

BURGERLIJK RECHT EN GRONDRECHTEN

Preadviezen, uitgebracht voor de
Vereniging voor Burgerlijk Recht

door
Prof. Mr. J.L.M. Elders
en
Mr. M.B.W. Biesheuvel

Koninklijke Vermande bv – Lelystad
1986

Burgerlijk recht en grondrechten: „een integratieve benadering”

Inleiding	7
I. Kernbegrippen van burgerlijk recht	8
A. De persoon (rechtssubjectiviteit)	8
B. Eigendom (subjectief vermogensrecht)	10
C. De contractsvrijheid	13
D. Het vertrouwensbeginsel (pacta servanda sunt)	13
E. Evenredige toerekening	15
II. Privaatrechtelijke grondrechten	16
1. Het recht op leven	18
2. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer	19
3. De vrijheid van beweging	20
4. Het recht op eigendom en sociale zekerheid	21
5. Het recht om te huwen	22
6. Het recht van vereniging	22
7. Vrijheid van levensovertuiging en van meningsuiting	23
8. Het recht op gelijke behandeling en het discriminatieverbod ..	24
9. Recht op toegang tot de onafhankelijke rechter voor de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen	26
III. Concurrerende en conflicterende grondrechten	27
Noten	37

**Burgerlijk recht en grondrechten: „een constitutioneel vraagstuk van den
eersten rang”**

1. Inleidende opmerkingen	41
2. Plan van behandeling: <i>twee krenten uit de pap</i>	43
3. Een onvermijdelijk verschijnsel	45

4.	Afwegingsproblematiek:	
	<i>botsende rechten</i>	49
4.1.	„Hands off“	50
4.2.	Pseudo-conflicten	54
4.3.	Echte tegenstellingen	55
5.	Samenvatting en conclusies	58
Noten		60

BURGERLIJK RECHT EN GRONDRECHTEN: „EEN INTEGRATIEVE BENADERING”

Prof. Mr. J.L.M. Elders

Inleiding

Het aan de orde stellen van de verhouding tussen burgerlijk recht en grondrechten gaat uit van de vrij algemeen aanvaarde opvatting dat beide rechtsgebieden min of meer los van elkaar staan en wellicht ook van de constatering dat er tussen burgerlijke rechten en grondrechten een zekere spanning kan bestaan.

Die spanning kan zich, zoals wij nog zullen zien, op tal van terreinen voordoen. Zo moet het grondrecht dat de onschendbaarheid van de woning waarborgt, worden gezien als een van de rechten ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer en niet als een uitvloeisel van een eventueel grondrecht op eigendom of bezit, zodat een botsing tussen beide rechten mogelijk is. Het is echter onjuist op grond van een vermeende tegenstelling burgerlijk recht en grondrechten uitsluitend tegenover elkaar te stellen. Wanneer wij de kern van een aantal typische burgerlijke rechten onderzoeken, dan ontmoeten wij rechten of rechtsbeginselen die of wel zelf als grondrecht zijn gepositieerd dan wel door grondrechten worden beschermd.

Uiteraard volgt hieruit dat er conflicten kunnen ontstaan bij gelijktijdige toepassing van botsende grondrechten, conflicten die tot dusver niet door grondwetgever of wetgever zijn geregeld. Van der Hoeven acht bij horizontale werking de implicaties van botsende grondrechten nauwelijks te overzien. Naar zijn mening zal de rechter zich genoodzaakt zien tot afweging.¹⁾

Naar mijn opvatting behoeven wij voor deze afweging niet al te beducht te zijn.

Reeds P. Scholten schreef dat hoewel het publiekrecht logisch aan het privaatrecht voorafgaat, er tevens recht is dat met het bestaan der rechtsgemeenschap is gegeven alsmede dat het publiekrecht het privaatrecht veronderstelt en dat het staatsrecht voortdurend van de beginselen van het gemene recht doordrongen is.²⁾ En Meijers merkt in de algemene inleiding bij zijn ontwerp op dat het burgerlijk recht de bezonken wijsheid van eeuwen bevat.³⁾ Men kan dan ook niet stellen dat grondrechten, voor zover zij tot het publiekrecht gerekend moeten worden, reeds op die grond van hogere orde zijn dan privaatrechtelijke grondrechten. Het criterium bij afweging van conflicterende of concurrerende rechten moet veeleer gevonden worden in aard en strekking van deze rechten en in de vraag naar de rechtsgevolgen van een bepaalde keuze van de rechthebbende.

Ook al kan men met Valkhoff vaststellen dat er in de eerste helft van de

twintigste eeuw ten opzichte van de 19e eeuw gesproken kan worden van een zekere mate van vermaatschappelijking van het privaatrecht, dit neemt niet weg dat de vaste kern van het privaatrecht onvervangbaar is. Beginselen als de persoon als drager bij uitstek van subjectieve rechten, de erkenning van individuele beschikkingsmacht over economische waarden (eigendom), contractsvrijheid, gebondenheid aan het gegeven woord en het honoreren van opgewekte verwachtingen, evenredige toerekening van de gevolgen van gedragingen en de erkenning van het recht op een bestaansminimum, vormen de grondslag van het gemene recht.

Het is dan ook niet juist om te veronderstellen dat het privaatrecht zich na de vorige eeuw nog slechts in collectivistische geest zou kunnen ontwikkelen. In zijn „Vorschule der Rechtsphilosophie“ merkte Radbruch op dat structureel beschouwd het privaatrecht rechtsverhoudingen tussen gelijken regelt, terwijl het publiekrecht berust op verhoudingen van ongelijkheid.⁴⁾

Niet kan worden ontkend dat het gelijkheidsbeginsel in de tweede helft van de 20e eeuw allerwegen in opmars is, en niet slechts in formele zin. Ook het streven naar individualisering van aanspraken op de rechtsgemeenschap is gebaseerd op een sterker waardering van persoonlijke belangen. Gelijke behandeling is echter op den duur slechts gewaarborgd als ook de subjectieve rechtspositie van betrokkenen zoveel mogelijk wordt versterkt door verhoogde rechtsbescherming van persoonlijke verworvenheden, zonodig aangevuld door sociale zekerheid. Deze verhoogde rechtsbescherming kan mede gevonden worden door aan de met het burgerlijk recht meest nauw verbonden grondrechten niet alleen verticale maar ook horizontale werking toe te kennen.

De beperkte omvang van deze preadviezen laat een volledige behandeling van het vraagstuk niet toe. Tussen de preadviseurs is tot de volgende werkverdeling besloten.

De tweede preadviseur zal uitgaande van het publiekrecht de inwerking van grondrechten op het privaatrecht behandelen en daarbij in het bijzonder op de rechtspraak ingaan. In het eerste preadvies worden aan de orde gesteld: Kernbegrippen van burgerlijk recht, privaatrechtelijke georiënteerde grondrechten, concurrerende en conflicterende grondrechten en het recht op gelijke behandeling.

I. KERNBEGRIPPEN VAN BURGERLIJK RECHT

A. De persoon (rechtssubjectiviteit)

In alle rechtsverhoudingen staat de persoon centraal maar de rechtspositie van de individuele mens is vanouds in het burgerlijk recht geregeld. De meest pregnante uitdrukking van de rechtssubjectiviteit is te vinden in art. 1: 1 BW: „Allen die zich in Nederland bevinden zijn vrij en bevoegd tot het genot der burgerlijke rechten. Persoonlijke dienstbaarheden van

welke aard of onder welke benaming ook worden niet geduld."

Vrijheid, gelijkheid en algemene rechtsbevoegdheid zijn de centrale begrippen betreffende het recht aangaande de persoon. Voor Nederland is deze vrijheid en de aan eenieder toekomende rechtsbevoegdheid al eeuwenlang gemeengoed.⁵⁾ Men kan bij overeenkomst niet rechtsgeldig over zijn persoonlijke vrijheid beschikken in die zin dat men daarvan afstand zou kunnen doen. Een dergelijke overeenkomst zou, ongeacht hetgeen hieromtrent in grondwet of verdrag is bepaald, strijdig zijn met de Nederlandse openbare orde en derhalve onverbindend. De principiële betekenis van de rechtssubjectiviteit is op een bijzondere wijze uitgedrukt door G.W.F. Hegel: Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher formellen Rechtes aus. Das Rechtsgebot ist daher: sei eine Person und respektiere die anderen als Personen.⁶⁾

Zolang als en telkens wanneer de mens niet in staat is zelfstandig als persoon te functioneren, vindt er in beginsel rechtsbescherming plaats in de vorm van wettelijke vertegenwoordiging. Eventuele lacunes in de wet in gevallen van rechtsnood waarbij er van een behoorlijke vertegenwoordiging geen sprake is, worden in toenemende mate door de rechter opgelost, zoals wij bij de bespreking van art. 5 EVRM nog zullen zien. In hoeverre behoren nu de rechtsaanspraken van de persoon tot het burgerlijk recht? Een eerste onderscheiding die hier behoort te worden aangebracht is die tussen burgerlijke rechten en burgerschapsrechten. Deze laatste rechten vinden hun oorsprong in het staatsrecht en zij hebben betrekking op de burger als staatsburger, als lid van locale, regionale en nationale politieke gemeenschappen. In beginsel is hier de burgerlijke rechter niet bevoegd.⁷⁾

Kan er hier van een heersende mening worden gesproken, veel minder duidelijkheid heerst er ten aanzien van de onderscheiding tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke subjectieve rechten.

De vraag is hier of b.v. beoefenaren van een beroep of bedrijf en vergunninghouders privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen. Het komt mij voor dat de theoretische onderscheiding tussen beide categoriën haar betekenis grotendeels zo niet geheel heeft verloren mede ten gevolge van de rechtspraak van het Europese Hof.⁸⁾

De ruime opvatting van het begrip „burgerlijke rechten" waarop bij de bespreking van art. 6 ECM nog wordt teruggekomen is in overeenstemming met de door de Hoge Raad aan art. 2 RO gegeven uitleg,⁹⁾ en past in de opvatting van P. Scholten dat het privaatrecht als het gemene recht ook het uitgangspunt is voor het bestuursrecht. Het behoeft geen betoog dat al datgene waartoe een burger bevoegd zou zijn bij gebreke van een andersluidende administratiefrechtelijk voorschrift, tot zijn subjectieve rechtspositie behoort. In die gevallen echter waar iemand voor het verrichten

van bepaalde handelingen verlof of vergunning nodig heeft van de overheid, blijft de grondslag van zijn bevoegdheid gelegen in zijn privaatrechtelijke rechtspositie als eigenaar of contractant. Alleen de voorwaarden waaronder gehandeld mag worden, zijn door de vergunning of het verlof nader bepaald. Denkt men immers deze privaatrechtelijke rechtspositie weg, dan zou er ook met overheidsvergunning of verlof toch niet rechtsgeldig gehandeld kunnen worden.

Omgekeerd laat het bezit van een publiekrechtelijke vergunning onverlet de privaatrechtelijke aansprakelijkheid tegenover derden.

Er zijn naast de reeds genoemde algemene subjectieve rechtsbevoegdheid enkele privaatrechtelijke subjectieve rechten van hoogst persoonlijke aard die niet voor vervreemding vatbaar zijn. Zo het recht om te huwen, vrijheid van beweging en het recht zich te verenigen. Ook aanspraken van familierechtelijke aard als het omgangsrecht behoren hiertoe. Tenslotte het recht op bescherming van de goede naam, in zijn verhouding tot de vrijheid van meningsuiting. Het gaat hier om de vrijheid van meningsuiting in privaatrechtelijke verhoudingen.

Tot de belangrijkste privaatrechtelijke bevoegdheden van de persoon behoort het kunnen verwerven van de eigendom van zaken of het recht op vermogenswaarden en de contractsvrijheid, waaronder tevens moet worden begrepen het recht zich met een of meer anderen te verenigen ter bereiking van een gemeenschappelijk doel, alsmede het recht te huwen en een gezin te stichten.

B. Eigendom (subjectief vermogensrecht)

De kerngedachte die aan het begrip eigendom ten grondslag ligt is door Hegel als volgt uitgedrukt: „Die Person muss sich seine äussere Sphäre ihrer Freiheit geben um als Idee zu sein.“¹⁹⁾ Persoonlijke identiteit vraagt om een zekere mate van verzakelijke identiteit als ruimtelijke uitdrukking door middel van persoonlijke beschikkingsvrijheid over goederen. Eigendom wordt in het recht omschreven als het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. Het NBW beperkt eigendom tot stoffelijke voorwerpen, zaken die voor bezit vatbaar zijn. Een recht op onstoffelijke goederen zoals vorderingen en waardepapieren mag dan juridisch niet als eigendom worden gekwalificeerd, de functie van dit recht is in economische zin dezelfde. Het geeft aan de rechthebbende een aan zijn persoon verbonden door het recht beschermde vermogensrechtelijke aanspraak.

Wanneer iemand zijn onroerend goed van de hand doet en de opbrengst belegt in rente dragende vorderingen, is zijn vermogenspositie in beginsel ongewijzigd. Het duidelijkst blijkt dit bij onteigening waar volledige schadevergoeding als het economisch equivalent van de te onteigenen zaak in de plaats treedt. Het is daarom van belang het begrip eigendom als kern-

recht op te vatten in de zin van vermogensrechtelijke aanspraak omdat op deze wijze de vraag in hoeverre eigendom een grondrecht is, nader tot oplossing kan worden gebracht, zoals wij nog zullen zien.

De bevoegdheid van de eigenaar een zaak naar goedvinden te gebruiken betekent niet dat de wetgever is uitgegaan van een individualistisch eigendomsbegrip. Immers, de mate waarin een eigenaar in concreto gehouden is met zijn eigendom een sociaal doel te bevorderen, hangt af van de beperkingen die hem in het belang van anderen en in het algemeen belang worden opgelegd.¹¹⁾

Het eigendomsbegrip in ons burgerlijk recht is meerzinnig van aard. Juridische beschikkingsmacht over een zaak verschilt al naar gelang het om simpele gebruiksvoorwerpen gaat dan wel produktiemiddelen betreft waarbij het algemeen belang is betrokken. Niettemin geldt in de meeste gevallen dat het niet zozeer gaat om de exclusieve beschikkingsmacht over een zaak maar om de gebruikswaarde en de economische functie die aan een zaak kan worden toegekend. In de politieke discussie over de grondslag voor de schadeloosstelling bij onteigening zijn de begrippen gebruikswaarde en verkeerswaarde ten onrechte beschouwd als elkaar uitsluitende alternatieven. Voor de vaststelling van het economisch equivalent moeten alle juridische en economische aspecten van een zaak voor zover deze de waarde beïnvloeden mede in aanmerking worden genomen. Op het waardebegrip kan hier uiteraard niet verder worden ingegaan.¹²⁾

Hoezeer in ons recht de gedachte leeft dat niemand zonder rechtsgrond in zijn vermogensrechtelijke positie schade mag worden toegebracht blijkt uit de rechtspraak sinds 1919 over art. 1401 BW en uit art. 6.3.5.1b NBW voor zover in dit laatste artikel de mogelijkheid van een aanspraak op schadevergoeding wordt geïntroduceerd wegens hinder die in het algemeen belang behoort te worden geduld. Al veel eerder was in de rechtspraak de mogelijkheid van schadevergoeding wegens een rechtmatige doch schadetoebrengende overheidsdaad erkend.¹³⁾ De aanzet tot deze ontwikkeling is te vinden in het Voorste Stroomarrest VI van 19.3.1943, NJ 1943-312. De kernoverweging in dit arrest luidde dat ook al was het beleid der gemeente om te kiezen voor een goedkopere oplossing van vuilwaterbestrijding gerechtvaardigd, niettemin de schadelijke gevolgen van deze beslissing niet op een eigenaar mogen worden afgewenteld. De beslissing stond echter nog in het teken van de onrechtmatige daad constructie. Vanuit dogmatisch oogpunt is het daarop volgende arrest, in de zaak van de gemeente 's-Gravenhage/Jochems bevredigender. De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat de gedragslijn van de gemeente volkomen gerechtvaardigd of zelfs geboden kon zijn doch dat zulks niet impliceerde dat zij de nadelige gevolgen voor de bedreigde eigenaren niet voor haar rekening zou dienen te nemen.

In het tweede cassatiemiddel tegen het arrest van het Hof in deze zaak was door de gemeente zowel over schending van art. 625 BW als van art. 1401 BW geklaagd omdat het Hof naast een onrechtmatige daad tevens een

inbreuk op de eigendom van Jochems had aangenomen. De Hoge Raad spreekt echter alleen nog over inbreuk op de eigendom. Sedertdien is het aantal wetten waarin de overheid schadevergoeding toekent aan benadeelde burgers buiten onrechtmatige daad sterk uitgebreid. In dit verband moet worden volstaan met de vermelding van art. 49 WRO.¹⁴⁾

Daarnaast heeft zich in de bestuurspraktijk de zogenaamde bestuurscompensatie ontwikkeld, waaronder moet worden verstaan de praktijk van het publiekrechtelijke bestuursorgaan om in gevallen waarin de burger schade lijdt in zijn vermogen als gevolg van rechtmatig bestuursoptreden ook zonder expliciete wettelijke regeling schadevergoeding toe te kennen.¹⁵⁾ Op de rechtsgrond van een en ander zal nader worden ingegaan.

Samenvattend kan gesteld worden dat naar geldend recht de vermogensrechtelijke aanspraken van de burger inhoudelijk in sterkere mate worden beschermd dan naar de vorm. De conclusie ligt voor de hand dat in de bescherming van de subjectief rechtelijke vermogenspositie van de burger de kern van een grondrechtelijke aanspraak kan worden gezien. In de volgende paragraaf wordt hierop teruggekomen.

Ten onrechte is uit de onderscheiding tussen bezit en vorderingsrecht afgeleid dat het hier om twee geheel verschillende begrippen zou gaan. Van Hugo de Groot is in dit verband het onderscheid „behering en inschuld.” Onder behering verstaat De Groot het recht van toebehoren met betrekking tot een zaak, onder inschuld het recht om van een ander een zaak of dienst te ontvangen.¹⁶⁾ Uiteindelijk gaat het in beide gevallen om een vermogensrechtelijke aanspraak ten dienste van de subjectief gerechtigde.

In het NBW is uit systematisch oogpunt gekozen voor de beperking van het begrip eigendom tot stoffelijke voorwerpen. Eigendom is daarmee geworden tot een species van het ruimere begrip subjectief vermogensrecht. Iemands vermogensrechtelijke rechtspositie wordt niet langer bepaald door de vraag of hij zaken in eigendom bezit doch in hoeverre hij vermogensrechtelijke aanspraken heeft op economische waarden die door de rechtsorde worden gewaarborgd. Men spreekt dan ook wel van „la transition du droit à la valeur.” Men kan dan ook art. 3.1.1.5. beschouwen als de centrale bepaling van het gehele vermogensrecht. Niet langer staat centraal de individuele exclusieve aanspraak op een individueel bepaalde zaak doch de rechtszekerheid van het behoud van bestaande vermogensrechtelijke aanspraken.

In art. 3.11.1 wordt dit naar de kant van de rechtsbescherming toe uitgedrukt. Kan men ter zake van het bezit van zaken soms terecht de vraag naar de legitimatie stellen, bij de stelling dat niemand zonder rechtsgrond door toedoen van anderen behoort te worden verarmd zal men op de grondslag van het privaatrecht moeilijk vraagtekens kunnen plaatsen. Op het vraagstuk van de ongelijke verdeling van vermogenswaarden zal in de volgende paragraaf nader worden ingegaan in haar relatie tot de grondrechten.

C. De contractsvrijheid (1365 BW, 3.2.1 NBW)

Algemeen wordt aangenomen dat het beginsel van de contractsvrijheid ten grondslag ligt aan ons gehele privaatrecht.¹⁷⁾ Niettemin kan over deze term gemakkelijk misverstand ontstaan. Hij betekent niet dat iedereen te allen tijde en met wie hij wil elke denkbare overeenkomst mag sluiten. De subjectieve rechtsbevoegdheid kan immers door de rechthebbende worden misbruikt, hetgeen betekent dat benadeelden daartegen kunnen opkomen onder meer op grond van misbruik van omstandigheden.¹⁸⁾ Beperking van de contractsvrijheid is op tal van gebieden in de wet gepositieerd.

Allereerst door beperking van de kring van de personen met wie men rechtsgeldig kan contracteren. Betreft het handelingsonbekwamen, dan is tussenkomst van een wettelijke vertegenwoordiger noodzakelijk. Gaat het om transacties waarbij belangen van derden zijn betrokken, dan kunnen strenge vormvereisten zoals b.v. een authentieke akte worden gesteld, waardoor in ieder geval een drempel wordt aangebracht, om van fiscale eisen nog maar te zwijgen.

Een nog verder gaande beperking is gelegen in het oorzaakvereiste, naar geldend recht positief geformuleerd in art. 1356 BW en naar komend recht negatief in art. 3.2.7 NBW al voegt art. 6.5.2.10 hieraan toe dat een verbintenis bepaalbaar moet zijn. Ten slotte ontmoeten wij dwingende wetbepalingen die beogen feitelijke ongelijkheid tussen de contracterende partijen bij het aangaan van bepaalde overeenkomsten zoals arbeid, pacht, huur, huurkoop en dergelijke zoveel mogelijk te beperken om daardoor rechtsongelijkheid te voorkomen.

Niettemin blijft het beginsel van de contractsvrijheid ook hier onverminderd van kracht. Dit volgt reeds uit de omstandigheid dat wij ook een negatieve contractsvrijheid kennen. Niemand kan verplicht worden tot het aangaan van een bepaalde overeenkomst tenzij hij zich daartoe vrijwillig heeft verbonden dan wel er sprake is van een bepaalde gedraging waarop derden mochten afgaan en die aan hem kan worden toegerekend. Er is al opgemerkt dat de vrijheid zich te verenigen logisch voortvloeit uit de contractsvrijheid.

D. Het vertrouwensbeginsel (*pacta servanda sunt*)

Een vierde kernbegrip wordt gevormd door de gebondenheid aan datgene wat rechtsgeldig werd overeengekomen. (1374 BW, 3.2.3, 3.2.3a, 6.5.3.1 NBW.) Een eenmaal vrijwillig aangegane overeenkomst mag niet eenzijdig worden opgezegd, anders gezegd autonomie met betrekking tot het aangaan van een overeenkomst mag niet leiden tot willekeur bij de uitvoering. Naarmate iemand meer vrij was om te contracteren, is hij minder vrij de overeenkomst niet na te komen. Over de grondslag van het beginsel „*pacta servanda sunt*” bestaat geen eenstemmigheid. De meest voor de

hand liggende verklaring is die welke reeds door H. de Groot is gegeven in zijn „De Fide et perfidia.”¹⁹⁾

Trouw aan het gegeven woord berust volgens H. de Groot op de vrijheid van partijen bij de overeenkomst en de wederzijdse erkenning als persoon. Wie de ander als persoon erkent, moet gewekte verwachtingen honoreren. Wilsgebreken en een al te grote feitelijke ongelijkheid staan in de weg aan het totstandkomen van een rechtsgeldige overeenkomst. Het is de vrijheid om al dan niet te contracteren die de gebondenheid aan hetgeen werd overeengekomen tot gevolg heeft. Deze vrijheid levert immers de grond voor de veronderstelling dat de uiting van een partij overeenstemt met datgene wat hij beoogt en dat de inhoud van de toezegging de zin of betekenis heeft die daaraan in het maatschappelijk verkeer pleegt te worden toegekend. Zou daarentegen geen gebondenheid mogen worden aangenomen aan datgene wat door iemand in volle vrijheid is aanvaard, dan zou aan het maatschappelijk verkeer de grondslag komen te ontvallen. Een enigszins verwante gedachtengang vindt men bij Jean Domat in zijn „Les lois civiles dans leur ordre naturel” van 1695, waar hij tegenover elkaar stelt „les lois naturelles” en „les lois arbitraires.” Het beginsel van „sincerité et bonne foi dans les engagements mutuelles” vormt een „premier principe” van het recht, waarvan men zeggen kan dat het een waarheidsgehalte heeft dat meer overtuigt dan veel principes van andere wetenschappen omdat het niet alleen verstandelijk maar ook gevoelsmatig door eenieder beaamd moet worden. Ook Hegel drukt zich met betrekking tot de gebondenheid aan het contract pregnant uit waar hij stelt dat partijen die iets overeenkomen daarmee elkaar als persoon en als eigenaar, wij zouden liever zeggen als subjectief gerechtigde, erkennen.²⁰⁾

Aan De Groot is wel het verwijt gemaakt dat hij het beginsel „pacta servanda sunt” slechts op positivistische wijze zou benaderen doch dit berust op een misvatting. Wel is het zo dat De Groot verandering van omstandigheden niet beschouwt als een rechtsgrond die achteraf kan rechtvaardigen dat in de overeenkomst eenzijdig wijziging wordt aangebracht. Anders gezegd, De Groot verwerpt de „clausula rebus sic stantibus” regel maar hij stelt aan de geldigheid van de wederkerige overeenkomst de eis dat er sprake moet zijn van een redelijke verhouding tussen prestatie en tegenprestatie ten tijde van het aangaan van het contract.²¹⁾ De strenge werking van de contractuele gebondenheid wordt bij De Groot verzacht doordat hij een beperkte inhoudelijke toetsing aanvaardt waardoor aan het partij-egoïsme een zekere grens wordt gesteld, zonder dat er gesproken kan worden van volledige aanvaarding van de op pragmatische gronden te verwerpen „iustum pretium” leer. In zoverre bestaat er een duidelijke verwantschap tussen de opvatting van De Groot en het in ons NBW neergelegde stelsel van verbintenissen uit overeenkomsten in zo verre dit een half open karakter draagt. De toetsing vooraf van overeenkomsten geschiedt slechts aan de hand van negatieve criteria als strijd met de wet,

wilsgebreken en misbruik van omstandigheden. de toetsing achteraf daartegen is een marginale resultaatstoetsing op grond van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, eventueel mede aan de hand van onvoorziene wijziging van omstandigheden. Er vindt derhalve behoorlijkheidscontrole plaats zonder dat gezegd kan worden dat daarmee aan de partij-autonomie, de contractsvrijheid of de gebondenheid aan hetgeen werd overeengekomen geweld wordt aangedaan.

E. Evenredige toerekening

De kern van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid is gelegen in de bescherming van partijen op de grondslag van wederkerigheid tegen al te grote ongelijkheid, en als zodanig is er een duidelijke samenhang met het beginsel van gelijke behandeling. De klassieke Romeinsrechtelijke actie bij koop, de zogenaamde „*laesio enormis*” waarmee de koper kon ageren wanneer het gekochte minder dan de helft waard bleek te zijn dan de daarvoor betaalde prijs, vormt van deze gedachte een goede illustratie. Het gaat er niet om partijen tegen elkaar volledig in bescherming te nemen. De contractsvrijheid blijft gewaarborgd. Zou echter elk verband tussen prestatie en tegenprestatie afwezig zijn, dan behoort het recht een daartegen gerichte aanspraak te erkennen. Het evenredigheidsbeginsel werkt door in alle privaatrechtelijke verhoudingen. In de eerste plaats bij de toetsing of er sprake is van rechtsmisbruik. Een op zichzelf geoorloofde wijze van rechtsuitoefening behoort achterwege te blijven wanneer er een wanverhouding ontstaat tussen het door de rechthebbende beoogde voordeel en het door derden geleden nadeel. Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe (3.11.8 NBW). Het misbruiken van een bevoegdheid is verboden (3.1.1.14). Daarbij wordt getoetst door middel van belangenafweging. Bij de vraag in hoeverre bij onvoorziene wijziging van omstandigheden nakoming van een overeenkomst kan worden gevorderd, speelt belangenafweging een grote rol. In geval van onrechtmatige daad wordt de aansprakelijkheid onder meer beïnvloed door de mate van medeschuld van de gelaedeerde.²²⁾ Tenslotte kan op grond van 6.1.9.4 NBW er toerekening naar redelijkheid plaatsvinden, dat wil zeggen met inachtneming van alle omstandigheden, hetgeen neerkomt op toepassing van de evenredigheidsregel.²³⁾

Samenvattend kan gesteld worden dat ons burgerlijk recht in ieder geval vijf kernbegrippen kent die als fundamentele rechtsbeginselen doorwerken in alle rechtsverhoudingen en waaraan, ook wanneer zij niet als grondrecht zijn genoemd, een vergelijkbare rechtswaarde toekomt,

1. Erkenning van de persoon als drager van rechten op voet van gelijkheid (Het gelijkheidsbeginsel).

2. Het subjectieve vermogensrecht als grondslag voor een menswaardig bestaan, corresponderend met het recht op een behoorlijke levensstan-

daard met als benedengrens het bestaansminimum. Eigendom enerzijds en sociale zekerheid anderzijds (Het rechtszekerheidsbeginsel).

3. De contractsvrijheid (Het vrijheidsbeginsel).

4. De gebondenheid aan het in vrijheid gegeven woord (Het vertrouwensbeginsel).

5. De behoorlijkheidstoetsing en de toerekening naar redelijkheid (Het evenredigheidsbeginsel).

II. PRIVAATRECHTELIJKE GRONDRECHTEN

Wanneer is er sprake van grondrechten met een privaatrechtelijk karakter?

Koekkoek in zijn preadvies voor de Calvinistische Juristenvereniging van mei 1985 onderscheidt de grondrechten in staatsrechtelijke, bestuursrechtelijke, strafrechtelijke en civielrechtelijke.

Als civielrechtelijke grondrechten noemt hij niet alleen de in de Grondwet of verdrag gepositieerde grondrechten die civielrechtelijke voorschriften bevatten, maar ook fundamentele civielrechtelijke normen die op andere wijze in wetgeving of rechtspraak tot gelding zijn gekomen. De door mij in par. I genoemde kernbegrippen van burgerlijk recht, te weten persoon, subjectief recht, contractsvrijheid, vertrouwen en evenredige toerekening behoren hier stellig toe.

Koekkoek wijst er daarbij op dat sommige grondrechten een meervoud van aspecten vertonen al naar gelang zij in de verhouding burger-overheid dan wel tussen burgers onderling worden ingeroepen. Dat geldt in bijzondere mate voor het recht op gelijke behandeling en de vrijheid van meningsuiting. Meuwissen heeft in dit verband de vraag gesteld of en in hoeverre beperkingen toelaatbaar zijn wanneer Europese grondrechten in particuliere rechtsverhoudingen werken. Een algemeen antwoord acht hij niet te geven.²⁴⁾ Meuwissen gaat er echter van uit dat de grondrechten, geformuleerd in de Europese conventie een centraal onderdeel vormen van het publieke recht.²⁵⁾ Hij meent dat een tekst die grondrechten bevat niet op een niveau is te stellen met een document over burgerlijk recht. Anderzijds wijst hij er op dat de positivering van grondrechten betrekkelijk contingent is en dat zij soms een complementair karakter hebben. Meuwissen wijst de opvatting van grondrechten als universeel geldende rechten af en hij benadrukt de historische relatie tussen inhoud en de situatie waarin zij zijn ontstaan. De grondrechten gaan niet op in hun grondwettelijke formulering en niet alle grondrechten zijn in de grondwet opgenomen.²⁶⁾

Daarnaast is er verschil in werking van grondrechten. Zo hebben de rechten die geproclameerd zijn in de Universele Verklaring van San Francisco van 1948 slechts zwakke werking. Het zijn intentieverklaringen waarvan de positivering is overgelaten aan de organen van de V.N. en de lidstaten. Geheel anders is het gesteld met de grondrechten geformuleerd

in het Verdrag van Rome van 1950 en in de in 1966 gesloten verdragen van New York, betreffende burgerlijke en politieke rechten enerzijds en economische, sociale en culturele rechten anderzijds.²⁷⁾

Voor zover de hier genoemde verdragen bepalingen inhouden die naar hun inhoud eenieder kunnen binden, zijn zij rechtstreeks toepasselijk. Deze directe werking volgt uit art. 93 Gw 1983 (art. 65 Gw oud).

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat het antwoord op de vraag hoe in geval van samenloop tussen grondrechten dan wel conflict tussen grondrechten en andere fundamentele rechten de voorrang moet worden gevonden van een aantal factoren afhankelijk is. Zo kan men met Van der Hoeven verdedigen dat van ouds algemeen erkende grondrechten waarvan de strekking duidelijk is niet door middel van uitleg van nieuw geformuleerde grondrechten mogen worden beperkt, tenzij deze beperking door grond- of verdragswetgever duidelijk is gewild. Op het vraagstuk van de prioriteit bij concurrerende of botsende grondrechten zal in de volgende paragraaf nader worden ingegaan.²⁸⁾

Hiervoor werd de opvatting van Koekkoek genoemd over het complexe karakter van sommige grondrechten, hetgeen niet betekent dat er niet een aantal grondrechten te noemen zijn met een overwegend privaatrechtelijk karakter. Afgezien van de reeds genoemde privaatrechtelijke kernbegrippen kunnen de volgende grondrechten worden genoemd met een typisch burgerrechtelijk karakter:

1. Het recht op leven (art. 2 EVRM- art. 6 Bupo) als fundamenteel recht dat voorwaarde is voor de uitoefening van alle andere rechten, en in verband hiermee art. 11 Gw het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam.
2. Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en in verband daarmee het huisrecht, het briefgeheim en het telefoon- en telegraafgeheim, omschreven in de Art. 8 EVRM jo art. 10 Gw, 12 en 13 Gw.
3. Vrijheid en vrijheid van beweging omschreven in art. 12 Bupoverdrag en negatief geformuleerd in art. 4 EVRM en positief in art. 5 EVRM.
4. Het recht op eigendom en sociale zekerheid, 1e protocol art. 1 EVRM., art. 14 Gw, alsmede art. 9 Ecosoc-verdrag.
5. Het recht om te huwen en een gezin te stichten (art. 12 EVRM, 23 Bupo).
6. Het recht op vereniging (art. 8 Gw art. 11 EVRM, art. 22 Bupo).
7. Vrijheid van godsdienst, levensovertuiging en vrijheid van meningsuiting in privaatrechtelijke verhoudingen (art. 6 Gw, art. 9 EVRM, art. 19 Bupo).
8. Het recht op gelijke behandeling en het discriminatieverbod (art. 1 Gw, 14 EVRM, 26 Bupo).
9. Recht op toegang tot de onafhankelijke rechter voor de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen (art. 6 EVRM).

De hier gekozen volgorde is niet willekeurig maar berust op het uitgangspunt dat elk van de hier genoemde grondrechten slechts begrepen kan worden in een bepaalde context.

1. Het recht op leven

Het recht op leven is het meest fundamentele recht en wordt verondersteld in alle andere rechten.

Het einde van het leven betekent immers noodzakelijk het einde van alle rechtsaanspraken en verplichtingen. De begrippen menselijk leven, persoon en rechtssubject zijn vanuit het rechtsaspect bezien, identiteiten. Dit betekent niet dat andere levensvormen voor het recht geen betekenis hebben, maar deze betekenis kan juridisch slechts worden gebaseerd op de relatie met bestaande of toekomstige personen. De norm het leven te respecteren richt zich tot overheid en burger. Schending van de norm kan civielrechtelijk aanleiding geven tot aansprakelijkheid jegens belanghebbenden. Datzelfde geldt voor mishandeling of aantasting van de lichamelijke integriteit zoals volgt uit art. 11 Gw. Kortmann in zijn commentaar op de grondwetsherziening 1983 acht met de regering de bepaling van art. 11 van weinig betekenis omdat zij in feite niets toevoegt aan datgene wat reeds werd aanvaard, nu dezelfde beschermingsomvang ook reeds op art. 10 Gw kan worden gebaseerd.²⁹⁾

In de art. 2 EVRM en 6 Bupo gaat het niet slechts om een verbod tot levensberoving maar ook om de plicht tot levensbescherming. Als zodanig werkt de bepaling door in de privaatrechtelijke verhoudingen zoals in het arbeidsrecht. De formulering van de zorgvuldigheidsnorm in het Lindenbaum - Cohen arrest die strekt tot bescherming van persoon en goed, is hiermee geheel in overeenstemming. Een moeilijke vraag is die in hoeverre het begrip menselijk leven interpreteerbaar is, anders gezegd of de rechtsorde kan bepalen wanneer nog wel en wanneer niet meer van menselijk leven gesproken kan worden. Het antwoord op deze vraag is onder meer van belang bij de beoordeling van de geoorloofdheid van abortus en euthanasie.³⁰⁾

De vraag is onder meer aan de orde geweest toen een man als echtgenoot en vader van een ongeboren vrucht zich via een procedure verzette tegen het verzoek van de moeder zich te laten aborteren. Dat de vrouw niet tot abortus gedwongen mag worden is algemeen aanvaard doch hieruit volgt nog niet dat anderen dan de moeder het recht hebben zich tegen een voorgenomen abortus te verzetten, op grond van aan het familierecht ontleende aanspraken c.q. een beroep op art. 2 BW. Een door de Europese commissie gebruikt argument is dat de menselijke vrucht nog niet als persoon is te beschouwen zodat daaraan geen zelfstandige rechtsbescherming toekomt. Het is duidelijk dat dit argument aan kracht verliest naarmate de zwangerschap in een meer gevorderd stadium komt. Zoveel is zeker dat op het ogenblik waarop de ongeborene levensvatbaar is buiten

de moeder, de bescherming van art. 2 kan worden ingeroepen hetgeen soms tot gevolg heeft dat civielrechtelijke afspraken tot vruchtafdrijving die tot de dood van de ongeborene zouden leiden als niet rechtsgeldig dienen te worden beschouwd.

Deze consequentie lijkt zich nog sterker voor te doen bij euthanasie zolang er nog van authentiek menselijk leven kan worden gesproken.

De vraag is hier of de betrokkene, ook als wordt aangenomen dat hij een zelfbeschikkingsrecht heeft met betrekking tot het eigen leven, dit recht kan vervreemden, d.w.z. aan een ander het recht kan geven hem te doden. Alkema meent dat deze consequentie moet worden aanvaard waartoe hij zich beroept op een ander grondrecht, t.w. gevrijwaard te worden tegen onmenselijke en vernederende behandeling (art. 3 EVRM) doch deze argumentatie overtuigt niet.³¹⁾ Men zou dan evengoed kunnen verdedigen dat iemand van zijn persoonlijke vrijheid onherroepelijk afstand zou kunnen doen door zich als slaaf te verkopen, om zich daarmee sociale zekerheid te verschaffen, hetgeen in onze rechtsorde niet wordt aanvaard.

Als men van het recht op leven tegenover derden afstand kan doen, is moeilijk te verdedigen waarom dit dan niet ook voor andere grondrechten zou opgaan. Vooralsnog lijkt verdedigbaar dat de op art. 2 EVRM gebaseerde plicht tot bescherming van het leven van anderen niet wordt opgeheven door de wens van een betrokkene niet verder te willen leven. Een tussenoplossing lijkt mogelijk door zorgvuldige hulpverlening bij zelfdoding buiten de strafwet te houden. Kortmann acht horizontale werking van art. 11 niet uitgesloten hetgeen zijns inziens betekent dat kwesties als de geoorloofdheid van orgaantransplantatie en de bescherming van de fysieke integriteit van psychiatrische patiënten door de wetgever dienen te worden geregeld.³²⁾

2. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Art. 8 EVRM jo art. 10 Gw.

Het gaat hier om een rechtstreeks werkend recht in horizontale en verticale verhoudingen, waarop uitsluitend bij wet in formele zin beperkingen mogen worden aangebracht.³³⁾

Uit systematisch oogpunt behoren het huisrecht, het briefgeheim en het telegraaf- en telefoongeheim samen met de integriteit van het menselijk lichaam tot de hier te beschermen rechten. Bij schending van art. 10 Gw moeten wij denken aan het binnendringen in iemands afzondering of privéleven, aan het ongevraagd openbaar maken van gegevens uit iemands persoonlijk- of gezinsleven en aan het vernemen van iemands familielevens. De functie van het recht in het algemeen bestaat in het vrijwaren van de persoon tegen inbreuken op zijn subjectiviteit. Verder kunnen genoemd worden het recht op iemands goede naam en het verbod ongevraagd iemands afbeelding te publiceren, voor zover deze daardoor ongewild in de openbaarheid zou komen. Tenslotte is er de databescher-

ming, waarover een uitgebreide literatuur is ontstaan.³⁴⁾ Over de mogelijkheid van conflicten tussen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van meningsuiting zal in de volgende paragraaf worden ingegaan.

3. De vrijheid van beweging

Het recht op bewegingsvrijheid is blijkens art. 1 BW niet alleen een kernbegrip van het privaatrecht, het is ook beschermd door middel van verdragsbepalingen. Met name art. 4 EVRM, het verbod van slavernij en persoonlijke dienstbaarheid, art. 5 EVRM het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid en art. 12 van het Bupoverdrag, waarbij het recht zich vrij te verplaatsen wordt erkend, geven een duidelijke bescherming.

In de rechtspraak is dit recht aan de orde geweest toen een naar Islamitisch recht gehuwde man weigerde aan zijn vrouw bewegingsvrijheid toe te staan door inhouding van haar paspoort.³⁵⁾

De beslissing in kort geding hield in een bevel aan de man tot teruggave van het paspoort. In de noot onder dit vonnis wordt terecht opgemerkt dat tot 1956 ook volgens art. 161 oud BW de man de verblijfplaats van de vrouw mocht bepalen, waaruit blijkt hoe snel de ontwikkeling is gegaan. Op de mogelijkheid van beperking van de vrijheid van beweging bij de zogenaamde straatverboden, zal in de volgende paragraaf nader worden ingegaan. De civielrechtelijke betekenis van deze bepalingen ligt op het gebied van het personen en familierecht, het verenigingsrecht en het arbeidsrecht. Het komt mij voor dat men op basis van vrijwilligheid zijn bewegingsvrijheid kan beperken, doch niet verder dan in verband met hetgeen rechtsgeldig werd overeengekomen noodzakelijk is.³⁶⁾

Art. 5 EVRM positieveert het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid en geeft een opsomming van de gevallen waarin vrijheidsbeneming is toegelaten. Voor het burgerlijk recht zijn hier vooral van belang de vrijheidsbenemende maatregelen in het kader van de krankzinnigenwet waarover sinds het Winterterparrest van het Europese Hof van 24 oktober 1979 een uitgebreide jurisprudentie is ontstaan.³⁷⁾

Van de problemen die kunnen ontstaan bij gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis kunnen genoemd worden procedurekwesties, hoorplicht, wettelijke vertegenwoordiging, voorzieningen in het beheer van goederen, en gedwongen medicatie. De waarborgen tegen een te snelle toepassing van gedwongen opname dienen vooral gevonden te worden in een deugdelijke psychiatrische expertise vooraf, waarbij het criterium voor opname naar mijn mening dient te zijn niet het gevaar dat de patiënt voor zich zelf vormt maar uitsluitend gevaar of ontoelaatbare hinder voor derden.³⁸⁾

4. Het recht op eigendom en sociale zekerheid

Art. 14 Gw bepaalt dat onteigening alleen mag plaatsvinden tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling. Daarmee is de grondwettelijke aanspraak op eigendom erkend zij het in een negatieve formulering. Het nieuwe onteigeningsartikel, aldus Kortmann, tornt niet aan het beginsel van volledige schadevergoeding. Het zou echter aan de wetgever zijn overgelaten te bepalen wanneer er sprake is van volledige schadevergoeding. Bij de vaststelling van de criteria is de regering echter niet volkomen vrij. De regering heeft bij de behandeling van het nieuwe artikel 14 erkend dat bij de bepaling van de schadevergoeding het beginsel van „égalité devant les charges publiques” in acht genomen moet worden.³⁹⁾ Het komt mij voor dat de enigszins vrijblijvende opstelling van de regering waarvan zij blijk gaf bij de parlementaire behandeling van art. 14 Gw., voorbij gaat aan de betekenis van art. 1 van het 1e protocol bij het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens uit 1952, luidende dat alle natuurlijke of rechtspersonen recht hebben op het ongestoord genot van hun eigendom, terwijl in geval van onteigening beginselen van nationaal en internationaal recht toepasselijk zijn. Er is immers geen enkel beginsel aan te wijzen op grond waarvan in individuele gevallen iemand een economisch goed ontnomen zou mogen worden zonder dat hem het economisch equivalent wordt vergoed. Het beginsel van gelijke behandeling verzet zich tegen discriminatie van eigenaren van onroerend goed ten opzichte van hen wier bezit niet door onteigening getroffen kan worden.

Er mag niet uit het oog worden verloren dat in de artikelen 9 en 11 van het Ecosocverdrag zowel het recht op sociale zekerheid als op een behoorlijke levensstandaard is erkend. Uitgaande van de gedachte dat sociale zekerheid en een behoorlijke levensstandaard primair een zaak zijn van persoonlijke verantwoordelijkheid, behoort de economische grondslag van iemands maatschappelijk bestaan op gelijke voet te worden beschermd. Zou een regering op grond van een dalende conjunctuur gedwongen zijn tot verlaging van de levensstandaard, dan lijkt onteigening zonder adequate schadevergoeding daartoe een ongeoorloofd middel. Lastenverzwaring dient naar objectieve en algemene maatstaven te geschieden.

Er is al eerder opgemerkt dat niet de vorm van de eigendom grondwettelijke bescherming geniet doch slechts het economisch equivalent. Daarmee wordt immers aansluiting gevonden bij het beginsel van sociale zekerheid, terwijl ook aan de maatschappelijke werkelijkheid meer recht wordt gedaan. Immers, niet het bezit van onroerende goederen door individuele personen is maatgevend voor het welstandspeil doch de afspraken van zeer velen op collectieve fondsen, met name het recht op sociale zekerheid en pensioen in zijn talrijke vormen. Naarmate het inzicht groeit dat het hier om subjectieve vermogensrechten gaat, zal de wet moeten voorzien in sterker garanties voor de belanghebbenden.⁴⁰⁾

5. Het recht om te huwen

Dit recht, genoemd in Art. 12 EVRM, nader geformuleerd in art. 23 Bupo verdrag, lijkt een vanzelfsprekende zaak. Het gaat echter niet zozeer om het recht als zodanig als wel om de eis van vrije toestemming, van gelijkheid tussen man en vrouw, het recht om kinderen te hebben en de huwelijksverboden.

Wat deze huwelijksverboden betreft, er zal op den duur niet te ontkomen zijn aan een harmonisering van het huwelijksrecht in alle verdragsstaten, met betrekking tot leeftijdsvereisten, verboden graden van verwantschap en dergelijke. Daarbij kunnen aan de orde komen vraagstukken als het monogamiebeginsel en het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht. Een belangrijk vraagstuk is voorts de vraag welke verplichtingen de wet aan de echtgenoten oplegt ten opzichte van elkaar, met name de zorgplicht die krachtens geldend recht kan doorlopen na de ontbinding van het huwelijk in de vorm van alimentatieverplichtingen⁴¹⁾

De kern van het vraagstuk wordt gevormd door het dualisme tussen het huwelijk als contract en het huwelijk als maatschappelijk instituut. Wanneer de nadruk valt op het contractuele aspect, dan is niet goed te verdedigen dat het publiekrecht via voorwaarden, verboden en verhaalsregelingen na echtscheiding de rechtspositie van huwenden, gehuwden en exgehuwden in belangrijke mate beïnvloedt. Legt men de klemtoon op het institutionele aspect, anders gezegd het gezins- of familierechtelijk aspect, dan treedt het algemeen belang meer naar voren. Duidelijk is immers dat de rechtspositie van de minderjarige kinderen soms vraagt om aanvullende bescherming van de zijde van de gemeenschap. Ook pleeg- en stiefouders kunnen rechten ontleen aan de bescherming van de art. 12 c.q. 23 voornoemd. Ook een instituut als de adoptie kan steunen op het recht op gezinsvorming. Of ditzelfde geldt voor overname van zogenaamde draagmoeder kinderen lijkt vooralsnog onzeker, nu er daarbij onzekerheid kan ontstaan omtrent de biologische afstamming.⁴²⁾ Op de vraag in hoeverre de mens het recht heeft zijn biologische achtergrond te kennen, kan hier niet nader worden ingegaan, doch het ligt voor de hand hier te denken aan het recht op persoonlijke identiteit, beschermd door art. 8 EVRM.

6. Het recht van vereniging. (Art. 8 Gw. art. 11 EVRM, 22 Bupoverdrag, art. 8 Ecosoc.)

Het recht op vereniging, aldus Löwenstein, is een grondrecht dat zich naar zijn aard niet leent voor beperkingen door andere dan voor de gehele rechtsgemeenschap geldende regels.⁴³⁾

Art. 8 noemt als beperkingsmogelijkheid de toetsing aan de openbare orde bij wet in formele zin.

Het ligt voor de hand bij de vereniging een soortgelijke toetsing als bij de

overeenkomst toe te passen, met name die welke genoemd wordt in de artt. 1371 jo 1373 BW, en 3.2.7. NBW. Deze toetsing kan zowel betreffen het doel als de feitelijke werkzaamheid van de vereniging, zoals blijkt uit art. 2:20 BW. Een vereniging die als doelstelling zou hebben de beperking van de uitoefening van grondrechten, komt in de verboden zone. Op de mogelijke rechtsgevolgen van strijd met andere grondrechten zal in de volgende paragraaf worden ingegaan.

Als gevolg van het nieuwe grondwetsartikel is er in feite een voor het verenigingsrecht ideële situatie ontstaan omdat er geen voorafgaande toezichten meer bestaan terwijl oprichting van een vereniging niet aan een vorm is geboden. Löwenstein vraagt zich af of de wetgever hiermee niet te ver is gegaan, want hij heeft aan de rechtspraktijk overgelaten uit te maken waar in concreto de grens ligt van de vereniging.

Ook art. 11 EVRM, bevat geen nadere bepaling van het begrip „vereniging.” Wel bevat dit artikel een limitatieve opsomming van de beperkingsgronden die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van de veiligheid, de openbare orde, het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid en de goede zeden, en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Aan de hand van deze beperkingen zal hierna worden nagegaan in hoeverre andere grondrechten inbreuk kunnen maken op het recht van vereniging. Op de vraag in hoeverre het tot de taak van de rechter behoort zich in geval van conflict hierover uit te spreken, en met name de vraag te beantwoorden of er van voorrang van het ene grondrecht boven het andere kan worden gesproken, zal eveneens in de volgende paragraaf worden ingegaan⁴⁴⁾

Kortmann noemt het recht van vereniging een de zwakst gewaarborgde rechten in onze grondwet. Art. 8 sluit wettelijke maatregelen van preventieve aard zijns inziens niet uit. Het komt mij voor dat de limitatieve opsomming in het verdrag hier wel een waarborg biedt, nu rechtstreekse toetsing aan art. 11 mogelijk is. Hoewel volgens Kortmann tijdens de parlementaire behandeling geen aandacht is besteed aan de horizontale werking, kan naar mijn mening deze werking niet worden uitgesloten bij gebreke van een duidelijke standpuntbepaling. Horizontale werking betekent immers geen absolute werking maar dient gezien te worden in de kontekst van het concrete geval en afgewogen tegen de hiertegenin gebrachte rechtsaanspraken.

7. Vrijheid van levensovertuiging en van meningsuiting

De artt. 6 Gw., 9 EVRM en 19 Bupoverdrag geven een vergelijkbare regeling van de hier aan de orde zijnde rechten.

De privaatrechtelijke betekenis van een en ander is dat iemand ook binnen de kring van zijn persoonlijk leven niet gedwongen kan worden van levensovertuiging al dan niet te veranderen. Bevoordelingen bij testa-

ment of schenking onder voorwaarde dat de bevoordeelde in dit opzicht zijn godsdienstige overtuiging of persoonlijke mening in de door de testateur of schenker gewenste zin aanpast, worden in art. 935 BW als niet geschreven beschouwd. Dit is reeds uitgemaakt in H.R. 21-6-1929, N.I. 1929- p. 1325. Hetzelfde geldt in het algemeen ten aanzien van voorwaarden bij overeenkomsten. Het verschil is dat making of testament geldig blijven onder het beding, terwijl de overeenkomst als zodanig naar geldend recht nietig wordt. De regeling in het NBW is meer genuanceerd. Naast de vrijheid van godsdienst, levensovertuiging en meningsuiting is, ondanks aandrang daartoe van verschillende zijde, niet de gewetensvrijheid als afzonderlijk recht in de nieuwe grondwet opgenomen.⁴⁵⁾

De regering was hieromtrent van mening dat aan opname hiervan geen behoefte bestond nu in de wel opgenomen rechten verschillende aspecten van de gewetensvrijheid zijn vertegenwoordigd.

Daaraan kan worden toegevoegd dat voor zo ver gewetensbezwaren niet samenvallen met in bredere kring levende godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen, niet steeds kan worden uitgemaakt in hoeverre het aangevoerde bezwaar zich onderscheidt van een bijzondere mening waarvan wel is waar de vrije uitingsmogelijkheid wordt beschermd, doch waaraan voor het recht niet zonder meer consequenties zijn verbonden.

De vrijheid van godsdienst, levensovertuiging en van meningsuiting in privaatrechtelijke verhoudingen moet worden afgewogen tegen de aard van de rechtsverhouding en de rechten van derden. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan de positie van huurder en verhuurder, van medebewoners, aan werkgevers en (collega) werknemers. Het recht kan als vrijwel ieder recht worden misbruikt doordat met belangen van derden geen rekening wordt gehouden. In het 4e lid van art. 7 Gw wordt handelsreclame onttrokken aan de grondwettelijke bescherming. Deze beperking is gemotiveerd met een beroep op de noodzakelijke bescherming van landschapsschoon, volksgezondheid en milieu.⁴⁶⁾ Onder handelsreclame wordt verstaan reclame voor commerciële doeleinden zodat zogenaamde ideële reclame hier buiten valt, ook al kan niet worden ontkend dat ideële reclame evenzeer schade kan toebrengen aan volksgezondheid en het democratisch bestel.⁴⁷⁾

8. Het recht op gelijke behandeling en het discriminatieverbod. (Art. 1. Gw)

Hoewel de betekenis van het gelijkheidsbeginsel vooral in de confrontatie met andere grondrechten relief krijgt moet toch een poging tot nadere omschrijving in het algemeen worden gedaan.

Terwijl de bepaling van art. 4 oud van de grondwet „Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen” volgens Kortmann niet alleen op het formele doch ook op het materiële gelijkheidsbeginsel wees, zou art. 1 Gw

thans alleen nog het formele beginsel inhouden.⁴⁸⁾ Burkens is echter van oordeel dat onduidelijk was waartoe art. 4 Gw oud eigenlijk verplichtte anders dan tot een gelijke mate van bescherming tegen aantasting van persoon en eigendom. In de praktijk zette zich echter gaandeweg de overtuiging door dat het artikel verstaan moet worden als het gebod van gelijke behandeling van gelijke gevallen, zoals de bepaling ten slotte is komen te luiden.⁴⁹⁾ De strekking van het discriminatieverbod is het verbieden van het maken van onderscheid op grond van eigenschappen of kenmerken van personen die niet juridisch relevant zijn in de gegeven rechtsverhouding.

Volgens Burkens blijkt de norm van gelijke behandeling in het bestuursrecht hanteerbaar te zijn doch voor de wetgever zou het beginsel veel moeilijker zijn te interpreteren. Bij regelgeving maakt het recht uit wat in een bepaald geval als gelijk geval moet worden beschouwd, waarbij van sommige verschillen wordt geabstraheerd terwijl andere juist wel als relevant worden beschouwd. Daarom acht Burkens de normatieve kracht van het beginsel bij wetgeving gering. Strijd met het beginsel zou slechts aanwezig zijn wanneer de wetgever in redelijkheid een gelijke behandeling niet kan willen.⁵⁰⁾ Het als gelijk kwalificeren van gevallen ontaardt dan in willekeur. Niettemin, in de wereld der feitelijkheden, zo gaat Burkens verder, is geen geval identiek aan een ander. Gevallen als onderling gelijk aanmerken wil zeggen: een min of meer abstract gezichtspunt kiezen, waaronder de gevallen als gelijk kunnen worden aangemerkt onder uitsluiting van andere gezichtpunten.

Toepassing van het gelijkheidsbeginsel als zodanig in het verkeer tussen burgers lijkt niet goed mogelijk, omdat individuele burgers binnen het wettelijk kader hun eigen belangen nastreven. De afweging van deze belangen zou niet uitsluitend op zakelijke grondslag dienen te geschieden. In deze opvatting wordt derhalve de betekenis van het gelijkheidsbeginsel in privaatrechtelijke verhoudingen gerelativeerd. Daarbij wordt er echter aan voorbijgegaan dat bij een aantal kernbegrippen van het privaatrecht de inhoudelijke gelijke behandeling van procespartijen door de rechter nu juist centraal staat. Ook de toerekening naar evenredigheid is toepassing van het gelijkheidsbeginsel, terwijl matiging van schadevergoeding of beperkende werking van redelijkheid en billijkheid onder meer de strekking hebben het sociaal minimum te garanderen. Hierin, in de erkenning enerzijds dat ieder rechtsgenoot als persoon een garantie heeft voor zijn maatschappelijk bestaan, terwijl hem anderzijds wordt toegerekend naar de mate waarin hij zelf de voorwaarden voor een onderscheidmakende behandeling heeft verwezenlijkt, wordt het gelijkheidsbeginsel ten volle gerespecteerd.

9. Recht op toegang tot de onafhankelijke rechter voor de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen (art. 6 EVRM).

Art. 6 van het verdrag heeft zowel materiële als formele betekenis. Enerzijds gaat het hier om de inhoudelijke bepaling van het begrip „burgerlijke rechten en verplichtingen”, anderzijds om de formele waarborgen van toegang tot de onafhankelijke rechter en een openbare behandeling.

Er is al opgemerkt dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen burgerlijke rechten (civil rights) en burgerschapsrechten (civic rights). Met betrekking tot de laatste categorie is de burgerlijke rechter niet bevoegd zoals o.m. volgt uit H.R. 26-3-1971. AB 1971. 135 DJV.⁵¹⁾

Waarom is de burgerlijke rechter op grond van art. 6 EVRM wel bevoegd? In de opvatting van het Europese Hof heeft art. 6 lid 1 betrekking op alle procedures waarvan de uitkomst beslissend is voor de vaststelling van iemands burgerrechtelijke rechten en verplichtingen. Het begrip burgerlijke rechten en verplichtingen moet verdragsautonoom worden uitgelegd. Het gaat daarbij niet zozeer om de wettelijke omschrijving van rechten in een bepaalde nationale wet maar om de wezenlijke betekenis van die rechten. In de König zaak van 1978 werd herhaald de beslissing in de Ringeisen zaak van 1971 dat dat uit de omstandigheid dat publiekrechtelijke voorschriften ingrijpen in contractuele verhoudingen, niet volgt dat deze niet langer als privaatrechtelijke verhoudingen hebben te gelden. Ditzelfde geldt ten aanzien van de uitoefening van beroep of bedrijf. De meest recente en voor ons onderwerp van belang zijnde beslissing is de beslissing in de Benthem zaak van 23 oktober 1985. De strekking van de klacht van verzoeker A. Benthem betrof de vraag of het kroonberoep als voorgeschreven beroepsinstantie geen inbreuk vormde op art. 6 lid 1 EVRM. De feiten waren als volgt. In 1976 vroeg klager als garagehouder een hinderwetvergunning voor het plaatsen van een LPG installatie. Nadat de vergunning was verleend ging de regionale inspecteur van de volksgezondheid in beroep bij de kroon. Na een uitvoerige behandeling en een advies van de Afdeling Geschillen van Bestuur tot weigering van de vergunning, werd op 30 juni 1979 het besluit van de gemeente waarbij vergunning was verleend vernietigd.

In de zaak voor het Europese Hof voerde de staat aan dat hier geen sprake was van een burgerlijk recht in de zin van art. 6. lid 1 nu het recht om een LPG installatie op te richten eerst door het verlenen van een vergunning werd geschapen. Opnieuw besliste het Hof dat de vraag naar de aard van het gepretendeerde recht niet uitsluitend beantwoord diende te worden aan de hand van het nationale recht van klager. Nu er een directe relatie bestond tussen het verlenen van de vergunning en het geheel van klagers commerciële activiteiten en het aanwenden van zijn eigendom voor commerciële doeleinden, was er sprake van een „civil right” in de zin van art. 6 lid 1. Nu de kroon het karakter miste van een onafhankelijke en onpar-

tijdige instantie en de waarborgen van een gerechtelijke procedure - sc. waar partijen op voet van gelijkheid tegenover elkaar staan - ontbraken. voldeed dit beroep niet aan de eis van art. 6 lid 1 EVRM.⁵²⁾

III. CONCURRERENDE EN CONFLICTERENDE GRONDRECHTEN

Bij de hier verdedigde ruime opvatting van het begrip grondrecht en de horizontale werking van een aantal van deze rechten, ligt het voor de hand dat er zich gemakkelijk conflicten kunnen voordoen tussen elkaar tegenprekende aanspraken van burgers. Wanneer twee of meer mensenrechtelijke bepalingen die dezelfde materie regelen naast elkaar staan, geldt de regel dat die norm prevaleert die het individu de meeste bescherming biedt, aldus art. 60 EVRM en art. 5 lid 2 Bupoverdrag.

Daarmee zijn de problemen die aan samenloop van grondrechten verbonden kunnen zijn, voor de rechtstoepassing te overzien.

Hiermee is nog niet uitgemaakt hoe de onderlinge rangorde van botsende grondrechten moet worden bepaald.

Tegen de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten, aldus Maris, is wel aangevoerd dat diensengevolge de autonomie van de burger in het privaatrecht ernstig wordt aangetast. Als gevolg van deze werking zou op contractsvrijheid en testeervrijheid inbreuk kunnen worden gemaakt hetgeen een reden zou kunnen zijn directe privaatrechtelijke werking door interpretatie niet toe te passen. Maris twijfelt echter of deze consequentie wel getrokken mag worden. Hij vraagt zich af waarom contractsvrijheid en testeervrijheid geen privaatrechtelijke werking tegen andere grondrechten zouden hebben.⁵³⁾

Om op deze vraag een antwoord te kunnen geven moet nader worden ingegaan op de werking van grondrechtelijke bepalingen. Daarbij ga ik er van uit dat, tenzij uit verdrag, grondwet of wet anders volgt, eerst moet worden nagegaan welke werking aan een grondrecht in het algemeen toekomt en vervolgens, wanneer er sprake is van botsende grondrechten, in een concreet geval, of het mogelijk is aan een grondrechtelijk voorschrift voorrang toe te kennen boven een ander.

Voor de werking van de grondrechten zijn vooral drie bepalingen uit de grondwet van belang te weten, de artt. 93, 94 en 120.

Art. 93 regelt de directe werking van bepalingen die eenieder kunnen verbinden, nadat zij zijn bekend gemaakt. Volgens Kortmann sluit de uitdrukking „die eenieder kunnen verbinden” niet uit dat ook bepalingen die nog andere invulling behoeven, door de rechter onder omstandigheden als verbindend kunnen worden gekwalificeerd.⁵⁴⁾

Art. 94 bepaalt dat wettelijke voorschriften die in strijd komen met de in art. 93 genoemde bepalingen, geen toepassing vinden. De rechter zal in ieder geval moeten nagaan of toepassing van een wettelijk voorschrift in

concreto verenigbaar is met de ingeroepen verdragsbepaling. Art. 120 ten slotte bevat het toetsingsverbod, een verbod dat geldt voor alle instanties die met toepassing van wettelijke voorschriften zijn belast. Art. 120 bevat echter geen verbod van toetsing van de wet aan algemene rechtsbeginselen. Een voorbeeld van mogelijke toetsing vormt art. 6.1.1.2 lid 2 NBW voor zover deze bepaling aan de rechter de vrijheid geeft een rechtsregel buiten toepassing te laten wanneer toepassing in flagrante strijd zou komen met het rechtsbeginsel van redelijkheid en billijkheid.

Terecht merkt Kortmann op dat men hiermee niet ver af is van toetsing aan bepalingen uit klassieke grondrechten voor zover deze als algemeen rechtsbeginsel zijn aan te merken.⁵⁵⁾ Daarmee zijn wij gekomen bij de horizontale werking van grondrechten, waaronder moet worden verstaan de werking tussen burgers. Door de regering is bij de parlementaire behandeling de mogelijkheid van horizontale werking in geen enkel opzicht beperkt, doch tegelijkertijd is deze doorwerking niet geconcretiseerd. De rechter zal hier derhalve van geval tot geval dienen te beslissen in hoeverre van horizontale werking sprake kan zijn. Omdat echter zoals gesteld ook aan algemene rechtsbeginselen kan worden getoetst en deze bij strijd tegen elkaar dienen te worden afgewogen, zal er in de praktijk niet veel behoeven te veranderen.

Het vraagstuk van onderling botsende grondrechten in de ruime zin die aan het begrip in dit preadvies is toegekend, is nog weinig ontwikkeld. Een uitgebreide behandeling is in het kader van deze inleiding onmogelijk. Daarom is gekozen voor beperking. Onderzocht zal worden de botsing tussen enkele grondrechten met een civielrechtelijk karakter onderling en de botsing van enkele van deze rechten met het beginsel van gelijke behandeling.

Er zal worden nagegaan of van een rangorde kan worden gesproken. Een recht is fundamenteeler dan een ander recht wanneer het voor de uitoefening van dat andere recht als noodzakelijke voorwaarde fungeert. Zo is het recht op leven het meest fundamentele mensenrecht, een recht dat alleen in geval van wettige zelfverdediging en daarmee gelijk te stellen gevallen in discussie kan komen, en dan nog alleen wanneer dit levensbedreigend handelen door de noodzaak tot levensbescherming is te rechtvaardigen. De noodweerbepaling, neergelegd in art. 41 Sr. vormt hiervan een duidelijke illustratie. Art. 11 Gw moet hier wijken evenals, bij ontdekking op heterdaad van een levensdelict, het huisrecht en andere rechten ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Aansluitend aan het recht op leven moet worden genoemd de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Onder omstandigheden kunnen de hierna genoemde rechten als bewegingsvrijheid en meningsuiting beperkt worden wanneer dit ter bescherming van de persoonlijke sfeer noodzakelijk is. De zogenaamde straatverboden die door middel van een kortgedingvonnis kunnen worden opgelegd, tonen dit aan. Uiteraard moet de evenredigheidsregel hier in

acht worden genomen en mogen de diverse rechten en vrijheden niet verder beperkt worden dan ter waarborging van de persoonlijke levenssfeer noodzakelijk is.⁵⁶⁾ Een eenvoudig voorbeeld kan dit verduidelijken. In beginsel heeft ieder het recht zijn gedachten en gevoelens hetzij persoonlijk, hetzij via de drukpers te openbaren. Niemand behoeft echter binnen de besloten kring van zijn woning een ongewilde confrontatie met de mening van hen die niet tot die kring van zijn gezin behoren te ondergaan.

Een actueel voorbeeld van mogelijke strijd tussen de vrijheid van levensbeschouwing en het verenigingsrecht is te vinden in het WPNR van 2 november 1985. Het ging daarbij om de vraag of verenigingen, anders dan met algemene stemmen, opinie-uitspraken mogen doen omtrent zaken die niet tot de statutaire doelstellingen van de vereniging behoren, wanneer leden zich hierdoor in hun persoonlijke opvattingen gekwetst voelen.⁵⁷⁾

Naar mijn mening gaat het hier niet uitsluitend om een vraagstuk van intern verenigingsrecht. Ook minderheden hebben recht op vrijheid van meningsuiting. Voor zover deze vrijheid door het lidmaatschap van een vereniging waaraan men zich moeilijk kan onttrekken, b.v. door het min of meer representatieve karakter van deze vereniging in gevaar zou komen, ontstaat er een probleem.

Het los van de statutaire doelstelling naar buiten opinierend optreden van verenigingen zou dus achterwege dienen te blijven voor zover individuele leden daardoor in hun vrijheid van meningsuiting zouden worden beperkt, hetgeen het geval is wanneer het oprichten van of toetreden tot een alternatieve vereniging bezwaarlijk is.

Een ander vraagstuk is dat van de doorwerking van grondrechten in de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer.

Allereerst de verhouding overheid-ambtenaar. Algemeen wordt aangenomen dat hoe men ook over het rechtskarakter van deze verhouding denkt, hetzij uitsluitend of overwegend publiekrechtelijk dan wel ook privaatrechtelijk, de overheid de grondrechten van ambtenaren moet respecteren op gelijke voet als van ieder andere burger. Dit betekent uiteraard niet dat de ambtenaar tijdens de uitoefening van zijn functie van alle grondrechten eenzelfde gebruik kan maken als een ambteloos burger dat kan. Aan de openbare bestemming van overheidsgebouwen b.v. zou tekort worden gedaan wanneer deze door ambtenaren volgeplakt zouden worden met regerings gezinde, of oppositionele politieke leuzen. Bij de vraag hoe deze beperking van meningsuiting kan worden gerechtvaardigd, kan men enerzijds denken aan het recht van de beheerder van overheidsgebouwen om daaraan geen andere bestemming toe te kennen dan die welke in het belang van de dienst zijn, anderzijds aan het ambtelijk dienstverband, ongeacht of dit een publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk karakter heeft, krachtens welk dienstverband de ambtelijke werknemer zich bepaalde beperkingen moet opleggen. Deze beperkingen mogen uiteraard niet verder gaan dan tot hetgeen door het belang van de

dienst wordt gevorderd. Buiten diensttijd mogen aan de ambtenaar geen andere beperkingen worden opgelegd dan die welke voor iedereen gelden, doordat zij op de wet gebaseerd zijn. De vraag in hoeverre het ambtenaren vrij moet staan buiten diensttijd in uniform te betogen, kan niet in het algemeen worden beantwoord. Ik ben geneigd de grens te leggen bij de aard van de functie. Slechts voor zover het een typische overheidsfunctie betreft, zoals bij leger en politie, kan het demonstreren in uniform worden verboden. Met betrekking tot het stakingsrecht, erkend in art. 8 van het Ecosocverdrag, kan hetzelfde worden opgemerkt, zoals uit het 2e lid van art. 8 kan worden afgeleid.⁵⁸⁾

Van groter praktische betekenis is de grondrechtelijke bescherming van de particuliere werknemer. Achtereenvolgens kan hier gedacht worden aan de mogelijkheid om via de contractsvrijheid grote risico's voor leven of gezondheid te aanvaarden, zich beperkingen te laten welgevallen op het gebied van de persoonlijke levenssfeer, dan wel betreffende het recht om te huwen, de vrijheid van vereniging, levensbeschouwing en meningsuiting, en ten slotte het recht van werkstaking.

Volgens art. 1290 BW zijn voorwaarden in strijd met de goede zeden nietig hetgeen onder omstandigheden tot het wellicht door de werknemer niet gewenste gevolg zou leiden dat een beding in de arbeidsovereenkomst waardoor grondrechten zouden worden geschonden, de gehele overeenkomst nietig zou maken. In het komend recht blijft deze mogelijkheid blijkens art. 3.2.7 wel bestaan, maar daarnaast zal 3.2.7a in veel gevallen toepassing kunnen vinden, hetgeen betekent dat het nietig beding voor niet geschreven wordt gehouden, terwijl de overeenkomst voor het overige in stand blijft. Daarmee is nog niet uitgemaakt dat de contractsvrijheid, voor zover aanwezig, niet de mogelijkheid zou inhouden met betrekking tot bepaalde grondrechten zich vrijwillig enige beperking op te leggen. Bij de vraag naar de voorrang van grondrechtelijke normen in geval van onderlinge strijd kan geen algemeen voor alle gevallen geldend antwoord worden gegeven.

In een aantal arresten is door de Hoge Raad gewerkt met het criterium in hoeverre de beperking van een grondrecht in een concreet geval een redelijke uitoefening daarvan wezenlijk beïnvloedt.⁵⁹⁾

Het bij overeenkomst onherroepelijk afstand doen van een grondrecht lijkt mij in ieder geval in strijd met onze openbare orde.

Denkbaar is dat een dergelijke beperking voor kortere tijd of naar plaats beperkt toelaatbaar is.

Zou iemand echter een dergelijke contractuele voorwaarde achteraf niet willen nakomen, dan lijkt mij een rechterlijke veroordeling tot nakoming problematisch. Eerder lijkt mij een vordering tot ontbinding met eventueel schadevergoeding aanvaardbaar, wanneer althans de rechtsgeldigheid van de overeenkomst zelf niet ter discussie is. Voor zover de wetgever ter bescherming van bepaalde grondrechten van de werknemer, b.v. de bescherming van diens persoonlijke levenssfeer, een dwingend

rechtelijke regeling tot stand zou brengen, wordt de contractsvrijheid in dit opzicht wel beperkt maar art. 3.2.7. lid 2 NBW bepaalt dat wanneer een dwingende bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een van partijen, een hiermee strijdig contractueel beding slechts leidt tot vernietigbaarheid, waarmee ook de contractsvrijheid en bescherming van de werknemer is gediend.

Nog in een geheel ander kader kan de persoonlijke levenssfeer worden aangetast, met name door publicaties in pers en andere publiciteitsmedia alsmede in het geding voor de burgerlijke rechter.

Bedoeld zijn hier niet publicaties die reeds onder een strafrechtelijke verbodsbepaling vallen omdat zij beledigend zijn dan wel in strijd met een plicht tot geheimhouding.

Art. 7 Gw. kent immers de mogelijkheid van beperkingen bij wet in formele zin. In verband met ons onderwerp is van belang de botsing tussen art. 7 Gw en art. 10 Gw c.q. art. 8 EVRM.

Het gaat hier om publicaties die zonder beledigend te zijn iemands privé-leven ongevraagd in de publiciteit brengen. Daarbij kan het beroep van de auteur dat in het algemeen belang is gehandeld soms de onrechtmatigheid wegnemen. Het komt mij voor dat dit laatste alleen dan het geval kan zijn, wanneer van „inbreuk” op de persoonlijke levenssfeer geen sprake is. Dit laatste doet zich voor wanneer degene op wie de publicatie betrekking heeft, zelf de publiciteit heeft gezocht, hetzij rechtstreeks, hetzij door het bekleden van een openbare functie al zal in dit laatste geval de vermelding van gegevens die redelijkerwijs niet met de functie in verband kunnen worden gebracht en van gegevens waardoor de identiteit van gezinsleden van betrokkene zonder toestemming wordt geopenbaard, onrechtmatig blijven.⁶⁰⁾

Een ander mogelijk conflict is dat tussen de eis van openbaarheid van de procedure voor de burgerlijke rechter zoals omschreven in art. 6 EVRM en de bescherming ingevolge art. 8 EVRM.

Het gaat hier om de procesrechtelijke functie van art. 6, met name de eis van openbaarheid. Botsing is mogelijk wanneer de wet een behandeling in raadkamer voorschrijft terwijl een van de procespartijen zich beroept op dit artikel, en de wederpartij met het oog op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer bezwaar maakt tegen openbare behandeling, dan wel toelating van derden door de rechter. Het is de vraag of de raadkamer procedure die b.v. is voorgeschreven voor de behandeling van faillissementsaanvragen, met art. 6 strijdig is. Dommering heeft in zijn preadvies gepleit voor een maximale openbaarheid en wil in uitzonderingsgevallen de beslissing aan de rechter overlaten.⁶¹⁾

Naar zijn mening is het algemeen belang ook bij procedures tussen burgers zozeer betrokken dat door middel van openbaarheid controle op de rechter nodig zou zijn. Nu de beslissing in civiele zaken echter voornamelijk zo niet uitsluitend afhangt van schriftelijke stukken die in beginsel

niet openbaar zijn, onttrekt het belangrijkste werk van de rechter zich juist aan de openbaarheid. Art. 6 geeft de rechter de bevoegdheid om in het belang van het privéleven van partijen een niet openbare behandeling te bevelen. Dit kan zich voordoen wanneer derden toegang eisen en een procespartij zich daartegen zou verzetten. Aldus lijkt het mogelijk dat de rechter ten aanzien van getuigenverhoren en persoonlijke comparities van partijen een niet openbare behandeling beveelt bij een gemotiveerde beslissing. In de praktijk is het probleem soms ontweken door de keuze van de plaats van verhoor met als gevolg dat de beschikbare ruimte de aanwezigheid van buitenstaanders niet toeliet.

Daarmee zijn wij gekomen aan het laatste onderdeel, de invloed van het gelijkheidsbeginsel op de contractsvrijheid en de vrijheid van vereniging. Art. 1 van de grondwet van 1983 bevat twee normen, een gebodsnorm, inhoudende de gelijke behandeling van gelijke gevallen en een verbodsnorm, inhoudende een discriminatieverbod waaronder wordt verstaan het maken van onredelijk onderscheid. De officiële toelichting munt uit door vaagheid. Een nadere bepaling van het begrip „onredelijk” is mogelijk door dit te omschrijven als rechtens niet relevant onderscheid. Het gaat immers blijkens de tekst van art. 14 van het EVRM om het verzekeren van het genot van de rechten en vrijheden van het verdrag zonder onderscheid. Een ongelijke behandeling waarbij van rechtsinbreuk geen sprake is valt dus niet zonder meer onder het verbod.

In zijn afscheidsrede „Discriminatie en burgerlijk recht” stelt Van der Grinten de vraag of burgers mogen discrimineren in hun onderling verkeer, een vraag die hij in beginsel bevestigend beantwoordt.

Met discriminatie bedoelt hij het maken van onderscheid zonder zakelijke grond, derhalve op persoonlijke voorkeur. In het particuliere leven, aldus spreker, mogen wij het onderscheid maken dat ons goed dunkt. Bij beroeps- of bedrijfsuitoefening past een genuanceerd antwoord, maar ook hier is zijn stelling dat de vrijheid van natuurlijke personen en rechtspersonen in het maatschappelijke verkeer meebrengt dat het bepalen van voorkeur zonder dat hiervoor zakelijke gronden aanwezig zijn, geoorloofd is tenzij dit onderscheid denigrerend zou zijn⁶²) Van der Grinten nadert hiermee de opvatting van Burkens, vermeld in het vorige hoofdstuk. Het is de vraag of de bescherming van het recht op gelijke behandeling die aan grondwet en verdrag valt te ontleen, hiermee niet te zeer op losse schroeven komt te staan.

Een andere benadering van het probleem is te vinden bij Waaldijk en Tielman.⁶³) Volgens deze auteurs dient het zelfbeschikkingsrecht de grens te bepalen tussen discriminatie en gerechtvaardigd onderscheid. Zij hebben daartoe een afwegingsmodel ontwikkeld waarin de afhankelijkheid van degene die zich op discriminatie beroept enerzijds en de mate waarin keuzevrijheid van de wederpartij voor deze essentieel is anderzijds, tegen elkaar worden afgewogen. Het bezwaar van dit model is dat

subjectieve factoren hierbij een grote rol spelen hetgeen betekent dat vrijwel steeds een beroep op de rechter zal moeten worden gedaan.

Een voor de rechtspraktijk bruikbaar criterium dient zo veel mogelijk objectief bepaalde elementen te bevatten.

In aansluiting aan hetgeen door Burkens en Van der Grinten is betoogd meen ik dat het beginsel van gelijke behandeling niet voor de persoonlijke levenssfeer is geschreven maar dat hier aan het zelfbeschikkingsrecht voorrang toekomt. Dit houdt immers ook in dat hoogst persoonlijke verhoudingen als huwelijk en samenwoning steeds kunnen worden beëindigd waarmee aan het zelfbeschikkingsrecht is voldaan. Dit geldt uiteraard niet voor rechtsverhoudingen als ouderlijke macht en voogdij omdat deze verhoudingen niet wederkerig zijn, en er daarbij van een kant sprake is van afhankelijkheid, waaraan door het zelfbeschikkingsrecht buiten het geval van een huwelijk door de minderjarige geen einde kan worden gemaakt.

Het door Van der Grinten gemaakte onderscheid tussen de persoonlijke levenssfeer en de zakelijke of beroepssfeer is voor de toepassing van het gelijkheidscriterium nog onvoldoende gedifferentieerd. Naast de hoogst persoonlijke levenssfeer waarop art. 8 EVRM van toepassing is, moet het private gemeenschapsrecht worden genoemd voor zover dit een min of meer besloten karakter draagt. Genoemd kunnen worden gezelligheidsverenigingen of verenigingen op levensbeschouwelijke grondslag die niet of nauwelijks aan het openbare leven deelnemen. Er is hier sprake van een uitbreiding van de persoonlijke sfeer naar de sociale sfeer. In beginsel mogen deze verenigingen een besloten karakter dragen in die zin dat aan het lidmaatschap specifieke eisen worden gesteld waaraan slechts een bepaalde groep kan voldoen.

In het voorontwerp van „gelijke behandeling” uit 1981, dat als gevolg van talrijke en diepgaande meningsverschillen hieromtrent nog niet door een wetsontwerp is gevolgd, bevatte art. 2 een opsomming van de gevallen waarop de wet niet van toepassing zou zijn. Genoemd werden voorzieningen en activiteiten van godsdienstige aard, dan wel bezinningsbijeenkomsten van levensbeschouwelijke aard, verenigingen en stichtingen, in hoofdzaak gericht op besloten bijeenkomsten in de gezelligheidssfeer en op belangenbehartiging op ideële gronden. Wanneer deze uitzonderingsbepalingen wet geworden zouden zijn, zou de rechter bij conflicten in veel gevallen gedwongen zijn geweest om een feitelijk onderzoek te doen instellen naar het werkelijke karakter van de aangevallen vereniging, stichting of club, hetgeen soms een inbreuk op art. 8 zou betekenen. Veel juistert lijkt het om wanneer er sprake is van de intersubjectieve sfeer, het beroep op discriminatie slechts te honoreren wanneer er sprake is van afhankelijkheid van de klager van de voorziening of activiteit van de betrokken vereniging. Is er geen sprake van een feitelijk monopolie, dan mag de beslotenheid worden gehandhaafd. Wanneer, om een voorbeeld te

noemen, een besloten tennisvereniging op de enige plaatselijke tennisbaan, eigendom van de gemeente, een exclusief gebruiksrecht heeft verkregen, zou bij toepassing van het afhankelijkheids criterium de beslotenheid inzake het lidmaatschap niet kunnen worden gehandhaafd. Beschikt de vereniging daarentegen over een eigen tennisbaan, door de leden bekostigd, dan mag de beslotenheid wel gelden. Een voor de rechtspraak belangrijke toepassing van het discriminatieverbod kan zich voordoen bij de zogenaamde welstandsbepalingen bij service-koopflats en reglementaire leeftijdsgrenzen voortoelating tot service-flats.⁶⁴⁾ Voor zo ver deze bepalingen blijven binnen het statutaire doel en uitsluitend gerelateerd zijn aan redelijke vermogensrechtelijke belangen van de gezamenlijke eigenaren, mag bij aantasting van deze belangen naar mijn mening aan een koper het gebruik van het appartement in beginsel worden ontzegd. Het komt mij echter voor dat, tenzij de weigering van de toestemming tijdig is medegedeeld, dan wel de koper een opschortende dan wel ontbindende voorwaarde heeft bedongen, de vereniging bij weigering van toelating gehouden is door de koper verworven zakelijke rechten van deze over te nemen. Daarmee wordt de afhankelijkheid van de koper immers weer opgeheven. Zou echter blijken dat een bejaarde koper op grond van zijn leeftijd in geen enkele service-flat meer toelating zou krijgen, dan kan de rechter op grond van art. 875 o BW na afweging van alle belangen de weigering te niet doen.

Naast de intersubjectieve sfeer van de besloten vereniging, moeten bijzondere instellingen worden genoemd die wel in de openbaarheid treden zoals bijzondere scholen, kerkgenootschappen en algemene verenigingen en stichtingen. Bij deze instellingen is van een besloten sfeer geen sprake meer. De enige toelatingseis die gesteld mag worden is die, welke gerelateerd is aan het doel van de instelling, waarbij ook hier de afhankelijkheidsrelatie een beslissende rol kan spelen.⁶⁵⁾

Anders dan bij de besloten vereniging lijkt het verdedigbaar dat hier aanspraak op gelijke behandeling bestaat. Problemen kunnen ontstaan wanneer iemand tijdens het functioneren binnen de bijzondere instelling een gedrag vertoont dat niet verenigbaar is met bepaalde doelstellingen van de instelling. Dit heeft meermalen aanleiding gegeven tot ontslagkwesties van leerkrachten bij het bijzonder onderwijs of in de gezondheidszorg. Het criterium of er van onredelijk onderscheid sprake is, kan in de terminologie van Waaldijk en Tielman worden ontleend aan de mate waarin de gedragsnorm die aanleiding tot het ontslag heeft gegeven, in het bijzonder representatief is voor de betreffende instelling.

Een complicatie daarbij is dat sommige instellingen op gelijke voet subsidie ontvangen met openbare instellingen. In die gevallen kan aan het discriminatieverbod een ruimer werking worden toegekend.⁶⁶⁾

Als laatste categorie moet genoemd worden het particuliere beroeps- en bedrijfsleven. Anders dan Van der Grinten stelt, meen ik dat in deze voor

de vrije markt werkende sectoren het discriminatieverbod ten volle van kracht is, ook al is dit verbod strafrechtelijk nog slechts gesanctioneerd met betrekking tot het onderscheid naar ras.⁶⁷⁾ Zodra er echter bij het maken van onderscheid in deze sector van reële economische motieven sprake is, gaat het of wel niet langer om gelijke gevallen of wel het gemaakte onderscheid is niet onredelijk te achten, gelet op de contractsvrijheid. Er speelt hier echter nog een ander probleem. Telkens wanneer er sprake is van een wanverhouding tussen vraagen aanbod, onverschillig of het één arbeidsplaats betreft waarvoor zich meer gelijkwaardige gegadigden hebben aangemeld dan wel een schaars goed waarnaar meer vraag bestaat, is de regel van gelijke behandeling, afgezien van de te volgen procedure, materieelrechtelijk niet toepasbaar.

Gaat het hier om de vervulling van eerste levensbehoeften, dan is een publiekrechtelijk distributiesysteem de enige oplossing. Voor het aangaan van huurovereenkomsten in de niet geliberaliseerde sector bestaat een dergelijk systeem reeds lang.

Bij de arbeidsovereenkomst zouden er bij strikte toepassing van het beginsel van gelijke behandeling onoplosbare problemen kunnen ontstaan, tenzij men een beslissing door het lot niet als willekeur maar als gelijke behandeling opvat. Het ligt dan ook meer voor de hand om hier aan het beginsel van de contractsvrijheid de voorkeur te geven hetgeen betekent dat een vrije keuze van de werkgever bepalend is. Zou men immers van een werkgever eisen dat hij zich gaat verdiepen in de vraag welke sollicitanten uit historisch oogpunt bezien uit achtergestelde groeperingen afkomstig zijn en hem verplichten na afweging van de mate van achterstelling de voorkeur te geven aan de ene minderheidsgroep boven de andere, dan heeft men het privaatrecht reeds verlaten.

In dit verband nog enkele aanvullende opmerkingen over voorkeursbehandeling, ook wel positieve discriminatie genoemd.

Het tweede lid van art. 429 quater Sr. zondert van het discriminatieverbod uit handelingen die aan personen, behorend tot ethnische of culturele minderheidsgroepen een bevoorrechte positie toekennen, ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen.

Over deze voorkeursbehandeling is reeds betrekkelijk veel geschreven. Uit het niet strafbaar zijn van deze behandeling mag niet worden afgeleid dat iemand met een beroep op deze bepaling er aanspraak op kan maken dat jegens hem niet het gelijkheidsbeginsel maar een voorkeursbehandeling wordt toegepast. Het is zonneklaar dat in een aantal sectoren bij overheid en bedrijfsleven zowel vrouwen als leden van bepaalde minderheidsgroepen ondervertegenwoordigd zijn, wanneer uitsluitend op het getalscriterium van de bezette arbeidsplaatsen wordt gelet. Maar het is de vraag of een feitelijke ongelijke vertegenwoordiging uitsluitend het gevolg is van achterstelling dan wel of daaraan ook andere factoren debet zijn zoals bijvoorbeeld een verschil in belangstelling voor de functie in

verband met de aard hiervan.

De emancipatieraad heeft bepleit bij de overheid over de gehele lijn evenveel vrouwen als mannen te benoemen. Ligt de belangstelling voor bepaalde functies tussen mannen en vrouwen echter ongelijk, dan zou toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij de aanstelling juist tot nieuwe ongelijkheid leiden. Een beter met het gelijkheidsbeginsel strokende behandeling lijkt die waarbij het aantal beschikbare arbeidsplaatsen wordt verdeeld naar evenredigheid van het aantal solliciterenden uit de verschillende categorieën. Op deze wijze wordt een bestaande achterstand, zij het wat minder snel toch ingelopen zonder dat belanghebben aan wie terzake van de bestaande achterstand van andere groepen niets te verwijten valt, daarvan het slachtoffer worden.

Ook aan het beginsel van de rechtszekerheid wordt op deze wijze meer recht gedaan.⁶⁸⁾

Samenvatting

Grondrechten mogen niet worden vereenzelvigd met de in de grondwet of in verdragen opgenomen specifieke rechten, maar het zijn juridische kernbegrippen min of meer nauw verbonden met algemene rechtsbeginselen die op alle rechtsgebieden toepasbaar zijn.

Daarom is het onderscheid tussen horizontale of verticale werking, dan wel tussen rechtstreekse of indirecte werking bij een groot aantal grondrechten weinig zinvol, gelet op het open systeem dat kenmerkend is voor ons verbintenissenrecht.

Bij de onderlinge afweging in geval van botsing van grondrechten moet rekening worden gehouden met het geldingsgebied van deze rechten, met de aard van de in het geding zijnde rechtsverhoudingen en de mate waarin het zelfbeschikkingsrecht van de betrokkenen van de keuze afhankelijk is.

Rechten geven geen absolute aanspraken en de vraag welke werking in een bijzonder geval aan het recht moet worden toegekend, kan slechts worden beantwoord door middel van een afweging van alle in het geding zijnde fundamentele rechten.

1. J. van der Hoeven, Botsing van grondrechten, Staats- en Bestuursrecht Tj. Willink Zwolle 1984, p. 109 vlg.
2. P. Scholten, Algemeen deel, 3e dr. p. 28 vlg. Anders de Haan, Fernhout, Drupsteen in: Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat en de bespreking hiervan door Bloembergen in Bouwrecht 1979, p. 369 vlg.
3. Algemene inleiding par. 2
4. G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 2e dr. 1957, p. 60; W. van Gerven, Beginselen van behoorlijk handelen, Tjeenk Willink 1982 passim.
5. Asser-de Ruiters, 12e dr. 1984, nrs. 11 en 12, p. 9 vlg.
6. G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, ed. Felix Meiner, Hamburg 1955, par. 36.
7. H.R. 26-3-1971, 434. (Elslo); voor de tekst zie R.v.d.W. 1971, 12, p. 143 vlg. Pres. Rb. Maastricht, 19-10-1981, NJ 1982, 486.
8. Het begrip „Civil rights and obligations” in art. 6 EVRM is een verdragsautonoom begrip. Zie de beslissingen in de Ringelsen, Golder, König en Bentham zaken van het Europese Hof.
9. Zie HR. 9-1-1973, NJ 1974, 91 WFP (Limmen/Houtkoop)
10. Hegel t.a.p.
11. Parl. Gesch. NBW ad art. 5.1.1., p. 29 vlg.
12. Zie M.J.A. van Mourik, het begrip waarde in het privaatrecht en enige fiscale wetten, WPNR 27-10-1979, p. 577 vlg.
13. Zie het literatuurrapport „Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad van C.J. van Netburg, november 1984, Ministerie van Financiën, Centrale directie WJB.
14. Rapport van de Commissie art. 49 WRO, uitgave Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, G.J. de Groot, Vergoeding van Planschade, Samson.
15. De Haan, Fernhout, Drupsteen, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, p. 456 vlg.
16. Inleidinge, B.II.D. par. 58, 59, 60.
17. Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht, deel II, 7e dr. nr. 33 vlg.
18. idem, nr. 209 vlg.
19. Zie uitgave van W. Fikentscher, München 1979, p. 52.
20. Zie hierover: Peter Landau, Hegels Begründung des Vertragsrechts, ARSP 1973 (I), p. 117 vlg.
21. Zie ook mijn bijdrage in de Grotiusbundel, v. Gorcum, Assen 1984, p. 32 vlg.
22. G.H.A. Schut, Onrechtmatige daad, 3e dr. p. 202 vlg.
23. Parl. Gesch. NBW, ad art. 6.5.3.1. en 6.1.9.4.
24. D.H.M. Meuwissen, de Europese Conventie en het Nederlandse recht, diss. Leiden 1968, p. 201 vlg.
25. Meuwissen-Alkema, de Europese Conventie en het Nederlands recht, Preadviezen Nederlandse Vereniging voor internationaal

- recht, 1976, p.l. vlg.
26. D.H.M. Meuwissen. Grondrechten. Aula 1984, p. 221 vlg.
 27. Van Dijk-van Hoof. De Europese Conventie in theorie en praktijk, 2e dr. 1982, p. 12 tot 16.
 28. Van der Hoeven, t.a.p. p. 132.
 29. C.A.J.M. Kortmann. De Grondwetsherziening 1983, jp. 92 vlg.
 30. Van Dijk-van Hoof. t.a.p. p. 44 en 219.
 31. Preadvies 1976 ad art. 2 EVRM.
 32. Kortmann t.a.p. p. 94.
 33. F. de Graaf. Rechtsbescherming van persoonlijkheid, privéleven, persoonsgegevens. Tjeenk Willink. 1977. Kortmann t.a.p. p. 90 vlg.
 34. Zie ontwerp wet Persoonsregistraties 19095. P.J. Hustinx, Bepalingen rond persoonsregistraties in de bestaande wetgeving, in „Kracht van wet' de (van Eijkern bundel, Zwolle 1984).
 35. Pr. Rb. Amsterdam, 1 november 1984, Rechtspraak Vreemdelingen 1984, 131.
 36. H.R. 18-6-1971. 407 (Mensendieck) en H.R. 31-10-1969, 1970, 57, idem, GJS.
 37. Zie o.m. H.R. 19-5-1984, 514, 1-7-1983. 1984, 161.
 38. Zie mijn bijdrage: „Dwangbehandeling, juridisch beschouwd'' in MGv, nr. 3-1977, p. 137 vlg.
 39. Kortmann, t.a.p. p. 99 vlg.
 40. De Europese Commissie legt het begrip eigendom ruim uit en verstaat er ook onder het recht van de werknemer op door deze betaalde premies voor pensioenverzekeringen en dergelijke. X versus Neuland, 4130/69. Ann. VIX. p. 224 (241).
Zie in dit verband B. Wessels en H.A. Brax: Statutaire inrichting van pensioenlichamen in: WPNR, 16 en 23 november 1985.
 41. Zie R. Gisolf: Onderhoudsaanspraken en de verzorgingsstaat, WPNR 23-2-1985, p. 165 vlg. E.A. Alkema, „Huwelijk en verdragsrecht'' in het huwelijk. Tj. Willink, Zwolle 1984, p. 145 vlg.
 42. Zie A. Heida: Juridische perikelen rond het draagmoederschap, WPNR 3-11-1984, nr. 5716. S.F. Wortman: Juridische aspecten van kunstmatige bevruchting en draagmoederschap. Justitiële verkenningen nr. 5-1985 W.O.D.C.
 43. Löwenstein. Het recht van vereniging/het verenigingsrecht, in „Grondrechten'' (Jeukensbundel) Nijmegen 1982. p. 191 vlg.
 44. Zie Kortmann. t.a.p. p. 56 vlg.
 45. A.Ch.M. Rijnen. „Niet in de nieuwe Grondwet opgenomen grondrechten'', in de onder 40 genoemde bundel, p. 520 vlg.
 46. Kortmann. t.a.p. 85/86.
 47. idem.
 48. Kortmann. t.a.p. p. 60 vlg.
 49. M.C. Burkens, Gelijke behandeling, zie de onder 40 genoemde bundel, p. 49 vlg.

50. Burkens, t.a.p.
51. Zie ook Jeukens in A.A. 1972 p. 149.
52. L. Mulder, „Het kroonberoep en art. 6 lid 1 EVRM” in *Ars Aequi* 1985, p. 128 vlg.
53. A.G. Maris, Preadvies NJV 1969, p. 33.
54. Kortmann t.a.p. p. 257.
55. Toetsing van algemene rechtsbeginselen is voornamelijk een resultaatstoetsing.
56. Zie hierover: J. Doomen en R. Kotting, Straatverboden in kort geding, NJB 26-1-1985, p. 109 vlg.
57. Zie de artt. van D.O.E. Gebhardt en P. van Schilfgaarde in WPNR nr. 5759 van 2 november 1985.
58. Zie het preadvies van C.R. Niessen, NJV 1982, met name over het stakingsrecht, p. 216 vlg.
59. H.R. 27-6-1978, 1979-59; 27-101-1981, 1982-103.
60. Zie o.m. Rb. Amsterdam 15-12-1983, KG ’84, 53. Ktg den Haag 23-1-1981, 578 HR 24-6-1983 ’84-801 MS. Hof Amsterdam 2-11-1977, 1978, 333.
61. Preadvies NJV 1983 passim en antwoord preadviseur in het verslag p. 94 vlg.
62. W.C.L. van der Grinten. Discriminatie en burgerlijk recht, afscheidscollege 1984, alsmede de bespreking hiervan door H.C.F., Schoordijk in NJB 1984 p. 1111.
63. C. Waaldijk en R.A.P. Tielman, Grondrechtenafweging en de wet gelijke behandeling, Homostudies-reeks nr. I, Utrecht 1983.
64. Zie de discussie tussen mrs. Smarius, Schenk en De Groot in WPNR 5552 en 5570.
65. HR. 9-4-1976, 409 (Lemmens-Siggewis/RK Schoolbestuur Terheyden).
66. De sanctie is hier intrekking van de subsidie.
67. Art. 429 quater Sr. luidt:
 1. Hij die in de uitoefening van een beroep of bedrijf onderscheid maakt tussen personen wegens ras, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste een maand of geldboete van de derde categorie.
 2. Deze bepaling is niet van toepassing op handelingen die personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toekennen, teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen.
 Zie R Emmelink. „Het wetboek van strafrecht” ad art. 429 quater.
68. Zie over het voorontwerp „gelijke behandeling” de hieraan gewijde beschouwingen in het NJB 1982, p. 365-367, 378-385, 394-405, 633-635; T. Koopmans, Gelijke burgers, gelijke rechten in: „De rechten van de mens,” Meulenhoff. Informatief Amsterdam 1983, p. 47 vlg. Voorts N.C.J.M. bulletin, maart-april 1982, p. 73 vlg. Voorontwerp gelijke behandeling” Louise Mulder, Voorkeursbehandeling van

vrouwen en de betekenis van gelijkheidsbeginselen, NJB 15-12-1984, p. 1391 vlg.

Het evenredigheidsbeginsel is o.m. toegepast in de zaak Binderen/Kaya. (H.R. 10-12-1982, 1983-687). Zie voor een rechtspraak overzicht: A.K. Koekkoek, „De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht III” WPNR, 1-6-1985 nr. 5744.

BURGERLIJK RECHT EN GRONDRECHTEN: „EEN CONSTITUTIONEEL VRAAGSTUK VAN DEN EERSTEN RANG”

Mr. M.B.W. Biesheuvel

1. Inleidende opmerkingen

Bijna negentig jaar geleden noemde de Amsterdamse advocaat J.A. Levy de rechtspositie van contracterende partijen „een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang”¹⁾. Daarmee zinspeelde hij op de mogelijke bescherming die deze partijen ontleen aan grondwettelijke rechten zoals de vrijheid van meningsuiting of het recht van vereniging. Een dergelijke bescherming achtte hij geboden, al was het maar om werklieden een instrument in handen te spelen waarmee zij weerstand zouden kunnen bieden aan de praktijken van sommige werkgevers die destijds onder betrekkelijk scherpe condities werk verschafte: zo diende men bijvoorbeeld niet betrokken te zijn bij (de oprichting van) een (vak)vereniging of kon het voorkomen dat men geen brood mocht kopen bij een fabrikant die de euvelen moed had om stakers van voedsel te voorzien. Weliswaar had de toenmalige minister van Justitie verklaard deze en soortgelijke praktijken ongemoeid te willen laten opdat „het wezen van het arbeidscontract” intact zou blijven en de contracteervrijheid van werkgevers niet zou worden aangetast, maar het was juist dit standpunt dat Levy in het Weekblad van het Recht bestreed: „Indien er tusschen een grondwettelijk subjectief recht en des werkgevers vrijheid om contracten te sluiten een conflict ontstaat, hoeft niet de Grondwet, maar de werkgever te wijken (.)”²⁾.

Deze opvatting werd, hoe kon het ook anders, anno 1900 in hetzelfde weekblad aangevochten door een raadsheer in de Hoge Raad, A.P.Th. Eyssell, die in herinnering bracht dat geen van de „staatsregtleeraars” zoiets ooit had bepleit en die de nieuwlichter dan ook met een voorbeeld uit het ongerijmde voor gek zette:

*„Wanneer mevrouw een erg puriteinse dienstbode staat te huren en deze zegt haar: „ik kom alleen, indien mijnheer bedankt voor zijne sociëteit, want zulke heerensociëteiten waar borreltjes gedronken en zeker ook wel losse praatjes gehouden worden, zijn tempels voor den Satan opgericht” – dan maakt die meid een te straffen inbreuk op mijnheers grondwettig vereenigingsrecht.”*³⁾

Inmiddels zijn wij meer vertrouwd geraakt met de gedachte dat grondrechten ook in het particuliere rechtsverkeer toepassing kunnen vinden. Voor deze ontwikkeling is gaandeweg zelfs een afzonderlijk trefwoord in zwang gekomen: *horizontale werking*. Maar tegelijkertijd heeft zich sedertdien ook een accentverschuiving voorgedaan: van „een constitutio-

neel vraagstuk" (Levy: zie ook Kranenburg⁴⁾) is de kwestie, in de woorden van Struycken⁵⁾, gaandeweg „buiten de heerschappij der Grondwet" geraakt om uiteindelijk (1968) en dit keer door een Haagse advocaat (A.G. Maris) als een zuiver „technisch privaatrechtelijk probleem" ⁶⁾ te worden betiteld. De gedachte is dan dat het privaatrecht niet voor niets eigen regels kent en dat de grondrechten, vanouds in publiekrechtelijke bepalingen vervat, daarom moeilijk geacht kunnen worden maatstaven aan te reiken waaraan particuliere rechtsbetrekkingen getoetst zouden kunnen worden. Geheel zonder betekenis zijn de grondrechten in dat geval evenwel niet: het staat de rechter namelijk vrij om zich in het voorkomende geval bij de interpretatie van daartoe geëigende privaatrechtelijke begrippen („goede zeden" (1373 BW), „dringende reden" (1639 o BW) e.d.) te laten inspireren door algemene rechtsbeginselen die aan de grondrechten ten grondslag liggen. En van daaruit is inderdaad de stap snel gemaakt naar de veronderstelling dat horizontale werking van grondrechten hoofdzakelijk neerkomt op ambachtelijk gebruik van de juiste, privaatrechtelijke middelen.

Afgaande op meer recente publikaties⁷⁾ kan men zeggen dat de hierboven geschetste benadering anno 1986 misschien niet de enige, maar wel de nog steeds meest gangbare zienswijze is: „de grondrechten hebben wel betekenis voor privaatrechtelijke verhoudingen, maar die betekenis moet nader privaatrechtelijk worden ingevuld". ⁸⁾ Aan deze voorstelling van zaken heeft in zekere zin ook het tijdens de recente grondwetsherziening van regeringswege ingenomen standpunt bijgedragen. Daarin wordt onderscheiden tussen een vijftal uiteenlopende en in effect sterk verschillende wijzen van horizontale werking⁹⁾, terwijl de selectie en toepassing van deze varianten goeddeels aan de burgerlijke rechter lijkt te zijn overgelaten. Weliswaar stelde de regering nog dat het probleem in deze benadering zou zijn teruggebracht tot „de normale proporties van grondwetsinterpretatie" ¹⁰⁾, maar hier was dan ook een „constitutionele slaapwandelaar" aan het woord, zo schamperde een eigentijdse Eyssell¹¹⁾.

Zeker, het heeft op het eerste gezicht iets vanzelfsprekends dat de doorwerking van grondrechten in het particuliere rechtsverkeer vooral als een zaak van het burgerlijk recht wordt gezien. Het gaat tenslotte om het inkwartieren van een Fremdkörper in vanouds door het privaatrecht beheerste verhoudingen. Het ligt dan minder voor de hand dat de grondrechten door grondwetsinterpretatie aansluiting vinden bij het bestaande privaatrechtelijke begrippenapparaat. Als evenwel horizontale werking van grondrechten primair een zaak is van het burgerlijk recht, dan geldt dat in dezelfde mate voor de beoefenaars ervan. Dat is geen geruststellende gedachte. Afgaande op het zakenregister van menig civielrechtelijk handboek, moet men namelijk concluderen dat de grondrechten nauwelijks voorwerp van studie vormen (wel: „grondrente", „geldsom", „gods-

penning" en „goudwaardeclausule"). Dat was overigens twintig jaar geleden al zo, toen Maris van een „technisch privaatrechtelijk probleem" sprak, en zo is het gebleven. Werd hierover bij de grondwetsherziening 1983 tenminste nog gedebatteerd, bij het werk aan het Nieuw Burgerlijk Wetboek deed men er tot dusverre, op een enkele uitzondering na¹²⁾, het zwijgen toe. Het lijken wel verschillende beroepswerelden. F.H. van der Burg constateerde in dit verband zelfs een scheiding van tafel en bed¹³⁾. Als dat waar is, dan heeft het ook niet veel zin de stelling van Maris anno 1986 nog eens te herhalen: men bindt dan in feite een dood paard aan een boom.

Het lijkt mij niet gepast deze beeldspraak verder uit te werken, zeker niet in het midden van een zojuist opgerichte vereniging, die „het burgerlijk recht en grondrechten" als eerste vergaderthema kiest. Tijdig viel mij evenwel een galante uitweg te binnen: in horizontale werking van grondrechten heeft het civiele recht een „trait d'union" met het publiekrecht¹⁴⁾. Misschien dat het publiekrecht dan ook meer te bieden heeft dan sommigen geneigd zijn te denken en dat het beroep op „de normale proporties van grondwetsinterpretatie" lang niet het „onbestemde proza" is waarvoor het thans versleten wordt¹⁵⁾. De strekking van mijn bijdrage is dan ook op dit punt een minder pessimistisch geluid te produceren.

2. Plan van behandeling: *twee krenten uit de pap*

Het onderwerp „burgerlijk recht en grondrechten" laat zich vanuit verschillende invalshoeken bekijken. Zo kan men de stand van zaken inventariseren en onderzoeken, in hoeverre de burgerlijke rechter nu wel of niet aan grondrechten horizontale werking toekent. Men kan, al dan niet aan de hand van rechtspraak, vormen van horizontale werking in kaart brengen. Maar men kan zich ook het hoofd breken over de strekking van de grondwetsherziening 1983 terzake. Te overwegen is voorts of een en ander niet beter in een grondwetsbepaling of een bepaling in het Burgerlijk Wetboek tot uitdrukking ware gebracht. Daarvan te onderscheiden is weer de vraag welke grondrechten zich eigenlijk voor horizontale werking lenen. En komen dan alleen die rechten in aanmerking die een plaats kregen in het eerste hoofdstuk van de herziene grondwet? Een afzonderlijke beschouwing valt ook te wijden aan de vraag welke vormen van schadeloosstelling een reële (en effectieve) mogelijkheid van rechtsherstel bieden. Zonder moeite zijn deze vragen met andere aan te vullen, maar niet alle lijken even interessant. Gelet op de terbeschikking gestelde ruimte, veroorloof ik mij dan ook enkele krenten uit de pap te vissen.

Tot de pap reken ik dan allereerst de vraag naar de juridische status van bij de grondwetsherziening ingenomen standpunten. Als wij de experts mo-

gen geloven, dan hebben wij hier achtereenvolgens te maken met „de wil van de grondwetgever“ (Niessen¹⁶), „een interpretatierichtlijn aan de rechter?“ (Van der Burg¹⁷), „een standpunt“ (Van der Hoeven¹⁸), „een korte inleiding in het vraagstuk van de derdenwerking“ (De Gaay Fortmann¹⁹), „onbestemd proza“ (Donner²⁰) dan wel met „een kluitje in het riet“ waarop de rechter vooral geen acht moet slaan (Kortmann²¹). Voor de staatsrechtelijke lekkerbek is dit misschien verijnde kost, maar veel doet het er allemaal niet toe. Belangrijker is m.i. het gegeven dat de verbintenis tussen het burgerlijk recht en de grondrechten door diverse factoren in de hand is gewerkt en dat horizontale werking van die rechten een onvermijdelijk verschijnsel is geworden. Omdat de doorwerking van grondrechten in het particuliere rechtsverkeer door sommigen nog als een modieuze vergissing wordt afgeschilderd, die in dit stadium nog kan worden ongedaan gemaakt, acht ik het van belang hieronder (no. 3) allereerst deze factoren de revue te laten passeren.

Tot de pap reken ik eveneens de soms filibuster-achtige beschouwingen rond de term „horizontale werking“. Als men daaronder alleen de „echte“ of „sterke“ werking verstaat, d.w.z. de „rechtstreekse doorwerking“, waarbij de rechter een grondrecht „als zodanig“ in een horizontale verhouding toepast (wat dat ook moge betekenen), dan kan men uiteraard beweren dat er in Nederland niet of nauwelijks gevallen zijn waarin de rechter aan een grondrecht horizontale werking heeft verleend. Men heeft dan evenwel gesproken zonder iets te zeggen. En omgekeerd, als men een „indirekte werking“ via privaatrechtelijke begrippen aanvaard of bepleit, dan kan men natuurlijk tamelijk zorgeloos tegen „horizontale werking“ ten strijde trekken. Men kan dan bijvoorbeeld poneren dat het hier een „heilloos leerstuk“ betreft (De Graaf & De Haas²²) of dat een en ander „het begin van het einde van de moderne rechtsstaat vormt“ (Bos²³). Maar het nut van dit soort terminologische rekstok oefeningen is betrekkelijk gering en met etikettenzwendel is niemand gebaat.

Interessanter dan het etiket is de vraag welke problemen rijzen indien grondrechten doorwerken in het particuliere rechtsverkeer. Als men op dit punt de voorhanden literatuur overziet, dan wordt daartoe in elk geval de onderlinge verhouding tussen conflicterende grondrechten gerekend: valt er bij botsende rechten, ingeroepen door verschillende grondrechtendragers, enige ordening aan te brengen (en zo ja, door wie)? Dit aspect is in de afgelopen jaren extra-, zo niet overbelicht naar aanleiding van de publikatie in 1981 van een Voorontwerp van een Wet Gelijke Behandeling, dat inmiddels in de goede bedoelingen is blijven steken. Maar ook los daarvan lijkt de vraag naar de verhouding tussen grondrechten bij onderlinge strijd inderdaad tot één van de meer wezenlijke problemen te behoren die hun toepassing in horizontale verhoudingen oproept. Deze vraag vormt dan ook de tweede krent die in het hierna volgende (no. 4) afzonderlijke aandacht krijgt.

3. Een onvermijdelijk verschijnsel

Het heeft weinig zin om horizontale werking van grondrechten als zodanig te bestrijden of te rechtvaardigen. Het verschijnsel doet zich nu eenmaal voor. De doorwerking van grondrechten in particuliere verhoudingen is in feite ook niet meer te stuiten. Anders gezegd: de eenzijdige staatsgerichtheid van grondrechten is een gepasseerd station. Aan deze ontwikkeling hebben uiteenlopende factoren bijgedragen.

Historisch gezien heeft sociaal-economische ordening de baan geveegd. Zolang immers de wetgever zich, waar mogelijk, onthield van een regeling van eigendomsverhoudingen en contractuele afspraken, moet een al te inhoudelijke beoordeling van deze betrekkingen door de rechter evenzeer als een ongepaste inmenging zijn opgevat. Pas wanneer traditionele opvattingen over het eigendomsrecht en contractsvrijheid hun scherpe kantjes hebben verloren en men met ordening van het maatschappelijk leven door publieke organen is vertrouwd geraakt, ontstaat een klimaat waarin ook toepassing van (andere) grondrechten op particuliere verhoudingen niet al op voorhand voor onmogelijk moest worden gehouden²⁴).

Op meer beperkte schaal hebben in het recht vergelijkbare evoluties plaatsgevonden die evenzeer „voorwaardenscheppend” waren. Te denken valt bijvoorbeeld aan het begrip „ouderlijke macht”. Zolang de betekenis hiervan in grote lijnen overeenkomsten vertoonde met de oorspronkelijke patria potestas, kan van externe inmenging in de verhouding tussen ouder en kind geen sprake zijn. En zolang in de opvoedingsplicht van ouders (vgl. art. 245 BW) een „gehoorzaamheidsplicht der minderjarigen” werd verondersteld, was enigerlei doorwerking van grondrechten hier al evenzeer moeilijk voorstelbaar: „Anti-revolutionnaire ouders zullen hun twintigjarigen zoon mogen beletten lid van de S.D.A.P. te worden en mee te lopen in den Mei-optocht”, zo kon Van Oven in 1929 nog schrijven („Zij moeten immers „opvoeden””) ²⁵. Maar dit perspectief wordt anders, wanneer men ervan uitgaat dat de ouderlijke macht „er enkel is terwille van het kind en dus eindigt, waar ook de belangen van het kind een einde nemen, zoodat het der rechtsorde vrijstaat te controleren, of die macht werkelijk in het belang van het kind wordt uitgeoefend” ²⁶. Van daaruit is het minder gewaagd de stap te maken naar de stelling, dat ouders bijvoorbeeld geen absoluut, aan rechterlijke controle onttrokken, vetorecht hebben ten aanzien van de huwelijksvrijheid van hun kind (zie HR 4 juni 1982, NJ 1983, nr. 32 m.n. EAA). En is men eenmaal op dit punt aangeland, dan ligt het voor de hand de grondrechten juist te zien als toetsingscriteria aan de hand waarvan die rechterlijke controle kan plaatsvinden: aan de weigering van ouders tot huwelijks-toestemming omdat hun kind zich niet wil inschrijven bij een kerkgenootschap, kan dan wegens „strijd met de vrijheid van godsdienst” worden

voorbijgegaan (aldus Kantong. Gorinchem, 8 november 1983, NJ 1983, nr. 383).

Samenvattend kan men dus stellen dat grondrechten particuliere verhoudingen zijn binnengedrongen op de toppen van dezelfde golfslag die een inham sloeg in het ogenschijnlijk onaantastbare karakter van sommige rechten en rechtsfiguren. Voor hen die in het bestaan van een rangorde onder de grondrechten geloven, moet dit een pregnant gegeven zijn: horizontale werking is eerst een reële mogelijkheid gebleken, nadat sommige rechtsaanspraken hun natuurlijke prioriteit waren kwijtgeraakt.

Een tweede factor die nauwelijks toelichting behoeft, is de ontwikkeling van de **techniek**, al dan niet in samenhang met het bestaan van **machtsconcentraties** in de privé-sector. Zoals het mediarecht de handen vol heeft met satelliet, straalverbinding en schotelantenne en het erfrecht en de notarissen nog wat aan het video-testament moeten wennen, zo stellen technologische vernieuwingen en veranderde maatschappelijke krachtsverhoudingen ook nieuwe eisen aan de rechtsbeschermende functie van grondrechten. Men denke maar aan de komst van de computer en het daarin gebundelde vermogen tot opslag van persoonsgegevens. En zo heeft kunstmatige inseminatie uiteindelijk het draag- of gastmoedercontract in het vizier van het recht gebracht. Nu kan men natuurlijk op voorhand de rechtsgeldigheid van een dergelijke overeenkomst betwisten omdat zij tot verbintenissen verplicht waarvan het afdwingen van de nakoming onzedelijk is. Maar stel dat ook hier het leven sterker dan de leer mocht blijken. Dan zal men toch een adequaat antwoord moeten kunnen geven op de vraag welke restrictieve clausules (bijvoorbeeld aangaande rook-, eet- en andere leefgewoonten) nog net wel of juist niet niet door de beugel kunnen.

De behoefte aan rechtsbescherming is overigens niet altijd even evident. Zij is dat niet of minder in een op zichzelf staand geval van een tijdschrift waarvan de redactie een politieke advertentie weigert. En zij is dat wel of meer wanneer uitgevers, reclamewereld en consumentenorganisaties zich contractueel van een „cordon sanitaire” voorzien dat 90% van de dagblad-, weekblad- en tijdschriftenmarkt afschermt²⁷⁾.

Er zijn ook *economische factoren* die het beroep op horizontale werking van een grondrecht als het ware provoceren. Zo kan de minister van Onderwijs en Wetenschappen uit doelmatigheidsoverwegingen besluiten de financiering van een studierichting aan de Universiteit van Amsterdam te beëindigen en daarbij de verwachting uitspreken dat het betrokken personeel geheel bij de Vrije Universiteit kan worden ondergebracht. Maar een dergelijk besluit roept wel grondrechtelijke problemen op, indien de V.U. de bij indiensttreding gebruikelijke eisen i.v.m. de eigen aard onverkort zou handhaven²⁸⁾. Ook de exploitatie van grond en ander onroerend goed is de overheid soms te kostbaar geworden en aan particu-

liere organisaties uitbesteed of gelaten. Zo heeft Utrecht zijn Hoog-Catharijne gekregen en kunnen woningbouwcorporaties cruciale functies vervullen op de huizenmarkt²⁹). En wanneer het management van de onderneming die Hoog-Catharijne beheert, het uitdelen van politieke pamfletten aldaar verbiedt, gelijk het in 1974 deed, dan vraagt men er in feite om dat de kwestie van horizontale werking aan de orde wordt gesteld.

Een laatste voorbeeld: het vestigingsgedrag van bedrijven kan onverwachte repercussies hebben. Wanneer winkelketens die het van een betrekkelijk grote omzet moeten hebben (AH, Ikea, Macintosh, Miro e.d.), voortgaan met het afstoten van (te) kleine filialen in de binnenstad en de voorkeur blijven geven aan grootschalige, particulier beheerde winkelcentra in buitenstedelijke gebieden, dan heeft dat niet alleen gevolgen voor het dagelijks publiek dat gewend was om naar het traditionele marktpleintje te komen en dat in de daaromheen gelegen openbare straten placht te winkelen. Anderen zullen dit publiek volgen. Ook demonstranten en verzamelaars van handtekeningen voor een volkspetitionnement zullen het grondgebied van deze nieuwe winkelcentra willen betreden. En dan rijst al gauw de vraag of hen zo maar met een beroep op de eigendomstitel de toegang tot het betrokken terrein kan worden ontzegd.

Verder zijn er wat ik bij gebrek aan beter juridische factoren noem. Daarbij valt allereerst te denken aan de invloed van het grote aantal mensenrechtenverdragen dat in de afgelopen dertig jaar tot stand kwam. Sommige verdragsbepalingen blijken namelijk verreikende uitstralings-effecten te hebben, ook naar het particuliere rechtsverkeer toe. Zo wordt de bepaling uit de Europese Conventie die de eerbiediging van het recht op privé- en gezinsleven verzekert, ook als pijler gebruikt voor het omgangsrecht tussen ouder en kind dat naar zijn aard juist in horizontale verhoudingen gerealiseerd moet worden. En niet zo lang geleden is Nederland er door het Straatsburgse Hof nog eens aan herinnerd dat de overheid zich niet afzijdig kan houden bij aperte schendingen, in horizontale verhoudingen, van bij de Conventie beschermde rechten: „(.) there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (.). These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves”³⁰). De Commissie gaat nog een stap verder en acht het, ondanks (of dankzij) art. 25 Conventie, niet uitgesloten dat de overheid zelf rechtstreeks aansprakelijk wordt gesteld voor schendingen door particulieren³¹).

Ook het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie kan hier worden genoemd. Dit verdrag leidde tot „legislative Drittwirkung” doordat bestaande strafrechtelijke voorschriften werden verscherpt of aangevuld (zie artt. 90quater, 137c-e, 429ter-quater Sr), maar heeft een verderreikend effect. In bepaalde geval-

len van raciale discriminatie inspireren deze bepalingen ook de burgerlijke rechter tot een redenering die de vraag naar horizontale werking van een discriminatieverbod als het ware overbodig maakt. De gedachtengang is dan bijvoorbeeld dat uit de genoemde strafbepalingen „als beginsel van ongeschreven privaatrecht kan worden afgeleid (.) dat discrimineren op grond van ras (.) onrechtmatig moet worden geacht”³²).

Tenslotte vormen de grondrechten zelf een relevante factor. Mede onder invloed van hierboven genoemde factoren en in samenhang met de belangstelling die sedert 1945, internationaal en nationaal, voor de grondrechten bestaat, zijn ook de opvattingen over het rechtskarakter van deze rechten aangepast. Twee benaderingen zijn in dit verband relevant. Ten eerste wordt wel betoogd dat grondrechten uiteindelijk hun meest essentiële betekenis ontleenen aan de bescherming die zij bieden tegen macht en machtsuitoefening. Zij volgen dus macht, ongeacht de bezitter daarvan. Op de wenselijkheid om de burger grondrechtelijke bescherming te bieden tegen vooral machtige particuliere instellingen, is ook gezinspeeld in de witte stukken die het kabinetsstandpunt begeleiden dat bij de grondwetsherziening werd ingenomen. In deze opvatting komt het er vooral op aan de burger instrumenten aan te reiken waar hij in een afhankelijkheidspositie is terecht gekomen. En bescherming is dan vooral geboden indien de geconstateerde afhankelijkheid essentiële goederen betreft, zoals arbeid, huisvesting, onderwijs, verzekeringen, kredietfaciliteiten e.d. De tweede benadering reikt verder: men gaat uit van de veronderstelling dat het karakter van grondrechten zo fundamenteel is dat de rechthebbende daarop altijd, in welke positie dan ook, aanspraak kan maken. Het recht op privacy bijvoorbeeld wordt in deze gedachtengang niet alleen van belang geacht voor de patiënt die in een publiek of particulier ziekenhuis is opgenomen, maar ook, eenmaal hersteld, voor diens arbeidsverhouding, de gebruikelijke leefomgeving, de relatie tot de burens enz. enz. In deze laatste benadering is horizontale werking een fundamentele modaliteit geworden, zij vormt dan één van Alkema's schakelbepalingen³³), vergelijkbaar met bijvoorbeeld het misbruikverbod en met andere algemene regels die aangeven hoe met grondrechten moet worden omgegaan.

Naast de hierboven genoemde factoren zijn ongetwijfeld nog wel andere te bedenken die evengoed hebben bijgedragen of zelfs deelgenomen aan de opmars van grondrechten naar het particuliere rechtsverkeer. De besproken factoren rechtvaardigen evenwel ruimschoots de conclusie dat horizontale werking een onvermijdelijk verschijnsel is geworden. Ten recht is daarom bij de grondwetsherziening 1983 vastgesteld dat deze werking tot het geldende recht behoort. Dit betekent geenszins dat nu ook alle grondrechten onverkort in horizontale verhoudingen gelden; zover strekte „de wil van de grondwetgever” ook niet. Maar dit betekent wel, zoals ook regeringscommissaris Simons opmerkte³⁴), dat horizontale

werking van grondrechten niet meer en zeker niet categorisch kan worden uitgesloten.

4. Afwegingsproblematiek:

botsende rechten

De doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen roept afwegingsproblemen op. Wetgever, bestuur en/of rechter zullen immers op gezette tijden voor een keuze staan tussen ongelijksoortige rechten en waarden. Die keuze lijkt op het oog niet eenvoudig, zeker niet wanneer meerdere rechten conflicteren die elk grondwettelijke of verdragsrechtelijke bescherming genieten. En voor een rechter lijkt een dergelijke keuze nog extra moeilijk. Hij beschikt namelijk niet over de vrijheid om bijvoorbeeld de betrekkelijk willekeurige beslissing te nemen dat de drankvergunning van een café kan worden ingetrokken indien tenminste twee keer is geconstateerd dat aan de deur raciale discriminatie wordt bedreven³⁵⁾. Evenmin kan hij, zoals bijvoorbeeld de Amerikaanse en Engelse wetgever deed, stipuleren dat anti-discriminatievoorschriften niet van toepassing zijn op werkgevers die minder dan 15 respectievelijk 5 werknemers in dienst hebben³⁶⁾. Ook zal een rechter de keuze tussen conflicterende rechten moeilijk kunnen ontlopen. Een dergelijke tegenstelling blijft niet op de achtergrond van het geding: eerder vormt zij er juist de inzet van. Zeker vanuit het perspectief van de rechter gezien, lijkt de vraag naar een eventuele rangorde onder de grondrechten, hoewel enigszins ongrijpbaar, ook van praktisch belang. Hoe anders zou immers een rechter tussen „countervailing claims” moeten laveren?

De theorievorming over de verhouding tussen botsende, schurende of concurrerende grondrechten staat nog in haar kinderschoenen. En juist met betrekking tot de vraag in hoeverre rechters aan het vaststellen van die verhouding een bijdrage kunnen leveren, zijn in Nederland hooguit scepsis, bedenkingen en waarschuwingen geuit. Scepsis, omdat de rechter zich op onbekend terrein begeeft en in ieder geval met grondwetsinterpretatie weinig ervaring heeft³⁷⁾. Bedenkingen, omdat men het niet de taak van de rechter acht. De gedachte is dan dat de onderlinge verhouding tussen fundamentele rechten en waarden in een „wertepluralistische” samenleving zoveel mogelijk door de wetgever moet worden aangegeven. Ware dit anders, dan zou de rechter „zeer epineuze maatschappelijke problemen” moeten oplossen en zich bijvoorbeeld moeten begeven in vragen als: mogen besturen van confessionele scholen homofiele leerkrachten weren?³⁸⁾. En waarschuwingen, omdat men de gevolgen vreest. Als men de rechter eenmaal het pad van afwegen opstuurt, is er dan nog wel een weg terug en wordt dan niet alles betrekkelijk en weggevoegd, met inbegrip van de grondrechten? Bovendien: afwegen kan men

pas als alle details op tafel liggen, hetgeen de rechter er toe zal brengen „de mensen het hemd van het lijf te vragen”. En zo „worden ook door de botsingen de grondrechten een voertuig van bemoeiing”³⁹⁾.

Het is overigens opmerkelijk dat dit soort uitlatingen zelden afkomstig is van civilisten. Die weten vermoedelijk ook wel beter en zijn in ieder geval al wat langer vertrouwd met het wikken en wegen van de burgerlijke rechter. In zijn afscheidsrede nam Van der Grinten op dit punt zelfs uitdrukkelijk een afwijkend standpunt in: „Wij moeten niet afkerig, ook niet huiverig staan tegenover rechtsvorming door de rechter waar het gaat over rechtsverhoudingen tussen mensen en hun organisaties onderling”⁴⁰⁾. Ik zeg het hem na want de hierboven geschetste bezwaren steunen niet op de feiten. Als men, juist met het oog op mogelijke rechtsvindings technieken bij grondrechtencollisies, de vaderlandse rechtspraak doorneemt, dan valt namelijk een zeker patroon op dat eerder aan die bezwaren tegemoet lijkt te komen. Dit patroon is niet altijd even scherp waarneembaar en uiteraard zijn er ook onzuivere elementen die het beeld vertroebelen, maar met een beetje goede wil kan men in de voorhanden jurisprudentie drie verschillende methoden onderscheiden die de rechter hanteert in gevallen dat zijn oordeel over de onderlinge verhouding tussen botsende grondrechten wordt gevraagd. In ruwe vorm zien deze drie benaderingen er als volgt uit:

- a. de rechter komt niet aan toe aan een inhoudelijke afweging van over en weer ingeroepen rechten, omdat hij zich daartoe niet bevoegd acht;
- b. de rechter laat, hoewel een afweging in beginsel mogelijk zou zijn, het niet zo ver komen doordat hij één van de ingeroepen claims als het ware neutraliseert en zich, bij nader inzien, ook geen botsing voordoet;
- c. de rechter tracht conflicterende rechten in een afwegingsproces op elkaar af te stemmen, maar doet dat op een typisch rechterlijke wijze, d.w.z. met gebruikmaking van de bijzondere omstandigheden van het voorliggend geval.

Hieronder wil ik elk van deze drie benaderingen iets verder uitwerken.

4.1. „Hands off”

De Nederlandse overheid heeft de naam veel te regelen. Capaciteitsbeheersing in het bakkersbedrijf, de prijs van het boek, amateuristische kunstbeoefening, computercriminaliteit, ritueel slachten, men kan het zo gek niet bedenken of er bestaat wel een regeling voor; zelfs de aanplanting van de *Sorbus Ancuparia* L. (gewone lijsterbes) heeft een publieke stimulans gekregen, vanwege zijn „landschappelijke waarde” (Stct, 6 november 1985). Ook kan de overheid niet van een zekere opdringerigheid worden vrijgepleit. Het leven is nog niet begonnen of er staat al, zij het in beperkte gevallen, een deskundige gereed: de curator ventris (art. 284

BW). En na de geboorte is het uitgerekend 's Rijks Filmkeuring die vaststelt dat deze of gene film uitsluitend geschikt is voor personen boven 12 jaar „vanwege verwerpelijke rolpatronen“ (Stct. 7 februari 1985). Het fiscale recht is zich inmiddels met tweeverdieners, economische eenheden en hun gezamenlijke huishoudens gaan bemoeien, terwijl ijverige ambtenaren van de gemeentelijke sociale dienst de jacht op bijstandsfraude tot in de slaapvertrekken van de betrokkenen voortzetten (zie bijvoorbeeld Vz. Afd. R.RvS. 31 juni 1984, AB 1985, nr. 456). En wanneer de herziening van de zedendelicten voltooid is, zal ook de strafrechter zich moeten verdiepen in hetgeen er in die vertrekken zoal gebeurt: wat binnen het ene huwelijk duidelijk een „verkrachting“ is geweest, kan namelijk in het andere verschillend worden gewaardeerd.

Dit alles betekent niet dat er geen rechtsvrije ruimten zijn. Wat men klassieke grondrechten pleegt te noemen, is van oudsher op het vergrendelen van dergelijke ruimten gericht. Zoals een rechter in het Amerikaanse Hooggerechtshof, Justice Douglas, het ooit formuleerde, beogen die rechten juist „to keep the government of the people's back“⁴¹⁾. Eenzelfde waarborg is ook in het Nederlandse recht op tal van plaatsen tot uitdrukking gebracht. Allereerst natuurlijk in specifieke grondrechtelijke bepalingen zoals die welke de persoonlijke levenssfeer, de onschendbaarheid van de woning of het briefgeheim beschermen (artt. 10, 12, 13 Gr.). Maar ook andere bepalingen bevestigen op enigerlei wijze dat het recht bepaalde vormen van beslotenheid en intimiteit voor onaantastbaar houdt. Zo volgt uit artikel 6, tweede lid, van de grondwet dat de bemoeienis van de wetgever zich niet kan uitstrekken tot de uitoefening van godsdienstvrijheid *binnen* gebouwen en besloten plaatsen. Dit non-interventiebeginsel is zelfs uitdrukkelijk vastgelegd in artikel 1 van de Wet op de Kerkgenootschappen: „Aan alle Kerkgenootschappen is en blijft de volkomen vrijheid verzekerd alles wat hunne godsdienst en de uitoefening daarvan *in hunnen eigen boezem* betreft, te regelen“. En op hetzelfde voetspoor hebben de opstellers van het Voorontwerp van een Wet Gelijke Behandeling een uitzonderingsclausule opgenomen met betrekking tot „de *interne* zaken van Kerkgenootschappen en van bezinningssamenkomsten van levensbeschouwelijke aard“ (vgl. art. 2 (a) en MvT, p. 69). In hetzelfde plaatje past ook het feit dat de mogelijkheid van rechterlijk toezicht op verenigingsbesluiten, die blijkens art. 2: 11 BW toch al niet onbeperkt is, buiten toepassing dient te blijven bij kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag (art. 2: 18 BW). De formulering van artikel 7 van de grondwet (drukpersvrijheid) houdt in dat, wat het recht betreft, een mening pas relevant is nadat die *geopenbaard* is: wat men binnenskamers ook te berde brengt, voor het recht is het allemaal om het even. Eenzelfde benadering ligt besloten in artikel 90quater Sr. dat niet elke vorm van willekeurig onderscheid als een rechtens relevante discriminatie aanmerkt, maar daartoe alleen die onder-

scheidingen rekt welke zich op „terreinen van het *openbare* leven” manifesteren. Ook het „beroep of bedrijf” van art. 429quater Sr. wijst erop dat het juist discriminatie in de zakelijke sfeer is die men (met behulp van het strafrecht) beteugelen wil. En wanneer art. 168 Gemeentewet aangeeft dat de lokale wetgever ter behartiging van zekere belangen regels kan stellen, mits die de eigen huishouding betreffen, betekent dat tegelijkertijd dat de legislatieve bemoeïing niet moet treden „in een regeling van de bijzondere belangen der ingezetenen”⁴²⁾.

Laatste voorbeeld: artikel 66, tweede lid, van de Kleuteronderwijswet bepaalt dat aan geen kleuter de toegang tot de school mag worden geweigerd op grond van godsdienstige gezindheid, althans niet in een gemeente, die niet een of meer openbare kleuterscholen in stand houdt. Op deze regel is evenwel één uitzondering gemaakt: „tenzij de school uitsluitend voor *interne* kleuters bestemd is”.

In tal van bepalingen is als het ware een rem ingebouwd. Het lijkt mij niet overdreven hier van een constitutioneel beginsel te spreken: bij verhoudingen die in feite geen rechtsverhoudingen zijn, geldt een „hands off”. Dit beginsel heeft vanzelfsprekend ook gevolgen voor ons onderwerp. Als een wetgever niet bevoegd is om zich in de „boezem” van kerkgenootschappen te begeven of om zich te bemoeien met de selectie van een huwelijkspartner of van gasten voor een maaltijd in de privé-sfeer, dan is daarbij een waarde in het geding die ook in horizontale verhoudingen gerespecteerd zal moeten worden, hetgeen een afweging ten opzichte van andere waarden of rechten uitsluit.

Deze gedachtengang wordt door rechtspraak bevestigd. Als men bijvoorbeeld via een kort geding het onrechtmatig karakter van racistische uitslatingen wil laten vaststellen, die in een concept-rapport voorkomen dat binnen het besloten verband van een politieke partij nog besproken moet worden en dat in handen van derden is gekomen onder niet aan de opstellers van het concept toe te rekenen omstandigheden, dan krijgt men te horen dat „het (.) voor niet openbaar gebruik vastleggen van gedachten van welke inhoud dan ook” vrij is en dus ook geen onrechtmatige daad kan opleveren⁴³⁾. Ook is het vaste rechtspraak dat het de rechter niet vrijstaat om partij te kiezen in geschillen omtrent geloof en belijdenis⁴⁴⁾. Deze terughoudendheid belet de rechter intussen niet een oordeel uit te spreken over de vraag of het bijvoorbeeld in „de Kerk van Satan” om godsdienst gaat en van een kerkgenootschap kan worden gesproken⁴⁵⁾, maar wel om te beoordelen of de door Janmaat op basis van het programma van de Centruumpartij uitgedragen politieke gedachten zodanig afwijken van bisschoppelijke richtlijnen en statuten van een katholieke school dat ontbinding van diens betrekking als leraar maatschappijleer om die reden gerechtvaardigd zou zijn. Terecht stelde in het laatste geval de kantonrechter dat zoiets „Onze taak niet is”⁴⁶⁾.

Een laatste illustratie ontleen ik aan een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In de hierboven al genoemde Engelse wetgeving inzake sexe-discriminatie is op het verbod van discriminatie niet alleen een uitzondering gemaakt voor bedrijven met niet meer dan vijf werknemers, maar ook voor alle dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens. Nu zou men met de commissie kunnen stellen dat een dergelijke uitzondering zich niet verdraagt met richtlijn 76/207, die de Lid-Staten verplicht zekere bepalingen vast te stellen die strekken tot eerbiediging van het gelijkbehandelingsbeginsel in het arbeidsproces. Volgens deze richtlijn kunnen de Lid-Staten aan de werking van deze bepalingen namelijk alleen die beroepsactiviteiten onttrekken „waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor is“. En op het oog zou men, zeker in het licht van de doelstelling van deze richtlijn, kunnen menen dat voor werkzaamheden in particuliere huishoudens het geslacht nooit bepalend is. Toch werd deze redenering door het Hof niet aanvaard. In plaats daarvan wees het Hof er op dat de gewraakte uitzonderingsclausule „een evenwicht tot stand beoogt te brengen tussen het beginsel van gelijke behandeling en het al even fundamentele beginsel van bescherming van het privé-leven“ en dat een dergelijk evenwicht één van de factoren is „die in aanmerking moeten worden genomen bij het afbakenen van de strekking van de in (...) de richtlijn neergelegde uitzondering“. En vervolgens stelde het Hof dat de Engelse clausule *vanwege haar algemene strekking* niet toelaatbaar kon worden geacht: „Het is stellig juist dat deze overweging (nl. privacy-bescherming (MB)) beslissend kan zijn voor bepaalde soorten dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens, maar zij gaat zeker niet in alle gevallen op“⁴⁷⁾. En daarmee kwam vast te staan dat het gelijkbehandelingsbeginsel in *bepaalde* gevallen voor het recht op privé-leven kan wijken. Dit zullen dan m.i. met name die gevallen moeten zijn waarin de arbeidsovereenkomst de grondslag legt voor een persoonlijke relatie en uit dien hoofde de kieskeurigheid van tenminste één van partijen zozeer met diens persoonlijke levenssfeer verbonden is dat toepassing van anti-discriminatievoorschriften achterwege behoort te blijven. In die gevallen wordt aan bescherming van het privé-leven prioriteit gegeven. Die prioriteit komt in dat geval niet tot stand in een afwegingsproces tussen botsende rechten, want er valt juist niets af te wegen. Hier past een „hands off“.

Bij wijze van tussenconclusie kan men dus vaststellen dat de rechter bij onderlinge strijd tussen grondrechten niet altijd aan een afweging toekomt en soms juist grote terughoudendheid betracht. In sommige gevallen geldt een constitutioneel „hands off“ om te voorkomen dat recht en rechters betrokken raken bij verhoudingen die in essentie geen rechtsverhoudingen zijn. Anders gezegd: de staatsvrije sfeer die door (sommige) grondrechten in verticale verhoudingen wordt verzekerd, biedt in horizontale verhoudingen evenzeer een niet te verwaarlozen garantie.

4.2. Pseudo-conflicten

Een categorie die men gemakkelijk over het hoofd ziet en die ook lang zo opzienbarend niet lijkt als de frontale botsing tussen grondrechten, bestaat uit de loos alarm-gevallen. De rechter komt bij deze gevallen niet toe aan een clausulering van het ene recht ten opzichte van het andere, omdat bij nader inzien de feitelijke noodzaak daartoe ontbreekt. Weliswaar presenteren partijen hun aanspraken als „countervailing claims” en is er op het oog sprake van een botsing tussen grondrechten, maar na enig onderzoek constateert de rechter dat één van beide rechten niet van toepassing is. Er is geen botsing. Men heeft met een pseudo-conflict te maken. In dat geval is de vraag naar een eventuele rangorde onder de betreffende rechten ook niet langer opportuun.

Men kan zich in de strekking van zijn rechten vergissen en daaraan een ruimere bescherming denken te kunnen ontnemen dan in feite mogelijk of gerechtvaardigd is. Zo is men, in verband met hetgeen wij hierboven stelden, wellicht geheel vrij in de selectie van een oppas die thuis regelmatig op de kinderen moet komen letten, ook al zou die selectie mede of zelfs uitsluitend op raciale gronden worden gemaakt, daaruit volgt nog niet dat wanneer men via de krant in de betreffende annonce zijn raciale voorkeuren etaleert, een dergelijke publikatie nog steeds uit dezelfde privacy-overwegingen beschermd zou moeten worden. En het is al evenzeer de vraag of een dergelijke publikatie door de meningsvrijheid wordt gedekt. Wie in Nederland bijvoorbeeld een blad uitgeeft waarin de programma's van piratenzenders en met name de openbaarmaking van bioscoopfilms door deze zenders worden gepubliceerd, kan zich in ieder geval niet op meningsvrijheid beroepen. De uitgever van zo'n blad krijgt eenvoudigweg te horen dat die vrijheid in een dergelijk geval „niet in het geding” is⁴⁸⁾. En hetzelfde geldt voor degene die sportbladen gratis en op grote schaal uitdeelt met geen ander doel dan aldus de concurrent financieel op de knieën te dwingen⁴⁹⁾.

Is het dus niet altijd mogelijk om de bescherming van een bepaald grondrecht in te roepen, althans niet in de ruime betekenis die daaraan werd toegekend, soms wordt een aanspraak, hoewel niet op een verkeerde lezing van het betreffende recht gefundeerd, als het ware door de feiten onmaskerd en ligt bescherming van dat recht dan niet voor de hand. Wanneer bijvoorbeeld volgens het toelatingsbeleid van een kleuterschool enkel leerlingen worden toegelaten wier ouders „katholiek zijn dan wel principieel kiezen voor het bijzonder onderwijs”, kan men als ouder van een kleuter, die op grond van dit criterium werd geweigerd, natuurlijk wel beweren dat een en ander een aantasting van het recht op onderwijs inhoudt. Maar als vervolgens in rechte komt vast te staan dat „eiser – ook feitelijk – in de gelegenheid is zijn dochter op een andere – gelijkwaardige

– kleuterschool onderwijs te laten volgen, terwijl uit zijn eigen stellingen voortvloeit dat hij niet op grond van zijn (levens)overtuiging voor de Maria Gorettischool heeft gekozen'', dan gaat de keizer wel erg schaars gekleed⁵⁰).

Samenvattend kan men stellen dat de rechter niet altijd aan een afweging tussen conflicterende rechten toekomt. Soms stuit hij op schijnbare tegenstellingen tussen grondrechten. Als explosievensdeskundige is het aan hem om deze tegenstellingen van de echte te onderscheiden.

4.3. Echte tegenstellingen

Tot de derde en laatste categorie behoren de gevallen waarin een uitspraak over de onderlinge verhouding tussen botsende rechten onvermijdelijk lijkt. Wanneer de rechter zich tot de beoordeling van een particuliere verhouding bevoegd acht en eveneens heeft geconstateerd dat elk van de daarin conflicterende rechten ook werkelijk kan worden ingeroepen, dan resteert nog altijd een lastige vraag: (hoe) kunnen de betreffende rechten op elkaar worden afgestemd? Eén ding is zeker: de rechter is allereerst conflictoplosser (vgl. art. 112 Gr.) en geen waardenallocator. Zijn taak brengt dan ook met zich dat hij geen abstracte waardering kan uitspreken over de verhouding tussen botsende rechten, waarbij hij aan het ene of het andere recht voorrang zou verlenen omdat dit bijvoorbeeld belangrijker of fundamenteeler is. Constitutioneel gezien, is zijn manoeuvreerruimte dus beperkt, terwijl de motiveringsplicht (vgl. art. 121 Gr.) hem dwingt om binnen de grenzen van zijn functie te opereren. Alleen al om die reden is het niet erg waarschijnlijk dat een rechter ooit een antwoord zou kunnen geven op vragen als: mogen besturen van confessionele scholen homofiele leerkrachten weren? Denkbaar is natuurlijk wel – zeker wanneer wetgeving ontbreekt – dat een rechterlijke instantie vroeg of laat voor een dergelijke casuspositie komt te staan, maar dat is dan nog altijd één bepaald geval [bijvoorbeeld een school die niet eerder homofiele leerkrachten weigerde; de vraag rijst dan of **deze** school daartoe in het voorliggende geval rechtmatig kon besluiten].

Een bepaald geval. Dat lijkt ook bij de grondrechtencollisie een gepast sleutelwoord, want het is niet de abstracte, maar de concrete toetsing van het voorliggende geval die rechters doorgaans⁵¹) hanteren om conflicterende rechten en/of belangen op elkaar af te stemmen. Wanneer een rechter bijvoorbeeld moet beslissen of een arbeidsovereenkomst tussen een lid van de Centruumpartij en een particuliere, non-profit instelling ontbonden kan worden verklaard, dan distilleert hij niet vanuit de feiten een abstracte tegenstelling tussen de vrijheid van politieke overtuiging enerzijds en de vrijheid van een rechtspersoon om overeenkomstig haar statuten zekere belangen te behartigen anderzijds. In plaats daarvan licht

hij uit het dossier juist een aantal feitelijke bijzonderheden, waarmee de geschetste tegenstelling zodanig kan worden ingekleurd dat de oplossing als het ware voor het grijpen ligt. Van doorslaggevend belang blijken dan de doelstelling van de betrokken organisatie (bijvoorbeeld behartiging van belangen van allochtonen) en het feit dat de betrokken werknemer niet alleen lid van de Centruumpartij, maar ook van het hoofdbestuur daarvan is en in die kwaliteit via de radio de opvattingen van zijn partij uitdraagt⁵²⁾. En volgens eenzelfde methode wordt bij de vraag, of het ontslag van een onderwijzer aan een katholieke school, die Bhagwangezind is geraakt, al dan niet kennelijk onredelijk is, beslissende betekenis gehecht aan het feit dat de onderwijzer zich uitsluitend in oranje kleding hult, tevens hoofd van de betrokken school is en weigert om van kledij te veranderen voor gelegenheden waar hij de school als hoofd vertegenwoordigt⁵³⁾. Het bepalen van de grens tussen rechtmatige en onrechtmatige publikaties over vermeende misstanden vindt al evenzeer plaats aan de hand van feitelijke bijzonderheden, ook wanneer die publikaties de integriteit, de eer of de goede naam van derden in twijfel trekken. Weliswaar staan hier „twee, ieder voor zich hoogwaardige, maatschappelijke belangen tegenover elkaar”.. maar „Welke van deze belangen in een gegeven geval de doorslag behoort te geven, hangt af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden”..⁵⁴⁾

Op grond van deze voorbeelden die met vele andere zijn aan te vullen, kan men stellen dat de burgerlijke rechter zich onthoudt van een abstrakt en algemeen geldend oordeel over de verhouding tussen botsende (grond)-rechten. In plaats daarvan streeft hij naar een op het voorliggende geval toegesneden oplossing, die hem bovendien de ruimte laat om in een ander geval en onder andere omstandigheden een daaraan aangepaste inhoud te geven. In zekere zin komt de rechter dus ook bij de „echte tegenstellingen” niet toe aan een waardeoordeel over de onderlinge verhouding tussen botsende rechten. Het zijn immers de bijzondere omstandigheden van het voorliggende geval die het uiteindelijke verbindingsstuk aandraagen tussen de „countervailing claims”.

Toch is hiermee nog niet alles gezegd. Weliswaar verdiept de rechter zich bij een grondrechtencollisie kennelijk in feitelijke casuïstiek om van daaruit tot verfijningen en nuances te komen, maar met deze bezigheid is evengoed een subjectief oordeel gemoeid. Dit oordeel betreft de selectie van relevante omstandigheden. Het is namelijk deze selectie die uiteindelijk bepaalt welk van beide, concurrerende aanspraken zal prevaleren. En in die selectie kan de rechter een min of meer gelukkige hand hebben. Zo kreeg de Hoge Raad onlangs de redelijkheid te beoordelen van het ontslag van een Turkse werknemster die op een islamitische feestdag van het werk was weggebleven en die, ondanks haar verzoek, daarvoor geen snipperdag had mogen opnemen. In zijn conclusie ontwikkelde de advo-

caat-generaal voor dit soort gevallen een vuistregel: de werkgever is gehouden de werknemer verlofdagen (vgl. art. 1638ff BW) te verlenen in verband met voor de werknemer heilige feestdagen, „voor zover het verrichten van arbeid op zulke feestdagen de werknemer ernstig in het belijden van zijn godsdienst zou hinderen, behalve indien de gerechtvaardigde vrees bestaat dat daardoor de gang van zaken in het bedrijf van de werkgever zo ernstig zou worden verstoord dat verlening van het verlof in redelijkheid niet kan worden gevraagd”. De AG was namelijk van mening dat „heilige feestdagen” een veel te vaag begrip was en achtte daarom gedetailleerd feitenonderzoek nodig om uit te maken wat de betekenis van een bepaalde feestdag voor een bepaalde werknemer is. De Hoge Raad bracht op deze constructie een kleine, maar goede nuancering aan: op een voor een werknemer belangrijke godsdienstige feestdag zal diens aanwezigheid op het werk eerst in redelijkheid kunnen worden gevraagd, „indien daardoor en op die dag de gang van zaken in het bedrijf (.) ernstig zal worden geschaad”⁵⁵). Deze laatste oplossing is gelukkig omdat zij de feitenrechter niet (onnodig) doet treden in de beoordeling van de „heiligheid” van een feestdag en ook niet in de eventuele geloofsnood van de betrokken werknemer. Terecht nam de Hoge Raad hier een zekere terughoudendheid in acht.

Heeft men het dus kennelijk in eigen hand of de botsingsjurisprudentie al dan niet een „voertuig van bemoeiing” wordt, ook is het zaak om voor het oplossen van „echte tegenstellingen” *doelgebonden* criteria te ontwikkelen, d.w.z. maatstaven die de toetsende rechter ook werkelijk naar de relevante omstandigheden doen omzien. Dat is bijvoorbeeld niet het geval wanneer men voorstelt om in horizontale verhoudingen vooral die discriminaties als onrechtmatig aan te merken die denigrerend zijn⁵⁶). Over het al dan niet denigrerend karakter van een onderscheid kan men te zeer (en te lang) van mening verschillen, terwijl het bovendien nog maar de vraag is of in het beteugelen van „grievende” discriminaties wel de functie moet worden gezien van het gelijkbehandelingsbeginsel, zoals onder meer neergelegd in artikel 1 Gr. En als voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een publikatie in de pers, die voor derden schadelijk lijkt, de omstandigheid van belang is dat men ook niet had kunnen publiceren, dan rijst de vraag of dit criterium wel zo gelukkig is en of daarmee niet juist aan de persvrijheid tekort wordt gedaan⁵⁷).

Op grond van het bovenstaande meen ik te kunnen stellen dat de rechter afwegingsproblematiek die het gevolg is van daadwerkelijk conflicterende rechten, op een typisch rechterlijke wijze benadert: het hangt allemaal af van „de in onderling verband te beschouwen omstandigheden”. Aldus tracht hij tussen botsende rechten een verbindingsstuk aan te leggen dat geheel vanuit feitelijke casuïstiek wordt gekneed. Zijn meest creatieve arbeid is daarbij evenwel het ontwikkelen van criteria die hem relevante

omstandigheden doen selecteren. Bij het ontwikkelen en toepassen van deze criteria zal de rechter inspiratie kunnen putten uit de over en weer ingeroepen rechten. Daarbij is hij in zoverre op vertrouwd terrein dat het selecteren en beoordelen van relevante feiten een gebruikelijke bezigheid en bovendien een typisch rechterlijke vaardigheid is. Rechters zijn immers, in de woorden van Justice Frankfurter, „experts in relevancy”⁵⁸).

5. Samenvatting en conclusies

De opmars van grondrechten naar het particuliere rechtsverkeer is niet meer te stuiten. Daarvoor is hun optrekkende beweging door te veel en te zeer uiteenlopende factoren in de hand gewerkt. Horizontale werking van grondrechten is daarmee een onvermijdelijk verschijnsel geworden en dient, met andere woorden, als geldend recht te worden beschouwd. Dit betekent dat deze werking niet en zeker niet categorisch kan worden uitgesloten. Maar dit betekent ook niet dat de grondrechten nu onverkort in alle particuliere verhoudingen gelden. Er zijn tenslotte rechtsvrije ruimten en betrekkingen waar ook het recht op een stopbord stuit. Dat bord beschermt met name verhoudingen die de persoonlijke levenssfeer en de intimiteit van daadwerkelijk besloten verbanden raken. Ook in horizontale verhoudingen geldt kennelijk een „staatsvrije sfeer”. Toen J. A. Levy bijna negentig jaar geleden de stelling verdedigde dat de rechtspositie van contracterende partijen „een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang” vormde, beoogde hij de grondrechten contractuele verhoudingen binnen te loodsen. Met gebruikmaking van dezelfde woorden kan men thans het omgekeerde bedoelen: een constitutioneel vraagstuk vormt evenzeer de selectie van (contractuele) verhoudingen waar zelfs voor de grondrechten een „hands off” geldt.

Wij stelden vast dat de theorievorming over botsende, schurende en concurrerende grondrechten nog in haar kinderschoenen staat. Bij nader inzien kan zij daarin vermoedelijk ook blijven staan. De afwegingsproblematiek die met horizontale werking gepaard gaat, blijkt namelijk, althans vanuit het perspectief van de rechter gezien, niet veel meer dan een door de geleerden buiten proporties opgeblazen schijnprobleem. De vraag naar een rangorde onder de grondrechten is in ieder geval voor de rechter een academische kwestie, wanneer daaronder tenminste een abstracte rangorde wordt verstaan die los van plaats, tijd en omstandigheden gelding zou hebben. De rechter beschikt evenmin over een spoorboekje waarin de rij- en vertrektijden van grondrechten op voorhand en overzichtelijk zijn geregistreerd. Zal hij de onderlinge verhouding tussen botsende rechten dus altijd van geval tot geval moeten vaststellen, soms komt hij aan een beoordeling van die verhouding niet toe, hetzij omdat de grondwet hem zulks verbiedt („hands off”), hetzij omdat hij tot de conclusie komt dat er zich geen onderlinge strijd voordoet („pseudo-conflicten”). En als hij

dan tenslotte aan een afweging tussen conflicterende rechten toekomt. dan is het zijn taak niet om over de verhouding tussen die rechten een algemeen waardeoordeel uit te spreken. In dat geval lost hij het afwegingsprobleem evenwel op een typisch rechterlijke wijze op: vanuit de feitelijke casuïstiek en aan de hand van „de in onderling verband te beschouwen omstandigheden”.

Uit het voorgaande volgt ook dat horizontale werking meer is dan een „technisch privaatrechtelijk probleem”. Zeker, de betekenis van grondrechten voor particuliere verhoudingen moet „nader privaatrechtelijk worden ingevuld”, maar het publiekrecht kan daarbij best een handje helpen. Het is mede door grondwetsinterpretatie dat de rechter kan uitmaken of in deze of gene geval terughoudendheid gepast is. Om pseudo-conflicten tussen grondrechten van een echte collisie te kunnen onderscheiden, zal men moeten weten welke betekenis en strekking aan een bepaald grondrecht moet worden toegekend. En ook al stemt de rechter conflicterende aanspraken doorgaans op elkaar af met behulp van de bijzondere omstandigheden van het geval, ook hier kan inzicht in de functie van de betrokken rechten hem baten: voor het selecteren van die omstandigheden zal hij, naar wij zagen, *doelgebonden* criteria moeten ontwikkelen.

Kortom: de relatie tussen het burgerlijk recht en de grondrechten is nog steeds en in meerdere opzichten „een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang”.

Luxemburg, december 1985

Noten

1. W. no. 7518, 14 december 1900, p. 4.
2. W. no. 7514, 10 december 1900, p. 4.
3. W. no. 7522, 24 december 1900, p. 4. J.A. Levy diende nog van replek in W. no. 7526 en zette de gedachtenwisseling daarna voort met de redactie van het Weekblad: zie nrs. 7532 en 7533.
4. Vgl. R. Kranenburg. *Het Nederlandsch Staatsrecht*, 2e deel, 5e dr. 1938, p. 420-423.
5. A.A.H. Struyken. *Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, 2e dr. 1928, p. 167.
6. A.G. Maris. preadvies NJV 1969, IIe deel, p. 62 en 65.
7. Een greep: P.W.C. Akkermans. annotatie bij Luchthaven Zuid-Limburg en Turkse werkneemster. *Ars Aequi*, mei 1985, p. 273 e.v.; E.A. Alkema. *Studies over Europese Grondrechten*. Deventer 1978, p. 253-259, zie ook zijn schakelbepalingen, inaug. rede U.v.A. 1981, en *Advocaat en Mensenrechten*, preadvies Nederlandse Orde van Advocaten 1981; A.F.M. Brenninkmeijer. *Van drukpersvrijheid tot informatievrijheid*, in Jeukens-bundel, *Ars Aequi libri* 1982, met name p. 182-186; F.H. van der Burg. *Grondwetsinterpretatie en horizontale werking van grondrechten*, TvO 1982, pp. 63-66; A.M. Donner. *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, IIe dr. 1983, pp. 217-221, zie ook zijn bijdrage aan *Christen Democratische Verkenningen*, oktober 1985, pp. 491-495; W.C.L. van der Grinten. *Discriminatie en burgerlijk recht*, afscheidscollege, Zwolle 1984; F. de Graaf, M.J.O.M. de Haas. *Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk*, NJB 1984, p. 1353-1357; *Grondrechten zonder basis*, een uitgave van de Groen van Prinsterer Stichting, Amersfoort 1985; A.W. Heringa en T. Zwart. *Grondwet 1983*, Zwolle 1983, pp. 20-22; zie ook hun *Grondrechtenkroniek* in NJB 1985, p. 636-647; J. van der Hoeven. *Botsing van grondrechten*, Mededelingen der K.N.A.W., Afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks, dl. 46, no. 7, Amsterdam 1983; A.K. Koekoek. *De onderlinge verhouding van grondrechten*, preadvies Calvinistische Juristen Vereniging, mei 1985 (zie voor een enigszins aangepaste versie ook W.P.N.R. 1985, nrs. 5742, 5743 en 5744); C.A.J.M. Kortmann. *De Grondwetsherziening 1983*, Deventer 1983, pp. 43-49, *Horizontale werking van grondrechten?*, *De Nederlandse Gemeente*, 13/20 april 1984, nr. 15/16, pp. 301-302 en *De Vrijheid van godsdienst en levensovertuiging in de nieuwe Grondwet*, in: *Godsdienstvrijheid*, Deventer 1982, pp. 55-67, met name pp. 58-59.
8. Aldus F.H. van der Burg in zijn annotatie bij HR 30 maart 1984, AB 1984, nr. 366 (Turkse werkneemster), p. 1080.
9. Dit vijftal werd als volgt gepresenteerd:
..De minst vergaande wijze is wellicht de opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in

particuliere verhoudingen te verwezenlijken; dat is het geval met de instructienormen, die men bij een aantal sociale grondrechten aantreft. Iets verder gaat de grondrechtsnorm, die zich niet alleen tot de wetgever richt, maar zich ook aan de rechter presenteert als een belangrijke waarde waarvan de rechter de invloed ondergaat bij de interpretatie van privaatrechtelijke regels of begrippen. Vervolgens kan het grondrecht zelfstandig een rechtsbelang uitdrukken, dat de rechter bij de afweging van belangen in aanmerking moet nemen. Nog weer verder gaat een grondrecht, dat de uitdrukking is van een rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken. Tenslotte kan het grondrecht beogen zich dwingend aan de rechter op te leggen en slechts die afwijkingen toe te staan, welke tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar zijn¹⁰.

(Mvt 13.872, TK 1975-1976, nr. 3, p. 15-16; de uitvinding van deze zogeheten „glijdende schaal” wordt doorgaans aan J. Boesjes toegeschreven (zie zijn artikel in NJB 1973, p. 905 e.v.); in ruwe vorm komt men de belangrijkste elementen ervan ook al tegen bij A.G. Maris, a.w., pp. 23-27.)

10. Mvt 13.872, TK 1975-1976, nr. 3, p. 16.
11. A.M. Donner, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, 11e dr. 1983, p. 220.
12. Zie E.H. Hondius (red.), Het Nieuw BW in 400 trefwoorden, Deventer 1983, p. 149 (de uitzondering betreft art. 6.1.1.1. NBW).
13. Zie zijn annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch, 13 januari 1984, AB 1984, nr. 417, p. 1224 e.v. Anders: J. de Boer, De mensenrechten in het NBW en de civiele rechtsspraak van de Hoge Raad, Staatkundig Jaarboek 1986, p. 139 e.v.
14. Ik parafraseer E.A. Alkema; zie zijn Schakelbepalingen, inaug. rede UvA, Deventer 1981, p. 17.
15. De kwalificatie is van A.M. Donner, a.w. (nt. 11), p. 220.
16. C.R. Niessen, preadvies NJV 1982, I, p. 204.
17. F.H. van der Burg, a.w. (nt. 7), p. 64.
18. J. van der Hoeven, a.w. (nt. 7), p. 187.
19. Aldus W.F. de Gaay Fortmann in zijn bespreking van E.A. Alkema's dissertatie, RMTh 1982/4, p. 394.
20. A.M. Donner, a.w. (nt. 11), p. 220.
21. C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherziening 1983, p. 47 en 62; vgl. ook De Ned. Gemeente 1984, nr. 15/16, p. 302.
22. Zie nt. 7.
23. E. Bos, De grondrechten en de rechtsorde, in: Grondrechten zonder basis, uitgave van de Groen van Prinsterer Stichting no. 48, Amersfoort 1985, p. 44.
24. Vgl. T. Koopmans, Vrijheden in beweging, Deventer 1976, p. 18-19; Vergelijkend Publiekrecht, Deventer 1979, p. 50 e.v.
25. Ouderlijke macht en godsdienst, NJB 1929, p. 241-248.

26. Aldus kinderrechter De Jongh, zie Rb. Amsterdam, 23 mei 1928, NJ 1928, p. 826.
27. Zie Hof Amsterdam, 30 oktober 1980, NJCM-Bulletin 1980, no. 6, p. 374 e.v. (BOA vs Reclame Code Commissie); NJ 1981, nr. 422.
28. I.c. (het ging om de studierichting geologie) deed de V.U. dat ook niet: zie Pres. Rb. Amsterdam, 20 december 1984, KG 1985, nr. 20.
29. In het geval van de woningbouwvereniging Binderen te Helmond (vgl. HR 10 december 1982, NJ 1983, nr. 687 m.nt. EAA) werd de vraag naar horizontale werking in eerste aanleg opgelost m.b.v. de stelling, dat deze vereniging „goederen verschaft, waarmede een algemeen belang is gediend en gemoeid, weshalve (haar) optreden (...) tot op zekere hoogte in effect met overheids-handelen gelijk is te stellen”; zie Pres. Rb. Den Bosch, 20 februari 1981, NJCM-Bulletin 1981, no. 6, p. 96 e.v.
30. X and Y v The Netherlands, arrest van 26 maart 1985, overweging 23.
31. Zie EC, no. 9322/81 (A. Mühren v the Netherlands). N.a.v. de klacht van eiser, een beroepsvoetballer, over de transfer-reglementen van de KNVB, die tot dwangarbeid zouden nopen, overwoog de Commissie: „(...) it could be argued that the responsibility of the Netherlands Government is engaged to the extent that its duty to ensure that the rules, adopted, it is true, by a private association, do not run contrary to the provisions of the Convention, in particular where the Netherlands courts have jurisdiction to examine their application”. De Commissie stelde vervolgens vast dat de transfer-bepalingen *in casu* niet tot dwangarbeid hadden geleid.
32. Nogmaals Pres. Rb. Den Bosch in de zaak Binderen, zie nt. 29.
33. Vgl. nt. 14.
34. Zie Hand. TK. 1976-1977, p. 2127.
35. Zie Besluit Zedelijk Gedrag Drank- en Horecawet, zoals in 1981 gewijzigd, Stb. 1981, nr. 292.
36. Al kan de rechter natuurlijk wel een oordeel (moeten) uitspreken over de vraag of een dergelijke exceptie toelaatbaar is. Zie, voor het Engelse geval, het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 8 november 1983 (zaak 165/82, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1983, blz. 3431).
37. Aldus M.B.W. Biesheuvel, Horizontale werking van grondrechten (II), NJCM-Bulletin 1981, no. 4, p. 222.
38. Aldus C.A.J.M. Kortmann, in de bundel Godsdienstvrijheid (zie nt. 7), p. 59.
39. Aldus A.M. Donner, in Christen Democratische Verkenningen, oktober 1985, p. 495.
40. W.C.L. van der Grinten, Discriminatie en burgerlijk recht, Zwolle 1984, p. 15.
41. The Douglas Opinions, Random House, NY 1977, p. XIII.
42. Zie bijvoorbeeld HR 12 juni 1962, NJ 1962, nr. 484 (Anti-conceptiva-

- verordening Bergen op Zoom).
43. Zie Hof Amsterdam, 13 september 1984, NJ 1984, nr. 409 (Anne Frank Stichting v. Wetenschappelijk Bureau Centrumpartij).
 44. Aldus HR 15 februari 1957, NJ 1957, nr. 201 (Gem. Hasselt); vgl. ook KB 4 december 1984, AB 1985, nr. 163 (wéér Gem. Hasselt).
 45. Arr. Rb. Amsterdam, 21 maart 1985, KG 1985, nr. 104.
 46. De arbeidsovereenkomst werd om andere redenen ontbonden: zie Kantong, 's-Gravenhage, 22 oktober 1984, NJ 1985, nr. 286.
 47. Arrest van 8 november 1983 (vgl. nt. 36), Jurispr. 1983, blz. 3448.
 48. Aldus Arr. Rb. Amsterdam, 25 juni 1981, KG 1981, nr. 89.
 49. Arr. Rb. 's-Gravenhage, 28 september 1984, KG 1984, nr. 305.
 50. Pres. Rb. Alkmaar, 22 januari 1982, NJCM-Bulletin 1982, no. 2, p. 134.
 51. In de rechtspraak die ik tot de „botsingsjurisprudentie“ zou willen rekenen, ben ik slechts één geval tegengekomen, waarin een rechter in abstracto, d.w.z. zonder enige verwijzing naar de bijzondere omstandigheden van het geval, een bepaald grondrecht liet prevaleren: Pres. Rb. 's-Gravenhage, 17 september 1982, RvdW nr. 170 [een sportstichting in Alphen mocht geen zaalruimte weigeren aan een politieke partij, ook niet nadat het „extreem rechtse karakter“ daarvan pas na het sluiten van de huurovereenkomst zou zijn gebleken: een weigering leverde immers een aantasting op van het „grondwettelijke recht tot vereniging en vergadering“].
 52. Kantong, Roermond, 10 april 1984, NJ 1984, nr. 676.
 53. Kantong, Amsterdam, 11 februari 1983, AB 1983, nr. 277 [de vraag of Bhagwan-gezindheid „in theologisch opzicht al dan niet met het katholieke geloof verenigbaar is“, liet de kantonrechter in het midden!].
 54. Aldus HR 24 juni 1983, NJ 1984, nr. 801 (Het „lekkende“ gemeenteraadslid); vgl. ook HR 27 januari 1984, NJ 1984, nr. 802 (Haarlemse Bouwfraude). Voor een overzicht van relevante omstandigheden, zie de annotatie van CJHB bij HR 27 januari 1983, NJ 1984, nr. 803 (Leading Success People).
 55. HR 30 maart 1984, NJ 1985, nr. 350, m.n. EAA; ook gepubliceerd in AB 1984 (zie nt. 8) en NJCM-Bulletin 1984, no. 3, p. 253 e.v.
 56. Aldus W.C.L. van der Grinten, a.w. (nt. 40), p. 3.
 57. Aldus m.i. terecht A.K. Koekoek, preadvies (zie nt. 7), p. 40.
 58. Aldus geciteerd bij T. Koopmans, gelijke en ongelijke gevallen, Staatskundig Jaarboek 1982-1983, p. 157.