels van art. 8 en 10. 2 van het E.V.R.M. rechtstreekse werking hebben en primauteit op de interne rechtsregels'.

31 Englebert & Frydman 2002, p. 497.

32 Schuijt 2003, in bijzonder p. 140 & 154.

doctrine (die zich sinds 2004 uitdrukkelijk geruggesteund weet door het Belgische Grondwettelijk Hof)³⁴ er niet in de rechtspraak te overheersen, alwaar werkelijk alle mogelijke opvattingen worden ingenomen.³⁵ Frequent wordt dan ook tot preventieve ingrepen overgegaan, wat uiteraard op misprijzen van de doctrine stuit. Zo bijvoorbeeld verordende de rechtbank van Brussel om de naam van een jongen uit een TV-rapportage te schrappen en hem onherkenbaar te maken.³⁶ Het kind was onderwerp van een twiststrijd aangaande contactrecht tussen ouders en grootouders, en de laatsten hadden, in een poging de zaak te forceren, mediabelangstelling aangezocht. Daaronder was voorheen reeds een radio-interview inbegrepen, sinds hetwelk de ouders naar eigen zeggen met de vinger werden gewezen en hen wat betreft de televisierapportage deed vrezen voor ostracisme ten aanzien van hun zoon vanwege diens leeftijdsgenoten. Vanuit dit perspectief beschouwd stelde de rechter, oordelende dat niet enkel de vrijheid van meningsuiting gelden moest maar ook het recht van kinderen op volstrekte privacy diende te worden geëerbiedigd, slechts enkele minimale en volstrekt proportionele maatregelen. Naar oordeel van de annotator betrof het evenwel een onverantwoorde uitspraak wegens strijdigheid met de vrijheid van meningsuiting van EVRM en Grondwet, evenals het censuurverbod van art. 25.³⁷

Dit, en daarmee wordt bedoeld op het gehele amalgaam van Belgische rechtspraak en doctrine, is slechts een van de talrijke illustraties waaruit blijkt,

33 Derieux 2003, p. 170-172. Zie in het bijzonder art. 9 Code Civil: 'Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé' (wat deze bevoegdheid van de kortgedingrechter betreft zie verder o.a. Levy 1993, p. 158-162, 165 *et seq.*).

34 Arbitragehof 6 oktober 2004, nr. 157/2004, ro. B 75 ('Bij toepassing van [...] zal de rechter rekening dienen te houden met het bij artikelen 19 en 25 van de Grondwet gewaarborgde verbod van preventieve maatregelen in het algemeen en het verbod van censuur in het bijzonder, wat impliceert dat het rechterlijke optreden slechts mogelijk is wanneer er een verspreiding is geweest'). Geheel verrassend is deze stellingname niet, onder meer aangezien het Arbitragehof ook voorheen (zelfs in de periode vóór de bijzondere wet van 9 maart 2003 toen zij nog niet tot (rechtsreeks) toetsing aan art. 19 en 25 Gw. bevoegd was) het verbod op preventieve maatregelen t.a.v. meningsuitingen onderlijnd heeft (zie o.a. Arbitragehof 12 juli 1996, nr. 45/1996, ro. B 7.14; Arbitragehof 21 maart 2000, nr. 31/2000, ro. B 2.9; Arbitragehof 21 januari 2004, nr. 9/2004, ro. B 10; Velaers 2005, p. 308-309; zie meer recent o.a. Grondwettelijk Hof 11 maart 2009, nr. 40/2009, ro. B 50, B 54). Wel wordt met dergelijke frase zo goed als volkomen de deur gesloten voor de traditionele maatregelen in kortgeding: van zodra de verspreiding dermate is geweest dat niet meer van verboden censuur kan worden gewaagd, zal immers zelden t.a.v. de verzochte maatregel nog van de voor kortgeding geleverde spoedeisendheid kunnen worden gesproken (in dergelijke zin voorheen reeds Voorhoof 2004, p. 13; evenzeer de vraag opwerpende Velaers 2004, p. 614).

35 Zie o.a. Lemmens 2005, p. 52 *et seq.*; Brewaeys & Voorhoof 1991, p. 197-214; Voorhoof 1996a, p. 136-137; Voorhoof 1996b, p. 168-171; Voorhoof 2003b, p. 63-74.

36 Rb. Brussel 16 juni 1993, R.W. 1993- 94, 619.

37 Ceuleers 1994, p. 620 *jo.* 621.

niet enkel hoezeer het historische met het actuele is verbonden, of het verticale met het horizontale kader verstrengeld, maar ook hoe met grondrechten kan worden gegoocheld en werkelijk elke wenselijke positie kan worden verdedigd als niet enkel toelaatbaar maar zelfs geautoriseerd door deze hogere normen. Immers, zelfs binnen de Belgische microkosmos is nog geen handvol grondrechten (zo nodig volstaat enkel art. 10 lid 2 EVRM)³⁸ vereist om compleet tegenstrijdige visies en uitspraken te bekomen, allen daarbij overtuigd van hun *sacrosancte* waarheid. In confrontatie met bestaand, even ambivalent comparatief materiaal bekomt het perspectief zelfs caleidoscopisch zonder meer.

Overigens, om terug tot *des Pudels Kern* te komen, blijft ook met deze censoriale rechtspraak uit de catalogus gefilterd de verzameling niettemin imposant. Het past om bij deze overdaad even stil te blijven staan. Verwondert deze overvloed immers niet? Het zou weinig cynicus vergen te stellen dat de voorheen zuiver privaatrechtelijk rechtspraak slechts een abominabel niveau bereikte, al deze contemporaine referenties aan fundamentele rechten in oogschouw nemende. Waartoe zouden grondrechten immers aangeroepen dienden te worden als de hierachter schuilende waarden voorheen reeds in acht werden genomen?

Dit is een kritische, doch gerechtvaardigde opmerking. De vraag is immers of deze horizontaal effect rechtspraak zich ook uit substantieel oogmerk onderscheidt van haar minder hoogdravende zuiver civielrechtelijke preceden-ten. In sommige gevallen heeft de grondrechtenretoriek in het verleden inderdaad een gewijzigde perceptie op het vraagstuk begeleid. Zo bijvoorbeeld hebben grondrechten een rol gespeeld terzake de ontwikkeling van het concept privacy in Duitsland³⁹ evenals in Italië.⁴⁰ Of hierbij sprake is van oorzaak,

38 Zo stelt Lemmens 2005, p. 22 vast dat de daarin geformuleerde beperkingen binnen de rechtspraak niet zelden worden toegepast op het grondwettelijk verbod tot preventieve maatregelen zodat dit laatste naar zijn mening aldus wordt gedegradeerd tot (slechts) een algemeen beginsel en het EVRM in feite verantwoordelijk is voor afbreuk der grondwettelijke bescherming. Soortgelijk doch uitdrukkelijker stelt ook Voorhoof in strijd met deze judiciële praktijk dat er 'goede redenen [zijn] om aan te nemen dat het verspreidingsverbod de toets aan art. 10, lid 2 EVRM niet kan doorstaan' (Voorhoof 2000, p. 26).

39 Zie in bijzonder de *Herrenreiter*-uitspraak (BGH 14 februari 1958, 26 BGHZ 349): Foto ruiter zonder diens toestemming gehanteerd als advertentie voor potentieverhogend middel; eis tot immateriële schadevergoeding, wat overeenkomstig art. 253 BGB enkel toegekend worden kan in gevallen uitdrukkelijk door de wet erkend, *quod non in casu*. Eis wordt niettemin gehonoreerd op basis van een ruime interpretatie (in feite door art. 253 verboden) van art. 847 BGB (*sensu stricto* aangaande niet-vermogensschade voortvloeiend uit schade aan lichaam of gezondheid, evenals vrijheidsberoving (nu weggevallen)) in het licht van art. 1 en 2 GG zodat voornoemde bepaling geacht wordt zich uit te strekken tot (ernstige) aantastingen van persoonlijkheidsrechten *in globo*. Nadien, onder invloed van kritiek uit de doctrine op deze dubieuze negatie van art. 253 BGB (o.a. Böttcher 1960, p. 401; Larenz 1958, p. 828-829; contra (anders) Coing 1958, p. 560), werd geopteerd rechtstreeks deze laatste bepaling voor ongrondwettelijk te houden (zie o.a. BGH 19 september 1961 (Ginseng), 35 BGHZ 363).

gevolg of eenvoudige samenloop van omstandigheden mag in het midden blijven. Wel kan zonder aarzeling geopperd worden dat de huidige stortvloed hiermee weinig van doen heeft; gratuite referenties aan vrijheid van meningsuiting, met name wanneer daarnaast evengoed scherpere privaatrechtelijke normen voorhanden zijn, is binnen huidige pleit- en rechtspraakpraktijk tot gebruik verworden.⁴¹ Slechts als illustratie mag in dit opzicht vermeld worden dat de ervaringen met betrekking tot de *Human Rights Act* onder het Engelse rechtssysteem van de laatste jaren duiden dat al te snel een causale relatie aangenomen wordt.⁴² Overigens is dit alles dan voorlopig een kwestie van ondergeschikt belang. Wat alhier wel de aandacht noopt is dat een aanzienlijk deel van deze rechtspraak grondrechten eenvoudigweg hanteert als een ornamentale inleiding op de privaatrechtelijke belangenafweging die volgt. Deze inleiding kan overigens bijzonder omstandig zijn, in die zin dat bijvoorbeeld verwezen wordt naar de exclusieclausule van art. 10 § 2 EVRM, zodat de indruk van een directe applicatie ontstaat. In sommige gevallen wordt in dit kader zelfs gerefereerd aan rechtspraak van het EHRM, maar verder dan gemeenplaatsen raakt men in de regel niet. Kortom, citeren is iets anders dan hanteren.⁴³ De vraag dringt zich overigens op of van deze grondrechten ook iets meer mag verwacht worden. Grondrechten zijn immers, zelfs *de primo visu*, te vaag en onbestemd om dergelijke conflicten af te handelen⁴⁴ en amper kan worden verwacht dat het ook maar iets verduidelijkt te gewagen van een recht op vrijheidsuiting versus een recht op privacy. Het is een gegeven dat zelfs de meest ongeschoolde leek zich ervan bewust is dat dit de waarden zijn waar dergelijke litigaties om draaien zodat hetzelfde, spijsaanspraken van zekere doctrine, toch mag worden vermoed van de rechterlijke macht. En de weg die daarmee wordt ingeslagen is, opnieuw ondanks zekere doctrine, onbepaald.

40 Cf. Alpa 2005, 200.

41 Vgl. Cohen Jehoram 2005 waar in het kader van litigaties wegens inbreuk op auteursrecht, het verweer op basis van vrijheid van meningsuiting bestempeld wordt als betreurenswaardige 'standaardchicane' (p. 24 & 31).

42 Zie geheel uitvoerig *infra* § 7.2.2.2.2.

43 Zie o.a. Lemmens 2006, p. 150. Vgl. overigens Voorhoof 2001a, p. 33(-34) ('Zoals al te vaak het geval is in de Belgische rechtspraak wordt bij de toetsing aan artikel 10 EVRM [...] het noodzakelijkheids criterium verwaarloosd of in al te algemene bewoordingen geformuleerd') en Voorhoof 1997a, p. 510 waar wordt geduid op een formeel gebruik van art. 10 EVRM. Evenzeer merkt de Nederlandse De Bock 1996, p. 58 op dat frequent het grondrecht van meningsuiting wordt genoemd maar dit op de rechtspraak geen effect heeft (hoewel zij in het toenmalig recent arrest Parool/Van Gasteren een keerpunt zag) en gelijkaardige conclusies zijn bijvoorbeeld ook te bespeuren bij de Zwitserse auteur Zäch 1989, p. 4 (cf. 'formelhaft').

44 Een van de kritiekpunten is dan ook dat de gehele afweging tussen grondrechten aan het privaatrecht is ontleend en met derdenwerking in feite niets te maken heeft. Zo o.a. Bucher 1987a, p. 41-42 ('wenn das Bundesgericht zu einer Lösung der Abwägung der Schutzwürdigkeit entgegenstehender Interessen (des Betroffenen, der Presse) kommt, ist das eine Methode, die vorab von der Privatrechtsdogmatik entwickelt wurde, der Handhabung eines Freiheitsrechts wie der Pressefreiheit von Natur aus jedoch fremd ist'; zie tevens p. 44 aldaar).

Zo is typerend dat, om slechts een Nederlands voorbeeld te nemen, op hetzelfde moment dat Schuijt in de rechtspraak van de Hoge Raad finaal een aansluiting bij (de methodiek van) art. 10 EVRM noteert,⁴⁵ Kistenkas in de (lagere) rechtspraak alweer een 'bevrijding van grondrechten' ziet, een waarin het ontbreekt aan 'oneigenlijke verhalen over grondrechtelijke beperkingsmethodieken of over al dan niet botsende of horizontaal werkende grondrechten'.⁴⁶ Kortom, *something is rotten in the state of Drittwirkung*.

Het zijn slechts enkele van de bedenkingen waartoe deze rechtspraak aanleiding geeft.

Terugkerende naar het overzicht op zich kan, benevens zuivere perslitigaties, gewezen worden op het verwante casustype waarbij vrijheid van meningsuiting⁴⁷ gehanteerd wordt tot rechtvaardiging van boycot- of protestacties⁴⁸

45 Schuijt 1996, p. (29-)30.

46 Kistenkas 1996a, resp. p. 2 en 3 (bekritiseerd in De Bock 1996, p. 56-60).

47 Zie tevens de opmerkenswaardige, zuiver Nederlandse, toepassingen ter rechtvaardiging TV-piraterij, zoals o.a. Arr.-Rb. Amsterdam (kg.), 25 juni 1981, *NJ* 1981, 541 (Verbod TV-blad waarin uitzendingen piratenzenders worden medegedeeld niet strijdig met vrijheid van meningsuiting (verwijzing naar art. 7 Gw. en 10 EVRM enkel in *abstract*)); Arr.-Rb. Rotterdam 30 december 1981, *NJ* 1982, 181 (TV-provider verhindert ontvangst van piratenzender waartegen een der aangeslotenen zich vergeefs verzet middels vrijheid van meningsuiting); HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 274 (Productie en verkoop illegale TV-decoders niet gedekt door vrijheid van meningsuiting).

48 België: Hof Antwerpen 3 februari 1998, *A&M* 1998, 150 (nadruk op vrijheid van vereniging); Hof Antwerpen 30 november 1998, *A&M* 1999, 240; Hof Gent 1 september 2003, *R.W.* 2005-06, 464; Rb. Gent 6 november 2003, *T.M.R.* 2003, 159; Hof Antwerpen 1 december 2004, *NJWbl.* 2005, 132 (allen betreffende dierenrechtenorganisatie GAIA); zie tevens Tulkens & Sohler 2004, p. 368-370. Duitsland: BVerfG 15 januari 1958 (Lüth), *BVerfGE* 7, 198, zie § 2.2.1; BVerfG 26 februari 1969 (Blinkfuer), *BVerfGE* 25, 256 (Boycott door publicatiehuis Springer, uitgever en verdeler van een bijzonder groot aantal periodieke uitgaven, t.a.v. dagbladhandelaars die het (enige) West-Duitse tijdschrift zouden blijven verdelen waarin de uitzendschema's van Oost-Duitse media meegedeeld werden. Het BVerfG oordeelde dat Springer hiermee de vrijheid van opinie en pers had overschreden en misbruik had gemaakt van haar machtspositie (zie tevens Scheuner 1971, p. 261)). Frankrijk: CA Parijs 26 februari 2003 (*SCPEA v. Greenpeace*), *D.* 2003, Jur. 1831 (Merklogo onderneming betrokken bij kernenergie op internetpagina Greenpeace gemodificeerd afgebeeld (toevoeging doodshoofd en kernbommen); *in se* toelaatbaar); CA Parijs 26 februari 2003 (*Greenpeace v. Esso*), *D.* 2003, Jur., 1831 (Merklogo *Esso* op internetpagina Greenpeace gemodificeerd afgebeeld als *E\$O*; toelaatbaar); CA Parijs 30 april 2003, *D.* 2003, Jur. 1760 (Gebruik websites 'jeboycotte-danone.net' en 'jeboycotte-danone.com' waarin herstructureringen werden bekritiseerd geen ontoelaatbare inbreuk op merknaam). Opgemerkt weze dat in voornoemde uitspraken geen specifieke bepaling aangehaald wordt, doch wel 'le principe à valeur constitutionnel de la liberté d'expression' (incidenteel daaraan gevoegd 'reconnu tant par les traités et conventions internationales') gehanteerd wordt. Nederland: Hof Amsterdam 30 oktober 1980 (Boycot Outspan Aksie), *NJ* 1981, 422 (Weigering vanwege persgroepen tot plaatsing van een advertentie tot boycot van Zuid-Afrikaanse sinaasappelen (houdende een prent, voorstellende een blanke hand die een negerhoofd op een sinaasappelpers uitperst, met als onderschrift 'Pers Geen Zuid-Afrikaan Uit') als moreel onacceptabel impliceert *de facto* een ontoelaatbare inperking vrijheid van meningsuiting waar deze groepen 90% van de pers controleren. Hoewel de referentie enkel een onbepaalde 'vrijheid' betreft wordt de

(in bijzonder interessant wanneer deze dan ook nog geschiedt op een private doch quasi-publieke of anderszins ambigue ruimte zoals een winkelcentrum of luchthaven).⁴⁹ Meer langs andere zijde van het spectrum, het recht op privacy, zijn het voornamelijk gevallen van stalking of bespionering van private personen⁵⁰ (o.a. met het oog op verzekeringsfraude)⁵¹ hetzij openbaring of

zaak traditioneel als *Drittwirkung* exemplarisch beschouwd (o.a. verwijst *abstract* in *NJ* naar art. 7 Gw. en 10 EVRM); Arr.-Rb. Arnhem 3 februari 1987 (Mildredhuis), *NJ* 1987, 338 (Bezwaar tegen abortus, vorm gegeven middels obstructie tot toegang van abortuskliniek waarbij op aankomende patiënten provocatief ingepreparaat wordt en hen afbeeldingen van foetale resten in combinatie met Christusfiguur worden getoond, zodat zij overstuurd binnentreden met complicaties voor de ingreep tot gevolg, valt onder vrijheid van meningsuiting doch deze dient terug te treden in het belang van de rechten van anderen); Hof Amsterdam 25 april 1996, *NJ* 1998, 179 (Blokke door Greenpeace van chloortrainingen vertrekkende uit Solvay fabriek overschrijdt, doordat ze zonder voorgaande waarschuwing geschiedde en als zijnde van onbepaalde duur (wat productieproces in gedrang bracht aangezien Solvay de chloor zelf niet kon stockeren), de grenzen van symbolische actie en, door aantasting van de rechten van anderen, de vrijheid van meningsuiting. Merk op dat de grondrechten meer pertinent aanwezig zijn in de uitspraak *a quo* (Arr.-Rb. 5 april 1995: art. 9 Gw., 10 & 11 EVRM), dan in de onbepaalde vrijheid van meningsuiting die het Hof hanteert). Oostenrijk: OGH 27 mei 1998, 6 Ob 93/98i (vordering kweker t.a.v. actievoerende dierenrechtenorganisatie (d.m.v. pamfletten, demonstratie en perscommunicatie) afgehandeld met inachtneming van vrijheid van meningsuiting). Zwitserland: zie Zäch 1989, p. 5 en referenties aldaar.

49 Duitsland: BGH 20 januari 2006, *NJW* 2006, 1054 (zie o.a. Fischer-Lescano & Mauer, p. 1394-1396). Italië: Trib. Verona 7 juli 1999, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, VI, 1059 (zie terzake o.a. Favilli & Fusaro 2007, p. 306-307). Zie tevens EHRM 6 mei 2003 (*Appleby v Verenigd Koninkrijk*), (37) E.H.R.R. 2003, 38 (en dienaangaande o.a. Mead 2003, p. 98 *et seq.*; Rowbottom 2005, p. 186-202; Gerstenberg 2004b, p. (767-) 776 *et seq.*). In Nederland is geen derdenwerkingjurisprudentie vaststelbaar maar werd de eventualiteit daarvan wel reeds in de jaren zeventig opgeworpen n.a.v. het verbod van de NV Hoog Catharijne op politieke propaganda binnen haar winkelgebied; naar oordeel van de Minister van Binnenlandse Zaken betrof het een toelaatbare maatregel maar werd daaraan gevoegd dat de doorwerking van grondrechten in verhoudingen tussen private personen of organisaties nog in ontwikkeling was en het laatste woord in deze aan de burgerlijke rechter toekwam (Biesheuvel 1981, p. 166, voetnoot 6; zie voor verdere beschouwing van deze problematiek naar Nederlands recht Brouwer & Schilder 2004, in bijzonder nr. 4).

50 Arr.-Rb. Breda (kg.) 1 juni 1965, *NJ* 1965, 337 (Afluisterinstallatie in gemeenschappelijk ventilatiekanaal woning; referentie aan art. 172 (oud) Gw. als illustratie van het feit dat 'de wetgever in tal van wetsartikelen blijkt gegeven heeft ieders woning en hetgeen daarin voorvalt, gedaan en gesproken wordt, te willen beschermen tegen ongewenste belangstelling van derden'). Zie tevens HR 9 januari 1987 (Edamse bijstandmoeder), *NJ* 1987, 928 (Beëindiging uitkering bijstandsmoeder wegens informatie door buurman (adjunct-directeur van de gemeentelijke sociale dienst doch agerende als privaat persoon) na veelvuldige observatie vergaard en aan sociale diensten doorgespeeld. Naar oordeel van de HR moet in deze 'een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer [...] worden aanvaard, dat aansluit bij vergelijkbare ontwikkelingen in andere landen en dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM, waarvan moet worden aangenomen, dat het ook werking heeft tussen de burgers onderling', welk in deze is geschonden, wijl daarbij evenwel nagegaan dient te worden of geen rechtvaardigingsgrond voorhanden is, welke vraagstelling slechts kan worden beantwoord 'in het licht van de omstandigheden van het geval en [door] de eventueel toepasselijke wettelijke bepalingen tegen elkaar af te wegen'.

zelfs eenvoudige registratie van (telefoon)gesprekken zonder toestemming of medeweten van de gesprekspartner(s)⁵² die de aandacht trekken. Ook hier

-
- 51 België: Arbh. Antwerpen 1 oktober 2002, *R.W.* 2003-04, 298 (Door privédetective in opdracht van verzekeraar op openbare weg genomen videobeelden en foto-opnames van verzekerde waaruit blijken zou dat deze laatste omtrent zijn ziektebeeld trachtte te simuleren maken *in se* geen schending van diens privacy (zoals beschermd in Grondwet, EVRM en BUPO) uit daar de handeling beantwoordt aan het finaliteits- en proportionaliteitsbeginsel en is voorzien bij wet (wet 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privédetective) evenals daar de opnames plaats vonden in openbare ruimte (ter volledigheid weze opgemerkt dat daarnaast wel werd geconcludeerd dat desbetreffende opnames niet in rekening konden worden genomen o.a. omdat kunstgrepen niet uitgesloten zijn en de film een louter eenzijdige momentopname is die slechts een betrekkelijke en fragmentarische waarheid weergeeft)). Nederland: HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589 (Observatie op openbare en private plaatsen met foto- en videocamera van vermeende simultane whiplashklachten; inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer levert in beginsel een onrechtmatige daad op, behoudens bij aanwezigheid van rechtvaardigingsgrond waarvan de presentie vastgesteld dient te worden 'in het licht van de omstandigheden van het geval door tegen elkaar af te wegen enerzijds de ernst van de inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de belangen die met de inbreuk makende handelingen redelijkerwijs kunnen worden gediend'). Zie tevens Engeland: *Jones v Warwick University*, [2003] EWCA Civ 151 (Heimelijk en door list verkregen video-opnames van verzekerde in diens eigen woning maakt schending uit van art. 8 EVRM, doch impliceert niet dat het als bewijsmateriaal dient te worden geweerd).
- 52 Opgemerkt dient te worden dat dit element veelal ter sprake komt in het kader van bewijskracht en bijgevolg het horizontale karakter niet altijd even zuiver is; de hiernavolgende referenties betreffen evenwel litigaties waarbij (niet enkel) de bewijskracht wordt gevisieerd maar voorafgaand of zelfs volkomen autonoom de actie zelf wordt gesanctioneerd. België: Rb. Brussel 6 april 1976, *Pas.* 1976, III, 51 (zie hoofdstuk 2, voetnoot 185); Hof Luik 22 september 1988, *Pas.* 1989, II, 47 (strafzaak; registratie door werkgever van telefoongesprekken van aangestelden niet conform art. 8 (2) EVRM). Zie tevens Hof Antwerpen 13 maart 1991, *De Verz.* 1991, 867 (registratie door verzekerde van telefoongesprek met beweerde mandataris van verzekeraar zonder medeweten van deze laatste 'en waar het bovendien niet uitgesloten is dat tijdens dergelijk gesprek elementen betreffende het privé-leven van [de beweerde mandataris] ter sprake zijn gekomen' maakt schending uit van een niet nader gespecificeerd recht op privacy); Cass. 9 januari 2001, *Computerr.* 2001, afl. 4, 199, noot J. Dumortier (strafzaak; geoordeeld werd dat 'hij die een telefoongesprek voert, het recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling [...] niet kan invoeren ten aanzien van de deelnemer aan dit gesprek, daar hijzelf deze deelnemer deelachtig maakt aan het voorwerp van dat recht'); vgl. Hof Antwerpen 4 april 2001, *A.J.T.* 2001-02, 767 (In het kader van echtscheidingsprocedure wordt gesteld dat uitgetypte verslagen van opgenomen telefoongesprekken o.a. wegens schending van privacy ontoelaatbare bewijselementen zijn); zie *in globo* Boulart 2003, p. 1601-1613. Duitsland: BGH 20 mei 1958, *BGHZ* 27, 284 (opname van een gesprek tussen twee particulieren door de echtgenote van een dezer zonder medeweten van diens gesprekspartner schendt deze laatste in zijn algemeen persoonlijkheidsrecht. Daarbij wordt gespecificeerd dat '[d]ie Bestimmungen in Art. 1 und 2 GG, in denen die Unantastbarkeit der Menschenwürde und das Recht eines jeden auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit als Grundwerte unserer Rechtsordnung anerkannt sind, binden nicht nur den Staat und seine Organe, sondern sind auch von jedermann im Privatrechtsverkehr zu achten'. Tevens wordt daaraan toegevoegd dat ook art. 8 EVRM in deze richting wijst.); Luxemburg: Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 6 april 2000, *Rev. trim. dr. h.* 2000, 851 (verkort), noot D. Spielmann (derde persoon laten meeluisteren in telefoongesprek m.b.t. alimentatieverplichtingen, schending van art. 8

dient echter opgemerkt te worden dat deze (met uitzondering van de 'registratie'-litigaties waar referentie aan art. 8 EVRM *locus classicus* is) in de regel weinig verschillen van hun meer talrijke zuiver civielrechtelijke equivalenten.

Daarnaast zijn grondrechten verder ook gehanteerd tot oprekking der categorieën waarvoor schadevergoeding kan worden bekomen.⁵³ Zo heeft in Duitsland⁵⁴ de bekende *Herrenreiter* zaak gezorgd voor een *contra legem* erkenning van immateriële schade wegens inbreuk op persoonlijkheid⁵⁵ en evenzeer voelde het *Bundesgerichtshof* zich in 1992 geroepen om in het licht van de grondwettelijke menswaardigheid afstand te doen van haar sinds 1955 gevestigde rechtspraak⁵⁶ en morele schadevergoeding toe te kennen voorbij de grenzen der smart welke de persoon in kwestie capabel is te ervaren.⁵⁷ Meest diepgravend effect op dit vlak hebben de grondrechten evenwel gehad

EVRM); Nederland: HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850 (Telefoongesprek van zakelijke aard tussen twee managers door een van hen geregistreerd en afgespeeld voor de rechtbank. De enkele registratie betekent, behoudens bijzondere bijkomende omstandigheden *quod non in casu*, geen inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet), wijl ook de openbaarmaking aan de rechter in een civiel rechtsgeding geen dergelijke conclusie rechtvaardigt). Oostenrijk: OGH 9 december 1975, *OJZ* 1976, 359 (opname door man van telefoongesprekken echtgenote conflicteert met art. 8 EVRM).

53 Vgl. overigens in Nederland de vergeefse art. 8 EVRM aanspraken in HR 8 september 2000 (Baby Joost), *NJ* 2000, 734 (art. 8 EVRM strekt niet tot bescherming integriteit gezinsleven); HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (taxibus) (art. 8 EVRM vereist niet dat wordt voorzien in (immateriële) schadevergoeding voor de ouder die een kind verliest als gevolg van het onrechtmatig handelen of nalaten van een ander, schadevergoeding draagt niet bij tot de mogelijkheid overeenkomstig art. 8 EVRM een normaal gezinsleven te leiden).

54 Interessant is tevens BVerfG 8 maart 2000, *NJW* 2000, 2187 (waar een relatief beperkte morele schadevergoeding (rondom 55.000-€) toegekend aan ouders voor het overlijden van hun kinderen bij een auto-ongeval door dezen aangevochten werd met een beroep op (o.a.) art. 3 (gelijkheid) met motivatie dat voor aantastingen aan persoonlijkheidsrechten zoals bij onrechtmatige perspublicaties omtrent Caroline van Monaco veel hogere vergoedingen worden toegekend; claim werd afgewezen met argumentatie dat laatstgenoemde sommen tevens een component preventie naartoe dergelijke praktijken behelst (en de opbrengst aan soortgelijke publicaties onttrokken verdisconteert), iets wat niet opgaat ten aanzien van verkeersongevallen die in de regel niet intentioneel zijn noch profijt opleveren).

55 Zie voetnoot 39.

56 O.a. BGH 16 december 1975, *JZ* 1976, 559; BGH 22 juni 1982, *NJW* 1982, 2123.

57 BGH 13 oktober 1992, *NJW* 1993, 781. *In casu* veroorzaakt door foutieve assistentie bij bevalling resulterende in hersenletsel met aanzienlijk gereduceerd waarnemings- en gewaarwordingsvermogen tot gevolg. De rechter in eerste aanleg had eenmalige schadevergoeding van 50.000 DM en maandelijks bijdrage van 500 DM toegekend, welke door het Hof van beroep tot 30.000 DM en maandelijks 250 DM werd herleid op basis dat het slachtoffer tot het overige niet bewust was. Het BGH herstelde de oorspronkelijke schadevergoeding o.a. stellende dat '[b]eeinträchtigungen von solchem Ausmaß, wie es im Streitfall bei der Kl. der Fall ist, verlangen mit Blick auf die verfassungsrechtliche Wertentscheidung in Art. 1 GG eine stärkere Gewichtung und verbieten eine lediglich symbolhafte Bewertung'. Zie verder in deze zin tevens o.a. BGH 16 februari 1993, *NJW* 1993, 1531 (& OLG Stuttgart 2 mei 1994, *NJW* 1994, 3016, geen grondrechten).

in Italië,⁵⁸ namelijk tot erkenning, via art. 32 Constitutie (gezondheid), van *danno biologico* (schadevergoeding wegens aantasting van psychofysische integriteit onafhankelijk van zuivere vermogensschade door gederfd inkomen)⁵⁹ en bij de toekenning van affectieschade.⁶⁰ Ten slotte kan in deze ook de verwijzing naar de in geheel Europa met grondrechten gekruide

58 Zie tevens o.a. Cass. 11 november 1986 (nr. 6607), *Foro It.* 1987, I, 833 (Toekenning *danno sexualis* aan echtgenoot wegens foutieve medische behandeling van diens vrouw met onvermogen tot seksuele betrekkingen tot gevolg: het recht op ontwikkeling van persoonlijkheid (art. 2 Const.) wordt geschaad wanneer een huwelijkspartner wordt gehinderd in zijn recht/plicht tot geslachtverkeer binnen het huwelijk (art. 29 Const.)).

59 Zie verwijzingen in hoofdstuk 2, voetnoot 73. Het Italiaanse wettelijke kader biedt hier *in se* immers weinig ruimte toe. Enerzijds is voor zuivere vermogensschade voorhanden art. 2043 CC ('Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno') en anderzijds voor immateriële schade art. 2059 CC ('Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge'), het zuivere smartengeld. Aantasting van lichamelijke integriteit, zonder invloed op verminderde arbeidscapaciteit, valt daar in principe buiten, wat de vraag opwierp van verenigbaarheid van deze regulering met het constitutioneel recht op gezondheid (art. 32). Ongrondwettelijkheid van (één) deze(r) bepalingen werd door het Constitutioneel hof ontkend, maar *danno biologico* werd (ietwat geforceerd) gelezen in art. 2059 CC (Corte Cost. 26 juli 1979 (nr. 87), *Foro It.* 1979, I, 2543; Corte Cost. 26 juli 1979 (nr. 88), *Giur. Cost.* 1979, I, 656). Gevolg van deze constructie was evenwel dat toekenning afhankelijk was van de eerder strenge voorschriften van art. 2059, o.a. schending van strafrechtelijke bepaling en daarmee belang van de intentie om te schaden. Pragmatisch werd de aansprakelijkheidsgrondslag daarmee door de feitenrechtbanken verschoven naar art. 2043 (zie o.a. Cass. 8 juli 1992 (nr. 8325), *Foro It.* 1992, I, 2965 (met verdere verwijzingen)), en nadien als constitutionele lezing van deze bepaling door het Constitutioneel Hof bevestigd (Corte cost. 14 juli 1986 (nr. 184), *Foro It.* 1986, I, 2053). De Italiaanse literatuur terzake is overvloedig; de minder met kennis van de Italiaanse taal begiftigde geïnteresseerde kan o.a. worden verwezen naar Comandé 2005, p. 287-289; Mak 2008, p. 107-109; Nießen 2005, p. 271-273 en Von Bar 1996, p. 568-570.

60 O.a. Cass. 17 september 1996 (nr. 8305), *Danno e Resp.* 1997, 2251; Cass. 31 mei 2003 (nr. 8827), *Foro It.* 2003, I, 2273; Cass. 31 mei 2003 (nr. 8828), *Danno e resp.* 2003, 816 (betrekkende art. 2 (persoonlijkheid), 29 (familie) & 30 (ouderschap) Constitutie). Op te merken valt dat de belangrijkste verschuiving die zich in de tussentijd voordeed in ieder geval onafhankelijk van grondrechten geschiedde. Zo wordt in Cass. 17 september 1996 (nr. 8305) de affectieschade nog afhankelijk gesteld van het bewijs van *danno biologico*; het verdriet dient met andere woorden een waarneembare invloed te hebben op de gezondheidstoestand van de eiser. In latere arresten als deze van 31 mei 2003 (nr. 8827 & 8828) is deze voorwaarde verdwenen; grondlegend daarvoor was echter de zuiver civielrechtelijk afgehandelde Cass. 23 april 1998 (nr. 4186), *Danno e resp.* 1998, 686.

wrongful pregnancy,⁶¹ *wrongful birth*⁶² en *wrongful life*⁶³ acties niet ontbreken, hoewel daarin fundamentele rechten slechts bij uitzondering effect sorteren.

In fine behoort nog geattendeerd te worden op een bijzonder casustype welk amper te bespeuren valt in Noord-Europa⁶⁴ maar sterk vertegenwoordigd is in de zuiderse sferen, namelijk hinder wegens nabuurschap. Illustraties

61 Duitsland: BVerfG 12 november 1997, *NJW* 1998, 519 (art. 1 GG verbiedt onderhoudsplicht t.o.v. kind als schade te begrijpen). Engeland: *Greenfield v Irwin*, [2001] EWCA Civ 113 (vergeefs beroep op art. 8 EVRM). Italië: Trib. Venetië 10 september 2002, *Foro It.*, 2002, I, 3480 (morele schadevergoeding moeder op basis van art. 2 jo. 13 Const.). Zie tevens Spanje: T.S. 11 mei 2001, *RJ* 2001, 6197 (waarin na referentie aan talrijke fundamentele rechten werd erkend dat ' [e]l consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia' (FD 7), doch de eis afgewezen werd daar *in casu* geacht werd aan de informatieplicht te zijn voldaan; zie overigens reeds T.S. 3 oktober 2000, *RJ* 2000, 7799 (FD 5)).

62 Engeland: *Hardman v Amin*, (2000) 59 BMLR 58 (incidenteel: toekenning materiële schadevergoeding spoort met art. 8 EVRM). Italië: Cass. 10 mei 2002 (nr. 6735), *Foro It.* 2002, I, 3115 (terloopse referentie aan art. 29 en 30 Const. (huwelijk resp. ouderlijke rechten en plichten) naast afdoende privaatrechtelijke normen en slechts tot vaststelling van de procreatieve grondslag van bepaalde rechtsplichten (zoals onderhoudsplicht) en aldus inclusie vader tot categorie der benadeelden). Spanje: T.S. 4 februari 1998, *RJ* 1999, 748 (afwijzing niet strijdig met art. 15 Const. aangezien recht op leven niet wordt miskend).

63 Zie § 7.1.2.

64 Engeland: *Marcic v Thames Water Utilities Ltd* [2003] UKHL 66, [2004] 2 A.C. 42, [2003] 3 W.L.R. 1603, [2004] 1 All E.R. 135 (zie § 7.2.2.1) en *McKenna v British Aluminium Ltd* [2002] Env. L. Rev. (30), p. 733 (Verzoek tot schrapping van aanklacht enkele der oorspronkelijke eisers, allen kinderen, betreffende hinder en inbreuk op privacy uitgaande van fabriek verweerder, daar het deze eisers aan *proprietary interests*, noodzakelijk voor de *tort of nuisance*, ontbreekt afgewezen in referentie aan art. 8 EVRM; gesteld wordt dat er een krachtig argument schuilt in de suggestie dat art. 8 EVRM mogelijk tekort wordt gedaan wanneer een persoon met geen belang in een woning, maar die gedurende enige tijd in een woning heeft geleefd, en wiens woongenot belemmerd werd, overgeleverd is aan de genade van de huiseigenaar als enige persoon die de litigatie instellen kan ([53])) (zie wat betreft de werking van de HRA op het vlak van *nuisance* verder o.a. Morrow 2005, p. 1012-1015).

Verder kan in ondergeschikte orde verwezen worden naar de niet zuiver horizontale werking betreffende doch vanuit deze optiek wel interessante Nederlandse uitspraken Arr.-Rb. Rotterdam 8 januari 1979/ 16 december 1983, *NJ* 1979, 113/ *NJ* 1984, 341 (Nederlandse landbouwondernemingen hadden de Franse Mines de Potasse d'Alsace aangesproken tot schadevergoeding wegens chloridevervuiling van de Rijn waaraan de eersten het tot exploitatie noodzakelijke water onttrokken. Onder meer werd hierbij ingeroepen het volkenrechtelijk beginsel bepalende dat 'de ene staat geen ernstige schade mag toebrengen op het gebied van een andere staat of haar inwoners' ('sic utere tuo ut alienum non laedas') welke de rechtbank in beginsel ook tussen particulieren van toepassing acht) en Hof 's-Gravenhage 25 mei 1973, *NJ* 1974, 35 (Verzoek stopzetting mijnbouwkundige werkzaamheden wegens 'aantasting van het voor een menswaardig leven essentiële bestaan van representatieve natuurlijke eco-systemen en landschappelijk schoon' afgewezen daar 'een zodanig recht [op leefbaar milieu] – in de algemene zin als door appellanten voorgestaan – in de vorm van een grondrecht of anderszins in Nederland (nog) niet bestaat').

zijn te vinden in Spanje⁶⁵ en Portugal,⁶⁶ maar voornamelijk opnieuw in Ita-

-
- 65 T.S. 2 februari 2001 (nr. 70/2001) (Art. 45 Constitutie (milieu) betrokken op hinder ondervonden wegens de naburige verwerking van aggregaat; middels quotatie wordt gewezen op de duiding van deze norm ten voordele van horizontaliteit van het milieurecht, het bestaan (naast deze van publieke, subjectieve, civiele, politieke, sociale en economische aard) van rechten m.b.t. levenskwaliteit en volkomen ontplooiing van persoonlijkheid waarvan het recht op een hoogwaardige leefomgeving de meest volkomen neerslag uitmaakt, en, in het verlengde hiervan, in overeenstemming met de logica van algemene rechtsprincipes, juridische verantwoordelijkheid (civiel, administratief of strafrechtelijk) voor (de) veroorzaker(s) van schade aan de leefomgeving, vernietiging of deterioratie van natuurlijke rijkdommen, degradatie van biologische componenten van bepaalde ecosystemen of wijziging der condities van het sociale leven); T.S. 29 april 2003 (nr. 431/2003) (Geluidsoverlast diepvriesbedrijf gesanctioneerd o.a. middels art. 18.1 (privacy) en 18.2 (onschendbaarheid woning) Constitutie (met tevens referentie aan art. 8 EVRM); zie o.a. López de la Peña Saldías 2003, p. 199-202); T.S. 14 maart 2005 (nr. 196/2005).
- 66 STJ 22 juni 1995 (nr. 86.534), *Boletim Min. Justiça* 1995, nr. 334 (Geluidsoverlast muziekschool en religieuze diensten in appartementsgebouw schendt het recht op rust, gezondheid en lichamelijke integriteit (art. 66 CRP & 70 CC) van medebewoners); STJ 24 oktober 1995 (nr. 87.187), *CJ* 1995, III, 75 (Aanklacht buur tegen geluidsoverlast uitgaande van discotheek in residentiële wijk, inclusief de toebehorende straatoverlast wegens vechtpartijen, discussies en vertrekkende voertuigen, betekent een conflict tussen het recht op fysieke integriteit, gezondheid, rust, slaap en daarenboven het eigendomsrecht (art. 62 CRP) versus het recht op privaat initiatief (art. 61 CRP) waarbij (zoals in overige rechtspraak en doctrine reeds verkondigd) de eerste rechten, als zijnde van een hogere waarde, dienen te prevaleren; *in concreto* ressorteert hieronder slechts de klacht aangaande straatrumoer (het geluid uit de disco zelf de norm van 10 dB niet overstijgende) wat in een veroordeling tot schadevergoeding en sluiting van de discotheek resulteert tot verzekerd wordt dat aan het straatlawaaï een einde wordt gesteld (noteer dat het STJ in de inleidende beschouwingen tevens verwijst naar art. 25, 64 en 66 CRP, art. 3 & 25 UVRM en art. 2 EVRM (zie hoofdstuk 3, voetnoot 244)); STJ 9 januari 1996 (nr. 87.941), *Boletim Min. Justiça* 1996, nr. 453, p. 417 (Geluidsoverlast te wijten aan het uitbenen en werking van koelinstallatie in onder appartement van eiser gelegen beenhouwerij; gelijkaardige argumentatie als STJ 24 oktober 1995; schadevergoeding en verordening tot geluidsisolatie terecht); STJ 23 september 1997 (onuitgegeven) (Verhitting in bakkerij brengt schade toe aan appartement in hetzelfde gebouw, tevens wordt rook en geluidshinder ondervonden; conflict tussen het recht op rust en levenskwaliteit (art. 66 CRP (geïntegreerd in art. 70 CC)) versus recht op uitoefening commerciële activiteit, werk en privé-initiatief (art. 58 & 61 CRP) waarbij de eerste rechten van hogere waarde zijn; curatieve maatregelen en schadevergoeding verordend); STJ 18 februari 2003 (nr. 02A4733) (Verzoek tot sluiting bar wegens geluidshinder, welke eisers in hun persoonlijkheidsrechten schaden zou, afgewezen: het leven in urbane omgevingen, waaraan stress, irritatie en geluidshinder inherent zijn, is een vrije keuze waarvan men de gevolgen dan ook behoort te dragen); Tribunal da Relação do Porto 3 mei 2005 (nr. 326079) (Geluids- en lichthinder uitgaande van sportterrein, evenals hinder ondervonden van verdwaalde voetballen, door naburen met succes aangeklaagd middels het recht op rust (incorporerende het recht op fysieke integriteit, op gezondheid en levenskwaliteit) [art. 66 CRP & 70 CC] versus het recht op sport; in het licht van gewijzigde maatschappelijke opvattingen dient hierbij, eerder dan aan een eliminatie van een dezer conflicterende rechten, de voorkeur gegeven te worden aan een harmonisatie ervan, wat *in casu* impliceert dat binnen bepaalde tijdslimiet sportactiviteiten verder kunnen plaatsvinden).

lië⁶⁷ is de verzameling omvangrijk.⁶⁸ Uitgangspunt aldaar is art. 844 *Codice Civile*, overeenkomstig hetwelk een landeigenaar zich enkel verzetten kan tegen de immissie van rook, hitte, gassen, rumoer, trillingen en diens meer vanaf de eigendom der burenen wanneer deze het normale tolerantieniveau overstijgt, daarbij de lokale omstandigheden in acht nemende.⁶⁹ Als zodanig is deze bepaling niet extravagant, ze valt onder meer te vergelijken met art. 5:37 NBW.⁷⁰ Betekenisvol is echter de nadere precisering die art. 844 aan deze vooropstelling toevoegt: het eigendomsrecht dient afgewogen te worden ten overstaan van de behoeften van productie. Daarenboven kan rekening worden gehouden met de senioriteit van een welbepaald gebruik.⁷¹ Hiermee ligt de nadruk zeer sterk op de vrijwaring van industrieel en commercieel potentieel, het belang van het individu eerder ondergeschikt. Deze conceptie werd in de laatste decennia onbevredigend ervaren en met succes opengedoken middels een *recours* naar art. 32 Constitutie (gezondheid). Aldus werd geaccentueerd dat niet enkel afbreuk die de hinder bewerkstelligt aan de eigendom attentie verdient, maar ook deze aan de persoon van de eigenaar zelf. Daarenboven werd hiermee oorspronkelijk ook een uitkomst verschaft voor belanghebbenden zonder eigendomsrecht (zoals huurders) die aan zuiver art. 844 geen

67 O.a. Pret. Bologna 18 mei 1972, *Giur. It.* 1973, I, 2, 798; Trib. Vigevano 9 februari 1982, *Giur. It.* 1983, I, 2, 398; Cass. 6 april 1983 (nr. 2396), *Giur. It.* 1984, I, 1, 537; CA Milaan 27 april 1984, *Giur. It.* 1986, I, 2, 32; Trib. Lecco 26 juni 1984, *Giur. It.* 1986, I, 2, 32; Trib. Vigevano 25 januari 1985, *Foro It.* 1986, I, 2872; Trib. Vicenza 24 november 1986, *Foro It.* 1988, I, 285; Trib. Biella 22 april 1989, *Foro It.* 1990, I, 3303; Trib. Vigevano, 9 augustus 1991, *Arch. loc. e cond.* 1991, 577; Trib. Monza 4 november 1991 (nr. 1831), *Arch. loc. e cond.* 1992, 345; CA Milaan 17 juli 1992, *Arch. loc. e cond.* 1993, 496; CA Turijn 4 november 1992, *Giur. mer.* 1993, 949; Trib. Monza 14 augustus 1993 (nr. 1436), *Arch. loc. e cond.* 1994, 122; Trib. Catania 11 april 2003 (nr. 26053/02); Trib. Modena 11 november 2003 (ord. nr. 42).

68 Zie tevens in Frankrijk Cass. 23 oktober 2003, *Bull. civ.* 2003, II, nr. 318 (Veroordeling tot herstel oorspronkelijke staat domein (actueel gerooid en voorzien van elektriciteitstransformator) evenals schadevergoeding aan naburen vergeefs aangevochten middels art. 544 CC en art. 1 eerste Protocol EVRM: voornoemde bepalingen worden gelimiteerd door principe dat geen abnormale burenoverlast veroorzaakt worden mag, wijl beperking *in casu* geen disproportionele aantasting van voornoemd verdragsrecht uitmaakt).

69 'Il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi'.

70 Wel gewaagt art. 5:37 van art. 6:162 als norm, wat uiteraard onderscheiden is van een 'normaal tolerantieniveau' als ijkpunt, doch de praktische implicatie daarvan lijkt verwaarloosbaar. Anderzijds is een verschil in teneur merkbaar in die zin dat dit Nederlandse equivalent de nadruk legt op de verantwoordelijkheid van de hinderveroorzaker, terwijl de Italiaanse bepaling als uitgangspunt het incasseringsvermogen van diens nabuur voorop plaatst, maar daar behoort *in se* geen overdreven belang aan gehecht te worden, dergelijk uitgangspunt kent bijvoorbeeld evenzeer art. 906 § 1 BGB ('Der Eigentümer eines Grundstückes kann die Zuführung [...] insoweit nicht verbieten, als [...]').

71 'Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve temperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tenere conto della priorità di un determinato uso'. Voor akoestische hinder is dat laatste sinds de wet van 27 februari 2009 (*GU* 28 februari 2009, nr. 49) niet meer facultatief maar verplicht.

aanspraak konden ontlenen.⁷² Dit laatste aspect is echter slechts van marginaal belang geweest aangezien het *Corte di cassazione* zich in deze snel zonder schroom en zonder de minste referentie aan het recht op gezondheid van een eenvoudige analoge toepassing van art. 844 CC zou bedienen.⁷³ Ook voor het overige vond een vervreemding tussen art. 32 Constitutie en art. 844 CC plaats, echter zonder dat hun rol daarmee was uitgespeeld. Art. 844 CC blijft verrijkt achter als ziende op aantastingen van het genotsrecht van het gehinderde goed; art. 32 Constitutie speelt specifiek bij daaraan gelieerde aantastingen van gezondheid, maar wel via het, door het *Corte costituzionale*, geprefereerde portaal van art. 2043 CC (*danno biologico*).⁷⁴ Concreet staat dit onder meer voor een verschuiving op het vlak van schadevergoeding: van het (wat schadevergoeding betreft eerder vrijblijvende) vlak van rechtmatig schadeverwekkende daad (*fatti lecti damnosi*) naar het werkelijke domein van de onrechtmatige daad (*fatti illeciti*, art. 2043).⁷⁵ Geheel en definitief is deze scheiding tussen beide bepalingen evenwel niet zodat ook actueel nog veelvuldig wordt gewaagd van ‘nell’art.844 c.c. interpretato secondo il lume dell’art. 32 della Cost.’⁷⁶ en ook in de doctrine een teneur bestaat beide opnieuw meer te herenigen.⁷⁷ De verdere evolutie is daarmee onzeker, doch dat art. 32 Const., waaraan referenties in deze in welke zin dan ook een bijna routinematig karakter hebben verkregen, daaruit voorlopig niet meer weg te denken valt staat boven elke twijfel verheven.

4.2 CONTRACTENRECHT

Wat het contractenrecht betreft is het *in se* het non-discriminatiebeginsel dat op de meeste aandacht rekenen kan, hoewel dit reeds oorspronkelijk, en geleidelijk aan steeds meer, vervangen wordt door privaatrechtelijke wetgeving, zodat tot horizontale werking geen noodzaak meer bestaat. Spijts deze dispositie blijven grondrechten in deze niettemin een geldig referentiemiddel, hetzij

72 Zie o.a. Trib. Bologna 20 juli 1993, *Foro It.* 1994, I, 205 waar daartoe rechtstreeks een beroep op art. 32 constitutie *met uitsluiting van* art. 844 CC gedaan werd (‘La tutela del diritto alla salute, minacciato o leso da intollerabili immissioni, può ottenersi mediante l’emissione di un provvedimento cautelare inibitorio, fondato, in ragione della natura personale di un tale diritto, esclusivamente sull’art. 32 cost. e non già sull’art. 844 c.c.’); weliswaar betrof deze zaak een verticale litigatie, met name tussen particulieren en de gemeente, doch dat vermag in dit kader genegeerd worden. Vgl. tevens Pret. Bologna 18 mei 1972, *Giur. It.* 1973, I, 2, 798 waar vanuit deze optiek ongrondwettelijkheid van art. 844 werd gesuggereerd, maar deze visie niet werd nagevolgd door het Constitutioneel Hof (Corte Cost. 23 juli 1974, *Giust. Cost.* 1974, p. 2371).

73 O.a. Cass. 11 november 1992 (nr. 12133), *Foro It.* 1994, I, 205.

74 Cf. o.a. Cass. 6 oktober 1979 (nr. 5172), *Foro It.* 1979, I, 2302.

75 Ribalta i Haro 2003, p. 310.

76 Zo o.a. Trib. Nola 15 juli 2004 (nr. 2786/1998).

77 Zie Nießen 2005, p. 276 (met verscheidene referenties in voetnoot 102).

waar het specifieke recht tekort schiet of waar deze rechten als autonome (weze het supplementaire) bron worden gepresenteerd. In bijzonder heeft deze functie opgeld gedaan in het arbeidsrecht: discriminatie op basis van ras of leeftijd, maar bij uitstek op basis van religie of geloofsovertuiging (o.a. feestdagen,⁷⁸ kledij⁷⁹) wordt met een zeker automatisme onder deze banier gepresenteerd.

In de afgeleide, meer generale typecasus toont zich de werkelijke aard van de contractuele horizontale werking, met name bescherming van de zwakke contractpartner. Meest bekende manifestatie hiervan is de Duitse *Bürgerschafts-zaak*, waarin een jonge vrouw werd bevrijd van een naar haar bestaansmidde-len excessief bezwarende borgstelling die zij – onder misleiding – ten voordele van haar vader op zich had genomen.⁸⁰ In feite is deze *pole-position* onverdiend aangezien de uitspraak welbeschouwd louter op basis van een letterlijke

78 Nederland: HR 30 maart 1984 (Suikerfeest), *NJ* 1985, 350 (Afwezigheid wegens Islamitische feestdag kan niet gelijkgesteld worden met deze op Christelijke grondslag gebaseerde, niet omdat onderscheid tussen godsdiensten zou bestaan, doch wel omdat deze laatste zijn geworden tot binnen de Nederlandse samenleving algemeen erkende vrije dagen; wel kan een aldus behoorlijk aangevraagde snipperdag niet zonder redelijke motivatie worden verworpen. Hoewel het arrest niet expliciet aan grondrechten refereert is horizontale werking vertegenwoordigd in de conclusie van A-G Mok (*NJ* 1985, p. 1213; zie tevens Alkema 1985, p. 1216) welk impliciet in de uitspraak doorklinkt). Spanje: T.C. 13 februari 1985 (19/1985), *BOE* 5 maart 1985 (nr. 55) (Weigering te arbeiden van zonsopgang vrijdag tot zonsopgang zaterdag wegens strijd met voorschriften religieuze overtuiging die de werknemster recentelijk en na een reeds meer dan 10-jarige tewerkstelling bij werkgever tot de hare heeft gemaakt, vermag ontslag rechtvaardigen. Respect voor fundamentele rechten, inclusief art. 16 Constitutie (vrijheid van religie), is een essentiële component van de openbare orde en impliceert aldus de nietigheid van daarmee onverenigbare contractuele bedingen, maar betekent niet dat een wijziging in feitelijke omstandigheden, al vormt ze uitdrukking van een constitutioneel beschermde vrijheid, een bestaande contractsverhouding modificeert; dit zou het principe van onderworpenheid van allen aan de grondwet tot inacceptabele extremen brengen, strijdig met principes, zoals rechtszekerheid, die eveneens constitutionele bescherming genieten). Zie tevens in Engeland de litigatie vermeld te Collins 2006, p. 621.

79 Zie § 6.2.2.

80 BVerfG 19 oktober 1993 (Bürgerschaft), *BVerfGE* 89, 214. De zaak is uitvoerig becommentarieerd geweest, zie in bijzonder de kritiek van Zöllner 1996, *passim* (o.a. p. 15, 35) en verder o.a. Adomeit 1994, p. 2467-2469; Honsell 1994, p. 565-566 en wat deze problematiek als geheel betreft o.a. Braun 2004, p. 474-479; Frank 1996, p. 389-392; Frey 1996, p. 1612-1616; Gernhuber 1995, p. 1086-1096; Krafka 2004, p. 668; Tonner 2000, p. 17-22; Tonner 2003, p. 325-330. Vgl. overigens OLG Stuttgart 1 december 1988, *NJW* 1988, 833 waar bevrijding van verbintenis tot overdracht van een excessief deel der toekomstige inkomsten uitgesproken werd middels § 310 BGB welk uitdrukking biedt van een 'unveräußerlichen Menschen-rechtes auf Hoffnung, auf das Streben nach dem Glück'.

interpretatie van het privaatrecht kon worden bekomen,⁸¹ net zoals overigens in omringende landen geschiedt.⁸²

Bescherming van de zwakke partij grijpt uiteraard ook onafhankelijk van dergelijke diepgrijpende casus plaats. Opnieuw is het het arbeidsrecht dat een breed scala aan toepassingen biedt (waaronder niet toelaatbare residentie-⁸³ of non-concurrentiebedingen,⁸⁴ hetzij algemene inperkingen van privacy⁸⁵).

-
- 81 Zie o.a. reeds BGH 22 januari 1991, *NJW* 1991, 923 uit perspectief van § 138 BGB. Op te merken valt wel dat dit geschiedde onder het gesternte van een twiststrijd daaromtrent tussen verscheidene Senaten der BGH (cf. o.a. Honsell 1994, p. 565; Cherednychenko 2007, 274 *et seq.*).
- 82 Zie o.a. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 in Nederland (zie verder Tjittes 1996, p. 53 *et seq.*) en *Barclays Bank v O'Brien*, [1994] 1 AC 180 in Engeland. Zelfs het sterk onder invloed van de BVerfG *Bürgschaft* uitspraak staande standaardarrest van het Oostenrijkse OGH maakt geen melding van grondrechten, ook niet in bespreking van de BVerfG uitspraak zelf (OGH 27 maart 1995 (1 Ob 544/95), *JBl.* 1995, 651 (zie verder soortgelijk o.a. OGH 10 juli 1997 (2 Ob 156/97y), *JBl.* 1998, 36; OGH 26 februari 1998 (6 Ob 43/98m), *Ecolex* 1998, 471; OGH 27 mei 1998 (6 Ob 117/98v), *Ecolex* 1998, 761; OGH 30 juni 1998 (1 Ob 87/98w), *Ecolex* 1998, 762); zie terzake deze rechtspraak o.a. Graf 1995, p. 776 *et seq.*; Rabl 1996, p. 443 *et seq.*). Gelijkaardige conclusie (op basis van vergelijking met Engels en Nederlands recht) Cherednychenko 2004, *s.f.* evenals Cherednychenko 2007, p. 492 en (naar vergelijking met Estoniaans recht) Kull 2007, p. 45. Zie verder, los van de grondrechtencontext, de interessante rechtsvergelijkende *Case Note* bij de *Bürgschaft* en *Barclays Bank v O'Brien* arresten in *ERPL* 1996, p. 263-285.
- 83 België: Arbrb. Brugge 13 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, p. 79 (De werknemer kan op ieder moment terugkomen op een eerder gedane afstand van het grondrecht op vrije woonstkeuze (art. 2 Protocol nr. 4 EVRM), waardoor een conflict ontstaat tussen het grondrecht van werknemer en het privaatrechtelijk belang van de werkgever waarbij dit eerste noodzakelijkerwijze dient te primeren (zie Humblet 1994, p. 80-81; Plets 1999-00, p. 733-741)). Frankrijk: Cass. 12 januari 1999, *D.* 1999, Jur. Comm., 645 (Woonplaatsclausule in strijd met art. 8 EVRM indien niet noodzakelijk & proportioneel (zie hoofdstuk 3, voetnoot 289)).
- 84 Bekende voorbeelden zijn te vinden in Duitsland (BVerfG 7 februari 1990 (Handelsvertreter), *NJW* 1990, 1469: non-concurrentiebeding ongeldig gehouden wegens vermeend machtsverwicht en daaruit voortvloeiende disproportionele aantasting van beroepsvrijheid (art. 12 GG)) en Frankrijk (Cass. Soc. 11 juli 2000, *JCP* 2000.IV.2556: in referentie aan Preamble van de 1946 Constitutie (zie § 2.2.6), art. 120-, 212-4 en 751 *c. trav.* en de toepasselijke CAO wordt geconcludeerd dat een exclusiviteitsbeding in een part-time aanstelling de werknemer niet vermag te verhinderen ergens een voltijdse betrekking te ambiëren). Ook in Italië werd met succes een beroep op fundamentele rechten gedaan om een non-concurrentiebeding te doorbreken (Cass. 19 december 2001 (nr. 16026) *Mass. Giur. Lav.* 2002, 349) en zelfs in Tsjechië, nl. Vrchni soud (hooggerechtshof) Praag 20 januari 1995 (6 Cdo 105/94), aangehaald in Iviè 2007, p. 22, evenals Israël, nl. Nationaal Arbeidshof [*n.d.* 1999], nr. 164/99 (*Frumer & Check-Point v Redguard*), 34 *LPD* 294 en Hooggerechtshof [*n.d.* 2000], nr. 6601/96 (*AES System Ltd v Sa'ar*), 54(3) *PD* 850 aangehaald in Barak-Erez & Gilead 2007, p. 258-259 (de laatste uitspraak samenvattende alsdat '[t]he Court explained that the basic law set a system of values that also serve as a framework for the development of private law'), zijn dergelijke litigaties vaststelbaar. Wat Nederland betreft kan in deze context worden verwezen naar Ktr. Haarlem 20 juli 1962, *NJ* 1963, 101; Ktr. Maastricht 30 december 1970, *SMA* 1971, 801-804; Ktr. 28 april 1992, *JAR* 1992, 45 (zie tevens HR 1 juli 1997 (Kolkman/Cornelisse), *NJ* 1997, 685), zij het dat het *fundamental rights* argument hierin niet steeds het verhoopte gevolg resulteerde.

In het generale contractenrecht zijn toepassingen meer incidenteel en verspreid en lokken voornamelijk de in de regel minder opgemerkte deelgebieden van huur- en onderwijsrecht de aandacht.

In bijzonder het huurrecht is buitengewoon talrijk in de toepassing van horizontale werking.⁸⁶ Oorspronkelijk waren voornamelijk conflicten aangaande de religieuze overtuiging van de huurder aan de orde, enkele van deze geschillen behoren zelfs tot de oudste exempelen van horizontale werking die het Europese vasteland te bieden heeft. Zo is in de Belgische rechtspraak van 1961 een zaak vast te stellen waarin een Joodse huurder een religieus credo op de voordeur van zijn appartement vastgehecht had, zeer tegen de zin van de overige medebewoners, en deze actie succesvol verdedigde met een beroep op de vrijheid van religie.⁸⁷ Ook de befaamde Nederlandse pachtzaak uit

85 Oorspronkelijk veelal betreffende fouillering, actueel voornamelijk de stortvloed aan litigaties m.b.t. camerabewaking en controle e-mailverkeer. België: Hof Luik 22 september 1988, *Pas.* 1989, II, 47 (registratie telefoongesprekken); Arbrb. Brussel 2 mei 2000, *Computerr.* 2001, 26 (controle e-mail); Arbrb. Nijvel 8 februari 2002, *J.T.T.* 2002, 181 (onderzoek draagtas); Arbrb. Verviers 20 maart 2002, *J.T.T.* 2002, 183 (controle e-mail) evenals o.a. verwijzingen te Plas 2000, p. 644-645. Zie tevens Cass. 27 februari 2001 (*Leli's World*), *R.W.* 2001-02, 1171 (Strafvordering; naar oordeel van Cassatie belet art. 8 EVRM (en art. 22 Grondwet) niet dat een werkgever, op grond van een gewettigd vermoeden van betrokkenheid van zijn werknemer bij ten zijner nadele gepleegde misdrijven, door middel van camerabewaking in een door hem uitgbate en publiek toegankelijke winkelruimte nieuwe strafbare feiten tracht te voorkomen of deze met het oog op aangifte vast te stellen (zie o.a. Humblet 2002, p. 1172-1173)). Met betrekking tot deze problematiek *in globo* zie o.a. De Schutter 2003, p. 644 *et seq.*; Hendrickx 1999b, *passim*; Hendrickx 2006, p. 659-704. Frankrijk: Cass. Soc. 26 november 2002, *D.* 2003, Somm., p. 394 (Schendt art. 8 EVRM, 9 CC, 9 NCPC en 120-2 c. trav. de opdracht van de werkgever tot het schaduwen van een buiten de onderneming arbeidende werknemster (zie o.a. Fabre 2003, p. 394-395; Lepage 2003, p. 1536; Ravanans 2003, p. 1305-1308)). Zie tevens Nederland: HR 27 april 2001, *NJ* 2001, 421 en wat deze problematiek aldaar *in globo* betreft o.a. Verhulp 1999, p. 134 *et seq.*

86 Zie naast de specifieke casustypen o.a. Hof Amsterdam 8 januari 1998, *NJ* 2000, 152 (Huurder had slot vervangen, eis van huurder tot overhandiging van de nieuwe sleutel hetzij herstel van het oude slot werd afgewezen op basis van art. 10 en 12 Grondwet en art. 8 EVRM ook al was in het verleden een tegenstrijdige overeenkomst gesloten) evenals BVerfG 11 juni 1991, *BVerfGE* 84, 192 (Het gegeven dat een huurder bij het sluiten van de overeenkomst niet meegedeeld heeft dat hij wegens geestesstoornis onder curatele gesteld is, laat de verhuurder niet toe het contract te ontbinden; een andersluidende beslissing vormt een inbreuk op het algemene persoonlijkheidsrecht (art. 2 § 1 *jo.* 1 § 1 constitutie) van eerstgenoemde).

87 Rb. Brussel 11 februari 1961, *J.T.* 1961, 686. Beweerd werd dat deze actie zou conflicteren met het mede-eigendomreglement overeenkomstig hetwelk verboden was publiciteit of inscripties aan te brengen op het onroerend goed met uitzondering van een enkel (naam)plaatje. De vordering werd vooreerst afgewezen daar de bewoording van het reglement zich in feite niet verzet tegen het aanbrengen van dergelijk etui en ook van misbruik van de gemeenschappelijke eigendom kon geen sprake zijn daar het etui nauwelijks zichtbaar en geenszins aanstootgevend was. Daarenboven werd ten overvloede verwezen naar de grondwettelijke godsdienstvrijheid: 'Attendu au surplus que la Constitution garantit à tout citoyen la liberté des cultes, celle de leur libre exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute manière. Attendu que l'appelant est libre de

1948⁸⁸ (in feite geen derdenwerkingslitigatie doch in een deel van de doctrine wel als dusdanig erkend),⁸⁹ waarin een beding op straffe van ontbinding mee te werken aan de verwezenlijking van het religieus oogmerk van de pachtgevende organisatie met beroep op godsdienstvrijheid nietig werd verklaard, valt onder deze noemer te catalogeren.⁹⁰ Overigens is dergelijk conflict van alle tijden, zoals ten overvloede aangetoond wordt door recente Franse rechtspraak met betrekking tot het verzet van orthodoxe Joden ten overstaan de installatie van een elektrische toegangspoort tot het gedeelde appartementsdomein,⁹¹ zij het dat daar het fundamenteel recht geen redding vermocht te brengen.

Verder heeft de rechtspraak op basis van fundamenteelrechtelijke argumenten al enkele decennia afgerekend met het gebruik om niet onder het huurcontract besloten mensen (of huisdieren)⁹² in de woonplaats op te nemen.⁹³

manifester ses sentiments religieux; que l'observance d'une pratique qui lui est imposée par sa religion et qui, en raison de sa particulière discrétion ne peut en aucun cas porter atteinte aux opinions d'autrui, ne constitue pas dans le chef de l'appelant une jouissance abusive de la chose commune'.

88 Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331.

89 Zie § 2.2.4.

90 Vgl. in deze overigens het Franse Cass. 12 juni 2003, *D.* 2004, Jur. Comm., 367 waar de verplichting om gedurende de huur lid van een bepaalde vereniging te zijn vernietigd werd onder referentie aan art. 11 EVRM.

91 Cass. 18 december 2002, *Bull. civ.* 2002.III.227 (nr. 262) de claim alsdat de installatie door de verhuurster van een door digitale code te opereren toegangspoort een inbreuk uitmaakt op hun vrijheid van religie (art. 9 EVRM) (want door hen onmogelijk te bedienen op de Sabbat of feestdagen) werd door het hof van Cassatie (en in strijd met het vonnis *a quo*) afgewezen daar, samengevat, behoudens uitdrukkelijk afwijkend beding de gebruiken opgelegd bij religieuze overtuiging de huurovereenkomst vreemd zijn en in hoofde van de verhuurder geen enkele verplichting creëren (zie tevens conclusie A-G Guérin te *AJDI* 2003, p. 182-186; Damas 2004, p. 844-845; Mestre & Fages 2003, p. 290; Marguénaud 2003, p. 383-386).

92 België: Rb. Luik 21 oktober 1986, *J.L.M.B.* 1987, 578 (Absoluut verbod in huurovereenkomst van appartement om huisdieren te houden in strijd met art. 8 EVRM); Vgl. Vred. Namen 20 maart 1990, *T. Vred.* 1990, 150 (Verbod in huurovereenkomst van gemeubelde kamer tot het houden van huisdieren (of logées) is niet strijdig met art. 8 EVRM; dit artikel beschermt geen 'droit à un logement convenable', noch is het voldoende nauwkeurig en volledig teneinde te primeren op een vrij gesloten overeenkomst); zie tevens Timmermans 2005, p. 2-3. Nederland: Vzr. Rb. Breda 15 april 2008, *LJN*: BD1837 (Verbod in huishoudelijk reglement van appartementencomplex tot het houden van huisdieren niet in strijd met art. 8 EVRM).

93 België: Vred. Tubize 27 oktober 1981, *T. Vred.* 1982, 171 (Uitdrijving verzocht door verhuurder, een sociale huisvestingsmaatschappij, van een onbemiddelde moeder met twee kinderen wegens het beweerd herbergen van een bijslaap (allegatie die overigens gefundeerd tegengesproken wordt door de verweerder), betekent reeds op die basis een schending van art. 8 EVRM; daarenboven belichaamt deze eis, wijl de winter voor de deur staat en geen ernstige tekortkoming aangewreven worden kan, een door art. 3 EVRM verboden onmenselijke behandeling evenals rechtsmisbruik en is daarom niet ontvankelijk (de uitspraak betreft weliswaar sociale huur, maar dat is geen bezwaar, zoals Hubeau 1987, p. 81 opmerkt bestaat in de feitelijke toepassing van beëindiging door ontbinding immers geen wezenlijk verschil

Evenwel is ook hier niet steeds duidelijk waar het onderscheid met een beslissing louter op basis van de privaatrechtelijke norm aangaande het 'reguliere gebruik van het gehuurde goed'⁹⁴ zich in verschuilen zou.⁹⁵ Dat lijkt al wat anders bij het casustype waarin het recht op huisvesting door huurders ingeroepen wordt teneinde de ontbinding van een huurovereenkomst te verhinderen of uit te stellen zoals voorkomt in België en Portugal.⁹⁶ Echter

tussen private en sociale huur)). Frankrijk: Cass. 6 maart 1996, *D.* 1997, Jur. 167 (zie § 3.3.2.2) en Cass. 22 maart 2006 (nr. 04-19349) (zie aangaande dit laatste arrest Remy 2006, p. 287-288); zie tevens CA Parijs 31 oktober 2000, *Loyers et copr.* april 2001, nr. 83 ('l'hébergement des proches correspond à un droit fondamental'). Zie aangaande deze thematiek tevens Van Leuven 2008, p. 386-389.

- 94 Of eventueel de privacynorm van art. 9 *code civil*, zie voetnoot 33. Wel dient opgemerkt te worden dat het toenmalige Franse rechtspraak kader allerminst eenduidig was. Enerzijds speelde nog Cass. 20 januari 1966, *Gaz. Pal.* 1966, I, 219 ('l'occupation même partielle durant une longue période des locaux loués par des personnes autres que des proches parents vivant habituellement avec lui, correspondait au prêt des lieux à des tiers, expressément interdit par le bail'), onder andere ook in rigide zin voortgezet wat (zoals in Cass. 6 maart 1996) specifiek huurcontracten vanwege een sociale instelling betreft, als worden deze juist gegund op basis van familiale omvang en financiële middelen, in Cass. 28 juni 1989, *Loyers et copr.* 1989, nr. 472 en CA Parijs 9 mei 1990, *D.* 1990, IR, 153. Anderzijds stelde bijvoorbeeld hetzelfde CA Parijs reeds in 1984 dat het logeren van een concubine in het gehuurde goed, zolang de huurder persoonlijk het goed bewoonde en zich dus niet in het contract heeft laten substitueren, geen aanleiding tot ontbinding geeft (CA Parijs 11 juli 1984, *D.* 1984, IR, 402) en in 1991 dat ook behoudens uitdrukkelijk beding van persoonlijk gebruik eenieder het recht heeft personen van zijn keuze te ontvangen en herbergen, zij het dat wanneer het geen familieleden betreft en het verblijf van lange duur is wel toestemming aan verhuurder dient gevraagd te worden (CA Parijs 19 juni 1991, *D.* 1991, IR, 194) waarmee door Cassatie ingestemd werd (Cass. 5 mei 1993, *Loyers et copr.* 1993, nr. 292). Daarmee is echter duidelijk dat zich in deze een mentaliteitswissel heeft voltrokken (vgl. bijvoorbeeld reeds Rubellin-Devichi 1991, p. 254: 'S'agissant du bail d'habitation du logement, on peut simplement affirmer que l'état de concubinage dans lequel vit le locataire ne constituerait pas aujourd'hui, où la législation des loyers protège le concubin en tant que tel, et où les aides au logement assimilent concubins et époux, un motif permettant au bailleur de mettre fin au bail ou de refuser la conclusion du contrat') waarvan het 1996 arrest een gevolg is.
- 95 Vgl. bijvoorbeeld in Nederland o.a. Ktr. Zaandam 5 februari 1998, *WR* 1998, 47; Ktr. Amsterdam 4 april 2001, *WR* 2002, 10 ('of [huurder] geen of veel logees ontvangt, voor kortere of langere tijd, is in beginsel ook geen zaak voor de burens en geen zaak voor de verhuurder. De bepaling in de schriftelijke huurovereenkomst ten aanzien van het doen inwonen van andere personen [...] moet naar huidige maatstaven om redenen van privacy grotendeels als dode letter worden beschouwd').
- 96 België: Vred. Elsene, 27 april 1994, onuitg., A.R. nr. 916/689 (aangehaald in Dambre 1995, p. 106 (ten onrechte als uit 1995); Fierens 1995, p. 238 en Hubeau 1996, p. 299-300) (penibele toestand van de huurder en diens omvangrijk gezin is vanuit art. 23 GW een parameter in de procedure tot ontbinding van de huurovereenkomst (naar Fierens 1995, p. 239 benadrukt betreft de referentie hier slechts een *obiter dictum*)); Vred. Ukkel 15 februari 1995, *T. Vred.* 1997, 164 (o.a. beroep op fundamentele rechten gehanteerd tot verantwoording afbetalingsplan huurschulden i.p.v. ontbinding); Vred. Elsene 6 maart 1995, *T.B.B.R.* 1996 (Verplichting in het kader van de menselijke waardigheid en met referentie aan art. 23 Grondwet opgelegd om de opgezegde bejaarde huurder nog tot en met de winterperiode in het gehuurde goed te laten verblijven teneinde deze toe te laten te verhuizen in menswaardige omstandigheden); Vred. Ukkel 15 maart 1995, *T. Vred.* 1997, 166 (grondrecht op

ook hier dreigt gevaar voor overschatting daar de Portugese rechtspraak dergelijke aanspraak steeds afketst als richt dit grondrecht zich enkel tot de Staat, en de Belgische succesverhalen *in se* ook op zuiver privaatrechtelijke grondslag hadden kunnen bekomen worden.⁹⁷ In meer onzuivere vorm zorgen soortgelijke feitenconstellaties evenzeer voor *fundamental rights* strijd waar de ontbinding afhankelijk is van de kwalificatie die men aan de non-matrimoniale partner van de overleden huurder toekent,⁹⁸ hoewel hier uiteraard niet de

huisvesting als verzetsmiddel tegen de ontbinding van de huurovereenkomst op instigatie van de curator van de huurder, waar het gehuurde goed de hoofdverblijfplaats van de huurder en diens gezin uitmaakte, de huurprijs werd voldaan en de verhuurder geen ontbinding verzocht). Zie terzake o.a. Dambre 1997, p. 243-246; Van Oevelen 1997, p. 224, nr. 25.

Portugal: T.C. 1 april 1992, nr. 130/92; T.C. 12 januari 2000, nr. 24/00; T.C. 21 juni 2000, nr. 322/00. In alle gevallen betrof het een verzet gebaseerd op o.m. art 65 Constitutie (recht op woning) vanwege de feitelijke huurder, opvolger van de officiële huurder (als voormalig dienstbode, familielid *etc.*), tegen beëindiging van de huurovereenkomst. Deze aanspraak werd steeds afgewezen op grond dat art. 65 zich slechts naar de wetgever richt en de burger hieraan niet rechtstreeks rechten kan ontlelen. In ondergeschikte orde kan verwezen worden naar T.C. 26 september 2001, nr. 402/01 (Ineffectief verzet middels art. 65 constitutie tegen activatie der bepaling overeenkomstig dewelke ontbinding mogelijk is wanneer de huurder 10 jaar of meer in het buitenland verbleef en de huurder van de ontbinding tijdig in kennis werd gebracht. Ook hier volgde de boodschap dat art. 65 zich slechts tot de Staat richt). Zie tevens Frankrijk: CA Parijs 15 september 1995, onuitg. (aanhaling Pavia 2004, p. 154) (waarin enkele krakers onder de proclamatie dat 'le droit au logement est considéré comme un droit fondamental et un objectif de valeur constitutionnelle' (de Franse Constitutie ontbeert een expliciete bepaling aangaande (zie terzake Albigès 2004, p. 753 *et seq.*)) het recht werd gegeven het desbetreffende pand (toebehorende aan een vastgoedmaatschappij) verder te bezetten tot de lente van 1996 opdat een oplossing zou worden gevonden 'qui privilégie les problèmes humains').

97 O.a. via rechtsmisbruik (vgl. voornoemd (voetnoot 93) Vred. Tubize 27 oktober 1981, *T. Vred.* 1982, 171) en het rechterlijk appreciatierecht (vgl. bijvoorbeeld Vred. Roeselare 1 maart 1996, *R.W.* 1997-98, 1054 (waar interessant genoeg evenzeer aan art. (22 *jo.*) 23 Gw. werd gerefereerd). Nochtans dient gesignaleerd te worden dat Hubeau 1996, p. 300 in deze aangelegenheden een verdienstelijke rol van art. 23 Gw. ziet in die zin dat het 'wordt ingeroepen en toegepast als een middel van marginale toetsing en correctie ten aanzien van de bepalingen van het huurrecht, wanneer de zuivere toepassing ervan tot sociaal ongewenste toestanden zou kunnen leiden'.

98 Engeland: *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30 (Private huurder overleden en overeenkomstig door verhuurder inbezitting geëist t.a.v. diens homoseksuele partner; laatste kon opvolgen als 'assured tenant' o.v.k. para 3(1) Ch. I *Rent Act* als zijnde lid van familie van de beschermde huurder, welke positie zijnde minder favorabel dan deze der 'statutory tenant' onder para 2(1) en (2) toegekend aan echtgeno(o)t(e); in strijd met voorafgaande *case-law* oordeelde het House of Lords in referentie aan art. 8 en 14 EVRM ook homoseksuele partners te worden gedekt door para 2). Italië: Corte Cost. 24 maart 1988 (nr. 404), *Giur. It.* 1988, I, 1627 (Onconstitutioneel is art. 6 wet 27 juli 1978 (*Disciplina delle locazioni di immobili urbani*) in zoverre het aangaande de opvolging in een huurovereenkomst na het overlijden van de oorspronkelijke huurder geen bescherming biedt aan zij die *more uxorio* met de huurder hadden samengeleefd evenals aan de feitelijk gescheiden echtgeno(o)t(e)). Portugal: T.C. 9 juli 1991 (nr. 359/91), *DR I-A* 15 oktober 1991 (Verzoek na scheiding van voorheen samenwonende partner tot overdracht van huurovereenkomst van woonruimte waar ze met de gemeenschappelijke kinderen verbleef; (toenmalig) art. 1110 CC welke deze

nadruk ligt op huisvesting *in se* doch wel op non-discriminatie ten aanzien van zij die in de echt zijn verbonden (waardoor dit feitentype gewoon meedrijft op de globale tendens het onderscheid tussen huwelijkse en andere duurzame samenlevingsvormen uit te vlakken). Verder kan in deze optiek nog worden verwezen naar onder meer situaties waarbij de verhuurder in bijzondere omstandigheden zich oneigenlijk beroept op ontbinding wegens eigen gebruik⁹⁹ of daarentegen de huurder juist tegen diens wil aan het contract gebonden wil houden.¹⁰⁰

Meest opvallend binnen het huurrecht is echter de actuele stortvloed aan litigaties omtrent de installatie van satellietschotels aan de buitenkant van het gehuurde (of in mede-eigendom bezeten) goed.¹⁰¹ Zowel in Duitsland¹⁰²

mogelijkheid enkel voorzag voor gehuwden en uit dit huwelijk voortkomende kinderen dient o.v.k. art. 36 Constitutie met het oog op de belangen van de natuurlijke kinderen in deze analoog te worden toegepast) en verwijzingen in voetnoot 96.

99 Duitsland: BVerfG 26 mei 1993, *BVerfGE* 89, 1 (Opzeg door verhuurder wegens persoonlijk gebruik (nl. voor haar zoon die ze in haar buurt wenst te hebben wegens haar slechte gezondheidstoestand) wordt door huurder aangevochten met beroep op art. 14 GG (eigendom) welke claim door het BVerfG aanvaard doch niet gehonoreerd wordt; gesteld wordt dat in de interpretatie van § 564 b BGB dient recht gedaan te worden aan de daarin geïncorporeerde belangenafweging met respect voor beide conflicterende eigendomsrechten en in vermijding van disproportionele beperkingen daarop, *ergo* door een evaluatie van het bezwaar vanwege de huurder versus de assertatie van persoonlijk gebruik (meer specifiek of de aangevoerde nood reëel is, het gebruik waarschijnlijk evenals of een alternatieve belangenverzoening eventueel mogelijk is), welk *in casu* naar behoren en in het voordeel van verhuurster was geschied).

100 België: Rb. Nijvel 5 mei 2000, *T. Vred* 2001, 73 (Verhuurder weigert opzeg huurder te aanvaarden daar de huurovereenkomst bepaalt dat, behoudens onderling akkoord, de overeenkomst slechts een einde neemt bij het verstrijken van een welbepaalde termijn, welke termijn niet vervuld was op ogenblik dat opzegging effect behoorde te nemen. Geoordeeld wordt dat, hoewel een gedwongen tenuitvoerlegging (althans tot voldoening van de huurprijs) in praktijk mogelijk is, men nochtans rekening dient te houden met de individuele vrijheid gegarandeerd bij art. 12 Grondwet en art. 5 EVRM, die zich ertegen verzetten dat een huurder tegen zijn wil wordt gedwongen een woning te betrekken (zie *terzake* Fierens & Wéry 2001, p. 82-84 waar gepreciseerd wordt dat dit vonnis ook op zuiver privaatrechtelijke grondslag had kunnen worden bekomen en waar de gehanteerde derdenwerking bekritiseerd wordt als een weinig wenselijke en niet ongevaarlijke oprekkings van de draagwijdte van de desbetreffende grondrechten)).

101 Zie m.b.t. deze problematiek algemeen De Vos 2009, p. 309-313.

102 BVerfG 10 maart 1993, *NJW* 1993, 1252; BVerfG 16 april 1993, *WuM* 1993, 231; BVerfG 14 februari 2005 (1 BvR 1908/01); OLG Frankfurt 22 juli 1992, *NJW* 1992, 2490; OLG Hamm 4 december 1992, *NJW* 1993, 1276; BayObLG 28 oktober 1994, *NJW* 1995, 337; BayObLG 30 november 2000, *WuM* 2001, 203; LG Bochum 29 mei 1991, *DWW* 1991, 308; LG Mannheim 29 april 1992, *ZMR* 1992 342; LG Stuttgart 30 januari 1992, *WuM* 1992, 367; LG Osnabrück 28 mei 1993, *DWW* 1993, 202; LG Hamburg 1 december 1993, *WuM* 1994, 391; LG Gera 14 juli 1994, *WuM* 1994, 523; LG Wiesbaden 28 oktober 1994, *DWW* 1995, 53; LG Baden-Baden 14 maart 1997, *WuM* 1997, 430; LG Wuppertal 25 mei 1999, *NJW-RR* 1999, 1457; LG Konstanz 23 november 2001, *WuM* 2002, 210; LG Berlijn 27 november 2003, *Grundeigentum* 2004, 181 evenals de verwijzingen in hoofdstuk 3, voetnoten 254, 256, 257 & 259. Zie m.b.t. deze thematiek o.a. Bielefeld 1993, p. 2-9; Drasdo 2005, p. 433-434; Eifert & Hoffmann-Riem 1995, p. 154-156; Henninger 1994, p. 201-203; Hitpaß & Maaß 1994, p. 578-584; Hitpaß &

en Nederland¹⁰³ evenals, meer incidenteel, in België¹⁰⁴ en Italië¹⁰⁵ zijn illustraties aan te treffen. Overigens speelt ook hier weer, althans duidelijk wat het Nederlandse recht betreft, een loutere terminologiewissel: waar de rechter van de jaren '60 zich in soortgelijke zaken nog bediende van eenvoudige goede trouw en het woongenot van de huurder,¹⁰⁶ verwijst zijn contemporaine collega (vooreerst) naar de vrijheid van meningsuiting (en eventueel het daarmee strijdende fundamentele eigendomsrecht), maar aan de oor-

Maaß 2000, p. 945-953; Hitpaß & Maaß 2003, p. 181-184; Horst 2005, p. 2654-2657; Mehrings 1997, p. 2273-2277; Müller 1994, p. 101-103; Stock & Achelpöhl 1998, p. 245-249; Volmer 1999, p. 12-15; Wiesner 1999, p. 131-133.

- 103 Ktr. Assen 25 maart 1986, *NJ* 1987, 15; HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168; Ktr. Sittard 3 december 1993, *WR* 1995, 85; Ktr. Gouda 15 december 1994, *WR* 1995, 52; Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, *WR* 1995, 53; Pres. Rb. Amsterdam 1 juli 1996, *WR* 1997, 34; Rb. Arnhem 10 december 1998, *WR* 1999, 37; Rb. Arnhem 28 januari 1999, *WR* 1999, 47 (tevens Rb. Arnhem 11 september 1997, *WR* 1998, 12); Ktr. Delft 22 februari 2001 en 31 mei 2001, *WR* 2001, 77; Rb. Amsterdam 18 juni 2003, *WR* 2003, 60; Rb. Amsterdam 13 augustus 2004, *WR* 2005, 6; Rb. Arnhem 3 januari 2005, *WR* 2005, 69; Rb. Dordrecht 24 maart 2005, *LJN*: AT3052; Rb. Amsterdam, sector kanton 19 juli 2005, *WR* 2005, nr. 101; Rb. 's-Gravenhage, sector kanton 16 augustus 2005, *WR* 2005, nr. 103; Rb. Amsterdam, sector kanton 10 mei 2007, *WR* 2007, nr. 77; Rb. Arnhem 31 juli 2007, *LJN*: BB0969; Hof 's-Gravenhage 1 augustus 2007, *LJN*: BB2283; Rb. 's-Gravenhage 22 augustus 2007, *LJN*: BB2640; Rb. Rotterdam 18 september 2007, *LJN*: BC1127; Rb. Utrecht 7 november 2007, *LJN*: BB8981; Rb. Alkmaar 5 november 2008, *LJN*: BG5038.
- 104 Vred. Wolvertem 20 maart 1997, *T. Vred.* 1998, 295 (opmerkelijk is dat horizontale werking hierin als omstreden wordt gepresenteerd evenals conclusie dat art. 10 EVRM 'niet geschon- den wordt door de beperkingen inzake constructies of installaties opgelegd door mede- eigenaars via een democratisch proces in overeenstemming met de statuten'); Vred. Moes- kroen-Komen-Warneton 15 april 2002, *Echos log.* 2003, afl. 5, 183; Vred. Oostende 17 decem- ber 2002, *T.G.R.* 2005, afl. 3, 192. Overwegend geschiedt de afhandeling echter op zuiver privaatrechtelijke grondslag (zie o.a. Vred. Antwerpen 13 november 1995, *T. App.* 2001, afl. 4, 44 (wel wordt daarin verwezen naar door verweerder aangehaalde 'internationale verdragsregels' welke evenwel de 'contractuele verbintenissen tussen partijen niet [kunnen] wijzigen'); Hof Gent 23 maart 2001, *A.J.T.* 2001-02, 146 (wel verwijzing naar 'Europese richtlijnen'); Vred. Seraing 14 maart 2003, *Echos log.* 2003, afl. 5, 18). Zie m.b.t. deze thematiek verder Timmermans 2000, p. 1-11.
- 105 Cass. 16 september 1983 (nr. 7418), *Foro It.* 1984, I, 415; Cass. 6 november 1985 (nr. 5399), *Foro It.* 1986, I, 707 (deze problematiek wordt actueel evenwel deels ondervangen bij *Decreto Legislativo* 11 februari 1997, nr. 55 (*GU* 13 maart 1997 (nr. 60)), art. 6 welke het recht op antenne vooropzet).
- 106 Ktr. Amsterdam 20 februari 1964, *NJ* 1964, 219 (uiteraard betreffende reguliere TV-antenne). Opmerkenswaardig is dat het recht op woongenot ook overeenkomstig een horizontale werking uitspraak uit 1986 een minstens evenwaardige bescherming biedt als art. 10 EVRM, overwogen werd immers dat de juistheid van een weigering tot vergunning dient te worden getoetst aan voornoemd artikel waarop evenwel onmiddellijk volgt dat 'verdere weigering van de vergunning een aantasting vormt van het woongenot, waarop [huurder] recht heeft krachtens de huurovereenkomst en dat geacht moet worden te omvatten de mogelijkheid tot een behoorlijk TV-ontvangst op de wijze die de huurder verkiest, voor zover daarbij niet een redelijk belang van de verhuurder wordt aangetast' (Rb. Assen 25 maart 1986, *NJ* 1987, 15).

deelsvorming zelf voegt dit weinig toe,¹⁰⁷ die blijft op eenzelfde afweging van belangen gestoeld.¹⁰⁸ Dit is trouwens ook het beeld dat verschijnt bij vergelijking tussen de *fundamental rights* rechtspraak in deze en bijvoorbeeld de op zuiver privaatrechtelijke normen gestoelde Franse;¹⁰⁹ in beide geschiedt de afweging op basis van diezelfde parameters: mate van esthetische aantasting van het gebouw, kans op schadegevallen, eventueel voorhanden zijnde alternatieven en, indien aangevoerd, de geloofwaardigheid van het *floodgates*-argument. Althans, in de jurisprudentie is wel een breuklijn merkbaar, maar deze ziet niet op het gebruik van grondrechten zelf, doch tekent zich enkel *binnen* deze categorie af. Verwacht daarbij geen idealistische, wel politieke motieven: een Duitser heeft minder recht op rechtstreekse informatiegaring uit het buitenland dan een vreemdeling.¹¹⁰ Of deze Duitser nu decennia in het land

107 Vgl. in deze overigens de positie van de wetgever die de vrijheid van meningsuiting (evenzeer) slechts een rol als *één* der in rekening te nemen omstandigheden van het geval voorschrijft (*Kamerstukken I* 2001/02, 28064, nr. 325b, p. 12).

108 Evengoed fungeert de verwijzing naar art. 10 EVRM soms zelfs maar als epiloog na de gehele afweging van belangen, zie bijvoorbeeld Rb. Dordrecht 24 maart 2005, *LJN*: AT3052.

109 CA Parijs 28 maart 1995, *Loyers et copr.* 1995, nr. 411; CA Parijs 25 oktober 1996, *Loyers et copr.* 1997, nr. 1; CA Parijs 6 maart 1997, *D.* 1998, somm. p. 127-128; CA Parijs 5 februari 1998 (Juris-Data nr. 020338), *Loyers et copr.* 1998, nr. 179; CA Parijs 5 februari 1998 (Juris-Data nr. 020339), *Loyers et copr.* 1998, nr. 179; CA Aix-en-Provence 7 april 1998, *Loyers et copr.* 1998, nr. 193; CA Versailles 13 oktober 1998, *JCP* 1999.II.10030; Cass. 10 februari 1999 (nr. 97-13356); CA Parijs 11 februari 1999, *Loyers et copr.* 1999, nr. 143; CA Parijs 30 maart 1999, *Loyers et copr.* 1999, nr. 247; CA Parijs 16 december 1999, *Loyers et copr.* 2000, nr. 94; CA Besançon 2 februari 2000, *Loyers et copr.* 2001, nr. 140; Cass. 9 februari 2000, *Loyers et copr.* 2000, nr. 120; CA Parijs 10 februari 2000, *AJDI* 2000, p. 434; Cass. 21 juni 2000, *Loyers et copr.* 2001, nr. 1; CA Parijs 27 juni 2001, *Loyers et copr.* 2002, nr. 15; Cass. 25 september 2002, *D.* 2002, IR, 2778; CA Parijs 30 april 2002, *Revue de Loyers* 2000, p. 454; Cass. 3 november 2005, *D.* 2005, IR, 2822. Wel werd in twee soortgelijke uitspraken een referentie aan grondrechten vastgesteld, nl. Trib. Antony 15 mei 1996 (aangehaald in CA Versailles 13 oktober 1998, *JCP* 1999.II.10030) ('[...] le tribunal après avoir observé qu'il convenait de distinguer le droit à l'antenne consacré par les dispositions de la loi du 2 juillet 1996 et le droit à l'information et à la liberté de communication, consacré par la Constitution') en CA Parijs 30 mei 2001, *Loyers et copr.* 2001, nr. 233 ('C'est ici la loi 66-457 du 2 juillet 1966, également d'ordre public, qui s'applique seule comme assurant la liberté de réception audiovisuelle dite 'droit à l'antenne', liberté fondamentale issue du droit à l'information proclamé par article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 qui fait partie intégrante de la constitution de la Cinquième République d'une part et par l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme d'autre part'), doch zonder dat daar enige impact van uit ging.

110 Stelregel is dat bij voorhanden zijn van kabel-TV of gemeenschappelijke schotelantenne, het recht een individuele schotelantenne te installeren slechts openstaat voor diegenen met een bijzondere *Informationsbedürfnisse*, welk in praktijk bijna enkel wordt geconstateerd in hoofde van buitenlanders. Met name zou hun situatie bij gebrek aan voldoende kanalen uit het thuisland deze van de Duitser zonder kabel-TV of gemeenschappelijke schotelantenne benaderen (cf. OLG Karlsruhe 24 augustus 1993, *NJW* 1993, 2815). Ideologisch heet het dat ze in staat moeten worden gesteld de culturele en linguïstische band met de Heimat te bewaren en daartoe, om eenzijdige berichtgeving te vermijden (cf. o.a. BVerfG 14 september 1995, *WuM* 1995, 693), ook over *afdoende* aantal kanalen dienen te beschikken (cf. o.a. BVerfG

waarvan hij met de schotelantenne TV-zenders wil ontvangen heeft gewerkt, daar een sociaal netwerk heeft opgebouwd, zich bij de gebeurtenissen algeheel betrokken blijft voelen en zijn talenkennis wil onderhouden doet daaraan niets af.¹¹¹ Evenzeer geldt dergelijke opstelling ten aanzien van de genaturaliseerde Duitser, en daarin schuilt juist de verklaring: wie zich tot de Duitse *Kulturkreis* heeft bekeerd dient zich daar volledig in onder te dompelen en het overige achter zich te laten.¹¹² Daar is wel tegen opgekomen, met name via het gelijk-

15 juni 1994, *WuM* 1994, 365; BVerfG 21 juni 1994, *NJW-RR* 1994, 1232; BVerfG 14 september 1995, *WuM* 1995, 693; LG Essen 12 maart 1998, *WuM* 1998, 344; LG Konstanz 23 november 2001, *WuM* 2002, 210; BGH 22 januari 2004, *NJW* 2004, 937 en tevens BVerfG 16 februari 1996, *WuM* 1996, 264; dit overigens in contrast met de oudere rechtspraak zoals blijkt uit o.a. LG Köln 28 juli 1993, *DWW* 1994, 23; LG Dortmund 30 september 1992, *WuM* 1993, 37 en in dergelijke zin tevens OLG Düsseldorf 12 november 1993, *NJW* 1994, 1163; edoch dient hieraan wel gevoegd worden dat naar BVerfG 10 maart 1993, *NJW* 1993, 1252 de aard van de informatie van weinig belang blijkt (zie tevens Müller 1994, p. 101 & 102)). Interessant is wel dat deze maatstaf niet reeds van bij aanvang werd gehanteerd, zo heette het in lagere rechtspraak begin jaren negentig nog '[d]ie Ausländereigenschaft gibt dem Beklagten keine Sonderrechte' (LG Frankfurt 24 juli 1990, *WuM* 1990, 492; zie verder o.a. LG Stuttgart 11 december 1990, *WuM* 1991, 212; LG Kaiserslautern 6 oktober 1992, *NJW-RR* 1993, 272). Tevens valt te signaleren dat meer recent ook haar verval ingeluid lijkt. Enerzijds doen technologische ontwikkelingen afbreuk aan het recht van buitenlanders om een schotelantenne te installeren: zij worden in toenemende mate verwezen naar het alternatief der *digit-box* of aanverwante decoders (althans indien aanbod en kostprijs daarvan aanvaardbaar zijn) (zie o.a. LG Konstanz 23 november 2001, *WuM* 2002, 210; LG Hannover 14 december 2004, *ZMR* 2005, 296; BVerfG 24 januari 2005, *NJW* 2005, 1709; BGH 2 maart 2005, *NJW-RR* 2005, 596; BVerfG 17 maart 2005 (Az: 1 BvR 42/03); OLG Celle 10 juli 2006 (4 W 89/6); zie tevens Horst 2005, p. 2656-2657). Anderzijds wordt ook de veroordeling van Duitsers tot enkel het kabeltelevisieaanbod binnen hedendaags medialandschap in vraag gesteld en eventueel als onaangepast bestempeld (zie o.a. BGH 22 januari 2004, *NJW* 2004, 937 ('Ob das im Kabelnetz verfügbare Medienangebot die Meinungsvielfalt noch hinreichend widerspiegelt, kann angesichts der zwischenzeitlichen technischen Entwicklung bezweifelt werden [...] Dieser Umstand könnte dazu führen, dass in weitergehendem Umfang auch deutsche Wohnungsnutzer nicht länger auf einen vorhandenen Kabelanschluß verwiesen werden können'); BayOLG 8 april 2004, *WuM* 2004, 358; zie tevens BayOLG 15 april 2004, *WuM* 2004, 359).

111 Zie bijvoorbeeld LG Hamburg 1 december 1993, *WuM* 94, 391; BayObLG 30 november 2000, *WuM* 2000, 203 (sterk op de Angelsaxische cultuur betrokken Duitser). Vgl. LG Baden-Baden 14 maart 1997, *WuM* 1997, 430 (gering gewicht professioneel belang als reporter buitenland). Zie niettemin LG Landau 7 december 1997, *NJW* 1998, 2147 (Duitser maar beter vertrouwd met de Poolse taal).

112 Zie bijvoorbeeld BayObLG 28 oktober 1994, *NJW* 1995, 337 ('Denn durch die Aufgabe der türkischen und die Annahme der deutschen Staatsangehörigkeit hat der Antragsgegner die Bindung an sein früheres Heimatland entscheidend gelockert und sieht nunmehr Deutschland als seine Heimat an. Damit tritt sein Interesse, die kulturellen und sprachlichen Verbindungen mit seinem früheren Heimatland aufrechtzuerhalten, deutlich in den Hintergrund'); LG Berlin 5 december 1994, *DWW* 1995, 115; LG Lübeck 29 december 1998, *NJW-RR* 1999, 1532; LG Berlin 27 november 2003, *Grundeigentum* 2004, 181 (zie tevens Horst 2005, p. 2655). Contra LG Wuppertal 25 mei 1999, *NJW-RR* 1999, 1457 (Duits koppel waarvan vrouw van Israëliëse herkomst en man vanwege de gemeente aangesteld aanspreekpunt voor de Joodse religieuze gemeenschap). Zie meer recent ook OLG Celle 10 juli 2006 (Az: 4 W 89/06) dat zich tegen dergelijke visie uitdrukkelijk verzet.

heidsbeginsel van art. 3 *Grundgesetz*, maar juist op deze basis ook ontkend.¹¹³ Het is een houding die voorzeker kan worden bekritiseerd en bijvoorbeeld in de Nederlandse rechtspraak, die nochtans op een equivalente norm is gebaseerd, nimmer opduikt en naar vermoeden op weinig sympathie zou kunnen rekenen.¹¹⁴ Kortom, duidelijk is dat wat hier spreekt niet zozeer de grondrechten zijn, maar wel een bepaalde integratiepolitiek, die middels grondrechten geserveerd wordt.

4.3 FAMILIERECHT

Binnen het familierecht¹¹⁵ heeft ongetwijfeld het conflict tussen huwelijk en religie de meeste anciënniteitsaanspraak. Zowel binnen de Zwitserse¹¹⁶ en de Nederlandse¹¹⁷ rechtspraak zijn het de eerste derdenwerkinglitigaties in

113 BVerfG 9 februari 1994, *BVerfGE* 90, 27; BayObLG 25 maart 1994, *NJW-RR* 1994, 848; BVerfG 15 juni 1994, *WuM* 1994, 365; BVerfG 30 juni 1994, *NJW-RR* 1994, 1232; LG Berlijn 5 december 1994, *DWW* 1995, 115. Zie tevens LG Gera 14 juli 1994, *WuM* 1994, 523 en Müller 1994, p. 102-103.

114 In Nederlandse jurisprudentie wordt nationaliteit *etc.* in de regel zelfs niet vernoemd.

115 Opgemerkt dient te worden dat de selectie van horizontale rechtspraak op dit domein in het bijzonder uitermate precair is aangezien dergelijke zaken veelal neerkomen op een rechtstreekse aanvechting van een bepaalde wetgeving en de dimensie van het *fundamental rights* argument aldus onzuiver bekomt, zo bijvoorbeeld aangaande onderscheid in behandeling tussen huwelijkse en niet huwelijkse samenlevingsvormen (HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 686; Arr.-Rb. Roermond 26 juni 1997, *NJ* 1998, 182; HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278; HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585), erkenning en ontkenning van vaderschap (HR 8 april 1988, *NJ* 1989, 170; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450; HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 374 (zie tevens HR 18 mei 1990, *NJ* 1991, 375; HR 22 februari 1991, *NJ* 1991, 376; HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 440; HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 65; Hof Amsterdam 21 december 1992, *NJ* 1994, 131; Hof 's-Gravenhage 1 maart 1991, *NJ* 1991, 732; Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 1997, *NJ* 1998, 143; Hof 's-Gravenhage 13 september 1996, *NJ* 1997, 96), adoptie (HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 438; Hof Amsterdam 13 april 1995, *NJ* 1996, 240; Arr.-Rb. Amsterdam 12 juni 1996, *NJ* 1997, 98; Arr.-Rb. Haarlem 30 juli 1996, *NJ* 1997, 351; Arr.-Rb. Amsterdam 5 november 1997, *NJ* 1999, 11) of onderscheid in behandeling van buitenechtelijke kinderen (HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450).

116 BGer 23 augustus 1878, (4) *BGE* 1878, 434 (In de context van art. 49 BV werd geoordeeld dat een enkel verschil in religieuze overtuiging de echtgenoot niet het recht geeft de vrouw uit de echtelijke woning te verstoten en de echtscheiding te verlangen, slechts wanneer de religieuze onenigheid een ontwrichting van de echtelijke verhouding tot gevolg heeft behoort dit laatste tot de mogelijkheden; zie tevens § 2.2.3).

117 Arr.-Rb. Zwolle 19 februari 1975, *NJ* 1976, 266. Zie tevens HR 27 juni 2003, *JOL* 2003, 351 (m.n. de conclusie van P-G Strikwerda); HR 21 januari 2005, *LJN*: AR6211 (m.n. de conclusie van P-G Strikwerda); HR 9 december 2005, *LJN*: AU5285 (zie in bijzonder de conclusie van P-G Strikwerda en het aldaar weergegeven vonnis *a quo* Hof Amsterdam 21 april 2005) m.b.t. verzet tegen echtscheiding als inbreuk op vrijheid van godsdienst (vgl. anderzijds het zuiver privaatrechtelijke HR 12 juli 2002, *LJN*: AE4037)).

dit rechtsgebied, en ook in Duitsland¹¹⁸ dook het snel op. De Zwitserse, daterende uit 1878 is zelfs de oudste *tout court*. Alle uitspraken, hoewel zich over bijna een eeuw uitstrekkende, betroffen een gelijkaardige feitenconstellatie, namelijk divergentie tussen de religieuze opvattingen beider echtgenoten welke het huwelijk op ontbinding afstevenen deed. Interessant zijn deze uitspraken niet enkel in hun historische waarde maar opnieuw tevens als denkpiste voor een der meest miskende elementen der *Drittwirkung*, namelijk dat dergelijke jurisprudentie frequent niet meer dan een zuivere terminologiewissel behelst. Soortgelijke litigaties als hier voorliggen zijn bijvoorbeeld in Franse jurisprudentie decennia schering en inslag geweest, met gelijkaardige resultaten tot gevolg, doch zonder referentie aan grondrechten, enkel met oriëntatie op fundamentele vrijheden of privaatrechtelijke principes.¹¹⁹ Een optie die zonder meer ook voor andere rechtssystemen, het Nederlandse, Zwitserse en Duitse inclusief, heeft opengelegd. Veelbetekenend is dat nu echter ook in de Franse jurisprudentie referenties aan grondrechten beginnen op te duiken, zij het enkel op instigatie van een der procespartijen.¹²⁰ Het recente verschijnen van grond-

118 BGH 24 oktober 1963, NJW 1963, 761 (Toetreding echtgenoot tot Getuigen van Jehova wegens de rigoureuze leer en opgelegde verplichtingen daaraan verbonden aan te merken als grove fout die echtscheiding verantwoordt, vrijheid van religie is geen vrijbrief tot miskenning van anderen; zie o.a. Müller-Freienfels 1964, p. 305 *et seq.*); BVerfG 7 april 1964, BVerfGE 17, 302 (Fout echtscheiding ontsproten uit wissel van religie door echtgenote (van Evangelische naar Nieuw-Apostolische Kerk) wordt deels bij haar gelegd (*cf.* BGH 6 april 1960, BGHZ 33, 145; OLG Nürnberg 29 mei 1962, FamRZ 1962, 524), waartegen zij zich verzet met een beroep op vrijheid van religie (art. 4 GG); Middel faalt aangezien door de feitenrechter niet de wissel zelf als foutief bestempeld wordt, wel de wijze waarop zij hieraan uitvoering gaf (met name zonder voorafgaande kennisgeving aan echtgenoot niettegenstaande diens voorheen geuite bezwaren en waarschuwing zich dan als gescheiden te beschouwen; de terugkeer van de 'Versiegelung' (sacrament binnen NAK) getooid met bloemen die op het feestelijke karakter van de gebeurtenis wezen en de echtgenoot als een uitdagende geringschatting van zijn opvattingen en bedenkingen heeft moeten aanvoelen)) (zie tevens Kästner 1991, p. 47, voetnoot 56; Ramm 1996, p. 38, voetnoot 42).

119 Resultante is de opvatting dat elke echtgeno(o)t(e) vrij is de godsdienst van zijn of haar keuze te belijden (Trib. Seine 18 juni 1945, Gaz. Pal. 1945.2.38) en zich zonder inspraak van de partner ook tijdens het huwelijk bekeren kan (TGI Pontoise 17 februari 1972, Gaz. Pal. 1972.1.345; CA Parijs 15 oktober 1971, Gaz. Pal. 1972.1.121) zonder dat het uitoefenen van religie mag oplopen tot ernstige verwaarlozing van huwelijkse plichten (Trib. Seine 18 juni 1945, Gaz. Pal. 1945.2.38 (vgl. evenwel CA Nîmes 10 juni 1967, D. 1969, Jur., 366 (zie terecht kritisch Barbier 1969, p. 137-139; Carbonnier 1969, p. 368-370)); TGI Avignon 20 december 1966, D. 1969, 367; CA Parijs 12 januari 1972, D. 1972, Jur., 217; TGI Pontoise 17 februari 1972, Gaz. Pal. 1972.1.345; CA Amiens 3 maart 1975, D. 1975, Jur., 706): net zomin als religie op zich een fout uitmaken kan die tot scheiding aanleiding geeft vermag het een excuus te vormen voor daadwerkelijke huwelijkstekortkomingen (zie m.b.t. deze problematiek o.a. Barbier 1972, p. 22 *et seq.*; Géraldy 1975, p. 709-711; secundair Robert 2004, p. 344).

120 Cass. 21 mei 1990, Lexilaser nr. 613 & Cass. 9 oktober 1996, Bull. Civ. II, nr. 234, p. 138 (in beroep: CA Montpellier 7 november 1994, D. 1997, 98) waar wegens beweerde miskenning van art. 9 EVRM beroep aangetekend werd tegen echtscheidingsuitspraken waarin, op basis van feiten aan religie gerelateerd, de fout bij appellanten werd gelegd. In het eerste geval had appellant gedurende verscheidene maanden zijn gezin in de steek gelaten om zich in een abdij terug te trekken, daartoe geïnspireerd door echtelijke strubbelingen en het

rechten binnen verwante Portugese jurisprudentie doet eenzelfde louter terminologische evolutie vermoeden.¹²¹

Huwelijk en echtscheiding blijven evenwel ook los daarvan een dankbare bron waaruit steeds nieuwe exponenten van horizontale werking ontspruiten. Het crescendo in het adagium *wooring, wedding and repenting* speelt ook hier. Huwelijksvoornemens hebben naar vastgesteld slechts in het Nederlandse recht tot manifestaties van horizontale werking geleid, namelijk in aangelegenheden waar de ouder(s) weigerde(n) de vereiste toestemming tot het huwelijk van een minderjarige dochter te verlenen. In drie dergelijke zaken werd de weigering door de Hoge Raad doorbroken middels referentie aan art. 12 EVRM.¹²²

bewustzijn in doodzonde te leven daar zijn eerste huwelijk nimmer was ontbonden. In het tweede geval had de appellant zich aangesloten bij de Getuigen van Jehova, waarin op zich uiteraard geen fout werd gezien (erkend werd dat ongeacht de solemnele beloften bij het aangaan van een katholiek huwelijk, het de echtgenoten vrijstaat van religie te wisselen of hiervan afstand te doen alsof ongehuwden), maar wel in de daarbij aansluitende weigering aan familie- en religieuze feesten deel te nemen. In beide gevallen werd dit cassatiemiddel afgewezen onder referentie aan de soevereine appreciatie van de feitenrechters m.b.t. de invulling van het foutcriterium.

- 121 STJ 1 februari 1990 (nr. 078359) (De echtgenoot heeft niet het recht aan het gezin een welbepaalde religie op te leggen (art. 41 Constitutie); de familieleden dienen hun vrijheid aangaande echter in die zin uit te oefenen zodat geen conflict ontstaat met de familiale plichten; schendt niet de samenwerkingsplicht de vrouw die, nadat ze haar geloofsovertuiging gewijzigd heeft, zorg draagt voor het huis, voedsel bereidt en over de kinderen waakt, hoewel ze op bepaalde dagen of tijdstippen niet beschikbaar is tot deelname aan familiefeesten of visites) en STJ 18 mei 2002 (nr. 02B1290) (Echtgenoot was, in tegenstelling tot zijn katholieke echtgenote, lid van de Kerk 'Maná' en spendeerde het merendeel van zijn tijd, zowel thuis als in de auto, zowel wanneer alleen zijnde als in gezelschap van zijn echtgenote, aan het lezen van boeken en luisteren naar tapes van deze geloofsgemeenschap; hij beschuldigde zijn echtgenote een portaal te zijn waarlangs de duivel binnentreedt en trachtte haar gedurig te bekeren; beschadigde bestaande objecten binnen de gezinswoning als zijnde demonisch *etc.* In kader van art. 1779 CC, welk voorschrijft dat een huwelijkspartner de echtscheiding kan verzoeken indien de andere partner foutief is tekortgeschoten in de vervulling van de echtelijke plichten en aldus verdere samenleving onmogelijk maakt, wordt gesteld dat in deze het feit dat de echtgenoot handelde in uitoefening van zijn vrijheid van religie geen excuus uitmaakt; de constitutioneel gegarandeerde vrijheid (art. 41) vindt zijn grenzen in de rechten van anderen. Geconcludeerd dient te worden dat de echtgenoot ten foutieve titel is tekortgeschoten in zijn plicht zijn echtgenote te respecteren (daaronder onder meer begrepen aantasting van haar morele integriteit, beperking van haar zelfbeschikingsrecht en vrije meningsuiting)).

- 122 HR 4 juni 1982, *NJ* 1983, 32 (Gesteld werd dat in geval van een niet (redelijk) gemotiveerde weigering het bij art. 1:36 BW aan de met het gezag beklede ouder verleende vetorecht niet verenigbaar is met het in art. 12 EVRM toegekende recht te huwen (ook al wordt in rekening genomen dat dit recht niet absoluut is doch slechts gegarandeerd 'volgens de nationale wetten welke de uitoefening van dit recht beheersen')); HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 54; HR 20 december 1985, *NJ* 1987, 54 (alwaar gepreciseerd wordt dat de redelijkheids-toetsing niet tot een marginale evaluatie behoort beperkt te worden). Wat de lagere rechtspraak betreft zie Ktr. Gorinchem 8 november 1982, *NJ* 1983, 383 waar het onthouden van de toestemming gemotiveerd werd door de weigering van de dochter en haar aanstaande echtgenoot zich bij een welbepaalde kerkgenootschap in te schrijven. Het kantongerecht hield, in referentie aan HR 4 juni 1982, voor dat de ouders in deze geen aan rechterlijke

Dat zich ook buiten Nederland dergelijke met fundamentele rechten afgehandelde procedures hebben afgespeeld is niet onwaarschijnlijk,¹²³ maar hun oudmodisch karakter maakt alvast dat minder kans en noodzaak bestaat alsnog dergelijke equivalenten op te sporen.¹²⁴

Het huwelijk zelf leidt reeds tot meer op *fundamental rights* georiënteerde twisten, voornamelijk wanneer er een verbod tegen dat huwelijk bestond. Dergelijk verbod kan bijvoorbeeld zijn opgenomen in een testamentaire beschikking (o.a. in de voorwaarde een partner van gelijkwaardige stand te huwen)¹²⁵ of in een arbeidsovereenkomst. Bij dit laatste dient dan niet zozeer gedacht worden aan de eenvoudige voorwaarde niet te huwen (daarvoor heeft het arbeidsrecht of maatschappelijke consensus meestal behoorlijk scherpe normen aangereikt), doch wel gevallen waarin een (bepaalde) huwelijkse staat (of aanverwante samenlevingsvorm) onverenigbaar wordt bevonden met de desbetreffende job. Zowel in het Duitsland als het België van enkele decennia geleden zagen leerkrachten van het katholiek onderwijs zich aldus voor ontslag geplaatst bij huwelijk met een uit de echt gescheiden man of priester (of eventueel samenleving in concubinaat),¹²⁶ waartegen dan verzet aangetekend werd met beroep op grondrechten (vrijheid van huwelijk, religie, het recht op privéleven *etc.*), en meer recent dook soortgelijk gegeven zelfs nog op in de Italiaanse rechtspraak.¹²⁷

controle onttrokken vetorecht hebben, daar anders tekort zou worden gedaan aan art. 12 EVRM. *In casu* werd door het gerecht vervangende toestemming gegeven daar de weigering in strijd werd geacht met de vrijheid van godsdienst en overtuiging als neergelegd in art. 9 EVRM. Zie tevens Rb. Zutphen 7 oktober 1983, *NJ* 1984, 142 (referentie, naast HR 4 juni 1982, aan 'het fundamentele recht van appellante om te huwen' welk *in casu* kwam te primeren).

123 Vergelijk alvast de suggestie terzake van Rolin als opgenomen in Van Leuven 2008, p. 142-143.

124 Zie m.b.t. deze problematiek tevens Debet 2002, p. 577-578.

125 Italië: Cass. 11 januari 1986 (nr. 102), *Foro It.* 1986, I, 936 (niet in strijd met gelijkheidsbeginsel (art. 3 Const.)); Duitsland: BGH 2 december 1998, *NJW* 1999, 566 en BVerfG 22 maart 2004, *NJW* 2004, 2008, zie terzake uitgebreid De Vos 2008, p. 801 *et seq.*, in bijzonder p. 823-824.

126 In België *de jure* meestal via uitdrukkelijk ontbindend beding, nl. standaardclausule stellende dat de overeenkomst van rechtswege en zonder vergoeding is verbroken zodra 'het personeelslid zich in een persoonlijke of gezinstoestand bevindt die onverenigbaar is met de wetten van de katholieke moraal of de wetten van de Katholieke Kerk ernstig schendt' (Art. 41 § 2 Statuut lekenpersoneel later art. 31 § 1 4° Algemeen Reglement onderwijzend en administratief personeel van het katholiek middelbaar, normaal en technisch onderwijs. Zie m.b.t. deze problematiek o.a. De Jonghe 1977, kol. 1254-1256; Vandermeulen 1974, p. 322-334; Van Eeckhoutte 2002, p. 1379-1381; Verstegen 1977, kol. 1953-1960 evenals conclusie A-G Dumon tot Cass. 12 januari 1977 gepubliceerd te *R.W.* 1976-77, kol. 1939-1949.

127 Cass. 16 juni 1994 (nr. 5832), *Foro It.* 1995, I, 875 (Ontslag leerkracht lichamelijke opvoeding katholieke school wegens uitsluitend burgerlijk (d.w.z. geen kerkelijk) huwelijk is onrechtmatig; de uitoefening door de leerkracht van diens fundamentele rechten maakt geen conflict uit op de inrichtings- en onderwijsvrijheid schooldirectie (art. 33 Constitutie); lessen lichamelijke opvoeding impliceren immers geen referentie aan de ideologische oriëntatie van de leerkracht en brengen aldus ook deze van de onderwijsinstelling niet in het gedrang). Of dat een volkomen representatie verschaft van de Italiaanse houding terzake kan in het licht

Deze rechtspraak is in feite veelbetekenend voor het vermogen van fundamentele rechten. Het succes was namelijk behoorlijk wisselvallig. In Duitsland vermocht een enkel *Landesarbeitsgericht* er nog wel begrip voor op te brengen,¹²⁸ maar dat werd snel uit de weg geruimd door het *Bundesarbeitsgericht* die er een andere opvatting van de constitutionele voorschriften op na hield,¹²⁹ een opvatting die nadien getrouw door overige rechtsinstanties werd gevolgd.¹³⁰ In België was het beeld evenzeer diffuus en ook hier met ontkennde teneur.¹³¹ Met name was er enkel het Arbeidshof te Brussel die deze *fundamental rights claim* meermaals honoreerde,¹³² terwijl het overige deel

van de meer recente descriptie te Favilli & Fusaro 2007, p. 308 *et seq.* (waar deze uitspraak overigens niet wordt genoemd) evenwel betwijfeld worden. Met name wordt daar gerapporteerd dat naar o.a. Corte Cost. 22 januari 1982 (nr. 18/1982), GU 10 februari 1982 en Consiglio di Stato 18 april 2005, nr. 1762 de lijn is dat geen vordering ter rechtbank kan worden gebracht tegen de beslissing der autoriteiten van de katholieke Kerk al dan niet leerkrachten tot onderwijs aan private scholen van katholieke signatuur aan te nemen of te ontslagen als zou dergelijke actie een ontoelaatbare inmenging in de vrijheid van deze onderwijsinstanties vertegenwoordigen; slechts zou mogelijk zijn aan te kaarten dat de procedure voor bijvoorbeeld de kerkrechtelijke rechtbanken niet geschiedt overeenkomstig een wijze die toestaat de constitutionele rechten der procespartijen afdoende te garanderen.

- 128 LAG Saarbrücken 29 oktober 1975, NJW 1976, 645 (Ontslag directrice van katholieke kleuterschool wegens huwelijk met uit de echt gescheiden man als onrechtmatig beoordeeld o.a. in referentie aan het recht op huwelijk met een partner van eigen keuze als onderdeel van het in grondwet gegarandeerde recht op vrije ontplooiing van persoonlijkheid (art. 2 [& 6] GG); zie o.a. Mayer-Maly 1976, p. 1118-1119) vernietigd bij BAG 25 april 1978, NJW 1978, 2116 (zie voetnoot 129).
- 129 BAG 25 april 1978, NJW 1978, 2116 (Geen schending van art. 6, 4 of 2 GG). Deze rechtspraak staat onder sterke invloed (*cf.* Abrantes 2000, p. 141) van de hevig bekritiseerde (*cf.* Benda 1966, p. 465 en (*ref. in*) LAG Saarbrücken 29 oktober 1975, NJW 1976, 646) uitspraak van het BAG 31 januari 1956, NJW 1956, 646 alwaar, evenzeer met inachtnaam van grondrechten, het ontslag wegens burgerlijk huwelijk van een uit de echt gescheiden werknemer van een kerkelijk hospitaal rechtmatig werd geoordeeld. Zie m.b.t. deze problematiek *in globo* o.a. Rùthers 1978, p. 2066 *et seq.*
- 130 LAG Hamm 3 november 1977, NJW 1978, 850 (Ontslag directrice en kleuterleidster katholieke kleuterschool wegens samenleven met katholieke priester behelst geen schending art 2, 4 of 6 GG).
- 131 Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956, T.S.R. 1958, 252; Wrr. Charleroi 7 juli 1970, J.T.T. 1970, 103; Arbrb. Bergen 10 juni 1971, T.S.R. 1971, 164; Arbh. Brussel 19 juni 1972, J.T.T. 1975, 298; Arbrb. Hasselt 16 april 1973, R.W. 1973-74, 391; Arbh. Brussel 4 mei 1973, R.W. 1973-74, 382; Arbrb. Gent 12 april 1974, R.W. 1974-75, 1956; Arbh. Luik 27 juni 1974, J.T.T. 1974, 217; Arbh. Antwerpen 7 mei 1976, R.W. 1976-77, 1249; Cass. 8 december 1976, J.T.T. 1977, 27; Arbh. Brussel 24 november 1977, J.T.T. 1978, 63; Arbh. Gent 9 mei 1979, R.W. 1978-80, 1458 (zie Bax & Willekens 1981, kol. 67-69). Vgl. voor gelijkaardige situatie in het gemeenschapsonderwijs R.v.St. 20 december 1985, R.W. 1986-87, kol. 246 (zie o.a. De Schutter 1999a, p. 293-304; Lambrechts 1986, p. 260-262).
- 132 Arbh. Brussel 19 juni 1972, J.T.T. 1975, 298 (De hoofdargumentatie is trouwens volkomen privaatrechtelijk van aard (nl. het feit dat ontslag wegens dringende reden niet mogelijk is daar de feiten hier *in concreto* geen aanleiding toe vormen en verder dat het ontbindend beding (zie voetnoot 126) niet in rekening kan worden genomen o.a. wegens incompatibiliteit met art. 51 Wet 21 november 1969); het is pas in de laatste overweging dat het Hof haar aandacht naar fundamentele rechten richt. Meer bepaald wordt gesteld dat, hoewel

der zittende magistratuur duidelijk meende dat het hier zonder meer een legitieme inperking van grondrechten betrof; gesteld werd dat men zich niet moest beklagen wegens restricties van slechts relatieve aard, ingegeven door een rechtmatig belang¹³³ en het resultaat van een vrij en met kennis van zaken aangegane overeenkomst.¹³⁴ Significant genoeg werd het debat pas eind jaren '70 door het Hof van Cassatie *op exclusief privaatrechtelijke grond*¹³⁵ beëin-

bij het aanwerven van personeel morele of filosofische voorwaarden kunnen worden gesteld, het echter niet zo kan zijn dat het wegvallen van deze kenmerken de onmiddellijke verbreking van de overeenkomst impliceert: een dergelijke schikking (in de mate dat zij voorkomt als een sanctie) is strijdig met de vrijheid van mening en religie); Arbh. Brussel 4 mei 1973, R.W. 1973-74, 382 (De referentie aan het EVRM fungeert ook hier als argument ten overvloede: op het moment waarop ontslag werd gegeven was slechts sprake van een voorgenomen huwelijk en stond ook nog steeds de mogelijkheid van dispensatie vanwege de katholieke overheid open zodat van strijd met de katholieke moraal nog geen sprake kon zijn); Arbh. Brussel 24 november 1977, J.T.T. 1978, 63 (Het arrest getuigt van een sterk direct effect. Zonder privaatrechtelijke intermediatie (art. 21bis (verbod huwelijk als ontbindende voorwaarde in bediendecontract op te nemen) was niet van toepassing daar deze zaak geen huwelijk betrof maar wel concubinaat en overspel) werd rechtstreeks teruggegrepen naar art. 8 EVRM met inbegrip van de exclusieclausule. Het bezwaar van de onderwijsinstelling (en zelfs van het OM) in relatie tot toepassing van de exclusieclausule werd door het Hof scherp afgewezen: 'Si ce paragraphe n'a prohibé que l'ingérence de l'autorité publique, c'est assurément parce que seule l'autorité publique dispose d'un droit de coercition vis-à-vis des citoyens, et l'intention de la convention de sauvegarde n'est évidemment pas de déclarer licite l'ingérence de personnes privées dans la vie privée et familiale, lorsque ces personnes invoquent un droit contractuel à cet égard'. Ook voor het overige houdt het Hof aan een strikte toepassing van art. 8 EVRM: elke private overeenkomst die afbreuk doet aan de rechten van de Conventie is nietig, zo wordt gesteld. Een afwijkende visie zou immers impliceren, aldus nog steeds het Hof, dat een private macht contractuele verzaking van EVRM-rechten zou kunnen opleggen en bijgevolg de rechter zou kunnen dwingen contracten te respecteren die systematisch de toepassing van bepalingen van openbare orde uitsluiten hoewel deze normen zelfs over de nationale wet primeren. Het zou betekenen dat men private machten boven de wet plaatst. Het beroep van de onderwijsinstelling op de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van religie en onderwijs (evenals art. 9 & 10 EVRM) kan overigens niet baten: 'Aucune de ces dispositions des lois belges n'autorise l'appelante à faire respecter ses propres convictions religieuses ou morales aux dépens des droits et libertés fondamentales garanties par la Convention de sauvegarde').

133 Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956, T.S.R. 1958, 252; Wrr. Charleroi 7 juli 1970, J.T.T. 1970, 103 (d.m.v. extensief citaat uit voornoemd Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956); Arbrb. Bergen 10 juni 1971, T.S.R. 1971, p. 164 (in referentie aan voornoemd Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956); Arbrb. Hasselt 16 april 1973, R.W. 1973-74, 391 (enkel wat betreft het 'rechtmatig belang'; naar het relatieve karakter van de beperking wordt niet verwezen).

134 Arbh. Luik 27 juni 1974, J.T.T. 1974, 217 (preciserende dat noch de Belgische openbare orde noch het EVRM zich ertegen verzetten dat een burger vrijwillig bepaalde van zijn rechten beperkt in functie van een ideaal dat men najaagt of een voordeel dat men tracht te verkrijgen 'car il s'agit là aussi de l'exercice d'une liberté que ces lois ont eu pour but de promouvoir'); Arbh. Antwerpen 7 mei 1976, R.W. 1976-77, 1249, noten J. De Jonghe en M. Rigaux; Arbh. Gent 9 mei 1979, R.W. 1978-80, 1458.

135 Nochtans wordt wel aan het EVRM gerefereerd door het bestreden arrest, de procespartij en de A-G.

digd door de praktijk als onwettig te bestempelen.¹³⁶ Het zegt veel over de inhoud die grondrechten aan een litigatie bijbrengen: zij staan volledig ten dienste van de opvattingen en voorkeuren van maatschappij en zittende rechters, zijn in dier handen slechts een instrument, doch geen richtsnoer; verrassend kan dan ook niet heten dat in de voornoemde recente Italiaanse uitspraak men de rechten van de onderwijzer laat primeren, de maatschappij is nu eenmaal in meer laïcistische zin geëvolueerd. Overigens, interessant is tevens te weten dat o.a. de Belgische grondrechtsvrije equivalenten in deze eveneens een gelijkaardig diffuus overwegend negatief beeld schetsen, *ergo* dat ook zonder grondrechtenbelangstelling het ontslag soms nietig werd geacht.¹³⁷ Het is slechts een enkel van de talrijke voorbeelden die de veelvuldig gehoorde doch nimmer sterk onderbouwde bewering alsdat grondrechten tot een betere bescherming zouden leiden, weerspreekt.

Echtscheidingsperikelen ten slotte, leveren nog de meeste derdenwerking geïnspireerde litigaties op, maar de collectie is heel divers, bijna *at random* uitgestrooid: alimentatieverplichtingen,¹³⁸ gebruik van de oude gezinswoning,¹³⁹ stalking,¹⁴⁰ bijdragen in het onderhoud van de kinderen¹⁴¹ en

136 Cass. 8 december 1976, *J.T.T.* 1977, 27 (art. 21*bis* (cf. voetnoot 132) werd van toepassing geacht). Zie verder Cass. 12 januari 1977, *R.W.* 1976-77, 1937; Cass. 25 juni 1979, *R.W.* 1979-80, 183.

137 O.a. Wrr. Ber. Antwerpen 24 maart 1969, *R.W.* 1970-71, 911 (aangaande een huwelijk met een uittredend priester; strijd met de openbare orde) (zie anderzijds echter Arbrb. Antwerpen 31 maart 1971, *R.W.* 1970-71, 1862 (geen strijd met de openbare orde daar niet het huwelijk zelf gevisieerd wordt maar slechts de persoonlijke of gezinstoestand waarin de onderwijzeres zich heeft geplaatst door (het voornemen) met een katholiek priester te huwen); Arbh. Antwerpen 20 december 1977, *T.S.R.* 1978, 66 (vernietigd bij Cass. 25 juni 1979, *R.W.* 1979-80, 183; geen strijd met openbare orde (want belangrijk belang)). Zie tevens Arbrb. Mechelen 4 september 1973, *R.W.* 1974-75, 499 (geen bewijs dat een huwelijk met een uit de echt gescheiden man strijdig zou zijn met de wetten van de rooms-katholieke moraal).

138 Portugal: STJ 12 januari 1978 (nr. 066894) (Feit dat de *de facto* gescheiden echtgenote zelf inkomsten verwerft is geen voldoende reden om haar de alimentatie vanwege de echtgenoot te ontnemen, dit zou slechts het geval zijn mocht ze genoeg middelen verwerven tot eigen onderhoud; art. 13 van de Constitutie (gelijkheid) staat aan deze onderhoudsplicht tussen echtgenoten niet in de weg). Zwitserland: KtG St. Gallen 1985, aangehaald in Zäch 1989, p. 4 (Wanneer bij scheiding het gezinsinkomen niet volstaat om beide partners het bestaansminimum te garanderen, dienen de desbetreffende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek geïnterpreteerd te worden overeenkomstig de constitutionele gelijkheidsclausule, en aldus de middelen evenredig te worden verdeeld over beide partners in verhouding tot de respectieve behoeften).

139 Met name verzet tegen de toewijzing hiervan tot exclusief gebruik door de ex-partner (en eventuele kinderen), in de regel overigens zonder succes. Zo o.a. in Italië (Cass. 11 december 1992 (nr. 13126), *Dir. fam.* 1993, 497 (art. 3 & 42 Const.); Cass. 26 mei 2004 (nr. 10102), *Fam. e dir.* 2004, 23 (art. 30 Const.)) en in Portugal (STJ 16 december 1999 (nr. 99A998) (art. 62 Const. (eigendom)); STJ 11 december 2001 (nr. 01A3852) (art. 65 Const. (huisvesting))).

140 Zie bijvoorbeeld in Nederland Hof Arnhem 9 juli 1974, *NJ* 1975, 359 (Geen rechtvaardiging van de actie middels art. 10 EVRM, hoewel daarbij tevens de vraag werd gesteld of deze bepaling wel zomaar in private relaties kon toegepast worden en daarenboven of de

omgangsrecht met deze laatste,¹⁴² zijn er slechts enkele. Deze variatie enerzijds en de niettemin relatief beperkte vertegenwoordiging per casustype anderzijds, doet reeds het relatieve belang ervan vermoeden: *in globo* breekt het *fundamental rights* argument geen potten.

Terzake deze laatste opsomming dient overigens opgemerkt te worden dat het casustype aangaande omgangsrecht zich uiteraard niet beperkt tot gevallen van echtscheiding, maar zich evengoed uitstrekt over louter biologisch ouderschap, grootouderschap en andere familiale banden evenals, zij het enkel in de Nederlandse rechtspraak, 'sociale verwantschap'.¹⁴³ Nu verwondert dat laatste niet, in Nederland is de verzameling aan *fundamental rights* georiënteerde omgangsrechtlitigaties *überhaupt* zeer ruim¹⁴⁴ en zijn deze rechten

litigieuze gedraging wel als meningsuiting in de zin van dit artikel kon worden beschouwd) en Hof Amsterdam 18 maart 1991, *NJ* 1992, 449 (Openbare actievoering en verzending postkaarten met tot doel meer omgang met kind te krijgen na afspraak het contact tot minimum te beperken kan niet gerechtvaardigd worden op basis van art. 8 EVRM).

- 141 Duitsland: BVerfG 6 februari 2001, *NJW* 2001, 957 (Voorhuwelijks overeenkomst bij scheiding aan de partner nimmer en ten aanzien van het ophanden zijnde kind nooit meer dan 150 DM alimentatie te betalen, is, vanuit de ondergeschikte onderhandelingspositie van vrouw, ongeldig wegens strijd met art. 2 (persoonlijke ontplooiing) jo. 6 IV GG (recht van elke moeder op zorg en bescherming vanwege de gemeenschap) & 6 II GG (recht en plicht ouders tot opvoeding en de staatsverplichting tot supervisie hieromtrent); zie o.a. Dauner-Lieb 2001, p. 298 *et seq.*; Zumbansen 2001, *s.f.*; Zumbansen 2003, p. 71 *et seq.*; Bergschneider 2001, p. 1337 *et seq.*) en het verwante BVerfG 29 maart 2001, *NJW* 2001, 2248. In diezelfde lijn zie tevens BGH 5 juli 2006, XII ZR 25/04. Zie los van de echtscheidingsthematiek verder o.a. Italië: Cass. 9 juni 1990 (nr. 5633), *Giust. civ.* 1991, I, 75 (Alimentatieverplichting vloeit o.v.k. art. 30 Constitutie voort uit het enkele feit van verwekking en is daarmee onafhankelijk van een rechtmatig voltrokken erkenning van het kind (wijl een en ander overigens ook blijkt uit art. 279 CC welk de mogelijkheid tot alimentatie voorziet in geval de ouderband onmogelijk juridisch vastgesteld worden kan)); Cass. 8 september 1998 (nr. 8868), *Giur. It.* 1999, I, 916 (Overeenkomstig art. 30 Constitutie neemt de onderhoudsplicht niet noodzakelijk een einde bij de meerderjarigheid der kinderen, althans wanneer ze nog niet economisch onafhankelijk zijn en hen in deze geen fout te verwijten valt); Cass. 7 juni 2000 (nr. 7713), *Foro. It.* 2001, I, 187 (Morele schadevergoeding wegens tekortkomingen in alimentatieverplichting).

- 142 Duitsland: BVerfG 9 juli 2004, *FamRZ* 2005, p. 1057. Frankrijk: Cass. 24 oktober 2000, *Rev. trim. dr. civ.* 2001, 126; Cass. 19 december 2000, *Bull. civ.* 2000, I, nr. 329; Cass. 18 mei 2005, *D.* 2005, Jur., 2125. Italië: Cass. 17 januari 1996, *Fam. e dir.* 1996, 227; Cass. 15 januari 1998, *Giust. Civ.* 1998, I, 337. Nederland: zie generaal verwijzing in voetnoot 144. Oostenrijk: OGH 10 april 1997 (6 Ob 2398/96g), *ÖA* 1997, 168. Spanje: T.C. 29 mei 2000 (nr. 141/2000), *BOE* 30 juni 2000 (nr. 156).

- 143 Bijvoorbeeld met leden van de commune waarin het kind oorspronkelijk werd opgevoed. Zo o.a. HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 281 (Sociaal ouderschap volstaat (in het licht van art. 14 EVRM) tot applicatie van art. 8 EVRM, evenwel is *in casu* omgang strijdig met de belangen van het kind).

- 144 Zie bijvoorbeeld HR 2 mei 1980, *NJ* 1980, 537; Arr.-Rb. Rotterdam 29 mei 1985, *NJ* 1987, 454; Arr.-Rb. Utrecht 29 april 1986, *NJ* 1987, 249; Arr.-Rb. Breda 3 juni 1986, *NJ* 1987, 262; Arr.-Rb. Assen 1 december 1986, *NJ* 1987, 719; HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 957; HR 15 mei 1987, *NJ* 1988, 654; HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 281; HR 17 juni 1988, *NJ* 1988, 956; HR 11 november 1988, *NJ* 1989, 172; HR 27 januari 1989, *NJ* 1990, 55; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628; Arr.-Rb. Assen 2 juli 1990, *NJ* 1991, 20; Arr.-Rb. 30 mei 1991, *NJ* 1992, 451;

daarin ook werkelijk van sterk belang: verzoeken aangaande kunnen enkel gehonoreerd of zelfs maar ontvankelijk verklaard worden indien tussen verzoeker en kind een *family life* relatie in de zin van art. 8 EVRM bestaat,¹⁴⁵ wat dus aan dergelijke litigaties onmiddellijk een derdenwerkingsfranje meegeeft.

Verwantschapsbanden, vaderschapsbanden specifiek, leveren daarnaast nog meer *Drittwirkung*-applicaties op.¹⁴⁶ Met name valt daarbij *par excellence* te verwijzen naar litigaties omtrent de toelaatbaarheid van bloed- of DNA-tests tot vaststelling van vaderschap (waar de vermoede verwekker in de regel een vertwijfelde poging waagt zich hieraan te onttrekken door een beroep op het fundamenteel recht op lichamelijke integriteit of aanverwante)¹⁴⁷ en het, daarmee soms verstrengelde, recht van het biologische kind tot de nalatenschap

Arr.-Rb. Assen 16 september 1991, *NJ* 1992, 257; Ktr. Enschede 23 december 1991, *NJ* 1992, 537; HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 478; HR 12 juni 1992, *NJ* 1992, 589; HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 560; HR 2 oktober 1992, *NJ* 1992, 768; HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 153; Arr.-Rb. Assen 29 november 1993, *NJ* 1994, 679; HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 360; HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 610; HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 419 (atypisch: verzoek van het kind tot contact met zijn biologische vader); HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 355; HR 25 april 1997, *NJ* 1997, 560; HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 545; HR 29 maart 2002, *NJ* 2002, 269; Hof 's-Gravenhage 27 november 2002 en 8 december 2004 (niet gepubliceerd).

145 In huidige wetgeving is dit geen expliciet voorschrift meer ten aanzien van de juridische ouder (1:377a NBW) daar dit een pleonasme zou constitueren. Andere personen dienen zich te beroepen op art. 1:377f NBW welk een 'nauwe persoonlijke betrekking' tot het kind vereist. Echter, deze 'nauwe persoonlijke betrekking' is identiek aan de dekking van de notie 'family-life' van art. 8 EVRM (zie bijvoorbeeld conclusie A-G Moltmaker bij HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 545, nr. 2.1.1; De Boer 1996, p. 2290 (zie anderzijds evenwel Nuytinck te Van Mourik & Nuytinck 2002, p. 238)). Merk overigens op dat sommige auteurs vanuit het kader van art. 14 jo. 8 EVRM bedenkingen hebben bij het substantieel onderscheid in voorwaarden t.a.v. de juridische (1:377a NBW) versus de biologische vader (1:377f NBW) (cf. Koens & van Wamelen 2001, p. 94).

146 Zie bijvoorbeeld m.b.t. het zuivere aspect van de mogelijkheid tot erkenning o.a. in Italië Cass. 11 februari 2005 (nr. 2878) (Moeder natuurlijk kind kan zich in het licht van art. 30 Const. (ouderlijke verantwoordelijkheid *etc.*) en art. 3 & 7 IVRK enkel tegen erkenning door biologische vader verzetten wanneer deze erkenning een ernstige bedreiging van de belangen van het kind zou inhouden, en niet om de eenvoudige reden dat het kind een concreet en werkelijk belang bij dergelijke erkenning zou ontberen). In deze zin tevens o.a. Cass. 8 augustus 2003 (nr. 11949) en Cass. 3 april 2003 (nr. 5115), *Familia*, 2004, 196 aldaar.

147 België: Cass. 17 december 1998, *Pas.* 1998, I, 525 ('droit à l'intégrité physique' v. art. 8 EVRM; zie Brijns 1999, p. 175-196 en Swennen 1999, p. 1145-1148); Cass. 24 oktober 2002, nr. C010502N (art. 8 EVRM). Italië: Cass. 3 april 2003 (nr. 5115), *Familia*, 2004, 196 (art. 13 en art. 32 Grondwet, respectievelijk recht op persoonlijke vrijheid en recht op gezondheid). Nederland: Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 1994, *NJ* 1995, 203 (art. 10 & 11 Grondwet, art. 8 EVRM); Hof Leeuwarden 20 maart 2001, *FJR* 2001, p. 190 (art. 11 Grondwet en art. 8 EVRM). Portugal: STJ 11 maart 1997, nr. 96A901 (art. 25 Grondwet (lichamelijke integriteit)); T.C. 17 maart 1999, nr. 616/98 (art. 25 Grondwet (lichamelijke integriteit)). Spanje: T.C. 17 januari 1994, *RJ* 1994, 7 (art. 15 Grondwet (lichamelijke integriteit)).

van de natuurlijke vader te treden.¹⁴⁸ Deze en aanverwante litigaties vormen een uitstekende illustratie van fundamentele rechten als metafoor van maatschappelijk gewijzigde opvattingen (en niet als *causa causans* daarvan, zoals al te vaak wordt vermoed). In overeenstemming met hun civielrechtelijke

148 Frankrijk: CA Parijs (Overeenkomstig art. 760 CC nalatenschap onevenredig verdeeld ten nadele van in overspel verwekt kind ('Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes. La fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte; elle se divisera entre eux à proportion de leurs parts héréditaires'); beroep op art. 8 EVRM afgewezen als zijnde irrelevant t.a.v. erfaanspraken evenals beroep op art. 2 IVRK wegens meerderjarigheid kind) en gelijkaardig in de cassatieuitspraak Cass. 25 juni 1996 (*Mazurek*), D. 1998, 453 (zie hoofdstuk 3, voetnoot 278). Na de veroordeling door het EHRM (zie hoofdstuk 3, voetnoot 278) wijzigde de rechtspraak. Zo o.a. TGI Montpellier 2 mei 2000, D. 2001, 1270 (Verzoek verdeling nalatenschap ten nadele van in overspel verwekt kind overeenkomstig art. 760 CC niet gehonoreerd wegens strijd met art. 8 jo. 14 EVRM (in referentie aan *Mazurek* uitspraak EHRM) en art. 2 IVRK) en in gelijkaardige zin CA Pau 28 november 2000, D. 2001, 1068 (samenvatting) evenals CA Aix-en-Provence 16 maart 2004 (*JurisData* 2004-240801) (zij het beide met toepassing van art. 1 eerste protocol jo. art. 14 EVRM). Italië: Cass. 1 april 2004 (nr. 6365), *Fam. e dir.* 2005, 27 (De eiser, een door huwelijk gewettigd natuurlijk kind, had nagelaten de afstammingsband met werkelijke vader vast te stellen wegens de kosten daaraan verbonden en de verzekering van deze vader dat hij hem een substantieel deel nalaten zou door middel van testament. Bij overlijden ontbrak dergelijk testament, waarop de eiser zich beriep op art. 279 CC, welk voor het natuurlijk kind een aanspraak op alimentatie voorziet wanneer onmogelijk een juridische afstammingsband kan worden vastgesteld ('In ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio naturale può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione'), hierbij op verzet stuitende van de erfgenamen die aanvoerden dat in deze van onmogelijkheid geen sprake was geweest. Dit verzet werd verworpen op basis van de lezing van art. 279 in het licht van art. 30 Constitutie, welk de plicht van ouders tot onderhoud van kinderen, ook deze buiten het huwelijk, vooropstelt). Nederland: HR 24 februari 1995, NJ 1995, 468 en HR 17 januari 1997, NJ 1997, 483 aangaande biologische kinderen die niet door de vader waren erkend en bijgevolg niet als erfgenaam konden worden beschouwd. Het argument dat dit incompatibel was met art. 8 jo. 14 EVRM werd door de HR expliciet ontweken onder referentie aan de beperkte competentie van de rechter. Specifiek in de 1997 uitspraak werd naar wetgever's beleidsmarge rondom art. 8 EVRM verwezen en het feit dat deze (wegens de complexe uitbalancerings van alle belangen die in het afstammingsrecht spelen) nog geen definitieve positie ingenomen had, zodat dergelijke beslissing niet aan de rechterlijke macht toekomen kon. Daarenboven vereist claim op basis van art. 14 jo. 8 EVRM bewijs van bestaan van 'family life'-relatie, welk *in casu* (wegens ontbreken van huwelijks- of gelijkgestelde band tussen biologische ouders) middels 'bijkomende omstandigheden zoals deze zich in een concreet geval hebben voorgedaan' dient bewezen te worden en aldus een ontoelaatbaar onzeker criterium voor successie vooropstelt. Merk op dat in deze zaak tevens vergeefs een beroep op het EHRM werd gedaan (EHRM 13 januari 2004 (*Haas v Nederland*), nr. 36983/97; Heida 2004, p. 86-89)). Vgl. verder in België het eerder verticale Cass. 6 maart 1986, *Pas.* 1986, I, 852 (art. 8 EVRM is onvoldoende precies om art. 756 BW, waardoor niet-erkende natuurlijke kinderen niet toegelaten worden tot de erfenis biologische ouder, buiten werking te plaatsen (zie o.a. De Schutter 1999b, p. 63-77 met verdere (jurisprudentie)verwijzingen aldaar)).

tegenhangers delen zij in de teneur waarbij de traditionele klemtoon op het klassieke gezin en de ficties die daartoe behoren verschuift in de richting van een meer inter-individuele belangenafweging en nadruk op de naakte realiteit. D.w.z. waar het natuurlijke of overspelige kind niet meer primair als een kritieke aanslag op het (toekomstige) huwelijks- en gezinsleven van de verwekker wordt beschouwd, maar vertrokken wordt vanuit 's kinds persoonlijke belangen,¹⁴⁹ evenals waar sterker wordt teruggekoppeld naar de verwekking zelf als grondslag tot verantwoordelijkheid¹⁵⁰ en niet (meer) het feit of dit

149 Zie bijvoorbeeld het Portugese debat rondom art. 1817 Código Civil. Hoewel een eerder procedurele regel betreffende, en bijgevolg niet ressorterende onder de meest zuivere illustraties van horizontale werking, toch duidelijk brandpunt van onmiskenbaar *Dritt-wirkung*-geïnspireerde geschillen. Overeenkomstig art. 1817 kan het vaderschap van een buiten het huwelijk verwekt kind niet meer worden vastgesteld wanneer twee jaar zijn verlopen sinds deze laatste de meerderjarigheid heeft bereikt. Geruime tijd werd de grondwettelijkheid van deze regel, in bijzonder op grond van art. 13 (gelijkheid), 26.1 (persoonlijkheidsrechten (o.a. identiteit)) en 36.4 (non-discriminatie natuurlijke kinderen), aangevochten, evenwel zonder succes (T.C. 28 april 1988 (nr. 99/88), *DR*, II, 22 augustus 1988; T.C. 31 mei 1989 (nr. 413/89), *DR*, II, 15 september 1989; T.C. 21 juni 1989 (nr. 451/89), *DR*, II série, 21 september 1989; T.C. 25 september 1991 (nr. 370/91), *DR*, II, 2 april 1992; T.C. 21 september 1991 (nr. 506/99), *DR*, II, 17 maart 2000). Wat daarbij heerste was, benevens het oogmerk van rechtszekerheid en aspecten van bewijsproblematiek, bekommernis omtrent het vredige familieleven van de biologische vader. Pas recent (T.C. 14 oktober 2003 (nr. 456/2003), *DR*, II, 10 februari 2004) werd het roer omgeslagen, *in casu* had een 31-jarige man zich plots voor de wetenschap gesteld gezien dat zijn biologische vader niet de echtgenoot van zijn moeder was, met name doordat deze laatste succesvol een actie tot ontkenning van vaderschap had voleind, en had hij de identiteit van zijn biologische vader achterhaald; geoordeeld werd dat de voorgeschreven termijn *wel* een schending van tenminste art. 26.1 betrof (een opinie onder meer geruggensteund door het feit dat de gehele argumentatie met betrekking tot 'vergrijzing' van bewijsmateriaal naar huidige maatstaven overtrokken bleek en dat disproportionaliteit bestond tussen de mogelijkheid vaderschap te ontkennen en in zaken als deze te laten vaststellen). In de deze nieuwe koers consoliderende rechtspraak (T.C. 7 juli 2004 (nr. 486/04), *DR*, II, 18 februari 2005; T.C. 12 januari 2005 (nr. 11/05), *DR*, II, 18 maart 2005; T.C. 10 januari 2006 (nr. 23/06), *DR*, Ia, 8 februari 2006 (en wat lagere rechtspraak betreft zie o.a. Tribunal da Relação de Coimbra 23 mei 2006, nr. 776/06)) blijkt het familieleven van de vader heel wat minder prominent te zijn geworden; deze en andere gerelateerde aspecten (o.a. belangen erfgenamen) worden herleid tot open vragen, neigende naar irrelevantie wanneer de betrokkene inderdaad de biologische vader blijkt.

150 Uiteraard voor zover dit binnen de bijzondere omstandigheden van het geval en belangen van de betrokkenen past. Cf. o.a. Cass. 16 maart 1999 (nr. 2315), *Giust. civ.* 1999, V, 1333 (Een voorheen gegeven toestemming tot inseminatie echtgenote met donorzaad vermag nadien niet *de facto* worden herroepen middels een actie tot ontkenning vaderschap; art. 2 (persoonlijkheidsrechten), 30 (ouderlijke rechten en plichten) en 31 (familie) Constitutie verzetten zich ertegen dat het kind, dat van deze toestemming het gevolg is, aldus van zijn noodzakelijke, constitutioneel gegarandeerde bescherming zou worden onttrokken (net zoals in deze overigens het *venire contra factum proprium* adagium speelt)). Vgl. tevens TGI Nancy 16 mei 2003, *D.* 2003, 2910 (Vordering biologische vader (die prenatale verklaring tot erkenning van vaderschap afgelegd had) tot afgifte kind waarvan de moeder (buiten medeweten van de vader wat betreft plaats of locatie) anoniem bevallen was en hetwelk sinds twee jaar was ondergebracht bij pleeggezin, met het oog op de superieure belangen van het kind gehonoreerd in het licht van art. 7 IVRK en art. 8 EVRM (zie o.a. Massip 2004a,

gegeven daadwerkelijk (o.a. middels erkenning) in een correcte juridische status is vertaald. Wel kan daarbij niet ontkend worden dat in de Italiaanse rechtswereld deze evolutie deels middels de constitutionele bepaling van art. 30 gestroomlijnd wordt: de nadruk op verantwoordelijkheid uit verwekking die hierin verscholen zit ('È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio')¹⁵¹ werkt het achterhalen van de werkelijke verwantschapsband in de hand.¹⁵²

Verder kan in deze context nog worden verwezen naar de problematiek van draagouderschap, zij het dat de Europese koers hier minder eenduidig is (er zelfs eerder terughoudend tegenoverstaat), iets wat ook uit de desbetreffende derdenwerkinglitigaties blijkt.¹⁵³ Fundamentele rechten zijn hierin op-

457-458; Poisson-Drocourt 2003, p. 2911-2913); in beroep werd de beslissing (op basis van het ontbreken van juridische geldigheid aan de prenatale verklaring tot erkenning vaderschap en zonder de minste verwijzing naar grondrechten) evenwel volkomen hervormd en de volle adoptie door pleegouders, uiteraard opnieuw 'in het belang van het kind', gehomologeerd (CA Nancy 23 februari 2004 (arresten 405/04 & 406/04), *JCP* 2004, II.10073; zie Garnier 2004, p. 898-900)).

151 De ouderlijk plicht strekt zich dus expliciet uit over de kinderen buiten het huwelijk geboren. Overigens stelt art. 30 met betrekking tot deze laatste tevens '[l]a legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima' (volledige juridische en sociale bescherming voor kinderen geboren buiten het huwelijk).

152 Zie m.b.t. deze nadruk o.a. Ferrando 1999, p. 138: het achterhalen van de werkelijke afstamingsbanden is, net zo min als conformiteit van de juridische kwalificaties hieraan (in tegenstelling tot de teneur in verscheidene andere rechtssystemen welke hieraan wel steeds meer de functie van uitiem oogmerk toedichten), geen doel op zich, maar fungeert als instrument tot evenals uitdrukking van de dwingende verantwoordelijkheid die art. 30 Constitutie oplegt aan zij die tot de desbetreffende daad van procreatie zijn overgegaan. Zie in deze optiek onder meer de reeds aangehaalde alimentatiezaak Cass. 9 juni 1990 (nr. 5633), *Giust. civ.* 1991, I, 75 (voetnoot 141) evenals o.a. Cass. 15 maart 2002 (nr. 3793), *Vita Notarile* 2002, 332 (Man kan zich niet verzetten tegen vaststelling van zijn juridisch vaderschap (art. 269 CC) op de eenvoudige grondslag dat hem de wil tot procreatie ontbrak; Vaderschap vloeit in deze rechtstreeks voort uit de biologische daad van conceptie waarbij eventuele (on)wil irrelevant is, een andere interpretatie zou in strijd zijn met art. 30 welk het principe van ouderlijke verantwoordelijkheid als resultante van elk procreatief gedrag voorop stelt (anderzijds vormt deze zienswijze geen inbreuk op het gelijkheidsbeginselsbeginsel (art. 3 Const.) doordat voor de vrouw wel de mogelijkheid openstaat over te gaan tot abortus en aldus aan haar wil gevolg te geven, *in casu* betreft het hier om onvergelykbare grootheden)).

153 Italië: Trib. Monza 27 oktober 1989, *Foro It.* 1990, I, 298 (Weigering vanwege commerciële draagmoeder om kind af te staan terecht; art. 2 jo. 30 Constitutie impliceert dat een kind bij voorkeur behoort opgevoed te worden bij de biologische ouders, daarenboven is het contract wegens zijn commercieel karakter ongeldig, het lichaam zijnde buiten de handel en het niet vrij staat te onderhandelen over ouderschap als behorende tot de staat van persoon); Trib. Rome 17 februari 2000, *Foro It.* 2000, I, 972 (Uitvoering niet-commerciële draagmoederschap ten voordele van wensmoeder die wegens gynaecologische misvorming tot zwangerschap ongeschikt is behoort legitiem te worden geacht in het licht van art. 5 CC (*a contrario*: draagmoederschap vormt geen *permanente* aantasting van de fysieke integriteit, daarenboven, wanneer de wet orgaantransplantatie onder levenden toelaat, kan de tijdelijke en medisch begeleide 'uitleen' van een orgaan moeilijk uitgesloten worden), art.

nieuw trouwe volgelingen van Janus: zij stellen in staat de meest gewenste, en dus zo nodig ook meest tegenstrijdige, uitspraken te bekomen.

Wat specifiek het Nederlandse recht betreft kan verder nog meegegeven worden dat zich in het familierecht tevens een opvallende cluster derdenwerkingrechtspraak (althans dan in de meest ruime zin) ontsponnen heeft rond het thema van uithuisplaatsing¹⁵⁴ en gerelateerde aangelegenheden als overdracht van ouderlijk gezag¹⁵⁵ en voogdij.¹⁵⁶ Daar de thematiek in feite behoort tot het terrein van overheidsinmenging in het private leven, hoewel dan een waar private litganten tegenover elkaar staan, is het evenwel minder opportuun hieraan verdere beschouwingen te wijden.

4.4 CONCLUSIE

De collectie is zeer uitgebreid en divers, maar de inhoud stelt daarin juist ook teleur: fundamentele rechten blijken als bloedsuiker over het privaatrecht

-
- 2 (*generalis*), 3 (2) (persoonlijke ontplooiing) en 32 (gezondheid (o.a. aangevoerd wordt dat voortplanting weliswaar niet noodzakelijk is met het oog op gezondheid, maar dat de onmogelijkheid hiervan wel in psychische problemen kan resulteren)) Constitutie (zie o.a. Giacobbe 2000, p. 1163-1168; deze rechtsstrijd trok overigens ook internationale lekenaadacht (zie o.a. A. Stanley, 'Couple Leave After Rebuff over Surrogate Motherhood', *The New York Times* 11 mei 2000; B. Simini, 'Italy's surrogate-pregnancy case challenged by medical association', (355) *The Lancet* 2000 (nr. 9208), p. 996))). Merk op dat in Italië draagmoederschap onderwijl bij wet nr. 40 *de dato* 19 februari 2004 verboden is (Mak 2008, p. 259, 266-267). Nederland: Rb. Groningen 20 juli 2004, *LJN*: AQ8757 en de uitspraak in beroep Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, *LJN*: AR3391 (zie § 5.3), verder specifiek met betrekking tot overdracht van ouderlijk gezag in aangelegenheden van draagmoederschap zie referenties in voetnoot 155. Zie tevens Duitsland: OLG Hamm 2 december 1985, *NJW* 1986, 781 (Referentie aan 'das im Grundgesetz verkörperte Wertsystem' in besluit tot nietigheid draagmoederschapscontract wegens strijd met de goede zeden) en Frankrijk: Cass. 13 december 1989, *D.* 1990, *Jur.*, p. 273 (Waar de in het vonnis *a quo* gestelde nietigheid van draagmoederschapscontracten vergeefs aangeklaagd werd middels het fundamenteel recht te huwen en een gezin te stichten als erkend in art. 12 EVRM en art. 23 IVBPR aangezien dit volgens Cassatie niet het recht behelst met derden een overeenkomst te sluiten terzake het lot van een nog ongeboren kind); CA Parijs 15 juni 1990, *JCP* 1991.II.21653 (Adoptie van draagkind gehonoreerd in kader van art. 8 EVRM, 12 UVRM evenals de preambule en art. 7 IVRK (zie kritisch o.a. Rubellin-Devichi 1990, p. 459-461; Edelman & Labrusse-Riou 1990, p. 108-115, en specifiek m.b.t. toepassing van art. 8 EVRM Debet 2002, p. 129 ('interpretation pour le moins fantaisiste')), gecasseerd zonder referentie aan grondrechten door Cass. 31 mei 1991, *D.* 1991, *Jur.*, 417 (noteer dat de *conseiller* in deze wel expliciet en in kritische zin ingaat op de ontplooiende *fundamental rights* argumentatie (*D.* 1991, *Jur.*, p. 421)).
- 154 HR 9 februari 1990, *NJ* 1990, 767; HR 15 april 1994 (Braziliaans meisje), *NJ* 1994, 576; Arr.-Rb. Utrecht 26 maart en 10 december 1997, *NJ* 1999, 462; Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2000, *NJ* 2001, 659; HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 97 (Horizontale werking is amper een punt in de uitspraak zelf, doch is prominent aanwezig in de aanbevelingen van de A-G).
- 155 Met name in het kader van draagmoederschap: Rb. Utrecht 18 juni 1997, *NJ kort* 1997, 59 en Rb. Rotterdam 23 maart 1998, *NJ Kort* 1998, 33.
- 156 HR 9 februari 1990, *NJ* 1990, 767; HR 9 oktober 1992, *NJ* 1992, 789; Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2000, *NJ* 2001, 659; HR 28 maart 2003, *NJ* 2003, 359.

uitgestrooid, in de regel zonder enige indicatie, enige verantwoording tot de noodzaak daarvan. Slechts op enkele geïsoleerde vlakken vermocht de theorie daadwerkelijk effect te sorteren, maar dit aandeel blijft in de hele populatie relatief.

Drittwirkung betreft lang niet meer eenvoudige *Lückenfüllung* zoals de geestelijke vaders van het leerstuk voor ogen hadden, maar fungeert op meest uiteenlopende plaatsen als formele of ornamentale frivoliteit. Privaatrechtelijke bressen dichtten lijkt enkel nog een evidente, maar marginale functie, ondergeschikt aan deze waarbij grondrechten privaatrechtelijke belangen schijnen te herarticuleren. Kortom, *la révolution dévore ses enfants*. Want wat betekent deze figuur in verhouding dan immers nog? Wat is de betekenis van dit amalgaam tegen de achtergrond van een massa aan zuiver privaatrechtelijke equivalenten met hetzelfde resultaat? Wat is bijvoorbeeld de waarde van de referentie aan het grondrecht op werk bij de evaluatie van een non-concurrentiebeding wanneer het privaatrecht in deze een duidelijk toepasbare en ook toegespitste maatstaf aanreikt?¹⁵⁷ De waarde kan dan mogelijk nog in andere elementen schuilen, maar stormtroepen van een Nieuwe Orde zijn grondrechten in de regel niet, net zomin als hun interventies uniek zijn.

157 Cf. Cass. Soc. 11 juli 2000, *JCP* 2000.IV.2556 (zie voetnoot 84). Art. 120-2 c trav. stelt dat 'Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché'.

