



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).

6 | Aanspraken en onvermogen

6.1 INLEIDING

Niettegenstaande *Drittwirkung* initieel voornamelijk ontplooid werd als dissociatie ten aanzien van een totalitair verleden (en bijgevolg voor systemen zonder deze achtergrond, waar in de regel overigens ook voorheen fundamentele waarden en vrijheden in privaatrechtelijke litigaties werden gehanteerd, *überhaupt* minder betekenis heeft);¹ haar omvang, grondslag en invulling onzeker zijn;² haar applicatie diffuus en veelal van ornamentele, formele of incidenteel zelfs verhelende aard,³ blijkt zij voor het overige, naar wordt beweerd, enkele stevige troeven in hand te houden.

Met name zou horizontale werking een betere articulatie van de in het geding zijnde belangen verzorgen, de rechter oriënteren op objectieve, onwrikbare maatstaven en hem zorgvuldiger geleiden in zijn besluitvorming dan het privaatrecht dat kan, evenals daarbij een meer nadrukkelijke bescherming bieden aan de zwakkeren in het geding.

Dat is sterk overdreven.

6.2 COMPETENTIE ONTKLEED

6.2.1 Articulatie

Middels verwijzing naar grondrechten zou de rechter pas werkelijk betrokken worden op de aan recht en maatschappij onderliggende waarden, daarbij – zo wordt gewaagd – onder andere het risico uitsluitend dat deze rechtsbedeler zich op de letter van de wet ‘verkijskt’ of deze waarden in zijn eigen interpretatie veronachtzaamt.⁴

In het beste geval getuigen deze aanspraken, wat de meerderheid van horizontale werking litigaties betreft, van een ontroerende naïviteit, in een minder flatterende gradatie vormen ze een rechtstreekse aanfluiting van de beroepsbekwaamheid (of zelfs intellectuele capaciteit) van de rechterlijke macht.

1 Zie hoofdstuk 2.

2 Zie hoofdstuk 3.

3 Zie hoofdstukken 4 en 5.

4 Zie specifiek Mak 2004, p. 127-128; vgl. o.a. Van Leuven 2008, p. 283-284.

Immers, deze instanties, begiftigd geacht met juridische kennis, logisch denkvermogen en voldoende maatschappelijk inzicht om de meest uiteenlopende en complexe conflictsituaties af te handelen, worden simpelweg gesuggerd incapabel te zijn de grondslagen van de samenleving zelf te vatten. Pas na een hertaling van een belang of vrijheid in de eventuele schending van een fundamenteel recht, voor de leek een vreemde ritualistische exercitie in 'stating the obvious', zou de aldus wereldvreemde rechter worden verlicht en tot werkelijk besef van het belang van de zaak komen.

Niet enkel is deze vooropstelling compleet ongeloofwaardig en zonder steun in de rechtspraktijk (zo wijst, om slechts een enkele contra-indicatie te geven, onderzoek van de illustere *wrongful life* en *wrongful birth* litigaties uit dat hierin alle grote thema's aan bod komen ongeacht of aan fundamentele rechten wordt gerefereerd of niet),⁵ maar lijdt zij evenzeer aan interne incoherentie. Dubieus is immers enerzijds te gewagen van *fundamentele* waarden, nl. waarden die reeds eeuwen⁶ geacht worden de essentiële structuur van de westerse maatschappij uit te maken, waaraan ten dele (al dan niet terecht) zelfs een universeel karakter werd toegekend en die *in se* frequent te herleiden zijn tot het *meest enkelvoudig kenbegrip* (menselijke waardigheid) of *meest enkelvoudige regel* (de gouden regel) van interactie binnen de Rechtsstaat, en anderzijds te betogen dat de rechter tot herkenning hiervan grondrechtencatalogi behoeft. Overigens zou dit gegeven ook uiterst problematisch zijn daar het in met oogkleppen getooide jurisprudentie resulteert: de in het privaatrecht te beschermen (en beschermde) waarden zijn immers veel talrijker dan deze die uiteindelijk (en dan nog in abstracte versie) hun beslag in Verdrag of Grondwet hebben verkregen⁷ (er zelfs van uitgaand dat deze rechtsdocumenten dan nog een afgerond geheel vormen en niet, zoals bijvoorbeeld in Israël, in het midden van het constructieproces abrupt in de steek zijn gelaten).⁸ Ten

5 Hermann & Kern *n.a.*, *n.f.*

6 De grondrechten die werking krijgen binnen een horizontale context zijn immers bijna uitsluitend de klassieke. De moderne sociale grondrechten komen amper aan de orde. Zie § 3.3.2.1.

7 Vgl. Di Fabio 2004, p. 4-5.

8 Het plan tot redactie van een gehele grondwet voor de nieuwe staat Israël werd wegens toenmalige onoverkomelijke ideologische onenigheid opgegeven ten voordele van een stelselmatige uitvaardiging daarvan (d.w.z. via onderscheiden 'Basic Laws'). Pas in 1992 werden de eerste delen die op fundamentele rechten en vrijheden betrekking hadden afgekondigd: de 'Basic Law: Freedom of Occupation' en de 'Basic Law: Human Dignity and Liberty' (inhoudende in bijzonder het recht op leven en persoonlijke vrijheid, eigendom, menselijke waardigheid, lichamelijke integriteit en privacy). Resultante daarvan was evenwel een machtsstrijd vanwege het Hooggerechtshof, die ook voorheen op de verticale toepasbaarheid van de dan ongeschreven mensenrechten had gezien maar heden op basis van deze nieuwe 'Basic Laws' voor de gehele rechtsmacht evenzeer constitutioneel toetsingsrecht over wetgeving claimde en welke controverse een halt voor het redactieproces betekende in die zin dat twijfelachtig wordt dat de volgende *fundamental rights* componenten binnen afzienbare toekomst uitgevaardigd zullen worden (Barak-Erez & Gilead 2007, p. 252-253). Deze *stand still* wordt door sommige auteurs alvast gezien als een goede reden om directe

slotte dient opgemerkt te worden dat aan deze doctrine ook een bevreemdend rechtspolitiek franje zit. Enerzijds wordt *de facto* getwijfeld aan het denkvermogen van de rechter, of wordt deze in het mildste geval vatbaar geacht voor retoriek, en anderzijds wordt aangaande horizontale werking nu vaak beweerd dat deze de politieke rol van de rechter uitvergroot.⁹ Nu mag het naar de cynische woorden van Napoleon Bonaparte wel zo zijn dat ‘en politique, une absurdité n’est pas un obstacle’, doch het valt te betwijfelen of dat het ideaal is dat dergelijke doctrine ambieert.

6.2.2 Oriëntatie

Naast het articulerend potentieel wordt echter ook oriënterend vermogen als bijzondere sterkte van fundamentele rechten en bijgevolg horizontale werking aangevoerd. In bijzonder het samenspel van beide elementen is niet onbelangrijk: juist in dit tweede aspect kan namelijk compensatie voor de *supra* aangehaald versterkte politieke rol van de rechter worden gevonden.

Immers, de rechtspolitieke rol, die bijna altijd present is, wordt middels *Drittwirkung* wel uitvergroot maar tegelijk ook beter binnen de perken gehouden, het beleid van de rechter zou nu niet vertrekken vanuit onbepaalde waarden, speculatieve maatschappijopvattingen en *überhaupt* moeilijk te kwalificeren hypothetische constructies, maar integendeel vanuit de grote onveranderlijke en hooggestemde maximes die de fundamentele rechten zijn. Kortom, vanuit deze objectieve maatstaven zou, Clausewitz parafraserend, recht niet slechts een voortzetting van politiek zijn, maar *au contraire* politiek een voortzetting van *Het Recht*.¹⁰

Bij dergelijke aanspraken (het eeuwige noodlot der Hoge Principes) is steeds moeilijk in eerste instantie niet ietwat ironisch te worden (Quand les gens parlent de ‘droits de l’homme’, j’ai toujours plus ou moins l’impression qu’ils font du second degré).¹¹ Alsof grondrechten steeds zo hoog gestemd zijn dat zij niet zelf een voortzetting van degeneratief gedachtegoed kunnen uitmaken of niet voor contaminatie vatbaar zijn. Alsof de illustere *drafters* van de VSA *Declaration of Independence* de aan eenieder gegarandeerde gelijkheid en vrijheid als bezwaar zagen tegen de slavernij van welbepaalde *Untermenschen* en alsof de gefêteerde Franse declaratie van 1789 er niet een soortgelijke discriminatoire

werking af te houden, als zou dit voorzeker disproportionele bescherming opleveren versus fundamentele waarden als het principe van gelijkheid, vrijheid van meningsuiting, vereniging, religie en dergelijke die nog niet in ‘Basic Laws’ gecodificeerd zijn (Barak-Erez & Gilead 2007, p. 257).

9 Cf. o.a. Limbach 2000, p. 162.

10 Kumm 2006, *passim* (o.a. p. 343).

11 M. Houellebecq, *Platforme*.

ideologie op nahield.¹² Alsof het schijnbaar door een vroegtijdige bekommernis aangaande dierenwelzijn in de Zwitserse grondwet middels referendum uit 1893 ingeschreven art. 25bis,¹³ waarin het verbod wordt opgelegd dieren te slachten zonder hen vooreerst te verdoven, niet in werkelijkheid werd geïncorporeerd wegens antisemitische sentimenten.¹⁴ Alsof niet zelfs de Nazi-Staat door zijn hooggeachte en *in se* allerm minst laakbare principe van eer, voorloper der huidige *human dignity*,¹⁵ niet tegelijk terreur heeft ontketend. Alsof contemporaine zelfverklaarde voorvechters van vrijheid en mensenrechten onder dit vaandel niet juist diezelfde waarden met voeten treden. Kortom, alsof het meest basale *Ô liberté! Ô liberté! Que de crimes on commet en ton nom!*¹⁶ dat reeds eeuwen weerklinkt en zelfs romancier¹⁷ met jurist¹⁸ verbindt, niet evengoed eechoot doorheen de fundamentele rechten die daarvan als uitdrukking gelden.

Daarmee is uiteraard niet bedoeld dat ook in onze huidige Constituties of Conventies dergelijke diepgrijpende aberraties schuil gaan, dat is een oordeel

-
- 12 Cf. Ségur 2004, p. 15: vrouwen, de koloniale negroïde bevolking en, tot op zekere hoogte, Joden werden tijdens de revolutionaire periode niet door het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel bevoordeeld.
 - 13 Het artikel is 1973 wel vervangen door een bepaling die de federale overheid bevoegd verklaarde tot wetgeving aangaande dierenbescherming, maar werd via overgangsbepaling in werking gehouden tot dezer genese, nl. tot Wet 9 maart 1978 'sur la protection des animaux' welke in art. 20 lid 12 het verbod hernam (Aldeeb 2003, p. 248; Aldeeb 2006, p. 2; Le Bot 2007, p. 46). Opmerkelijk is dat de clause in bijzonder bij aanvang 21^e eeuw juist vanuit de optiek van vrijheid van religie opnieuw sterk in vraag werd gesteld (cf. art. 19 lid 4 voorontwerp revisie wet 'sur la protection des animaux'; zie in bijzonder het negatief advies van Cottier & Aldeeb 2001, p. 2 *et seq.* evenals Aldeeb 2003, p. 251) en dit voornamelijk vanwege de overheid (cf. 'Modification de la loi sur la protection des animaux', FF 2002, p. 4652) en verscheidende stemmen uit de juridische wereld (o.a. Favre 1970, p. 284; Krauthammer 2000, *passim*), maar een voorstel om hieraan, ten voordele van de joodse en islamitische godsdienst (kritisch over de noodzaak daartoe Cottier & Aldeeb 2001, p. (2 *et seq.*) 12), afbreuk te doen werd ingetrokken onder overduidelijke tegenkanting vanwege de bevolking en zelfs het risico op een volksraadpleging met tot doel dergelijke norm opnieuw in de Constitutie in te schrijven (Aldeeb 2003, p. 251-252; secundair Le Bot 2007, p. 47). Actueel staat het verbod gecatalogeerd onder art. 21 wet dierenbescherming van 16 december 2005 (zie Aldeeb 2006, p. 4).
 - 14 Cf. Aubert 1967, par. 2067; Ossipow 2003, p. 44; Horan 1976, p. 857. Ook het huidige verzet tegen de afschaffing van haar contemporaine equivalent (zie voetnoot 13) wordt gesuggereerd nog steeds in anti-semitische overwegingen te zijn geworteld (cf. o.a. Krauthammer 2000, p. 274 (aangehaald in Aldeeb 2003, p. 250 (kritisch))).
 - 15 Whitman 2003, p. 243-266.
 - 16 Toegeschreven aan 'Madame' (J.-M.) Roland op moment harer terechtstelling, 8 november 1793 (o.a. opgenomen in *Oxford Concise Dictionary of Quotations*, New York: Oxford University Press 2001, p. 259) (vgl. tevens D. George, *The Perpetual Pessimist: Oh freedom, what liberties are taken in thy name*).
 - 17 F. Ferrucci, *Brief aan de gelukkige jongen die ik was*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 1994, p. 115: 'Zelfs een authentieke en niet totaal leugenachtige waarde als vrijheid is bruikbaar als alibi voor een destructieve daad'.
 - 18 Van der Pot & Donner 1995, p. 221: 'Vrijheid is, zoals gezegd, een complexe zaak en uit pure vrijheidlievendheid wordt de vrijheid wel eens geducht geschaad'.

for generations to come of eventuele Usbek's & Rica's¹⁹ en voor deze studie van minder belang. Wat wel blijft is de boodschap dat grondrechten evengoed uitvloeisel zijn van politiek en, belangrijker voor derdenwerking, zij tot de doelstellingen daarvan ook geheel soepel kunnen gekneed worden. Daarin valt zelfs geen onderscheid te maken tussen de lokale, nationale Constituties of op grotere spankracht terugbuigende Conventies. Zoals een commentator ten aanzien van het Canadese *Charter of Rights and Freedoms* terecht opmerkte: 'many of these rights [...] contain little or no substantive criteria; they resemble blank slates on which the judiciary can scrawl the imagery of their choice'.²⁰ Die conclusie transcendeert zonder meer haar oorspronkelijk subject. Meer nog, voor de Europese jurist mag zij niet meer dan een banaal truïsme uitmaken. Welke instantie anders dan het EHRM proclameert immers haar Verklaring standvastig als een 'living instrument' afhankelijk van 'present day conditions'²¹ en erkent daarmee groothartig dat deze rechten aan (politieke) verandering onderhevig zijn?²² Verandering die dan overigens nog eens afhankelijk is van (maatschappelijke) progressie in enkele onder haar gelding ressorterende nationale systemen en dan als maatstaf aan alle wordt opgelegd.²³ Voor de Conventie in haar verticale gelding maakt dergelijke werkwijze echter weinig uit: zij schrijdt hierdoor voort maar desintegreert niet, integendeel, komt juist versterkt en immer coherent uit de brand.

Voor de nationale rechter handelend in private litigatie is het verhaal evenwel anders, ongeacht of deze zich nu van nationale of internationale fundamentele rechten bedient. Het theoretisch corpus dat via rechtspraak en doctrine (meestal rondom de exclusieclausules) werd gesponnen is voor hem immers zo goed als onbruikbaar want enkel gericht op de verticale, in de regel niet naar horizontale dimensie transposeerbare, as. De traditionele uniformerende ruggengraat kortom, ontbreekt. Betreffende EVRM-normen wordt in praktijk zelfs nog maar amper de moeite gedaan de rechtspraak van het EHRM meer dan oppervlakkig onder ogen te nemen.²⁴ Wat rest is slechts de naakte grondrechtsnorm waarvan de invulling, naargelang persoonlijke impressie der 'bouche de la loi', hetzij een bezwarende consciëntieuze afweging impliceert²⁵ hetzij een welgekomen vrijheid tot rechtspraak *ex aequo et bono*. In ieder geval betekent ze weinig meer dan het invullen van een onbepaalde waarde

19 Cf. Montesquieu's *Lettres persanes*.

20 Monahan 1987, p. 53.

21 Cf. o.a. EHRM 25 april 1978 (*Tyrer v VK*), Serie A, vol. 26.

22 Zie terzake o.a. Prebensen 1998, p. 1123-1137.

23 Cf. Mahoney 2005, p. 135-150.

24 Zie § 7.2.

25 Cf. De Meyer 1994, p. 179 ('Ook kunnen over de interpretatie van fundamentele rechten zoals over die van andere rechten verschillende meningen bestaan en kunnen deze ook in de loop der jaren veranderen. In deze materie kan een zware last wegen op het geweten van de rechter. Hem komt uiteindelijk toe te zeggen wat recht is: dat is, wanneer het om fundamentele rechten van de mens gaat, soms geen gemakkelijke taak').

aan de hand van in de maatschappij heersende normen en opvattingen *ergo* dezelfde reisweg als de rechter bij zuiver civielrechtelijke (d.w.z. grondrechtsloze) invulling van open normen dient af te leggen. Althans met één uitzondering, namelijk dat de retorische dekking van grondrechten aan de rechter die middels deze ageert (mogelijk) meer speelruimte tot politieke beslissingen verleent.

Het is in ieder geval dit beeld dat uit de rechtspraktijk naar voren treedt. Grondrechten bieden niet meer oriënterend vermogen maar laten, net als open normen, toe, uiteraard binnen een zekere limiet, bijna alle wenselijke, beleidsmatige, keuzes te legitimeren. Vandaar ook dat gelijkaardige conflicten die transnationaal middels gelijkaardige grondrechten worden afgehandeld veelvuldig in tegenstrijdige resultaten uitlopen, terwijl deze divergentie niet aan de impact van enige privaatrechtelijke norm kan toegeschreven worden.²⁶

Meest voor de hand liggend is uiteraard het archetypische conflict tussen vrijheid van meningsuiting en privacy (en in bijzonder de meest uiteenlopende inhoud die aan deze begrippen toegedicht wordt),²⁷ maar het casuïstisch karakter maakt deze minder geschikt als duidelijke illustratie van de aanbevoerde boodschap.²⁸ Dat is echter niet het geval bij het onder de loep nemen van enig specifiek deelgebied, zoals het *droit à l'oubli*.²⁹ Zo passeerden bijvoorbeeld in zowel België,³⁰ Duitsland,³¹ Frankrijk³² als Nederland³³ fundamenteelrechtelijk afgehandelde litigaties de *revue* omtrent het recht van een misdadiger om geruime tijd na diens veroordeling terug in vergetelheid te vervallen.³⁴ Aan het principe zelf kan vanuit ethisch oogpunt uiteraard niet getwij-

26 Genoteerd dient te worden dat het aantal tegenstrijdige resultaten anderzijds ook geen absoluut massale hoeveelheid zijn kan, daar fundamentele rechten juist ook frequent worden gehanteerd als *newspeak*-articulatie van erkende, op zuiver privaatrechtelijke grondslag gevestigde rechtspraak.

27 Zie in bijzonder *infra* § 7.2.2.2.2.

28 Vgl. nochtans de Belgische positie als weergegeven in § 4.1 en de aanmerkingen aldaar.

29 Zie terzake o.a. Lemmens 2002, p. 45-70.

30 Rb. Brussel 21 december 1995, *J.T.* 1996, 47; Rb. Brussel 30 juni 1997, *J.T.* 1997, 715; Rb. Namen 17 november 1997, *J.T.* 1998, 187; Rb. Brussel 20 september 2001, *A&M* 2002, 77.

31 BVerfG 5 juni 1973 (Lebach), *BVerfGE* 35, 202; OLG Frankfurt am Main 22 mei 2007, 11 U 72/06. Vgl. tevens OLG Hamburg 6 maart 1986, *AfP* 1987, 518.

32 TGI Parijs 9 december 2002, *D.* 2003, Jur., 1715 (zie Caron 2003, p. 1716-1718).

33 HR 21 januari 1994 (Ferdie E.), *NJ* 1994, 473. Zie tevens Rb. Amsterdam 14 april 2008, *LJN*: BC9407 en Rb. Amsterdam 17 april 2008, *LJN*: BC9829 (TV-rapportage betreffende misleiding op datingsite omtrent strafrechtelijk verleden).

34 Vgl. tevens wat Engeland betreft *X (a woman formerly known as Mary Bell) v O'Brien* [2003] EWHC 1101 (QB) waarin op basis van een middels de HRA 1998 via *breach of confidence* gededuceerde aanspraak op privacy (zie *infra* § 7.2.2.2.2) anonimiteit werd gegarandeerd aan 'the woman formerly known as Mary Bell', in 1968 veroordeeld wegens *manslaughter* van twee kinderen toen ze zelf 11 was en vrijgekomen in 1980, en haar dochter, daarbij in meest omvattende vorm het verbod opleggende tot publicatie van enige informatie die tot hun identificatie leiden zou. Niettemin gaat het hier niet om een werkelijk recht op vergetelheid aangezien, zoals ook Markesinis e.a. 2004, p. 169, voetnoot 134 terecht opmerken, slechts de publicatie van *nieuw* materiaal verboden wordt. Overigens werd ook in de

feld worden, '[r]efuser le droit à l'oubli, au mépris de toute "prescription du silence", c'est nourrir l'homme du remords qui n'a d'autre avenir que son passé, dressé devant lui comme un mur qui bouche l'issue'.³⁵ Vandaar ook dat reeds geruime tijd in zuiver privaatrechtelijke rechtspraak erkend werd dat weinigen tot het einde der dagen identificeerbaar als crimineel in allerhande publicaties en tv-programma's mogen opgevoerd worden.³⁶ Markant is echter dat de afhandeling hiervan aan de hand van fundamentele rechten weinig meer sturend blijkt. Zo oordeelde het *Bundesverfassungsgericht* in de zaak *Lebach*,³⁷ betreffende het vernoemen in een ZDF-documentaire van de naam van een tot zes jaar gevangenisstraf veroordeelde wegens medeplichtigheid bij een moord op vier Duitse soldaten, dat de pers haar bevoegdheid had overschreden en niet diende te oordelen over de re-integratie van een veroordeelde in de samenleving noch deze te belemmeren (een gelijkaardige lijn als

uitspraak zelf door Dame Butler-Sloss de tot terughoudendheid aansporende bemerking gelegd alsdat '[i]t would be wrong for the court to find that the notoriety which may follow the commission of serious offences would of itself entitle the offender upon release from prison to injunctions based upon the interference to his private and family life caused by press intrusion. That would open the floodgates to widespread injunctions for criminals and would be contrary to the protection rightly afforded to freedom of expression in article 10 (1) and in section 12 of the Human Rights Act. It would also inhibit the right of the press to publish and the public to know the identity of those who have committed serious crimes and the success or otherwise of the rehabilitative process'. Kortom, het zijn in *Mary Bell* de geheel bijzondere omstandigheden die spelen en waaraan in principe geen werking bij analogie aan zal kunnen ontleend worden; zoals opnieuw terecht merken Markesinis e.a. 2004, p. 169, voetnoot 134 op dat daarmee het zwaartepunt *in globo* ligt bij vrijheid van meningsuiting eerder dan privacy en rehabilitatie (vgl. tevens *Ellis v. Chief Constable of Essex* [2003] EWHC 1321 waarin werd geweigerd de nieuwe misdaadbestrijdende praktijk erin bestaande posters met foto's van misdadigers in publieke plaatsen op te hangen aan art. 8 EVRM te toetsen voor zover geen individuele zaak werd voorgebracht (wel werd erkend dat daarbij de impact op het privé-leven van de betrokkenen en hun naasten in rekening zou dienen te worden genomen)). Overigens is het ook met dergelijke *caveat*, duidend op het uitzonderlijk karakter, dat Dame Butler-Sloss waarschuwend sluit: '[t]he grant of these injunctions [...] is exceptional. As far as I am aware, there are at present no other child killers who have been released from prison or detention. The granting of the relief sought by claimants in this case is not, and is not to be taken to be, a broadening of the principles of the law of confidence [...]'. In dit kader weze tevens opgemerkt dat de in Engeland tot bescherming van privacy gehanteerde *breach of confidence* naar aard (cf. o.a. Morgan 2003, p. 452 & 453) ongeschikt is tot censureren van informatie eens deze in het publieke domein is gebracht, zodat erkenning van een recht op vergetelheid naar Engels recht bijzonder moeilijk ligt.

35 Ravanis 1992, p. 295-296.

36 Zie o.a. in Frankrijk TGI Parijs 20 april 1983, *JCP* 1985.II.20434; CA Versailles 14 september 1989, *Gaz. Pal.* 1990.1 som. 123; vgl. Cass. 20 november 1990, *JCP* 1992.II.21908 (waarvan de draagwijdte omstreden is, zie Lemmens 2002, p. 51 en o.a. daarin lezende een ontkenning Beignier 2004, p. 182, voetnoot 3); zie terzake o.a. Costaz 1995, p. 2-11; Ravanis 1992, p. 293-296; Letteron 1996, p. 385-424.

37 BVerfG 5 juni 1973 (*Lebach*), *BVerfGE* 35, 202.

welke nadien ook in de Belgische rechtspraak werd uitgezet),³⁸ wyl de Hoge Raad in de zaak *Ferdi E.*,³⁹ aangaande een moordenaar die zich tegen de herpublicatie korte tijd na de feiten van een tijdens de reconstructie genomen foto verzette, op basis van gelijkaardige argumenten en grondrechten als haar Duitse equivalent tot een tegengestelde conclusie kwam.⁴⁰ Gelijkoortig zou ook kunnen verwezen worden naar de aanverwante rechtspraak waarin criminele feiten als herkenbare basis voor meer fictieve bewerkingen (zoals boek of toneelstuk) voorliggen, ook hier blijken grondrechten immers voor weinig unanimiteit te zorgen.⁴¹

Verder kan uiteraard gedacht worden aan de illustere *wrongful birth* en *wrongful life* uitspraken waar in het bijzonder de bescherming van *human dignity* voor veel verbaal geweld zorgde maar weinig substantie, waardigheid blijkt een dermate eenvoudig gegeven dat het, geïncorporeerd in meest fervente betogen, noodwendig tot diametraal tegengestelde conclusies leidt.⁴²

In deze en talrijke andere gevallen barst het beeld van grondrechten als duidelijk oriënterende norm. Dergelijke voorbeelden zijn echter slechts suggestief in die zin dat ze steeds voor kritiek vatbaar zijn. Men kan immers redetwisten omtrent de onderscheiden specifieke omstandigheden van het geval die de uiteindelijke uitkomst van grondrechten bepalen en hieraan de divergentie toeschrijven of, specifiek in het geval van *wrongful birth* en *wrongful life*, niet geheel ten onrechte de algemene inschaling van *human dignity* als tot kwalificatie van *Drittwirkung* aanleiding gevend grondrecht afwijzen. Het maakt dat waterdichte bewijzen van de stelling pas op hoger abstractieniveau kunnen

38 Rb. Brussel 20 september 2001, *A&M* 2002, 77 (zie o.a. Voorhoof 2001b, p. 1 & 16). In *casu* was in 1993 door RTL-TVI een rapportage gemaakt van een uit 1984 daterende ontsnapingspoging van de in 1982 tot levenslange dwangarbeid veroordeelde Peter C., waarbij twee gevangenisdirecteurs en een arts waren gegijzeld en bij interventie door de rijkswacht zijn kompaan was neergeschoten. In geding was een verbod tot heruitzending van de rapportage die destijds (1984) gemaakte beelden bevatte evenals een videoreconstructie middels een zeer sterk op Peter C. gelijkende acteur. Naar oordeel van de rechtbank betrof het hier een, hoewel niet sensatiegericht, slechts op ontspanning doelend programma, en dus van relatief maatschappelijk belang, zodat het diende af te leggen tegen het belang van Peter C., welk hij ook in de besloten sfeer van de gevangenis kon doen gelden, op een teruggetrokken en anoniem leven met het oog op resocialisatie. Opmerkenswaardig is dat zowel *Ferdi E* als *Lebach* in het oordeel aangehaald worden.

39 HR 21 januari 1994 (*Ferdi E.*), *NJ* 1994, 473. Vgl. anderzijds HR 6 januari 1995 (V.G. / Parool), *NJ* 1995, 422 alwaar de Hoge Raad op basis van het 'algemeen persoonlijkheidsrecht' het recht erkende niet méér dan 40 jaar na veroordeling opnieuw met de litigieuze daad te worden geconfronteerd (zie o.a. Nehmelman 2002, p. 108-110). Confronteer tevens met Rb. Brussel 21 december 1995, *J.T.* 1996, 47.

40 *Idem* Smits 2003, p. 125; Smits 2006a, p. 18. Zie tevens Smits 2008a, p. 15-16.

41 Vgl. bijvoorbeeld Voorz. Rb. Gent (kg.) 16 februari 2005, *A&M* 2005, 262 (zie Voorhoof 2005, p. 1 & 5); TGI Parijs 9 december 2002, *D.* 2003, Jur., 1715 (zie Caron 2003, p. 1716-1718) versus Cass. 9 juli 2003, *JCP* 2003.II.10139.

42 Tevens o.a. Hermann & Kern *n.a.*, *n.f.*; Smits 2006a, p. 17.

gevonden worden, d.w.z. waar onmiskenbaar de invulling *van* en niet de invulling *met* grondrechten aan de orde is. Ook hieraan is evenwel geen gebrek.

Zo bijvoorbeeld kan worden verwezen naar een (wegens het gebruik van EVRM-normen) welbekende uitspraak van het Franse Hof van Cassatie waarin een woonplaatsclausule op basis van artikel 8 van deze Conventie werd vernietigd⁴³ en dit worden geplaatst tegenover Belgische jurisprudentie⁴⁴ welke in gelijkaardige context dit artikel negeerde⁴⁵ en dus handelde overeenkomstig de expliciete rechtspraak van de Belgische Raad van State⁴⁶ welke consequent verkondigt dat art. 8 *niet* het recht vrij de woonplaats te kiezen omvat.⁴⁷ In het immer intrigerende domein van draagmoederschap is interessant vast te stellen dat Nederlandse jurisprudentie overdracht van gezag in deze aan-gelegenheden in strijd acht met het IVRK,⁴⁸ terwijl het Parijse *cour d'appel* zich juist op dit Verdrag beriep om in dergelijk geval *volle adoptie* toe te staan,⁴⁹ en de Italiaanse rechtspraak amusant genoeg zelfs intern tot tegenstrijdige resultaten lijkt te komen⁵⁰ (welk allemaal nog veelbetekenender wordt in de wetenschap dat de *fundamental rights* rechtspraak inzake draagmoederschap in de doctrine reeds opgeworpen werd als illustratie van het harmoniserend vermogen van derdenwerking).⁵¹ In aangelegenheden van ontslag van onderwijzend personeel wegens getreden in een staat onverenigbaar met de Rooms-katholieke moraal hebben de Duitse en Belgische rechtspraak wat betreft de

43 Cass. Soc. 12 januari 1999, *D.* 1999, Jur. Comm., p. 645 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 83).

44 Arbrb. Brugge 13 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, p. 79 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 83).

45 Instemmend Humblet 1994, p. 81 (die zich voor het overige evenwel kritisch over het arrest uitlaat).

46 Raad van State 23 mei 1989, *Arr. R.v.St.* 1989, nr. 32.632. Wel had deze instantie, zoals Humblet 1994, p. 81 opmerkt, dergelijke clausules onrechtmatig geacht (of althans aan beperkingen onderworpen) in het kader van de art. 2 van het vierde Protocol EVRM (een route waarvoor dan ook door de Arbrb. Brugge wordt geopteerd) evenals de Belgische grondwetsbepaling m.b.t. vrijheid van persoon en 12 IVBPR (zo o.a. in reeds voornoemd arrest *d.d.* 23 mei 1989 en verder in *R.v.St.* 26 juni 1989, *Arr. R.v.St.* 1989, nr. 32.786 en nr. 32.787; *R.v.St.* 20 november 1991, *Arr. R.v.St.* 1991, nr. 38.137; *R.v.St.* 25 november 1992, *Arr. R.v.St.* 1992, nr. 41.149; *R.v.St.* 15 juni 1994 (nr. 48.002), *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, 356; *R.v.St.* 10 juli 2002 (nr. 109.099), *T. Gem.* 2003, 52 (waar arrest ten onrechte wordt geduid als uitgesproken in 2003); *R.v.St.* 4 juli 2003 (nr. 121.320), *R.W.* 2003-04, 1422 (zie terzake o.a. De Brabandere 1990, p. 274-275; Opdebeek 1992, p. 105-107; Opdebeek 2003, p. 56-61; Plets 1999-00, p. 734 *et seq.*; Van Speybroeck 1992, p. 462-468)).

47 Zie overigens de commentaar van de Belgische auteur Plets alsdat 'niet duidelijk' is 'waarom het Franse Hof van Cassatie gebruik maakt van (het meer algemene) art. 8 E.V.R.M., terwijl art. 2 van het vierde aanvullende protocol afzonderlijk en specifiek het recht op vrije woonplaatskeuze erkent' (Plets 1999-00, p. 734). Ook binnen de Franse doctrine weerklinkt een dergelijk geluid (o.a. Marguénaud & Mouly 1999, p. 646); naar Debet oppert is best mogelijk dat deze 'keuze' van Cassatie voortspuit uit eenvoudige onwetendheid, 'méconnaissance de la Convention' (Debet 2002, p. 429).

48 Zie § 5.3.

49 CA Parijs 15 juni 1990, *JCP* 1991.II.21653 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 153).

50 Zie hoofdstuk 4, voetnoot 153.

51 Met name Mak 2007, p. 76-77.

invulling van het grondrecht op huwelijksvrijheid en privéleven compleet tegengestelde opvattingen geventileerd, zelfs intern, en in België is de conclusie van de problematiek uiteindelijk uit zuiver privaatrechtelijke hoek aangebracht.⁵² In dit laatste land leveren overigens reeds de litigaties omtrent de inschrijving van kinderen in een school die in principe enkel voor het andere geslacht opengesteld is een afdoende bloemlezing tot illustratie van onbepaaldheid, omkneedbaarheid van grondrechten, meer bepaald de onderwijsvrijheid en het non-discriminatiebeginsel.⁵³ Gevallen van erfrecht, in bijzonder wat betreft het treden tot de nalatenschap van louter biologische kinderen, leveren ook heden (zij het geheel begrijpelijk) middels grondrechten nog de meest diverse conclusies op en in aanverwante complexe zaken als het vaststellen van afstammingsbanden kan uiteraard niet meer op naakte grondrechtsnormen worden gesteund.⁵⁴ Ook echter in dagdagelijkse litigaties als het recht van de huurder of mede-eigenaar een satellietshotel te installeren is eenstemmigheid in grondwetsinterpretatie nog steeds zoek. Grondrechten blijken daarin vermogend het meest eenduidig verbod vanwege verhuurder of mede-eigenaars te doorbreken⁵⁵ alswel hiertoe compleet incapabel te zijn⁵⁶ of zelfs geheel irrelevant te zijn voor deze relatie.⁵⁷ Anderzijds blijkt binnen de ene natie dit specifieke recht op vrijheid van meningsuiting volkomen afhankelijk van de nationaliteit die men bezit wijl in andere landen dit gegeven zelfs niet eens als parameter in de afweging meespeelt.⁵⁸

Kortom, het oriënterende vermogen van grondrechten is misschien wel een aannemelijk gegeven maar stemt uiteindelijk niet overeen met de realiteit. Eigenlijk mag dit niet verwonderen, fundamentele rechten zijn per definitie

⁵² Zie § 4.3.

⁵³ Rb. Antwerpen (Kg.) 19 juli 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 196; Rb. Leuven (Kg.) 30 augustus 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 198; Rb. Antwerpen 22 oktober 1992, *R.W.* 1992-93, 541, noot E. Dirix; Rb. Dendermonde (Kg.) 13 augustus 1993, *T.O.R.B.* 1993-94, 271; Rb. Antwerpen 27 juni 1995, *R.W.* 1995-96, 1218; Rb. Dendermonde 29 juni 1995, *R.W.* 1995-96, 1240; Rb. Brugge (Kg.) 28 juli 1995, *R.W.* 1995-96, 1034; Rb. Mechelen (Kg.) 14 augustus 1995, *R.W.* 1995-96, 1269; Hof Brussel 21 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 260. Gelijkaardig m.b.t. inschrijving autistisch kind Rb. Kortrijk (Kg.) 28 oktober 1991, *T.O.R.B.* 1991-92, 200. Verwezen word in deze zaken zowel naar de constitutionele als conventionele bepalingen aangaande non-discriminatie (art. 10 & 11, respectievelijk 14 EVRM en een enkele keer art. 2, 2° IVESC en art. 2 Verdrag Rechten van het Kind (nl. Hof Brussel 21 februari 1996)) als (in hoofde van beide partijen) de constitutioneel beschermde vrijheid van onderwijs (art. 24). Zie tevens Rb. Brugge (Kg.) 5 september 1990, *T.O.R.B.* 1991-92, 194 (onbepaalde verwijzing naar 'discriminatie' en 'vrijheid van schoolkeuze'); Pletinck 1994, p. 275; Verstegen 1991, 200-208, in het bijzonder 202-203; Verstegen 1996, p. 243 *et seq.* Op te merken valt hierbij dat de rechtspraak allerminst eenduidig is, hoewel de meerderheid afwijzend staat ten aanzien van geslachtsgebonden scholen.

⁵⁴ Vgl. o.a. hoofdstuk 4, voetnoot 148.

⁵⁵ BGH 22 januari 2004, *NJW* 2004, 937; BayOLG 15 april 2004, *WuM* 2004, 359; LG Essen 12 maart 1998, *WuM* 1998, 344.

⁵⁶ Vred. Wolvertem 20 maart 1997, *T. Vred.* 1998, 295 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 104).

⁵⁷ Vred. Antwerpen 13 november 1995, *T. App.* 2001, afl. 4, 44 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 104).

⁵⁸ Zie § 4.2.

te onbestemd, te algemeen om werkelijk te geleiden. Tenslotte hangt alles in feite af van het kader waarin ze spelen en de inhoud die men ze mee *wil* geven, en in dit laatste is met name het satellietschotelvoorbeeld bijzonder verhelderend want, zoals reeds gesteld, fungeerden daarbij in Duitsland de fundamentele rechten duidelijk als dienschaal voor beleidspolitieke overwegingen. Dat politieke krachtveld is denkkelijk ook één van de meest onderschatte elementen van *Drittwirkung* en fundamentele *vrijheden* rechtspraak in het algemeen.

Daarbij past nog een epilogische illustratie. Meest voor de hand liggend en vertrouwd voorbeeld is het debat rondom de hoofddoek en andere religieuze kledingsstukken op de arbeidsvloer. Het is in feite niet meer dan een afspiegeling van de twiststrijd binnen de publieke sector maar daarmee tegelijk ook bijzonder markant. Hoewel het privaatrecht in landen als Duitsland, Nederland en Frankrijk terzake immers behoorlijk gelijklopend is, is het duidelijk het onderscheiden nationale ideeëngoed welke de reikwijdte van de vrijheid van religie binnen dergelijke litigaties zal bepalen en niet dit grondrecht *en-soi*. Dit in zijn geheelheid uitklaren zou al te ver voeren, maar het enkele aspect van ‘consumer discrimination’ (d.w.z. ongelijke behandeling ingegeven door het verlangen te voldoen aan de wensen van klanten welke op zich resultante zijn van vooroordelen *etc.*)⁵⁹ is al te illustratief om te negeren.

Zo wordt in Duitsland, gekend om zijn eerdere non-interferentiepolitiek ten aanzien van religieuze symbolen, aanvaard dat een werkgever zich weliswaar op zijn economisch belang kan beroepen maar daarbij een zware bewijslast draagt: een enkele verwijzing naar het traditionele karakter van de onderneming of de conservatieve overtuiging van haar cliënten is zonder meer ontoereikend. Vereist wordt een bewijs dat de cliënten *in concreto* worden afgeschrikt *ergo* de desbetreffende werknemer reeds een periode in dienst moet zijn geweest of zich in het verleden equivalente ervaringen hebben voorgedaan.⁶⁰ Overigens zal ook dit gegeven niet *per se* volstaan tot legitimatie

59 Cf. Gerards 2004, p. 637. Tevens aangeduid als ‘consumer preferences’ (cf. Thüsing & Wege 2004, p. 420).

60 Cf. BAG 10 oktober 2002, *NJW* 2003, 1685 (zie terzake Preis & Greiner 2003, in bijzonder p. 246 & 248) bevestigd bij BVerfG 30 juli 2003, *NJW* 2003, 3111. Zie tevens LAG Düsseldorf 22 maart 1984, *DB* 1985, 391 waar het economisch argument als motivatie tot ontslag van een lid van de Bhagwan-beweging wegens dragende de voorgeschreven rode kleding en diens voornemen tijdens de arbeid ook de Mala (d.w.z. een houtpaarlen ketting met beeltenis van Bagwan) aan te houden werd verworpen als ‘zum Zeitpunkt der Kündigung noch zu wenig konkret’ evenals AG Frankfurt 24 juni 1992, Az.: 17 Ca63/92 waar de rechtbank niet in rekening nam het argument dat klanten bezwaar hadden geuit tegen de tewerkstelling van een gehoorde vrouw daar geen getuigen tot ondersteuning van deze allegatie werden voorgebracht.

van een *dresscode* houdende verbod van religieuze kentekens op straffe van boete of ontslag.⁶¹

In het laïstische Frankrijk, dat daarentegen juist in uitbanning van religieuze symbolen zijn heil zoekt, valt *consumer discrimination* veel sneller in goede aarde. Geen werkelijk bewijs moet worden geleverd, doch slechts de suggestie voldoende geloofwaardig gemaakt, wat in de regel al snel aangenomen wordt, de evaluatie daarvan wordt immers bijna volkomen in handen van de werkgever gelegd.⁶² Overigens, ook zonder dat laatste element vermogen economische belangen zonder de aanspraken van de godsdienstig getooide particulier te vermaken: 'Tout dépendrait en définitive, de l'intérêt de l'entreprise, notion qui transcende l'intérêt des individus, même leur intérêt religieux'.⁶³ Daarenboven, en dat is het ultieme sluitstuk, wordt in de Franse rechtspraak de religieuze inspiratie tot een bepaald kledingstuk als een detail afgedaan en geassimileerd met het belang van eenieder zich naar eigen smaak te kleden,⁶⁴ zodat ook uit dergelijke optiek de bescherming zo goed als *nihil* is.⁶⁵

61 Zie o.a. AG Frankfurt 24 juni 1992, Az.: 17 Ca63/92. O.a. zou verder dienen te onderzocht worden of geen minder ingrijpende oplossing voorhanden is (cf. BAG 10 oktober 2002, NJW 2003, 1685). Zie terzake tevens Thüsing & Wege 2004, p. 420-422.

62 Zie bijvoorbeeld CA Parijs 16 maart 2001, JCP E 2001, 1339 waar, evenwel zonder verwijzing naar in Verdrag of Grondwet gepositieerde rechten, in de context van het ontslag van een hoofdboekdragende fruit- en groentenverkoopster werd opgemerkt dat 'l'employeur est seul apte à juger de l'apparence d'une vendeuse en contact avec la clientèle dès lors que son exigence s'exerce dans le respect de l'ordre public et des bonnes moeurs et est fondée sur une cause objective liée à l'intérêt de l'entreprise' evenals het gelijkaardig luidende CA Saint-Denis-de-la-Réunion 9 september 1997, D. 1998 Jur., 546. Zie tevens de commentaar van F. Guiomard bij Cass. 28 mei 2003, D. 2003, Jur., 2718 alwaar deze bekritiseert dat de feitenrechter niet de aard van contacten die de desbetreffende persoon met het cliënteel onderhield heeft geëvalueerd en '[e]n laissant à l'employeur tout pouvoir pour définir ce que sont les attentes de la clientèle, la Cour limite beaucoup la protection de libertés autorisée par l'art. L. 120-2 c. trav. Cette démarche est porteuse de débordements: au nom de la protection de ces attentes supposées de la clientèle, certaines entreprises n'ont pas hésité à recourir à des pratiques discriminatoires' (Guiomard 2003, p. 2720).

63 Farnocchia 1998, p. 548.

64 De kwalificatie hiervan als fundamenteel recht werd expliciet afgewezen in Cass. 28 mei 2003, D. 2003, Jur., 2718. Vgl. overigens CA Saint-Denis-de-la-Réunion 9 september 1997, D. 1998 Jur., 546 m.b.t. een verkoopster in een modehuis voor de moderne, bevrijde vrouw welke weigerde zich anders te kleden dan 'recouverte de la tête aux pieds', aldus uitdrukking gevende aan haar islamitisch geloof, en voor deze reden ontslagen werd. Het ontslag werd daarbij rechtmatig geoordeeld daar 'il n'est pas établi que cette prohibition appliquée à un accessoire vestimentaire indispensable à la salariée pour exercer sa religion procéderait d'une intention discriminatoire de l'employeur à l'égard des convictions religieuses de l'intéressée'.

65 Naar vaststaande rechtspraak heeft de werkgever een relatief sterke bevoegdheid tot het opleggen van kledingvoorschriften aan zijn werknemers, althans in zoverre zij met het publiek in contact komen. Dit niet enkel tot correctie van ongepaste (kleding)stijl (zie o.a. Cass. 29 februari 1984, RJS 1984, nr. 178 (onzindelijke kledij charcutie); Cass. 12 juli 1989, nr. 86-40.987 (verwaarloosde kledij bankbediende); CA Parijs 28 september 1999, RJS 11/00, nr. 1211 (slordige kledij veiligheidsagent); CA Reims 12 januari 2000, RJS 4/00, nr. 478

Nederland, middels harde lessen gegroeid uit het besef van tolerantie als sleutel tot welvaart, heeft zich daarentegen reeds snel van deze denkwijze afgekeerd. Zo werd midden jaren '80 reeds op zuiver civielrechtelijke grondslag beslist dat zelfs een hotel dat zich middels oud-Hollandse signatuur in de markt tracht te profileren, zich niet zonder meer verzetten kan tegen zijn Sikh-bediende die, in beroering gebracht door de toenmalige onlusten in India, voornam meer expressie aan zijn religieuze overtuiging te geven en aldus haar en baard liet groeien en een tulband aannam. Het economisch element werd daarbij niet op zich afgeschoten, maar wel onbewezen en ongeloofwaardig geacht in het kosmopolitische Amsterdam waar het hotel was gelokaliseerd.⁶⁶ In de contemporaine *pseudo*⁶⁷-derdenwerkingrechtspraak van de *Commissie Gelijke Behandeling* is het beeld onderwijl nog scherper gesteld: de werkgever behoort niet aan de vooroordelen van zijn klanten toe te geven maar actief discriminatie te bestrijden.⁶⁸ Voor het economisch argument blijft dan nog maar weinig plaats over, temeer daar bijvoorbeeld ook tussenpersonen in deze strijd worden meegenomen. Zo werd door de Commissie ook reeds veelvuldig de verantwoordelijkheid van uitzendkantoren benadrukt: in hun hoedanigheid van formele werkgever dienen zij erop toe te zien dat de feitelijke werkgever geen discriminatoire kledijvoorschriften hanteert⁶⁹ en zelfs de ten aanzien van een werkzoekende gemaakte opmerking dat een hoofddoek mogelijk de kansen op tewerkstelling verlaagt is, naar oordeel van de commissie, onrecht-

(verkoper informatica in jeans, T-shirt en baskets); Cass. 6 november 2001, *Rev. trim. dr. civ.* 2002, 72 (werknemer vastgoedmakelaar gekleed in trainingspak); Cass. 28 mei 2003, *D.* 2003, Jur., 2720 (bermuda)) maar ook tot aanname van een bepaalde kledij (gaande van de verplichting tot het dragen van een das (CA Parijs 18 januari 1991, *RJS* 5/91, nr. 671 (nachtreceptionist hotel); Cass. 12 juli 1989, nr. 3059, aangehaald te Pousson 2004, p. 177 (vertegenwoordiger); zie evenwel Cass. 19 mei 1998, *Cahiers sociaux du barreau (Paris)* 1998, nr. 102 (verplichting das (en verbod op jeans en baskets) excessief t.a.v. ambulancier) tot 'chaussures noires cirées' (CA Dijon 25 juni 1992, *RJS* 10/92, nr. 1202)). Zie evenwel de commentaar van Alliot 1998, p. 1538 betreffende jurisprudentie aangaande uniformen.

⁶⁶ Ktr. 24 januari 1986, *Prg.* 1986, 189. Vgl. CGB 25 maart 1997, 1997-24.

⁶⁷ De Commissie ziet immers op de *Algemene Wet Gelijke Behandeling* (zie hoofdstuk 3, voetnoot 100). De oordelen zijn niet bindend, wel gezaghebbend (cf. o.a. Goldschmidt 1999).

⁶⁸ Zie bijvoorbeeld CGB 15 augustus 2002, nr. 2002-125; CGB 30 november 2004, nr. 2004-153; CGB 20 juni 2007, nr. 2007-104; CGB 31 januari 2008, nr. 2008-14. Vgl. verder CGB 31 oktober 2006, nr. 2006-217; CGB 18 december 2006, nr. 2006-248; CGB 20 december 2007, nr. 2007-222.

⁶⁹ Desgevallend dienen de uitzendkantoren stappen te ondernemen en een onafhankelijk onderzoek in te stellen (CGB 6 december 2001, nr. 2001-118; CGB 15 augustus 2002, nr. 2002-124; CGB 20 december 2004, nr. 2004-164; CGB 15 november 2005, nr. 2005-223; CGB 8 mei 2007, nr. 2007-69; vgl. CGB 11 december 2007, nr. 2007-213). Daarenboven wordt ook *in globo* steeds de plicht van de werkgever geacht zijn werknemers te beschermen tegen (kledij geïnspireerde) discriminatie vanwege andere werknemers (CGB 3 februari 1997, nr. 1997-14; CGB 10 februari 1997, nr. 1997-16; CGB 15 februari 2001, nr. 2001-15; CGB 6 juli 2004, nr. 2004-87) en zelfs derden (cf. CGB 11 oktober 2004, nr. 2004-129).

matige discriminatie aangezien het kantoor op deze wijze het discriminerend beleid van sommige werknemers zou afdwingen.⁷⁰

Kortom, drie maal vrijheid van religie maar drie maal met een verschillend resultaat. Wat doorwerkt is niet het grondrecht zelf, maar de waarde die aan vrijheid van religie binnen een *bepaalde* maatschappelijke context wordt gehecht. En die is standvastiger dan enig vaag evangelie dat door onbestemde normen zou worden gepredikt. Het Duitse halfhartige non-interventionisme weerklinkt als niet minder dan een verlopen echo van het eertijdse *cujus regio eius religio* (misschien enigermate getemperd met recentere 'Kriegs-Erbsünde')⁷¹; de Franse positie lijkt niet meer dan een echo van het Jacobijns ethos der 'République une et indivisible'⁷² en tracht bijgevolg vanuit assimilistisch oogpunt zelfs het bestaan van etnisch-culturele verschillen ('France is a country in which there are no minorities')⁷³ te ontkennen, en de Nederlandse benadering is erfenis van religieuze twisten en de (onder meer daaruit) ontleende wetenschap dat economische belangen uiteindelijk best gediend worden door een plicht tot tolerantie.⁷⁴

Kortom, fundamentele rechten leiden niet. Zij dienen.

6.2.3 Afweging

Nochtans wordt door voorstanders, naast het zogenaamd vermogen tot oriëntatie, ook een daarmee sterk samenhangende karaktertrek toegedicht, met name dat horizontale werking een betere afweging evenals meer objectieve rangorde der strijdende belangen opleveren zou.

Dat is bijzonder welgekomen omdat deze rechtsfiguur hieraan *de primo visu* weinig toevoegt, een meer inzichtelijke casus zelfs eerder verheelt en de positie van de procespartijen daarentegen egaliseert: waar grondrechten in private strijd in stelling worden gebracht zullen in de regel beide partijen zich hierop beroepen.

Kortom, wat behoeft is een methodiek die, liefst met klinische precisie, de te primeren belangen aangeeft. Echter, een dergelijke methodiek bestaat in hoofde van de grondrechten niet.

70 CGB 25 november 1996, nr. 1996-109; CGB 15 februari 2001, nr. 2001-14. Zie tevens CGB 9 november 1998, nr. 1998-121.

71 Vgl. anderzijds Gamillscheg 1989, p. 54.

72 Cf. Poulter 1997, p. 50.

73 Thornberry 1991, p. 245.

74 Cf. Heirbaut 2002, p. 26.

Immers, algemeen wordt aanvaard dat tussen fundamentele rechten geen hiërarchie bestaat,⁷⁵ dat wordt ook niet wenselijk geacht,⁷⁶ en in Nederland werd een dergelijke primauteit zelfs uitdrukkelijk ongrondwettelijk geacht.⁷⁷ *In se* past daarbij echter een exclusieclausule in die zin dat enkele landen, zoals Portugal,⁷⁸ en Zweden⁷⁹ wel degelijk een divisie hanteren,⁸⁰ maar dit heeft

-
- 75 Bellekom 1983, p. 271; De Bock 1996, p. 58; De Lange 1994a, p. 39; Groen 1995, p. 168; Kistenkas 1996b, p. 85; Maes 2006, p. 197; Smits 2006b, p. 137 (zelf nochtans kritisch te p. 139-140); Van Bijsterveld 1998, p. 17-18; Velaers 2003c, p. 330; Velaers 2007, p. 145; vgl. Elzinga 1983, p. 274 (zie specifiek wat Nederland betreft verder ook de gelijkkluidende conclusie bij wetgever (o.a. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 6) en rechtspraak (o.a. HR 21 januari 1994 (Ferdi E), *NJ* 1994, 473 waar het argument dat het grondrecht op privacy in principe zwaarderwichtiger is dan enig ander grondrecht afgewezen werd (althans in verhouding tot het recht op vrijheid van meningsuiting, maar niets verzet zich ertegen het recht op vrijheid van meningsuiting hier te zien als een *pars pro toto* voor grondrechten in het algemeen); HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274 waar hetzelfde geponeerd werd aangaande vrijheid van meningsuiting versus het recht op eer en goede naam en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (r.o. 3.4.1; zie tevens conclusie A.-G. Huydecoper nr. 12a en referenties aldaar in voetnoot 43))). Ook in het Franse grondrechtenamalgam bestaat geen formele hiërarchie (Favoreu 2005, p. 163; Israel 1998, p. 52; Vedel 1989, p. 48 *et seq.*, in bijzonder p. 52-56, evenwel wordt geduid op het ontstaan van een materiële hiërarchie (p. (57-)60 *et seq.* (zie tevens Mathieu 1995, p. 211-212; secundair Puig 2001, p. 763)); vgl. Picard 1998, p. 21; Caron 2004, p. 1634; Duvert 2002, p. 250). Zie verder o.a. Camilo de Oliveira 2007, p. 4 (& 8).
- 76 Pieters 2000, p. 14; Rauws & Schyvens 1982, p. 223; Werkgroep Titel II Grondwet 2006, p. 141.
- 77 Zie *Kamerstukken I* 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 9. Merk op dat wel degelijk suggesties in andere zin zijn aangereikt. Zo zien sommige auteurs in het verbod op discriminatie zoals neergelegd in het eerste artikel van de grondwet (wegens de plaats of de inhoud van dit artikel) een leidend beginsel, een primus (Van Boven 2003, p. 2) (*inter pares* (Alkema 2003, p. 8; contra Elzinga 1983, p. 274)) hetwelk eventueel alle andere grondrechten begrenst (Gerbranda 2002, p. 130-131). Dit is echter incorrect, of tenminste onverenigbaar met de intentie van de grondwetgever die niet enkel poneerde dat er geen hiërarchie bestaat tussen de grondwettelijk grondrechten, maar evenzeer expliciet het idee verwierp van primauteit van het discriminatieverbod (zie Akkermans, Bax & Verhey 1999, p. 185 en Van Sasse van Ysselt 2004, p. 51). Ook een preferente positie voor vrijheid van meningsuiting kende trouwens reeds zijn voorstanders (nl. Peters 1981, p. 213).
- 78 In bijzonder tussen de *direitos, liberdades e garantias* en ondergeschikte *direitos e deveres económicos, sociais e culturais*. Zie *qua* toepassing o.a. STJ 9 januari 1996 (nr. 87.941), *Boletim Min. Justiça*, nr. 453, p. 417.
- 79 Traditioneel wordt onderscheid gemaakt tussen absolute en relatieve grondrechten, waarbij deze laatste verder worden opgedeeld in sterke en zwakke deelelementen (absoluut zijn onder andere de vrijheid van religie, overtuiging en geweten; sterk relatief vrijheid van informatie en vereniging; zwak relatief staking, eigendom, ondernemingsvrijheid en onderwijs). Hoewel deze opdeling *in se* ziet op hun aantastbaarheid door de (grond)wetgever (absolute rechten kunnen enkel beperkt worden door middel van constitutioneel amendement (wat evenwel een relatief eenvoudige procedure is); sterke relatieve bij wet mits de beperking aanvaardbaar is in een democratische samenleving, proportioneel is, ze geen bedreiging vormt voor de meningsvrijheid en niet (enkel) gebaseerd is op politieke, religieuze, culturele of gelijksoortige overtuigingen (sommige sterke relatieve, zoals de uitings- en verenigingsvrijheid, zijn behept met nog enkele specifieke eisen); zwakke relatieve kunnen beperkt worden bij wet of minder en onder geheel soepele voorwaarden)

voor horizontale werking weinig te betekenen aangezien het gaat om een opsplitsing van de catalogus in een twee- of drietal klassen, terwijl private litigaties meestal draaien om conflicten tussen rechten uit eenzelfde stratificatielaag. Overigens is interessant te vermelden dat bijvoorbeeld in Portugal, waar de impact van deze divisie *nota bene* via een privaatrechtelijke norm verloopt,⁸¹ dergelijke conceptie steeds meer onder druk staat, als zijnde onaangepast en al te rigide, en steeds meer tot harmonisatie van conflicterende grondrechten geijverd wordt.⁸²

Uiteraard heeft dit alles aanleiding gegeven tot ontwikkeling van meest diverse *conflict solving models*, bijvoorbeeld op basis van de reikwijdte van de exclusieclausules,⁸³ maar zonder al te veel succes of navolging.⁸⁴ Verwonderlijk is dit niet, de complexiteit en bovenal diversiteit van de talrijke feitsituaties waarop de grondrechten geklemd worden maakt een praktijkgeschikte formule immers zo goed als illusoir.⁸⁵

Wat temidden van deze gedeconstrueerde ambitie dan nog rest zijn slechts materiële fragmenten van wat een formele hiërarchie had *kunnen* zijn, of zelfs

ligt voor de hand dat ze ook bij een conflict op de horizontale as doorwerken zal. Zie terzake Cameron 1997, p. 494-495.

80 Ook zou hieraan Spanje kunnen toegevoegd worden (*cf.* hoofdstuk 3, voetnoot 38), maar de impact van deze divisie is, reeds omdat zijzelf niet steeds helder is, binnen het werkingsveld van horizontale werking minder eenduidig vast te stellen.

81 Art. 335 *Código Civil*: '(1) Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes'.

82 Zie bijvoorbeeld Tribunal da Relação do Porto 3 mei 2005 (0326079) (zie hoofdstuk 4, voetnoot 66) alwaar geijverd wordt voor een 'harmonização (sempre que possível) do exercício dos direitos e não propriamente a eliminação de um direito em detrimento de outro'.

83 O.a. Blaesing in diens 'Grundrechtskollisionen' (diss. Bochum 1974) (zie aangaande de commentaar van Burkens 1989, p. 146 concluderende '[h]et door Blaesing voorgestelde stelsel is te mooi om waar te zijn').

84 Zie bijvoorbeeld in Nederland Waaldijk & Tielman 1984a, p. 208-228 (sterk bekritiseerd in Goldschmidt 1984, p. 348-351; weerwoord te Waaldijk & Tielman 1984b, p. 449-450; zie aangaande tevens De Lange 1994b, p. 272-278). Vgl. in deze overigens ook de suggestie van 'dubbele noodzakelijkheidstoets' zoals ze aan bod kwam in HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274, en welk erop neerkomen zou dat bij conflict tussen grondrechten, *in casu* op meningsuiting versus privacy, eerst aan de hand van de omstandigheden zou dienen afgewogen te worden welk van beide rechten doorweegt en daarna nog eens zou moeten worden beoordeeld 'of de noodzakelijkheidstoets als neergelegd in art. 8 lid 2 respectievelijk 10 lid 2 EVRM zich verzet tegen het resultaat van die afweging', door de Hoge Raad van de hand werd gewezen alsdat 'deze toetsing in één keer dient te geschieden waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende tweede lid' (r.o. 3.4.1; zie tevens conclusie A.-G. Huydecoper nr. 11-13; Dommering 2008, p. 2620 (in wiens publicaties de A.-G. deze toets had voorgesteld gezien, doch naar eigen woord van deze auteur ten onrechte en waar daarenboven van een bestaande 'leer' aangaande aldus zelfs geen sprake blijkt te zijn); Schuyt 2008, p. 105-108).

85 Idem Koopmans 1998, p. 273.

maar loutere *suggesties* daarvan. Zo bijvoorbeeld stelt Gambaro dat binnen zekere Italiaanse doctrine wel voorgestaan wordt dat grondrechten die menselijke vrijheid, waardigheid en in het bijzonder solidariteit promoten *in se* dienen te primeren over grondrechten als economisch initiatief en private eigendom⁸⁶ en suggereert Bon dat aangezien art. 1.1 Spaanse Constitutie rechtvaardigheid, gelijkheid en politiek pluralisme als superieure waarden dezer rechtsorde aanmerkt de rechten die hier rechtstreeks uit voortvloeien behoren te prevaleren,⁸⁷ maar beiden dienen te erkennen dat hun respectieve Constitutionele Hoven weinig interesse tonen zich in deze opvattingen in te schrijven.⁸⁸

Wat de materiële fragmenten betreft, die blijken in de regel nog wel uit deze rechtspraak. In sommige gevallen zijn het nog werkelijke relictten van de grondrechtsnormen, zoals de Belgische praktijk om in het licht van art. 25 Grondwet eerder voorrang te geven aan vrijheid van meningsuiting dan aan privacy,⁸⁹ maar dat hoeft niet steeds het geval te zijn. Zo heeft bijvoorbeeld ook het Spaanse Constitutionele Hof een *primus inter pares* positie aan de vrijheid van meningsuiting gegeven, maar evenwel onder de grondrechtstechnisch correcte formule het daarmee conflicterende grondrecht op eer (*et al.*) gelijkwaardig te achten. Deze theoretische equivalentie werd met name middels uitgebreide lofzang op vrijheid van meningsuiting tot *nihil* gereduceerd. Meer precies heette deze vrijheid niet enkel een fundamenteel recht maar tevens een erkenning en garantie van een essentiële staatsinstelling, een fundamentele waarde en een vereiste tot de werking van een democratische staat zodat, en daar komt de ingenieuze kronkel, ze geen inbreuk uitmaken kan op het recht op eer daar ze een waarde behelst die al wat gemeen en eigen is aan de fundamentele rechten transcendeert.⁹⁰ Kortom, een bijzonder teleologische redenering, welke op een praktische hiërarchisering neerkomt en daarbij geenszins in de Constitutie zelf geworteld is.⁹¹

Uit dit laatste voorbeeld blijkt hoe perfect rangverhoudingen in waarden kunnen worden aangebracht, maar dit met de grondrechten zelf nog maar weinig heeft te maken. Het recht als geheel is exponent van bepaalde preferenties, dat mag geen aanspraak zijn die enkel ten aanzien van fundamentele rechten wordt erkend. Aldus heerst dan ook in *Drittwirkung*-litigaties een onderkenbare primauteit van bepaalde aanspraken. Zo kan bijvoorbeeld voor

⁸⁶ Gambaro 1998, p. 172-173.

⁸⁷ Bon 1991b, p. 54.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Cf. § 4.1.

⁹⁰ T.C. 12 december 1986 (nr. 159/1986), *BOE* 31 december 1986 (nr. 313), supp., p. 17.

⁹¹ Zie kritisch Bon, Moderne & Soriano 1986, p. (363-)365 *per* Soriano. Vgl. evenwel Bon 1991b, p. 54 waar wordt gesteld dat, hoewel de constitutionele rechter soms de impressie geeft een bepaald recht bijzonder hoog te achten, zoals de vrijheid van meningsuiting en informatie dewelke dan beschouwd wordt als garantie van het vrije maatschappelijke debat zonder hetwelk alle andere grondrechten betekenisloos worden, dit echter niet leidt tot een systematisch priviligieren van deze vrijheid wanneer ze in conflict komt met andere grondrechten.

de Nederlandse rechtspraak vastgesteld worden dat *in globo* lichamelijke integriteit hoger wordt ingeschat dan privacy en privacy hoger dan economische belangen,⁹² bewegingsvrijheid het onderspit moet delven voor bescherming van integriteit,⁹³ het belang van kinderen voorgaat op dat van hun ouders⁹⁴ *etc.*⁹⁵ Die patronen zijn dan evenwel een loutere afspiegeling van in de maatschappij en in het recht gestelde prioriteiten, uit de grondrechten zelf vloeien zij hoegenaamd niet voort. Het gaat in deze nog slechts om een afweging van waarden. Overigens is treffend hoezeer ook de beweerd meer objectieve, neutrale belangenafweging die horizontale werking zou voorstaan van de neveligheid van dergelijke waardeschalen gebruik maakt en wanneer dit uitkomt evengoed de voorheen uiteengezette *preferred position* negeert.⁹⁶

Aldus ontkleed blijkt de werkelijke bijdrage van fundamentele rechten tot het debat: zij zijn slechts de meestal overbodige representanten van (enkele der) in het geding zijnde waarden. Daarmee is ook de enige werkelijke weg

92 Smits 2003, p. 62-63. Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1987 (Edamse bijstandmoeder), *NJ* 1987, 928; HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361; Hof Amsterdam 4 november 1993, *NJ* 1996, 7 (laatste zaken betreffende publicaties in *tabloids* zodat de beweerde vrijheid van meningsuiting in feite economisch belang beslaat).

93 Gerbranda & Kroes 1993, p. 139. In zoverre integriteit te lezen als privacy zie o.a. Hof Arnhem 9 juli 1974, *NJ* 1975, 359; Arr.-Rb. Amsterdam 24 juni 1982 (kg.), *NJ* 1983, 137 en tot zekere hoogte Hof Amsterdam 18 maart 1991, *NJ* 1992, 449.

94 Cf. o.a. de litigaties m.b.t. omgangsrecht (zie hoofdstuk 4, voetnoot 144), uithuisplaatsing (zie hoofdstuk 4, voetnoot 154) en de Valkenhorst zaak (HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.b.t. het recht de eigen afstamming te kennen).

95 O.a. zou daaraan nog gevoegd kunnen worden dat bescherming van minderheden primeert over vrijheid van meningsuiting (cf. HR 5 juni 1987 (Goeree I), *NJ* 1988, 702; HR 2 februari 1990 (Goeree II), *NJ* 1991, 289; Hof Amsterdam 27 april 2000, *NJ* 2002, 484; zie tevens Hof Amsterdam 13 september 1984, *NJ* 1985, 409).

96 Vgl. bijvoorbeeld HR 5 juni 1987 (Goeree I), *NJ* 1988, 702, waar *expressis verbis* uitgegaan wordt van de begrenzing van godsdienstvrijheid door de algemene aansprakelijkheidsnorm van art. 1401 BW en dus het recht van anderen niet in hun persoon te worden gekrenkt evenals aldus de vaststelling van de HR dat terecht kan worden getoetst aan de maatstaven 'die gelden in het profane verkeer' (*in casu* was in een religieuze publicatie de link gelegd tussen Joden als Christusmoordenaars en o.a. hun lot tijdens WO II) en (de weliswaar strafzaak zijnde) HR 9 januari 2001 (00945/99), *LJN*: AA9368 (m.b.t. o.a. de uitspraak 'waarom zou een praktiserend homoseksueel beter zijn dan een dief?') waarin A.-G. Machielse kortweg beweert de beperkingsclausule van art. 6 GW niet in het geding te zijn en zich in verwijzing daarbij laconiek beperkt tot de vaststelling '[a]nders – in civilibus – in het bijzonder HR *NJ* 1991, 289 en HR 1988, 702' (d.w.z. beide Goeree-arresten) (ro. 13) en ook de HR in deze zin zwenkt en erkent dat de religieuze vrijheid bepalend kan zijn 'voor het al dan niet aannemen van het beledigend karakter van – op zichzelf beschouwd kwetsende of grievende – uitlatingen' en zich meedrijven laat op 's Hofs overwegingen dat de desbetreffende uitlatingen 'kenbaar in direct verband stonden met de uiting van de geloofsopvatting van de verdachte en als zodanig voor hem van betekenis zijn in het maatschappelijk debat'. Gesignaleerd te Vlemminx 2002, p. 1697.

tot afhandeling van grondrechtsbotsingen⁹⁷ opgelegd, namelijk een afweging van belangen,⁹⁸ hetwelk per definitie ontmanteling, isolatie uit de traditionele omkadering en reductie tot naakt belang van het grondrecht impliceert en dit aldus aanzienlijk relativeert.⁹⁹ Dergelijke afweging is in ieder geval een privaatrechtelijke handeling.¹⁰⁰ Wat dan nog de meerwaarde zou zijn vanuit grondrechtscollisies te vertrekken is niet duidelijk. Slechts een enkele auteur waagt zich aan een suggestie voorbij het onovertuigende *trumps*-aspect.¹⁰¹ Met name valt bij De Bock te lezen dat bij botsingen van grondrechten er een strengere toets geldt ten aanzien van de mee te wegen belangen dan bij een generale belangenafweging, er zal op die basis dus door de rechter een selectie plaatsvinden van de in rekening te nemen belangen.¹⁰² Dat klinkt leuk maar is een slag in het water: de Nederlandse derdenwerkingsrechtspraak waarover De Bock spreekt is namelijk letterlijk bezaaid met het devies dat afweging dient te geschieden op basis van *alle bijzondere omstandigheden van het geval*. Van enige specifieke selectie is nimmer blijkt.¹⁰³ Daarenboven, mocht

97 Merk op dat ten aanzien van de voorstelling van collisie tussen grondrechten vanuit theoretisch oogmerk wel kritiek is geuit. Zo bijvoorbeeld stelt Rimanque 1996, p. 145 *et seq.* dat conflicten tussen fundamentele rechten, wanneer daarvan bescherming van menselijke waardigheid en het recht op vrije ontplooiing met anderen in de samenleving als gemeenschappelijke convergentiewaarden worden erkend, in feite niet kunnen bestaan. Niet beoordeeld dient dan te worden hoeverre grondrechten elkaar inperken, kortom (aldus Rimanque) geen toevlucht dient te worden genomen tot een afweging van belangen, maar wel behoren de onderscheiden toepassingsgebieden van deze grondrechten nauwkeurig(er) te worden omlijnd, verfijnd. Dat is, hoewel op een theoretisch correcte grondslag berustend, vanuit praktisch oogpunt vrijblijvende terminologische *Spielerei*, beide benaderingen blijken in rechtspraak inwisselbaar en kunnen perfect in elkaars kleren gehuld zijn. Daarenboven kan men ook bij afweging dogmatisch volhouden dat het hier afgrenzing betreft, zij het dan met een scherper, want casuïstisch en bijgevolg naar gelding gelimiteerd, *addendum*.

98 O.a. De Lange 1994a, p. 39.

99 In gelijkaardige zin Van der Wal 2003a, p. 161.

100 Kistenkas 1996a, p. 4 (bekritiseerd in De Bock 1996, p. 58). Zie tevens Smits 2006a, p. 17.

101 D.w.z. het retorisch vermogen (zie bijvoorbeeld Hesselink 2003, p. 129: 'The balance of interests is likely to tip in one party's favour if that party claims that its interest is constitutionally protected as a fundamental right').

102 De Bock 1996, p. 58-59.

103 Wel wordt incidenteel een cluster parameters geponeerd tot afhandeling van een specifieke typecasus. Zo bijvoorbeeld zette de Hoge Raad in HR 24 juni 1983 (Gemeenteraadslid), NJ 1984, 801 voorop dat bij conflict tussen het belang van individuele burgers niet door publicaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen enerzijds en het maatschappelijk belang dat misstanden die in de samenleving plaatsvinden niet blijven voortbestaan louter wegens onbekendheid bij het grote publiek en de verantwoordelijke overheidsorganen anderzijds in rekening diende te worden genomen '(a) de aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die verdenkingen betrekking hebben; (b) de ernst – gezien vanuit het algemeen belang – van de misstand welke de publicatie aan de kaak beoogt te stellen; (c) de mate waarin ten tijde van de publicatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal; (d) de inkleding van de verdenkingen, gezien in verhouding tot de onder a tot en met c bedoelde factoren; (e) de mate van waarschijnlijkheid dat, ook zonder de verweten publicatie via de pers, in het algemeen belang het nagestreefde doel langs andere,

deze bewering al correct zijn, *quod non*, zou dit juist tegen horizontale werking pleiten: niet alle in het recht als beschermenswaardig aangemerkte belangen zijn immers in verdrags- of grondwetsmal gegoten, kortom de rechtzoekende

voor de wederpartij minder schadelijke wegen met een redelijke kans op spoedig succes bereikt had kunnen worden; (f) een mogelijke beperking van het door de perspublicatie te veroorzaken nadeel voor degene die erdoor wordt getroffen, in verband met de kans dat het betreffende stuk, ook zonder de verweten terbeschikkingstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen' (zie voor toepassingen o.a. HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 802; HR 6 januari 1995, *RvdW* 1995, 20C; Hof Arnhem 7 mei 2002, *LJN*: AE2348; Rb. Middelburg 21 januari 2004, *LJN*: AO2756; Vzr. Rb. Arnhem 25 februari 2005, *LJN*: AS8145; Rb. Arnhem 16 maart 2005, *LJN*: AT4342; Rb. Haarlem 13 september 2005, *LJN*: AU2693; Vzr. Rb. Arnhem 11 januari 2006, *LJN*: AV3345; Rb. Zwolle 9 augustus 2006, *LJN*: AY5772; Rb. Amsterdam 15 februari 2007, *LJN*: AZ8671; Vzr. Rb. Roermond 9 mei 2007, *LJN*: BA4738; Vzr. Rb. Utrecht 11 januari 2008, *LJN*: BC1662; Rb. Zwolle 2 april 2008, *LJN*: BD2201; Vzr. Rb. Utrecht 30 juli 2008, *LJN*: BD9961; oudere referenties te Gerbranda & Kroes 1993, p. 140). Echter, zelfs ter dien aanzien zou de bewering van De Bock nog falen daar, ten eerste, de applicatie van deze parameters afhankelijk is van een bepaalde feitensituatie doch ongerelateerd aan eventuele aanwending van fundamentele rechten daarin en, ten tweede, deze opsomming geen selectie opdringt maar daarentegen zelf slechts indicatief, non-exhaustief is (en als tekenend bewijs daarvan onder meer reeds aangevuld werd met suggesties vanuit de doctrine (zie bijvoorbeeld Van Baarda 1992, p. 311; zie tevens De Lange 1994b, p. 285)). Illustratief in deze is recentelijk nog het fundamenteelrechtelijk uitgevochten tweede *Van Gasteren*-arrest (HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274) waar deze cineast opnieuw ageerde tegen het in twijfel trekken (dit maal niet in een dagbladartikel doch in een op internet geplaatste en van ruime media-aandacht voorziene 'open brief') van zijn verzetsverleden en de onder deze noemer gepleegde eliminatie van een joodse onderduiker. Geenszins geeft dit arrest blijk van een beperking doch integendeel profileert zich – zoals de Hoge Raad zelf preciseert – een noodzaak tot afweging van 'alle terzake dienende omstandigheden van het geval' (r.o. 3.4.1). Interessant is daarbij overigens het omvangrijke scala aan wegingsfactoren welke A.-G. Huydecoper schetst als 'voorbeelden' van elementen die in onderhavige casus 'een rol (kunnen) spelen' (nr. 6), daartoe trouwens gedreven door het feit dat de (enkele) 1983-parameters (die, zoals de A.-G. opmerkt, het voorgaande partijdebat en vonnis *a quo* hebben gedetermineerd) naar zijn mening al te zeer beperkt zijn want op een afwijkende typecasus toegespitst (voetnoot 10, wel recapituleert hij deze evenzeer onder zijn wegingsfactoren (d) en (e), zie voetnoten 25 resp. 29) (overigens blijven deze in het arrest zelf wel sterk doorklinken, zo parameter (b) onder noemer van 'klemmende redenen van algemeen belang' hetwelk present wordt geacht (r.o. 3.9-3.10) als o.a. schuilende in het 'bevredigen van het rechtsgevoel en de emoties van de slachtoffers van de jodenvervolging' (r.o. 3.10); parameter (d) in r.o. 3.10 als betreft de open brief 'slechts [...] een "op cynische, provocerende wijze aan de kaak stellen"' hetwelk volkomen uitwerking krijgt in r.o. 3.11-3.13 alwaar gepreciseerd wordt alsdat '[verweester] immers niet de beschuldiging uitgesproken [heeft] dat [eiser] zich heeft schuldig gemaakt aan roofmoord, maar heeft zij zich ertoe beperkt vraagtekens te zetten' en onder meer vervolgd wordt met '[v]oorts is de open brief geen onderzoeksjournalistiek of pretendeert deze dat te zijn, maar gaat het om een opiniërende publicatie' waarmee dan weer rechtstreeks aangesloten wordt bij evaluatie van parameter (c) en de Hoge Raad hierin op eigen beweging overigens nog verder ingaat in die zin dat '[d]e onderdelen betogen voorts – terecht – *niet* [mijn cursivering, BJDV] dat voor de onderhavige uiting geen enkele feitelijke basis aanwezig was' en daartoe uitermate ten overvloede ook de treffende feitelijke motivering vanwege de rechtbank recapituleert (zie r.o. 3.13), anderzijds zit parameter (a) doorheen het geheel geweven en zijn (e) en (f) – die in de meeste zaken niet aangewend worden – in feite niet op de casus toepasbaar).

zou haast willekeurig van zekere aanspraken beroofd worden en voor een met oogkleppen getooide rechter komen te staan.

Een enkel detail dient hierbij nog afgestreden te worden en dat is dat de fundamentele rechten dan misschien wel niet de afhandeling zelf geleiden maar alvast toch voor een meer omvattende, meer nauwgezette evaluatie zorgen. Dat aspect mag misschien gelden in de begindagen van *Drittwirkung* in een rechtssysteem, maar heden, waar het *fundamental rights* argument in private litigaties voor de meesten geen verrassend gegeven meer is en hun overdaad rechters zelfs tot irritatie of ironie¹⁰⁴ drijft, valt aan deze assumptie al wat meer te twijfelen. Het gegeven wordt ongetwijfeld steeds meer (h)erkend als een loutere hertaling van bepaalde in het geding zijnde belangen en ook aldus, zonder verdere plichtplegingen, behandeld. Definitief uitsluitsel is daarmee uiteraard niet gegeven, dat zou alleen aan de hand van een kwalitatieve sisufusanalyse van de gehele rechtspraakcollectie kunnen geschieden. Daarbij zou dan alvast het kwantitatieve aspect dienen verdisconteerd te worden: het feit dat een grondrecht ingeroepen wordt maakt dat een rechter hier in principe dient op in te gaan *ergo* de motivering van vonnis of arrest verlengt, maar zulks betekent niet noodzakelijk dat deze ook aangescherpt wordt, getuige daarvan de overvloed aan rechtspraak waar dergelijke beschouwingen slechts doelen de irrelevantie van het ingeroepen grondrecht te duiden. Overigens zou paradoxaal genoeg ook op zuiver civielrechtelijke rechtspraak kunnen worden gewezen die er (alvast uit kwantitatief oogpunt) een omvattendere motivering op nahoudt dan hun derdenwerkingequivalenten, maar dat is uiteraard een loutere *amuse*. Nochtans valt daar uit rechtstheoretisch oogpunt ook iets voor te zeggen. De rechter die zuiver op basis van open normen in *hard cases* concludeert zal zich immers sterker, bijgevolg diepgravender, tegen kritiek dienen in te dekken dan bij *ad evidentiam*-aanwending van fundamentele normen.¹⁰⁵ Het retorisch vermogen van fundamentele rechten kortom opent voor de gegadigden evenzeer de poorten tot een meer, niet minder, oppervlakkige besluitvorming.

104 Zie de uitlatingen van vrederechter De Palmaer in Vred. Oostende 17 december 2002, T.G.R. 2005, afl. 3, 192, weergegeven te § 8.3.

105 Vgl. tevens Bydlinski 1962/63, p. (446-)448 in diens kritiek op directe werking; daarentegen expliciet contra maar middels stromanargumentatie (nl. aangaande feit dat uitspraak in beide gevallen mag worden verwacht overeen te stemmen) is Lewan 1968, p. 598; meer accuraat is commentaar Rimanque & Peeters 1982, p. 20 alsdat oriëntatie op een grondrecht het risico *counteren* zou dat de 'rechter onbewezen waardevoorstellingen of ervaringsgegevens als norm in zijn beslissing gaat hanteren, met het argument (of eerder het excuus) dat andere rechters dit hebben voorgedaan, zodat de schijn wordt gewekt van een jurisprudentiële regel'.

6.2.4 Zwakke partij

Een laatste winstpunt dat aan horizontale werking toegedicht wordt is dat het bijdragen zou aan de bescherming van de zwakkeren in de rechtsmaatschappij. Als geheel wordt zelfs solidarisering van het privaatrecht op de agenda geschreven en als verwezenlijking van fundamentele rechten gepresenteerd. Die laatste associatie lijkt mij traditioneel overdreven, zij miskent de eigen dynamiek van het privaatrecht waarin de paradigmaverschuiving van bijvoorbeeld het individualistische contract als wet naar een meer altruïstische insteek waarin tevens rekening wordt gehouden met de redelijke belangen van de tegenpartij reeds lang voor de introductie van horizontale werking werd geïnitieerd.¹⁰⁶ Zo gewaagde de legendarische Demogue reeds in 1931 van de verhouding tussen contractanten als ‘une sorte de microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun’¹⁰⁷ en werd daarmee zelfs een reeds eind 19^e eeuw gelanceerde visie gecontinueerd.¹⁰⁸

Uiteraard kan horizontale werking daarbij een rol spelen, maar eerder als meedrijvende op deze rechtsmaatschappelijke meandering dan als stuwende kracht hierachter. Waar partijen geacht worden meer rekening te houden met elkaars belangen worden daarmee uiteraard de deuren geopend tot een steeds omvangrijkere afweging van wederzijdse interesses onder de noemer van fundamentele rechten. Het is echter de heer des huizes die tot opening van de deuren beslist.

Overigens heeft deze evolutie ook een ironisch kantje. Vanuit historisch perspectief is het immers bijzonder verrassend fundamentele rechten als katalysator tot solidarisering te zien. In hun hedendaagse vorm zijn deze immers ontstaan als uitdrukkelijke exponent van een strikt individualistisch mens- en maatschappijbeeld, welk hen ook nu nog eventuele aanspraak op universele geldigheid ontnemt.¹⁰⁹ Meer nog, het is de reden waarvoor ze ook in de Westerse wereld meermaals zijn vergruisd. In tijden toen Kerk en communisme nog niet gediagnosticeerd waren op hun postmodernistische infectie heette immers van beide kanten dat dergelijke postulaten van ongebreidelde egoïsme een intolerabele schandvlek uitmaakten op de (eventueel religieuze) *Bruderschaft aller Menschen*.¹¹⁰ Maar dat terzijde.

106 Zie aangaande deze verschuiving o.a. Mazeaud 1999, p. 603-634; Thibierge-Guelfucci 1997, p. 357-385; Wilhelmsson 1993, p. 9-54. Vgl. overigens Jansen 2003, p. 133-149 waar reeds de voorstelling van de 19^e eeuwse ongebreidelde contractsvrijheid als karikatuur wordt afgedaan.

107 Demogue 1931, p. 9.

108 Zie in bijzonder Cédras 2004, p. 186 *et seq.*

109 Zie o.a. Van Doorn 1996, p. 74-75; Van der Wal 2003b, p. 165-166 (*et seq.*); Van der Wal 2003c, p. 183-186 (*et seq.*).

110 O.a. Van der Wal 2003b, p. 167-171; secundair Ségur 2004, p. 18-19; Van der Wal 2003a, p. 162 (en referenties aldaar). Wat het communistisch perspectief betreft kan in bijzonder worden verwezen naar Marx' *Zur Judenfrage* (o.a. 'daß die sogenannten Menschenrechte [...] nichts anderes sind als die Rechte des Mitglieds der bürgerlichen Gesellschaft, d.h.

Wat de eigenlijke aanspraak, de bescherming van de zwakkere partij, betreft, moet erkend worden dat dit wat vreemd klinkt. Onderzoek en ervaring wijst immers uit dat ook zonder fundamentele rechten de *golden rule* in de rechtbanken weerklinkt.¹¹¹ In het Nederlandse recht wordt bescherming van de zwakke partij zelfs een der leidende principes van het recht genoemd¹¹² evenals het verenigend element achter de meest uiteenlopende technische constructies van de Hoge Raad.¹¹³ Voor overige contemporaine Europese rechtsstelsels is dat niet anders, zodat moeilijk ingezien worden kan waartoe opnieuw aan een bijkomende, *generale* methodiek tot bescherming van de zwakkere partij nood zou zijn, nu reeds zovele specifieke en reeds lang ingeburgerde algemene technieken ter beschikking staan. Een goed argument is dit echter niet, het kan immers altijd beter.

De vraag is evenwel of fundamentele rechten steeds ten dienste van de zwakkere staan. Ik geloof niet dat dit een constante hoeft te zijn. Laten hiertoe twee voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak volstaan: het belang van het kind in litigaties aangaande draagmoederschap en de befaamde Aidstest zaak.

De Nederlandse uitspraken m.b.t. draagmoederschap zijn, zoals *supra* reeds geuid, niet meteen de sterkste toepassingen van horizontale werking, maar in hun overwegingen aangaande tonen ze zich wel zeer illustratief. Immers, is het bij dergelijke gevallen noodzakelijk dat fundamentele rechten worden ingeroepen opdat de rechter zich bekommeren zou om het belang van het kind? De Belgische rechtspraak toont alvast van niet: een uitspraak kan zich volledig rond dit concept centreren, het als enige element van belang in rekening nemen maar tegelijk nimmer tot Constitutie of Verdrag zijn gebracht.¹¹⁴ En dan is het pijnlijk de Nederlandse *fundamental rights* rechtspraak te aanzien. In de uitspraken van de rechtbanken van Utrecht¹¹⁵ en Rotterdam¹¹⁶ leidt de, weliswaar ten overvloede plaatsgrijpende, oriëntatie op fundamentele rechten er immers toe dat aan een werkelijke evaluatie van de belangen van het kind wordt voorbij gestormd. Hunner beschouwingen omtrent

des egoistischen Menschen, des vom Menschen und vom Gemeinwesen getrennten Menschen' (K. Marx & F. Engels, *Werke*, Berlijn: Dietz Verlag 1976, I, p. 364)), wat de rooms-katholieke kritiek aangaat is constitutief de visie dat dergelijke menselijke autonomie als de klassieke fundamentele rechten uitdragen een negatie van de goddelijke soevereiniteit inhouden zou (cf. o.a. Pius IX in schrijven aan Napoleon III: 'Je regrette que votre gouvernement continue à s'inspirer de la declaration des droits de l'Homme laquelle n'est pas autre chose, sire, que la negation des droits de Dieu' (aangehaald in Oberdorff 2003, p. 10)).

111 Zie o.a. Greenlee 1996 m.b.t. Amerikaanse rechtspraak.

112 Hondius 1999, p. 393.

113 Van Schellen 1983, p. 21.

114 Zie onder meer Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T. Gez.* 1997-98, p. 124 (adoptie door wensmoeder toegestaan omdat dit in het belang van het kind (nl. doordat diens juridische toestand wordt verduidelijkt en feit en recht worden verenigd) wordt geacht).

115 Rb. Utrecht 18 juni 1997, *NJ kort* 1997, 59.

116 Rb. Rotterdam 23 maart 1998, *NJ Kort* 1998, 33.

het IVRK verzanden door (teleologische) exegese van de artikelen 7 en 8 in een detaillisme waarbij 's kinds concrete belangen, door de *primus inter pares* bepaling van art. 3 IVRK nochtans met primauteit bekleed, uit het oog verdwijnen. Wat, voorzeker bij de rechtbank van Rotterdam, telt is een kortzichtige analyse van de begrippen ouderschap en identiteit wyl de achter deze normen spelende waarden worden genegeerd.¹¹⁷ Het is veelzeggend dat beide vonnissen door grondrechtsloze beroepsuitspraken juist onder verwijzing naar 'het belang van het kind' dienden te worden hervormd.¹¹⁸

De Aidstest zaak betrof het slachtoffer van een verkrachting die vreesde hierbij met het HIV-virus te zijn besmet. Zij onderging een eerste test, met negatief resultaat tot gevolg, maar definitief uitsluitel zou pas kunnen verkregen worden na een tweede analyse ten vroegste drie maanden nadien. Argumenterende emotioneel niet in staat te zijn zich hieraan opnieuw te onderwerpen verzocht ze dat de inmiddels gearresteerde dader zou worden getest, wat deze laatste weigerde. Voor de rechtbank van Amsterdam leverde dit een impasse op waarbij beide partijen zich beriepen op hun fundamentele rechten van privacy en lichamelijke integriteit (art. 10 & 11 Gw., art. 8 EVRM).¹¹⁹ President Asscher begaf zich in de traditionele belangenafweging en beschikte, zoals Vermeulen stelt 'volkomen logisch',¹²⁰ in het voordeel van de eiseres. Die logica bestond echter bij gratie van het rechtvaardigheidsgevoel want juist vanuit constitutionele hoek kwam stevige kritiek op de verbastering van de in het geding zijnde grondrechten.¹²¹ Onder meer heette de belangenafweging een inbreuk op de duidelijke tekst van het grondrecht in kwestie, d.w.z. de lichamelijke integriteit van de verkrachter.¹²² In beroep bleek dergelijke commentaar in goede aarde te vallen. Beslist werd immers dat van botsing van grondrechten helemaal geen sprake was en in dit kader derhalve ook geen belangenafweging had behoren plaats te vinden. De enige grondrechten die bedreigd worden, zo stelt het Hof, zijn die van de dader. Voor het slachtoffer bleken dergelijke superieure normen te hoog gegrepen: haar belang werd gedefinieerd als louter resultante van een voorafgaande schending van lichamelijke integriteit maar hieronder zelf niet meer begrepen. Wel werd door het

117 Zie in detail § 5.3.

118 Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *NJ* 1998, 865 (zie opmerking hoofdstuk 5, voetnoot 79) en Hof Amsterdam 19 februari 1998, *NJ kort* 1998, 32.

119 Pres. Rb. Amsterdam 11 juli 1991, *KG* 1991, 242.

120 Vermeulen 1992, p. 5. Gelijkaardig Bruinsma 1992, p. 31; De Roos 1992, p. 20; Van Driem 1992, p. 18-19 (advocate slachtoffer); Van Maarseveen 1991a, p. 1193.

121 O.a. De Meij 1991a, p. 1379; Simon 1991, p. 1192. Zie tevens de schets bij De Roos 1992, p. 20, o.a. 'De suggestie is gewekt, dat deze uitspraak grensverleggend zou zijn, een overwinning van de rechtvaardigheid op grondrechtsfetischisten en formalistische neuzelaars' evenals bij Van Maarseveen 1991a, p. 1193: 'Natuurlijk wordt er in den lande veel gehuild: het mensenrecht van de lichamelijke integriteit van de verkrachter wordt geschondden!' (soortgelijk in Van Maarseveen 1991b, p. 1379) en secundair Verrijn Stuart 1992, p. 22 (*et seq.*).

122 De Meij 1991a, p. 1379.

Hof erkend dat ook in dit geval eventueel nog ten voordele van geïntimeerde kon worden beslist, maar evenzeer in de dienaangaande afweging bleef het grondrechtsaurea rond de dader doorwerken. Bij het oordeel werd namelijk in rekening genomen dat 'schending van het in art. 11 Grondwet bedoelde grondrecht [op lichamelijke integriteit] als een ernstige inbreuk wordt beschouwd' en bijgevolg terughoudendheid vergt. Dat zijn ietwat vergaloppeerde bewoordingen voor een ingreep die Asscher terecht als 'betrekkelijk onbeteknend' (een prik in de vinger) bestempelde, maar naar grondrechtsdogmatiek zijn ze wel volkomen terecht. Aldus werd, deels op basis van een foutieve inschatting van de *windowperiod*,¹²³ de beroepsprocedure dan ook in het voordeel van appellant uitgesproken.¹²⁴ Evenzeer bracht deze uitspraak uiteraard kritiek met zich mee maar ditmaal met de oproep de inwerking van grondrechten te temperen.¹²⁵ De fundamentele rechten bleken kortom wat pandoriaans van aard want wel verleidelijk maar uiteindelijk niet meer loochenbaar en ongeschikt om een met het rechtsgevoel sporende uitspraak af te leveren. De Hoge Raad is uiteindelijk op een elegante manier uit deze (oneigenlijke) *catch 22* ontsnapt.¹²⁶ Vooreerst werd het louter civiele pad bewandeld en de medewerking tot de test als een logisch uitvloeisel van de algemene onrechtmatige daadsnorm (oud art. 1401 BW) gepresenteerd. Vervolgens pas werd het grondrechtsverweer van de dader aan de kaak gesteld wat juist middels de net daarvoor ontplooid overweging keurig kon worden gepareerd als vindt dit grondrecht zijn grenzen in bij of krachtens de wet te stellen beperkingen waaronder art. 1401 BW en 'de in dat artikel besloten liggende normen die het in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht te nemen'. Slechts *in fine* verschijnt opnieuw de initiële, constitutionele hamvraag ten tonele of het slachtoffer op haar grondrecht beroep zou kunnen doen welk, door de inversieve afhandeling van de Hoge Raad, nu kan voorgesteld worden als detail:

Het vorenoverwogene geldt ongeacht of ook aan de zijde van eiseres terecht een beroep op een grondrecht is gedaan of zou kunnen worden gedaan. In het midden kan derhalve blijven de door President en Hof in verschillende zin beantwoorde, door het middel opnieuw aan de orde gestelde vraag of de onzekerheid omtrent besmetting als na de verkrachting voortgezette aantasting van het lichaam van eiseres in de zin van art. 11 Grondwet moet worden beschouwd.

Via dergelijke omcirkelende beweging heeft de Hoge Raad uiteindelijk zeer tactisch de constitutionele impact zo sterk mogelijk geweerd en een met het rechtsgevoel strokende uitspraak afgeleverd. Anders dan sommige auteurs

123 Zie tevens Vermeulen 1992, p. 8.

124 Hof Amsterdam 5 maart 1992, KG 1992, 126. De test had onderwijl reeds plaatsgevonden. Zie terzake deze uitspraak tevens de bemerkingen van Verhey 1992b, p. 643-645.

125 Zie bijvoorbeeld Vermeulen 1992, p. 8.

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

beweren,¹²⁷ heeft de Hoge Raad er immers voor geopteerd niet uit de voor het slachtoffer zeer nadelige sleutel van collisie van grondrechten te opereren,¹²⁸ maar integendeel vanuit zuiver privaatrecht te vertrekken en aldaar vooreerst de positie van de dader te verzwakken. Pas nadat diens privaatrechtelijke maar fundamenteelrechtelijk bekritiseerbare¹²⁹ schadebeperkingsplicht is vooropgesteld wordt deze, in een opnieuw constitutioneel bekritiseerbare actie,¹³⁰ gehanteerd om verkrachters grondrechtenpedestal neer te halen. Samengevat een omzeiling van de grondrechtenproblematiek en 'oplossing' daarvan in zuiver civiele concepten,¹³¹ welke dan uiteindelijk ook de geheel twijfelachtige¹³² aanspraak vanwege het slachtoffer op haar grondrecht tot lichamelijke integriteit in het ongewisse vermag te laten blijven. Rechtvaardigheid, maar ten koste van grondrechtsdogmatiek.

Uit deze illustraties blijkt kortom hoezeer fundamentele rechten niet steeds ten dienste staan van het zwakkere individu, zelfs eerder op verdere schending van diens belangen aansturen. Uiteraard zal dat slechts in een minimaal aantal litigaties het geval zijn, maar *vice versa* zal ook het aantal dwingende toepassingen van het tegendeel beperkt blijven. Dit betekent evenwel geenszins dat fundamentele rechten niet in ruimere oplage een verhullende lap tot bescherming van zwakkeren kunnen zijn, maar daarbij fungeren zij dan als retrograad motiverend doch niet causaal element.

Overigens rijst daarbij de vraag hoever de rechter daarin kan gaan. Fundamentele rechten dienen niet tot travestie van het privaatrecht en in bijzonder niet tot ongelimiteerde bevrijding van voorheen vrijwillig aangegane verbintenissen. De voorwaarden die daaromtrent in het privaatrecht neergelegd zijn, zijn in de regel meer doordacht en coherent dan wat een enkele instantie uit fundamentele rechten meent te moeten deduceren. Aangezien fundamentele rechten uit hetzelfde rechts- en maatschappijbeeld ontspringen, alleen in meer algemene en minder snel aangepaste termen zijn opgesteld dan het privaatrecht, zullen zij hieraan in de regel dan ook niets, in welke richting dan ook, kunnen toevoegen.¹³³ Kortom, slechts in uitzonderlijke situaties zullen fundamentele rechten een afwijking van het privaatrecht kunnen verantwoorden,

127 O.a. Van Empel & De Jong 2002, p. 287; Van Ommeren 1994, p. 117.

128 Idem o.a. Goldschmidt 1993, p. 1540; Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 250; Verhey 1994c, p. 123.

129 Met name vanuit oogpunt van het criterium 'voorzienbaarheid' (zie in bijzonder Van Ommeren 1994, p. 119-121; tevens bij de voorzienbaarheid kanttekeningen plaatsend is Brunner 1994, p. 1602-1603; contra Verhey 1994c, p. 121-125). Strikt beschouwd zou dit dan in afwijzing van de vordering moeten resulteren (cf. Verhey 1994c, p. 121).

130 Algemene onrechtmatige daadsnorm als beperking (zie o.a. Leenen 1993, p. 379-380; Vermeulen 1993, p. 16; meer genuanceerd Goldschmidt 1999, p. 1541-1542).

131 In deze zin tevens Hofman, Sap & Sewandono 1995, p. 250.

132 Brunner 1994, p. 1602; Naeyé 1995, p. 225 (wel privacy; vgl. p. 226 waar tevens toch lichamelijke integriteit wordt genoemd); Verhey 1994c, p. 123. Zie tevens Vermeulen 1993, p. 16.

133 In soortgelijke zin gaande Flessner 1998a, p. 20.

daarbij overigens meestal bewegende naartoe een afgrond van marktontwrichting¹³⁴ en hatelijk paternalisme.¹³⁵

6.3 CONCLUSIE

Samengevat blijkt de middels horizontale werking toegevoegde waarde van grondrechten, zelfs zonder dat de vereiste van een werkelijk oordeelsaltererend impact wordt gesteld, zeer relatief. Dat is uiteraard een kwestie van perceptie zoals deze vanuit de in de doctrine vooropgestelde verwachtingen werd geïnduceerd (die dus als te hoog gegrepen dienen te worden gekwalificeerd). Evenwel is ook los daarvan reden tot bescheidenheid. Immers gaat het bij horizontale werking, geheel anders dan in de verticale dimensie (en dat kan niet genoeg herhaald worden), in de regel om de toepassing van slechts naakte grondrechtsnormen in geheel complexere situaties: het betreft niet eenvoudigweg de vraag naar doorwerking van grondrechten maar adjudicatie van een strijd tussen rechtstreeks conflicterende fundamentele belangen. Kortom, een meer gecompliceerde operatie terwijl anderzijds het grondrechtsinstrumentarium tot de essentie is herleid. En daarin schuilt een geringe kans op succes. In ieder geval is het duidelijk dat de fundamentele rechten in deze context uiteindelijk weinig tot de beweerde articulatie bijdragen, noch meer dan triviale oriëntatie verschaffen, de afhandeling niet met verhoogde nauwkeurigheid bestendigen noch automatisch (de vraag in het midden gelaten of dit zelfs maar wenselijk is) de handschoen ten voordele van de zwakkeren opnemen. Eindoordeel is dan ook weinig gunstig. Wat rest is de ontluisterende, doch ook door andere auteurs reeds geopperde, conclusie dat bescherming van fundamentele waarden, normen en belangen (behoudens de spreekwoordelijke uitzondering) door horizontale werking niet merkbaar wordt versterkt,¹³⁶ wat horizontale werking *in globo* voorstaat is een vruchteloze vlucht in abstracties die zonder toegevoegde waarde slechts nopen naar het reguliere niveau terug te keren.

Opgemerkt dient echter te worden dat een enkel heilzaam punt ten voordele van horizontale werking in deze nog buiten beschouwing is gebleven, met name de suggestie dat zij een middel tot convergentie zou kunnen uitmaken. Oorzaak is, onder meer, dat dit aspect een meer exhaustieve analyse vergt. Deze wordt in het hiernavolgende hoofdstuk verzorgd.

¹³⁴ Cf. o.a. Ellger 2001, p. 177.

¹³⁵ Zie aangaande paternalisme *infra* § 8.1.

¹³⁶ O.a. Sarazá Jimena 2008, p. 180. Zie in het Nederlandse debat de verwante opmerking dat ook zonder invocatie van fundamentele rechten de jurisprudentie in de regel in staat blijkt de daarin beschermde waarden binnen privaatrechtelijke litigaties even bevredigend te honoreren, zo o.a. Donner 1976, p. 396; Verhey 1992a, p. 187.

