

**HANDELINGEN
DER
NEDERLANDSE
JURISTEN-VERENIGING
1969**

NEGENENNEGENTIGSTE JAARGANG

I

EERSTE STUK

**N.V. UITGEVERS-MAATSCHAPPIJ
W. E. J. TJEENK WILLINK, ZWOLLE**

Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?

	blz.
Praeadvies van Mr. A. G. Maris, 's-Gavenhage . .	7-67
inhoudsopgave	7- 8
Praeadvies van Prof. Mr. J. M. Polak	69-94
inhoudsopgave	69

WOORD VOORAF

Men kan over de vraag of, en, zo ja, in welke mate, preadviseurs moeten samenwerken, verschillend denken. Wij hebben in elk geval een zekere taakverdeling afgesproken. Het ontstaan van de aan de orde gestelde problematiek, de daarbij behorende theorieën alsmede het voor en tegen van de zgn. directe en indirecte werking van de grondrechten zijn vooral in het eerste preadvies behandeld. Het tweede gaat er van uit dat dit alles bij de lezer bekend is, het moet daarom ook na het eerste gelezen worden.

Aan de preadviezen is een literatuurlijst toegevoegd die geenszins volledig is en enkel bedoeld is als wegwijzer voor degenen die zich verder in deze materie willen verdiepen. Bij de samenstelling daarvan en bij de overige werkzaamheden hebben wij de – door ons zeer gewaardeerde – medewerking gehad van Mr. H. Duintjer Tebbens en Mr. E. C. Lissers.

januari 1969

A. G. MARIS, 's-Gravenhage
J. M. POLAK, Ede

Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?

Prae-advies van Mr. A. G. Maris, 's-Gravenhage

INHOUD

	blz.
1. Inleiding	9
2. Grondrechten	11
3. Sociale grondrechten	13
4. Publiek- en privaatrecht	15
5. Formuleringsen van het probleem	18
6. Ontstaan van het probleem.	19
7. Publiekrechtelijke werking en geadresseerde organen	22
8. Gevallen van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke werking	22
9. Wijzen van privaatrechtelijke werking	23
10. Probleemstelling in U.S.A.	27
11. Enige argumenten voor directe privaatrechtelijke werking door uitleg	27
12. Behoeftte aan rechtsbescherming	29
13. Situatie waarvoor de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke werking gelden	29
14. Grondrechten als algemene beginselen	30
15. Geen tekst-bezwaar tegen directe privaatrechtelijke werking door uitleg	31
16. Gelijksstelling van de verhouding tussen de burgers onderling met die tussen overheid en burgers	31
17. Privaatrechtelijke werking krachtens publiekrechtelijke delegatie	31
18. Privaatrechtelijke werking als gevolg van de taak van de rechter	32
19. Autonomie in het privaatrecht	35
20. Taak van de rechter	35
21. Directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg en Gw.	36
22. Art. 170 lid 1 Gw.	36

	blz.
23. Art. 167 Gw.	41
24. Art. 172 lid 1 Gw.	41
25. Jurisprudentie	42
26. Directe privaatrechtelijke werking door uitleg en EV.	43
27. Indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg .	45
28. Reflexwerking	47
29. Grondrechten voor welke indirecte privaatrechte- lijke werking van grondrechten geldt.	49
30. Enige argumenten voor indirecte privaatrechte- lijke werking door uitleg	49
31. Indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg en geldend recht.	49
32. Behoeft, situatie en beginselen	50
33. Indirecte privaatrechtelijke werking als verkapte directe privaatrechtelijke werking of geen privaatrechte- lijke werking	51
34. Willekeur en rechtsonzekerheid	52
35. Inconsequentie	52
36. Conclusie omtrent geldend recht	53
37. Ius constituendum	53
38. Onwenselijkheid van directe privaatrechtelijke werking door uitleg	53
39. Autonomie in het privaatrecht	53
40. Taak van de rechter.	55
41. Wettelijke mogelijkheden voor directe privaatrechte- lijke werking door uitleg	57
42. Algemene bepaling	57
43. Wijziging van Gw.	58
44. Grondrechten van het privaatrecht	58
45. Concrete regeling	59
46. Ius constituendum en indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg	60
47. Voorbeelden van ingrijpen van de rechter	60
48. Recht van wederwoord	61
49. Recht op privacy	62
50. Onbekendheid	63
51. Geen wettelijke regeling	66

Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?

Praeadvies van Mr. A. G. Maris, 's-Gravenhage

1. Inleiding

Deze vraag betreft het *ius constituendum*, het tot stand te brengen recht. Zijn een of meer wettelijke regels – in de ruime zin van regels in de Grondwet, de algemene wetboeken of bijzondere wetten – betreffende de civielrechtelijke of privaatrechtelijke werking van grondrechten geboden?

In het algemeen wordt de vraag naar de privaatrechtelijke werking van grondrechten gesteld als een vraag omtrent het geldende recht. Behoren de bepalingen van de Grondwet, hierna ook aangeduid als Gw, en de verdragen, waarin grondrechten zijn neergelegd, zo uitgelegd te worden, dat zij privaatrechtelijke werking hebben? Om deze reden en omdat de beantwoording van de aan prae-adviseurs gestelde vraag een onderzoek naar het geldende recht noodzakelijk maakt, zal de privaatrechtelijke werking van grondrechten eerst in het kader van het geldende recht worden gezien.

Wat wordt bedoeld met privaatrechtelijke werking van grondrechten? Tegenwoordig neemt men in het algemeen aan, dat de grondrechten oorspronkelijk rechten waren ter bescherming van de burger tegenover de overheid. Oorspronkelijk wil hier zeggen: in de periode, tijdens welke in Amerika, Frankrijk en andere landen van West-Europa de grondrechten voor het eerst in verklaringen en grondwetten zijn neergelegd, d.w.z. het einde van de achttiende eeuw en de eerste helft van de negentiende eeuw¹.

Deze opvatting zal hier niet rechtshistorisch getoetst worden; zij zal als uitgangspunt dienen. Tot goed begrip zij opgemerkt, dat men in het verleden niet blind was voor gevaren,

¹ Zie voor Nederland o.a. Struycken, Verz. Werk V, blz. 166 e.v., van der Pot-Donner, Handboek Ned. Staatsrecht 8e druk, blz. 436, Tammes, Med. Ned. Ver. Int. Recht no. 43, blz. 1 en 30, Boukema, Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland, blz. 16, Meuwissen, Oost-West 1968, blz. 386 en Proeve van een nieuwe grondwet, blz. 56 jo. 30.

die de burger van andere zijden dan die van de overheid bedreigden. Het accent bij de grondrechten, als positiveringen van de beginselen van vrijheid en gelijkheid in verklaringen en grondwetten, lag echter op de bescherming van de burger tegen de overheid. Zelfs Leisner, die in *Grundrechte und Privatrecht* tracht aan te tonen, dat grondrechten in de geldende grondwet van de Duitse Bondsrepubliek in het algemeen privaatrechtelijke werking hebben, moet dit toegeven². Gaat men van deze historische opvatting als geldend recht uit, dan hebben de grondrechten uit dien hoofde publiekrechtelijke werking: zij geven bescherming tegen de overheid. De vraag is nu of de grondrechten naar geldend recht ook privaatrechtelijke werking hebben. Dat betekent: of de burgers en organisaties van burgers zich ook in hun verhoudingen tot elkaar, welke verhoudingen door het privaatrecht beheerst worden, op de grondrechten kunnen beroepen. Thans volgen, bij wijze van voorbeelden, enkele rechtsvragen betreffende privaatrechtelijke werking van grondrechten. Is het beroep van een gehuwde vrouw op de godsdienstvrijheid, vgl. art. 174 Gw en art. 9 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, hierna ook aangeduid als EV, een succesvol verweer tegen haar echtgenoot, die op grond van buitensporigheden, vgl. art. 288 BW, scheiding van tafel en bed vordert, omdat zijn huwelijkspartner tot de Islam is overgegaan, terwijl de echtelieden als belijdende christenen in het huwelijk getreden waren?

Kan de erfgenaam, die als zodanig in het testament van de erflater is aangewezen onder de voorwaarde, dat hij gedurende vijf jaren geen lid van een bepaalde politieke partij zal zijn, de nietigheid van deze voorwaarde inroepen, vgl. art. 935 BW, met een beroep op de vrijheid van vereniging, vgl. art. 9 Gw en art. 11 EV?

Indien een eigenaar-verhuurder van een woonhuis verwijdering door de huurder vordert van een door deze daarop aangebracht verkiezingspamflet, vgl. art. 1596 BW, zal de huur-

² Zie blz. 11 e.v. en 333. Zie voor Duitsland voorts o.a. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, blz. 16, Vogt, *Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes*, blz. 38 e.v. Voor U.S.A. Hartman, *Constitutionally Guaranteed Civil Rights as a Limitation on Private Action*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* Band 26 1966, blz. 632 en 638 e.v.

der zich dan met succes kunnen verweren met een beroep op de vrijheid van meningsuiting, vgl. art. 7 Gw en art. 10 EV?

Slaagt een werknemster in haar beroep op nietigheid van een beding in een arbeidsovereenkomst, inhoudende dat zij gedurende vijf jaren niet mag huwen op straffe van ontslag op staande voet, vgl. artt. 1371 en 1373 BW, zulks op grond van het recht van elke vrouw te huwen, vgl. art. 12 EV?

Behoort de vordering uit onrechtmatige daad, vgl. art. 1401 BW, als inbreuk op het recht op eerbiediging van het privéleven, vgl. art. 8 EV, te worden toegewezen, ingeval iemand op de muur van de slaapkamer van zijn bureu een af luisterapparaat plaatst, dat hem in staat stelt de slaapkamergeheimen van zijn bureu te vernemen?

Aldus enige voorbeelden van rechtsvragen betreffende privaatrechtelijke werking van grondrechten naar geldend recht³.

2. Grondrechten

Onder grondrechten worden hier verstaan – en de bedoeling is daarmee aan te sluiten bij de geldende opvattingen – gepositieerde fundamentele regels van verschillende aard, waarin de rechtspositie van de burger tegenover de overheid neergelegd is. In dit prae-advies wordt van grondrechten gesproken, niet van rechten van de mens of fundamentele vrijheden. Of tussen grondrechten, rechten van de mens en fundamentele vrijheden onderscheid gemaakt moet worden, is een vraag die hier buiten beschouwing blijft.

Het fundamentele karakter van de grondrechten brengt mee, dat zij de wetgever en het bestuur binden en misschien ook dat de grondwetgever de kern ervan niet mag wijzigen dan nadat en voorzover de algemene rechtsovertuiging te dier zake verandering heeft ondergaan. De gebondenheid van de wetgever betekent niet, dat het in het grondrecht neergelegde belang steeds voorrang behoort te hebben. Dat hangt af van de waardering, die het in het grondrecht neergelegde belang in dat grondrecht heeft gevonden. De grondrechten zijn regels, die concretisering behoeven. In het kader van deze concretisering behoort het in het grondrecht neerge-

³ Zie voor enige Duitse voorbeelden Vogt blz. 7 noot 9.

legde belang afgewogen te worden tegenover andere belangen, die een rol spelen in de situatie, waarvoor een concretisering nodig is. Gebonden is de wetgever aan de waardering, die het betreffende belang in het grondrecht heeft gevonden. Men kan onderscheiden tussen geschreven en ongeschreven grondrechten. De geschreven grondrechten vindt men in Gw en in verdragen, zoals EV.

Ongeschreven grondrechten zijn grondrechten, die niet in Gw of een verdrag zijn neergelegd, doch die naar geldende algemene rechtsovertuiging dezelfde fundamentele betekenis en dezelfde rechtskracht tegenover de wetgever, het bestuur en de grondwetgever bezitten als geschreven grondrechten. Deze algemene rechtsovertuiging zal in het algemeen tot uitdrukking komen in wettelijke bepalingen. Het ongeschreven zijn van een grondrecht betekent derhalve niet, dat er geen geschreven recht – als onderdeel van het positieve recht van een bepaald land – bestaat, maar slechts dat het betreffende grondrecht geen omschrijving en vastlegging in Gw of een verdrag gevonden heeft. Voorbeelden zijn de contractsvrijheid, hoezeer deze ook aan beperkingen onderhevig is⁴, en de testeervrijheid. Er zijn talrijke bepalingen in het Burgerlijk Wetboek waaruit deze grondrechten zijn af te leiden, doch als zodanig hebben zij geen omschrijving en vastlegging in Gw of verdragen gevonden.

Er zijn ook grondrechten, die slechts gedeeltelijk geschreven geacht kunnen worden, omdat het betreffende grondrecht zich verder uitstrekt dan de omschrijving in Gw, bijv. het ontsnappingsrecht op grond van gewetensbezwaren, vgl. art. 196 Gw⁵.

Ofschoon de ongeschreven grondrechten niet van belang ontbloot zijn, zijn de geschreven grondrechten toch de belangrijkste voor de aan de orde zijnde vraag.

De geschreven grondrechten zijn te vinden in Gw en in een aantal verdragen. Wat Gw betreft, vallen in het bijzonder te noemen art. 4: gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen, art. 5: iedere Nederlander is tot elke landsbediening benoembaar, art. 7: geen drukpersensuur, art. 8: petitieright, art. 9: recht van vereniging en vergadering, artt. 165 en 166: waarborgen bij onteigening, vernieti-

⁴ Zie Kamphuisen, Verz. Werk, blz. 118 en Asser-Rutten, Verb. recht derde deel II, 3e druk blz. 29, 32 en 36.

⁵ Zie de Goede, De staatsvrije sfeer, blz. 6 e.v.

ging en onbruikbaar maken, artt. 167 en 170; recht op de wettelijke rechter, art. 171; geen hechtenis dan op bevel van de rechter, art. 172; onschendbaarheid van de woning, art. 173; briefgeheim, art. 181; vrijheid van godsdienst en art. 183; gelijkheid voor de belijdenis van alle godsdiensten.

Er bestaat verschil van mening over de vraag of zekere bepalingen in de Grondwet tot de grondrechten te rekenen zijn, bijv. die betreffende het kiesrecht. Voor de vragen, waarom het hier gaat, is dat niet van principieel belang.

Voor de verdragen zij in de eerste plaats verwezen naar EV en de daarop gevolgde protocollen. Voorts naar de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, de International Covenants on Human Rights en de overige UNO-verdragen⁶. Bovendien worden genoemd het Europees Sociaal Handvest⁷, de verdragen van de International Labour Organisation en het EEG-verdrag. In het hierna volgende zullen de grondrechten uit Gw en EV in hoofdzaak als voorbeelden gehanteerd worden. De overige verdragen zullen slechts bij uitzondering en terloops ter sprake komen. De hiervóór gegeven opsomming beoogt dan ook geen volledigheid.

3. *Sociale grondrechten*

Hiervóór is niet onderscheiden tussen klassieke en sociale grondrechten. Thans zal worden ingegaan op hun verhouding. In brede kring bestaat de opvatting, dat deze groepen principieel verschillen, in zoverre als de klassieke grondrechten de burger recht geven op een niet doen van de overheid, terwijl de sociale grondrechten de burger tot een prestatie van de zijde van de overheid gerechtigd doen zijn⁸. Buiten het bedoelde onderscheid valt het gelijkheidsbeginsel, dat veelal tot de klassieke grondrechten wordt gerekend. Het gelijkheidsbeginsel speelt een rol bij de grondrechten van beide groepen.

Een principiële tegenstelling tussen klassieke grondrechten en sociale grondrechten wordt hier niet aanvaard. Aanvankelijk zijn de grondrechten stellig in hoofdzaak negatief opgevat.

⁶ Zie The United Nations and Human Rights, New York 1968, en van Boven, Rechten van de mens in perspectief, blz. 1 e.v.

⁷ Zie Hekkelman, Rechten van de mens in perspectief, blz. 27 e.v.

⁸ Aldus ook Proeve blz. 137.

Tegenwoordig aanvaardt men echter, dat de zg. negatieve, klassieke grondrechten in zoverre ook positief zijn als de burger op grond daarvan er aanspraak op heeft, dat de overheid de vooronderstellingen van de negatieve vrijheden rechtens beschermt en mogelijk maakt ⁹. De vrijheid van meningsuiting verbiedt de overheid niet alleen censuur uit te oefenen, doch brengt ook mee, dat de overheid maatregelen neemt bijv. met betrekking tot persconcentraties, indien daardoor de vrijheid van meningsuiting illusoir zou worden ¹⁰. In art. 208 Gw vindt men naast elkaar de vrijheid van onderwijs, als de vrijheid om onderwijs te geven en de daarin begrepen of vooronderstelde vrijheid van onderwijskeuze, en het recht op onderwijs. De vrijheid van onderwijs is negatief, het recht op onderwijs is positief.

Historisch gezien, vormen de positieve onderdelen van de klassieke grondrechten veelal de later bewust geworden en geformuleerde aanvullingen op de negatieve vrijheden. In vroeger jaren zou men de produkten van deze positieve onderdelen van de klassieke grondrechten misschien uitsluitend produkten van de algemene taak van de wetgever genoemd hebben.

De sociale grondrechten komen voort uit dezelfde bron als de positieve taak van de overheid naast de negatieve onderhoudingsplicht uit hoofde van de klassieke grondrechten – op een algemener vlak. Zij bevatten de eis jegens de overheid, dat deze algemene vooronderstellingen van de negatieve grondrechten als geheel rechtens mogelijk maakt of verwezenlijkt. Wat heeft de burger aan godsdienstvrijheid, vrijheid van meningsuiting, recht op eigendom enz., wanneer hij niet te eten en te drinken heeft, wanneer hij geen tijd heeft om zijn godsdienst te belijden, wanneer hij geen gelegenheid heeft een mening te vormen en wanneer hij geen middelen heeft om goederen in eigendom te verwerven? Op de grondslag van dergelijke vragen is men tot sociale grondrechten gekomen als recht op arbeid, recht op een rechtvaardig loon, recht op onderwijs en opvoeding, recht op gezondheidszorg, recht op deelneming aan het culturele leven, recht op sociale zekerheid, recht op rust en vrije tijd.

Het is naar mijn mening onjuist een principieel verschil te

⁹ Zie Boukema, Enkele aspecten, blz. 9 e.v. en Meuwissen, Oost-West 1968, blz. 385.

¹⁰ Zie Boukema blz. 141.

maken tussen de klassieke grondrechten en de sociale grondrechten. Waar is, dat sommige grondrechten een negatieve en een positieve kant hebben, waarbij de negatieve kant aanvankelijk de meeste belangstelling gehad heeft, terwijl andere grondrechten in hoofdzaak doch niet uitsluitend een positieve kant hebben ¹¹.

Klassieke grondrechten en sociale grondrechten vormen één groep. Zij zijn de positiveringen van de aanspraak van de burger jegens de overheid op de gelegenheid – d.w.z. op de vrijheid en, zo nodig, de hulp – om de mogelijkheden, die de burger in aanleg bezit, tot werkelijkheid te brengen. Het – historische – onderscheid tussen klassieke grondrechten en sociale grondrechten is een gevolg van een gewijzigd inzicht in de krachten van de mens om zijn eigen mogelijkheden te verwezenlijken. Aanvankelijk lag de nadruk op de opvatting, dat de mens daartoe in staat zou zijn, mits hij daarbij slechts niet door de overheid gehinderd wordt. Later heeft het inzicht baangebroken, dat zulks een zelfoverschatting van de mens was en dat hulp en bescherming van overheidswege in sommige gevallen onontbeerlijk zijn, opdat de mens zijn mogelijkheden tot werkelijkheid kan brengen.

4. Publiek- en privaatrecht

Stelt men tegenover elkaar de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke werking van grondrechten, dan rijst onmiddellijk de vraag naar het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

Te dien aanzien wordt hier aansluiting gezocht bij de opvattingen neergelegd in de Toelichting op het Ontwerp nieuw BW, eerste gedeelte, (Boek 1-4) blz. 12. Het privaatrecht dient particuliere belangen, het publiekrecht dient het algemeen belang. De handhaving van het privaatrecht ligt in handen van de belanghebbenden zelf. Zij hebben daartoe voor het privaatrecht typerende rechtsmiddelen: acties tot nakoming, schadevergoeding, ontbinding, vernietiging enz. De handhaving van het publiekrecht geschiedt vanwege overheidsorganen, die tegen overtreding met strafvervolgning of politiedwang optreden.

Het aldus gemaakte onderscheid is goed om de gedachten te

¹¹ Zie Cluysenaer, SMA 1968, blz. 150 e.v.

bepalen, doch in de praktijk geeft het dikwijls geen houvast. Dat is een gevolg van het feit, dat de grenzen tussen publiek- en privaatrecht vervaagd zijn. Enige oorzaken daarvan zijn de volgende. Volgens de vroegere, liberale opvattingen onthield de overheid zich in beginsel van ingrijpen in de wijze waarop de burgers hun belangen onderling regelden en behartigden. Het terrein voor regeling door de overheid en het terrein voor regeling door de burgers waren aldus in beginsel afgebakend, en daarmee ook de begripsbepaling van publiek- en privaatrecht.

Tegenwoordig is er van principiële onthouding geen sprake meer, al bestaat wel in brede kring het besef, dat het overheidsingrijpen uiteindelijk gericht moet zijn op de menselijke persoonlijkheid, en daarin zijn grens moet vinden. Het toenemende overheidsingrijpen heeft ertoe geleid, dat de overheid zich bedient van of vermoemt in privaatrechtelijke rechtsvormen.

Een tweede oorzaak van het vervagen van de grenzen tussen publiek- en privaatrecht is het ontstaan van organisaties op privaatrechtelijke grondslag met grote feitelijke macht. De vroegere liberale opvattingen hadden tot uitgangspunt enerzijds de overheid en anderzijds de burgers. Organisaties van burgers op privaatrechtelijke grondslag met grote feitelijke macht vinden in beginsel geen plaats in de liberale gedachtenwereld. De afschaffing van de gilden en het coalitieverbod illustreren dat. Toch zijn deze organisaties op de grondslag van de liberale gedachtenwereld ontstaan nl. op basis van de contractsvrijheid, de vrijheid van vereniging en de vrijheid van beroep en bedrijf.

Deze organisaties van burgers op privaatrechtelijke grondslag met grote feitelijke macht, zoals politieke partijen, ondernemingen tot exploitatie van persorganen, omroeporganisaties, organisaties van werkgevers en werknemers en ondernemingen in het bedrijfsleven, betekenen een derde macht naast de overheid en de burgers. Deze organisaties, die oorspronkelijk van zuiver privaatrechtelijke aard waren, hebben langzamerhand een plaats in de behartiging van het algemeen belang verkregen. Deze ontwikkeling is veelal gepaard gegaan met het ontstaan van publiekrechtelijke banden van deze organisaties met de overheid. De politieke partijen ontwikkelen zich tot een onderdeel van de democratie als de organisatie van het recht van de burgers op bepaling van het

overheidsbeleid. De omroeporganisaties hebben reeds in vergaande mate publiekrechtelijke betrekkingen met de overheid. Ook de organisaties van werkgevers en werknemers nemen deel aan deze ontwikkeling, terwijl algemeen aanvaard wordt, dat de ondernemingen in het bedrijfsleven mede een functie in het algemeen belang vervullen.

Een derde oorzaak van het vervagen van de grenzen van het publiek- en privaatrecht is het steeds toenemende besef, dat elke burger binnen zekere grenzen een functie vervult in het algemeen belang.

Deze ontwikkeling komt erop neer, dat er naast overheid en burgers een derde macht is ontstaan: de door de burgers gevormde organisaties, die echter een eigen leven leiden. Deze drie machten, waarvan overheid en door de burgers gevormde organisaties „druk” uitoefenen op de burgers, moeten hun onderlinge verhouding vinden. Bovendien betekent deze ontwikkeling aan de ene kant, dat de burgers en de door hen gevormde organisaties bij hun belangenbehartiging in sterkere mate met het algemene belang rekening moeten houden, en aan de andere kant dat de overheid en de door de burgers gevormde organisaties in sterkere mate de menselijke persoonlijkheid van de burgers als richtsnoer en grens voor hun handelen dienen te aanvaarden. Wanneer hier telkens gesproken wordt van: in sterkere mate, wordt daarbij een tegenstelling gemaakt tegenover de vroegere liberale opvattingen, die de grondslag gevormd hebben van ons staats- en rechtsbestel en van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.

Misschien is het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht wel door de hiervóór – slechts in enkele algemene hoofdlijnen – geschetste ontwikkeling achterhaald. Toch is het, dunkt mij, nog bruikbaar en wordt het ook vrij algemeen gebruikt, omdat de grondslagen van ons rechts- en staatsbestel nog steeds op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht berusten. Wel zal men steeds – ook bij de privaatrechtelijke werking van grondrechten – de hiervóór genoemde feitelijke ontwikkeling als aanvullende en corrigerende factor op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht moeten laten inwerken.

5. Formuleringen van het probleem

Hiervóór is gesproken van de privaatrechtelijke werking van grondrechten. Enige andere formuleringen van hetzelfde probleem zijn de volgende ¹².

In Duitsland spreekt men veelal van „Drittwirkung”, hetgeen in het Nederlands vertaald is als derdenwerking. Daarbij wordt bedoeld op werking tegenover derden d.w.z. personen, die niet bij de verhouding, waarvan uitgegaan wordt, betrokken zijn. De verhouding, waarvan uitgegaan wordt, is die tussen de burger en de overheid, in welke verhouding de grondrechten publiekrechtelijke werking hebben. De derden zijn de burgers of door hen gevormde organisaties. „Drittwirkung” is een term, die in Duitsland ook voor andere verhoudingen gebezigd wordt, zie bijv. Bastein, Zur Drittwirkung von Verträgen.

Het onderhavige probleem wordt ook wel geformuleerd als de vraag of de grondrechten de burger bescherming bieden tegen andere machten dan die van de overheid. Daarbij wordt dan in het bijzonder gedacht aan de organisaties van burgers met grote feitelijke macht, die naast de overheid en de burgers ten tonele verschenen zijn ¹³.

De zojuist bedoelde formulering is beperkter dan die van de „Drittwirkung”. Immers, „Drittwirkung” heeft het oog op de werking van de grondrechten in de verhouding van de burgers tegen alle derden – in tegenstelling tot de overheid – onder welke derden naast de organisaties van burgers ook de burgers als individuen vallen. De formulering van het probleem als de vraag of de grondrechten de burger bescherming bieden tegen andere machten dan die van de overheid, is daarom minder juist. Het ontstaan van deze machten is wel een belangrijk novum tegen de achtergrond van de vroegere liberale opvattingen, uitgaande van overheid en individuen, en deze machten zijn ook in niet geringe mate de aanleiding geweest tot het stellen van het probleem van de privaatrechtelijke werking van grondrechten, doch principieel is het probleem ruimer, terwijl de praktische vragen van de privaatrechtelijke werking van grondrechten mede

¹² Zie Linders, Über die Frage der unmittelbaren Bedeutung der Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr, blz. 2 e.v.

¹³ Zie Reichenbaum, Grundrechte und Soziale Gewalten.

betreffen gevallen, waarin de ene burger tegenover de andere burger staat ¹⁴.

De beide, hiervóór besproken formuleringen van het probleem hebben de publiekrechtelijke werking tot uitgangspunt. Werking tegenover derden betekent werking tegenover anderen dan de overheid. De tweede formulering betreft de werking tegenover andere machten dan die van de overheid. Thans worden twee formuleringen genoemd, die het probleem „neutraler” benaderen.

De eerste is die van de horizontale werking d.w.z. in de verhouding van burger tot burger, tegenover de verticale werking als de werking in de verhouding van burger tot overheid. De tweede formulering is de hier gebezigde, nl. die van de privaatrechtelijke werking naast en tegenover de publiekrechtelijke werking. Deze formulering verdient naar mijn mening de voorkeur, omdat zij gebruik maakt van een onderscheid uit de rechtsopvattingen, die aan ons geldende recht ten grondslag liggen, welk geldende recht de basis is voor de onderhavige beschouwingen. Uiteraard mag men daarbij niet blind zijn voor de feitelijke ontwikkelingen, die niet steeds volledig in bedoeld onderscheid te passen zijn. Voorts verdient de hier gebezigde formulering de voorkeur omdat „Drittwirkung” en horizontale werking niet alleen op privaatrechtelijke maar bijv. ook op strafrechtelijke verhoudingen betrekking kunnen hebben ¹⁵.

6. *Ontstaan van het probleem*

Het stellen van het probleem in de zin van het stellen van de algemene vraag of de grondrechten privaatrechtelijke werking hebben en de eerste systematische behandeling daarvan hebben in Duitsland na de tweede wereldoorlog sedert 1949 plaatsgevonden ¹⁶. Kort nadien is de term „Drittwirkung” in dat verband voor het eerst gebezigd.

Reeds veel eerder en in vele landen heeft men zich bezighouden met gevallen, waarin de vraag zich voordeed. In

¹⁴ Zie Lewan, *The Significance of Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany*, *The International and Comparative Law Quarterly* 1968, blz. 578.

¹⁵ Zie Müller, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, blz. 18.

¹⁶ Zie Vogt, blz. 7 noot 8.

de Verenigde Staten van Noord-Amerika is dat veelal gebeurd met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel tegen de achtergrond van het rassenprobleem. Wat Nederland betreft, zij herinnerd aan de discussie of en in hoeverre bij overeenkomst tussen twee burgers afstand gedaan kan worden van een grondrecht¹⁷. Struycken ontkent de privaatrechtelijke werking, Kranenburg aanvaardt deze, daargelaten of deze schrijver het oog heeft op directe dan wel indirecte werking, een onderscheid dat hierna ter sprake komt.

Nadat het probleem in Duitsland in algemene zin gesteld was, is men zich daarmee ook in andere landen van Europa gaan bezighouden. Als voorbeelden worden genoemd Zwitserland, zie Huber, *Die Grundrechte in der Schweiz*, *Die Grundrechte I* 1 blz. 201 e.v., Italië, zie Calamandrei en Barile *Die Grundfreiheiten in Italien*, *Die Grundrechte I* 2 blz. 741 e.v., Oostenrijk, Ermacora, *Die Grundrechte in Österreich*, *Die Grundrechte I* 1 blz. 155 e.v.

Wat Nederland betreft, is men zich het probleem eerst een jaar of tien, mede naar aanleiding van EV, in toenemende mate bewust geworden. Zie voor de eerste publicaties in deze periode in het bijzonder van der Hoeven, *De plaats van de Grondwet in het constitutionele recht*, blz. 172, 196 e.v. en 204, Pompe in zijn noot onder HR 22 maart 1960 NJ 1960 no. 274, Tammes, *Med. Ned. Ver. Int. Recht* no. 43, blz. 29-34, Veegens idem blz. 45, Cluysenaer, *SMA* 1961, blz. 237, Röling in zijn noot onder HR 18 april 1961 NJ 1961 no. 273, van Wijnbergen, *SEW* 1961, blz. 196, van der Hoeven, *Hand. Ver. Wijsb. des Rechts XLVI Eerste gedeelte*, blz. 23 en Tammes, *The obligation to provide local remedies*, *Volkenrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. dr. G. H. J. van der Molen*, blz. 164 e.v.

De vraag rijst waarom het probleem na de tweede wereldoorlog in de bovenbedoelde algemene zin gesteld is. Het antwoord op deze vraag valt naar mijn mening in tweeërlei richting te zoeken.

In de eerste plaats in de richting van een ontwikkeling van de techniek en de maatschappij. Wat de techniek betreft, valt te denken aan de steeds duurder wordende en

¹⁷ Zie Struycken, *Verz. Werk*, blz. 167 e.v. en Kranenburg, *Ned. Staatsrecht*, 8e druk blz. 498 e.v., alsmede het overzicht van de opvattingen van anderen in deze discussie bij van der Horst, *Ambtenaar en grondrechten*, blz. 84-97.

steeds sneller verouderende apparaturen op velerlei gebied, niet alleen op dat van het bedrijfsleven in engere zin, maar ook met betrekking tot de publiciteitsmedia, pers, radio en televisie. Dientengevolge zijn grote investeringen vereist, welke in het algemeen slechts door grote organisaties opgebracht kunnen worden. Daarnaast dient gedacht te worden aan bijvoorbeeld de mini-luister- en kijkapparaturen¹⁸ en de computer die snelle raadpleging van grote informatiereservoirs mogelijk maakt¹⁹.

Deze technische ontwikkeling leidt tot bedreiging van de burger op verschillende wijzen, niet alleen en zelfs niet in de eerste plaats door de overheid, maar door organisaties en andere burgers, die deze technische apparaturen bezigen. Daaruit spruit voort een behoefte aan privaatrechtelijke bescherming van de burger tegen deze organisaties en deze andere burgers.

De bedoelde ontwikkeling van de maatschappij is vooral te zien in het ontstaan en het steeds machtiger worden van organisaties van burgers, zoals de reeds meer genoemde politieke partijen, organisaties tot exploitatie van persorganen, omroeporganisaties, organisaties van werkgevers en werknemers, ondernemingen enz. Deze ontwikkeling van de maatschappij hangt in hoge mate samen met de zojuist genoemde ontwikkeling van de techniek.

Daarnaast dient men het antwoord op de vraag, waarom na de tweede wereldoorlog de privaatrechtelijke werking van grondrechten in algemene zin als probleem gesteld is, te zoeken in de richting enerzijds van de opbloei van de gedachte van de grondrechten in die periode en anderzijds in het in diezelfde tijd groeiende besef van de samenhang en de gemeenschappelijke grondslag van verschillende rechtsgebieden, waaronder publiek- en privaatrecht.

De opbloei van de gedachte van de grondrechten blijkt duidelijk uit de activiteiten in het kader van de Verenigde Naties²⁰, alsmede uit de vele verdragen, die buiten de Verenigde Naties bijv. in het kader van de I.L.O. tot stand gekomen zijn, en niet in de laatste plaats uit het EV en het

¹⁸ Zie van Veen, Hand. NJV 1965 I, blz. 77 e.v.

¹⁹ Zie A Computer Bill of Rights, Computers and Automation September 1968, blz. 11.

²⁰ Zie de reeds eerder genoemde uitgave The United Nations and Human Rights.

Europees Sociaal Handvest²¹. Het steeds sterker wordende besef van de samenhang en de gemeenschappelijke grondslag van de verschillende rechtsgebieden is daarmee nauw verbonden, en blijkt bijv. uit het zoeken van gemeenschappelijke beginselen voor verschillende rechtsgebieden en uit het vergelijken van rechtsfiguren in die verschillende rechtsgebieden.

Aldus enige aanwijzingen voor het antwoord op de vraag waarom het probleem van de privaatrechtelijke werking van grondrechten in algemene zin na de tweede wereldoorlog gesteld is.

7. Publiekrechtelijke werking en geadresseerde organen

De meeste grondrechten richten zich, wat hun publiekrechtelijke werking betreft, tegen wetgever en bestuur, en niet tegen de rechter.

Als grondrechten tegenover de rechter zouden wellicht kunnen gelden het audi et alteram partem en de motiveringseis, zie ook de artt. 6 en 7 EV.

Misschien zou men een privaatrechtelijke werking van deze grondrechten kunnen zien in de verhouding van burgers tegenover arbiters en bindend adviseurs. Hoe dat ook zij, deze grondrechten blijven hier verder buiten beschouwing.

De omstandigheid, dat de meeste grondrechten niet tegen de rechter zijn gericht, betekent niet, dat de rechter daaraan niet gebonden zou zijn. De rechter is gehouden de grondrechten, gelijk alle recht, toe te passen.

8. Gevallen van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke werking

Wat de publiekrechtelijke werking betreft, kan men onderscheiden tussen werking tegenover de grondwetgever, de wetgever en het bestuur.

In hoofdzaak heeft de werking tegenover de wetgever bijzondere regeling gevonden. Deze wordt in vele bepalingen omtrent grondrechten in de grondwet en in verdragen genoemd. De werking tegenover de grondwetgever heeft in

²¹ Zie Proeve blz. 50. De Proeve deelt slechts in beperkte mate in deze opbloei, vgl. de maatschappelijke rechten in art. 69 en, in zekere zin, het toetsingsrecht aan grondrechtsbepalingen in art. 78.

sommige gevallen in het buitenland bijzondere regeling gevonden n.l. waar bepalingen in de grondwet, die grondrechten regelen, niet of slechts met een versterkte meerderheid gewijzigd mogen worden. Ook de werking tegenover het bestuur vindt hier en daar bijzondere regeling, vgl. het in hechtenis nemen „op een bevel van de rechter” volgens art. 171 Gw en het binnentreden van een woning „krachtens een bijzondere of algemene last”, vgl. art. 172 Gw.

Privaatrechtelijke werking van grondrechten, daargelaten thans of deze bestaat of behoort te bestaan, kan zich in beginsel in alle rechtsfiguren van het privaatrecht voordoen. Een eerste voorbeeld is de werking tegenover een burger terzake van een feitelijke gedraging jegens een andere burger, artt. 1401 e.v. BW. Voorts kan genoemd worden de grote groep van gevallen van competentie van burgers tot rechtsvorming, dus de werking van de burger als o.m. contractant en testator tegenover de medecontractant en de erfgenaam, zowel bij het aangaan of verrichten van de betreffende rechtshandeling als bij de tenuitvoerlegging en de beëindiging van de overeenkomst. Daarnaast zijn in allerlei vormen van personenrecht, familierecht, erfrecht, verbintenissenrecht en handelsrecht gevallen van privaatrechtelijke werking van grondrechten denkbaar.

9. *Wijzen van privaatrechtelijke werking*

De grondrechten kunnen in beginsel op de volgende wijzen privaatrechtelijke werking hebben. In de eerste plaats kan zodanige werking plaatsvinden in de vorm van wetgeving, hetzij direct voor het privaatrecht, hetzij indirect langs de weg van het strafrecht.

Wat de eerste figuur betreft, kan men bijvoorbeeld denken aan het recht op leven, dat in art. 2 EV erkend wordt, en in art. 1406 BW privaatrechtelijke werking heeft gevonden²². In dezelfde trant zou in art. 2 lid 2 BW een privaatrechtelijke werking van het in art. 4 lid 1 EV neergelegde verbod van slavernij gezien kunnen worden. Art. 625 BW is een geval van privaatrechtelijke werking van het recht op eigendom, dat in art. 1 van het Protocol I bij EV wordt erkend. Contractsvrijheid en testeervrijheid, ongeschreven grondrech-

²² Zie Enschede, *Rechten van de mens*, blz. 123.

ten, hebben in het Burgerlijk Wetboek privaatrechtelijke werking gevonden.

Indirecte privaatrechtelijke werking door wetgeving is te vinden in de strafwetgeving. De strafwetgeving heeft betekenis voor het privaatrecht, bijv. in art. 1401 BW: een handelen in strijd met des daders rechtsplicht is onrechtmatig, artt. 1371 en 1373 BW: een overeenkomst met een bij de wet verboden oorzaak is nietig, art. 1290 BW: een voorwaarde om iets te doen, dat bij de wet verboden is, is nietig en maakt de betreffende overeenkomst van onwaarde, art. 935 BW: voorwaarden van uiterste wilsbeschikkingen, welke met de wetten strijden, worden voor niet geschreven gehouden.

Privaatrechtelijke werking van grondrechten door wetgeving is als zodanig geen probleem. Algemeen wordt erkend en aanvaard, dat grondrechten – in Gw of verdragen neergelegd – door wetgeving privaatrechtelijke werking kunnen verkrijgen²³.

Hiervóór, zie Sociale grondrechten, is erop gewezen, dat tegenwoordig aanvaard wordt, dat de zgn. negatieve, klassieke grondrechten in zoverre ook positief zijn als de burger er recht op heeft, dat de overheid de veronderstellingen van de negatieve vrijheden rechtens beschermt en mogelijk maakt. Krachtens deze positieve onderdelen van de klassieke grondrechten heeft de burger tegenover de overheid aanspraak op privaatrechtelijke werking van grondrechten door wetgeving, indien er behoefte aan rechtsbescherming bestaat als gevolg van bedreigingen door medeburgers of organisaties van medeburgers.

De privaatrechtelijke werking van grondrechten als probleem betreft twee wijzen van privaatrechtelijke werking door uitleg.

Wanneer hier gesproken wordt van directe privaatrechtelijke werking door uitleg, dan wordt daarmee bedoeld, dat de betreffende bepaling in Gw of verdrag, die in zijn publiekrechtelijke werking de verhouding van burger tot overheid regelt, daarnaast een norm bevat betreffende de verhouding tussen de ene burger en de andere burger.

Met indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg wordt hier gedoeld op het geval, dat de betreffende grondrechts-

²³ Zie Proeve blz. 56, Prins, NJB 1966, blz. 602, Schermers, Rechten van de mens in perspectief, blz. 132 e.v., Leisner blz. 316 e.v. en Vogt blz. 145 e.v.

bepaling weliswaar uitsluitend een norm bevat met betrekking tot de verhouding van burger tot overheid, doch dat onder invloed van deze grondrechtsbepaling een norm voor de verhouding van burger tot burger moet worden aangenomen langs de weg van algemene begrippen als goede zeden vgl. artt. 1290 en 1373 BW, openbare orde vgl. art. 1373 BW, goede trouw en billijkheid vgl. artt. 1374 en 1375 BW, maatschappelijke zorgvuldigheid vgl. art. 1401 BW en van begrippen als buitensporigheden vgl. art. 288 BW, dringende redenen vgl. art. 1639 o BW en wettige redenen vgl. art. 1684 BW. Misschien moet men nog wel verder gaan en in beginsel op de grondslag van indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg geen enkel privaatrechtelijk begrip uitsluiten als toegangspoort voor de grondrechten in het privaatrecht ²⁴.

De vraag van de directe privaatrechtelijke werking door uitleg kan slechts aan de orde komen met betrekking tot bepalingen, die rechtstreekse werking hebben m.a.w. geen uitvoering door de wetgever behoeven. Immers, hebben de betreffende bepalingen geen rechtstreekse werking, dan gelden zij niet in de verhouding van de burgers onderling.

Dat brengt mee, dat de vraag van de directe privaatrechtelijke werking door uitleg in het algemeen niet gesteld kan worden met betrekking tot sociale grondrechten ²⁵.

De vraag of niet rechtstreeks werkende bepalingen, waarin grondrechten zijn neergelegd, indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg kunnen hebben, komt hieronder ter sprake.

Daarnaast kunnen sociale grondrechten uiteraard privaatrechtelijke werking door wetgeving hebben. De privaatrechtelijke werking is hier juist het gevolg van hetgeen waartoe de overheid jegens de burger verplicht is.

De vraag van de directe privaatrechtelijke werking door uitleg doet zich in de praktijk vooral voor met betrekking tot grondrechten, waarvan uit hun formulering niet duidelijk blijkt wie de geadresseerden zijn: de overheid of de overheid en de burgers. Te denken valt bijv. aan sommige bepalingen

²⁴ Zie Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, blz. 19 e.v. en blz. 29 e.v.

²⁵ Zie in dit verband over de grondrechten in het Europees Sociaal Handvest uit de laatste tijd Hekkelman, Rechten van de mens in perspectief, blz. 27 e.v., vooral blz. 31 e.v.

betreffende het gelijkheidsbeginsel en een aantal vrijheidsrechten, zoals vrijheid van godsdienst, vrijheid van vereniging en vergadering en vrijheid van meningsuiting. Het verbod van drukpersensuur in art. 7 Gw is kennelijk tot de overheid gericht²⁶. De vrijheid van meningsuiting, gelijk neergelegd in art. 10 EV, is echter ruimer. Te dien aanzien kan de vraag naar directe privaatrechtelijke werking door uitleg met recht gesteld worden.

Daarnaast zijn er grondrechten, zoals het petitierecht, vgl. art. 8 Gw²⁷. Te dien aanzien zou men misschien de vraag kunnen stellen of art. 8 Gw naast een recht van petitie tegenover de overheid ook een recht van petitie tegenover andere „machten” toekent. Het antwoord doet hier niet terzake, maar de vraag zou men kunnen zien als een vraag van directe privaatrechtelijke werking van art. 8 Gw.

Als complement van het recht van petitie tegenover de overheid zou men de verplichting van de overheid kunnen zien de burger niet te hinderen in de uitoefening van het recht van petitie. Aannemende dat ook deze onthoudingsplicht van de overheid in art. 8 Gw te lezen valt, rijst de vraag of art. 8 Gw deze onthoudingsplicht ook bepaalt voor medeburgers. Ook dat zou men kunnen zien als een vraag van directe privaatrechtelijke werking van grondrechten.

Zou een onthoudingsplicht voor de burgers als zojuist bedoeld niet in art. 8 Gw te lezen zijn, dan is aannemelijk, dat deze op de grondslag van de maatschappelijke zorgvuldigheid van kracht is. In dat geval is te denken aan indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg.

Aldus enige opmerkingen over verschillende wijzen van privaatrechtelijke werking van grondrechten.

Het onderscheid tussen directe en indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg is ontleend aan de Duitse literatuur. De directe werking is verdedigd door Nipperdey o.a. in *Die Grundrechte II* blz. 18 e.v., *Grundrechte und Privatrecht* en *Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* 15 ed., blz. 102 e.v. en *Leisner, Grundrechte und Privatrecht*. De indirecte privaatrechtelijke werking wordt aangehangen door *Dürig, Grundrechte und Zivilrechtssprechung Festschrift für Nawiasky*, blz. 157 e.v., *Maunz-*

²⁶ Zie van der Pot-Donner blz. 436 noot 3 en Boukema, *Enkele aspecten*, blz. 141.

²⁷ Zie daarover van Maarseveen, *AA* 1965-1966, blz. 298 e.v.

Dürig, Grundgesetz ad Art. 1 Abs III, blz. 64 e.v., Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, blz. 78 e.v. en o.a. uit de laatste tijd Reimers, Das Grundgesetz und das Privatrecht, Monatschrift für Deutsches Recht 1967, blz. 533 e.v. en Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung. Zie voorts de dissertaties van Vogt, Linders en Reichenbaum en het artikel van Lewan, die hiervoor reeds ter sprake gekomen zijn. De Duitse jurisprudentie hanteert beide werkwijzen. Men krijgt de indruk, dat er een tendens is in de richting van indirecte privaatrechtelijke werking. Zie het recente overzicht bij Lewan blz. 579.

Men bedenke overigens, dat de Duitse opvattingen en uitspraken voor het Nederlandse recht wel leerzaam maar niet maatgevend kunnen zijn. De grondwet van de Duitse Bondsrepubliek heeft een andere inhoud en achtergrond en is in een andere tijd ontstaan dan die van Nederland.

10. *Probleemstelling in U.S.A.*

Alvorens nader in te gaan op de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg, zij erop gewezen, dat in de Verenigde Staten van Noord-Amerika de oplossing van het probleem in het algemeen in een ruime uitleg van „state action” gezocht wordt. Dat betekent, dat naar de vorm van privaatrechtelijke werking geen sprake is, aangezien in de gevallen, waarin naar Europese opvattingen van privaatrechtelijke werking van grondrechten gesproken wordt, gedragingen van de overheid of een quasi-overheid aangemonen worden, waartegen de burger beschermd wordt²⁸.

Ook buiten de Verenigde Staten van Noord-Amerika komt men deze gedachtengang wel tegen²⁹.

11. *Enige argumenten voor directe privaatrechtelijke werking door uitleg*

De historie leert, zoals in het begin als uitgangspunt is aanvaard, dat de grondrechten oorspronkelijk publiekrechtelijke werking hadden en nog steeds hebben. Daardoor is nog niet

²⁸ Zie Hartman blz. 630 e.v., Ehmke blz. 605 e.v. en Hausheer, Rechtsgleichheit – Due Process und Equal Protection, blz. 121 e.v.

²⁹ Zie Veegens blz. 45 en noot 2.

beslist over de vraag of de grondrechten ook privaatrechtelijke werking hebben.

Aubel³⁰ ziet dat anders. Hij is van mening, dat de publiekrechtelijk werkende grondrechten historisch het gevolg zijn van de opvatting, dat hetgeen de burgers onderling niet toegestaan is ook de overheid niet geoorloofd is. De vraag naar de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg zou de zaken op hun kop zetten.

Deze mening gaat te ver. Ook al zouden de grondrechten als een „öffentlichrechtlicher Reflex“ van eeuwenoude tradities en opvattingen te zien zijn, dan is het niet ondenkbaar, dat deze grondrechten thans naast hun publiekrechtelijke werking ook privaatrechtelijke werking zouden hebben. Daartoe zou men een beroep kunnen doen op de dialectiek van de geschiedenis en het eigen leven, dat instellingen als de grondrechten nu eenmaal gaan leiden. Zie in deze geest Koebel³¹. De historische oorsprong van de grondrechten beslist derhalve de gestelde vraag niet, doch leidt wel tot het uitgangspunt, dat de grondrechten publiekrechtelijke werking hebben en dat privaatrechtelijke werking aangetoond dient te worden. Dit uitgangspunt verdient nadere nuancerings. Voor de grondwet is het uitgangspunt misschien sterker dan voor EV – om bij dat verdrag te blijven. Immers, de grondrechten in Gw hebben hun positivering veelal in de eerste helft van de negentiende eeuw gevonden, terwijl EV uit de periode na de tweede wereldoorlog stamt. Daar komt bij, dat voor de uitsluitend publiekrechtelijke werking van de in Gw neergelegde grondrechten door sommigen mede een beroep gedaan wordt op het – historische – karakter van de grondwet als regeling van de verhouding tussen overheid en onderdaan³². Voor het geldende recht – niet voor het *ius constituendum*³³ – is dat een niet te verwaarlozen argument, dat evenwel niet voor EV geldt³⁴.

Desalniettemin is het uitgangspunt ook voor EV aanvaardbaar. De impuls voor de opbloei van de gedachte van de grondrechten in en na de tweede wereldoorlog is immers te

³⁰ Zie Persoon en pers blz. 80.

³¹ Grundrechte und Privatrecht Juristenzeitung 1961, blz. 525.

³² Zie Proeve blz. 30 en 56, van der Pot-Donner blz. 441 en van Wijnbergen blz. 196.

³³ Zie Meuwissen, Grondrechten en Rechtspraak in de Proeve, R.M. Themis 1967, blz. 416.

³⁴ Zie Meuwissen, Rechten van de mens in perspectief, blz. 75.

vinden in de behoefte aan bescherming tegen de macht van de overheid, zoals deze zich tijdens de tweede wereldoorlog geopenbaard had. In deze opbloei vindt ook EV zijn plaats ³⁵. Derhalve wordt bedoeld uitgangspunt en de daarop gegronde „bewijslast” zowel voor Gw als EV aanvaard.

Thans zullen een aantal argumenten onderzocht worden, die aangevoerd worden of kunnen worden voor de stelling, dat de grondrechten naar geldend recht in het algemeen directe privaatrechtelijke werking door uitleg hebben.

12. *Behoeft e aan rechtsbescherming*

Erkend moet worden, dat er tegenwoordig op bepaalde rechtsgebieden in toenemende mate behoefte bestaat aan bescherming van de burger tegenover zijn medeburgers of organisaties van medeburgers ³⁶.

Deze behoefte op zichzelf is echter geen reden directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg aan te nemen, vooral niet gelet op de historisch bepaalde publiekrechtelijke werking van de grondrechten ³⁷.

13. *Situatie waarvoor de publiekrechtelijke en de privaatrechtelijke werking gelden*

Ook wordt aangevoerd, dat de verhouding tussen burger en overheid in het licht van de grondrechten niet los van de verhouding tussen de burgers onderling gezien kan worden. De werkelijke verhouding is, zo wordt wel gesteld, – schematisch gezien – een driehoeksverhouding ³⁸.

Op zichzelf is dat juist. Het bestaan van deze driehoekverhouding brengt mee, dat de regeling van de verhouding tussen de burgers onderling zal moeten aansluiten bij die tussen burger en overheid en voorts dat de beginselen van de laatste regeling van belang zijn of kunnen zijn voor de regeling van de eerste verhouding.

Het bestaan van de bedoelde driehoeksverhouding brengt echter niet noodzakelijk mee, dat de grondrechten, als onderdeel van het positieve recht, deze driehoekverhouding in zijn geheel regelen; juist niet, wanneer men bedenkt, dat in het

³⁵ Zie van der Pot-Donner blz. 437.

³⁶ Zie Lewan blz. 572 en Meuwissen, Oost-West 1968, blz. 386.

³⁷ Zie Vogt blz. 51 e.v. en Linders blz. 5 e.v.

³⁸ Zie Gallwas, Der Misbrauch von Grundrechten, blz. 38 en 52.

verleden, toen het thans terzake geldende positieve recht tot stand kwam, de behoefte aan bescherming tegenover de overheidsmacht op de voorgrond stond.

14. *Grondrechten als algemene beginselen*

In verschillende variaties wordt voor directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg een beroep gedaan op het karakter van algemene beginselen, dat de grondrechten zouden hebben. De grondrechten, zo wordt aangevoerd³⁹, zijn gegrond op de autonome ontplooiing van de menselijke persoonlijkheid. Daarom geldt de bescherming van de grondrechten tegen elke inbreuk, van overheid en medeburgers.

Ook wordt gesteld, dat de grondrechten beginselen zijn, die de gehele maatschappij beheersen in alle verhoudingen, dus zowel die tussen overheid en burgers als die tussen de burgers onderling⁴⁰.

Tenslotte wordt aangevoerd, dat de grondrechten naar hun aard absolute rechten zijn, waarop door de gerechtigde tegenover ieder beroep gedaan kan worden⁴¹.

Deze opvattingen miskennen, dat het bij de vraag naar de directe privaatrechtelijke werking door uitleg om het positieve recht gaat. Dat positieve recht kent, gelet op zijn historische oorsprong, grondrechten tegenover de overheid, dus met publiekrechtelijke werking. Zij, die de hiervóór bedoelde opvattingen huldigen, argumenteren niet vanuit een begrip van grondrechten, dat aan het positieve recht ten grondslag ligt. Zij aanvaarden een begrip van grondrechten, dat zij juist vinden, onafhankelijk van het geldende recht⁴².

Anders kan de zaak liggen, wanneer in de betreffende bepalingen van de grondwet inderdaad beginselen zijn neergelegd, die door hun algemeenheid nauwelijks meer als grondrechten in de gebruikelijke zin te beschouwen zijn. Dat geval doet zich voor in Duitsland⁴³. De in Nederland gel-

³⁹ Zie van der Hoeven, *Hand. Ver. Wijsb. des Rechts* 1962, blz. 23.

⁴⁰ Zie Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, blz. 18, Leisner blz. 306 e.v. en 333.

⁴¹ Zie Vermeulen, *Ver. Verg. Studie van het Recht van België en Nederland* 1965-1966, blz. 26 en 54 e.v.

⁴² Zie Vogt blz. 64 e.v., Linders blz. 77 e.v.

⁴³ Zie art. 1 lid 1 zin 1 GG: „Die Würde des Menschen ist unantastbar” en art. 2 lid 1: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit”.

dende bepalingen van Gw en EV zijn echter naar mijn mening niet van die aard.

Overigens zijn de hier bestreden opvattingen, die wijzen op de samenhang van de verschillende rechtsgebieden en op de eenheid in de beginselen, die het recht beheersen, wel degelijk van belang voor de vraag op welke wijze de behoefte aan privaatrechtelijke werking van grondrechten bevredigd dient te worden.

15. *Geen tekst-bezwaar tegen directe privaatrechtelijke werking door uitleg*

Aangevoerd wordt ook, dat, ook al hebben de grondrechten een publiekrechtelijke oorsprong, de tekst van de betreffende bepalingen niet in de weg staat aan een uitleg in de zin van privaatrechtelijke werking.

In bepaalde gevallen mag dat zo zijn, doch, gegeven de historisch bepaalde publiekrechtelijke werking, zal dit argument naar mijn mening onvoldoende gewicht in de schaal kunnen leggen.

16. *Gelijkstelling van de verhouding tussen de burgers onderling met die tussen overheid en burgers*

Een veel gebezigd argument is, dat hetgeen de overheid jegens een burger niet vrijstaat toch zeker aan een andere burger niet mag vrijstaan. De daaraan ten grondslag liggende gedachte is blijkbaar, dat, indien de overheid met zijn taak de grondrechten tegen zich moet laten gelden, zulks evenzeer of a fortiori moet gelden voor de medeburgers, die deze taak niet hebben.

Deze gedachtengang en het daarop gebouwde argument missen de verschillen in de verhoudingen tussen overheid en burger en tussen de burgers onderling. Anders dan de overheid is de medeburger, tegenover wie de burger als subject van grondrechten staat, zelf ook subject van grondrechten. Daarom zijn beide verhoudingen in het algemeen niet vergelijkbaar⁴⁴.

17. *Privaatrechtelijke werking krachtens publiekrechtelijke delegatie*

Een geheel andere argumentatie voor de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg is te vinden in

⁴⁴ Zie Maunz-Dürig ad art. I Abs III, blz. 65 en Vogt blz. 111.

de opvatting, dat de privaatrechtelijke bevoegdheden van de burger in de vorm van – kort samengevat – contractsvrijheid en eigendomsrechten in wezen gedelegeerde overheidsbevoegdheden zijn. Het handelen van de burger geldt derhalve als een handelen van de overheid, waarvoor de grondrechten krachtens het uitgangspunt gelden.

Deze redenering moet worden afgewezen. Zij bevat geen argumentatie voor de privaatrechtelijke werking van grondrechten, doch tracht aan te tonen, dat er geen privaatrecht naast het publiekrecht bestaat, zodat het probleem, gegeven de publiekrechtelijke werking van grondrechten, is opgelost of niet bestaat ⁴⁵.

Overigens is het standpunt, dat het privaatrecht een vorm van publiekrecht is, onaanvaardbaar. De verhouding van overheid tot burger blijft, ondanks de toenemende vervaging van grenzen, een andere dan die van de burgers onderling.

18. *Privaatrechtelijke werking als gevolg van de taak van de rechter*

Verdedigd is ook, dat de grondrechten directe privaatrechtelijke werking door uitleg hebben, omdat de rechter als overheidsorgaan aan de grondrechten gebonden is. Als zodanig zou hij bijvoorbeeld zijn sanctie niet mogen geven aan een overeenkomst tussen burgers, die de overheid, gelet op de grondrechten, niet zou mogen aangaan.

Deze opvatting miskent de positie van de rechter tegenover de grondrechten en de verschillen tussen de rechter enerzijds en de wetgever en het bestuur anderzijds. De grondrechten richten zich in het algemeen niet tegen de rechter, doch tegen de wetgever en het bestuur. De rechter heeft de grondrechten, gelijk alle recht, toe te passen. De omstandigheid, dat de rechter een overheidsorgaan is en geroepen wordt tot oordelen in een geschik tussen burgers, heeft niet tot gevolg, dat het op hen toepasselijke recht een andere inhoud verkrijgt dan zonder dat de rechter geadieerd zou zijn ^{46 47}.

⁴⁵ Zie Leisner blz. 326 e.v., Ehmke blz. 664 e.v. en Lewan blz. 574.

⁴⁶ Zie Nipperdey, *Die Grundrechte II*, blz. 21, Leisner blz. 315, Vogt blz. 104 e.v. en 116 e.v., Linders blz. 64 e.v., Ehmke blz. 648, Hausheer blz. 140 e.v., Hartman blz. 638 en 649 e.v. en van Emde, Boas, *Ver. Verg. Studie van het Recht van België en Nederland 1965-1966*, blz. 68 en 69 noot 1.

⁴⁷ Vgl. Rb. Rotterdam 10 september 1928 NJ 1930 blz. 362, Hof 's-Gravenhage 9 januari 1947 NJ 1947 no. 610.

19. *Autonomie in het privaatrecht*

In het voorgaande zijn een aantal uitgangspunten en argumenten voor directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg behandeld. Deze argumenten zijn echter ieder afzonderlijk noch gezamenlijk in staat de bedoelde privaatrechtelijke werking als juist te doen aanvaarden.

Thans zal ingegaan worden op de consequenties van directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg op de autonomie in het privaatrecht. Deze autonomie als de vrijheid van de burger om, binnen zekere grenzen, zijn leven te ordenen en te bepalen, komt vooral tot uitdrukking in de contractsvrijheid en de testeervrijheid.

Tegen de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg is aangevoerd, dat dientengevolge de autonomie van de burger in het privaatrecht ernstig wordt aangetast. Onder omstandigheden moet het redelijkerwijze mogelijk en geoorloofd zijn, dat langs de weg van o.m. contractsvrijheid en testeervrijheid inbreuken worden gemaakt op allerlei grondrechten. Volgens sommigen is dat als gevolg van de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg uitgesloten. Indien dat juist zou zijn, zou deze consequentie een reden te meer zijn de directe privaatrechtelijke werking door uitleg niet te aanvaarden ⁴⁸.

Het is echter de vraag of de bedoelde consequentie getrokken mag worden. Erkent men contractsvrijheid en testeervrijheid, de belangrijkste vormen, waarin de autonomie van de burger in het privaatrecht zich uit, als grondrechten naast vrijheid van godsdienst, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging en vergadering enz., dan is zonder meer niet duidelijk, waarom de contractsvrijheid en de testeervrijheid het loodje zouden moeten leggen tegenover de andere grondrechten. Waarom zouden contractsvrijheid en testeervrijheid geen privaatrechtelijke werking tegenover de eerdergenoemde grondrechten hebben? ⁴⁹

Voor hen die in de contractsvrijheid en de testeervrijheid of ruimer in de autonomie van de burger in het privaatrecht niet meer zien dan een competentie tot rechtsvorming zoals ook de overheid die heeft, ligt het antwoord voor de hand. Voor hen is elke competentie tot rechtsvorming gebonden

⁴⁸ Zie Maunz-Dürig ad art. I Abs III blz. 65, Leisner blz. 318 e.v., Vogt blz. 122 e.v. en Lewan blz. 594 en 596.

⁴⁹ Zie Maunz-Dürig ad art. 1 Abs III blz. 66 en Gallwas blz. 56.

aan de grondrechten. Deze gedachtengang, die onvoldoende oog heeft voor het verschil tussen overheid en burger en hun beider competenties, is hiervóór al aan de orde geweest en onjuist bevonden.

Aanvaardt men – in de opvatting van de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg – dat de contractsvrijheid en de testeervrijheid niet zonder meer onderdoen voor de overige grondrechten, dan rijst de vraag hoe de botsing van beide opgelost behoort te worden. Het antwoord pleegt gevonden te worden in een afweging van de in de betreffende grondrechten neergelegde belangen, in verband met de inhoud van de overeenkomst of making en de omstandigheden waaronder deze tot stand gekomen zijn ⁵⁰.

Pijnlijk worden in dit verband in Gw en EV beginselen gemist, volgens welke deze afweging van belangen op de grondslag van directe privaatrechtelijke werking door uitleg zou dienen plaats te vinden. Voor zodanige beginselen met betrekking tot de publiekrechtelijke werking van grondrechten vergelijk men o.a. art. 8 lid 2, art. 9 lid 2, art. 10 en art. 11 lid 2 van EV. Het ontbreken van deze beginselen op de grondslag van directe privaatrechtelijke werking door uitleg moet daarom als een argument tegen deze werking gezien worden.

Hoe dat ook zij, directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg zal slechts te aanvaarden zijn, indien daarin een belangenafweging als bovenbedoeld wordt ingebouwd. Te dien aanzien bedenke men, dat ook naar de zuiver privaatrechtelijke regels – zonder de bedoelde privaatrechtelijke werking – een afweging van belangen plaatsvindt, zij het dat daarvoor aan de ene zijde niet in aanmerking komen de – beweerdelijk privaatrechtelijk werkende – grondrechten, maar de goede zeden en de openbare orde.

Waar in beide gevallen een afweging van belangen plaatsvindt, is niet zonder meer duidelijk, waarom die van de bedoelde privaatrechtelijke werking van grondrechten de voorkeur zou verdienen boven die van de goede zeden en de openbare orde. Dat zou wellicht anders zijn, indien de eerste belangenafweging uit een oogpunt van doelmatige rechtsbescherming van de burger betere resultaten beloofde dan de tweede. Daarvan blijkt niet.

⁵⁰ Zie Leisner blz. 357, Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, blz. 18 e.v. en Lewan blz. 597.

In het algemeen kan men overigens naar mijn mening niet zeggen, dat de rechterlijke macht in Nederland, binnen de mogelijkheden die nu eenmaal aan de rechterlijke functie eigen zijn, op de grondslag van de zuiver privaatrechtelijke regels – dus afweging tegenover goede zeden en openbare orde – tot resultaten komt, die uit een oogpunt van doelmatige rechtsbescherming van de burger onbevredigend zijn. Uit het voorgaande volgt naar mijn mening, dat, gelet op de autonomie van de burger in het privaatrecht, de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg ongewenst of onnodig is en ook uit dien hoofde afgewezen dient te worden.

20. *Taak van de rechter*

Tegen de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten is aangevoerd, dat dientengevolge de rechter een rechtsvormende taak verkrijgt, die ongewenst is. Het komt er immers op neer, dat de rechter, op de grondslag van de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg, geroepen zou zijn tot rechtsvorming, immers positivering van de grondrechten in privaatrechtelijke richting, in het concrete geval waarover hij moet oordelen.

Op zichzelf is dat laatste juist. Aan de andere kant dient bedacht te worden, dat de rechter wel meer tot rechtsvorming geroepen is, niet het minst, waar het de hantering van begrippen als goede zeden, openbare orde en maatschappelijke zorgvuldigheid betreft. Een belangrijk verschil is echter, dat deze laatste rechtsvorming geschiedt op de grondslag van in beginsel het algemeen menselijke of van hetgeen in de maatschappij in brede kring leeft. De rechtsvorming, die de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg zou meebrengen, kan en zal veelal van politieke aard zijn, zonder dat de basis daarvan mede is of behoeft te zijn hetgeen onder de mensen leeft. Een dergelijke „politieke rechtsvorming” behoort niet aan de burgerlijke rechter te worden toegedeeld. Zij behoort aan de wetgever te worden overgelaten⁵¹.

Werpt men tegen, dat de toetsing van regelingen van de

⁵¹ Zie Ehmke blz. 78 e.v. en 665 e.v., Leisner blz. 316, Vogt blz. 85 en 162, Reimers, Das Grundgesetz und das Privatrecht, Monatschrift für Deutsches Recht 1967, blz. 534 en Raiser blz. 19 e.v.

overheid aan de grondrechten toch ook in zekere mate politieke oordelen van de rechter vergt, dan is dat juist. De toetsing van een gegeven overheidsregeling aan de grondrechten is echter van beperktere aard dan de politieke rechtsvorming, die noodzakelijk kan en veelal zal zijn bij de beoordeling door de rechter van de vraag wat een – niet door een overheidsregeling uitgevoerd – grondrecht in een concreet geval meebrengt ⁵².

Ook deze consequentie – nl. die van „politieke rechtsvorming” als gevolg van de directe privaatrechtelijke werking door uitleg – leidt naar mijn mening tot afwijzing van deze privaatrechtelijke werking in het algemeen.

21. *Directe privaatrechtelijke werking door uitleg en Gw*

Na de behandeling van de vraag of de grondrechten – in Gw en EV – in het algemeen directe privaatrechtelijke werking door uitleg hebben, rijst thans de vraag of sommige bepalingen van Gw en EV wellicht deze werking hebben.

22. *Art. 170 lid 1 Gw*

Van de geschreven grondrechten in Gw is naar mijn mening het enige grondrecht, dat directe privaatrechtelijke werking door uitleg heeft, art. 170 lid 1: „Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van de rechter, die de wet hem toekent”. Gelet op dit bijzondere karakter, verdient art. 170 lid 1 Gw een nadere beschouwing.

Aan te nemen valt, dat het ius de non evocando, dat de grondslag vormt van de geciteerde bepaling, oorspronkelijk uitsluitend werking tegenover de overheid had. Het beschermde de burger tegen uitzonderingsgerechten in strafzaken ⁵³.

Sedert 1798 en vooral 1814 heeft het recht een andere en ruimere betekenis verkregen. Het heeft sedertdien betrekking op het strafrecht en het burgerlijk recht. Bovendien richt het zich tegen de overheid en tegen de medeburgers van de gerechtigde.

⁵² Zie overigens van der Pot-Donner blz. 192.

⁵³ Zie van der Pot-Donner blz. 440, Sanders, Aantasting van arbitrale vonnissen, blz. 3 en 6, Bindend advies en Grondwet, AR 1965 no. 529, blz. 35, Franssen van de Putte, AR 1965 no. 532, blz. 130 en Hand. NJV 1968 I, blz. 103.

Sanders oordeelt ⁵⁴, dat art. 170 lid 1 Gw zich tot de wetgever richt. Dat is naar mijn mening niet onjuist, doch kan in verband met het hier behandelde onderwerp gemakkelijk tot misverstand leiden. De indruk zou gewekt kunnen worden, dat art. 170 lid 1 Gw volgens de schrijver uitsluitend publiekrechtelijke werking zou hebben.

Dat is niet het geval. In dezelfde zin als hier verdedigd Fransen van de Putte ⁵⁵. Daarbij denkt deze schrijver blijkbaar in het bijzonder aan het geval, dat de statuten van een vereniging gewijzigd worden en de wijziging een arbitrage-regeling inhoudt met betrekking tot geschillen, waarbij de leden partijen zijn. Zij, die ten tijde van de wijziging reeds leden van de vereniging waren, zullen niet aan de arbitrage-regeling gebonden zijn, tenzij zij daarmee ingestemd hebben of alsnog instemmen.

Blijkens de geschiedenis van de Grondwet, zie Sanders tap, zijn de woorden „tegen zijn wil” opgenomen om arbitrage en prorogatie mogelijk te maken ⁵⁶. Arbitrage en prorogatie zijn geregeld in de wettelijke bepalingen dienaangaande in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, zie artt. 620 e.v. en 329 e.v. Andere gevallen van deze aard zijn het inroepen van het oordeel van de Kantonrechter door partijen, vgl. art. 43 wet RO, en de sprongcassatie, vgl. art. 398 onder 2e Rv.

Behalve de wettelijk geregelde gevallen, waarin de burger met zijn instemming van de wettelijke rechter wordt afgetrokken, zijn er gevallen, waarin een zodanig aftrekken is aangenomen zonder dat daarvoor een wettelijke regeling bestond. Een eerste voorbeeld is het beding tussen partijen, volgens hetwelk een buitenlandse rechter de geschillen van partijen zou berechten. Zie HR 17 mei 1918 W 10282 NJ 1918 blz. 634 ⁵⁷.

Een tweede voorbeeld is een regeling betreffende bindend advies in een reglement in de zin van art. 638 f BW. Beslist is, dat door een zodanige regeling de eigenaren, voor wie het reglement geldt, worden afgetrokken van de rechter die de wet hun toekent, zie HR 24 september 1964 NJ 1965 no. 359 met noot JHB.

⁵⁴ Zie AR 1965 no. 529 blz. 36.

⁵⁵ Zie AR 1965 no. 532 blz. 130 noot 3.

⁵⁶ Zie ook Proeve blz. 66.

⁵⁷ Vgl. ook Scheltema, WPNR 3137.

Voorts wordt nog vermeld de uitspraak van Ktg Sittard 17 april 1964 NJ 1964 no. 380, waarin geoordeeld is, dat de strekking van een cessie van een deel van een vordering, waardoor deze in twee vorderingen gesplitst wordt, welke, anders dan de oorspronkelijke vordering, tot de bevoegdheid van de Kantonrechter zouden behoren, de cessie nietig doet zijn, omdat daardoor de debitor cessus wordt afgetrokken van de rechter, die de wet hem toekent. Zie ook Gerbrandy WPNR 4920 en de door deze aangehaalde rechtspraak, alsmede Ktg 's-Gravenhage 23 juli 1965 en Rb 's-Gravenhage 24 april 1967 NJ 1968 no. 389, waarin het beroep op art. 170 lid 1 Gw niet behandeld is en de zaak beslist is op grond van het van openbare orde geachte art. 38 wet RO.

Tenslotte zij nog vermeld, dat door cessie van een vordering, welke zijn grondslag vindt in een overeenkomst, waarin een arbitraal beding voorkomt, de cessionaris wordt afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent⁵⁸, echter niet „tegen zijn wil”.

In al deze gevallen is directe privaatrechtelijke werking van het ius de non evocando door uitleg aangenomen.

Om werking tegenover de overheid ging het in het geval berecht door HR 8 juni 1951 NJ 1952 no. 144 met noot DJV. Immers, door een beschikking van het College van Rijksbemiddelaars was een regeling betreffende bindend advies algemeen verbindend verklaard.

Misschien richt art. 170 lid 1 Gw zich ook tegen de wetgever – al wordt gesproken van de rechter, die de wet hem (sc de burger) toekent – en verbiedt het de wetgever buitengewone rechtbanken in te stellen⁵⁹. Dat blijft hier verder buiten beschouwing. Daarnaast regelt art. 170 lid 1 Gw de verhouding van de burger tegenover de medeburgers en organisaties van medeburgers, in die zin dat hij een andere berechting mag kiezen dan die van de rechter, die de wet hem toekent. Op deze grondslag mag de wetgever deze andere berechting regelen.

Wanneer Sanders opmerkt, dat art. 170 lid 1 Gw zich tot – niet tegen – de wetgever richt, dan is dat slechts in zeer afgeleide zin juist. Omdat art. 170 lid 1 Gw privaatrechtelijke werking heeft en omdat de verhouding van het ius de

⁵⁸ Vgl. Pabbruwe, AR 1967 no. 555, blz. 168.

⁵⁹ Zie van der Pot-Donner blz. 440 en Sanders, AR 1965 no. 529, blz. 37.

non evocando als grondrecht tegenover de autonomie van partijen, contractsvrijheid en ook verenigingsvrijheid, in art. 170 lid 1 Gw mede geregeld is, heeft de wetgever de bevoegdheid op die grondslagen arbitrage, prorogatie enz. wettelijk te regelen.

De omstandigheid, dat ten aanzien van arbitrage, prorogatie enz. wettelijke bepalingen bestaan, terwijl het bindend advies niet wettelijk geregeld is, is een verschil, dat buiten art. 170 lid 1 Gw om gaat⁶⁰. Arbitrage leidt tot een vonnis van in beginsel gelijke kracht en werking als een vonnis van de gewone rechter. Om dat doel te bereiken diende de wetgever een regeling omtrent arbitrage te geven. Voor prorogatie was medewerking van de wetgever vereist, omdat de rechterlijke organisatie in beginsel van openbare orde is.

Met betrekking tot het bindend advies doet zich een andere situatie voor. De materie van het bindend advies staat buiten de rechterlijke organisatie. Het bindend advies heeft voorts niet de kracht en de werking van een vonnis van de gewone rechter. Het bindend advies is uitsluitend op de regels van het verbintenissenrecht gegrond, terwijl ook de toetsing van het bindend advies door de rechter op basis van deze regels verloopt. De omstandigheid, dat arbitrage, prorogatie enz. wettelijk geregeld zijn, spruit derhalve niet voort uit art. 170 lid 1 Gw doch uit andere bepalingen.

De woorden „tegen zijn wil” zijn op zichzelf niet een aanduiding voor de privaatrechtelijke werking van het in art. 170 lid 1 Gw neergelegde recht. Wel wijst op privaatrechtelijke werking de rechtvaardiging, die bij het tot stand komen van art. 170 lid 1 Gw voor „tegen zijn wil” is gegeven. Nu deze woorden blijkbaar nodig waren om arbitrage en prorogatie mogelijk te maken, moet aangenomen worden, dat de bepaling ook tegenover de medeburgers en niet alleen tegen de overheid werkt.

De woorden „tegen zijn wil” in art. 170 lid 1 Gw zijn opvallend, omdat zij in het privaatrechtelijke vlak de verhouding van dit grondrecht tegenover de autonomie van de burger, in het bijzonder de contractsvrijheid, regelen.

In de Grondwet van de Duitse Bondsrepubliek treft men aan art. 9 lid III luidende: „Das Recht, zur Währung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigun-

⁶⁰ Anders wellicht van Rossem-Cleveringa, Burg. Rechtsv. II derde druk, blz. 274 en Sanders tap.

gen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Massnahmen sind rechtswidrig".

De tweede zin van deze bepaling is in zoverre met die van art. 170 lid 1 Gw te vergelijken, dat zij door velen als de enige bepaling met privaatrechtelijke werking van een grondrecht in de Grondwet van de Duitse Bondsrepubliek wordt beschouwd ⁶¹. Een verschil is, dat de verhouding van het grondrecht tegenover de autonomie van partijen juist in tegengestelde zin wordt geregeld. Volgens art. 170 lid 1 Gw gaat de autonomie in het privaatrecht voor, in art. 9 lid III tweede zin van de Grondwet in de Duitse Bondsrepubliek heeft de coalitievrijheid voorrang.

Overigens zijn de woorden „tegen zijn wil” in art. 170 lid 1 Gw merkwaardig, omdat zij de uiting zijn van de blijkbaar algemeen gevoelde en erkende behoefte geschillen door een andere dan de wettelijke rechter te doen berechten. Afstand van een grondrecht wordt, in het algemeen gesproken, binnen zekere grenzen wel meer erkend, doch veelal incidenteel en niet algemeen. Hier heeft de wetgever zelfs wettelijke regelingen getroffen voor bijzondere gevallen waarin de burger afstand kan doen van de rechter die de wet hem toekent. Aan de ene kant is de privaatrechtelijke werking van art. 170 lid 1 Gw beperkt. Aan „wil” in dat artikel worden geen bijzondere eisen gesteld, zie HR 27 oktober 1967 NJ 1968 no. 3, terwijl de aanwezigheid van deze wil misschien wel gemakkelijk wordt aangenomen ⁶².

Aan de andere kant betekent art. 170 lid 1 Gw niet, dat elke afstand van de wettelijke rechter rechtsgeldig is. Is aan bepaalde minimumeisen niet voldaan, dan zal een beding, waarbij afstand gedaan wordt van de rechter die de wet toekent, nietig zijn wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde. Dan is echter sprake van een andere norm dan die van art. 170 lid 1 Gw ⁶³.

⁶¹ Zie Maunz-Dürig ad art. 1 Abs III blz. 64, Vogt blz. 223 e.v., Raiser blz. 19 en Lewan blz. 572. Zie voor overeenkomstige uitzonderingen in U.S.A. Hartman blz. 632 en noot 6.

⁶² Zie J. M. Polak, Ver. Verg. Studie van het Recht voor Ned. en België 1968, blz. 27 noot 2.

⁶³ Zie van Rossem-Cleveringa II blz. 274, van Praag, Themis 1919, blz. 441, Petit, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, blz. 212, Scheltema, WPNR 3137 en Sanders, AR 1965 no. 529, blz. 37.

Aldus enige beschouwingen over art. 170 lid 1 Gw, dat om verschillende redenen met het oog op de aan de orde zijnde vraag een bijzondere plaats in Gw inneemt.

23. *Art. 167 Gw*

Teneinde het uitzonderingskarakter van art. 170 lid 1 Gw te accentueren, wordt hier melding gemaakt van art. 167 Gw: „Alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortspruitende rechten, over schuldvordering en andere burgerlijke rechten behoren bij uitsluiting tot de kennisneming van de rechterlijke macht”.

Deze bepaling heeft geen privaatrechtelijke werking. De Hoge Raad heeft bij arresten van 8 april 1910 W 9019, 16 januari 1920 W 10562 met noot H.d.J. NJ 1920 blz. 183 en 29 december 1922 W 11004 NJ 1923 blz. 319 beslist, dat het artikel slechts in deze zin een opdracht uitsluitend aan de rechterlijke macht bevat, dat daardoor van de kennisneming van de bedoelde geschillen wordt uitgesloten elke andere macht in de staat, meer bepaaldelijk de administratieve macht, wier inmenging in de rechtspraak men heeft willen voorkomen.

In deze arresten is voorts beslist – in het privaatrechtelijke vlak – dat de bedingen omtrent bindend advies en een bindende partij-beslissing niet in strijd met de goede zeden of de openbare orde zijn, omdat art. 1374 lid 3 BW daarop van toepassing is.

24. *Art. 172 lid 1 Gw*

In vroeger jaren is er over getwist of art. 172 lid 1 Gw privaatrechtelijke werking heeft. De argumentatie voor privaatrechtelijke werking werd vooral ontleend aan het woord „niemand”, waarmee het artikel vóór 1887 begon: „Niemand mag de woning eens ingezeten diens ondanks binnentreden, dan op last eener magt, door de wet bevoegd verklaard dien last te geven, en volgens de vormen in de wet bepaald”⁶⁴. Anderen aanvaardden uitsluitend publiekrechtelijke werking⁶⁵.

⁶⁴ Zie Buys, De Grondwet II, blz. 400 en Harinxma Thoe Slooten, Het binnentreden van woningen 1891, blz. 23 e.v., vgl. ook Onrechtmatige daad o.r.v. H. Drion I – 51.

⁶⁵ Zie Verkouteren, Artikel 153 Grondwet 1880, blz. 78 e.v., Prikken, Bescherming van woningen 1892, blz. 20 e.v. – met literatuur in andere zin – en van der Pot-Donner blz. 441, vgl. ook Aubel blz. 28 e.v.

Het komt mij voor, dat het gelijk aan de zijde van de laatsten is.

De conclusie is, dat de grondrechten in Gw, behoudens art. 170 lid 1 Gw, geen directe privaatrechtelijke werking door uitleg hebben ⁶⁶. Verscheidene andere schrijvers, dan de in noot 66 genoemde staan directe privaatrechtelijke werking van grondrechten voor. Het is echter niet steeds duidelijk of zij dat naar geldend recht of iure constituendo doen.

25. *Jurisprudentie*

In dit verband mogen enkele opmerkingen gemaakt worden over enige rechterlijke uitspraken.

Hof 's-Gravenhage 23 november 1960 NJ 1961 no. 501 heeft zich voor uitsluitend publiekrechtelijke werking van de grondrechten in Gw uitgesproken. Uit Hof Amsterdam 11 april 1963 NJ 1964 no. 25 blijkt, dunkt mij, niet van het aanvaarden van privaatrechtelijke werking, direct noch indirect ⁶⁷. HR 25 juni 1965 NJ 1966 no. 115 heeft naar mijn mening aan art. 7 Gw geen horizontale werking toegekend, ook niet implicite of aarzelend ⁶⁸. Er is mijns inziens niet meer beslist dan dat de stelling van het cassatiemiddel niet opgaat. Uit Hof Arnhem 25 oktober 1948 NJ 1949 no. 331 ARB 1949 no. 584 kan ik niet lezen ⁶⁹, dat het college privaatrechtelijke werking van een grondrecht heeft aangenomen. Enig artikel van Gw of EV wordt niet vermeld. Verworpen is de grief tegen de beslissing, dat het beding nietig was als zijnde in strijd met de wet, de goede zeden en/of de openbare orde. Aannemelijk is, dat het Hof met „de geloofsen gewetensvrijheid” aan een privaatrechtelijk persoonlijkheidsrecht, zoals het recht op leven en lichamelijke integriteit, gedacht heeft. Van enige beïnvloeding door grondrechten blijkt niet.

⁶⁶ Zie in deze geest Struycken blz. 167, van der Pot-Donner blz. 436, Boukema, Enkele Aspecten, blz. 140 e.v., Belinfante, Beginselen van het Ned. Staatsrecht, blz. 165, C. H. F. Polak, Hand. NJV 1953 I, blz. 194, de Brauw, Hand. NJV 1965 I, blz. 16 e.v. en Proeve blz. 56.

⁶⁷ Anders blijkbaar Meuwissen, Rechten van de mens in perspectief, blz. 74, zie ook van Emde Boas blz. 69 e.v.

⁶⁸ Zie echter Onrechtmatige daad I-56 en Meuwissen, Rechten van de mens in perspectief, blz. 74, zie ook van Emde Boas blz. 68.

⁶⁹ Anders blijkbaar Meuwissen, Oost-West 1968, blz. 385 en noot 41.

26. *Directe privaatrechtelijke werking door uitleg en EV*

Dezerzijds wordt het standpunt ingenomen, dat de grondrechten in EV geen directe privaatrechtelijke werking door uitleg hebben. Dat standpunt zal niet diepgaand worden uiteengezet en gemotiveerd. De betreffende vraag is laatstelijk betrekkelijk uitvoerig behandeld door Meuwissen De Europese Conventie en het Nederlandse Recht blz. 201-211 en blz. 435-437, die tot privaatrechtelijke werking neigt.

De argumenten, die blijkbaar voor deze schrijver beslissend zijn voor zijn overigens aarzelend te kennen gegeven standpunt, zijn de behoefte aan bescherming van de persoonlijkheid, het absolute karakter van de grondrechten en de omstandigheid, dat de tekst van EV zich niet verzet tegen directe privaatrechtelijke werking. Zoals uit het voorgaande blijkt, zijn deze argumenten naar mijn mening niet voldoende om directe privaatrechtelijke werking door uitleg aan te nemen.

Betrekkelijk kort geleden zijn aan de vraag van de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg in EV voorts beschouwingen gewijd door Boukema, Enkele aspecten, blz. 243-249, Vermeulen en van Emde Boas blz. 54 resp. 67 en van der Horst blz. 202-206⁷⁰. De argumenten, die deze schrijvers aan de tekst van EV ontleen, worden door Meuwissen behandeld en, naar mijn mening terecht, niet van doorslaggevende betekenis geacht.

Van der Horst komt tot de conclusie: „Hoe zeer ieder zijn eigen gedachten moge koesteren terzake van de aard en de strekking der grondrechten, sinds het Verdrag van Rome ten onzent is aanvaard, is het geldend recht dat de grondrechten zg. derdenwerking bezitten. Daaraan kan door particuliere opvattingen niet worden getornd”⁷¹.

Voor dit boude standpunt – waartegen de voorzichtige formulering van Meuwissen scherp afsteekt – doet van der Horst in hoofdzaak beroep op art. 17 EV jo. art. 20 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Art. 17 luidt: „Geen der bepalingen van dit Verdrag mag worden uitgelegd als zou zij voor een Staat, een groep of een persoon het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of

⁷⁰ Zie ook van Boven, De volkenrechtelijke bescherming van de godsdienstvrijheid, blz. 222 en Tammes blz. 29 e.v.

⁷¹ Zie blz. 205.

enige daad te verrichten welke ten doel heeft de rechten of vrijheden welke in dit Verdrag zijn vermeld te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien”.

Deze bepaling heeft naar mijn mening niet de beslissende betekenis, die van der Horst daaraan voor zijn standpunt hecht. De bepaling zegt, dunkt mij, niet meer dan dat geen van de bij de grondrechten van EV betrokkenen: staat, burgers en groepen de hun toegekende rechten en bevoegdheden mag gebruiken buiten de grenzen door EV gesteld, dus mag misbruiken.

De bepaling verwijst naar de overige bepalingen van EV. Deze zullen derhalve naar mijn mening beslissend zijn voor de vraag of daarin directe privaatrechtelijke werking door uitleg gelegen is.

Om eenzelfde reden is het, dunkt mij, ook twijfelachtig of uit art. 71 van de Burgerlijke en Staatkundige Grondregels voor de Staatsregeling van 1798 directe privaatrechtelijke werking van grondrechten te lezen valt. Dat artikel luidt: „Geen Genootschap, of verzameling van afzonderlijke Persoonen, van welken aard ook, heeft of maakt Reglementen, strijdig met deze Grondbeginselen, of met de acte van Staatsregeling”. Veeleer is deze bepaling te vergelijken met art. 14 wet AB ⁷².

Dezerzijds wordt het standpunt ingenomen, dat de grondrechten in EV geen directe privaatrechtelijke werking hebben ⁷³.

Aan de andere kant dient te worden toegegeven, dat verscheidene bepalingen van EV niet onverenigbaar met directe privaatrechtelijke werking door uitleg zijn. Het is niet ondenkbaar, dat te eniger tijd deze directe privaatrechtelijke werking door de rechter in Nederland zal worden aangenomen. Daarbij kunnen een belangrijke rol spelen de standpunten, die rechters van landen, waar EV eveneens geldt, huldigen en zullen huldigen, en uiteraard de opvattingen van de Europese Commissie en het Europese Hof op grond van EV ⁷⁴.

⁷² Anders blijkbaar Cluysenaer, SMA 1961, blz. 237 noot 1.

⁷³ Aldus ook van der Pot-Donner blz. 437, Veegens blz. 45, de Brauw, Hand. NJV 1965 I, blz. 19, Enschede, Rechten van de mens, blz. 124 e.v. en de Proeve blz. 56.

⁷⁴ Zie van Ende Boas blz. 67 en Meuwissen, Rechten van de mens in perspectief, blz. 75.

Daarnaast zij erop gewezen, dat de privaatrechtelijke werking van grondrechten door wetgeving sterker zal zijn bij EV dan bij Gw, omdat kennelijk de aan de wetgever terzake toegedachte taak groter is. Datzelfde zal ook voor vele andere verdragen, o.a. van UNO, gelden. Zie o.a. het Verdrag tegen rassendiscriminatie Tr. blad 1967 no. 48 en de memorie van toelichting op het ontwerp uitvoeringswet, Hand. II bijl. 1967-1968-9724, 3, blz. 5, waar gesteld wordt dat het volgens de opzet van het verdrag niet alleen gaat om inbreuk door de overheid maar ook om inbreuk door particulieren of groepen of organisaties van particulieren, die in zijn effect met discriminerend optreden door de overheid gelijk staat of zulk optreden van de overheid nabij komt.

Naast de vraag of de grondrechten in EV in het algemeen directe privaatrechtelijke werking door uitleg hebben, staat de vraag of bijzondere grondrechten in EV wellicht directe privaatrechtelijke werking door uitleg bezitten. Ook deze vraag meen ik ontkennend te moeten beantwoorden.

De conclusie uit het voorgaande is, dat de grondrechten naar Nederlands recht in het algemeen geen directe privaatrechtelijke werking door uitleg hebben. Art. 170 lid 1 Gw is een uitzondering.

27. Indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg

Thans komt de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten in het kader van het geldende recht aan de orde.

Daaronder verstaat men, zoals gezegd, de beïnvloeding door grondrechten van algemene begrippen uit het privaatrecht, zoals goede zeden, openbare orde, goede trouw, billijkheid, maatschappelijke zorgvuldigheid enz., en van begrippen als buitensporigheden, dringende redenen, gewichtige redenen, wettige redenen enz., en eventueel van andere begrippen die voor beïnvloeding door grondrechten vatbaar zijn.

Ter vermijding van misverstand zij erop gewezen, dat deze indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg niet alleen en niet in de eerste plaats betreft de uitleg van de – in de hier verdedigde opvatting – publiekrechtelijk werkende grondrechten. Het gaat in de eerste plaats om de uitleg of inhoudsbepaling van de bedoelde algemene begrippen van het privaatrecht.

De vraag is nu hoe de publiekrechtelijk werkende grondrechten indirecte privaatrechtelijke werking kunnen hebben. Hoe kan een grondrecht, dat volgens het hier aangenomen uitgangspunt slechts geldt voor de verhouding van burger tot overheid, invloed hebben op de inhoudsbepaling van algemene begrippen als goede zeden en maatschappelijke zorgvuldigheid, die de verhouding tussen de burgers onderling betreffen?

Het antwoord op deze vraag is te vinden in de tweërlei aard van vele grondrechtsbepalingen nl. enerzijds die van norm betreffende de verhouding van burger tot overheid, anderzijds die van gepositiveerd beginsel van hogere orde ⁷⁵. Daargelaten of dit onderscheid bij elke rechtsregel te maken valt, bij de grondrechten is het karakter van gepositiveerd beginsel van hogere orde duidelijk. De termen „grondrechten” en „de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden”, vgl. de benaming van EV, wijzen daar reeds op. Wat de grondrechten in Gw betreft, wordt het bevestigd door het karakter van de Grondwet ⁷⁶. In de Proeve worden de grondrechten aan het begin van Gw geplaatst ⁷⁷.

Indien een grondrechtsbepaling is de positivering van een beginsel van hogere orde en indien dat beginsel van hogere orde mede strekt of de tendens heeft tot positivering in de verhouding van de burgers onderling, dan is de weg naar indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg open. Daarvan zal echter slechts sprake kunnen zijn, indien dat beginsel van hogere orde strekkende tot positivering in de verhouding van de burgers onderling deel uitmaakt van de bedoelde algemene begrippen, zoals goede zeden. Misschien is het juist te stellen, dat van indirecte privaatrechtelijke werking als hier bedoeld slechts sprake kan zijn, indien in een concreet geval de toepassing van het beginsel van hogere orde in de verhouding van de burgers onderling is een toepassing van een algemeen begrip, zoals goede zeden ⁷⁸.

Neemt men het voorbeeld van iemand, die op de muur van de slaapkamer van zijn bureu een af luisterapparaat plaatst, dat hem in staat stelt de slaapkamergeheimen van zijn bureu

⁷⁵ Zie van Wijnbergen blz. 196 en Aubel blz. 82.

⁷⁶ Zie Proeve blz. 30 e.v.

⁷⁷ Zie blz. 46 en 52.

⁷⁸ Zie Leisner blz. 361 e.v., Gallwas blz. 63 en Vogt blz. 226 e.v.

te vernemen, dan kan men dat geval als volgt benaderen vanuit de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten. Art. 8 lid 1 – „Een ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling” – heeft uitsluitend publiekrechtelijke werking maar is positivering van een beginsel van hogere orde. Dat beginsel, als een algemene aanspraak op privacy, strekt tot positivering ook in privaatrechtelijke verhoudingen. Dat beginsel maakt deel uit van de maatschappelijke zorgvuldigheid en het plaatsen van het af luisterapparaat als hiervoor bedoeld is in strijd met deze maatschappelijke zorgvuldigheid. De indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten vindt in twee vormen plaats. De eerste wijze is de bewustwording van bepaalde beginselen van hogere orde als bestanddelen van o.m. de goede zeden, openbare orde en maatschappelijke zorgvuldigheid. Op deze wijze ondergaan de algemene begrippen van het privaatrecht geen verandering, doch wel wordt een beter inzicht in deze begrippen en hun plaats in het rechtsbestel verkregen. De tweede wijze, waarop de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg plaatsvindt, is de vorming van het geheel van opvattingen en gedachten, dat in goede zeden, openbare orde, maatschappelijke zorgvuldigheid enz. tot gelding komt, door publiekrechtelijk werkende grondrechtsbepalingen. In een concreet geval zal men veelal niet kunnen zeggen, welke van de beide wijzen van indirecte privaatrechtelijke werking toepassing vindt. Misschien moet men ook wel aannemen, dat bewustwording en vorming, als hiervóór bedoeld, twee samenhangende facetten zijn van één verschijnsel ⁷⁹.

28. *Reflexwerking*

De vraag rijst welke de verhouding is tussen de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten en, wat men wel noemt, reflexwerking.

Reflexwerking is een term, die gebezigd is met betrekking tot verdragen, die bij de wet goedgekeurd zijn, doch die nog niet door een wet uitgevoerd zijn of die niet rechtstreekse werking hebben. Zie P. G. Berger in zijn conclusie voor HR

⁷⁹ Zie nog Maunz-Dürig ad art. I Abs III blz. 67 met verdergaande onderscheidingen.

26 april 1935 NJ 1935 blz. 1617 en Scholten in zijn noot onder dat arrest naar aanleiding van het pleidooi van mr. B. M. Telders, Veegens in zijn noot onder HR 1 juni 1956 NJ 1958 no. 424 en van Panhuys, *Reflecties over volkenrechtelijke reflexen*, NJB 1963 blz. 73 e.v. en blz. 124 e.v. De laatste schrijver wijst reeds op de reflexwerking van het EEG-verdrag. Zie daarover nader SEW 1963 blz. 550 e.v. en blz. 593 e.v. en Wertheimer, SEW 1968, blz. 540-542 en de door deze schrijvers aangehaalde rechtspraak en literatuur. Van Emde Boas blz. 67 bepleit subsidiair reflexwerking van EV in het bijzonder art. 8 daarvan.

Steeds meer wint de gedachte veld, dat verdragsbepalingen, die niet betrekking hebben op het betreffende geval, toch invloed kunnen hebben op het „recht”, dat het betreffende geval beheerst, immers langs de weg van de algemene begrippen van het burgerlijk recht, zoals goede zeden en maatschappelijke zorgvuldigheid.

Boukema heeft in *Civielrechtelijke samenloop*⁸⁰ het probleem op een algemener vlak geplaatst onder de benaming: reflexwerking van wetsnormen. Op zijn beschouwingen zal hier niet nader worden ingegaan.

Opmerking verdient, dat de gevallen, die door de genoemde schrijvers onder reflexwerking worden begrepen, niet alle van dezelfde aard zijn en dat reflexwerking een verschijnsel is dat niet alleen in het privaatrecht doch ook in andere rechtsgebieden voorkomt.

Ook in de Proeve⁸¹ wordt de term reflexwerking gebezigd: „Dit (sc. het feit van de publiekrechtelijke werking van grondrechten) neemt niet weg, dat de erkenning van grondrechten in grondwet en verdrag een bepaalde reflexwerking kan hebben. Zij kunnen een aanzet zijn tot het bieden van een verdergaande bescherming van de burger tegen anderen dan de overheid door middel van wettelijke strafbepalingen”. Deze passage is niet duidelijk⁸². Moeten de twee zinnen los van elkaar beschouwd worden? Wordt gedacht enerzijds aan indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg en anderzijds aan – indirecte – privaatrechtelijke werking door wetgeving nl. door strafwetgeving? Of wordt in beide zinnen alleen aan het laatste geval gedacht?

⁸⁰ Zie blz. 52 e.v., vgl. ook *Onrechtmatige daad* VI-22.

⁸¹ Zie blz. 56.

⁸² Zie Prins, NJB 1966, blz. 602.

Moet de laatste vraag bevestigend beantwoord worden, aldus Prins⁸³, dan wordt reflexwerking in de Proeve gebezigd in een andere zin dan die van indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg. Hoe dat ook zij, deze werking is een geval van reflexwerking als door de eerder bedoelde schrijvers omschreven.

29. *Grondrechten voor welke indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten geldt*

Hiervoor is uiteengezet welke grondrechten in beginsel in aanmerking komen voor directe privaatrechtelijke werking door uitleg, zie Grondrechten voor welke de directe privaatrechtelijke werking door uitleg geldt.

Voor de indirecte werking geldt een veel ruimer terrein. Alle grondrechten komen daarvoor in beginsel in aanmerking. Bovendien is niet noodzakelijk dat zij voorkomen in bepalingen van Gw en verdragen, die rechtstreekse werking hebben. Ook de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en zelfs besluiten, rapporten en aanbevelingen van nationale en internationale organisaties, waarin de grondrechten een rol spelen, kunnen indirecte privaatrechtelijke werking hebben. Immers, zij kunnen de goede zeden, de maatschappelijke zorgvuldigheid, de goede trouw enz. beïnvloeden⁸⁴.

30. *Enige argumenten voor indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg*

Bij de behandeling van de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten is op grond van de historie hun publiekrechtelijke werking tot uitgangspunt genomen. Aan hen, die directe privaatrechtelijke werking naar geldend recht voorstaan, werd de „bewijslast” toegedeeld.

Met betrekking tot de indirecte privaatrechtelijke werking wordt de „bewijslast” eveneens aan de voorstanders toegeedeeld.

31. *Indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg en geldend recht*

De indirecte privaatrechtelijke werking doet het geldende recht, dat historisch bepaald is door publiekrechtelijke werking van grondrechten, geen geweld aan.

⁸³ Zie ook Meuwissen, R.M. Themis 1967, blz. 416.

⁸⁴ Zie van Panhuys blz. 75.

Niet valt in te zien, waarom de inhoud van algemene begrippen als goede zeden, maatschappelijke zorgvuldigheid, goede trouw, billijkheid enz., die alle gegrond zijn op algemeen menselijke opvattingen, niet mede bepaald zou kunnen worden – langs de weg van bewustwording of die van vorming – door de beginselen, die in bepalingen of „uitlatingen” omtrent grondrechten besloten liggen⁸⁵. Of zich dat in een concreet geval voordoet, is hier niet de vraag. Hier gaat het er uitsluitend om, dat zodanige in grondrechtsbepalingen of „uitlatingen” besloten liggende beginselen factoren zijn bij de bepaling van de inhoud van algemene begrippen in het privaatrecht.

Indien de indirecte privaatrechtelijke werking niet het bezwaar heeft van aantasting van de historische opzet van grondrechten en privaatrecht, dan is daarmee nog niet gezegd, het zij toegegeven, dat deze indirecte werking als geldend recht aanvaard dient te worden.

32. *Behoeft, situatie en beginselen*

In het voorgaande zijn drie argumenten besproken, die aangevoerd worden voor de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten nl. de behoefte aan rechtsbescherming, de situatie, waarvoor de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke werking gelden, en de grondrechten als algemene beginselen. Deze argumenten werden onvoldoende bevonden voor de directe werking. Voor de indirecte werking ligt de zaak anders.

De toenemende behoefte aan rechtsbescherming van de burger tegenover zijn medeburgers of organisaties van hen is op zichzelf geen reden indirecte privaatrechtelijke werking aan te nemen. Het is echter wel een factor, die tezamen met andere factoren een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten naar geldend recht aanvaard moet worden. Daartoe draagt evenzeer bij de omstandigheid, dat de verhouding van burger tot overheid en die van de burgers onderling niet los van elkaar gezien kunnen worden. Hier is, zoals gezegd, sprake van – schematisch gezien – een driehoeksverhouding. Deze situatie heeft de strekking tot „contact” te leiden tussen de regels, die beide verhoudingen beheersen. In dezelfde

⁸⁵ Zie echter Leisner blz. 357 e.v.

richting werkt de omstandigheid, dat de grondrechten positiveringen zijn van beginselen, die gegrond zijn op de autonome ontplooiing van de menselijke persoonlijkheid, die de gehele maatschappij beheersen en die naar hun aard absoluut zijn.

Voegt men daaraan toe, dat het privaatrecht gegrond is op deze zelfde beginselen en dat verscheidene publiekrechtelijk werkende grondrechten privaatrechtelijke complementen hebben, zie bijv. art. 2 EV en art. 1406 BW, art. 1 Protocol I bij EV en art. 625 BW, dan ligt de indirecte privaatrechtelijke werking als principieel aanvaardbare mogelijkheid voor de hand.

33. *Indirecte privaatrechtelijke werking als verkapte directe privaatrechtelijke werking of geen privaatrechtelijke werking*

Thans zullen enkele bezwaren tegen de indirecte werking worden behandeld welke afkomstig zijn van voorstanders van de directe werking.

Als bezwaar tegen indirecte privaatrechtelijke werking is aangevoerd, dat deze werking geen zelfstandige betekenis heeft. Het resultaat van de toepassing van de algemene begrippen van het privaatrecht is hetzij een geval van directe privaatrechtelijke werking, hetzij in het geheel geen privaatrechtelijke werking⁸⁶.

Dit bezwaar miskent de indirecte privaatrechtelijke werking, welke leidt van publiekrechtelijk werkend grondrecht naar beginsel van hogere orde en vervolgens naar algemeen privaatrechtelijk begrip. Slechts indien het publiekrechtelijk werkend grondrecht de positivering is van een beginsel van hogere orde en dat beginsel van hogere orde strekt tot positivering ook in de verhouding van de burgers onderling en indien dat beginsel deel uitmaakt van het betreffende algemene privaatrechtelijke begrip, is er sprake van indirecte privaatrechtelijke werking. Wie de werkwijze van de indirecte privaatrechtelijke werking volgt, zal als resultaat verkrijgen nu eens privaatrechtelijke werking dan weer geen privaatrechtelijke werking van grondrechten. Dat tast echter de zelfstandigheid van de indirecte werking niet aan.

⁸⁶ Zie Leisner blz. 369, Gallwas blz. 64 en Lewan blz. 596.

34. *Willekeur en rechtsonzekerheid*

Voorts is als bezwaar tegen de indirecte privaatrechtelijke werking aangevoerd, dat deze werking tot willekeur en rechtsonzekerheid leidt, omdat de privaatrechtelijke werking afhankelijk wordt van het oordeel van de rechter in het bijzonder omtrent de inhoud van de algemene begrippen van het privaatrecht ⁸⁷.

Inderdaad leidt de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten ertoe, dat het uiteindelijk gaat om een vraag van inhoudsbepaling van begrippen als goede zeden enz. door de rechter. Juist is voorts, dat men tevoren niet steeds weet hoe dat oordeel zal uitvallen. Het aangevoerde bezwaar richt zich in wezen niet tegen de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten, maar tegen het bestaan van algemene begrippen in het privaatrecht. Dat de algemene begrippen in het privaatrecht hun bestaansrecht hebben bewezen, behoeft geen betoog. Voorts kan tegen dit bezwaar aangevoerd worden, dat het alternatief, nl. de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten, hetzij de autonomie van de burger in zijn grondslagen aantast hetzij een belangenafweging meebrengt, die tot een even grote willekeur en rechtsonzekerheid leidt als de gewraakte indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten ⁸⁸.

35. *Inconsequentie*

Aangevoerd is ook, dat de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten consequenter zou zijn dan de indirecte werking, omdat de algemene begrippen van het privaatrecht toch „gevoed” moeten worden vanuit de grondrechten zelf ⁸⁹. Het komt mij voor, dat dit bezwaar van inconsequentie te weinig oog heeft voor het privaatrecht. Uit een oogpunt van de grondrechten is de directe privaatrechtelijke werking misschien consequenter, maar het privaatrecht heeft historisch gezien zijn eigen systeem op de grondslag van de autonomie van de burger met als – algemene – beperkingen de algemene begrippen van het privaatrecht, zoals goede zeden en openbare orde.

Uit een oogpunt van het privaatrecht, en het gaat om de

⁸⁷ Zie Leisner blz. 370 e.v.

⁸⁸ Zie Lewan blz. 599.

⁸⁹ Zie Meuwissen, Oost-West 1968, blz. 386.

privaatrechtelijke werking van grondrechten, schijnt de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten consequenter, daargelaten in hoeverre consequentie een factor behoort te zijn bij de uitleg van het geldende recht.

36. *Conclusie omtrent geldend recht*

De conclusie is, dat de principiële vraag of de grondrechten in beginsel werking in het privaatrecht kunnen hebben, bevestigend beantwoord moet worden.

De technische vraag naar de wijzen van privaatrechtelijke werking is in deze zin te beantwoorden, dat privaatrechtelijke werking door wetgeving rechtens mogelijk is en de voorkeur verdient, met als aanvulling de eveneens mogelijke indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg.

37. *Ius constituendum*

In het voorgaande vindt men beschouwingen over het geldende recht. Deze vormen de grondslag voor het antwoord, dat thans gegeven zal worden op de aan prae-adviseurs gestelde vraag: dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de privaatrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke? Deze vraag valt uiteen in een primair deel en een subsidiair deel. Bij de beantwoording zal voorts onderscheiden moeten worden tussen directe en indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg. Eerst zal de vraag naar de wenselijkheid van de directe privaatrechtelijke werking onder het oog gezien worden.

38. *Onwenselijkheid van directe privaatrechtelijke werking door uitleg*

Naar mijn mening is het niet wenselijk, dat directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door uitleg verwezenlijkt wordt. Ter rechtvaardiging van deze mening worden hierna een aantal bezwaren tegen de invoering van zodanige privaatrechtelijke werking behandeld.

39. *Autonomie in het privaatrecht*

In de eerste plaats valt een bezwaar te ontleenen aan de autonomie van de burger in het privaatrecht. Er is naar mijn mening geen aanleiding deze autonomie aan te tasten. Aan

dit bezwaar ware tegemoet te komen door beginselen aan te geven voor de botsing van de autonomie van de burger in het privaatrecht met de privaatrechtelijk werkende grondrechten, in de trant van de beginselen zoals die in bijv. art. 8 lid 2, art. 9 lid 2, art. 10 en art. 11 lid 2 EV gevonden worden.

Daarbij bedenke men, dat de autonomie van de burger in het privaatrecht een samenvatting is van een aantal vrijheden, zoals contractsvrijheid en testeevrijheid, gericht op de aan de burger toekomende algemene bevoegdheid zijn verhouding tot zijn medeburgers en organisaties van medeburgers in vrijheid te regelen. Voorts bedenke men daarbij, dat de botsing in het privaatrecht – van grondrechten met grondrechten – principieel verschillend is van die in het publiekrecht van overheidstaak met grondrechten. Tenslotte zij bedacht, dat de botsing in het privaatrecht complexer is dan in het publiekrecht. In het publiekrecht is steeds sprake van de botsing van de overheidstaak met grondrechten. In het privaatrecht is sprake van botsing van grondrechten met grondrechten. Deze botsing kan zich in veel meer vormen voordoen dan de botsing in het publiekrecht. Niet alleen kunnen de in de autonomie van de burger in het privaatrecht samengevatte contractsvrijheid en testeevrijheid met andere grondrechten botsen, doch ook deze andere grondrechten onderling, bijv. de vrijheid van meningsuiting met het recht op privacy.

Wil men tot beginselen komen omtrent deze botsingen, dan dient men te beseffen, dat de verschillende grondrechten niet dezelfde waarde hebben, zodat algemene, voor alle grondrechten geldende beginselen, waaraan de praktijk enig houvast heeft, niet te geven zijn.

Uit het voorgaande volgt, dat men, om aan voormelde bezwaren tegemoet te komen, twee richtingen kan kiezen. De eerste is, dat met betrekking tot elk privaatrechtelijk werkend grondrecht de botsing tot elk ander privaatrechtelijk werkend grondrecht in beginsel wordt geregeld. De tweede mogelijkheid is, dat een algemene bepaling wordt opgenomen, inhoudende dat een ieder verplicht is de betreffende grondrechten van anderen te eerbiedigen voorzover zulks verenigbaar is met andere in aanmerking komende grondrechten van de betrokken personen.

De eerste oplossing – een regeling in beginsel van de botsing

van elk privaatrechtelijk werkend grondrecht met elk ander privaatrechtelijk werkend grondrecht – is moeilijk. Het zal grote moeite kosten algemene beginselen voor de afweging van de telkens in aanmerking komende grondrechten vast te stellen.

De tweede oplossing verplaatst de moeilijkheid naar de rechter, die zelf in concrete gevallen deze beginselen zal moeten vinden en toepassen.

40. Taak van de rechter

Aanvaardt men directe privaatrechtelijke werking van grondrechten in een van de beide zojuist bedoelde richtingen, dan betekent zulks, dat de burgerlijke rechter de taak verkrijgt de privaatrechtelijk werkende grondrechten te positiveren met het oog op concrete aan hem voorgelegde gevallen.

Het is naar mijn mening onwenselijk de rechter een dergelijke taak van „politieke rechtsvorming” toe te delen. Er zij aan herinnerd, dat er verschil bestaat tussen de positivering van privaatrechtelijk werkende grondrechten en het oordeel omtrent hetgeen de goede zeden, de maatschappelijke zorgvuldigheid of de goede trouw meebrengen. Dat – laatste – oordeel heeft als grondslag het algemeen menselijke of hetgeen in de maatschappij in brede kring leeft. De positivering van privaatrechtelijk werkende grondrechten zal de rechter veelal in politieke controversen betrekken. Hij zal zich moeten bezighouden met de uitleg en waardering van privaatrechtelijk werkende grondrechten, welke ook tot de taak van de wetgever behoren en over welke ook de politieke partijen en de publiciteitsmedia standpunten zullen vormen en tot uiting brengen. In beide gevallen kan men van positivering spreken. Het verschil schuilt echter in de objecten van positivering. In het geval van de privaatrechtelijk werkende grondrechten wordt het object gevormd door de grondrechten, die ook door de wetgever gepositiveerd dienen te worden. Bij de algemene begrippen van het burgerlijk recht wordt het object gevonden in het algemeen menselijke, zoals dat vervat is in goede zeden, maatschappelijke zorgvuldigheid, goede trouw enz.

Een ander bezwaar, dat tegen de rechtsvormende taak van de rechter op de grondslag van directe privaatrechtelijke werking van grondrechten valt aan te voeren, is gelegen in

de omstandigheid, dat de rechter het overzicht over het geheel mist, welk overzicht de wetgever in ruimere mate bezit. De rechter heeft tot taak over één geval te oordelen. De positivering van de rechter van privaatrechtelijk werkende grondrechten zal veelal toegespitst worden op het te berechten geval. Dat behoeft niet af te doen aan het resultaat waartoe de rechter komt, integendeel, doch wel zal de algemene geldigheid van de door de rechter gegeven motivering in de vorm van positivering van het privaatrechtelijk werkende grondrecht dientengevolge in twijfel getrokken worden.

Tenslotte is een bezwaar tegen de rechtsvormende taak, die de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten meebrengt, dat de rechter de outillage mist, die de wetgever bij de positivering van privaatrechtelijk werkende grondrechten ter beschikking staat. Deze outillage bestaat o.m. uit de mogelijkheid aan organisaties en instanties van velerlei aard adviezen te vragen, de mogelijkheid deze adviezen ten departemente te doen verwerken en tenslotte de mogelijkheid het ontwerp van wet in de Staten-Generaal te toetsen en te wijzigen. De rechter staat een dergelijke outillage niet ten dienste. Ook daarom is het ongewenst, dat de rechter de rechtsvormende taak zou verkrijgen, die de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten meebrengt.

Naar mijn mening verdient het de voorkeur de rechtsvorming op de grondslag van de grondrechten, ook in het privaatrechtelijke vlak, over te laten aan de wetgever. De taak van de rechter behoort te blijven het ingrijpen ingeval de wetgever tekort schiet en de normen van het algemeen menselijke of van hetgeen in de maatschappij in brede kring leeft geschonden worden. Deze taak brengt in concreto mee, dat de rechter algemene begrippen zoals goede zeden en maatschappelijke zorgvuldigheid op aan hem voorgelegde gevallen zal moeten toepassen.

Erkend wordt, dat de bezwaren, die hiervóór zijn opgesomd en aanvaard met betrekking tot de rechtsvormende taak van de rechter op de grondslag van de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten, ten dele evenzeer gelden voor de rechtsvormende taak van de rechter uit hoofde van de toepassing van algemene begrippen als goede zeden en maatschappelijke zorgvuldigheid. Deze laatste rechtsvormende taak is echter historisch gegroeid. Bovendien is er geen reden de rechtsvormende taak van de rechter uit te breiden, zo aan

de uitvoering van de bestaande taak reeds bezwaren verbonden mochten zijn.

41. *Wettelijke mogelijkheden voor directe privaatrechtelijke werking door uitleg*

Zou men ondanks het voorgaande tot directe privaatrechtelijke werking door uitleg wensen te komen, dan zijn er naar mijn mening in beginsel vier mogelijkheden.

De eerste is een algemene wettelijke bepaling, welke ertoe strekt, dat een of meer grondrechten directe privaatrechtelijke werking hebben, een bepaling in de trant van art. 14 wet AB. Een tweede mogelijkheid is, dat een of meer bepalingen in Gw, waarin grondrechten zijn neergelegd, een zodanige inhoud verkrijgen, dat duidelijk is, dat zij naast publiekrechtelijke werking ook privaatrechtelijke werking hebben. Voorts valt te denken aan het opnemen in Gw of wetboeken van grondrechten van het privaatrecht, waaronder persoonlijkheidsrechten. Deze zullen voor een deel het privaatrechtelijke complement van de publiekrechtelijk werkende grondrechten vormen. Een laatste mogelijkheid is, dat ten aanzien van bepaalde grondrechten concrete regelingen worden gegeven van de botsing van een grondrecht met een ander grondrecht.

42. *Algemene bepaling*

Te denken ware aan een algemene bepaling, waarin uitgesproken wordt, dat alle of bepaalde grondrechten ook direct privaatrechtelijk werken.

Meuwissen is van oordeel⁹⁰, dat een aanknopingspunt voor de derdenwerking van de grondrechten in het privaatrecht gevonden zou kunnen worden in art. 9 van de Inleidende Titel op het Ontwerp BW luidende: „Een bevoegdheid, die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met de geschreven of ongeschreven regels van het publiekrecht”.

Daargelaten of dat voordeel juist is, brengt zulks de oplossing van het probleem niet nader. Immers, het gaat erom of de publiekrechtelijk werkende grondrechten ook privaatrechtelijk werken. Daarover geeft bedoeld art. 9 geen uitsluitel.

⁹⁰ Zie R.M. Themis 1967, blz. 417.

Overigens biedt art. 14 wet AB reeds een aanknopingspunt als door Meuwissen bedoeld⁹¹. Alleen Kranenburg wekt misschien de indruk tot een directe privaatrechtelijke werking van grondrechten te komen. Hij komt daartoe langs de weg van art. 14 wet AB doch op grond van zijn opvatting omtrent de grondrechten.

Wil men directe privaatrechtelijke werking van grondrechten door een algemene bepaling tot geldend recht maken, dan zal de wetgever of de grondwetgever zich duidelijker moeten uitspreken dan in het ontworpen art. 9 van de Inleidende Titel op het Ontwerp BW. Overigens is een algemene bepaling, als zojuist bedoeld, te minder aanvaardbaar, omdat daarin bezwaarlijk de botsing van de verschillende grondrechten geregeld zal kunnen worden.

43. *Wijziging van Gw*

De tweede mogelijkheid tot verwezenlijking van directe privaatrechtelijke werking is, dat bepalingen in Gw, waarin grondrechten zijn neergelegd, een zodanige inhoud verkrijgen, dat duidelijk is, dat zij naast publiekrechtelijke werking ook privaatrechtelijke werking hebben.

Afgezien van de algemene bezwaren tegen verwezenlijking van directe privaatrechtelijke werking van grondrechten, verdient deze oplossing de voorkeur boven de eerste, omdat de beginselen omtrent botsing van grondrechten met minder moeite in deze oplossing zijn op te nemen.

Meuwissen heeft in Oost-West 1968 blz. 386 noot 47 gepleit voor een zodanige formulering van grondrechten, „dat de rechter de mogelijkheid wordt geboden daaraan derdenwerking toe te kennen”. Dat schijnt mij niet aanvaardbaar. De wetgever of de grondwetgever behoren hier een beslissing te nemen. Zij mogen deze niet overlaten aan de rechter.

44. *Grondrechten van het privaatrecht*

Het opnemen van grondrechten van het privaatrecht, los van de publiekrechtelijk werkende grondrechten, als persoonlijk-

⁹¹ Zie Struycken blz. 167 e.v., Kranenburg, Ned. Staatsrecht 8e druk, blz. 498 e.v., van der Pot-Donner blz. 458 e.v., van der Hoeven, De plaats van de Grondwet, blz. 197 en Boukema, Enkele aspecten, blz. 142.

heidsrechten, biedt het voordeel, dat de formulering gemakkelijker kan worden aangepast aan de verhouding, waarvoor het privaatrechtelijk werkend grondrecht geldt, nl. die van burger tot medeburger of organisatie van medeburgers. Overigens gelden voor deze oplossing de algemene bezwaren tegen directe privaatrechtelijke werking van grondrechten, als hiervóór uiteengezet.

45. *Concrete regeling*

De laatste mogelijkheid is, dat ten aanzien van bepaalde grondrechten een concrete regeling wordt gegeven van de botsing van een grondrecht met een ander grondrecht.

Deze mogelijkheid ligt op een ander vlak dan de eerder besproken mogelijkheden. In deze mogelijkheden werd telkens bereikt, dat de betreffende grondrechten directe privaatrechtelijke werking zouden verkrijgen. Eventueel zouden de beginselen omtrent de botsing van de in aanmerking komende grondrechten worden toegevoegd. Bij de thans aan de orde zijnde mogelijkheid wordt gedacht aan concrete regelingen, zoals mede in art. 170 lid 1 Gw, gelijk dat door de jurisprudentie wordt geïnterpreteerd, en art. 9 lid III tweede zin van de Grondwet van de Duitse Bondsrepubliek zijn neergelegd. Tegen deze mogelijkheid bestaat geen bezwaar. Concrete regelingen overeenkomstig deze mogelijkheid zijn echter geen bepalingen volgens welke een of meer grondrechten in het algemeen directe privaatrechtelijke werking verkrijgen, welke privaatrechtelijk werkende grondrechten dan nog positivering behoeven. Deze concrete regelingen zijn positiveringen. De bepaling, dat men een andere berechting dan die van de gewone rechter kan kiezen en aldus afstand kan doen van het recht op de rechter die de wet aanwijst, en de bepaling, dat afstand van coalitievrijheid nietig is, zijn naar mijn mening bepalingen die in hetzelfde vlak liggen als de bepaling, dat de man beneden 18 jaren en de vrouw beneden 16 jaren geen huwelijk mogen aangaan, zie art. 86 BW, als positivering van het recht om te huwen, zie art. 12 EV, en de bepalingen van de artt. 625-638 BW, als positivering van het recht op eigendom, zie art. 1 Protocol I van EV.

In wezen gaat het bij deze gevallen om privaatrechtelijke werking door wetgeving. In de bedoelde gevallen van art. 170 lid 1 Gw en art. 9 lid III tweede zin van de Grondwet

van de Bondsrepubliek Duitsland bestaat er voor de rechter geen positiveringstaak ten aanzien van een grondrecht meer. De positivering is reeds door de grondwetgever verricht.

46. *Ius constituendum en indirecte privaatrechtelijke werking door uitleg*

Hiervóór is betoogd, dat tegen indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten naar geldend recht geen bezwaar bestaat. Hiervóór is voorts betoogd, dat directe privaatrechtelijke werking van grondrechten in het algemeen naar geldend recht niet aanvaard kan worden en de iure constituendo onwenselijk is. Deze onwenselijkheid is betoogd o.m. aan de hand van de rechtsvormende taak van de rechter, die de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten meebrengt, en de bezwaren, die daaruit voortkomen. De slotsom was, dat de rechtsvormende taak, die de directe privaatrechtelijke werking van grondrechten meebrengt, aan de wetgever overgelaten dient te worden.

Deze negatieve conclusie zal nu – met betrekking tot de taak van de rechter – in positieve zin worden aangevuld. De taak van de rechter is het in voorkomende gevallen, waar behoefte aan rechtsbescherming bestaat en de wetgever op zich laat wachten, in te grijpen op de grondslag van de normen van het algemeen menselijke of hetgeen in de maatschappij in brede kring leeft, gelijk een en ander tot uitdrukking komt in algemene begrippen als goede zeden, openbare orde, maatschappelijke zorgvuldigheid enz. In dergelijke gevallen zal de wetgever vervolgens, d.w.z. nadat de rechter op de zojuist bedoelde grondslag geoordeeld heeft, veelal een wettelijke regeling tot stand brengen als positivering van een privaatrechtelijk werkend grondrecht, welke wettelijke regeling wellicht zal afwijken van het standpunt van de rechter.

47. *Voorbeelden van ingrijpen van de rechter*

Thans zullen enkele voorbeelden worden gegeven van ingrijpen van de rechter, welke nadien gevolgd zijn door wetsontwerpen en wetten. In deze gevallen ontstond de noodzaak van een wettelijke regeling van een bepaald onderwerp en heeft de rechter op de grondslag van de algemene begrippen van het privaatrecht binnen de grenzen van de hem geboden mogelijkheden een – voorlopige – oplossing gegeven.

48. *Recht van wederwoord*

Aangenomen wordt wel – zij het niet onbetwist – dat de burgerlijke rechter naar geldend recht bevoegd is een persorgaan of omroeporganisatie te veroordelen een wederwoord of rectificatie naar aanleiding van een mededeling van dat persorgaan of die omroeporganisatie op te nemen. De grondslag daarvoor pleegt gevonden te worden in een onder omstandigheden aan te nemen plicht van maatschappelijke zorgvuldigheid of in een vorm van schadevergoeding anders dan in geld dan wel een maatregel tot het voorkomen van verdere schade. In al deze gevallen wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheden van artt. 1401 en 1402 BW, o.m. van het algemene begrip maatschappelijke zorgvuldigheid⁹².

Algemeen wordt de behoefte gevoeld het recht van wederwoord wettelijk te regelen, omdat de realisering langs de weg van artt. 1401 en 402 BW niet volledig bevredigt. Een en ander heeft geleid tot art. 6.3.19 van het Ontwerp nieuw BW en art. 38 van de Omroepwet, waarin een recht op rectificatie is neergelegd.

De grondslag van het recht op wederwoord of het recht op rectificatie – op de verschillen in terminologie en op de verschillende vormen wordt hier niet nader ingegaan – is onder meer de vrijheid van meningsuiting van de burger tegenover pers- en omroeporganen als organisaties van medeburgers. Andere grondslagen zijn het beginsel audi et alteram partem en het recht op eer en goede naam. Wat de vrijheid van meningsuiting betreft, is van belang, dat de ontwikkeling van pers en omroep er toe heeft geleid, dat de burger niet in vrijheid met woord en geschrift zijn medeburgers kan bereiken en op de wijze als de pers- en omroeporganen dat doen. Daarom bestaat er behoefte aan een „right of access”⁹³.

Bij de realisering van het recht van wederwoord, hetzij als indirecte privaatrechtelijke werking van de vrijheid van meningsuiting door uitleg hetzij als privaatrechtelijke werking van bedoelde vrijheid door wetgeving, dient gelet te

⁹² Zie Langemeyer, NJB 1938, blz. 469 e.v. en NJB 1961, blz. 93, Bloembergen, NJB 1964, blz. 379 e.v., Boukema, Enkele aspecten, blz. 168 e.v., De Mey, Het recht van wederwoord, blz. 44, Aubel blz. 152, vgl. ook Onrechtmatige daad II-129 e.v., zie echter ook Toelichting ontwerp nieuw BW op art. 6.3.19.

⁹³ Zie van der Pot-Donner blz. 459 en Barron, Access to the press – a new first amendment right Harvard law Review, vol. 80 blz. 1641 e.v.

worden op de grondrechten van andere burgers of organisaties van medeburgers. Ten deze zijn wel genoemd het recht van eigendom en de contractsvrijheid⁹⁴. Daarnaast speelt vanzelfsprekend een rol de vrijheid van handelen die pers en omroep nodig hebben voor een behoorlijke vervulling van hun taak.

De realisering van het recht van wederwoord door de rechter biedt uitkomst, zolang de wetgever niet ingegrepen heeft. Een wettelijke regeling verdient de voorkeur.

49. *Recht op privacy*

Het recht op privacy staat de laatste jaren in de algemene belangstelling. De rechtspraak heeft, voorzover geen bijzondere wettelijke bepalingen bestonden, langs de weg van art. 1401 BW oplossingen gevonden, die de behoefte aan rechtsbescherming bevredigen.

Het handelen van hem, die een microfoon aan het huis van zijn buurman had aangebracht, waarop een bandrecorder was aangebracht, met het gevolg, dat de ten huize van de buurman gevoerde gesprekken konden worden gehoord en opgenomen, werd onrechtmatig geacht. Zie Pres. Rb Breda 1 juni 1965 NJ 1965 no. 337. De motivering van deze uitspraak is belangwekkend, omdat de president tot een aan eiser toekomend recht althans tot een hem beschermende zorgvuldigheidsnorm komt op grond van art. 172 Gw en de artt. 692 e.v. BW. Ofschoon een beroep op art. 8 EV hier niet misstaan zou hebben en misschien zelfs voor de hand gelegen had, wijst de gegeven motivering toch op begrip voor de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten⁹⁵. Ofschoon deze uitspraak het rechtsgevoel bevredigt, heeft men hier toch een taak voor de wetgever gezien, mede op grond van de bevindingen van de vergadering van NJV in 1965. Zulks heeft geleid tot het ontwerp van wet houdende enige bepalingen ter bescherming tegen het met een technisch hulpmiddel afluisteren en opnemen van gesprekken, Hand. II bijl. 1967-1968-9419, 2. Het betreft hier een aantal strafbepalingen. In de hier gebezigde terminologie zijn deze bepalingen voorbeelden van indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten door wetgeving.

⁹⁴ Zie de Mey blz. 25 en Barron blz. 1668.

⁹⁵ Zie nog Aubel blz. 28 e.v.

Het recht op privacy is voorts het onderwerp van twee andere wetsontwerpen, namelijk omtrent nadere regels ter bescherming van het telefoongeheim en omtrent enige tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer strekkende strafbepalingen betreffende afbeeldingen van personen. Zie Hand. II 1966-1967-8911, 2 en Hand. II bijl. 1967-1968-9649, 2.

In de memorie van toelichting op het laatste ontwerp wordt de vraag behandeld of de persoonlijke levenssfeer, voorzover deze bij afbeeldingen van personen aan de orde is, voldoende beschermd wordt door de Auteurswet 1912 en door „de mogelijkheden die het civiele recht biedt in artikel 1401 BW”. Het resultaat is, dat twee strafbepalingen voorgesteld worden, welke beperkt zijn tot afbeeldingen van personen gemaakt in een woning of een niet voor het publiek toegankelijk lokaal. Daarnaast blijft, ook op het stuk van afbeeldingen van personen, een ruim gebied open voor indirecte privaatrechtelijke werking van het recht op privacy, gelijk neergelegd in art. 8 EV. Pres. Rb Alkmaar 2 juni 1967 NJ 1967 no. 284 oordeelde over een geval – in verband met de film „Ongewijde Aarde” – dat buiten de grenzen van het genoemde wetsontwerp viel. Hij achtte de betreffende gedraging onrechtmatig. In zijn vonnis mist men elk spoor van indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten.

50. *Onbekendheid*

De zojuist behandelde voorbeelden uit de rechtspraak laten, wat de resultaten betreft, een aanvaardbare wijze van rechtsvorming zien. Deze wijze van rechtsvorming zou nog versterkt en verdiept kunnen worden, indien de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten daaraan bewust ten grondslag gelegd zou worden.

De betrekkelijke onbekendheid van deze indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten – vooral bij de privaatrechtelijke juristen – moge nader geadstrueerd worden aan de hand van de volgende voorbeelden.

De Handelingen van de vergadering van NJV in 1965 over de vraag: „Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaar maken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende?” laten, zowel wat de prae-adviezen als de discussie betreft, duidelijk zien, dat de indirecte privaatrech-

telijke werking van grondrechten, gelijk vervat in EV, toen onder de Nederlandse juristen niet aanvaard werd en als verschijnsel ook nauwelijks de aandacht trok.

Ofschoon de prae-adviseurs EV, waarin het recht op privacy in art. 8 voorkomt, vermelden⁹⁶, worden daaraan praktisch geen consequenties verbonden in de zin van directe of indirecte privaatrechtelijke werking. Van Veen vermeldt slechts, dat art. 12 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, overgenomen in art. 8 van EV, zich ook laat lezen als „een bepaling die iets zegt over de verhouding tussen de burgers”, blz. 106.

Van de sprekers, die aan de discussie deelnamen, memoreerde alleen Cohen Jehoram EV, waarbij hij zei: „Onze wetgeving biedt hier voldoende uitkomst met de artikelen 1401 BW en art. 8 van de Conventie van Rome tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, een misschien nog onvoldoende bekend bestanddeel van het Nederlandse positieve recht”⁹⁷. Daarbij doelde de spreker, als ik het goed zie, in het bijzonder op onvoldoende bekendheid bij beoefenaren van het privaatrecht⁹⁸.

Dat de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten niet in de belangstelling van de privaatrechtelijke juristen staat, blijkt ook, wanneer men de bedoelde prae-adviezen en de daarop gevolgde discussie beziet tegen de achtergrond van het bevestigende antwoord „met overgrote meerderheid” van de vergadering op het eerste vraagpunt: „Dient het briefgeheim ook tegenover particulieren te worden beschermd”⁹⁹.

Het aldus gegeven bevestigende antwoord doet de vraag rijzen of de gedachtengang naar voren is gebracht, dat indirecte privaatrechtelijke werking van art. 173 Gw, waar het briefgeheim kennelijk publiekrechtelijk geregeld is, ten deze uitkomst zou kunnen bieden. Als ik het goed zie, is dat gebeurd door de prae-adviseurs noch door de sprekers¹⁰⁰. Het praktisch ontbreken van de gedachtengang van de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten is te opvallen-

⁹⁶ Zie Hand. NJV 1965 I blz. 18 en 105.

⁹⁷ Zie Hand. NJV 1965 II blz. 25.

⁹⁸ Zie ook van Emde Boas blz. 68.

⁹⁹ Zie Hand. NJV 1965 II blz. 49.

¹⁰⁰ Zie de Brauw, Hand. NJV 1965, I blz. 16 en II blz. 40, van Veen I blz. 116, 122 en 138.

der, omdat de behoefte aan rechtsbescherming met betrekking tot de persoonlijke sfeer als gevolg van de technische ontwikkeling gedurende de laatste decennia algemeen gevoeld wordt.

Ook wanneer men de litteratuur raadpleegt met betrekking tot de nietigheid van overeenkomsten, waarbij de vrijheid van godsdienst in het geding is – wegens strijd met de goede zeden, vgl. artt. 1371 en 1373 BW – blijkt dat de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten weinig aandacht heeft. Bij Asser-Rutten, derde deel II, blz. 203 wekt het opschrift: „Overeenkomsten omtrent onvervreembare rechten” enige verwachtingen, doch in de daarop volgende voorbeelden worden de grondrechten niet vermeld. Hofmann-van Opstall, Verb. recht, achtste druk I blz. 387 schrijft naar aanleiding van het standpunt, dat men zich in het algemeen niet door een obligatoire overeenkomst kan ontdoen van de vrijheid om al of niet een bepaalde geloofsovertuiging te belijden: „... voor de geloofsvrijheid zou men misschien een aanknopingspunt kunnen vinden in art. 181 van de Grondwet, doch ook zonder deze wetsbepaling zouden overeenkomsten waarbij iemand zich die vrijheid benam, o.i. nietig moeten worden geoordeeld wegens een met de goede zeden – als men wil zelfs: met de openbare orde – strijdige oorzaak”. Hetzelfde beeld biedt Petit, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, 1920, vooral blz. 148 e.v.

In enige moderne beschouwingen over de vrijheid van godsdienst in het privaatrecht worden de grondrechten soms wel vermeld, evenwel zonder dat de werkwijze van de indirecte privaatrechtelijke werking bewust gehanteerd wordt. Van Nispen tot Sevenaer, Het grensgebied tussen geoorloofde en ongeoorloofde beperkingen der gewetensvrijheid, WPNR 4084 blz. 209 schrijft: „Het beginsel der geloofs- en gevoelsvrijheid is er een dat ons land, dat Nederland... dierbaar is. Vandaag aan de dag is de gewetens- en de godsdienstvrijheid een van de fundamentele beginselen van onze staatsorde. Wij hebben waarachtig geen Declaration of Human Rights nodig om dit recht aan iedere burger zonder uitzondering toe te kennen”¹⁰¹.

Petit, De godsdienst in de rechtstoepassing, R.M. Themis 1951, blz. 306 e.v., oordeelt, dat in ons recht, „zo moet art. 174 Grondwet wel worden verstaan”, drieërlei vrijheid is

¹⁰¹ Zie ook Snee, WPNR 4095.

gewaarborgd: vrijheid van geloofsbelijdenis, vrijheid van geloofskeuze en vrijheid tot ongodsdienstigheid. „Deze theoretisch vooropgestelde vrijheden vinden hun praktische verwezenlijking in de onderscheiden rechtsbetrekkingen, waarin de mens terzake van zijn godsdienst komt te staan jegens zijn medemensen”. Vervolgens bespreekt de schrijver allerlei problemen en de oplossingen, die in sommige gevallen de rechter, in andere gevallen de wetgever heeft gegeven. Niet duidelijk wordt hoe Petit de eerste groep oplossingen gezien heeft, mogelijk als indirecte privaatrechtelijke werking van de vrijheid van godsdienst volgens Gw.

Kamphuisen, Godsdienst en vermogensrecht, WPNR 4409 en 4420, zie ook WPNR 4420, Verz. werk blz. 424 e.v. en blz. 437 e.v., brengt in zijn inleiding, waar hij betoogt dat het algemeen bekend is, dat de godsdienst een rol speelt in bepaalde onderdelen van het recht, in herinnering, dat Gw de vrijheid van godsdienst waarborgt, zonder daaraan voor het door hem behandelde vermogensrecht uitdrukkelijk consequenties te verbinden.

De omstandigheid, dat rechters en schrijvers dikwijls het verband tussen grondrechten en privaatrecht niet leggen, betekent geenszins, dat de concrete oplossingen, waartoe zij in hun beslissingen en beschouwingen komen, minder juist zouden zijn. In het algemeen kan men bepaald niet zeggen, dat de Nederlandse rechters en schrijvers in het privaatrecht blind zijn voor de belangen, die in het publiekrecht als grondrechten worden aangeduid¹⁰². Uit het voorgaande blijkt dat reeds. Het inzicht in de samenhang van grondrechten en privaatrecht zou echter verdiept kunnen worden.

51. *Geen wettelijke regeling*

In het licht van het voorgaande rijst nu de vraag of met betrekking tot de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten een wettelijke regeling gewenst is, en, zo ja, welke.

De gegevens zijn de volgende. Tegen indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten bestaat naar geldend recht geen bezwaar. In zoverre is er geen behoefte aan een wettelijke regeling. Indirecte privaatrechtelijke werking van grond-

¹⁰² Zie E. von Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, blz. 37 noot 64.

rechten is een gewenste werking tot het verkrijgen van rechtsbescherming van de burger tegenover zijn medeburgers en organisaties van medeburgers. Voorts is indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten een vrij onbekende en onaanvaarde werking. Uit hoofde van deze beide omstandigheden zou een wettelijke regeling denkbaar zijn, niet met het doel de rechter nieuwe mogelijkheden te openen doch wel om hem ertoe te brengen van de bestaande mogelijkheden een beter gebruik te maken. Daarbij ware te denken aan een bepaling van de volgende inhoud: „De rechter zal bij de vaststelling van de inhoud van algemene begrippen acht slaan op de beginselen, die aan de grondrechten, gelijk neergelegd in Gw en verdragen, ten grondslag liggen”. Misschien zou men zelfs moeten denken aan een nog ruimere bepaling: „De rechter zal bij de vaststelling van de inhoud van het privaatrecht acht slaan op de beginselen, die aan de grondrechten, gelijk neergelegd in Gw en verdragen, ten grondslag liggen”.

Naar mijn mening is het niet gewenst dergelijke wettelijke bepalingen tot stand te brengen. Daardoor wordt niet bereikt, dat de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten een levende werkelijkheid wordt. Dat doel is veeleer te bereiken, doordat de wetenschap deze werking aanvaardt en verbreidt. Aan de hand van de resultaten van de wetenschap zal de rechterlijke macht de indirecte privaatrechtelijke werking van grondrechten dan tot gelding kunnen brengen, in afwachting, zo nodig, van nadere regelingen bij de wet in concrete gevallen. Aldus wordt naar mijn mening principieel en technisch de meest gewenste rechtsbescherming verkregen.

Mijn antwoord op de aan prae-adviseurs gestelde vraag: „Dient de wet bijzondere regelen te geven ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?” is derhalve: neen.

Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten en, zo ja, welke?

Prae-advies van Prof. Mr. J. M. Polak

INHOUD

	blz.
1. De vrijheid van godsdienst	71
2. De vrijheid van vereniging	74
3. De vrijheid van huwen	76
4. Voorlopige conclusies	77
5. Staatsrechtelijke standpunten	80
6. Wettelijke mogelijkheden	83
7. Eigen standpunt	86
Lijst van enige literatuur	92

**Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien
van de civielrechtelijke werking van de grondrechten en,
zo ja, welke?**

Pracadvies van Prof. Mr. J. M. Polak

1. De vrijheid van godsdienst

De vergadering waarin de praeadviezen van de Nederlandse Juristen-Vereniging van 1969 zullen worden behandeld, zal worden gehouden te Arnhem. De schrijver van dit tweede praeadvies over de civielrechtelijke werking van de grondrechten mag daarom wel aanvangen met een voorbeeld dat ontleend is aan de jurisprudentie van het aldaar zetelende hoogste rechterlijke college in pachtzaken.

De Protestantse Vereniging „Maatschappij tot bevordering van welstand, voornamelijk onder landlieden” te Breda heeft aan G. Hoogers een hoeve te St. Oedenrode, genaamd „de Dommelhoeve” verpacht. In het pachtcontract is opgenomen de volgende clause: de pachter is verplicht als lid der Protestantse Kerkelijke gemeente te zijner woonplaats, gedurende de duur der pachtovereenkomst mede te werken tot bereiking van het doel der voornoemde maatschappij volgens haar Reglement en die Kerkelijke gemeente tot steun te strekken; ingeval de pachter daarin mocht in gebreke blijven, zal de verpachtster gerechtigd zijn de ontbinding der overeenkomst in rechte te vorderen¹. Nadat Hoogers met zijn gehele gezin is overgegaan naar de Jehovahgetuigen en hem het lidmaatschap van de Nederlandse Hervormde Kerk is ontnomen, vordert de verpachtster de ontbinding van de

¹ Een clause die nog steeds in overeenkomsten van deze verpachtster wordt aangetroffen. Trouwens ook in andere pachtovereenkomsten kwam ik soortgelijke bedingen tegen. Overigens nemen ze, zo is mijn indruk, in aantal af. Daartoe zal ook wel bijdragen dat de grondkamers bij de goedkeuring ze in de ban doen. In een niet gepubliceerde uitspraak van 26 juni 1956 van de grondkamer Noord-Holland werd goedkeuring onthouden aan de bepaling „de schoolgaande kinderen moeten naar de neutrale bijzondere school te de Purmer hun opleiding genieten” omdat „daardoor de mogelijkheid zou kunnen ontstaan, dat de geestelijke vrijheid van de pachter zou worden aangetast” hetgeen minder goede pachtverhoudingen zou kunnen veroorzaken.

pachtvereenkomst. De Pachtkamer van het Kantongerecht Eindhoven is van oordeel dat het onderhavige beding nietig is aangezien daardoor de godsdienstige gewetensvrijheid ernstig in het gedrang komt en ontzegt de eis.

De Pachtkamer van het Gerechtshof te Arnhem is het hiermee eens en bekrachtigt het vonnis. In het arrest van 25 oktober 1948, N.J. 1949 no. 331, P. 1062 wordt o.m. overwogen:

dat toch bij het beding de pachter een verplichting wordt opgelegd, die hij bij veranderde, daarmede strijdige geloofsovertuiging niet langer kan nakomen, waardoor dan conflict ontstaat tussen die overtuiging en genoemde verplichting; dat mitsdien het beding inderdaad de geloofs- en gewetensvrijheid aantast;

0. dat hetgeen appellante tot staving van haar grief heeft aangevoerd haar niet kan baten; dat toch het Hof het bestaansrecht der Maatschappij die wil waken „voor het Protestantisme in Nederland, waar dit gevaar loopt verdrongen te worden en die werkzaam wil zijn inzonderheid door instandhouding van kleinere Protestantse gemeenten en door bevordering van haar welstand” geenszins in twijfel wenst te trekken, doch een doel, hoezeer alleszins geoorloofd, het maken van een beding, waarvan de ontoelaatbaarheid hierboven is uiteengezet, niet kan rechtvaardigen; dat ook niet ter zake doet, dat geïntimeerde zich destijds zonder enige dwang bij bedoelde bepaling heeft neergelegd, daar de instemming van partijen bij het maken van een beding op de al dan niet nietigheid daarvan niet van invloed is.

Deze beslissing vond al spoedig bestrijding. In het W.P.N.R. van 30 april 1949 (no. 4084) zette C. M. O. van Nispen tot Sevenaer uiteen dat de nietigheid van het beding veel te absoluut was geformuleerd². P. W. Kamphuisen in zijn artikel „Godsdienst en vermogensrecht” van 1955 kwam tot de conclusie dat van geval tot geval zal moeten worden onderzocht of dergelijke bedingen toelaatbaar zijn waarbij mede in aanmerking moeten worden genomen de redelijke belangen van beide partijen³.

² Zie ook K. Snee, W.P.N.R. 4095.

³ W.P.N.R. 4409 en 4410, ook opgenomen in verzameld werk (1963), p. 424-439.

Het Hof heeft overigens in andere beslissingen die de vrijheid van godsdienst raken, wèl blijk gegeven niet onvoorwaardelijk alle beperkingen af te wijzen. In de procedure tot verlenging van de pachtovereenkomst wordt nog al eens van de zijde van de verpachtende kerkelijke instantie bezwaar gemaakt tegen verlenging omdat de pachter niet of niet meer lidmaat is. Het valt op dat in deze jurisprudentie slechts bij uitzondering beroep wordt gedaan op het grondrecht van vrijheid van godsdienst ⁴. Trouwens ook in de Dommelhoeve-zaak is dat niet gedaan, de vermelding van art. 174 (thans art. 181) is van de redakteur die de uitspraak heeft „gekopt”. In de beide zaken waarin de Pachtkamer van het Kanton-gerecht Sommelsdijk de pachtovereenkomst had verlengd omdat de wens van de Diakonie om aan een ander, wel lid van de kerk, te kunnen verpachten onaanvaardbaar en in strijd met „de door de Grondwet gewaarborgde vrijheid van godsdienstige mening” was, heeft het Hof in alle nuchterheid de belangen afgewogen. Wel behoort „bij de beoordeling van de vraag of naar billijkheid een pachtovereenkomst behoort te worden verlengd, de wens van een kerkelijke instelling om toebehorend land aan leden van haar kerk te verpachten in het algemeen in aanmerking te worden genomen” maar daartegenover staan de belangen van de pachter bij behoud van het gepachte. In casu bleken de belangen van de pachter de doorslag te geven (arresten 24 juni 1958, N.J. 1959 no. 473, P. 1950 en 15 november 1958, N.J. 1959 no. 472, P. 1988), maar het kan ook anders aflopen (Hof Arnhem 26 mei 1953, P. 1528) ⁵.

Ook elders komt men botsingen van de vrijheid van godsdienst ⁶ met privaatrechtelijke begrippen en instellingen tegen. Zo kunnen erflaters door uiterste wilsbeschikkingen de erfenamen, legatarissen of lastbevoordeelden beperken in die

⁴ Wèl Hofmann-van Opstall, p. 387: „... voor de geloofsvrijheid zou men misschien een aanknopingspunt kunnen vinden in art. 181 van de Grondwet”.

⁵ Zie verder Houwing, De Pachtwet, no. 461: Verlenging en lidmaatschap Kerk, waaraan nog toe te voegen Hof Arnhem 23 april 1956, N. J. 1956 no. 566, P. 1797 en 15 september 1961, P. 2304 alsmede Pachtkamer Sneek 3 februari 1954, P. 1687. Voorts P. de Haan, Pachtrecht (1969), p. 79-81.

⁶ Omvattend de vrijheid de godsdienstige mening die men heeft, ook te belijden, de vrijheid van geloofskeuze en de vrijheid tot ongodsdienstigheid. Aldus Ch. Petit, De godsdienst in de rechtstoepassing, R.M. Themis 1951, p. 307.

vrijheid. Hoe ver mogen zij daarmee gaan? Ook hier weer oplossingen die aan de Grondwet voorbijgaan en met de bijzondere omstandigheden rekening houden al komen ook algemene overwegingen voor, zoals in het arrest van de Hoge Raad van 21 juni 1929, N.J. 1929, p. 1325 dat o.m. inhoudt dat voor de ouders de doop van hun kinderen een zaak is die zij vrijelijk overeenkomstig hun godsdienstige overtuiging behoren te beslissen zonder dat overwegingen van geldelijke aard daarbij invloed mogen uitoefenen⁷.

Een ander terrein van toepassing wordt gevormd door de jurisprudentie over de buitensporigheden als grond voor scheiding van tafel en bed (art. 288 B.W.). Vóór het aangaan van het huwelijk kunnen afspraken worden gemaakt over de uitoefening van de godsdienst door de echtgenoten en hun kinderen. Worden die afspraken niet nageleefd dan kan daarin onder omstandigheden een buitensporigheid worden gezien. Maar het kan ook zijn dat moet worden uitgemaakt dat de vrijheid van godsdienst prevaleert. Noch het een noch het ander heeft in abstracto voorrang. Beroep op de Grondwet wordt niet gedaan⁸.

Tenslotte kan de interessante discussie over de rechtspositie van de in- en uittredende kloosterling ook in het licht van dit grondrecht worden geplaatst. Dat gebeurt overigens niet⁹.

2. *De vrijheid van vereniging*

Art. 3 van de instructie voor de studenten aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen bepaalde – en bepaalt – dat studenten niet bevoegd zijn een vereniging te vormen of enige openbare feestelijkheid of betoging te organiseren zonder

⁷ Goed geschakeerd is de uitspraak van de Residentierechter van Batavia dd. 10 december 1935, Ind. T.v.h.R. 143, 561 waarbij als een geldige dringende reden van ontslag werd beschouwd het aangaan van een burgerlijk huwelijk door een R.K. dienstmeisje dat in dienst was bij een R.K. opvoedingsgesticht terwijl zij wist dat het huwelijk volgens de kerkelijke wetten niet kerkelijk voltrokken kon worden.

⁸ Men zal nog onderscheid kunnen maken tussen afspraken over de godsdienst van de echtgenoten zelf en die van de kinderen (Rechtbank Amsterdam 6 mei 1921, N.J. 1922, p. 121). Zie verder het kaartstelsel van de N.J. ad art. 288 B.W.

⁹ Laatstelijk A. M. Vermeer in Weekblad voor fiscaal recht van 2 januari 1969, no. 4927 die H. C. F. Schoordijk, W.F.R. nos. 4862-4863 bestrijdt.

verlof van de Rector Magnificus. Een voorschrift dat J. von Schmid in 1924 tot een korte beschouwing bracht waarin hij strijd met de in art. 9 van de Grondwet opgenomen vrijheid van vereniging constateerde (W. 11149). Het opstel wekte de toorn op van de Nijmeegse hoogleraar J. van der Grinten. Met verwijzing naar de beschouwingen van Struycken waarvan de bestudering de schrijver „vermoedelijk van verdere aberraties op dit punt zal terughouden” poneert Van der Grinten (W. 11152)

Dat echter een *vrijwillig* aanvaarde beperking van de persoonlijke vrijheid ongrondwettig zoude zijn is geheel in strijd met de betekenis der vrijheidsrechten in het Nederlandse Staatsrecht. Deze hebben immers geen andere strekking dan om de vrijheidssfeer van het individu tegenover de overheid te begrenzen, in dien zin, dat de verschillende overheidsorganen zich van inbreuken zullen onthouden. Deze rechten zijn nog geheel gebaseerd op het oude dualisme van overheid en onderdaan, waarop ook de systematiek van onze Grondwet nog voor een goed deel berust. In het waarborgen van de *staatsrechtelijke* positie van den „onderdaan” ligt het wezen der vrijheidsrechten. Zij scheppen derhalve een onthoudingsplicht van de overheid, doch daarmee is hun constitutionele betekenis uitgeput; zij vormen dus met name geen beletsel voor het individu om contractueel over het gebruik zijner vrijheid te beschikken.

Het lag voor de hand dat von Schmid in zijn wederwoord in W. 11156 de zwakke plek in dit betoog aanwees. Was hier sprake van een *vrijwillig* aanvaarde beperking van de verenigingsvrijheid? Die vraag kon ook gesteld worden in een eerdere discussie. Tegenover de mening van J. A. Levy dat als in strijd met art. 9 Grondwet verboden zou zijn de overeenkomst waarbij een van de partijen (bijv. de werknemer) het recht is ontzegd lid van een bepaalde vereniging te zijn of te blijven, stelde A. P. Th. Eijssel het tegendeel (W. 7514, 7516, 7518 en 7522 van het jaar 1901).

Sindsdien is wel het een en ander gebeurd met de vrijheid van vereniging¹⁰. Belangrijk is vooral dat de wetgever inci-

¹⁰ Daarover mijn preadvies over De vrijheid van vereniging in het Nederlandse recht voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1968, opgenomen in het binnenkort verschijnende Jaarboek XI van deze Vereniging.

denteel heeft ingegrepen. Art. 1 lid 3 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst van 1927 verklaart nietig het beding waarbij een werkgever verplicht wordt leden van een bepaalde vereniging niet dan wel uitsluitend in dienst te nemen. En de negatieve verenigingsvrijheid – de vrijheid om zich niet te verenigen en te organiseren – wordt door de wetgever gewaarborgd in de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten van 1937. Art. 2 lid 5 sluit namelijk van de verbindendverklaring uit bepalingen die ten doel hebben (b) dwang uit te oefenen op werkgevers of arbeiders om zich bij een vakvereniging van werkgevers of arbeiders aan te sluiten of (c) een ongelijke behandeling van georganiseerden en ongeorganiseerden teweeg te brengen.

3. *De vrijheid van huwen*

Ging het tot nog toe over de civielrechtelijke werking van twee grondrechten die al vanouds als zodanig bekend staan en in onze Grondwet geregeld worden, thans enkele opmerkingen over een grondrecht dat betrekkelijk nieuw is. Art. 12 van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 1950 (zgn. verdrag van Rome) verklaart dat mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht hebben te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen ¹¹.

Ook zonder een in grondwet of verdrag neergelegd voorschrift mag worden uitgegaan van een burgerrechtelijk beginsel van vrijheid van huwen. In de artikelen 85, 113 en 142 B.W. kan men daarvoor de steunpunten vinden ¹². Rechtspraak en doctrine maken ook ernst met dit beginsel zonder overigens andere beginselen te veronachtzamen. Ook hier is weer geen sprake van een bepaalde en vaste rangorde maar wordt beslist naar de omstandigheden ¹³. Illustratief in

¹¹ Een kernrecht dat volgens Meuwissen, proefschrift, p. 455 zeker in aanmerking komt om in particuliere rechtsverhoudingen te werken.

¹² Hofmann-Van Opstall, p. 387.

¹³ Rb. Middelburg 16 november 1949, N.J. 1951 no. 72 vindt de overeenkomst tussen samenwonende mede-erfgenamen dat bij vrouwen van één de eigendom zal verblijven aan de overigen niet „een ontoelaatbare inbreuk op de vrijheid van het huwelijk . . .”. De be-

dit verband vind ik het antwoord van Meijers op een rechtsvraag in W.P.N.R. 4112 (1949).

B. was tot erfgenaam benoemd onder de bepaling dat de erfstelling zou vervallen indien hij niet voor zijn 45e jaar zou huwen. Is een dergelijke ontbindende voorwaarde geldig? Meijers onderscheidt. Aansluitend bij een aanwijzing in die richting in de vraag zelf spreekt hij als zijn mening uit dat de voorwaarde niet in strijd met de goede zeden zal zijn, indien de bedoeling van de erflater met de voorwaarde de erfgenaam tot een betere levenswijze aan te sporen, kan worden bewezen¹⁴.

Het loont de moeite de Nederlandse opvattingen met die van andere landen te vergelijken. In grote lijnen stemmen de resultaten overeen¹⁵.

4. *Voorlopige conclusies*

Men kan, meen ik, uit het voorgaande al wel enkele voorlopige conclusies ten aanzien van de doorwerking van grondrechten in ons positieve privaatrecht trekken. Conclusies die worden bevestigd door de – schaarse – gegevens die verder her en der te vinden zijn.

In de eerste plaats blijkt zelden of nooit met zoveel woorden beroep te worden gedaan op de in de Grondwet of andere documenten neergelegde grondrechten. In aanvulling op de

paling dat de uitkering na echtscheiding zal vervallen bij een opvolgend huwelijk van de vrouw is door Rb. Rotterdam 29 september 1930, N.J. 1931, p. 262 als in strijd met de goede zeden nietig geoordeeld, omdat „de vrouw door deze bepaling in de uitvoering van een eventueel voorgenomen huwelijk kan worden belemmerd of verhinderd”; hierover wordt thans veelal anders gedacht, zoals blijkt uit de herhaalde voorstellen om in het B.W. te bepalen dat door hertrouwen van de gerechtigde echtgenoot de verplichting tot het verschaffen van levensonderhoud vervalt. In al deze discussies speelt een rol de mogelijkheid van concubinaat. Voor oude jurisprudentie zij verwezen naar het proefschrift van Ch. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden*, Leiden, 1920, p. 220-225.

¹⁴ Aldus ook Petit, t.a.p. p. 224/5: „De voorwaarde dat men niet ongehuwd zal blijven zal in den regel wel geldig zijn, als strekkende om in de kosten van het gezinsleven tegemoet te komen, of een losbandig mensch tot een ordelijk bestaan te brengen”.

¹⁵ Voor Frankrijk zie het fraaie artikel van André Huet, *Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques*, *Revue trimestrielle de droit civil*, LXV, 1967, p. 45-81 waarin overigens met geen woord over de conventie wordt gesproken. Voor de civielrechtelijke derdenwerking moet men ook niet bij de zelfgenoegzame franse civilisten – noch bij de beoefenaren van het staatsrecht – zijn.

reeds aangevoerde gegevens vermeld ik nog de volgende. Als de President van de Rechtbank Breda in zijn kort geding vonnis van 1 juni 1965, N.J. 1965 no. 337 het gebruik van een af luisterinstallatie onrechtmatig acht als in strijd met de onschendbaarheid van de woning, vermeldt hij wel art. 172 Grondwet maar niet art. 8 van het Verdrag van Rome. Ook in de zaak van de film „Ongewijde aarde” ten aanzien waarvan de President van de Rechtbank Alkmaar heeft beslist dat de maker was tekort geschoten in respect voor een bepaalde overledene en diens op de begrafenis aanwezige familie, mist men een beroep op art. 8 van dit verdrag (2 juni 1967, N.J. 1967 no. 284) ¹⁶.

Daar staat tegenover dat wel in privaatrechtelijke beschouwingen en rechterlijke uitspraken bepaalde beginselen ten tonele worden gevoerd. We erkennen – in meer of mindere mate – civielrechtelijke beginselen als vrijheid van huwen, vrijheid van eigendom ¹⁷, contractsvrijheid ¹⁸, testeervrijheid, vrijheid van beroep en bedrijf ¹⁹, vrijheid van dienstbetrekking ²⁰ enz. Erg scheutig met openlijke erkenning en beklemtoning zijn we overigens niet. Vooral de rechtspraak is kennelijk huiverig zich te algemeen uit te spreken. Toch durven zo nu en dan rechters – vooral presidenten in kort geding! – het aan een beginselverklaring uit te spreken. Zoals deze: dat wij immers van oordeel zijn, dat het Nederlandse recht geen bepaling kent, die in het algemeen de vrijheid van een ieder om zelf te bepalen met wie hij wenst te contracteren beknót

¹⁶ Wordt wat als grondrecht zou kunnen worden aangemerkt, afgewezen dan ligt de verzwijging meer voor de hand. Zo Kant. Zaandam 18 december 1952, N.J. 1953 no. 428: gegronde reden tot ontslag op staande voet omdat en in zoverre de oprichting van en deelneming aan het vredescomité Bijenkorf gedragingen opleveren die uitgaan boven een gepaste vrije meningsuiting.

¹⁷ Verg. W. J. Slagter, Juridische en economische eigendom, rect-rede, 1968.

¹⁸ De positieve omvat de vrijheid om te contracteren met wie men wil, wat men wil en hoe men wil (de vormvrijheid), de negatieve houdt in dat men vrij is om niet te contracteren. Verg. Hofmann-Van Opstall, p. 414.

¹⁹ J. Peters, Vrijheid van bedrijf, S.E.W. 1959, p. 129-156 en 169-199 behandelt de staatsrechtelijke en privaatrechtelijke aspecten van dit „grondrecht” rechtsvergelijkend en bespreekt jurisprudentie.

²⁰ H. L. Bakels, Privaatrechtelijke belemmeringen van de vrije keuze van dienstbetrekking, N.J.B. 1962, p. 725 e.v. en H. J. Hommes, Burgerlijke vrijheid en dwangsom in arbeidsverhoudingen, N.J.B. 1962, p. 801 e.v. en 829 e.v.

en dit met zich brengt, dat in het algemeen ook de vrijheid bestaat om een gesloten contract te beëindigen (President Rechtbank 's-Gravenhage 14 juli 1965, NJ 1966 no. 152) of: dat het in beginsel aan een ieder vrijstaat om naar eigen verkiezing te bepalen met wie men wenst te contracteren, weshalve de weigering om zulks te doen allerm minst onrechtmatig is (President Rechtbank Rotterdam 25 maart 1966, N.J. 1966 no. 419).

De derde voorlopige conclusie mag zijn dat nog al eens de grondrechten en de privaatrechtelijke beginselen botsen. De vrijheid van godsdienst kwam in de Dommelhoef-zaak in conflict met de contractsvrijheid. De testeervrijheid zal niet steeds de vrijheid van huwen – nu daargelaten of men deze als een grondrecht of een burgerrechtelijk beginsel moet beschouwen – kunnen ontzien, en omgekeerd. Toen een boekverkoper (grossier) de tegenover de Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels aanvaarde verplichting om geen boeken te verkopen aan niet-erkende handelaren aanvocht op grond van strijd met de vrijheid van meningsuiting, neergelegd in art. 7 Grondwet en art. 10 van het Verdrag van Rome, maakte het Hof Amsterdam bij arrest van 11 april 1963, N.J. 1964 no. 25 uit dat geen enkele regel van geschreven of ongeschreven recht zich verzet tegen deze vrijwillig aanvaarde beperking van de vrije meningsuiting. Met andere woorden, het beginsel van de contractsvrijheid kreeg voorrang.

We komen hiermee op de vierde voorlopige conclusie. Bij botsing van beginselen en/of grondrechten moet een keuze worden gedaan. Daarbij beslist niet een te voren vastgestelde rangorde maar moet worden rekening gehouden met alle bijzondere omstandigheden van het geval. Daardoor zal nu eens dit dan weer dat beginsel zegepralen.

Tenslotte mag worden vastgesteld dat de beslissingen mees-tentijds worden herleid tot bepaalde privaatrechtelijke wetsbepalingen als de artikelen 935, 1290, 1371, 1373 en 1401 B.W. en 14 A.B. Dit past in het beeld van de rechtsvinding die zoveel mogelijk steeds op wetsbepalingen terug valt. Men kan het ook anders zeggen. Door en dank zij deze bepalingen lijkt de behoefte aan een zekere erkenning van grondrechten in het privaatrecht niet of nauwelijks aanwezig ²¹.

²¹ Hofmann-Van Opstall kan dan ook aan zijn hierboven reeds vermelde uitlating over art. 181 van de Grondwet dat een aankno-

5. *Staatsrechtelijke standpunten*

Tot dusver weten we iets van de privaatrechtelijke aspecten van de derdenwerking. In vogelvlucht en met voorbehoud is geschetst op welke wijze de grondrechten in het privaatrecht een rol kunnen spelen. We moeten nu het probleem van de andere zijde benaderen en onder ogen zien wat de staatsrechtelijke standpunten zijn.

Uitgangspunt kan daarbij zijn het betoog van Van der Grinten dat aansluit bij dat van Struycken²². Daarin is de traditionele opvatting van de grondrechten als waarborgen van de burger tegen de overheid duidelijk neergelegd. Tegenover die opvatting staan beschouwingen die, met alle onderlinge verscheidenheid, hierin overeenstemmen dat zij aan de grondrechten een ruimere werking toekennen. Daar in het eerste praeadvies daarop al is ingegaan, mag ik hier wel volstaan met slechts die algemene opmerkingen die mij voor een juist begrip van mijn betoog noodzakelijk lijken.

Er zijn verschillende redenen waarom de derdenwerking van de grondrechten aktualiteit heeft gekregen. In de eerste plaats is de betekenis van de grondrechten zelf sterk toegenomen. De herdenking in 1968 van het twintigjarig bestaan van de Universele verklaring van de Rechten van de Mens heeft ons dat, voor zover we het nog niet wisten, nog eens goed ingescherpt. Niet alleen realiseren we ons steeds meer dat grondrechten belangrijk zijn, we zijn er ook van doordrongen dat we ze loyaal en ruim moeten toepassen. Het is daarom niet toevallig dat juist in Duitsland dat na de tweede wereldoorlog met zoveel elan zich op de grondrechten heeft geworpen, de leer van de *Drittwirkung* is ontwikkeld.

Deze leer heeft nog van andere kant een impuls gekregen. We zijn gaan inzien dat de voorstelling dat de burger alleen tegen de overheid beschermd moet worden, te simpel is. De overheid treedt immers in vormen op die haar niet steeds direct als overheid herkenbaar maken. Zij kan voor haar

pingspunt kan bieden voor de erkenning van de godsdienstvrijheid toevoegen: „ook zonder deze wetsbepalingen zouden overeenkomsten waarbij iemand zich die vrijheid benam, o.i. nietig moeten worden geoordeeld wegens een met de goede zeden – als men wil zelfs: met de openbare orde – strijdige oorzaak”. In het proefschrift over de goede zeden van Petit komt men de verschillende grondrechten tegen.

²² Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden, 1915, p. 150 e.v.

doeleinden gebruik maken van privaatrechtelijke rechtsvormen als stichting, vereniging en naamloze vennootschap en daarbij op steeds weer andere manieren haar invloed doseren²³. Het zou irreal zijn niet door het uiterlijk heen te kijken. Dat mijn mede-praeadviseur juist in de Televizierzaak gepoogd heeft de horizontale werking van de grondrechten – i.c. het grondrecht vrijheid van nieuwsgaring als onderdeel van de vrijheid van meningsuiting – bij de Hoge Raad ingang te doen vinden, kan men begrijpen als men zich realiseert dat hij als advocaat van Televizier streed tegen de omroeporganisaties die in haar structuur duidelijk publiekrechtelijke elementen vertonen²⁴.

Ook als alle sporen van overheidsinvloed ontbreken, kan er alleszins reden zijn kritisch de verhouding van organisaties tot individuen te bezien. In het privaatrecht is een proces van collectivering²⁵ in ontwikkeling dat in verschillende opzichten er toe leiden moet niet steeds de traditionele privaatrechtelijke leerstukken toe te passen. Het kan aantrekkelijk en doelmatig zijn bepaalde verworvenheden van het publiekrecht over te brengen naar het privaatrecht²⁶. Trouwens in het algemeen vervagen de grenzen tussen beide rechtsgebieden²⁷. Voor wat ons onderwerp betreft, ziet men dat in het overlopen van grondrechten in beginselen. Een aanvaardbaar onderscheid is bijna niet te maken²⁸. Wat maakt het ook uit of de vrijheid van huwen een grondrecht dan wel een algemeen beginsel wordt genoemd. De waarborging van de eigendom kan men zowel in het privaatrecht (art. 625 B.W., art. 5.1.1 ontwerp nieuw B.W.) als in het publiekrecht (art. 165 Grondwet, art. 1 van het Eerste Protocol bij de Europese conventie) vinden. Men ziet het ook

²³ Ik schreef hierover onder de titel „Overheid, organisatie en rechtspersoon” in R.M. Themis, 1960, p. 528-552.

²⁴ In zijn arrest van 25 juni 1965, N.J. 1966 no. 115 is de Hoge Raad aan een beslissing op dit punt niet toegekomen.

²⁵ W. C. L. van der Grinten, *Collectivering in het privaatrecht*, rede Nijmegen, 1957.

²⁶ Ik denk bijv. aan de marginale toetsing waarover laatstelijk – weer – is geschreven door P. Borst, W.P.N.R. 5024-5027.

²⁷ Daarom kan Leisner, p. 404, terecht zeggen dat „die Drittwirkungsproblematik im letzten erwächst aus der Fragwürdigkeit einer absoluten Grenzziehung zwischen hoheitsrechtlichen und privatrechtlichen Rechtsverhältnissen”.

²⁸ Verg. het recente opstel van H. J. Hommes, Iets over rechtsbeginselen, N.J.B. 1968, p. 1089 e.v. en 1113 e.v., speciaal p. 1093.

in de aanvaarding van grondrechten (beginselen) die niet meer specifiek publiek- of privaatrecht zijn, zoals het gelijkheidsbeginsel²⁹.

Deze ontwikkelingen zijn van de laatste tijd. Ze zijn zeker niet afgesloten, worden vaak nog onvoldoende opgemerkt en botsen met traditionele opvattingen. Typische kenmerken van een overgangssituatie. Juist omdat we ons daarin bevinden, kan moeilijk worden staande gehouden dat een directe civielrechtelijke werking van de grondrechten al als geldend recht mag worden beschouwd. Ten hoogste mag worden gesteld dat we naar die situatie toegroeien. Dat is, zie ik goed, het standpunt van Meuwissen als hij opmerkt dat het de strekking van de Europese conventie kan worden „het individu ook in zijn verhouding tot anderen een zekere minimum-bescherming toe te kennen. De conventie oefent op dit punt een zwakke normerende werking uit. Een groei- en ontwikkelingsproces is aan de gang”³⁰. Deze visie zou men met enige goede wil ook nog wel voor onze eigen Nederlandse grondrechten zoals ze in de Grondwet zijn neergelegd, kunnen verdedigen.

Noch in het verdrag noch in onze Grondwet kan men behoorlijke argumenten voor de civielrechtelijke derdenwerking vinden. Zij zijn opgesteld met de verhouding van overheid tegenover individu voor ogen. Dat blijkt uit de gehele opzet³¹. En nu kan men wel de grondrechten herleiden tot zodanige waarden dat zij ook in particuliere verhoudingen niet kunnen worden gelochend³², maar men is dan wel in het stadium gekomen dat men eigenlijk niets meer zegt. In elk geval miskent men dan dat juist de overstap van publiekrecht in privaatrecht specifieke juridische problemen opwerpt, zoals de botsing van grondrechten en beginselen. Het is ook tekenend dat degenen die zo gemakkelijk de derdenwerking aanvaarden, nalaten zich met de toepassing en gevolgen bezig te houden.

²⁹ Verg. W. F. Prins, *Rechtsongelijkheid en willekeur*, Bestuurswetenschappen 1961, p. 129-148.

³⁰ Proefschrift, p. 211.

³¹ Hof 's-Gravenhage 23 november 1960, N.J. 1961 no. 501: ... de Grondrechten - derhalve ook art. 7 der Grondwet -, gezien hun karakter en de geschiedenis van hun ontstaan, ... uitsluitend beogen een waarborg te zijn voor de burgers tegenover de staat en zijn organen.

³² Th. A. M. van der Horst, *Ambtenaar en grondrechten*, diss. 1967, no. 265 met beroep op Van der Hoeven.

Ook in de geleidelijke ontwikkeling kan ik maar amper geloven. Ik meen dat de derdenwerking altijd een min of meer bewuste omzetting zal blijven. En het gaat er nu om wat wij in deze overgangssituatie daaraan moeten doen. Daar de N.J.V. — nog — steeds algemene vragen als deze in het alternatief: wet of niet plaatst, zullen we, er van uitgaande dat we in beginsel sympathiek moeten staan tegenover ruime toepassing van grondrechten, moeten nagaan op welke wijze de wetgever een zinvolle taak kan worden toegedacht. Maar we mogen en moeten de vrijheid nemen ook andere middelen dan de wetgeving op hun mogelijkheden te toetsen.

6. *Wettelijke mogelijkheden*

De bestaande internationale en nationale wetgeving zwijgt over de derdenwerking. Zou men daarin verandering willen brengen dan staan verschillende wegen open. Het lijkt mij overzichtelijk de volgende vierdeling te maken.

1. Algemene wettelijke bepalingen
 - a. staatsrechtelijk
 - b. privaatrechtelijk
2. Bijzondere wettelijke bepalingen
 - a. staatsrechtelijk
 - b. privaatrechtelijk

Voor een algemene staatsrechtelijke wetsbepaling zou, afgezien van de Europese conventie, de Grondwet het meest in aanmerking komen. Zij zou in algemene termen tot uitdrukking moeten brengen dat de grondrechten ook een zekere burgerrechtelijke gelding hebben. Men kan ook in het privaatrecht een algemeen wettelijk voorschrift opnemen. Te denken valt dan aan de suggestie van Meuwissen om art. 9 van de Inleidende Titel van het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, thans luidende „Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met de geschreven of ongeschreven regels van het publieke recht” om te bouwen³³. Denkbaar is voorts dat telkens bij de formulering van de afzonderlijke grondrechten in de Grondwet tevens aandacht wordt besteed aan de werking ook in privaatrechtelijke ver-

³³ In de speciale aflevering van R.M. Themis over de Proeve van een nieuwe Grondwet, 1967, p. 417.

houdingen. Daardoor zou in plaats van de wel erg rekbare omschrijving die voor een algemene bepaling nu eenmaal onvermijdelijk is, meer houvast kunnen worden geboden. Bovendien zou kunnen worden geprofiteerd van de ervaring opgedaan bij de toepassing van dat speciale grondrecht.

Een precedent is er al. Art. 170 van de Grondwet bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent. Daardoor wordt gewaarborgd dat de overheid geen buitengewone rechtbanken opricht en daaraan de burgers onderwerpt. Daarnaast heeft het artikel een privaatrechtelijke functie gekregen. De organisatie die haar leden of contractanten aan arbitrage of bindend advies wenst te onderwerpen en zo van de gewone rechter wil aftrekken, zal daarvoor de „wil” van die wederpartij nodig hebben. Overigens kan betwijfeld worden of de bescherming die het individu zo krijgt, wel erg effectief is. Door de jurisprudentie die geen bijzondere eisen aan die „wil” stelt, is het namelijk voor de organisaties niet moeilijk haar zin te krijgen ³⁴.

Dat dit stukje wettelijke derdenwerking in de Grondwet te vinden is, heeft uiteraard geen bijzondere betekenis. De bepaling had ook in de privaatrechtelijke wetgeving geplaatst kunnen zijn. Daarin komen sporadisch soortgelijke bepalingen voor. We hebben al voorbeelden ontmoet in de wet op de c.a.o. en de wet op het verbindend en onverbindend verklaren van c.a.o.'s. Er zijn er meer. Art. 12 van de Wet op de Coöperatieve Verenigingen bepaalt dat met behoud der vrijheid van uittreding uit de vereniging daaraan voorwaarden, in overeenstemming met haar doel en strekking, kunnen worden verbonden; een voorwaarde die verder gaat dan geoorloofd is, wordt in zoverre voor niet geschreven gehouden. Daarmee wordt aan de in art. 9 Grondwet neergelegde vrijheid van vereniging een werking in de privaatrechtelijke verhouding tussen vereniging en lid gegeven.

Dergelijke specifieke burgerrechtelijke wetsbepalingen zijn schaars. Men bedenke echter wel dat de artikelen 1371, 1373 en 1401 B.W. alsmede art. 14 wet A.B. ook de functie van derdenwerking kunnen vervullen en dit, zoals we reeds zagen, daadwerkelijk doen. Als grondrechten in enigerlei opzicht privaatrechtelijk invloed kunnen uitoefenen, geschiedt dat

³⁴ H.R. 27 oktober 1967, N.J. 1968 no. 3, zie ook N.J.B. 1968, p. 675.

meestentijds doordat ze getransformeerd worden in openbare orde, goede zeden of in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid. En deze invalspoorten blijken zo goed te voldoen dat de wetgever niet meer de behoefte voelt om nieuwe specifieke bepalingen te ontwerpen. Of, om het on aardiger te zeggen, de wetgever is blij er van af te zijn en laat het maar aan de rechter over.

Een recent voorbeeld vinden we in het ontwerp van wet tot uitvoering van het Internationaal Verdrag van New York van 7 maart 1966 inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie (Zitting 1967-1968-9724). Het ontwerp verstaat onder discriminatie elke vorm van onderscheid, elke uitsluiting, beperking of voorkeur, die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben, dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het openbare leven, wordt tenietgedaan of aangetast (art. 90 quater Wetboek van Strafrecht). Bij deze discriminatie – aldus de toelichting – moet in de eerste plaats aan handelwijzen van de overheid worden gedacht. De realisering van de menselijke rechten en vrijheden is immers in belangrijke mate van de overheid afhankelijk. Naar de opzet van het verdrag kunnen echter ook handelwijzen van anderen dan de overheid inbreuk maken op het genot van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden. Daarom zijn enkele strafbepalingen ontworpen. Daarnaast treffen we twee bepalingen van civielrechtelijke derdenwerking aan. Het al eerder genoemde art. 1 lid 3 van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst wordt aangevuld in die zin dat ook nietig is het beding waarbij een werkgever verplicht wordt arbeiders van een bepaald ras niet dan wel uitsluitend in dienst te nemen. Een nieuw art. 9a in de Wet economische mededinging komt verklaren dat een bepaling in een mededingingsregeling die strekt tot discriminatie van mensen wegens hun ras, onverbindend is. Voor het overige moet vertrouwd worden op algemene mogelijkheden, zoals art. 1401 B.W.: „Discriminerend gedrag van de individuele burger kan wellicht onder bepaalde omstandigheden ook grond opleveren voor een civielrechtelijke actie uit onrechtmatige daad.”

De strafrechtelijke bepalingen van het ontwerp die men ook in termen van derdenwerking of horizontale werking van

grondrechten kan omschrijven³⁵, hebben indirect weer civielrechtelijke werking. Hetgeen strafrechtelijk verboden is, zal immers civielrechtelijk onrechtmatig (in de zin van art. 1401) of nietig als bij de wet verboden (in de zin van art. 1373; verg. ook artt. 935 en 1290) zijn. In zoverre is er aanleiding de gehele strafrechtelijke derdenwerking bij de privaatrechtelijke in te lijven.

7. Eigen standpunt

Wat nu te denken van deze wettelijke mogelijkheden? Herhalende en weer vooropstellende dat het wenselijk is de in de grondrechten neergelegde algemene gedachten zoveel mogelijk in het privaatrecht te verwezenlijken, moet ik antwoord geven op de vraag of de wetgeving daarbij een probaat middel is.

De beantwoording wordt in sterke mate bepaald door de visie die men op de wetgeving in het algemeen heeft. Ik behoor tot degenen die aan de wetgeving op zichzelf slechts een bescheiden betekenis toekennen en haar steeds willen beschouwen in samenhang en samenspel met alle organen en personen die bij haar uitvoering en doorwerking betrokken zijn. Toegespitst op de rechtspraak meen ik dat het veelal doelmatig is de uitwerking en toepassing aan haar over te laten en daarom met ruime formuleringen in de wetgeving te volstaan. Overigens zal een dergelijke gedragslijn niet overal moeten worden gevolgd. Er zijn rechtsgebieden waar op gedetailleerde wetgeving kan en moet worden aangedrongen³⁶.

Moet deze algemene overweging reeds tot een zekere terughoudendheid leiden, er komt in de onderhavige situatie nog bij dat er amper sprake is van een zodanige omlijning van het terrein dat een wetgever enig houvast zou hebben. Dit geldt zeker voor algemene bepalingen in Grondwet of op andere plaatsen. Maar ook voor het ontwerpen van bijzondere bepalingen lijken de voorwaarden (nog) niet vervuld

³⁵ Over deze horizontale werking in strafrechtelijke zin Ch. J. Enschédé, *De rol van politie en justitie in het garanderen van de rechten van de mens*, in *De rechten van de mens*, Voordrachten Leiden 1968, p. 123 en 124.

³⁶ Zie mijn artikel in het aan Eggens in 1961 aangeboden afscheidsnummer W.P.N.R. 4701, speciaal p. 563.

te zijn. Er kan in elk geval niet worden gebruik gemaakt van de nodige ervaring, opgedaan in en door rechtspraak en doctrine. En dan ligt het voor de hand dat wordt voorgesteld van wetgeving af te zien en (voorlopig) voort te gaan met de incidentele oplossingen waarvan voorbeelden in de vorige paragrafen gegeven zijn.

Zo komt men tot een negatieve slotsom. De tijd is nog niet rijp. Het terrein kan nog niet worden overzien. Daarom geen beroep op de wetgever maar vertrouwen op rechtspraak en doctrine. Waaraan dan als zoethoudertje kan worden toegevoegd dat de ontwikkeling nauwlettend zal moeten worden gevolgd, de vinger aan de pols zal moeten worden gehouden, o.i.d.

Ik kan met deze conclusie geen vrede hebben. We zien voor de wetgeving hier geen taak en plaats. Maar wordt zo wetgeving niet teveel in een bepaalde, beperkte en traditionele zin opgevat? Mag wetgeving niet ook worden gebruikt als stimulans? Vormen juist de grondrechten niet bij uitstek een rechtsgebied waar de wetgever de spits moet afbijten?

We moeten inderdaad vaststellen dat de grondrechten zoals ze vooral in internationale regelingen maar toch ook nationaal (Duitsland bijv.) zijn geformuleerd, juist door hun (te) ruime redakties een heilzame invloed hebben kunnen uitoefenen. Weliswaar blijkt het bij de concrete toepassingen vaak nodig te zijn beperkingen en rechtsverfijningen aan te brengen maar het maakt toch wel een groot verschil of het uitgangspunt is een indrukwekkend of stoutmoedig³⁷ beginsel of dat stapje voor stapje moet worden voortgewerkt.

Met de privaatrechtelijke beginselen waarop de grondrechten kunnen botsen, is het eigenlijk niet anders. We hebben gezien dat de rechtspraak een duidelijke voorkeur heeft voor ad hoc beslissingen en principiële uiteenzettingen zoveel mogelijk uit de weg gaat. Dit is begrijpelijk en in zekere zin ook juist. De rechtspraak behoort geen leiding te geven aan de maatschappelijke ontwikkeling. Dat dient aan de wetgever te worden overgelaten.

³⁷ Zoals bijv. verdedigd in het derde cassatiemiddel in de procedure van H.R. 10 juni 1966, N.J. 1966 no. 390. De „rechtsbeginselen van menselijkheid (humaniteit/of naastenliefde) en van rechtvaardigheid en de (subjectieve) rechten van onschendbaarheid van eer en goede naam en van eerherstel (rehabilitatie)” vermochten de H.R. niet tot cassatie te vermurwen.

Maar ook daar worden we teleurgesteld. De ontwerpen voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek mogen in technisch-juridisch opzicht een fraai werkstuk vormen, de grondslagen, uitgangspunten en beginselen komen er nogal bekaaid af. Over de contractsvrijheid vinden we in boek 6 alleen maar een terloopse opmerking in de toelichting: Binnen de grenzen getrokken door de wettelijke bepalingen van dwingend recht, de goede zeden en de openbare orde, zijn partijen vrij om de inhoud en daarmee de rechtsgevolgen van hun overeenkomst naar goeddunken te bepalen. Dit volgt uit de opzet van het ontwerp, zoals deze in de titels 3.2 en 6.5 te lezen valt en uit het in het onderhavige artikel bepaalde³⁸. Dit artikel 6.5.3.1 bepaalt dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Even goed verstopt is de testeervrijheid. Bij de behandeling van boek 4 in de Tweede Kamer heeft het lid van de Kamer Th. A. Versteeg er een beroep op gedaan om de noodzaak van art. 4.1.3b lid 1³⁹ in twijfel te trekken. „Is de libera facultas testandi niet een zo elementaire bevoegdheid, dat daarvoor deze bepaling niet nodig is?”⁴⁰ Commissaris K. Wiersma gelooft daarin niet. „Wat de testeervrijheid in ieder rechtssstelsel omvat, kan niet zonder meer uit een natuurrechtelijk grondbeginsel worden afgeleid; het vloeit voort uit de daaromtrent gestelde regels, die allerlei verschillende beperkingen van die vrijheid kunnen bevatten.”⁴¹

Deze wijze van benadering die overigens niet alleen bij de ontwerpers van ons nieuwe B.W. kan worden aangetroffen maar symptomatisch is voor de gehele beoefening van het privaatrecht, zal wel aan een samenstel van factoren moeten worden toegeschreven. Bij de ontwerpers leeft vooral de vrees dat bij het in discussie brengen van de grondslagen en beginselen niet de overeenstemming zal worden bereikt die wel verkregen kan worden als enkel de technisch-juridische

³⁸ Toelichting, p. 759.

³⁹ Luidende: Een voor het openvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling is nietig, voor zover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen, welke hem krachtens dit Boek met betrekking tot die nalatenschap toekomen.

⁴⁰ Zitting 1965-1966, p. 33.

⁴¹ T.a.p., p. 118.

uitwerkingen worden aangeboden ⁴². In het algemeen staat bij civilisten de nauw bij wetsebepalingen aansluitende rechtstoepassing voorop en wordt een ruim gebruik van beginselen met argwaan bekeken ⁴³.

De vraag is echter of zo geen struisvogelpolitiek wordt bedreven. Men mag nog zo doordrongen zijn van de noodzaak alle bijzondere omstandigheden van het geval bij rechterlijke beslissingen het volle pond te geven, het valt niet te loochenen dat minstens zo belangrijk zijn de opvattingen over de beginselen. Het is bijna een gemeenplaats dat de goede zeden nu een andere inhoud hebben dan in het begin van deze eeuw ⁴⁴. Voor beginselen als contractsvrijheid, vrijheid van eigendom en testeervrijheid geldt hetzelfde. Maar zijn we ons dat steeds in alle opzichten bewust en leggen we daarvan wel behoorlijk rekenschap af? Bestaat niet het gevaar dat we door onze voorkeur voor het detail de kans missen tijdig de nodige veranderingen aan te brengen?

Ik meen dat dit gevaar niet denkbeeldig is. Een voorbeeld ter verduidelijking. We hebben gezien dat de vrijheid van huwen kan botsen met de testeervrijheid en ons voorlopig neergelegd bij de opvatting dat een algemene oplossing niet te geven is. Maar moet niet, met volledige erkenning van alle concrete relevante omstandigheden, toch een principiële keuze worden aangedurfd? Die zou dan zijn dat in de rangorde van waarden de vrijheid van huwen thans hoger wordt geplaatst dan de testeervrijheid ⁴⁵.

Een soortgelijke verschuiving treffen we ook aan in de recente beslissing van het Amerikaanse Hooggerechtshof van 17 juni 1968 inzake Joseph Lee Jones tegen Alfred H. Mayer Co. e.a. Laatstgenoemden hadden geweigerd Jones een huis te verkopen, uitsluitend op grond van het feit dat hij een neger was. Dit werd in strijd geacht met 42 U.S.C. § 1982, luidende: All citizens of the United States shall have the same rights, in every State and Territory, as is enjoyed by white citizens thereof to inherit, purchase, lease, sell, hold and convey real and personal property. Tot dusver was dit

⁴² Ten onrechte m.i. Eerder het tegendeel is het geval.

⁴³ In dit opzicht zouden we wel wat van de Duitse literatuur kunnen leren al lokken zwaarwichtige betogen als van Joachim Gernhuber, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, Ehe und Familie, 1960, p. 326-335, niet erg aan.

⁴⁴ Asser-Rutten, p. 197.

⁴⁵ Aldus met overtuiging Huet in zijn reeds vermelde artikel.

van 1866 daterende voorschrift steeds anders toegepast, namelijk in die zin dat alleen werd tegengegaan discriminatie waarbij de overheid in enigerlei opzicht betrokken was ⁴⁶. Nu slaat de bepaling ook op discriminatie tussen particulieren. Zij is daarmee, zoals in de dissenting opinion van rechter Harlan wordt uiteengezet, losgemaakt van de bedoelingen van de senatoren van 1866, een tijd „which emphasized personal freedom and embodied a distaste for governmental interference which was soon to culminate in the era of laissez-faire. It seems to me that most of these men would have regarded it as a great intrusion on individual liberty for the Government to take from a man the power to refuse for personal reasons to enter into a purely private transaction involving the disposition of property, albeit those personal reasons might reflect racial bias”.

De redenering van Harlan is vooral op de wordingsgeschiedenis gericht. Ook bij ons komt aan deze wijze van rechtsvinding grote betekenis toe. Voegt men daarbij dat onze rechtspraak zich ook sterk oriënteert op precedënten dan kan men begrijpen dat ik er niet helemaal gerust op ben dat we geen beroep op de wetgever doen ⁴⁷. Natuurlijk, als rechtspraak en wetenschap werkelijk willen, kan er al veel ten goede veranderen. Het is daarom in elk geval nodig dat de confrontatie van de grondrechten met het privaatrecht voortaan konsekvent aandacht krijgt. De doctrine zal de grondrechten moeten vertalen in civielrechtelijke beginselen en deze met de reeds bekende beginselen in een rangorde van waarden moeten plaatsen ⁴⁸. De rechtspraak zal er telkens op bedacht moeten zijn dat achter de concrete rechtsvragen grondrechten en beginselen kunnen schuil gaan en zij zal niet moeten schromen die in de uitspraken een ruime plaats toe te kennen.

Daarnaast zal echter, meen ik, ook de wetgever niet achter

⁴⁶ Voor de leer van de state action en de restrictive covenants zij verwezen naar de in de literatuurlijst vermelde werken van Ehmke, Hartman en Hausheer.

⁴⁷ Vooral tegen de goede zeden kijk ik met een flinke dosis scepsis aan. Ik geef in elk geval de voorkeur aan doorwerking van grondrechten.

⁴⁸ Daarbij zou met Günter Dürig, Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten, bundel Summum Jus Summa Iniuria, 1963, p. 84 de vuistregel kunnen worden opgesteld: Persongutwert geht vor Sachgutwert.

mogen blijven. Hij zal de ontwikkeling moeten stimuleren en de praktijk aanknopingspunten moeten bieden, bij voorkeur door een algemene wetsbepaling in de privaatrechtelijke wetgeving. Ik hoop dat ik voor dit denkbeeld in de vergadering steun zal krijgen.

Lijst van enige literatuur

- G. P. Aubel, Persoon en pers, 1968.
P. J. Boukema, De grondwet van Bonn, Socialisme en Democratie, 1969, blz. 761 e.v.
P. J. Boukema, Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland, 1966.
Th. C. van Boven, De volkenrechtelijke bescherming van de godsdienstvrijheid, 1967.
P. Calamandrei en P. Barile, Die Grundfreiheiten in Italien, Die Grundrechte I, 1, blz. 741 e.v.
J. L. H. Cluysenaer, De betekenis van sociale grondrechten, S.M.A. 1961, blz. 235.
H. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, 1961.
M. J. van Emde Boas, De invloed van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in de Nederlandse rechtsorde. Jaarboek X van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1965/1966, blz. 57 e.v.
Enneccerus - Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15e ed., 1959.
Ch. J. Enschedé, De rol van politie en justitie in het garanderen van de rechten van de mens, De rechten van de mens, 1968.
F. Ermacora, Die Grundrechte in Österreich, Die Grundrechte I, 1, blz. 155 e.v.
N. E. H. van Esveld, De sociaal-economische betekenis van de rechten van de mens, De rechten van de mens, 1968.
H. U. Gallwas, Der Missbrauch von Grundrechten, 1967.
W. Geiger, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, 1960.
Hartman, Constitutionally guaranteed civil rights as a limitation on private action, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 26, 1966, blz. 630 e.v.
H. Hausheer, Rechtsgleichheit - Due Process und Equal Protection, 1966.
G. Hekkelman, De betekenis van het Europees Sociaal Handvest, Rechten van de mens in perspectief, 1968.
E. von Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, 1965.
J. van der Hoeven, De plaats van de grondwet in het constitutionele recht, 1958.
J. van der Hoeven, De waarde van de grondwet, Preadvies Vereniging voor de Wijsbegeerte des Rechts, 1962.
Th. A. M. van der Horst, Ambtenaar en grondrechten, 1967.
H. Huber, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1955, blz. 173 e.v.
H. Huber, Die Grundrechte in der Schweiz, Die Grundrechte I, 1, blz. 201.

- W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960.
- K. M. Lewan, The significance of constitutional rights for private law: Theory and practice in Western Germany, *The international and comparative law quarterly*, 1968, blz. 571.
- H. Linders, Über die Frage der unmittelbaren Bedeutung der Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetz für der privatrechtlichen Rechtsverkehr, 1961.
- Von Mangoldt – Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, 2e ed. 1967.
- Maunz-Dürig, *Grundgesetz*, 2e ed. 1966.
- D. H. M. Meuwissen, De grondrechten in 1968, *Oost-West* 1968, blz. 376 e.v.
- D. H. M. Meuwissen, Het verdrag van Rome en de Nederlandse rechtspraak, *Rechten van de mens in perspectief*, 1968.
- D. H. M. Meuwissen, Grondrechten en rechtspraak in de Proeve, *R.M. Themis*, 1967, blz. 382.
- D. H. M. Meuwissen, *De Europese Conventie en het Nederlandse Recht*, 1968.
- J. P. Müller, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, 1964.
- Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, 1967.
- W. P. J. Pompe, in noot onder H.R. 22 maart 1960, *N.J.* 1960, no. 274.
- G. W. van der Pot, *Handboek van het Nederlands Staatsrecht bewerkt door A. M. Donner*, achtste druk 1968.
- W. F. Prins, *N.J.B.*, 1966, blz. 602.
- Proeve van een nieuwe grondwet.
- L. Raiser, *Grundgesetz und Privatrechtsordnung*, 1966.
- Th. Ramm, *Die Freiheit der Willensbildung*, 1960.
- W. Reichenbaum, *Grundrechte und Soziale Gewalten*, 1962.
- W. Reimers, *Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht*, 1959.
- B. V. A. Röling, in noot onder H.R. 18 april 1961, *N.J.* 1961, no. 273.
- H. G. Schermers, De binding van internationale organisaties aan regelingen ter bescherming van mensenrechten, *Rechten van de mens in perspectief*, 1968.
- A. A. H. Struycken, *Verzamelde werken V, Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, 1928.
- A. J. P. Tammes, The obligation to provide local remedies, *Volkenrechtelijke opstellen aangeboden aan Prof. Dr. G. H. J. van der Molen*, 1962.
- A. J. P. Tammes, Het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het nationale recht, *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor internationaal recht*, no. 43, 1960, blz. I e.v.
- D. J. Veegens, Het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het nationale recht; *Mededelingen van de Ne-*

derlandse Vereniging voor internationaal recht, no. 43, 1960, blz. 42 e.v.

P. Vermeulen, De invloed van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in de Belgische rechtsorde, *Jaarboek X van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1965/1966, blz. 17 e.v.

D. Vogt, *Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetz*, 1960.

S. F. L. van Wijnbergen, *S.E.W. Nederland*, 1961, blz. 196.