

Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht

Omslagontwerp en layout Klaartje Hoeberechts, afdeling editing Rechtsgeleerdheid,
Universiteit Utrecht

© 2013 J.M. Emaus | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-747-1

NUR 822

www.bju.nl

HANDHAVING VAN EVRM-RECHTEN VIA HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending
in het Nederlandse burgerlijk recht

Enforcing ECHR rights by means of liability law

Inserting the concept of a breach of a fundamental right into Dutch civil law
(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Utrecht
op gezag van de rector magnificus, prof.dr. G.J. van der Zwaan,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen op
vrijdag 15 februari 2013
des middags te 4.15 uur

door

Jessy Maria Emaus

geboren op 5 mei 1985
te Enschede

Promotor: Prof.dr. A.L.M. Keirse

Voor mijn ouders

*‘Une théorie juridique est un produit de notre esprit, par la quelle nous cherchons à classer les faits de la vie réelle, pour déterminer à quelle règle générale ils seront soumis..... nous pouvons nous tromper en affirmant que telle ou telle théorie est la meilleure, la plus patrique, la plus juste, pour régir un ensemble de faits et par conséquent nous devons toujours considérer cette théorie comme une hypothèse, prête à être remplacée s’il est démontré qu’une autre s’y adapte mieux.
Notre théorie ne sera donc pas absolue.’*

~ Léon Michoud, 1934

VOORWOORD

Als je op een mooie zondagmiddag midden juli aanschuift bij een Tour de France-liefhebber en tijdens een spannende demarrage bij het horen van de naam 'Evans' een monoloog begint over de Straatsburgse uitspraak Evans/Verenigd Koninkrijk, dan weet je: het is tijd om er een punt achter te zetten. En zo gebeurde dat in juli 2012 bij dit onderzoek.

Het onderzoek waarvan dit boek het resultaat is, was niet mogelijk zonder de steun van velen, op welke manier ook. In het bijzonder gaat mijn dank uit naar Anne Keirse, die het onderzoeksproject als promotor heeft begeleid. De gedrevenheid en professionaliteit waarmee zij als promotor begeleidt en bijstaat zijn bewonderenswaardig, om nog maar te zwijgen over de inspiratie die zij met haar eigen werk voor mij is geweest.

Graag dank ik prof.mr. J.H. Gerards, prof.mr. H.R.B.M. Kummeling, prof.mr. S.D. Lindenbergh en prof.mr. J.H. Nieuwenhuis voor hun bereidheid zitting te nemen in de leescommissie.

Veel dank ben ik verder verschuldigd aan Ivo Giesen, die mij al toen ik als student deelnam aan de master Legal Research heeft geënthousiasmeerd voor het verrichten van wetenschappelijk onderzoek op het gebied van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en dat tijdens het promotietraject altijd is blijven doen. En om nog maar verder terug in de tijd te gaan was er Esther Engelhard, die mij tijdens het schrijven van mijn afstudeerwerk over vergoeding van affectieschade in een moeilijke periode als een – what's in a name – engel bijstond en enthousiast maakte voor de wetenschap.

Aan Patty Emaus en Remco Nehmelman ben ik veel dank verschuldigd, omdat zij zich met veel enthousiasme bereid hebben verklaard om (delen uit) het proefschrift te lezen en van kritisch commentaar te voorzien.

Klaartje Hoeberechts, Titia Kloos en Titia Hijmans van den Bergh, werkzaam binnen het G.J. Wiarda Instituut van de Universiteit Utrecht, bedank ik graag voor hun fijne en enthousiaste hulp bij het redigeren en persklaar maken van het manuscript en de vertaling van de samenvatting. Aan Klaartje Hoeberechts ben ik in het bijzonder dank verschuldigd voor het ontwerpen van de omslag van dit boek.

De medewerkers van het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg dank ik graag voor de gastvrije ontvangst die zij mij in oktober 2010 hebben gegeven.

Voorwoord

Binnen het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, waar ik mijn onderzoek ben gestart en heb volbracht, ben ik grote dank verschuldigd aan Rianka Rijnhout, met wie ik drieënehalf jaar een kamer deelde en met wie ik ook buiten onze werkkamer mooie dingen heb beleefd. Dankjewel voor jouw bereidheid mij als paranimf tot de promotie toe bij te staan! Ook dank ik de andere aio's, sectiegenoten Burgerlijk Recht, ondersteuning en andere collega's voor vier mooie jaren.

Buiten de muren van het Molengraaff Instituut dank ik graag eerst mijn ouders. Zij hebben mij altijd aangemoedigd en gestimuleerd om te leren en studeren. Verder dank ik mijn lieve zusjes, Patty en Marleen, die er altijd voor mij zijn met wijze raad en veel plezier, tot het moment van de promotie (als paranimfen) aan toe. En natuurlijk Tour de France-liefhebber Arnold, die de feiten, rechtsvragen en rechtsoverwegingen in de uitspraak Evans/Verenigd Koninkrijk overigens nog helder voor de geest staan: bedankt!

Utrecht, najaar 2012

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	vii
Afkortingen	xix

INLEIDING

1.1. EVRM, aansprakelijkheid en schadevergoeding: een confrontatie	1
1.2. Centrale onderzoeksvraag	5
1.3. Afbakening	6
1.3.1. Een sterke focus op het EVRM	6
1.3.2. Drie rechten staan centraal	7
1.3.3. Een wenselijke benadering voor het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht	8
1.3.4. Schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad	9
1.4. Verantwoording	9
1.4.1. Relevantie	9
1.4.2. Aanpak	10
1.5. Opzet van het onderzoek	11
1.5.1. Opbouw	11
1.5.2. Vijf sleutelthema's	12
1.5.2.1. Introductie	12
1.5.2.2. De grondbeginselen	13
1.5.2.3. De grondslag	13
1.5.2.4. De rechtsregel	13
1.5.2.5. De criteria	14
1.5.2.6. De wijze van handhaving	14
1.6. Kernbegrippen in het onderzoek	14

HOOFDSTUK 2

Over de wenselijkheid van constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

2.1. Inleiding	17
2.2. Met zevenmijslaarzen door de recente geschiedenis van de constitutionalisering van het Nederlandse burgerlijk recht	18

2.2.1. Vertrekpunt: de Tweede Wereldoorlog	18
2.2.2. Horizontale werking in wetgeving en rechtspraak	21
2.2.2.1. Horizontale werking in wetgeving en rechtspraak	21
2.2.2.2. Horizontale werking in rechtspraak	21
2.2.2.3. Horizontale werking in wetgeving	28
2.2.2.4. Tussenconclusie	34
2.2.3. Horizontale werking in de rechtsgeleerde literatuur	34
2.2.3.1. Discussie in de rechtsgeleerde literatuur	34
2.2.3.2. Argumenten vóór constitutionalisering van het burgerlijk recht	35
2.2.3.3. Argumenten tégen constitutionalisering van het burgerlijk recht	41
2.2.3.4. Tussenconclusie	45
2.2.3.5. Argumenten vóór constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht	45
2.2.3.6. Argumenten tégen constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht	48
2.3. Conclusies	48

HOOFDSTUK 3

Karakteristiek van het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

3.1. Inleiding	51
3.2. Grondbeginselen en grondslag van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht	52
3.2.1. Inleiding	52
3.2.2. Aristoteles' principe van de vereffenende rechtvaardigheid	53
3.2.3. <i>'The truth is that tort law is a mosaic...'</i>	57
3.2.4. Romeinse grondbeginselen	59
3.2.5. De grondslag in het hier en het nu en zijn recent onder de aandacht gebrachte equivalent	60
3.2.6. Van luchtkasteel naar rechtswerkelijkheid	61
3.3. De rechtsregel	62
3.3.1. Van grondbeginselen, naar grondslag, tot rechtsregel	62
3.3.2. De aard van de rechtsregel I: bipolariteit	63
3.3.2.1. Eiser(s) en gedaagde(n)	63
3.3.2.2. De overheid als normadressaat: grondslag en criteria	65
3.3.3. De aard van de rechtsregel II: proclamatief met van rechtswege intredende sanctie	68
3.3.4. Constitutieve criteria voor een schadevergoedingsverplichting vanwege buitencontractuele aansprakelijkheid	69
3.3.4.1. Inleiding	69
3.3.4.2. De wettelijke afweging: de rechtsinbreuk	70
3.3.4.2.1. Nederlands <i>never ending story</i>	70
3.3.4.2.2. De <i>Leer Smits</i>	71

3.3.4.2.3. Tegengeluid	73
3.3.4.2.4. Tot slot: wat is een subjectief recht, wat is een inbreuk, en wanneer is de rechtsinbreuk <i>eo ipso</i> een onrechtmatige daad?	76
3.3.4.3. De rechterlijke afweging: strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid	77
3.3.4.3.1. Maatschappelijke onzorgvuldigheid	77
3.3.4.3.2. <i>Lindenbaum/Cohen</i>	77
3.3.4.3.3. Het verborgen bestaan van de ongeschreven norm	78
3.3.4.3.4. Explicitering van gedragsnormen	79
3.3.4.4. Het beoordelen van de onrechtmatigheid van de gedraging in het concrete geval	80
3.3.4.5. Toerekening, schade, causaal verband, relativiteit	82
3.3.5. De vergoedingsverplichting	84
3.3.5.1. Schade	84
3.3.5.2. Feitelijk en normatief nadeel	85
3.3.5.3. <i>Interplant/Oldenburger</i> : inbreuk op het kwekersrecht voor vergoeding in aanmerking komende schade?	87
3.3.5.4. Immateriële schade	90
3.3.5.5. Volledige vergoeding als uitgangspunt	93
3.4. Handhaving	94
3.4.1. Handhaving van en door het privaatrecht	94
3.4.2. Handhaving als zelfstandige functie?	95
3.4.3. Grenzen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht	95
3.5. De context van het burgerlijk wetboek	96
3.5.1. Andere remedies dan de schadevergoeding	96
3.5.2. Rectificatie	96
3.5.3. Excuses	97
3.6. Conclusies	98

HOOFDSTUK 4

Karakteristiek van het recht onder het EVRM

4.1. Inleiding	101
4.2. Grondbeginselen en grondslag van het recht onder het EVRM	102
4.2.1. Inleiding	102
4.2.2. De jaren veertig van de 20 ^e eeuw: hernieuwde belangstelling voor de fundamentele rechten	103
4.2.3. De grondslag en zijn tweeledige aard	105
4.3. De rechtsregel	105
4.3.1. Van grondbeginselen, naar grondslag, tot rechtsregel	105
4.3.2. De aard van de rechtsregel I: normadressaat en beschermeling	106
4.3.3. De aard van de rechtsregel II: vaag en (relatief) onbepaald	107
4.3.4. De aard van de rechtsregel III: absoluut, relatief, <i>notstandsfest</i> , niet- <i>notstandsfest</i>	108
4.3.5. Zijn EVRM-rechten subjectieve rechten?	109

4.3.6. De regel ontleed: beschermenswaardige belangen en de toetsing van een inmenging	110
4.3.6.1. De regel ontleed	110
4.3.6.2. Beschermenswaardige belangen	111
4.3.6.3. Is de inmenging gerechtvaardigd?	113
4.3.7. Uitleg	116
4.3.7.1. Vertrekpunt <i>Golder/Verenigd Koninkrijk</i> : Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht	116
4.3.7.2. Accent op het doel – de evolutieve & autonome interpretatie	117
4.3.7.3. Tot slot: praktische en effectieve rechten, en de rol van de kern van het recht	119
4.3.7.4. Begrenzing	122
4.3.7.5. Tussenconclusie	123
4.3.7.6. Kritieken	124
4.3.8. Artikel 2 EVRM: recht op leven	125
4.3.8.1. Inleiding	125
4.3.8.2. Artikel 2 EVRM	126
4.3.8.3. De beschermde belangen onder artikel 2 EVRM	126
4.3.8.4. Is de inmenging gerechtvaardigd?	128
4.3.8.5. Artikel 2 en artikel 13: vergoeding in geval van overlijden	133
4.3.9. Artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven	137
4.3.9.1. Inleiding	137
4.3.9.2. De beschermde belangen onder artikel 8 EVRM	138
4.3.9.2.1. Privéleven	138
4.3.9.2.2. Familie- en gezinsleven	147
4.3.9.2.3. Woning	148
4.3.9.2.4. Correspondentie	148
4.3.9.3. Is de inmenging gerechtvaardigd?	149
4.3.10. Artikel 1 Eerste Protocol EVRM: recht op ongestoord genot van eigendom	151
4.3.10.1. Inleiding	151
4.3.10.2. De beschermde belangen onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM	152
4.3.10.2.1. Eigendom	152
4.3.10.2.2. Vermogensbestanddelen: fysieke zaken, niet-fysieke zaken (i.h.b. claims), toekomstige vermogensbestanddelen	153
4.3.10.2.3. Fysieke zaken	155
4.3.10.2.4. Niet-fysieke zaken, in het bijzonder claims	155
4.3.10.2.5. Toekomstige vermogensbestanddelen	159
4.3.10.3. Is de inmenging gerechtvaardigd?	160
4.3.11. Tussenconclusie	162
4.4. Handhaving	163
4.4.1. Inleiding	163
4.4.2. De rol van het EHRM bij de handhaving van het EVRM	164
4.4.3. Billijke genoegdoening	165
4.5. Conclusies	167

HOOFDSTUK 5

Recht auf, droit à, right to, reg op: fundamentele rechten in perspectief

5.1. Inleiding	169
5.2. Duitsland, Frankrijk, Engeland en Zuid-Afrika: waarom?	171
5.3. Aanpak en presentatie	173
5.4. Staatkundige karakteristieken van Duitsland	174
5.4.1. De Duitse parlementaire democratie en haar rechtsorde	174
5.4.2. De oorsprong van de fundamentele rechten	175
5.4.3. De plaats en status van de fundamentele rechten in het rechtssysteem	176
5.4.4. Handhaving van fundamentele rechten op hoofdlijnen	179
5.4.5. Fundamentele normen en standaarden	181
5.4.5.1. Het objectieve waardensysteem	181
5.4.5.2. Fundamentele rechten in het <i>Grundgesetz</i>	181
5.4.5.3. Uitleg	181
5.5. Staatkundige karakteristieken van Frankrijk	183
5.5.1. De Franse democratische republiek en haar rechtsorde	183
5.5.2. De oorsprong van de fundamentele rechten	183
5.5.3. De plaats en status van de fundamentele rechten in het rechtssysteem	184
5.5.4. Handhaving van fundamentele rechten op hoofdlijnen	187
5.5.5. Fundamentele normen en standaarden	189
5.5.5.1. Fundamentele rechten in de <i>Constitution</i>	189
5.5.5.2. Uitleg	189
5.6. Staatkundige karakteristieken van het Verenigd Koninkrijk	190
5.6.1. De constitutionele monarchie die het Verenigd Koninkrijk is en haar rechtsorde	190
5.6.2. De oorsprong van de fundamentele rechten	190
5.6.3. De plaats en status van de fundamentele rechten in het rechtssysteem	192
5.6.4. Handhaving van fundamentele rechten op hoofdlijnen	194
5.6.5. Fundamentele normen en standaarden	195
5.6.5.1. De fundamentele rechten in de <i>Human Rights Act 1998</i>	195
5.6.5.2. Uitleg	195
5.6.6. Politieke en maatschappelijke context	197
5.7. Staatkundige karakteristieken van Zuid-Afrika	199
5.7.1. De Zuid-Afrikaanse constitutionele democratie en haar rechtsorde	199
5.7.2. De oorsprong van de fundamentele rechten	200
5.7.3. De plaats en status van de fundamentele rechten in het rechtssysteem	203
5.7.4. Handhaving van fundamentele rechten op hoofdlijnen	204
5.7.5. Fundamentele normen en standaarden	205
5.7.5.1. Waarden achter de constitutie	205
5.7.5.2. Fundamentele rechten in de <i>Bill of Rights</i>	207
5.7.5.3. Uitleg	208
5.7.6. Politieke en maatschappelijke context	210
5.8. Conclusies	211

HOOFDSTUK 6

Voorvragen, benaderingen en leidraden

6.1. Inleiding	213
6.2. De voorvragen	214
6.2.1. Inleiding	214
6.2.2. Voorvraag één: welke rechten?	214
6.2.2.1. Welke rechten?	214
6.2.2.2. Rechten met een uitgesproken publiekrechtelijke kant	215
6.2.2.3. Normatieve keuzes	216
6.2.3. Voorvraag twee: EVRM-minimumbescherming of ...?	216
6.2.4. Voorvraag drie: handhaving buiten de klassieke rechtsgebieden, daardóór of beide?	218
6.2.5. Voorvraag vier: wat is schade?	218
6.2.6. Tussenconclusie	220
6.3. De benaderingen	220
6.3.1. Inleiding	220
6.3.2. Benadering 1: constitutionele toetsing	221
6.3.2.1. Een nieuwe dimensie: <i>rights-based constitutional review</i>	221
6.3.2.2. Verschijningsvormen	222
6.3.2.3. Een staatsrechtelijk vraagstuk pur sang	226
6.3.2.4. Constitutionele toetsing in het privaatrecht	230
6.3.2.5. Argumenten vóór	233
6.3.2.6. Argumenten tegen	234
6.3.3. Benadering 2: explicitering van beschermenswaardige belangen	235
6.3.3.1. De explicitering van beschermenswaardige belangen	235
6.3.3.2. Verschijningsvormen	236
6.3.3.3. Karakter van de explicitering	239
6.3.3.4. Rechtsgevolgen	240
6.3.3.5. Argumenten vóór	241
6.3.3.6. Argumenten tegen	241
6.3.4. Benadering 3: de interne benadering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht	243
6.3.4.1. De interne benadering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht	243
6.3.4.2. ‘ <i>Un formidable facteur d’évolution du droit</i> ’	243
6.3.4.3. Fundamentele rechten als bouwstenen bij een renovatie in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht	246
6.3.4.3.1. Crisis in het Franse aansprakelijkheidsrecht	246
6.3.4.3.2. Renovatie op het gebied van de privacybescherming in Engeland	247
6.3.4.3.3. Bescherming van fundamentele rechten als functie	252
6.3.4.4. Formeel – Constitutionalisering van het recht op de actie	254
6.3.4.5. Materieel – Constitutionalisering van het recht op (volledige) vergoeding van geleden schade	257
6.3.4.5.1. Inleiding	257
6.3.4.5.2. Een rol voor fundamentele rechten in het aansprakelijkheidsrecht	258
6.3.4.5.3. Een rol voor fundamentele rechten in het schadevergoedingsrecht	266

6.3.4.6. Argumenten vóór	268
6.3.4.7. Argumenten tegen	269
6.3.4.8. Tussenconclusie	270
6.3.5. Benadering 4: (secundaire) overheidsaansprakelijkheid of: schadevergoeding door de overheid wegens schending van fundamentele rechten	270
6.3.5.1. Inleiding	270
6.3.5.2. Overheidsaansprakelijkheid in het Verenigd Koninkrijk	271
6.3.5.2.1. Overheidsaansprakelijkheid via de band van de <i>common law of torts</i> en de HRA 1998	271
6.3.5.2.2. Secundaire aansprakelijkheid van overheidsorganen volgens de <i>common law of torts</i> aan het einde van de 20 ^e eeuw	271
6.3.5.2.3. Remedies in de <i>Human Rights Act 1998</i>	280
6.3.5.2.4. <i>Common law</i> en HRA 1998: <i>Chief Constable of the Hertfordshire Police v Van Colle; Smith v Chief Constable of Sussex Police</i>	285
6.3.5.2.5. <i>Rabone v Pennine Care NHS Foundation Trust</i> : een nieuwe dimensie	286
6.3.5.2.6. Tussenconclusie	288
6.3.5.3. Argumenten vóór	288
6.3.5.4. Argumenten tegen	289
6.3.6. Benadering 5: de aangrenzende en met de civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsactie samenvallende actie	291
6.3.6.1. Inleiding	291
6.3.6.2. Adequate genoegdoening in Zuid-Afrika	291
6.3.6.3. Gebods- en verbodsacties	297
6.3.6.4. Een zelfstandige civiele actie: <i>droit au respect de sa vie privée</i>	300
6.3.6.5. Argumenten vóór en tegen	303
6.4. Leidraden uit de benaderingen voortvloeiend	303
6.4.1. Inleiding	303
6.4.2. Doel: rechtshandhaving	303
6.4.3. Mate van doorwerking en evenwicht	304
6.5. Conclusies	305

HOOFDSTUK 7

EVRM, aansprakelijkheid en schadevergoeding

7.1. Inleiding	307
7.2. Constitutionalisering van het privaatrecht en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is wenselijk	308
7.3. Het huidige Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM: een vergelijking	310
7.3.1. De opzet van de vergelijking	310
7.3.2. Het aansprakelijkheidsrecht en het recht onder het EVRM als centrale, open, juridisch-normatief kaderscheppende regelingen	311
7.3.3. Grondbeginselen & focus	313
7.3.4. De beoordelingskaders	314

7.3.5. De inzet op handhaving in de Nederlandse rechtsgeleerde literatuur in het licht van het recht onder het EVRM	315
7.3.6. Aanknopingspunten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voor de sanctionering van schendingen van fundamentele rechten	316
7.3.6.1. Aanknopingspunten	316
7.3.6.2. De onrechtmatigedaadcategorie inbreuk op een recht	317
7.3.6.3. De onrechtmatigedaadcategorie strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid	318
7.3.6.4. Schade	319
7.4. Inspiratie uit den vreemde	320
7.4.1. Voorvragen, benaderingen en leidraden	320
7.4.2. De benadering in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in de context van de privaatrechtbrede benadering voor de verwezenlijking van fundamentele rechten	321
7.4.3. Focus op persoonlijkheidsrechten	321
7.5. Tot slot: een op de fundamentele rechten toegespitste benadering is gewenst	322
7.6. Conclusies	323

HOOFDSTUK 8

De fundamentele rechtsschending

8.1. Inleiding	325
8.2. Stap één: erkenning staat voorop	326
8.2.1. Welke rechten?	326
8.2.2. Rechtsvinding, uitleg en toepassing van fundamentele rechten in het privaatrecht	329
8.2.3. Status van de rechten	331
8.3. Stap twee: rechtshandhaving als uitgangspunt	332
8.4. Stap drie: voorkoming van schendingen gaat vóór sanctionering	333
8.5. De fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht	333
8.5.1. De fundamentele rechtsschending: een nieuwe bron van verbintenissen in het burgerlijk recht en grondslag voor schendingvoorkomende remedies	333
8.5.2. Vertrekpunt: impressie van een wettelijke grondslag	334
8.5.3. Het karakter van de fundamentele rechtsschending	335
8.5.4. Uitwerking & afbakening	336
8.5.4.1. Inmenging in beschermenswaardig belang, aantasting in de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid, en rechtvaardigingsgrond	336
8.5.4.2. Beschermenswaardige belangen	337
8.5.4.3. Schending in het licht van de grondbeginselen	337
8.5.4.4. Rechtvaardigingsgrond	338
8.5.4.5. De positie van de fundamentele rechtsschending in het burgerlijk recht	339

8.5.5. Remedies	340
8.5.5.1. Remedies ter voorkoming en ter sanctionering	340
8.5.5.2. Remedies ter voorkoming van schendingen	340
8.5.5.3. Remedies ter sanctionering van schendingen	341
8.5.5.3.1. Twee aanknopingspunten	341
8.5.5.3.2. Van aanknopingspunt naar remedie	342
8.5.5.3.3. Remedie I: verklaring voor recht	342
8.5.5.3.4. Remedie II: verplichting tot betaling van een geldsom	343
8.5.5.3.5. Remedie III: remedies die de schender tot doen of laten verplichten	345
8.6. Handhaving	346
8.7. Leidraden	347
8.8. Ter illustratie: drie casus	348
8.8.1. Van onrechtmatige daad naar fundamentele rechtsschending	348
8.8.2. <i>Gedwongen Aidstest</i>	348
8.8.3. <i>Taxibus</i>	350
8.8.4. <i>Oosterpark</i>	351
8.9. Conclusies	352
Samenvatting	353
Summary	363
Verkort aangehaalde en geraadpleegde literatuur	371
Rechtspraak	409
Trefwoordenregister	421
Curriculum vitae	427

AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
AC	English Law Reports Appeal Cases
Afr. J. Leg. Stud.	African Journal of Legal Studies
AHRLR	African Human Rights Law Reports
Ann. Surv. S. African L.	Annual Survey of South African Law
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BW	Bürgerlijk Wetboek
CC	Code civil
CLJ	The Cambridge Law Journal
D.	Recueil Dalloz
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DDR	Deutschen Demokratischen Republik
Déclaration 1789	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789
D.R.	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ECHR	European Convention on Human Rights
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRC	European Human Rights Cases
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EHRLR	European Human Rights Law Review
EJIL	European Journal of International Law
Ent. L.R.	Entertainment Law Review
ERPL	European Review of Private Law

Afkortingen

EVRM	Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal Civil Division
F.S.R.	Fleet Street Reports
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HC Deb	House of Commons Debate
HL Deb	House of Lords Debate
HR	Hoge Raad
HRA 1998	Human Rights Act 1998
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRLR	Human Rights Law Review
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JCP G	La Semaine Juridique Édition Générale
JETL	Journal of European Tort Law
JO	Journal Officiel
JPSP	Journal of Personality and Social Psychology
KG	Kort Geding
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
LQR	Law Quarterly Review
L&S	Letsel & Schade
MJ	Maastricht Journal
MLR	Modern Law Review
MvT	Memorie van toelichting
NbBW	Nieuwsbrief BW
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NQHR	Netherlands Quarterly of Human Rights
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NUJS L. Rev.	National University of Juridical Sciences Law Review
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
PER/PELJ	Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad
PETL	Principles of European Tort Law
PL	Public Law

PM	Prime Minister
QB	Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rb.	Rechtbank
RDC	Revue des contrats
RdW	Recht der Werkelijkheid
RJ&D ECHR	Reports of Judgments & Decisions of the European Court of Human Rights
RLR	Ritsumeikan Law Review
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RvdW	Rechtspraak van de Week
SACC	South African Constitutional Court
SAJHR	South African Journal on Human Rights
TM	Toelichting Meijers
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TREMA	Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht
TSAR	Tydskrif vir die Suid Afrikaanse Reg
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKSC	United Kingdom Supreme Court
VR	Verkeersrecht
VULR	Valparaiso University Law Review
W.	Weekblad van het regt. Regtskundig nieuws- en adver- tentie-blad
WLR	Weekly Law Reports
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WVV	Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht
ZACC	Constitutional Court of South Africa
ZAGPHC	High Courts – Gauteng
ZASCA	Supreme Court of Appeal of South Africa

1 | INLEIDING

1.1. EVRM, AANSPRAKELIJKHEID EN SCHADEVERGOEDING: EEN CONFRONTATIE

Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wordt nu en dan geconfronteerd met, en uitgedaagd door personen die in hun belangen zijn geraakt maar daarbij geen nadeel hebben geleden dat zich in vermogensrechtelijke termen laat uitdrukken. Het kan ook gaan om personen die weliswaar ook in hun vermogen zijn aangetast, maar die buiten de geldelijke vergoeding voor die aantasting in het vermogen op zoek zijn naar méér, naar een aanvullende remedie als genoegdoening voor het door hen ondervonden (immateriële) nadeel. Belangen waarin deze benadeelden zijn geraakt, zijn bijvoorbeeld het belang bij familiebanden, het belang bij persoonlijke autonomie en het belang bij ongestoord genot van eigendom. Benadeelden zoeken de bescherming van deze belangen niet zelden in fundamentele rechten, en dan in het bijzonder in rechten uit het EVRM. Benadeelden voeren de rechten niet alleen aan als (mede) grondslag van een vordering, maar plegen hiermee ook op andere wijze een door hen voorgestane uitwerking van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te ondersteunen. In fundamentele rechten worden bijvoorbeeld argumenten gevonden voor volledige vergoeding van geleden schade, in fundamentele rechten wordt een zelfstandige grondslag voor een vordering gevonden, en in fundamentele rechten wordt soms ook een verweer gevonden. Het is de confrontatie tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht enerzijds en het EVRM anderzijds, die in dit onderzoek centraal staat. Een drietal zaken illustreert deze confrontatie. De zaken worden hier kort geïntroduceerd en komen opnieuw aan de orde in hoofdstuk 8 waarin antwoord wordt gegeven op de centrale onderzoeksvraag die in de volgende paragraaf wordt geëxpliciteerd.

In de eerste plaats is er de *Gedwongen Aidstest*-zaak waarin eiseres Q een straatverbod voor haar verkrachter vorderde, en waarin Q bovendien vorderde dat haar verkrachter zou worden veroordeeld tot betaling van immateriële schadevergoeding en dat hij zou worden verplicht zijn bloed te laten testen op seropositiviteit en de testuitslag aan Q's raadsvrouw mee te delen.¹

1 HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB, onder 1 (*Gedwongen Aidstest*). Zie ook: Rb. Amsterdam 11 juli 1991, KG 1991, 242 en Hof Amsterdam 5 maart 1992, KG 1992, 126.

Eiseres was op 4 oktober 1990 tot tweemaal toe onder bedreiging van een pistool zonder voorbehoedmiddel verkracht door X, die eiseres Q daarmee in de afschuwelijke situatie van onzekerheid ten aanzien van haar gezondheid had gebracht. Die onzekerheid was ingegeven door wetenschap van de frequentie waarmee X seksuele contacten had en dus door de reële mogelijkheid die bestond dat X drager zou zijn van het hiv-virus, welk virus hij tijdens de verkrachting mogelijk aan Q zou hebben overdragen. Eiseres wenste zekerheid over haar gezondheidstoestand en onderging daarom drie maanden na de verkrachting een test die uitwees dat zij niet seropositief was, maar bij die uitslag werd het voorbehoud gemaakt dat pas na zes maanden volledig uitsluitsel zou kunnen worden gegeven. Eiseres zou dus, om zeker te weten dat zij geen drager was van het hiv-virus, na zes maanden opnieuw een test moeten ondergaan. Die haar in het vooruitzicht gestelde tweede test betekende voor Q een zodanige emotionele belasting dat zij in kort geding een bloedtest bij X vorderde, die daarmee haar met de verkrachting gekomen schade zou verminderen.

X bracht tegen de vordering van eiseres in verweer dat een verplichte bloedtest voor hem een inbreuk op zijn recht op lichamelijke integriteit als in artikel 8 EVRM en de artikelen 10 en 11 Grondwet zou betekenen. Het aansprakelijkheidsrecht werd in deze zaak geconfronteerd met fundamentele rechten toen de Hoge Raad de vordering van eiseres plaatste in de sleutel van de onrechtmatige daad en de onrechtmatige daad als wettelijke beperking op artikel 11 Grondwet beoordeelde.

Een tweede zaak die de praktijk van de confrontatie tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het EVRM illustreert, is de *Taxibus*-zaak.² Aan het *Taxibus*-arrest ligt de gruwelijke casus ten grondslag van moeder V., eiseres in de zaak, die uit haar woning naar buiten werd geroepen vanwege een ongeval dat haar dochtertje kort tevoren was overkomen. Dochter Simone (toen 5 jaar oud) had van haar moeder toestemming gekregen om op haar fiets van haar huis via het woonerf naar een nabijgelegen speelplaats te fietsen, en was daarnaartoe onderweg toen zij door een achteruitrijdende taxibus werd aangereden en ten val kwam. De taxibus overreed het hoofdje van Simone, waarbij schedelinhoud op de weg terecht kwam en Simone overleed. Toen de moeder van Simone (toen 28 jaar oud) bij haar dochtertje aankwam, probeerde zij het hoofd van Simone te keren in de veronderstelling dat wat op de grond lag braaksel was. Bij deze handeling verdween de hand van moeder V. in de schedel en werd haar duidelijk dat zij de hersenen van Simone voor braaksel had aangezien. Het ongeval bracht bij moeder V. ernstig geestelijk letsel teweeg en zij vorderde vergoeding van zowel door haar geleden materiële schade (therapiekosten, kosten van medische expertise, kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand) als door haar geleden immateriële schade, te weten affectieschade en shockschade.³

Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht werd in deze zaak met fundamentele rechten geconfronteerd via de vordering van moeder V. tot vergoeding

2 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*). Zie over de problematiek van affectieschade onder meer: Hartlief 2003-II; Lindenberg 2010; Wijnakker 2010; Rijnhout 2012.

3 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken, onder 3.2 (*Taxibus*).

van affectieschade. Moeder V. stelde namelijk dat voor zover in de Nederlandse wetgeving geen grondslag kan worden gevonden voor de vergoeding van affectieschade, deze wetgeving in strijd is met artikel 8 EVRM en daarom door de rechter buiten toepassing had moeten worden gelaten.⁴

Enkele jaren vóór de *Taxibus*-zaak was in de *Baby Joost*-zaak ook vergoeding van affectieschade gevorderd en werd het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht ook geconfronteerd met artikel 8 EVRM. De insteek in de laatste zaak was anders dan die in de *Taxibus*-zaak. In de juist besproken *Taxibus*-zaak bepleitte eiseres als gezegd dat toetsing aan het EVRM leert dat het huidige schadevergoedingsrecht niet door de mensenrechtelijke beugel kan. In de *Baby Joost*-zaak werd, anders, bepleit dat de schending van de integriteit van het gezinsleven als in artikel 8 EVRM een zelfstandige schadevergoedingsgrond oplevert.⁵

Aan de orde in *Baby Joost* was de vordering tot schadevergoeding door de ouders van baby Joost die enkele maanden na zijn geboorte in het ziekenhuis werd geopereerd aan een liesbreuk. Door fouten tijdens de ziekenhuisopname liep Joost een hersenbeschadiging op waardoor hij lichamelijk en geestelijk zwaar gehandicapt raakte en bleef. Gedaagden, drie artsen en het ziekenhuis, erkenden jegens baby Joost schadevergoedingplichtig te zijn. Als gezegd was in de *Baby Joost*-zaak de vordering tot schadevergoeding door de ouders van baby Joost aan de orde. De ouders van Joost vorderden zowel vergoeding van door hen geleden materiële als immateriële schade. De Rechtbank Amsterdam wees de vorderingen op grond van wanprestatie toe, maar het Hof Amsterdam kon niet inzien dat tussen de ouders *pro se* en het ziekenhuis een overeenkomst tot stand was gekomen. Het hof kwam daarom (onder meer) toe aan de bespreking van de door eisers bepleite schadevergoedingsgrond van de schending van de integriteit van het gezinsleven. Artikel 8 EVRM, overwoog het hof, strekt niet tot bescherming van het door eisers beweerdelijk geschonden belang.⁶ De Hoge Raad besliste dat de overweging door het hof geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.⁷

De derde en laatste zaak waarmee ik in deze inleiding de praktijk van de botsing tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht enerzijds en het EVRM anderzijds wil illustreren, is de *Oosterpark*-zaak.⁸ De familie X werd in de nacht van 30 op 31 december 1997 in haar woning in de Groningse wijk Oosterpark tot drie keer toe belaagd door een groep van 65 jongeren. De situatie was te meer rampzalig, omdat de politie familie X (naar later blijkt onbehoorlijk) lang op hulp liet wachten. De familie werd na zeker vijf keer de politie te hebben gebeld, vijf uur na het begin van de belaging door de ME uit haar benarde situatie bevrijd. Intussen was de jongste zoon toen al per telefoon gevraagd niet thuis te komen en bij vrienden te blijven

4 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken, onder 6.2 (*Taxibus*).

5 Hof Amsterdam 6 augustus 1998, VR 1998, 183, onder 4.16.

6 Hof Amsterdam 6 augustus 1998, VR 1998, 183, onder 4.16.

7 HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, m.nt. ARB, r.o. 3.7 (*Baby Joost*).

8 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391, m.nt. JBMV (*Oosterpark*). Zie: Rb. Groningen 22 januari 2003, NJ 2003, 169.

slapen. De belaging bracht voor de familie niet alleen materiële schade met zich, maar ook immaterieel nadeel. Familie X hield voor die schade en dat nadeel in ieder geval de Politieregio Groningen en de Gemeente Groningen verantwoordelijk en dagvaardde beide voor de Rechtbank Groningen. Familie X vorderde – onder meer – voor recht te verklaren dat de Gemeente en de Politieregio Groningen aansprakelijk waren voor de door hen geleden schade, en dat zij (de familie) immateriële schade had geleden die voor vergoeding in aanmerking kwam.

Aldus werd het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht geconfronteerd met fundamentele rechten in de context van de in de zaak centrale vraag of de familie immateriële schade had geleden die voor vergoeding in aanmerking kwam. De rechtbank besliste namelijk dat

‘in dit geval sprake [is] geweest van een aantasting van de persoonlijke levenssfeer van Lammers. Het recht op eerbiediging van bedoelde persoonlijke levenssfeer en met name de woning is neergelegd in art. 10 en 12 van de Grondwet en art. 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens. Dat recht is een van de meest fundamentele rechten van de burger in zijn verhouding tot de overheid en het bepaalt mede de inhoud van het persoonlijkheidsrecht in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.

Het is hier op ernstige wijze geschaad, uiteraard vooral door de relschoppers, doch een burger moet er ook op kunnen vertrouwen dat de overheid die belast is met het handhaven van de openbare orde binnen redelijke termijn een einde zal maken aan een dergelijke ernstige schending van zijn persoonlijkheidsrecht.⁹

De rechtbank gaf fundamentele rechten met haar overweging een plaats in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De Hoge Raad besliste dat het oordeel van de rechtbank geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting; alleen in het geval van de zoon die niet thuis was, viel niet in te zien waarom sprake zou zijn van een aantasting in de persoon.¹⁰

In de drie zaken die hier zijn geïntroduceerd en die in § 8.8 opnieuw de revue passeren, is het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht op verschillende wijzen geconfronteerd met fundamentele rechten. Die confrontatie is het onderwerp van dit onderzoek. Het onderzoek wordt in dit eerste hoofdstuk verder ingeleid. In § 1.2 wordt eerst de centrale onderzoeksvraag die aan het onderzoek ten grondslag ligt, geëxpliciteerd. Aansluitend wordt in § 1.3 uiteengezet hoe het onderzoek is afgebakend en in § 1.4 wordt het gevolgde pad verantwoord. In § 1.5 staat de opzet van het onderzoek centraal, en dit is zo ook de paragraaf die als leeswijzer kan worden geraadpleegd. Tot slot worden in § 1.6 enkele kernbegrippen in dit onderzoek geduid.

⁹ Rb. Groningen 22 januari 2003, NJ 2003, 169, onder 4.7.

¹⁰ HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391, m.nt. JBMV, r.o. 3.11 (*Oosterpark*).

1.2. CENTRALE ONDERZOEKSVRAAG

De confrontatie die in de vorige paragraaf is geïntroduceerd, roept meer dan één vraag op. Juist is al aangestipt dat benadeelden die hun heil zoeken bij het EVRM dikwijls op zoek zijn naar meer dan het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht lijkt te kunnen bieden. Die constatering leidt niet alleen tot vragen naar de mogelijkheden tot ontwikkeling van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht vanuit verscheidene invalshoeken en met velerlei referentiekaders, maar bijvoorbeeld ook tot vragen naar alternatieve juridische oplossingen, en – nog breder – tot allerlei niet-juridische vragen. Niettegenstaande het belang van de beantwoording van al die verschillende vragen noopt een onderzoek tot keuzes en afbakening. In dit onderzoek staat zo de volgende vraag centraal:

Op welke wijze kan het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bijdragen aan de handhaving van fundamentele rechten – in het bijzonder van het recht op leven (als in artikel 2 EVRM), het recht op eerbiediging van een privé-, familie- en gezinsleven (als in artikel 8 EVRM), en het recht op bescherming van eigendom (als in artikel 1 Eerste Protocol EVRM)?

De centrale onderzoeksvraag wordt beantwoord in de hoofdstukken 7 en 8. Aan de beantwoording van deze vraag gaat de beantwoording van een aantal deelvragen vooraf. Eerst wordt het uitgangspunt van de wenselijkheid van doorwerking van fundamentele rechten via de band van het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht toegelicht, omdat dit uitgangspunt het onderzoek rechtvaardigt (hoofdstuk 2). In de hoofdstukken 3 en 4 worden vervolgens karakteristieken geschetst van zowel het (huidige) aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, als van het recht onder het EVRM, omdat de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag teruggaat op de aard van de beide regelingen. De karakterschetsen voorzien in de informatie die nodig is om uiteindelijk een vergelijking te kunnen trekken tussen de twee regelingen. In hoofdstuk 6 wordt uiteengezet op welke wijzen in verschillende vreemde rechtsstelsels in de daar geldende, aan ons aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht verwante regelingen wordt omgegaan met de opgekomen vraag naar de bescherming van fundamentele rechten via die regelingen. Aan dit laatste (deel)onderzoek gaat een studie naar staatkundige karakteristieken van de verschillende rechtsordes vooraf (hoofdstuk 5). Het is noodzakelijk stil te staan bij de staatkundige karakteristieken, omdat de fundamentele rechten die in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht worden betrokken hun oorsprong hebben in het publiekrecht en de (door)werking ervan in het privaatrecht vaak sterk is gekleurd door de staatsrechtelijke inrichting van de staten waarin de onderzochte rechtsstelsels werken. Vanzelfsprekend is ook de inrichting van het privaatrecht van invloed op de wijze waarop fundamentele rechten (kunnen) doorwerken. Die inrichting komt aan de orde bij de bespreking van de manieren waarop fundamentele rechten aan het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zijn gelinkt, voor zover noodzakelijk voor goed begrip van het antwoord op de deelvraag.

1.3. AFBAKENING

1.3.1. Een sterke focus op het EVRM

Het onderzoek is in meerdere opzichten afgebakend. In de eerste plaats ligt de focus in het onderzoek op de vormgeving van de interactie tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM. Fundamentele rechten zijn door de jaren heen in tal van verdragen en ook in de Grondwet opgeschreven. Nu eens meer toegespitst, bijvoorbeeld op kinderen in het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), dan weer meer generaal, bijvoorbeeld in de Grondwet, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR), en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (kort: Handvest). De keuze om dit onderzoek toe te spitsen op het EVRM is ingegeven door de grote betekenis die het EVRM de laatste jaren heeft gehad en nog heeft voor het Nederlandse recht, niet in de laatste plaats ook voor het privaatrecht. Die betekenis zou het niet hebben gehad zonder het werk dat is verricht door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat aan de ontwikkeling van het recht onder het EVRM heeft bijgedragen door zijn omvangrijke rechtspraak en, meer in het bijzonder, ook door de uitleg die het in zijn rechtspraak aan het EVRM heeft gegeven. Het EVRM is een *living instrument* dat door toepassing is toegespitst op het hier en het nu. Het Nederlandse constitutionele recht stimuleert de toepassing van internationale verdragen zoals het EVRM, enerzijds door die verdragen direct onderdeel te maken van de rechtsorde (artikelen 93 en 94 Grondwet), en anderzijds door de Grondwet gedeeltelijk onbruikbaar te doen zijn vanwege het toetsingsverbod (artikel 120 Grondwet).¹¹

Een onderzoek naar de interactie tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en rechten in het EVRM ligt overigens niet direct voor de hand als wordt bedacht dat het EVRM niet met zoveel woorden zegt dat het van toepassing is in de privaatrechtelijke verhouding,¹² en als wordt bedacht dat de bepalingen tekstueel – vooral de beperkingsclausules die van de meeste bepalingen deel uit maken – sterk zijn geënt op de publiekrechtelijke rechtsverhouding. De bevoegdheid van het EHRM *ratione personae* is bovendien beperkt tot de verhouding overheid-burger.¹³ De handhaving door het EHRM heeft dus strikt genomen alleen betrekking op de relatie overheid-burger. Het EVRM is tegenwoordig desalniettemin ten minste op een drietal manieren evident van invloed op het privaatrecht.¹⁴

In de eerste plaats is het EVRM van invloed door de aanvaarding door het EHRM van positieve verplichtingen. Het EHRM heeft in zijn rechtspraak gesteld

11 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 24.

12 Het *Committee of Experts on Human Rights* van de Raad van Europa heeft overigens wel al in de jaren zeventig overwogen dat de horizontale werking ‘*is largely dependent on developments, both national and international, of the concept and the nature of human rights.*’ Zie: *Report of the Committee of Experts on Human Rights to the Committee of Ministers concerning Problems arising from the co-existence of the United Nations Covenants on Human Rights and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe 1970 (H (70) 7).

13 Artikel 34 EVRM.

14 Asser-Hartkamp 3-I* 2011, nr. 221-222, p. 181-182.

dat het EVRM de verdragsstaten niet alleen verplicht de rechten in het EVRM te respecteren, maar dat het de verdragsstaten ook verplicht om actief zorg te dragen voor de handhaving van de rechten. De verplichtingen die het EHRM in het verlenge van die overweging heeft geformuleerd, zijn de zogenaamde positieve verplichtingen.¹⁵ Die positieve verplichtingen zijn bijvoorbeeld verplichtingen om in effectieve rechtsmiddelen te voorzien en zijn soms – namelijk als de aan het EHRM voorliggende zaak daartoe aanleiding geeft – juist op de privaatrechtelijke rechtsverhouding toegespitst.¹⁶

Het EVRM is in de tweede plaats van invloed op het privaatrecht via de rechtspraak van het EHRM dat weliswaar alleen in publiekrechtelijke verhoudingen mag rechtspreken, maar daarmee soms indirect het privaatrecht beïnvloedt, omdat het publiekrechtelijke geschil direct voortkomt uit een privaatrechtelijke onenigheid. De bevoegdheid *ratione personae* van het EHRM strekt zich anders gezegd weliswaar niet uit over de privaatrechtelijke rechtsverhouding, maar dat doet er niet aan af dat private partijen kunnen klagen over de houding van de staat (lees: rechter of wetgever) ten aanzien van privaatrechtelijke geschillen. Het EHRM heeft zich in het verleden bereid getoond om zich uit te spreken over de EVRM-bestendigheid van regelingen van nationaal privaatrecht.¹⁷

In de derde plaats staat het private partijen vrij om het EVRM te betrekken in privaatrechtelijke geschillen. Het EVRM werkt via de artikelen 93 en 94 Grondwet direct door in de Nederlandse rechtsorde. De Hoge Raad heeft in de loop van de tijd bovendien ten aanzien van verschillende EVRM-rechten overwogen dat die rechtstreekse werking hebben, en heeft zich ten aanzien van verschillende rechten bereid getoond om die toe te passen in de horizontale verhouding,¹⁸ maar heeft ook soms overwogen dat een (facet van een) recht zich niet leent voor horizontale toepassing,¹⁹ of (meer in het algemeen) dat een recht geen rechtstreekse werking heeft.²⁰

1.3.2. Drie rechten staan centraal

Een tweede afbakening betreft het EVRM. De studie is geen onderzoek naar alle rechten in het EVRM afzonderlijk, maar naar het karakter van de regeling van het recht onder het EVRM, en naar de inhoud van drie rechten in het bijzonder, waar-

15 Zie onder meer: Mowbray 2004; Vande Lanotte & Haecck 2005, p. 99-105; Akandji-Kombe 2007; Gerards 2011, p. 229-261.

16 Zie over positieve verplichtingen: Asser-Hartkamp 3-I* 2008, nr. 160; Akandji-Kombe 2007; Vande Lanotte & Haecck (eds.) 2005, p. 99-105; Mowbray 2004; Vlemminx 2002; Vlemminx 2002-II; Starmer 2002, p. 139-160; Starmer 1999, p. 193-209; Sudre 1995, p. 363-384; Lawson 1995, p.558-573; Lawson 1995-II, p.727-750; Forder 1992, p. 611-637.

17 Een goed en bekend voorbeeld is de zaak *Pla en Puncernau/Andorra*. EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 208, m.nt. J. de Boer, nr. 69498/01 (*Pla en Puncernau/Andorra*). Zie § 2.2.3.2.

18 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928, m.nt. EEA, r.o. 4.4 (*Edamse bijstandsmoeder*).

19 Ten aanzien van artikel 2 Eerste Protocol (recht op onderwijs): HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891, m.nt. EEA, r.o. 3.3 (*Maimonides*).

20 Ten aanzien van artikel 13 EVRM (recht op effectief rechtsmiddel) overwoog de Hoge Raad in 1960 in brede zin dat het zich niet leent voor toepassing door de rechter: HR 24 februari 1960, NJ 1960, 483. Zie meer uitgebreid: Kooijmans/Brus, Blokker & Senden 2008, p. 88.

van is gemeend dat die rechten, gezien de belangen waaraan ze de bescherming bieden, het meest relevant zijn voor dit onderzoek. Het gaat om het recht op leven (artikel 2 EVRM), het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM), en het recht op bescherming van eigendom (artikel 1 Eerste Protocol EVRM). Het zijn deze rechten die vaak opkomen in de Nederlandse rechtspraak op het gebied van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als er EVRM-rechten worden betrokken.²¹

Twee belangrijke bepalingen in de context van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht blijven buiten beschouwing vanwege hun bijzondere aard die tot een atypische toepassing aanleiding geeft. In de eerste plaats is dat het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) vaak op, niet zelden in combinatie met artikel 8 EVRM, namelijk waar partijen in geschil zijn over grof gezegd het privéleven van A waarop B met een uiting inbreuk zou hebben gemaakt.²² Deze zaken worden hier door hun eigen aard buiten beschouwing gelaten. Naar mijn mening speelt in dit type zaken, meer dan in andere, de rol van de rechter als overheidsorgaan een rol. Uitingenvrijheid is immers zo'n belangrijk uitgangspunt in de democratische rechtsstaat dat de beperking van die vrijheid door een rechter altijd zeer terughoudend zal geschieden.

Het discriminatieverbod (artikel 14 EVRM) blijft ook buiten beschouwing. Zoals het recht op vrijheid van meningsuiting is het discriminatieverbod een bepaling met een bijzondere aard. Bij het discriminatieverbod komt de bijzondere aard tot uitdrukking in de eigen regeling die in het Nederlandse burgerlijk recht is getroffen voor gelijke behandeling. De Nederlandse wetgever heeft gemeend dat een bijzondere regeling voor gelijke behandeling in het burgerlijk recht kan worden gerechtvaardigd door de ernstige gevolgen die discriminatie meebrengt, namelijk een bedreiging van de menselijke waardigheid.²³

1.3.3. Een wenselijke benadering voor het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

De rechtsvergelijkende component in het onderzoek zou ten onrechte de indruk kunnen wekken dat het antwoord op de centrale onderzoeksvraag méér is dan een wenselijkheidsopvatting ten aanzien van het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Aan rechtsvergelijkende studies liggen verschillende doelen ten grondslag en een doel dat tegenwoordig niet zelden aan een rechtsvergelijkende studie ten grondslag ligt is bij te dragen aan systematische unificatie van recht²⁴ en – verderstrekkend – het ontwikkelen van een gemeenschappelijk Europees privaatrecht.²⁵ Het doel van dit onderzoek is dat niet. Met dit onderzoek wordt be-

21 In gelijke zin: Van Maanen 2011, p. 25 e.v.; Collignon-Smit Sibinga & Mewa 2011 (toegespitst op het gebied van personenschade).

22 Zie bijvoorbeeld het Parool-arrest: HR 6 januari 1995, nr. 15549, NJ 1995, 422 (*Parool/Van G.*).

23 Zie § 2.2.2.3.

24 Zweigert & Kötz 1998, p. 24 e.v.

25 Zweigert & Kötz 1998, p. 44 e.v.

oogd een bijdrage te leveren aan de discussie over en de theorievorming ten aanzien van de constitutionalisering van het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Voor de beantwoording van de centrale vraag is rechtsvergelijkend onderzoek verricht in de overtuiging van de kennisverrijking die komt met het verruimen van de blik over de eigen grenzen.²⁶

1.3.4. Schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad

Het onderzoek is in de vierde plaats afgebakend door de focus op het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zoals dat tegenwoordig is geregeld in artikel 6:162 BW en titel 6.1.10 BW. Het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht strekt zich weliswaar over een groter gebied uit dan hetgeen wordt beheerst door de onrechtmatige daad, maar de noodzaak het onderzoeksobject beheersbaar te maken heeft aan de beslissing ten grondslag gelegen het onderzoek zo af te bakenen. De toespitsing op de figuur van de onrechtmatige daad doet er overigens niet aan dat die figuur een breed toepassingsbereik heeft en een voor de praktijk belangrijke regeling is gebleken. Als er wordt gesproken over het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is dus bedoeld dat deel van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht dat is geregeld in artikel 6:162 BW en titel 6.1.10 BW, tenzij anders vermeld.

1.4. VERANTWOORDING

1.4.1. Relevantie

Er is de afgelopen dertig jaar veel geschreven over de zogenaamde horizontale werking van fundamentele rechten, i.e. de doorwerking van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding.²⁷ Die literatuur heeft mij tot de conclusie gebracht dat er overeenstemming is over de wenselijkheid van horizontale werking van grondrechten.²⁸ Daarmee is nog niets gezegd over de wijze waarop die horizontale werking gestalte moet krijgen en de ernst van de gevolgen van die horizontale werking voor het privaatrecht. Daarover gaat deze studie.

In de literatuur is meermalen opgemerkt dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht een logische, voor de hand liggende regeling is voor de doorwerking van fundamentele rechten.²⁹ Er kan bovendien worden geconstateerd dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in de rechtspraktijk ook al enige tientallen jaren met EVRM-rechten wordt geconfronteerd, terwijl in de Nederlandse literatuur nog maar weinig aandacht is geweest voor deze confrontatie.³⁰ Die vast-

26 Zweigert & Kötz 1998, p. 15.

27 Zie – onder veel meer – in Nederland verschenen: Elders & Biesheuvel 1986; Verhey 1992; Groen 1995; Nieuwenhuis 2000; Barkhuysen & Lindenberg 2006; De Vos 2010. En ouder: H. Drion 1969; Boesjes 1973.

28 Zie hoofdstuk 2.

29 Zie § 2.2.3.5.

30 Zie bijvoorbeeld: Lindenberg 1999; Beer 2006; Collignon-Smit Sibinga 2010; Van Dam 2011;

stellingen hebben aanleiding gegeven tot de veronderstelling dat het wenselijk is om de theorievorming over het onderwerp verder te ontwikkelen. Theorievorming kan de praktijk handvatten bieden voor ontwikkeling van het huidige recht, dat volgens Barendrecht altijd geldt als een hypothese van rechtvaardigheid, op een zeker moment, op een bepaalde plaats.³¹ Recht als hypothese van rechtvaardigheid moet voortdurend worden getoetst, en dat is wat met dit onderzoek wordt beoogd.

1.4.2. Aanpak

Twee wegen leiden naar het antwoord op de centrale onderzoeksvraag. De beide wegen beogen de lezer met informatie te verrijken die onontbeerlijk is voor een gefundeerde stellingname. De eerste weg (aan de orde in de hoofdstukken 3 en 4) is die van de vergelijking tussen de karakters van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM. Voordat het mogelijk is om stelling te nemen voor een wenselijke benadering, moet duidelijk zijn waarop de beide regelingen teruggaan, waar de systemen raakvlakken hebben en waarin ze verschillen. Om een goed beeld te geven van de aard van de beide regelingen worden vijf thema's uitgelicht, die mijns inziens als sleutelthema's samen voorzien in karakteristieken. Het zijn de sleutelthema's van de *grondbeginselen*, de *grondslag*, de *rechtsregel*, de *criteria*, en de *wijze van handhaving*. Deze thema's worden in § 1.5.2 toegelicht. De invulling van de sleutelthema's voor de beide regelingen is gezocht in wetgeving, rechtspraak en literatuur.

De tweede weg naar het antwoord op de centrale onderzoeksvraag is die langs verschillende rechtstelsels volgens een functionele rechtsvergelijking met als doel kennis te verrijken. Er is voor gekozen in het onderzoek Duits, Engels, Frans en Zuid-Afrikaans recht te betrekken. De keuze voor deze rechtssystemen komt in hoofdstuk 5 aan de orde en wordt daar ook verantwoord.³² Voor de verantwoording van de aanpak en de wijze van presentatie wordt ook naar hoofdstuk 5 verwezen.³³

De functionele vergelijking houdt in dat dié regelingen in de vreemde rechtstelsels zijn onderzocht die dezelfde functie vervullen als het Nederlandse buitencontractuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, en dus die regelingen die voorzien in compensatieverplichtingen voor burgers die anderen buiten contractueel schade berokkenen, anders dan in het kader van tussen personen overeengekomen afspraken.³⁴ Daarbij is de focus op de rechten in het EVRM losgelaten, omdat het in andere rechtssystemen, anders dan in Nederland, minder voor de hand ligt om in het bijzonder de rechten in het EVRM te betrekken. De focus heeft in het rechtsvergelijkende onderzoek (breder) gelegen bij 'fundamentele rechten'.

Uit de systemen worden zo veel mogelijk verschillende benaderingen voor het linken van fundamentele rechten met het aansprakelijkheids- en schadevergoedings-

Keirse 2011-II; Van Maanen & Lindenbergh 2011; Pronk 2011.

31 Barendrecht p. 32-45.

32 Zie § 5.2.

33 Zie § 5.3.

34 Zweigert & Kötz 1998, p. 34.

recht gelicht en besproken. Deze oplossingen worden in hoofdstuk 6 uiteengezet, niet alleen als antwoord op de deelvraag, maar ook in de veronderstelling dat ze in discussies over (verdere) theorievorming nuttig kunnen zijn. Ook hier is het object van onderzoek wetgeving, rechtspraak en literatuur geweest. Voor de verschillende benaderingen worden steeds argumenten voor en tegen gepresenteerd.

1.5. OPZET VAN HET ONDERZOEK

1.5.1. Opbouw

In het onderzoek wordt als vertrekpunt gesteld dat constitutionalisering van het privaatrecht, en meer in het bijzonder van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wenselijk is. Dit vertrekpunt wordt in hoofdstuk 2 eerst onderbouwd. In dat hoofdstuk worden namelijk de argumenten voor en tegen constitutionalisering van het privaatrecht en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht tegen elkaar afgezet, alsook de argumenten voor en tegen doorwerking van fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Aan de onderbouwing gaat een schets van de ontwikkeling van horizontale werking in wetgeving en rechtspraak vooraf.

Zoals is opgemerkt wordt het antwoord op de centrale onderzoeksvraag gezocht in de aard van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM, alsook in ideeën die in vreemde rechtsstelsels voor het probleem zijn aangewend of aangedragen. In dit onderzoek wordt daarom een vergelijking getrokken tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM. Van de beide regelingen wordt ten dienste van de vergelijking een karakteristiek geschetst. De beide karakteristieken worden in de hoofdstukken 3 en 4 uitgetekend aan de hand van dezelfde sleutelthema's. Dat wil zeggen dat voor de beide regelingen wordt gezien welke *grondbeginselen* er aan ten grondslag liggen (thema één), welke *grondslag* aan de centraal staande rechtsregel ten grondslag ligt (thema twee), wat de *rechtsregel* inhoudt (thema drie) en wat de *criteria* voor afbakening zijn (thema vier), en, tot slot, hoe de regeling die uit de grondbeginselen, de grondslag, de rechtsregel en de afbakeningsvereisten voortkomt, wordt *gehandhaafd* (thema vijf).³⁵

Om de theorievorming met betrekking tot de interactie tussen het recht onder het EVRM en het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht verder te voeden, wordt stilgestaan bij het recht in Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zuid-Afrika. In die rechtsvergelijkende studie staat de vraag naar de betekenis van de fundamentele rechten voor het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (althans de daar geldende, qua functie vergelijkbare regeling) centraal. In hoofdstuk 6 worden de resultaten van de rechtsvergelijkende deelstudie gepresenteerd. Voorafgaand aan die uiteenzetting is er in hoofdstuk 5 nog aandacht voor de staatsrechtelijke inrichting van de vreemde rechtsstelsels, omdat de staatsrechtelijke

³⁵ Zie de volgende paragraaf voor een toelichting bij de *grondbeginselen*, de *grondslag*, de *rechtsregel*, de *criteria* en de *wijze van handhaving*.

inrichting van de vreemde stelsels voor een belangrijk deel bepaalt wat de rol van de fundamentele rechten in het privaatrecht is en kan zijn. Er wordt aangenomen dat de lezer deze informatie nodig heeft om de uiteenzetting van het rechtsvergelijkende onderzoek aansluitend te kunnen plaatsen en dat er niet zonder meer van kan worden uitgegaan dat de lezer deze noodzakelijke informatie paraat heeft.

Kort en goed laat dit onderzoek zich dus als een drieluik lezen. In het eerste deel wordt het uitgangspunt van de wenselijkheid van doorwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht, en meer in het bijzonder in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, toegelicht. Het tweede deel is een verslag van het onderzochte, namelijk de wetgeving, rechtspraak en literatuur over zowel het Nederlandse recht, het recht onder het EVRM als de vreemde rechtsstelsels. In het derde en laatste deel wordt een tweeledig antwoord op de centrale onderzoeksvraag gepresenteerd.

1.5.2. Vijf sleutelthema's

1.5.2.1. *Introductie*

Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM worden in deze studie beschouwd als regelingen die zich laten omschrijven aan de hand van vijf sleutelthema's. Het zijn de eerder genoemde sleutelthema's van de *grondbeginselen*, de *grondslag*, de *rechtsregel*, de *criteria*, en de *wijze van handhaving*. Met de invulling van deze thema's voor de beide regelingen wordt beoogd twee vergelijkbare karakteristieken te schetsen. De sleutelthema's worden in de volgende paragrafen verder toegelicht.

De sleutelthema's hebben een spilfunctie in de ontwikkeling van de regelingen zoals wij die tegenwoordig kennen. De *grondbeginselen* en de *grondslag* worden beschouwd als wezenlijke, aan het ontstaan van de regel ten grondslag liggende ideeën die te abstract zijn voor de directe toepassing ervan in de rechtspraktijk. In de beschrijving van regelingen gaan *grondbeginselen* en *grondslagen* veelal vooraf aan de uiteenzetting van de *rechtsregel* en de (afbakenings)*criteria*. Dat betekent geenszins dat de keuze voor een dergelijke volgorde van bespreking, die hier ook zo is gemaakt, een chronologische volgorde impliceert in die zin dat met de verdere ontwikkeling tot *rechtsregel* de rol voor de *grondbeginselen* en *grondslagen* is uitgespeeld. Bij de toepassing van de regel is van belang dat steeds acht wordt geslagen op de *grondbeginselen* en de *grondslag*, zodat de regeling blijft beantwoorden aan de onderliggende kernwaarden die voortkomen uit de ideeën over rechtvaardigheid op een zekere plaats op een zeker moment. Het teruggaan op de *grondbeginselen* is ook noodzakelijk als de vraag rijst of *rechtsregels* zich lenen voor een fundamenteel bredere toepassing dan in de rechtspraktijk al is gebeurd.³⁶

Rechtvaardigheid verschilt naar tijd en plaats, hetgeen betekent dat ook *grondbeginselen* en *grondslagen* wijzigen, daarin niet zelden voorgegaan door de wijziging

³⁶ Vgl. Asser-Scholten 1934, p. 83-84.

van een regel.³⁷ De aanpassing van een regel aan nieuwe ideeën over rechtvaardigheid vraagt om een herbezinning op de grondbeginselen en grondslagen, zodat duidelijk wordt of het noodzakelijk is om vanuit de kern een nieuwe regeling op te trekken, ofwel dat kan worden volstaan met de aanpassing van de bestaande regeling aan de veranderde ideeën vanuit de huidige grondbeginselen en grondslagen. Het ontwikkelen van regelingen uit grondbeginselen en grondslagen maakt het recht consistent en rechtvaardig.

1.5.2.2. De grondbeginselen

Grondbeginselen vormen het eerste sleutelthema. Grondbeginselen zijn rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan een specifieke regeling. De grondbeginselen worden hier beschouwd als losse, op zichzelf staande ideeën, als pijlers, uit welke pijlers gezamenlijk een grondslag is voortgekomen. Grondbeginselen zijn als zodanig niet toereikend voor het oplossen van een geschil. Het zijn delen van oplossingen, onvolledig wat dat betreft. Grondbeginselen laten zich het best omschrijven als algemene uitgangspunten die alle aan meer dan één regeling ten grondslag kunnen liggen.

De grondbeginselen kunnen worden gekend uit de traditionele juridische bronnen, wet, jurisprudentie en doctrine. Voor het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht dat eeuwenoud is, is in de doctrine vastgesteld welke beginselen eraan ten grondslag liggen, maar onder verwijzing naar oude documenten waarop het huidige recht zou zijn gebaseerd. Het recht onder het EVRM is meer recent, wat het mogelijk maakt in de wetsgeschiedenis te rade te gaan. Het EHRM brengt in zijn jurisprudentie met enige regelmaat meer duidelijkheid ten aanzien van de grondbeginselen onder het EVRM. Grondbeginselen kunnen deel uitmaken van het objectieve recht. De grondbeginselen werken dan bijvoorbeeld als hulpnorm bij de afbakening van een rechtsregel.

1.5.2.3. De grondslag

Uit de grondbeginselen komt de grondslag voor een juridische actie voort, die de basis vormt voor een rechtsregel, en het tweede sleutelthema in dit onderzoek is. Een grondslag is nog niet als zodanig een uitgewerkte oplossing voor een concreet probleem, het ontbeert aan concrete vereisten, maar de grondslag geeft een richting, een duidelijke morele houding ten aanzien van in de praktijk ontstane, in zekere zin te generaliseren situaties.

1.5.2.4. De rechtsregel

De rechtsregel is een meer uitgewerkte, concreet toe te passen regel die is terug te voeren op een grondslag, of – anders gezegd – voortkomt uit een grondslag. Terwijl een grondslag te onbepaald is om een concrete oplossing te geven voor een geschil,

³⁷ Van den Berg 2000.

wordt met de rechtsregel nu juist beoogd rechtsverhoudingen te reguleren. De rechtsregel komt voort uit de grondslag die door verdere normatieve keuzes is toegespitst en uitgewerkt.

1.5.2.5. De criteria

Als vierde sleutelthema zijn in dit onderzoek de zogenaamde criteria gekozen. De criteria zijn onderdeel van de rechtsregel en zijn geënt op de afbakening van het toepassingsgebied van de rechtsregel. De criteria zijn het resultaat van normatieve keuzes ten aanzien van de toepasselijkheid van de grondslag. Ze vormen en begrenzen de toepassing van de grondslag en brengen met de grondslag de rechtsregel voort.

1.5.2.6. De wijze van handhaving

De wijze van handhaving is het laatste sleutelthema in dit onderzoek. De wijze van handhaving is een bijzonder sleutelthema, omdat het, anders dan de andere sleutelthema's, niet bijdraagt aan de (inhoudelijke) vormgeving van het materiële recht, maar ziet op het effectueren van de regeling die uit de andere sleutelthema's is ontstaan. Handhaving is wezenlijk voor het bereiken van het met de regelingen voorgestane. Een regeling is immers een lege huls als niet ook is voorzien in instrumenten waarmee de nakoming van hetgeen met de regelingen wordt voorgestaan, kan worden afgedwongen.

1.6. KERNBEGRIPPEN IN HET ONDERZOEK

Een eerste kernbegrip in het onderzoek is het begrip 'fundamenteel recht'. Fundamenteel recht wordt in dit onderzoek gebruikt als (algemene) aanduiding van die rechten waarmee de bescherming van zeer beschermenswaardige belangen wordt voorgestaan. Een aantal van die rechten heeft een plaats gekregen in de Grondwet, het EVRM of andere geschreven stukken. Daar waar in het bijzonder wordt bedoeld op de rechten die een plaats hebben in de Grondwet, wordt gesproken van grondrechten. En daar waar wordt gesproken over de rechten die in het EVRM zijn opgenomen, wordt ook wel gesproken van EVRM-rechten.

In het EVRM is een serie materiële rechten opgenomen. Met die rechten wordt de bescherming van de daarin genoemde belangen voorgestaan. Het EHRM spreekt soms over belangen, en dan weer over rechten, maar in dit onderzoek is er voor gekozen om te spreken over 'belangen'.³⁸ Ingeval de belangen worden doorkruist, wordt gesproken van inmenging met de belangen – het Hof spreekt in deze context van 'interference'. Als die doorkruisingen ongerechtvaardigde doorkruisingen zijn, wordt gesproken van schendingen – het Hof spreekt in deze context van 'violations' of 'breaches'. Deze terminologie wordt ook aangehouden in gevallen waarin niet

³⁸ Vgl. Gerards 2011, p. 13-14.

wordt gesproken over EVRM-rechten, maar waar (breder) over fundamentele rechten wordt gesproken.

Een volgend kernbegrip is ‘horizontale werking’, vaak uitgesplitst naar ‘directe horizontale werking’ en ‘indirecte horizontale werking’. Ingeval wordt gezegd dat fundamentele rechten horizontaal werken, wordt daarmee bedoeld dat fundamentele rechten effect sorteren in de privaatrechtelijke verhouding, in het rechte vlak. Dat effect wordt afgezet tegen de verticale werking, het effect sorteren in de verhouding burger-overheid. Bij de uitleg van horizontale werking kan – de grondwetgever stipte dat bij de voorbereiding van de grondwetswijziging in 1983 aan – worden aangeknoopt bij de aard van de rechtsverhouding of bij de betrokken rechtssubjecten.³⁹ Het verschil ligt hierin dat als er wordt aangeknoopt bij de aard van de rechtsverhouding, ook van horizontale werking wordt gesproken als de overheid private handelingen verricht. Het geval van de gemeentesecretaris die pennen koopt bij de plaatselijke kantoorboekhandel om tijdens de vergadering aantekeningen mee te maken is een klassiek en in het *Apple*-tijdperk in zekere zin ook een achterhaald voorbeeld.⁴⁰ Als er wordt aangesloten bij het rechtssubject wordt alleen van horizontale werking gesproken als het gaat om verhoudingen waarin de overheid niet is betrokken.⁴¹ Het onderscheid is volgens mij van weinig praktisch belang. Onder de streep maakt het naar mijn mening niet uit welke uitleg wordt gekozen: in het eerste geval moet bij de horizontale werking rekening worden gehouden met de bijzondere aard van de partij van de overheid, terwijl in het laatste geval geldt dat de overheid die handelt in een privaatrechtelijke context weliswaar aan fundamentele rechten is gebonden, maar dat rekening moet worden gehouden met het feit dat zij handelt in de privaatrechtelijke context.

Er wordt verder onderscheid gemaakt tussen ‘directe horizontale werking’ en ‘indirecte horizontale werking’. Er zou sprake zijn van directe horizontale werking in die gevallen waarin fundamentele rechten zonder omhaal worden toegepast in de privaatrechtelijke verhouding, dat wil zeggen dat er geen sprake is van een tussenstap, bijvoorbeeld via de redelijkheid en billijkheid. Als voorbeeld kan het geval dienst doen waarin huurder Maris zich door Stichting Woningbeheer Assen beperkt zag in zijn recht op vrije nieuwsgaring (artikel 10 EVRM), nu het hem niet was toegestaan om een buitenantenne te plaatsen. Maris betoogde zo ook bij de Kantonrechter Assen, die overwoog ‘dat art. 10 EVRM in de onderhavige verhouding in beginsel wel van toepassing is’ en dat dat met zich brengt dat een vergunningverlening volgens de huurovereenkomst niet in strijd mag zijn met artikel 10 EVRM.⁴² Van indirecte horizontale werking is in ieder geval sprake indien fundamentele rechten worden ingelezen in open normen.

39 Zie Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16 (MvT).

40 ‘Gemeenteraadsleden aan de iPads’, *AD/Rotterdams Dagblad* 12 mei 2012.

41 Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15 (MvT).

42 Ktg. Assen 26 november 1984, onder 5, gekend uit: Arr. Rb. Assen 25 maart 1986, NJ 1987, 15 (*Maris/Stichting Woningbeheer Assen*). De overweging werd door de Rechtbank Assen juist bevonden, Arr. Rb. Assen 25 maart 1986, NJ 1987, 15, onder 6.7 (*Maris/Stichting Woningbeheer Assen*). En ook: Rb. Haarlem (voorzieningenrechter) 21 maart 2003, AB 2003, 234, m.nt. Vermeulen (*kledingverbod op bijzondere school*).

Het idee van 'constitutionalisering van het burgerlijk recht' is nauw verwant aan het idee van horizontale werking van fundamentele rechten. Met de constitutionalisering van het burgerlijk recht wordt hier bedoeld dat fundamentele rechten een expliciete en vaste rol in het privaatrecht gaan vervullen; de verankering van fundamentele rechten in het privaatrecht. Het burgerlijk recht dient vanuit dit perspectief als vertrekpunt bij de exercitie om het burgerlijk recht van constitutionele fundamentele te voorzien. Bij het idee van horizontale werking van fundamentele rechten, zijn de fundamentele rechten het vertrekpunt en wordt bezien hoe die een plek kunnen krijgen in de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Horizontale werking van fundamentele rechten draagt dus bij aan de constitutionalisering van het privaatrecht.

De EVRM-rechten worden in de regel in het Nederlands aangehaald. Waar dat gebeurt, is aangehaakt bij de onofficiële Nederlandse vertaling van het EVRM die is te raadplegen via de website van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, <www.echr.coe.int>.

2

OVER DE WENSELIJKHEID VAN CONSTITUTIONALISERING VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDS- EN SCHADEVERGOEDINGSRECHT

‘Schiet het burgerlijk recht met de wetenschap van zijn hoge afkomst veel op?’¹

~ F.W. Grosheide, 2001

2.1. INLEIDING

Een belangrijk uitgangspunt bij de in het vorige hoofdstuk gepresenteerde centrale onderzoeksvraag, betreft de wenselijkheid van de constitutionalisering van het privaatrecht, en meer in het bijzonder van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. In dit hoofdstuk wordt daarom eerst bij dit uitgangspunt stilgestaan, voor in de hier op volgende hoofdstukken stapsgewijs naar een antwoord op de centrale onderzoeksvraag wordt toegewerkt.

Constitutionalisering van het privaatrecht wordt in dit onderzoek begrepen als de verankering van fundamentele rechten in dat rechtsgebied. De constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is in het verlengde van de constitutionalisering van het privaatrecht de inzet van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voor de handhaving van fundamentele rechten. Er wordt als zodanig weinig gesproken over de wenselijkheid van constitutionalisering van het privaatrecht in de parlementaire geschiedenis, rechtspraak en rechtsgeleerde literatuur, en dat is reden geweest om het onderzoek op dit punt te richten op de discussies waarin horizontale werking van fundamentele rechten aan de orde is geweest. In de Nederlandse parlementaire geschiedenis, rechtspraak en rechtsgeleerde literatuur is er juist wel veel aandacht voor horizontale werking van fundamentele rechten. Met horizontale werking van fundamentele rechten wordt bedoeld de toepassing van fundamentele rechten in het privaatrecht. Constitutionalisering van het privaatrecht kent dus een ander perspectief dan horizontale werking van fundamentele rechten. In het eerste geval wordt het privaatrecht als vertrekpunt gekozen en wordt bezien welke rol fundamentele rechten daarin hebben of zouden moeten hebben. In het tweede geval worden fundamentele rechten als vertrekpunt gekozen en wordt bezien op welke wijze die ook in de privaatrechtelijke verhouding werken of zouden moeten werken. Zoals in hoofdstuk 1 is vooropgesteld, wordt hier als uitgangspunt genomen

1 Grosheide 2001-II, p. 48.

dat horizontale werking een vorm is om constitutionalisering van het privaatrecht te ontwikkelen. De argumenten die in de discussie over de wenselijkheid van horizontale werking van fundamentele rechten worden aangevoerd, gelden daarom vaak ook voor de wenselijkheid van constitutionalisering van het privaatrecht.

De wenselijkheidsvraag wordt ten dienste gesteld van de doelstelling van het creëren van beter recht. In dat licht worden in dit hoofdstuk argumenten voor en tegen horizontale werking van fundamentele rechten in het privaatrecht, en meer in het bijzonder in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht gepresenteerd. Beter recht betekent hier recht dat tot rechtvaardiger oplossingen leidt.² Een antwoord op de wenselijkheidsvraag moet zo bezien door argumenten worden gedragen.³

In dit hoofdstuk komen achtereenvolgens aan de orde een korte geschiedenis van de intrede van Europese fundamentele rechten in de Nederlandse rechtsorde na de Tweede Wereldoorlog en de herziening van de Grondwet aansluitend (§ 2.2.1), de rol van de horizontale werking van fundamentele rechten in de parlementaire geschiedenis en rechtspraak (§ 2.2.2), en tot slot de discussie over horizontale werking in de rechtsgeleerde literatuur (§ 2.2.3).

2.2. MET ZEVENMIJLSLAARZEN DOOR DE RECENTE GESCHIEDENIS VAN DE CONSTITUTIONALISERING VAN HET NEDERLANDSE BURGERLIJK RECHT

2.2.1. Vertrekpunt: de Tweede Wereldoorlog

De recente geschiedenis van de constitutionalisering van het Nederlandse burgerlijk recht gaat terug tot de Tweede Wereldoorlog. De Tweede Wereldoorlog is de aanleiding geweest voor het tot stand brengen van verschillende juridische instrumenten op supranationaal niveau waarmee bescherming van fundamentele rechten wordt beoogd. Daartoe hoort het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), dat sterk is geïnspireerd op de kort daarvoor in bredere kring aanvaarde Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM).

Toen de grootste juridische gevolgen van de Tweede Wereldoorlog (lees: het UVRM en het EVRM) zich werkelijk in de Nederlandse rechtsorde begonnen te settelen, werd het hier tijd bevonden om de Grondwet grondig te herzien. De Grondwetsherziening die daaruit voortkwam en uiteindelijk leidde tot de Grondwetsherziening 1983, ving aan met de instelling van de staatscommissie-Cals/Donner in 1967, welke commissie een adviserende rol in de herziening kreeg toebedeeld. Een van de vraagstukken waarvoor aandacht werd gevraagd, betrof het vraagstuk van de grondrechten, in het bijzonder het vraagstuk van het inlijven van sociale grondrechten in de Grondwet.⁴ Met het grondrechtenvraagstuk ging ook de vraag

2 Barendrecht 1992, p. 64.

3 Giesen 2005, p. 18; J.M. Smits 2009, p. 93 e.v.

4 Zie: Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake grondrechten, Kamerstukken II 1975/76-1976/77, 13 872, nr. 1-27.

gepaard naar de zogenaamde derdenwerking van grondrechten. De staatscommissie-Cals/Donner versloeg daarover als volgt:

‘De staatscommissie heeft zich afgevraagd, of de opvatting, dat grondrechten slechts betrekking hebben op de verhouding overheid-burger en daarbuiten geen verbindende kracht hebben, ook aan de nieuwe formulering van de grondrechten ten grondslag moet worden gelegd. De overgrote meerderheid van de commissie zou deze vraag bevestigend willen beantwoorden. Door een van de leden werd echter bepleit de artikelen zodanig op te zetten, dat de grondrechten als het ware een grondwettelijke opening naar de mogelijkheid van derdenwerking zouden bieden. (...) In de zienswijze van dit lid doortrekken de grondrechten de gehele samenleving; (...)

Deze gedachten hebben bij de commissie weinig weerklank gevonden. In haar zienswijze kan men wel stellen, dat aan de grondrechten bepaalde algemene rechtsbeginselen ten grondslag liggen, welke in de gehele samenleving doorwerken. (...) Dit betekent echter niet, dat de grondrechten rechtstreeks in de particuliere sfeer moeten doorwerken. De grondrechten zijn in hun opzet en formuleringen georiënteerd op de verhouding overheid-burger.’⁵

Het antwoord op de vraag – ‘kan een burger jegens een andere burger een vordering instellen of een verzoek doen en zich ter staving daarvan op een grondrecht beroepen?’ – luidde dus: nee. De commissie lijkt de enge vraag te hebben beantwoord of *directe* doorwerking van grondrechten zou moeten worden toegestaan. Voor zij tot een antwoord kwam, overwoog de commissie namelijk nog dat zij zich wel kon indenken dat meer abstract aan het privaatrecht zekere fundamentele waarden ten grondslag liggen. Beide overwegingen in samenhang beziend, zou ik noch willen concluderen dat de commissie enige vorm van indirecte horizontale werking voorstond, noch dat zij de combinatie fundamentele rechten en privaatrecht helemaal niet zag zitten.

Met de opvatting van de commissie was de kous niet af: Boesjes, destijds medewerker bij Binnenlandse Zaken,⁶ publiceerde een viertal jaren na het verschijnen van het commissierapport in het NJB het artikel ‘De horizontale werking van grondrechten’, waarin hij te kennen gaf een andere benadering dan de commissie voor te staan. Volgens Boesjes bleek uit niets dat de grondrechten uitsluitend georiënteerd zouden zijn op de verhouding overheid-burger en hij introduceerde zijn tegenwoordig fameuze glijdende schaal aan de hand waarvan voor ieder recht afzonderlijk zou kunnen worden besloten in welke mate horizontale werking mogelijk en wenselijk zou zijn:

[1] De minst verregaande wijze is wellicht de opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken; dat is het geval met de instructienormen die men bij een

⁵ *Tweede rapport staatscommissie-Cals/Donner* 1969, p. 42-43.

⁶ Zie: Verhey 2009, p. 519, noot 9.

aantal sociale grondrechten aantreft. [2] Iets verder gaat de grondrechtsnorm, die zich niet alleen tot de wetgever richt maar zich ook aan de rechter presenteert als een belangrijke waarde waarvan de rechter de invloed ondergaat bij de interpretatie van privaatrechtelijke regels of begrippen. [3] Vervolgens kan het grondrecht zelfstandig een rechtsbelang uitdrukken, dat de rechter bij de afweging van belangen mede in aanmerking moet nemen. [4] Nog weer verder gaat een grondrecht, dat de uitdrukking is van een rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken. [5] Ten slotte kan het grondrecht beogen zich dwingend aan de rechter op te leggen en slechts afwijkingen toe te staan, welke tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar zijn. [nummering, JE]⁷

De grondwetgever volgde Boesjes, nam zijn glijdende schaal over,⁸ en stond/staat een genuanceerde benadering voor:

‘De staatscommissie heeft ten aanzien van de klassieke grondrechten de horizontale werking afgewezen, welk standpunt in de toelichting op wetsontwerp 11051 is gevolgd. Niettemin kan bij deze afwijzing een vraagteken worden geplaatst; met name rijst de vraag of met betrekking tot de horizontale werking slechts een keuze tussen algehele aanvaarding en algehele verwerping gegeven is. Wij zijn tot de conclusie gekomen, dat dit laatste niet het geval is en dat een meer genuanceerde benadering de voorkeur verdient.’⁹

Deze benadering werd tijdens de behandeling van het wetsontwerp nog eens bevestigd, toen de regeringscommissaris overwoog:

‘Een redelijke uitleg zal tot de conclusie moeten leiden dat horizontale werking wel is toegestaan. Daarna zal van geval tot geval en van groep gevallen tot groep gevallen moeten worden nagegaan in hoeverre die horizontale werking moet worden toegekend.’¹⁰

En daarmee was de zaak voor de grondwetgever afgedaan. Of, in de woorden van Kortmann: ‘De regering stelde in feite: wetgever en rechter, U zoekt het maar uit.’¹¹ En dat deden ze.

7 Boesjes 1973, p. 911.

8 Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16 (MvT).

9 Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15 (MvT). Deze stellingname is overigens gedurende de gehele parlementaire behandeling van de Grondwet overeind gebleven. Interessant is nog de vraag van de bijzondere commissie voor het beleid inzake Grondwet en Kieswet in het voorlopig verslag, namelijk of een rechtsgang op grond van de actie uit onrechtmatige daad voor een doorsnee mens haalbare kaart is, en of de regering niet een meer hanteerbare en doorzichtiger regeling zou kunnen ontwerpen voor die personen die menen te worden gediscrimineerd. Zie: Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 6, p. 16 (VV II). Dit uitgangspunt is later nog eens bevestigd, zie: Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 10-11 (MvA II). Overigens komt daar ook al de bijzondere bescherming tegen discriminatie aan de orde, maar wordt die geacht onwenselijk te zijn.

10 Handelingen II 1976/77, 35, p. 2127.

11 C.A.J.M. Kortmann 1983, p. 47. Gelijkssoortige geluiden zijn er overigens ook in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. Bijvoorbeeld Voûte, in: Handelingen I 1978/79, 31, p. 1114. En ook verder in de literatuur, bijvoorbeeld: Alkema 1978, p. 258, die schrijft: ‘Daardoor [i.e. doordat de

2.2.2. Horizontale werking in wetgeving en rechtspraak

2.2.2.1. Horizontale werking in wetgeving en rechtspraak

De Nederlandse wetgever en rechter hebben zich de afgelopen decennia veelvuldig gebogen over het vraagstuk van horizontale werking van fundamentele rechten. De wetgever bereidde bijvoorbeeld de Algemene wet gelijke behandeling voor – een belangrijke uitwerking van het recht op gelijkheid die zich uitstrekt over privaatrechtelijke rechtsverhoudingen –, terwijl de Hoge Raad zich regelmatig uitsprak in zaken waarin een botsing van fundamentele rechten aan de orde was. Eisers en gedaagden baseerden hun actie en verweer in die laatste zaken beide op fundamentele rechten. In deze paragraaf wordt eerst stilgestaan bij de ontwikkeling ten aanzien van de horizontale werking van fundamentele rechten in de rechtspraak, in het bijzonder in het kader van het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Na de bespreking van de ontwikkeling in de rechtspraak, wordt een overzicht gegeven van de momenten waarop in de parlementaire geschiedenis is gesproken over horizontale werking van fundamentele rechten.

2.2.2.2. Horizontale werking in rechtspraak

Rechtspraak waarin doorwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht aan de orde is geweest, laat zien dat de Nederlandse rechter een pragmatische benadering voorstaat; fundamentele rechten en privaatrecht worden door de rechter doelmatig met elkaar verweven. Enerzijds worden fundamentele rechten gebruikt ter invulling van open normen, zoals die van de maatschappelijke zorgvuldigheid in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht ('de mogelijkheid dat de middelen van het privaatrecht te hulp worden geroepen voor het geldend maken van grondrechten'¹²). Anderzijds wordt de privaatrechtelijke regeling die de rechtsverhouding beheerst, gezien binnen het kader dat de beperkingsgrond bij het recht in kwestie schept (er is sprake van 'een conflict tussen een grondrecht en een privaatrecht'¹³ – of ander grondrecht). Deze laatste benadering laat zich illustreren door de *Gedwongen Aidstest*-zaak die in het vorige hoofdstuk al uitgebreid aan de orde is geweest.¹⁴ In de zaak stond centraal de verkrachting van Q door X en de onwil bij X om mee te werken aan een door Q gewenste aidstest. Verkrachter X meende niet te kunnen worden gedwongen tot het ondergaan van een aidstest ten bate van slachtoffer Q, en baseerde die stelling op artikel 11 Grondwet, dat het recht op lichamelijke integriteit behelst. De Hoge Raad overwoog in de *Gedwongen Aidstest*-zaak:

regering niet heeft gezegd wanneer de normen zich tot de rechter en wanneer de normen zich tot de wetgever richten, JE] krijgt de rechter in feite een blanco volmacht, overal waar de derdenwerking nog niet in wetgeving is neergelegd.'

¹² H. Drion 1969, p. 586.

¹³ H. Drion 1969, p. 586.

¹⁴ Zie § 1.1. HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB (*Gedwongen Aidstest*). Andere voorbeelden zijn: HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, m.nt. EJD, r.o. 5.9 (*Parool/Van G.*); HR 13 juni 1997, NJ 1998, 361, m.nt. EJD, r.o. 3.4 (*PDA/Grubben*).

‘Een en ander brengt mee dat eiseres, zoals de president terecht heeft geoordeeld, recht had op medewerking van X in de vorm van een door deze te ondergaan bloedonderzoek. Te dier zake kon X zich ook niet met succes op zijn aan art. 11 Gr.w ontleende grondrecht op de onaantastbaarheid van zijn lichaam beroepen, nu dit recht zijn grenzen vindt in de bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. In elk geval tussen burgers onderling kan een zodanige beperking in beginsel worden gegrond op art. 1401, zulks mede aan de hand van de in dat artikel besloten liggende normen die het in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht te nemen. In het licht van het hiervoor overwogene moet hier een dergelijke beperking worden aanvaard.’¹⁵

Deze benadering illustreert de horizontale werking van grondrechten in de zin van de toetsing van privaatrechtelijke regelingen en toepassingen van privaatrechtelijke regelingen aan grondrechten. De rechter is als overheidsorgaan ook gehouden de grondrechten bij de toepassing van privaatrechtelijke regelingen te respecteren. Via de rechtspraak kan de naleving van fundamentele rechten zo ook in de horizontale verhouding worden afgedwongen door te stellen dat de rechter privaatrechtelijke rechten buiten toepassing dient te laten omdat hij is gehouden gevolg te geven aan fundamentele rechten.¹⁶ Overigens heeft in deze zaak het grondrecht van X niet aan de toewijzing van de vordering van Q in de weg gestaan.

Naast de categorisering naar de door procespartijen gekozen insteek zoals die juist is aangestipt en toegelicht, kunnen zaken waarin doorwerking van fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht aan de orde was, naar het aan de zaak ten grondslag liggende feitencomplex tot een drietal categorieën worden teruggebracht, met een vierde restcategorie van zaken die, gezien het onderliggend feitencomplex, niet in een van de drie andere categorieën kunnen worden ondergebracht. Die categorieën komen nu achtereenvolgens aan de orde vanwege de focus in dit onderzoek op het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

De eerste categorie zaken betreft die zaken waarin de benadeler met de uitoefening van zijn recht op uitingsvrijheid inbreuk maakt op een of meer rechten van de benadeelde (bijvoorbeeld het recht op respect voor het privéleven of het recht op godsdienstvrijheid). Die situatie kan worden omschreven als een waarin een botsing van fundamentele rechten plaatsheeft, en waar de vraag rijst wie van de beide partijen zich naar het recht van de ander moet schikken.¹⁷ De oplossing voor de afweging van de botsende fundamentele rechten wordt in de regel gevonden in de omstandigheden van het geval.¹⁸ Illustratief is een overweging van de Rechtbank Assen in een

15 HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB (*Gedwongen Aidstest*).

16 H. Drion 1969, p. 591-593. Maris heeft deze overweging overigens afgedaan met de stelling dat de grondrechten zich in het algemeen niet tot de rechter, maar hoofdzakelijk tot de wetgever en het bestuur richten. Maris 1969, p. 32.

17 Bijvoorbeeld aan de orde in: HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 (*naaktfoto*); HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 m.nt. CJHB (*De Lage Landen/De Bourbon-Parma*); HR 21 oktober 1994, NJ 1996, m.nt. CJHB (*Blijf van m'n Lijf/Multi Magazines*); HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, m.nt. EJD (*Parool/Van G.*).

18 Zie bijvoorbeeld: Rb. Dordrecht (voorzieningenrechter) 18 februari 2010, NJF 2010, 119, onder 4.3; Hof Amsterdam 21 mei 2010, NJF 2010, 308, Rb. Amsterdam (voorzieningenrechter) 28 augustus

zaak waarin de vraag centraal stond of een vader die zijn dochter in de media had beschuldigd van negatieve berichtgeving over zijn slachthuis, met zijn uitingen inbreuk had gemaakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van zijn dochter. De Rechtbank Assen overwoog als volgt:

‘Het gaat hierbij om een botsing van twee fundamentele rechten, namelijk aan de zijde van gedaagde het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 7 Grw en artikel 10 EVRM) en aan de zijde van eiseres het recht op eer en goede naam en op eerbiediging van haar persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM). Het antwoord op de vraag welk recht zwaarder weegt, moet worden gevonden door een afweging van alle ter zake dienende omstandigheden van het geval. Daarbij komt niet in beginsel aan een van beide rechten voorrang toe.’¹⁹

Ofschoon de rechter de botsende fundamentele rechten vaak afweegt op het niveau van het specifieke geval, verdient het opmerking dat aan die afweging voorafgaand soms van meer algemene overwegingen en gezichtspunten melding wordt gemaakt, die in daaropvolgende zaken aanknopingspunten bieden bij het afwegen. Die overwegingen en gezichtspunten hebben niet zelden hun oorsprong in rechtspraak van het EHRM.

In zijn arrest van 24 juni 1983 heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld gezichtspunten geformuleerd, die rechters in vergelijkbare zaken handvatten bieden.²⁰ In deze zaak stond de vraag centraal waar een rechtmatige uiting onrechtmatig wordt, of, anders gezegd, welk van twee centraal staande belangen (het belang bij uitingsvrijheid en het belang om niet te worden blootgesteld aan lichtvaardige verdenkingen) in een specifiek geval voorrang verdient.²¹ In de zaak was aan de orde de verdachtmaking van Y door X, die in dagblad *De Gelderlander* suggestieve uitlatingen zou hebben gedaan met betrekking tot de financiële integriteit van Y. Y was op het moment van de verdachtmakingen als bestuurder werkzaam bij kinderbeschermingsinstellingen. X zou de indruk hebben gewekt dat Y zich door duistere onroerendgoedtransacties ten koste van gemeenschapsgelden zou hebben verrijkt.²² De Hoge Raad nam als uitgangspunt aan dat twee hoogwaardige, maatschappelijke belangen (hij sprak dus niet over fundamentele rechten) tegen over elkaar stonden en overwoog:

‘Welk van deze belangen in een gegeven geval de doorslag behoort te geven, hangt af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden, en wel – in een situatie als de onderhavige – in het bijzonder van de volgende:

2009, NJF 2009, 398.

19 Rb. Assen 25 juni 2008, NJF 2008, 339, overweging 4.3.

20 Brunner in zijn noot bij: HR 27 januari 1984, NJ 1984, 803, m.nt. CJHB, onder 1. Overigens heeft A-G Franx aan het rijtje een tweetal gezichtspunten toegevoegd, namelijk ‘g. het gezags-aspect van HR 18 febr. 1966, NJ 1966, 208 (m.nt. GJS) en h. het aspect van wie aan de weg timmert.’ A-G Franx in zijn conclusie voor HR 27 januari 1984, NJ 1984, 802, onder 3.

21 HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801, m.nt. MS (*Gemeenteraadslid*). Zie ook de noot van Brunner bij: HR 27 januari 1984, NJ 1984, 803, m.nt. CJHB.

22 HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801, m.nt. MS, onder 3.2 (*Gemeenteraadslid*).

- a. de aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die verdenkingen betrekking hebben;
- b. de ernst – gezien vanuit het algemeen belang – van de misstand welke de publikatie aan de kaak beoogt te stellen;
- c. de mate waarin ten tijde van de publikatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal;
- d. de inkleding van de verdenkingen, gezien in verhouding tot de onder a. t/m c. bedoelde factoren;
- e. de mate van waarschijnlijkheid dat, ook zonder de verweten publikatie via de pers, in het algemeen belang het nagestreefde doel langs andere, voor de wederpartij minder schadelijke wegen met een redelijke kans op spoedig succes bereikt had kunnen worden;
- f. een mogelijke beperking van het door de perspublicatie te veroorzaken nadeel voor degene die erdoor wordt getroffen, in verband met de kans dat het betreffende stuk, ook zonder de verweten terbeschikkingstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen.²³

De Hoge Raad heeft in de zaak *Parool/Van G.* in 1995 nog eens bevestigd dat de in 1983 geformuleerde gezichtspunten toen nog steeds maatgevend waren en heeft op de bevestiging aansluitend toenadering tot de rechtspraak van het EHRM gezocht. De Hoge Raad voegde aan de opgesomde gezichtspunten Straatsburgse overwegingen toe, toen hij toekwam aan de beoordeling van de houdbaarheid van het arrest van het Hof in het licht van artikel 10 EVRM. Dommering leest in de overwegingen door de Hoge Raad dat de Hoge Raad heeft gemeend ‘dat de rechter die deze belangenafweging [i.e. de 1983 afweging, JE] uitvoert zich tenslotte de vraag moet stellen of het resultaat waartoe hij komt een beperking van de uitingsvrijheid is die noodzakelijk is in de zin van art. 10 lid 2.’²⁴

In een meer recente zaak waarin Van G. procespartij was, tot slot, is aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd of de rechter die zich geconfronteerd ziet met een conflict tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op eerbiediging van de privacy en goede naam, moet nagaan of de uitkomst die hij na het afwegen van de ter zake doende omstandigheden heeft gevonden, een noodzaak is in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM of artikel 10 lid 2 EVRM.²⁵ De Hoge Raad overwoog:

‘Het antwoord op de vraag welk van deze beide rechten in het onderhavige geval zwaarder weegt, moet worden gevonden door een afweging van alle terzake dienende omstandigheden van het geval. Zoals de Hoge Raad in rov. 5.11 van het Paroolarrest heeft geoordeeld, komt bij deze afweging niet in beginsel voorrang toe aan het door art. 7 Grw. en 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting. Ditzelfde geldt voor de door art. 8 EVRM beschermde rechten. Dit brengt mee dat het hier niet gaat om een in twee fasen te verrichten toetsing (aldus dat

23 HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801, m.nt. MS, onder 3.4 (*Gemeenteraadslid*).

24 Dommering in zijn noot bij HR 6 januari 1995, NJ 422, m.nt. EJD (*Parool/Van G.*), onder 3.

25 Zie: conclusie van A-G Huydecoper voor HR 18 januari 2008, NJ 2008, 274, onder 44 (*Van G./Hemelrijk*).

eerst aan de hand van de omstandigheden wordt bepaald welk van beide rechten zwaarder weegt, waarna vervolgens nog moet worden beoordeeld of de noodzakelijkheidstoets als neergelegd in art. 8 lid 2 respectievelijk 10 lid 2 EVRM zich verzet tegen het resultaat van die afweging), maar dat deze toetsing in één keer dient te geschieden waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende tweede lid.²⁶

Het heeft Dommering, en ik sluit me bij hem aan, tot de slotsom gebracht dat er nog steeds sprake is van één test, met dien verstande dat waar in 1983 nog over belangen werd gesproken, tegenwoordig sprake is van een conflict van fundamentele rechten. Die conclusie brengt mee dat voortaan eerst moet worden vastgesteld wat de reikwijdte van de aan de orde zijnde rechten is.²⁷

Het kader dat de Hoge Raad voor deze gevallen heeft geschapen, is in de lagere rechtspraak gebruikt voor de afweging van botsende belangen en biedt dus houvast aan de rechter die zich met een vergelijkbare zaak ziet geconfronteerd.²⁸

De tweede categorie zaken waarin doorwerking van fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht aan de orde is geweest, betreft die waarin de overheid, als benadeler, op enige wijze een rol heeft. Nu eens wordt de overheid voor schade verantwoordelijk gehouden terwijl de primaire benadeler een particuliere derde is,²⁹ dan weer wordt de overheid aangesproken vanwege gedragingen die direct schade hebben veroorzaakt, of wordt de overheid aangesproken voor een gedraging die zij heeft ondernomen als (private) deelnemer in het rechtsverkeer.

In eerstgenoemde zaken, namelijk waarin de overheid wordt aangesproken voor vergoeding van schade die primair door een private partij is veroorzaakt, wordt soms gesproken van indirecte horizontale werking van fundamentele rechten, aangezien via de band van de overheid normering in een privaatrechtelijke rechtsverhouding aan de orde komt. Wetgever, rechter en bestuur zijn alle overheidsorganen en als zodanig bij de uitoefening van hun functie aan fundamentele rechten gebonden. Een eisende partij in een civielrechtelijke rechtsverhouding kan bijvoorbeeld voor de rechter stellen dat hij wetgeving buiten beschouwing dient te laten, omdat de toepassing van die wetgeving inbreuk op een fundamenteel recht zou betekenen. Ofschoon de rechter in Nederland formele wetgeving niet aan de Grondwet mag toetsen, mag hij dat wel aan het EVRM. Op de hier voorgestelde wijze stelde zoon S. (via zijn

26 HR 18 januari 2008, NJ 2008, 274, r.o. 3.4.1 (Van G./Hemelrijk). En meer recent nog: HR 11 mei 2012, RvdW 2012, 724, r.o. 3.3. Zie ook: HR 15 mei 2009, NJ 2009, 372, m.nt. EJD (*Vereniging tegen de kwakzalverij/Sickesz*).

27 Dommering in zijn noot bij HR 6 januari 1995, NJ 422, m.nt. EJD (*Parool/Van G.*), onder 4.

28 Zie onder meer: president Rb. Amsterdam 8 februari 1990, KG 1990, 89, onder 7; president Rb. Assen 22 februari 2000, KG 2000, 78, onder 5.3. e.v.; Rb. Arnhem 25 februari 2005, NJF 2005, 155, onder 5; Rb. Utrecht (voorzieningenrechter) 22 september 2005, NJF 2005, 421, onder 3.6.; Hof Amsterdam 10 augustus 2006, NJF 2006, 573, onder 4.5; Rb. Alkmaar 25 juni 2009, NJF 2009, 467, onder 4.14; Rb. Dordrecht (voorzieningenrechter) 18 februari 2010, NJF 2010, 119, onder 4.4. e.v.

29 Bijvoorbeeld in het kader van toezicht: Enschedese vuurwerkramp.

wettelijk vertegenwoordiger H.) bijvoorbeeld dat zijn relatie met zijn vader was verstoord, doordat die laatste een verkeersongeval was overkomen. H. beriep zich daarbij onder meer op artikel 8 EVRM en stelde dat, mocht de rechtbank menen dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht geen ruimte zou laten om de vordering toe te wijzen, dit schadevergoedingsrecht een schending van artikel 8 EVRM tot gevolg had en dus buiten toepassing moest worden gelaten.³⁰ H.'s stelling mocht hem niet baten: de rechtbank besliste dat artikel 8 EVRM niet op dit schadevergoedingsrecht zag, en stelde bovendien dat de bepaling geen horizontale werking had.

De overheid kan in de tweede plaats worden aangesproken voor eigen gedragingen die rechtstreeks onrechtmatig zijn tegenover een private partij en die zijn gebaseerd op publiekrechtelijke bevoegdheden. Zo besloot de Burgemeester van Amsterdam het privéleven van een van zijn inwoners te verstoren, om (de voorzieningenrechter neemt dat aan) de belangen van de nationale veiligheid en de openbare veiligheid te dienen, en te proberen wanordelijkheden en strafbare feiten te voorkomen.³¹ De burger in kwestie vorderde voor de Rechtbank Amsterdam, onder meer, een verbod om hem nog langer te verstoren en vorderde bovendien nader vast te stellen 'immateriële schadevergoeding'. Hij stelde dat de verstoring 'een inbreuk [vormt] op de persoonlijke levenssfeer van eiser, zoals beschermd in artikel 8 EVRM'.³² Dit type zaken wordt hier genoemd, omdat de regels voor overheidsaansprakelijkheid sterk verwant zijn aan de regels voor de vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid.³³ Ofschoon de overheid een bepaald andere normadressaat is dan de burger, kan met dat in het achterhoofd een parallel worden getrokken tussen de civiele aansprakelijkheidzaken waarin de schending van fundamentele rechten aan de orde is en overheidsaansprakelijkheidzaken waarin schending van fundamentele rechten aan de orde is.

De overheid kan ten derde deelnemen aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer, schade veroorzaken en in die context voor vergoeding worden aangesproken. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de taxibus in de in hoofdstuk 1 besproken *Taxibus*-zaak een bus van de gemeentelijke plantsoendienst was, en de overheid als werkgever verantwoordelijk zou worden gehouden voor een ongeval veroorzaakt door een van haar werknemers. Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid zou opnieuw aan de orde kunnen komen of er sprake is geweest van een inbreuk op artikel 8 EVRM. In een dergelijk geval is er sprake van horizontale werking van fundamentele rechten als wordt aangenomen dat niet de aard van partijen doorslaggevend is, maar de aard van de rechtsverhouding. In het eerste geval zou het feit dat de overheid partij is er aan in de weg staan dat kan worden gesproken van horizontale werking, terwijl in het tweede geval het feit dat er sprake is van een civielrechtelijke rechtsverhouding,

30 Rb. 5 december 2001, NJK 2002, 5, onder 3.7.

31 Rb. Amsterdam (voorzieningenrechter) 9 maart 2006, NJF 2006, 251, onder 11. Andere voorbeelden betreffen de ontruiming van krakerspanden, Rb. Groningen (voorzieningenrechter) 7 november 2008, NJF 2008, 516; de huiszoeking bij een journalist, HR 2 september 2005, NJ 2006, 291.

32 Rb. Amsterdam (voorzieningenrechter) 9 maart 2006, NJF 2006, 251, onder 3. De rechtbank besliste dat er sprake was van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van eiser, maar dat die voorlopig rechtmatig was, want noodzakelijk in een democratische samenleving en proportioneel.

33 Zie meer uitgebreid: § 3.3.2.2.

maakt dat er sprake is van horizontale werking. Naar mijn mening maakt deze onderscheiding onder de streep overigens geen verschil.³⁴

De derde categorie zaken waarin doorwerking van fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht aan de orde is geweest, betreft de zaken waarin derden zijn geraakt door een ongeval dat een dierbare is overkomen.³⁵ Die derden hebben naar het huidige Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht slechts beperkt recht op vergoeding van, als gevolg van het hun dierbare overkomen ongeval, door hun geleden schade. Verschillende derden hebben de afgelopen jaren fundamentele rechten in hun betoog gebracht en geprobeerd de grenzen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht hier te verleggen.

In hoofdstuk 1 is de *Taxibus*-zaak besproken.³⁶ Daarin werd door eiseres betoogd dat een toets aan het EVRM zou leren dat dat deel van het huidige schadevergoedingsrecht dat vorm krijgt in de artikelen 6:107 en 6:108 BW een mensenrechtentoets niet zou kunnen doorstaan, en dat de rechter dus zou zijn gehouden om de wet buiten toepassing te laten voor zover die aan vergoeding van affectieschade in de weg zou staan. In deze context is in het eerste hoofdstuk ook al gewezen op de andere benadering die door eisers is gekozen in de *Baby Joost*-zaak, waarin werd bepleit dat eisers op grond van het EVRM recht zouden hebben op vergoeding van affectieschade.³⁷

In de literatuur wordt betoogd dat het Nederlandse stelsel voor vergoeding van derdenschade, gezien de rechtspraak van het EHRM waarin het een vergoeding toewijst voor wat wij affectieschade noemen, niet houdbaar is.³⁸ Het EHRM heeft weliswaar nog niet uitdrukkelijk de stelling willen innemen dat lidstaten verplicht zijn om te voorzien in een mogelijkheid in het nationale civiele recht om vergoeding van affectieschade te claimen, maar heeft dat wel gedaan ten aanzien van de publiekrechtelijke verhouding.³⁹

Naast de hier benoemde drie categorieën zaken waarin de doorwerking van fundamentele rechten in het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in de rechtspraak aan de orde is, zijn er verschillende andere zaken waarin particulieren fundamentele rechten aanvoeren als grondslag van hun vordering, als argument voor het buiten toepassing laten van delen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, of als argument voor of tegen het bestaan van een schadevergoedingsverplichting vanwege onrechtmatige daad. Deze zaken vormen samen de restcategorie. De aan die zaken ten grondslag liggende feitencomplexen zijn divers. Zo is er een aantal zaken geweest waarin de vraag is gerezen of een verzekeraar, gezien artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces), inzicht dient te krijgen in medische gegevens

34 Zie § 3.3.2.2.

35 Zie Rijnhout 2012, p. 303 e.v.

36 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*). Zie § 1.1.

37 HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, m.nt. ARB, r.o. 3.7 (*Baby Joost*). Zie § 1.1.

38 Wijnakker 2010, p. 315; Rijnhout 2012, p. 304, e.v.

39 Hierover meer in § 4.3.8.4.

die aan een voorlopig deskundigenbericht ten grondslag liggen van een persoon die aanspraak maakt op een uitkering uit een verzekering bij de betreffende verzekeraar, mede gezien het recht op respect voor het privéleven van die persoon (artikel 8 EVRM).⁴⁰ De vraag is verder gerezen of de PostcodeLoterij met de insteek die zij voor haar loterij kiest inbreuk maakt op het recht op respect voor het privéleven van niet-deelnemers die in het winnende postcodegebied wonen.⁴¹ Aan de rechter is ook de vraag voorgelegd of de hinder die het luiden van kerkklokken meebrengt, inbreuk maakt op het recht op respect voor het privéleven van omwonenden. En artikel 10 EVRM is opgeworpen als rechtvaardigingsgrond in een zaak waarin internet-service-provider XS4ALL meende dat jegens hem een onrechtmatige daad was gepleegd door Ab.Fab die ongevraagd commerciële e-mails had gestuurd naar klanten van XS4ALL, terwijl XS4ALL overigens zelf zijn vordering mede baseerde op artikel 8 EVRM.⁴²

2.2.2.3. Horizontale werking in wetgeving

De wetgever heeft, net als de rechter, op deelterreinen bijgedragen aan de ontwikkeling van de handhaving van fundamentele rechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, en was daar overigens al druk mee bezig vóór de nieuwe Grondwet in 1983 in werking trad. De Algemene wet gelijke behandeling is, als gezegd, een uitwerking van artikel 1 Grondwet en een belangrijk voorbeeld van expliciete horizontale werking van fundamentele rechten door incorporatie in het privaatrecht. De Algemene wet gelijke behandeling wordt in dat opzicht vaak samen genoemd met de Wet bescherming persoonsgegevens, die een uitwerking is voor de horizontale verhouding van het recht op respect voor het privéleven. Maar er zijn ook minder in het oog springende wetswijzigingen waarmee (mede) is beoogd de privaatrechtelijke regelgeving meer in lijn met fundamentele rechten te brengen. In deze paragraaf volgt een schets van verschillende momenten waarop in de parlementaire geschiedenis horizontale werking aan de orde is geweest.

In de eerste plaats is bij de behandeling van het wetsvoorstel 'Verzekering van werknemers tegen de geldelijke gevolgen van werkloosheid' door Tweede Kamerlid

40 Hof Arnhem 27 juni 2006, JA 2006, 119 (*Allianz/X*). Het Hof heeft Allianz in het ongelijk gesteld en overwoog onder meer dat artikel 6 EVRM in beginsel niet een recht geeft op inzage van aan een voorlopig deskundigenbericht ten grondslag liggende medische gegevens, maar dat de rechterlijke procedure in zijn geheel wel moet voldoen aan de eisen van een eerlijk proces. Of een inbreuk op artikel 8 EVRM kan worden gerechtvaardigd hangt af van een belangenafweging (i.e. de afweging van het recht op een eerlijk proces en het recht op privacy) die niet in abstracto kan worden gemaakt. Het hof overwoog op deze zaak toegespitst: 'Indien X geen gebruik heeft gemaakt van haar blokkeringsrecht, ligt het niet voor de hand haar recht op privacy te laten prevaleren boven het recht op hoor en wederhoor van Allianz. Dit klemt temeer als de door X gevorderde of te vorderen schade aanzienlijk is.'

41 Hof Amsterdam 7 oktober 2008, NJF 2008, 456. Het hof heeft beslist dat de PostcodeLoterij geen inbreuk heeft gemaakt op eisers' recht op eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer en dat haar gedragingen ook niet anders tot aansprakelijkheid kunnen leiden.

42 HR 12 maart 2004, NJ 2009, 549 (*XS4ALL/Ab.Fab*). De Hoge Raad overwoog dat artikel 10 EVRM in beginsel niet kan dienen ter rechtvaardiging van 'een inbreukmakend gebruik van een goed waarop een ander exclusieve rechten heeft' en besliste ten slotte dat Ab.Fab onrechtmatig had gehandeld jegens XS4ALL.

Groenman het voorstel aan de orde gesteld om in de aan de orde zijnde regeling een nieuw artikel 2 in te voegen, en daarmee de artikelen 1 tot en met 10 Grondwet ook uitdrukkelijk van toepassing te verklaren tussen burgers onderling. De staatssecretaris verwierp het voorstel, omdat hij meende dat zo'n nieuw in te voegen artikel 2 niet nodig zou zijn, omdat het parlement er bij de behandeling van het voorstel immers op zou kunnen toezien dat de wetgeving in overeenstemming zou zijn met de Grondwet.⁴³

Horizontale werking van fundamentele rechten was ook aan de orde toen in 1984 in de vaste commissie voor het Emancipatiebeleid de nota 'Bestrijding van seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes' werd behandeld. In die nota stond geschreven: 'Bescherming van de individuele privacy en van de onaantastbaarheid van het menselijke lichaam speelt vooral ook een rol in het verkeer en in verhoudingen tussen burgers onderling. Aanvaarding c.q. erkenning van de werking van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in private verhoudingen (horizontale werking) op het terrein van uitingen van seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes houdt tevens de erkenning in van een individueel recht op zelfbeschikking van vrouwen.'⁴⁴ Deze toekenning van horizontale werking aan de beide Grondwetbepalingen ging niet zonder slag of stoot. Zo werd bijvoorbeeld opgemerkt 'dat de parlementaire geschiedenis onvoldoende recht wordt gedaan met een klakkeloze toekenning van een horizontale werking aan deze artikelen.'⁴⁵ Staatssecretaris Kappeyne van de Coppello meende dat de mogelijkheid om horizontale werking toe te kennen aanwezig was en stelde nog eens dat in de nota heel duidelijk werd gekozen voor uitbreiding van de horizontale werking.⁴⁶ In de nota werd overigens ook met zoveel woorden overwogen dat de overheid verplicht was om de uitoefening van persoonlijkheidsrechten van burgers te beschermen. Er werd, anders gezegd, een positieve verplichting aangenomen.⁴⁷

Een derde moment waarop de horizontale werking van fundamentele rechten in de parlementaire geschiedenis aan de orde is geweest, was tijdens de behandeling van de eerder genoemde Algemene wet gelijke behandeling. De Algemene wet gelijke behandeling beoogde artikel 1 Grondwet uit te werken voor de horizontale werking. Een belangrijke vraag die daarbij onmiddellijk rees, was waarom juist deze bepaling werd uitgewerkt, en andere niet. Een van de tijdens de parlementaire behandeling genoemde rechtvaardigingen voor de ontwikkeling van de wet, was de bedreiging van de menselijke waardigheid die komt met ongelijke behandeling.⁴⁸ In haar voorlopig verslag legde de bijzondere commissie voor de Antidiscriminatiewetgeving onder meer de voor dit onderzoek interessante vraag op tafel naar de mogelijkheden tot actie op grond van de onrechtmatige daad.⁴⁹ Het kritische rapport deed de minister

43 Handelingen II 1985/86, 62, p. 47.

44 Nota Bestrijding van seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes, Kamerstukken II 1983/84, 18 542, nr. 2, p. 11.

45 Handelingen II 1984/85, 22, p. 47.

46 Handelingen II 1984/85, 22, p. 48.

47 Nota Bestrijding van seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes, Kamerstukken II 1983/84, 18 542, nr. 2, p. 11.

48 Kamerstukken II 1988/89, 20 501, nr. 5, p. 2 (VV II).

49 Kamerstukken II 1988/89, 20 501, nr. 5, p. 18 (VV II).

echter besluiten het wetsvoorstel in te trekken en nog eens grondig te heroverwegen.⁵⁰

Na de conclusie dat heroverweging noodzakelijk was, werd er een nieuw voorstel ontwikkeld waarin over de meerwaarde ten opzichte van 'de onrechtmatigheid' werd overwogen, dat die schuilging in het feit dat 'de onrechtmatigheid' (en strijd met de openbare orde en de goede zeden) discriminatie onvoldoende tegenging.⁵¹ De wetgever meende bovendien dat normering op dit gebied zijn taak was en het scheppen van een kader niet aan de rechter moest worden overgelaten.⁵² De wetgever ontwikkelde het voorstel met in het achterhoofd het idee dat er reeds een breed maatschappelijk draagvlak bestond voor de bestrijding van discriminatie.⁵³ De vastlegging van het recht op gelijke behandeling in de wet zou bovendien artikel 1 Grondwet aan betekenis doen winnen en meer zekerheid verschaffen over de werking daarvan in de horizontale verhouding.⁵⁴ De GPV-fractie wees nog op het interessante punt dat, omdat de wet zowel publiekrechtelijke verhoudingen als privaatrechtelijke verhoudingen regelde, het gevaar ontstond 'dat begrippen die hun betekenis ontleenen aan het publiekrecht worden geïncorporeerd in privaatrechtelijke verhoudingen'.⁵⁵

Er zijn ook voorstellen gedaan waarmee op deelgebieden uitwerking van gelijke behandeling in de horizontale verhouding werd voorgestaan. Zo hebben Kamerleden Van Nieuwenhoven en Haas-Berger het voorstel 'Wet tegen de seksdiscriminatie' geïnitieerd, waarmee zij beoogden seksdiscriminatie te voorkomen.⁵⁶ Als sluitstuk werd daarbij de beoogde handhaving van de wet gepresenteerd, waarbij als uitgangspunt gold dat de situatie van gelijke behandeling werd bereikt: 'Om die reden is niet gekozen voor handhaving via het strafrecht. Dan immers wordt degene die onderscheid maakt mogelijk wel vervolgd en gestraft maar treedt nog geen situatie van gelijke behandeling in'.⁵⁷ De handhaving was civielrechtelijk geregeld, waar mogelijk toegespitst (bijvoorbeeld ten aanzien van de school- en beroepskeuzevoorlichting), en met artikel 1401 (oud) BW als vangnet fungerend voor de artikelen met een grote reikwijdte (bijvoorbeeld ten aanzien van de toelating tot het onderwijs).⁵⁸ Artikel 1401 (oud) BW leende zich hier naar de opvatting van de initiatiefnemers van het wetsvoorstel te meer voor handhaving, aangezien er in de context van dat artikel niet alleen schadevergoeding kon worden gevorderd, 'maar ook de schadevergoeding in

50 Kamerstukken II 1988/89, 20 501, nr. 6.

51 Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 15 (MvA II).

52 Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 15 (MvA II).

53 Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 15 (MvA II).

54 Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 1-2 (VV II).

55 Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 13 (VV II).

56 Kamerstukken II 1986/87, 20 065, nr. 3, p. 2 (MvT). Andere voorbeelden betreffen het voorstel Wet groepsacties gelijke behandeling (19507), het voorstel Wet tegen seksdiscriminatie (20065), en het voorstel Aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enkele bepalingen tot het tegengaan van discriminatie op grond van ras, godsdienst, levensovertuiging, geslacht of hetero- of homoseksuele gerichtheid (20239).

57 Kamerstukken II 1986/87, 20 065, nr. 3, p. 18 (MvT).

58 Kamerstukken II 1986/87, 20 065, nr. 3, p. 18 (MvT).

natura, een verklaring van recht dat de gepleegde daad onrechtmatig is en een verbod tot het plegen van een zeker handelen.⁵⁹

Horizontale werking is ook aan de orde geweest bij de behandeling van de goedkeuring van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (verder: IVRK). De memorie van toelichting schetst de stand van zaken ten aanzien van de gedachtevorming over de horizontale werking van grondrechten, namelijk dat die op dat moment nog sterk in beweging is, en zich niet leent voor een aanduiding van de aan de orde zijnde bepalingen in het IVRK.⁶⁰

Bij de behandeling van de goedkeuring van het IVRK aansluitend, is de horizontale werking ook aan de orde geweest in de notitie ‘Rechtspositie minderjarigen’. Minister van Justitie Korthals Altes was tot het schrijven van die notitie gekomen na een motie in de Tweede Kamer, onder meer naar aanleiding van het rapport ‘Jeugdbeschermingsrecht’ van de commissie-Wiarda.^{61, 62} De minister brengt in de notitie in stelling dat ‘aangenomen kan worden dat de gelding van grondrechten [waaronder nadrukkelijk begrepen artikel 8 EVRM, JE] doorwerkt in de gezagssituatie zoals deze bestaat tussen ouders en hun minderjarige kinderen.’⁶³ De minister ziet dat zo voor zich dat weliswaar als uitgangspunt geldt dat in het belang van het kind ouderlijk gezag wordt uitgeoefend, maar dat de ouderlijke plicht om zorg te dragen voor de verzorging en opvoeding van zijn kind met zich brengt dat rekening moet worden gehouden met de belangen van het kind. Dat gezegd hebbende, overweegt de minister dat het gezag en de grondrechten niet tegenover elkaar staan, en dat de rechten van het kind bovendien worden begrensd door de rechten van andere leden in de familie.⁶⁴

In de gewijzigde memorie van toelichting bij het voorstel ‘Wet op de medische keuringen’ werd verwezen naar de artikelen 10 en 11 Grondwet en artikel 8 EVRM en werd overwogen dat werd aangenomen dat deze artikelen horizontale werking hadden.⁶⁵ Bij de behandeling van het voorstel werd in twijfel getrokken of hierin voldoende rechtvaardiging lag om tot het wetsvoorstel te komen, aangezien horizontale werking van grondrechten niet kon worden verondersteld, maar in concrete, voorliggende situaties moest worden bezien of fundamentele rechten horizontaal werkten.⁶⁶

Horizontale werking is ook aan de orde geweest bij de verkenning van de ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht.⁶⁷ In de verkenning worden de rechten opgesomd die in de arbeidsverhouding een rol hebben. Van die rechten wordt gezegd dat sommige systematisch bij wet zijn geregeld (zoals het recht op gelijke behandeling), andere ten dele (bijvoorbeeld het recht op bescherming van de per-

59 Kamerstukken II 1986/87, 20 065, nr. 3, p. 18 (MvT).

60 Kamerstukken II 1992/93, 22 855 (R1451), nr. 3, p. 10.

61 Notitie Rechtspositie minderjarigen, Kamerstukken II 1989/90, 21 390, nr. 2.

62 *Rapport Jeugdbeschermingsrecht* 1970.

63 Notitie Rechtspositie minderjarigen, Kamerstukken II 1989/90, 21 390, nr. 15.

64 Notitie Rechtspositie minderjarigen, Kamerstukken II 1989/90, 21 390, nr. 15.

65 Kamerstukken II 1993/94, 23 259, nr. 7, p. 1 (gewijzigde MvT).

66 Handelingen II 1995/96, 75, p. 5103.

67 Kamerstukken II 1996/97, 25 426, nr. 1.

soonlijke levenssfeer), en tot slot dat sommige nauwelijks zijn geregeld (waaronder de vrijheid van meningsuiting).⁶⁸

Eind jaren negentig is er een aantal wetsvoorstellen en andere parlementaire stukken op het gebied van privacy en communicatie aan de orde geweest, die veelal waren ingegeven door de voortschrijdende techniek die nieuwe vormen van communicatie en dataopslag heeft mogelijk gemaakt.⁶⁹ Er is gesproken over de ‘informatiemaatschappij’ en een (gegroeide) sterkere behoefte aan doorwerking van artikel 13 Grondwet (vertrouwelijke communicatie) sinds de grondwetsherziening in 1983.⁷⁰ Communicatiemiddelen worden niet zelden door particulieren aangeboden en dat maakt, aldus de wetgever, dat het belang van horizontale werking is toegenomen.⁷¹ Bij de behandeling van het wetsvoorstel ‘Wet bescherming persoonsgegevens’ is in het bijzonder nog gevraagd om een overzicht te geven van de civielrechtelijke sancties die een rol spelen bij de handhaving van de voorgestelde wet. De minister heeft in antwoord onder meer op de mogelijkheid gewezen dat, ingeval een onrechtmatige situatie bestaat, onder dwangsom aan die situatie een einde kan worden gemaakt en hij wijst ook op de mogelijkheid tot vergoeding van geleden (im)materiële schade.⁷²

De toegang tot informatie en nieuwe media is overigens tot de dag van vandaag een onderwerp waarin horizontale werking van fundamentele rechten een rol heeft. Zo is recent nog aan de Minister van Buitenlandse Zaken een aantal vragen voorgelegd over ‘wetgeving om mondiale vrijheid van toegang tot het internet te garanderen.’⁷³ Onder de vragen was de vraag of een plicht om het recht op vrije toegang tot internet te garanderen ook voor bedrijven geldt die toegang tot en het gebruik van internet mogelijk maken.⁷⁴ Minister Verhagen antwoordde dat die bedrijven zich uiteraard aan de wet moeten houden en dus niet mogen discrimineren bij de acceptatie van klanten.⁷⁵ In die zin zou er sprake zijn van horizontale werking van grondrechten, maar de minister haastte zich daaraan toe te voegen dat de eindverantwoordelijkheid bij de overheid rust.⁷⁶

Meer recent is horizontale werking van grondrechten in brede zin aan de orde geweest bij de evaluatie van de Nederlandse Grondwet en bij de voorbereiding van de oprichting van het College voor de rechten van de mens. De centrale vraag bij eerstgenoemde evaluatie betrof de betekenis die de Grondwet heeft, juridisch, politiek en maatschappelijk als kader en grondslag voor de ordening van relaties tussen overheid en burger enerzijds, en als zingevingskader en oriëntatiepunt voor die relaties ander-

68 Kamerstukken II 1996/97, 25 426, nr. 16.

69 Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepalingen inzake de onschendbaarheid van het brief-, en telefoon- en telegraafgeheim (25443), voorstel Wet bescherming persoonsgegevens (25892), en kabinetsstandpunt op het advies Grondrechten in het digitale tijdperk (27460).

70 Kamerstukken II 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 5.

71 Kamerstukken II 1997/98, 25 443, nr. 5 (NV II), p. 16.

72 Kamerstukken II 1999/00, 25 892, nr. 92c (MvA II), p. 22.

73 Aanhangsel Handelingen II 2008/09, nr. 3652.

74 Aanhangsel Handelingen II 2008/09, nr. 3652, p. 7695.

75 Aanhangsel Handelingen II 2008/09, nr. 3652, p. 7696.

76 Aanhangsel Handelingen II 2008/09, nr. 3652, p. 7696.

zijds.⁷⁷ De Grondwet is geëvalueerd met de herziening van 1983 als aangrijpingspunt. Wat betreft de horizontale werking van grondrechten is toen wel aangenomen dat die niet moest worden uitgesloten en dat die in verschillende gradaties (namelijk volgens de glijdende schaal van Boesjes) zou kunnen worden uitgewerkt. Terecht, gezien de rechtspraak die eerder in deze paragraaf aan de orde is geweest, wordt in het evaluatierapport geconstateerd dat die glijdende schaal in de rechtspraak niet als aanknopingspunt is te herkennen en dat dus de leidraad die de grondwetgever daarmee heeft beoogd te geven, in de praktijk weinig of geen dienst heeft gedaan.⁷⁸

Bij de voorbereiding van de oprichting van het College voor de rechten van de mens is de vraag opgekomen hoe het College dient te reageren op botsingen van grondrechten die, zo wordt aangenomen, ongetwijfeld aan de orde zullen komen.⁷⁹ Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Donner heeft daarop gesteld dat het College niet bevoegd is om zich uit te spreken over geschillen in de horizontale verhouding, met uitzondering van gelijkebehandelingskwesities. Het onderscheid tussen de laatste kwesities en andere zaken waarin grondrechtenvragen rijzen tussen burgers onderling, zoekt de minister in de wettelijke regeling van de gelijke behandeling in de privaatrechtelijke verhouding: 'Dat het [i.e. het geven van een oordeel ten aanzien van de inhoud] bij de gelijke behandeling mogelijk is, is omdat de wetgever een heel specifieke voorziening heeft gemaakt om in concrete gevallen invulling te geven aan de betekenis van wat gelijke behandeling in deze situatie is.'⁸⁰ De rechtvaardiging om de bevoegdheid van het College te beperken, op gelijke behandelingskwesities na, tot de publiekrechtelijke verhouding zoekt de minister in de aard van de rechtsverhouding: 'In de andere gevallen van grondrechten waar wij het over hebben, gaat het om een rechtsinvulling juist omdat het gaat om de verhouding met de overheid. De verhouding tussen burger en overheid wordt beheerst door het recht en door niets anders. Tussen burgers onderling wordt het beheerst door hun afspraken.'⁸¹ De wetgever ziet hier denk ik over het hoofd dat de rechtsverhouding tussen burgers onderling ook wel degelijk wordt beheerst door het recht. Het personen- en familierecht is anno 2012 voorbeeld bij uitstek een gebied dat wordt beheerst door het recht en bovendien een weerslag is van het in artikel 8 EVRM bepaalde. Zo bezien valt niet in te zien waarom het College daar geen rol heeft. Een belangrijk voordeel is de laagdrempeligheid van een gang naar het College ten opzichte van een gang naar de rechter.⁸² Maar voorlopig zal het dus uitgesloten zijn dat het College zich uitsprekt over andere kwesities dan gelijke behandeling in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.

77 *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd* 2009, p. 11.

78 *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd* 2009, p. 48-49.

79 Handelingen I 2011/12, 7-2, p. 5.

80 Kamerstukken I 2011/12, 7-7, p. 28.

81 Kamerstukken I 2011/12, 7-7, p. 28.

82 Vgl. overweging van Eerste Kamerlid Duthler: Kamerstukken I 2011/12, 7-7, p. 27.

2.2.2.4. Tussenconclusie

In de laatste twee paragrafen is een overzicht gegeven van momenten waarop in de rechtspraak en in de wetgevingsgeschiedenis horizontale werking van fundamentele rechten aan de orde is geweest. Rechtspraak op het terrein van de horizontale werking van fundamentele rechten laat zien dat de rechter door partijen al veelvuldig is gedwongen om fundamentele rechten in de context van het privaatrecht een plek te geven. De rechter heeft fundamentele rechten pragmatisch ingebed in de regels van het privaatrecht. De rechter lijkt zich daarbij nu eens meer vrij te voelen om de fundamentele rechten zwaar te laten wegen en privaatrechtelijke regels daaraan aan te passen, terwijl hij zich anders terughoudend opstelt en uitdrukkelijk overweegt dat de aanpassing waartoe belangen die in fundamentele rechten worden beschermd, mogelijk nopen, aan de wetgever is voorbehouden.

De beschouwing over de parlementaire geschiedenis leidt tot de conclusie dat de wetgever nog vaak refereert aan de opvatting die de grondwetgever in 1983 ten aanzien van de horizontale werking van grondrechten voorstond. De wetgever heeft verschillende keren speciaal wetgeving gecreëerd om daarmee fundamentele rechten via privaatrechtelijke wetgeving horizontaal te laten werken en het privaatrecht te constitutionaliseren. De Algemene wet gelijke behandeling is een bekend voorbeeld.

2.2.3. Horizontale werking in de rechtsgeleerde literatuur

2.2.3.1. Discussie in de rechtsgeleerde literatuur

Behalve bij de voorbereiding van wetgeving en in de rechtspraak, is er sinds de inwerkingtreding van het EVRM ook in de rechtsgeleerde literatuur aandacht geweest voor de horizontale werking van fundamentele rechten. In die literatuur stond tot zo'n twintig jaar geleden nog vooral de vraag centraal of de horizontale werking van fundamentele rechten wenselijk is, en hoe die praktisch vorm zou kunnen krijgen.⁸³ Die discussie lijkt nog niet te zijn gesloten, maar spitst zich wel vaker toe. Bovendien mag als tussenconclusie worden aangenomen dat horizontale werking wenselijk is. Een bekend resultaat van de onderzoeken in de jaren zestig, zeventig en tachtig, is het dogmatische onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking en de daaruit voortgekomen schakeringen binnen dat laatste type horizontale werking.⁸⁴

Cherednychenko heeft boven de onderscheiding naar indirecte en directe horizontale werking twee uitgangspunten gehangen, namelijk de uitgangspunten van ondergeschiktheid (*subordination*) en complementariteit (*complementarity*).⁸⁵ Volgens het uitgangspunt van ondergeschiktheid wordt het privaatrecht beheerst door fundamentele rechten. Complementariteit als uitgangspunt betekent dat het privaatrecht niet de mogelijkheid verliest om rechtsverhoudingen volgens de eigen ratio

83 Zie: Maris 1969; H. Drion 1969; Boesjes 1973; C.A.J.M. Kortmann 1984; Elders & Biesheuvel 1986; Groen 1995.

84 Zie § 1.6.

85 Cherednychenko 2007-II.

en logica te regelen. Het privaatrecht wordt slechts beïnvloed door fundamentele rechten. Rechteren kunnen zich door fundamentele rechten laten inspireren, maar er bestaat geen verplichting om dat te doen. Het belang van het onderscheid naar ondergeschiktheid en complementariteit schuilt volgens Cherednychenko hierin, dat dit onderscheid het mogelijk maakt om een debat te hebben over de vragen in hoeverre fundamentele rechten moeten doorwerken in het privaatrecht en welke tak van het privaatrecht moet worden geconstitutionaliseerd. De in de vorige paragrafen geschetste wetgevingspraktijk en rechtspraak kunnen denk ik niet tot een andere conclusie leiden, dan dat tegenwoordig in Nederland vooral sprake is van complementariteit, aangezien fundamentele rechten via de open normen het privaatrecht worden binnengebracht en daar in de regel als argument gelden, vaak naast andere argumenten zonder een oplossing af te dwingen. Daarmee is niet gezegd dat dit ook het beste, want het tot de grootste rechtvaardigheid leidende uitgangspunt is.

In de literatuur zijn argumenten voor horizontale werking van fundamentele rechten te vinden, zoals er ook argumenten tegen horizontale werking van fundamentele rechten zijn te vinden. In de volgende paragrafen is er aandacht voor deze positieve en negatieve geluiden ten aanzien van de horizontale werking van fundamentele rechten. Aansluitend is er aandacht voor dezelfde thema's toegespitst op het (huidige) aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De verschillende argumenten, en voor- en nadelen, leiden tot de conclusie dat handhaving van fundamentele rechten via de band van het privaatrecht, en in het bijzonder ook het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wenselijk is, en dus een legitiem uitgangspunt bij deze studie is.

2.2.3.2. *Argumenten vóór constitutionalisering van het burgerlijk recht*

In deze paragraaf komen de argumenten vóór doorwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht aan de orde. Een eerste en belangrijk argument voor doorwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht is dat fundamentele rechten kunnen bijdragen aan meer rechtvaardigheid. Fundamentele rechten kunnen, stelt Lindenbergh, prikkels zijn voor meer rechtvaardige oplossingen in een specifieke casus.⁸⁶ Dit argument ligt in het verlengde van de verandering van perspectief die het betrekken van fundamentele rechten in het privaatrecht kan brengen. Een nieuw perspectief kan op de gebaande paden van het privaatrecht aanleiding zijn om een andere afslag te kiezen, of, zoals Lindenbergh stelt: fundamentele rechten kunnen fungeren als breekijzer om de belangen te staven.⁸⁷ Lindenbergh vestigt de aandacht op essentiële waarden en belangen die in een meer patrimoniaal georiënteerd privaatrecht zouden zijn veronachtzaamd.⁸⁸

Een tweede argument voor doorwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht, gaat terug op de aard van de fundamentele rechten en zegt dat de rechten

86 Lindenbergh 2010-II, p. 368.

87 Lindenbergh 2010-II, p. 368.

88 Lindenbergh 2010-II, p. 376.

fundamenteel zijn voor een rechtvaardige samenleving. De overtuiging dat de rechten waar we hier over spreken fundamenteel zijn voor een rechtvaardige samenleving, maakt het onaannemelijk, aldus Meuwissen, dat die rechten zich slechts tot de overheid zouden richten.⁸⁹ Constituties, anders gezegd, 'bevatten steeds de normatieve uitgangspunten voor de beoordeling van het maatschappelijk verkeer.'⁹⁰ Die constatering leidt naar de vraag over welke waarden wij het dan hebben; welke waarden bevatten de normatieve uitgangspunten voor de beoordeling van het maatschappelijk verkeer?⁹¹ En wat zijn dan de normatieve uitgangspunten die uit de waarden voortkomen?⁹² Hoe kunnen wij die waarden in fundamentele rechten herkennen?⁹³ En hoe laten die waarden zich vertalen in (rechts)belangen?

Een derde argument voor horizontale werking van fundamentele rechten is dat het in zekere zin ook noodzakelijk is, namelijk gezien de interpretatie en toepassing van de EVRM-rechten door het EHRM en gezien de verplichtingen die de lidstaten zelf zijn aangegaan met het overeenkomen van het EVRM.⁹⁴ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft dus in de eerste plaats horizontale werking in zekere zin noodzakelijk gemaakt. Het EHRM grijpt namelijk nu en dan in in zaken waarin het onderliggende probleem niet zozeer een publiekrechtelijke kwestie betrof, maar een zuiver privaatrechtelijke en past de EVRM-rechten dus toe in privaatrechtelijke kwesties. Een voorbeeld van zo'n ingrijpen betreft dat in de bekende zaak *Pla en Puncernau/Andorra*.⁹⁵ De feiten zijn zo eenvoudig als de rechtsvraag moeilijk was. Carolina Pujol Oller was in 1949 overleden en had haar erfenis nagelaten aan haar zoon, Francesc-Xavier, één van haar drie kinderen. Pujol Oller had daarbij bepaald dat haar zoon bij zijn overlijden het geërfde diende over te dragen aan zijn zoon of kleinzoon die was voortgekomen uit een wettig en canoniek huwelijk. Francesc-Xavier stierf in 1998 en had bepaald dat hetgeen hij van zijn moeder had geërfd moest toekomen aan zijn vrouw, Roser Puncernau Pedro, en hun geadopteerde zoon, Antoni. De zussen van Francesc-Xavier konden daarin niet berusten: zij meenden dat een geadopteerde zoon niet kon doorgaan voor een zoon uit een wettig en canoniek huwelijk. De Andorrese hoogste rechter besliste, kort door de bocht, dat Antoni en Puncernau inderdaad geen recht hadden op dat deel van de erfenis, maar het EHRM was het daarmee niet eens. Het EHRM hechtte er waarde aan dat alleen zwaarwegende redenen een onderscheid op basis van afkomst zouden kunnen rechtvaardigen.

In de tweede plaats hebben lidstaten zich met het overeenkomen van het EVRM verplicht om zorg te dragen voor het verzekeren van het genot van de in het EVRM gewaarborgde rechten. Daarbij is ook een recht op een effectieve remedie aangenomen in artikel 13 EVRM. Het recht op een effectieve remedie en de toepassing van EVRM-rechten door het EHRM in de privaatrechtelijke verhouding, maken beide

89 Meuwissen 1968, p. 205. Hij citeert daar Boukema 1966, p. 245.

90 Nieuwenhuis 2000, p. 204.

91 Nieuwenhuis 2000, p. 205.

92 Nieuwenhuis 2000, p. 205.

93 Vgl. Buxton 2000, p. 59.

94 Nehmelman 2011, p. 22. Verhey 1992, p. 85-86.

95 EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 208, m.nt. J. de Boer, nr. 69498/01 (*Pla en Puncernau/Andorra*).

dat lidstaten ten minste moeten nadenken over de verzekering van bescherming van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding en de effectieve remedies die slachtoffers van rechtsinbreuken voorhanden hebben.⁹⁶

Het doorwerken van fundamentele rechten in het privaatrecht kan ten vierde worden beschouwd als het logische gevolg van de vaststelling dat private partijen geacht worden respect te hebben voor elkaars vrijheid. Barak stelt dat mensenrechten eigenlijk vrijheden zijn, die hun grondslag hebben in de autonomie van een persoon en in de eenheid van het individu en zijn waardigheid.⁹⁷ Niet valt in te zien, aldus Meuwissen, waarom de vrijheid niet overal waar dat noodzakelijk is op de meest efficiënte wijze mag worden beschermd.⁹⁸ Die efficiënte wijze is voor hem door fundamentele rechten:

‘Weliswaar kan niet worden ontkend dat de vrijheid ook ten grondslag ligt aan de categorieën van het burgerlijk recht (eigendom, contract, aansprakelijkheid), maar het gaat te ver deze rechtsfiguren op gelijk niveau met de grondrechten te plaatsen. Het is dan ook niet voldoende ervan uit te gaan dat vanuit het contractenrecht zelf een adequate bescherming van de vrijheid – en dus onder omstandigheden een beperking van de contractsvrijheid! – kan worden geboden. De contractsvrijheid is een belangrijk moment van een vrije samenleving. Haar uitoefening dient echter te worden beoordeeld tegen de achtergrond van de grondrechten, welke de vrijheid al zodanig expliciteren. De zaak wordt pas zuiver gesteld, wanneer in de sfeer van eigendom, contract en onrechtmatige daad direct met de gelding van de grondrechten rekening wordt gehouden.⁹⁹

De vrijheid van het individu is dus als (fundamenteel) beschermenswaardig belang te begrijpen. Tegelijkertijd kan de persoon van het individu ook als bedreiging voor die vrijheid worden gezien. Volgens sommigen valt niet in te zien waarom private personen meer hebben te duchten van de overheid dan van andere private partijen. Biesheuvel stelt bijvoorbeeld: ‘De leer die de betekenis van de grondrechten vooral in hun bijzondere functie tegenover de staat zoekt, bevindt zich op een dwaalspoor. Grondrechten hebben hun laatste en meest essentiële betekenis altijd weer gevonden in de bescherming, die zij boden tegen macht en de bezitters van macht.¹⁰⁰

De macht die sommige private partijen bezitten, is een vijfde argument om fundamentele rechten een rol te geven in het privaatrecht. Macht kan schuilgaan in diverse zaken, bijvoorbeeld in een aanzienlijk (geldelijk) vermogen, maar ook in het bezit van kennis. Staten zijn vanwege de bijzondere macht die zij bezitten aan fundamentele rechten gebonden, machtige private partijen niet. Daargelaten de grote verschillen tussen overheden en private partijen, kan juist het bezit van macht mijns inziens

96 Zie Berka 2011, p. 257 e.v.

97 Barak 2003, p. 15. In gelijke zin: Meuwissen 1968, p. 202. Meuwissen stelt, kort gezegd, dat private partijen zijn gehouden elkaars vrijheid te respecteren.

98 Meuwissen 1984, p. 230.

99 Meuwissen 1984, p. 230.

100 Biesheuvel 1981, p. 156. En: Van der Hoeven 1958, p. 204. In gelijke zin: H. Drion 1969, p. 589; Meuwissen 1984, p. 229; Barak 2003, p. 15.

onder omstandigheden verantwoordelijkheden voor private partijen meebrengen ten aanzien van fundamentele rechten. Smits wijst dat af als hij stelt dat het feit dat een private partij een zekere macht bezit, op zich niet een argument mag zijn om die machtige private partij als normadressaat aan de grondrechten te binden.¹⁰¹ Wel kan het zo zijn, stelt Smits, dat de waarde achter een grondrecht in versterkte mate geldt indien een machtige partij tegenover een zwakkere partij staat.¹⁰² Meuwissen verwoordt de uitwerking van het argument van de bescherming tegen de machtige private partij ook relatief zwak. Hij stelt namelijk voor om de horizontale werking van fundamentele rechten als mogelijkheid te beschouwen om extra aandacht te besteden aan dit soort situaties.¹⁰³ Verhey merkt in het verlengde hiervan op dat niet voor zich spreekt dat, als er sprake is van machtsongelijkheid en bescherming van de zwakke wenselijk is, die bescherming ook via fundamentele rechten wordt gegeven. Ik zie de meerwaarde vooral in de aard van de fundamentele rechten. Fundamentele rechten zijn relatief open bepalingen en kunnen bij uitstek dienst doen als vangnet voor de bescherming van de meest beschermenswaardige belangen.¹⁰⁴ Die bescherming kan inderdaad ook via het privaatrecht meer toegespitst vorm krijgen, maar dat neemt niet weg dat er altijd gevallen blijven waarin in het privaatrecht niet is voorzien in de bescherming van fundamentele rechten, of waarin het privaatrecht weliswaar een kader biedt, maar de plaatsing van de bescherming van fundamentele rechten in dat kader gewrongen is en geen recht doet aan de belangen waarvan de fundamentele rechten bescherming voorstaan. De enige manier om een vangnet te creëren is mijns inziens door de rechten ook direct van betekenis te laten zijn. Open normen als redelijkheid en billijkheid en goede trouw fungeren op gelijke wijze als vangnet, maar zijn anders dan fundamentele rechten, niet toegespitst op specifieke belangen. Fundamentele rechten bevatten mijns inziens anders gezegd méér informatie dan een open norm als redelijkheid en billijkheid. Fundamentele rechten maken concreet welke belangen machtige partijen moeten respecteren en dus hoe ver handelingsvrijheid gaat.

Het laatste argument kan meebrengen dat private partijen, gezien hun cruciale rol bij de handhaving van sociale grondrechten, aan de sociale grondrechten zijn gebonden.¹⁰⁵ Sociale grondrechten beogen te voorzien in de verwezenlijking van noodzakelijke voorwaarden voor het genieten van vrijheid en zijn daarom niet van minder belang dan de vrijheidsrechten.¹⁰⁶ Ofschoon sociale grondrechten in het debat over constitutionalisering van het privaatrecht vaak een ondergeschoven kindje blijken, ziet Hendriks een rol voor de sociale grondrechten. Er zijn immers private partijen die in onze samenleving een maatschappelijke functie vervullen en met het vervullen van die functie een sleutelrol spelen in de handhaving van sociale grondrechten. Zo'n functie kan bijvoorbeeld worden toegedicht aan de farmaceut die medicijnen

101 J.M. Smits 2003, p. 52.

102 J.M. Smits 2003, p. 52.

103 Meuwissen 1984, p. 229.

104 Zie meer uitgebreid over de aard van EVRM-rechten: § 4.3.

105 Hendriks 1999, p. 64. Zie ook: Ferreira 2009, p. 67-72.

106 Meuwissen 1984, p. 202 e.v.

ontwikkelt en op de markt brengt. Het ontwikkelen en op de markt brengen van medicijnen is een noodzakelijke voorwaarde van het kunnen genieten van goede gezondheidszorg. Hendriks stelt een binding aan de sociale grondrechten voor, voor zover die verenigbaar is met de aard van de rechtsverhoudingen en de in het geding zijnde belangen.¹⁰⁷

Een zesde argument voor horizontale werking van fundamentele rechten houdt in dat fundamentele rechten als richtsnoer van waarde zijn bij de interpretatie van open normen¹⁰⁸ of als kenbron leidraad zijn bij de vaststelling van wat tussen private personen fundamentele waarden zijn.¹⁰⁹ De figuur van de fundamentele rechten als richtsnoer bij de interpretatie van open normen kan overigens als archetype van de indirecte horizontale werking van grondrechten worden voorgesteld. Indirecte horizontale werking wordt niet zelden vereenzelvigd met de doorwerking van fundamentele rechten via open normen in het privaatrecht. Verhey heeft als voorbeeld van hoe dat praktisch vorm zou kunnen krijgen, gewezen op artikel 3:12 BW, dat inhoudt: 'Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.' Het 'moet' impliceert, stelt ook Verhey, dat het de rechter niet vrijstaat rekening te houden met de beginselen.¹¹⁰

Constitutionalisering van het nationale privaatrecht kan, ten zevende, bijdragen aan het verminderen van de werklast van het EHRM.¹¹¹ Ofschoon causaal verband tussen de constitutionalisering van het privaatrecht en de vermindering van de werklast in het Straatsburgse hof niet snel kan worden hardgemaakt, mag worden aangenomen dat private partijen minder snel hun heil in Straatsburg zoeken als zij zich onder het eigen nationale recht begrepen voelen en als de bescherming van fundamentele rechten in het nationale recht goed is geregeld. We spreken hier overigens wel over een beperkt deel van de werklast van het EHRM. De rechtsmacht van het EHRM strekt zich immers strikt genomen uitsluitend uit over zaken waarin de staat gedaagde is. Maar dat neemt niet weg dat het EHRM zich nu en dan uitspreekt over geschillen waaraan een privaatrechtelijk conflict ten grondslag ligt en in die zaken kan de werklast dus worden teruggedrongen.¹¹²

Een pragmatisch argument voor constitutionalisering van het privaatrecht is het (achtste) argument, dat het onwenselijk is dat rechters hun heil elders zoeken, en dat dat, door fundamentele rechten een plaats te geven in het privaatrecht, kan worden voorkomen. Rechters zullen, stelt Barak, andere modellen ontwikkelen die zijn gebaseerd op moeilijke en onwenselijke juridische onderscheidingen.¹¹³ In het verlengde hiervan ligt het argument van zuivere redenering. Dat argument zegt dat de zaak pas

107 Hendriks 1999, p. 64.

108 De Vos 2008, p. 820. Verhey 1992, p. 86.

109 J.M. Smits 2003, p. 161.

110 Verhey 1992, p. 86.

111 Vgl. Gerards 2011, p. 20-21.

112 Zie dit punt eerder in deze paragraaf geïllustreerd aan de hand van de zaak *Pla en Puncernau/Andorra*. EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 208, m.nt. J. de Boer, nr. 69498/01 (*Pla en Puncernau/Andorra*).

113 Barak 2003, p. 15

zuiver wordt gesteld als in de sfeer van eigendom, contract en onrechtmatige daad direct met de gelding van grondrechten rekening wordt gehouden. Het is niet altijd noodzakelijk daarmee wetgeving buiten beschouwing te laten, want het zal niet zelden zo zijn dat fundamentele rechten een rol hebben gespeeld in de ontwikkeling van de wetgeving. Als dat zo is, is er te meer reden om fundamentele rechten in de rechtspraak opnieuw aan de orde te laten komen.

Een argument dat hierbij aansluit is het argument dat door Meijers is gebruikt in zijn toelichting bij de algemene bepaling van de billijkheid in de algemene titel, waarin hij overwoog dat de billijkheid 'beoogt de gerechtigheid op meer onmiddellijke wijze te benaderen dan het wettenrecht'.¹¹⁴ Hier dringt zich een parallel op met het fundamentele-rechtenrecht, waarvoor ook geldt dat dat recht de gerechtigheid op meer onmiddellijke wijze benadert, dan het wettenrecht dat doet. Die eigenschap heeft als keerzijde dat vaak 'een algemene rechtsovertuiging ontbreekt en de belangen die bij de rechtsregels zijn betrokken, geheel verschillend door de belanghebbenden worden gewaardeerd'.¹¹⁵

Tot slot wordt als argument aangevoerd dat de geschiedenis vóór constitutionalisering van het privaatrecht spreekt, althans geen argument tegen constitutionalisering van het privaatrecht in zich bergt. Een belangrijk argument van tegenstanders van horizontale werking van grondrechten is namelijk dat de opstellers van bijvoorbeeld het EVRM noch hebben voorzien, noch hebben gewenst dat de rechten ook voor het privaatrecht van belang zouden zijn. Dat argument wordt weerlegd met de stelling dat van die bedoeling wel degelijk blijkt. Uit de preambule en de *travaux préparatoires* blijkt van angst voor totalitarisme, óók wanneer dit van private zijde zou dreigen.¹¹⁶ Het EVRM zegt bovendien niet expliciet dat horizontale werking van de daarin vervatte rechten niet is toegestaan. In tegendeel: op verschillende manieren is gebleken dat staten worden aangemoedigd om burgers méér bescherming te bieden en daar ook vrij in zijn. Iets soortgelijks geldt ook voor de Grondwet, waarover Boesjes opmerkt:

'Er ligt iets verleidelijks in de gedachte, dat de principiële afwijzing van horizontale grondrechten haar belangrijkste bron vindt in de omstreeks 1900 bestaande situatie en heersende opvattingen. Het toen levende maatschappijbeeld van de wet- en spraakmakende gemeente was gestoeld op de notie van de *civis liber*, die maatschappelijk voldoende geoutilleerd was om, met behulp van het privaatrecht, in de horizontale verhoudingen zelfstandig voor zijn rechten – ook zijn grondrechten – op te komen en die alleen van de zijde van de overheid, waaraan slechts een beperkte taak was toegedacht, voor een werkelijke aantasting van zijn positie behoefde te vrezen'.¹¹⁷

114 Toelichting Meijers I 1954, p. 29. Gekend uit: Wiarda 1999, p. 93.

115 Toelichting Meijers I 1954, p. 29. Gekend uit: Wiarda 1999, p. 93.

116 Meuwissen 1986, p. 205, die daar Eissen in *La Protection Internationale*, p. 167 citeert.

117 Boesjes 1973, p. 913.

2.2.3.3. Argumenten tegen constitutionalisering van het burgerlijk recht

Constitutionalisering van het burgerlijk recht wordt niet door iedereen even waardevol bevonden. De Vos noemt de ontwikkeling van de horizontale werking van grondrechten in 2008 nog *'much ado about nothing'*.¹¹⁸ Biesheuvel schrijft over constitutionalisering van het burgerlijk recht als een schijnprobleem, 'te meer waar het gaat om rechten die binnen particuliere verhoudingen in acht werden genomen reeds lang voordat het in dit deel van de wereld tot staatsvorming was gekomen'.¹¹⁹ In deze paragraaf worden de bezwaren tegen de constitutionalisering van het burgerlijk recht gepresenteerd. Een aantal van die bezwaren of argumenten zijn spiegelbeeldig aan argumenten die in de vorige paragraaf zijn genoemd en die dus juist pleiten vóór constitutionalisering van het burgerlijk recht.

Een eerste argument tegen horizontale werking van fundamentele rechten is dat het privaatrecht er niets mee opschiet als fundamentele rechten in dat rechtsgebied worden betrokken. Er worden enkele redenen genoemd die aanleiding geven tot die conclusie. In de eerste plaats zijn de grondrechten niet geschreven met het oog op de toepassing daarvan in het privaatrecht. Fundamentele rechten voorzien in een richtsnoer voor de interpretatie van open normen, maar ze brengen de rechter uiteindelijk niet verder; 'wat horizontale werking *in globo* voorstaat is een vruchteloze vlucht in abstracties die zonder toegevoegde waarde slechts nopen naar het reguliere niveau terug te keren'.¹²⁰ De ontwikkeling die de fundamentele rechten de laatste jaren hebben doorgemaakt, is vooral een ontwikkeling in de verticale verhouding geweest.¹²¹ Juist de indirecte horizontale werking zou debet zijn aan het feit dat fundamentele rechten enkel tot kenbron zijn verworden. De rechten zijn immers voor ze zijn toegepast in het privaatrecht 'ontdaan van alle traditionele bagage, zoals de afgrenzing verschaft door de uitzonderingsclausules en de publiekrechtelijke theorievorming daaraan verbonden'.¹²² Barak noemt in een opsomming van argumenten tegen directe horizontale werking van grondrechten het argument dat de limiteringsclausules bij constitutionele (geschreven) fundamentele rechten private verhoudingen niet omsluiten en dat deze fundamentele rechten dus alleen in de publiekrechtelijke verhouding zouden moeten worden toegepast.¹²³ Barak bepleit zelf een versterkte indirecte horizontale toepassing, en dat fundamentele rechten in de privaatrechtelijke verhouding doorwerken.¹²⁴ Als er sprake is van een inbreuk op een fundamenteel recht moet de genoegdoening in het privaatrecht worden gezocht en als dat niet kan moet het privaatrecht worden aangepast: *'Thus, the uniqueness of the strengthened indirect application model lies in its placing a demand upon private law: it*

118 De Vos 2008, p. 824.

119 Biesheuvel 1981-II, p. 217; Vgl. Cherednychenko 2008, p. 226, die overweegt dat grondrechten geen monopoliepositie toekomt.

120 De Vos 2010, p. 291; De Vos 2008, p. 820. Vgl. Cherednychenko 2008, p. 226-227.

121 De Vos 2008, p. 822.

122 De Vos 2010, p. 290.

123 Barak 2003, p. 17.

124 Barak 2003, p. 29.

*requires the formulation of appropriate tools for the absorption of constitutional human rights into private law.*¹²⁵

Het probleem van de impasse waartoe de toepassing van fundamentele rechten in het privaatrecht leidt, vormt een tweede argument tegen constitutionalisering van het privaatrecht. De toepassing van fundamentele rechten leidt tot een impasse als in een privaatrechtelijke verhouding de partijen die tegenover elkaar staan beiden in de aantasting van fundamentele rechten worden bedreigd. Het is dan de vraag welk recht moet prevaleren. En volgens tegenstanders ligt het antwoord op die vraag juist al in de regels van het privaatrecht besloten.

Een derde argument tegen constitutionalisering van fundamentele rechten, is wat sommigen noemen de afkalving van de grondrechten, door de afweging van privaatrechtelijke beginselen tegen grondrechten.¹²⁶ De Graaf en Haas leggen dat uit door stil te staan bij de drie interpretatiemomenten bij de verticale werking van grondrechten.¹²⁷ Die interpretatiemomenten zijn achtereenvolgens de vaststelling van de inhoud van het grondrecht, het onderzoek of daarop een beperking is aangebracht, en of die beperking formeel-wettelijk is toegestaan. Overkleeft heeft vóór De Graaf en Haas al de zorg geuit dat meer nog dan bij verticale toepassing, bij de horizontale toepassing het derde toetsingsmoment een zo moeilijke taak bij de rechter legt, dat die zich concentreert op de eerste toetsingsmomenten en het grondrecht eng interpreteert, ofwel de horizontale werking zal negeren.¹²⁸ De derde stap vraagt namelijk van de rechter, stellen De Graaf en Haas, dat die de beperking moet beoordelen in het licht van partijautonomie en contractvrijheid en die private beginselen zouden nog minder houvast bieden dan de wettelijke (publiekrechtelijke) beperkingsgronden al doen.¹²⁹

Het is naar mijn mening maar de vraag of de beïnvloeding van de fundamentele rechten door privaatrechtelijke beginselen met recht afkalving kan worden genoemd. De beïnvloeding kan omgekeerd ook als verrijking worden beschouwd. Het beschermingsbereik van fundamentele rechten wordt immers vergroot door ze ook in de privaatrechtelijke verhouding van invloed te laten zijn. Die beïnvloeding moet dan vanzelfsprekend op z'n privaatrechts gestalte krijgen en dusdanig worden ontwikkeld dat de rechter wel de nodige houvast krijgt. Dat wil zeggen: er moet een ontwikkeling plaats vinden rekening houdend met de aard van dat rechtsgebied en de daar geldende principes en uitgangspunten. De fundamentele rechten ontwikkelen dan, zou ik menen, een heel andere kant van zichzelf, zonder dat die ontwikkeling noodzakelijk afdoet aan de bescherming die de rechten in de publiekrechtelijke rechtsverhouding brengen.

In de vierde plaats geldt als tegenargument dat burgers principieel geen norm-adressaat zijn van grondrechten. Dat argument kan mijns inziens ook worden weg-

125 Barak 2003, p. 30.

126 De Graaf & De Haas 1984, p. 1356. Zie: *Grondwet 1983 en de horizontale werking van grondrechten* 1985, p. 7.

127 De Graaf & De Haas 1984, p. 1356. Overkleeft-Verburg 1982, p. 246.

128 Overkleeft-Verburg 1982, p. 246.

129 De Graaf & De Haas 1984, p. 1356.

genomen door de fundamentele rechten te transformeren naar het privaatrecht.¹³⁰ De transformatie behelst dan met name het toespitsen van de uit de fundamentele rechten voortkomende verplichtingen of de beperking van de vrijheid van derden ten gunste van de beschermelingen onder de fundamentele rechten. Een argument dat kracht ontnemt aan het tegenargument dat burgers geen normadressaat zijn van fundamentele rechten, is het argument dat een burger niets heeft aan de vrije sfeer die hem toekomt, als die niet wordt beschermd ingeval privaatrechtelijke regels de vrije sfeer in de kern inperken. Fundamentele rechten zien nu juist op de bescherming van die vrije sfeer. Het is de open omschrijving van de fundamentele rechten die maatwerk mogelijk maakt. In de literatuur wordt gesteld dat het privaatrecht een weerslag is van een afweging van belangen en die dus al is gemaakt, maar dit doet er niet aan af dat zo'n afweging in een bijzonder geval waarop het wordt toegepast mogelijk onrechtvaardig uitwerkt. Fundamentele rechten stellen de rechter in staat, als die onrechtvaardige uitwerking een fundamenteel onrechtvaardige uitwerking is, aan de onrechtvaardigheid een einde te maken. Daar wordt, tot slot, weer tegenin gebracht dat het privaatrecht met zijn eigen, en op de privaatrechtelijke rechtsverhouding toegespitste open normen in een vangnet voorziet voor die gevallen waarin toepassing van het privaatrecht tot onrechtvaardige uitkomsten leidt. Hierbij moet worden gedacht aan open normen als de redelijkheid en billijkheid, en goede trouw.¹³¹ In de vorige paragraaf heb ik al opgemerkt dat voor mij de meerwaarde van fundamentele rechten dan ligt in de toespitsing op specifieke belangen.

De taak die fundamentele rechten voor de rechter met zich brengen, geeft die rechter volgens sommigen te veel macht en dat brengt ons bij een vijfde argument tegen constitutionalisering van het privaatrecht.¹³² Horizontale werking van grondrechten brengt, aldus Barak, een enorme constitutionele macht voor de rechter mee als de limiteringsclausules niet (ook) zijn toegespitst op de privaatrechtelijke rechtsverhouding. De rechter moet dan immers zelf die clausules ontwikkelen, zonder geleidende constitutionele leidraad.¹³³

Een zesde argument tegen horizontale werking van grondrechten met constitutionele achtergrond is dat het de weg vrijmaakt voor 'volledige verstatelijking van de maatschappij'.¹³⁴ Kortmann schetst het doemscenario van de volledige verstatelijking van de maatschappij:

'De grondrechten, bedoeld als bescherming tegen de overheid, gaan zich dan ook richten tegen de vrijheid van de burgers onderling. Vervolgens ontstaat dan natuurlijk de neiging een beroep te doen op de overheid om (door middel van wetgeving) nauwkeurig te bepalen in hoeverre men door medeburgers in de uitoefening van zijn grondrechten mag worden beperkt of zelfs in hoeverre men een medeburger

130 J.M. Smits 2003, p. 49. Zie ook, weliswaar toegespitst op het Engelse recht: Wade 2000, p. 218-220.

131 Meuwissen, p. 229.

132 Barak 2003, p. 17.

133 Barak 2003, p. 17.

134 C.A.J.M. Kortmann 1984, p. 302.

bij de uitoefening van zijn grondrechten moet helpen. De brede weg naar de volledige verstatelijking van de maatschappij ligt dan volledig open.¹³⁵

Kortmann stipt overigens ook meteen het volgende argument aan, namelijk dat de (geschreven) fundamentele rechten niet in de eerste plaats zijn opgesteld met de bedoeling dat ze ook in privaatrechtelijke verhoudingen zouden moeten gelden.¹³⁶ Hartkamp geeft mee dat dat niet alleen geldt voor de *operative clauses*, maar ook (en ik denk vooral ook) voor de *restrictive clauses*. Smits merkt in deze context op dat private personen principieel geen adressaat zijn van grondrechten, en dat dat overigens ook de autonomie tekort zou doen.¹³⁷ Smits staat een indirecte horizontale werking van grondrechten voor, met de insteek dat de rechter enkel verplicht is de waarden achter de grondrechten in acht te nemen.¹³⁸

Rechtszekerheid is een ander argument tegen constitutionalisering van het privaatrecht. De aard van de fundamentele rechten, namelijk vaag en met een potentieel breed bereik, maakt dat het moeilijker is vast te stellen wat een dergelijke bepaling van partijen in een concrete situatie vraagt, dan een meer toegespitste wetsbepaling. Fundamentele rechten brengen zo bezien rechtsonzekerheid. Dat geldt te meer omdat fundamentele rechten geen nauw omschreven rol hebben binnen het privaatrecht. Nu eens blijken fundamentele rechten in staat aan meer toegespitste wettelijke regels afbreuk te doen, dan weer lukt dat niet. Op zichzelf is dat geen vreemde situatie, maar dat is het wel als wordt bedacht dat niet altijd eenvoudig kan worden verklaard waarom fundamentele rechten nu eens als breekijzer fungeren en dan weer niet. Dit tegenargument gaat er denk ik aan voorbij dat in het privaatrecht tegenwoordig ook al bepalingen met eenzelfde vage aard functioneren, zonder dat dat uitloopt op een omvangrijke ontwikkeling van nieuwe wetgeving. De fundamentele rechten worden hier voorgesteld als van zo vage aard dat de behoefte zou ontstaan om via wetgeving meer zekerheid te bieden ten aanzien van de grenzen van de rechten. Maar ik zie geen aanleiding om te denken dat dat zal gebeuren, sterker: er is aanleiding om te denken dat dat zo'n vaart niet zal lopen, gezien het functioneren van bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht en andere bepalingen met een vage aard en potentieel groot toepassingsgebied. De expliciete keuze voor een bepaalde vorm van horizontale werking, anders dan zoals de grondwetgever in 1983 heeft gedaan dat in het midden te laten, zou inderdaad wenselijk zijn. Als dat niet gebeurt, is horizontale werking nog steeds wenselijk, al is het maar omdat zonder fundamentele rechten noodzakelijk wordt teruggегреpen op vage bepalingen die zo mogelijk nog minder houvast geven.

Tot slot zijn er dogmatici die hechten aan een scherp onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht en constitutionalisering niet zien zitten vanwege de grens die de (publiekrechtelijke) fundamentele rechten dan overschrijden.¹³⁹ In het ver-

135 C.A.J.M. Kortmann 1984, p. 302.

136 Groen 1995, p. 136; Hartkamp 2000, p. 117.

137 J.M. Smits 2006, p. 50.

138 J.M. Smits 2006, p. 54.

139 Cherednychenko 2008, p. 225-226.

lengde van het onderscheid publiek/privaat ligt de gedachte van de soevereiniteit van het privaatrecht.¹⁴⁰

2.2.3.4. *Tussenconclusie*

De argumenten voor en tegen constitutionalisering van het privaatrecht leiden mij tot de conclusie dat constitutionalisering wenselijk is. Dat lijkt, gezien de meningen in de literatuur, een weinig schokkende conclusie. Het belangrijkste argument voor de plaatsing van fundamentele rechten in het privaatrecht, is het argument dat nog niet met tien extra burgerlijke wetboeken een vangnet kan worden gecreëerd dat uitgestrekt van een omvang is die in de buurt komt van fundamentele rechten gezamenlijk. In haar zwakte gaat ook haar kracht schuil: de open bepalingen die fundamentele rechten zijn, voorzien in bescherming van de meest beschermenswaardige belangen van burgers in alle situaties denkbaar. Fundamentele rechten onderscheiden zich in die zin van andere open bepalingen dat ze informatie verschaffen over de belangen waaraan ze bescherming bieden en dus informatie verschaffen over de redenen voor de begrenzing van de vrijheid van de persoon die op een inbreuk op een fundamenteel recht wordt aangesproken.

Het komt mij voor dat critici belangrijke kanttekeningen plaatsen bij de wijze waarop horizontale werking wenselijk gestalte krijgt, maar dat die kanttekeningen niet afdoen aan de wenselijkheid op zichzelf van horizontale werking van fundamentele rechten. Het is in de eerste plaats belangrijk er voor te waken dat het betrekken van fundamentele rechten in het privaatrecht niet leidt tot veel nieuwe wetten en regels waarmee wordt beoogd onzekerheid ten aanzien van de toepassing van fundamentele rechten weg te nemen. Fundamentele rechten zijn naar hun aard immers open bepalingen, zodat de toepassing daarvan hypothetisch meer onzekerheid meebrengt dan de toepassing van bepalingen die meer zijn toegespitst. Tegelijk moet er meer zekerheid in algemene zin komen over de status en rol die fundamentele rechten hebben in de privaatrechtelijke context en over de eigen uitwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht.

2.2.3.5. *Argumenten vóór constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht*

Na de uiteenzetting van argumenten voor en tegen constitutionalisering van het privaatrecht in brede zin, komen in deze en de volgende paragraaf op het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht toegespitste argumenten voor en tegen constitutionalisering van dat rechtsgebied aan de orde, te beginnen met de argumenten die pleiten vóór constitutionalisering. Die argumenten gaat alle terug op de aard van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als open regeling in het privaatrecht voor de remediëring van gedrag dat onrechtvaardig uitwerkt. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is naar zijn aard een rechtsgebied dat voor de

¹⁴⁰ Diederichsen 1998, p. 209-210.

hand ligt om bij te dragen aan de constitutionalisering van het privaatrecht. Van Dam schreef eerder: *‘Tort law and human rights law are complimentary. In fact, they are brothers in arms.’*¹⁴¹

Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan in de eerste plaats goed worden ingezet voor de verdere handhaving van fundamentele rechten, omdat het rechtsgebied grotendeels regels van dwingend recht inhoudt die nauw zijn verbonden met het algemeen belang.¹⁴² Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is verder principieel gericht op het herstel van onevenwichtigheid en, stelt Grosskopf, is als geheel een uiting van het (fundamentele) gelijkheidsbeginsel: *‘In its core, tort law clearly reflects a notion of equality; no man is allowed to cause damage to its fellow since no one is superior to another.’*¹⁴³

De onrechtmatigedaadcategorie stijdt met de maatschappelijke zorgvuldigheid biedt bij uitstek een aanknopingspunt voor de handhaving van fundamentele rechten.¹⁴⁴ Fundamentele rechten kunnen anders gezegd behulpzaam zijn bij de invulling van de open norm. De open norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid wordt dan ingevuld met waarden die zijn af te lezen uit de constitutie.¹⁴⁵

De persoonlijkheidsrechten worden tot de belangen gerekend die allang worden beschermd via de band van het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.¹⁴⁶ De persoonlijkheidsrechten worden door sommigen onderscheiden van fundamentele rechten, maar er wordt ook vaak gesteld dat ze uit fundamentele rechten zijn voortgekomen, ik citeer Von Bar: *‘Nirgendwo sonst werden Grundrechte im Haftungsrecht noch einmal so intensiv und unmittelbar wirksam wie gerade im Bereich des Persönlichkeitsschutzes.’*¹⁴⁷ Dat geldt voor het Duitse recht inderdaad heel sterk, maar de ontwikkeling is ook aan Nederland niet geheel voorbij gegaan.¹⁴⁸ Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht heeft zo gezien bewezen wat het kan.¹⁴⁹

Het aansprakelijkheidsrecht is naar zijn aard een open systeem en dat maakt het in het algemeen aantrekkelijk fundamentele rechten via de band van dat rechtsgebied te handhaven. Fundamentele rechten grijpen volgens Von Bar op drie onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder in en dragen op die manier bij aan meer rechtvaardige oplossingen via het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Die onderdelen zijn de belangenbescherming, de rechtsgevolgen (i.e. de schadevergoedingsverplichting), en het verplichtingenniveau.¹⁵⁰ De drie onderdelen zijn volgens Von Bar nauw met elkaar verweven en zijn niet alleen onderdelen die als zodanig in het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bestaan,

141 Van Dam 2011, p. 254.

142 Von Bar 1995, p. 207; J.M. Smits 2003, p. 119; J.M. Smits 2006, p. 13-14.

143 Grosskopf 2003, p. 357. Zie § 6.3.4.4.

144 Nieuwenhuis 2000, p. 204.

145 Nieuwenhuis 2000, p. 204.

146 J.M. Smits 2003, p. 119. Zie ook: Ferreira 2009, p. 51.

147 Von Bar 1994, p. 224. Zie ook: Von Bar 1994, p. 214.

148 Zie Nehmelman 2002.

149 Van Dam 2011, p. 254.

150 Von Bar 1994, p. 205.

maar die ook in het fundamentele-rechtenrecht bestaan en ook daar nauw met elkaar zijn verbonden.¹⁵¹

Een volgend argument gaat schuil in de verplichting die op de overheid rust om zorg te dragen voor de handhaving van fundamentele rechten, óók in de privaatrechtelijke verhouding. De overheid moet haar burgers voorzien in een remedie voor het geval die zich gekwetst zien in een of meer fundamentele rechten. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is een belangrijk instrument voor de overheid om aan haar verplichting te voldoen, aangezien het voorziet in zo'n remedie. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is immers gericht op de bescherming van belangen en op de sanctionering van onrechtmatig gedrag. Het is bovendien een open systeem aangezien de onrechtmatigedaadcategorieën weinig expliciet zijn afgebakend en de open norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid bij uitstek ruimte laat voor rechtsvorming.¹⁵²

Een praktische reden om de constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te ontwikkelen, is het feit dat de vergoedingen vanwege schendingen van fundamentele rechten die nu al worden toegewezen, niet op elkaar zijn afgestemd.¹⁵³ Dat is bijvoorbeeld zo bij de vergoeding van affectieschade. Terwijl de Nederlandse wetgever de deur dichthoudt uit angst voor onwenselijke praktijken (in de privaatrechtelijke verhouding), heeft het EHRM de eerste vergoedingen (in de publiekrechtelijke verhouding) toegewezen. Het feit dat die laatste de vergoedingen alleen (nog) maar in de verticale verhouding heeft toegewezen, doet er niet aan af dat een twijfelachtige praktijk is ontstaan, omdat het van hoedanigheid van de gedaagde (i.e. overheid of private partij) afhangt of een gekwetste kans heeft op vergoeding voor door hem geleden affectieschade.¹⁵⁴

Verder is de status van de fundamentele rechten in het privaatrecht tegenwoordig nog onzeker. De praktijk van de aansprakelijkheid van de personenvervoerder leert dat die onzekerheid leidt tot onevenwichtigheid in de aansprakelijkheids- en schadevergoedingspraktijk. Het Hof Amsterdam meende in de zaak *NS/Baardman* kort gezegd dat de redelijkheid en billijkheid, die was ingekleurd met het recht op ongestoord genot van eigendom, in de weg stond aan de toepassing van de wettelijke limiet (namelijk f 300.000, c.q. € 137.000) op de schadevergoedingsvordering van *Baardman*. Het hof bekrachtigde het vonnis van de rechtbank, wat betekende dat NS de schade van *Baardman* volledig diende te vergoeden.¹⁵⁵ Enkele jaren na deze uitspraak besliste de Rechtbank 's-Gravenhage over een schadevergoedingsvordering van een ander slachtoffer dat een ongeval in het personenvervoer was overkomen waarvoor de vervoerder verantwoordelijk kon worden gehouden.¹⁵⁶ De Haagse

151 Von Bar 1994, p. 205-206.

152 Vgl. Von Bar 1994, p. 207-212.

153 Barkhuysen 2011, p. 667. Barkhuysen ziet dit (terecht mijns inziens) als een het privaatrecht overschrijdend probleem. Vgl. over legitimiteitsproblemen bij incoherenties tussen Europees recht en Nederlands recht: Sieburgh 2011, p. 214 e.v. En in reactie: Drion 2011, p. 1443.

154 Wijnakker 2010, p. 314. Rijnhout 2012, p. 311.

155 Hof Amsterdam 12 augustus 2004, JA 2004, 7 (*NS/Baardman*). Zie hierover meer uitgebreid: Haak 2005; Beer 2006; Lindenbergh 2007; Emaus & Giesen 2007.

156 Rb. 's-Gravenhage 17 januari 2007, JA 2007, 119.

rechter stelde, anders dan zijn Amsterdamse collega, dat hij de wettelijke limiet niet buiten toepassing kon laten en paste die toe, weliswaar met een inflatiecorrectie omdat de laatste wijziging van de limiet inmiddels lang geleden was.¹⁵⁷ Hij raamde de limiet op € 200.000.

2.2.3.6. Argumenten tégen constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

Ten minste twee argumenten zijn denkbaar die pleiten tégen verdergaande handhaving van fundamentele rechten via de band van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. In de eerste plaats kan worden verdedigd dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht niet is ingericht op de handhaving van fundamentele rechten. Een belangrijke beperking die het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in zijn huidige vorm kent, is het vereiste van schade dat noodzakelijk is om aanspraak te hebben op de remedie van de vergoeding. Evenzo kan worden betwijfeld of met een vereiste als toerekening niet een te hoge drempel wordt gesteld voor personen die zijn geraakt in fundamentele rechten.

Een tweede argument tegen constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht betreft de stelling dat het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht al uitputtend wordt toegepast, dat wil zeggen: méér is er niet te halen. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht moet zich bij zijn leest houden, het ligt in het verlengde van het vorige argument, en heeft zijn grenzen bereikt. Voor zover het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht tegenwoordig al voorziet in een remedie ingeval rechten zijn geschonden, is dat meegenomen, maar aan de vereisten dient niet te worden getornd ten bate van slachtoffers van rechtsinbreuken.

Aan de beide argumenten kunnen twee argumenten in samenhang worden tegengeworpen. In de eerste plaats is dat het argument dat constitutionalisering van het privaatrecht in brede zin noodzakelijk is gezien de verplichtingen die bestaan onder het EVRM. Daarbij genomen het argument dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als open systeem bij uitstek en als enige remedie in het privaatrecht geschikt is om rechtsinbreuken van een remedie te voorzien, komt het mij voor dat het wenselijk is dat constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht naar een hoger plan wordt getild.

2.3. CONCLUSIES

Constitutionalisering van het privaatrecht is wenselijk, en de (ontwikkeling van) constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is ook wenselijk. De afgelopen decennia is er in de parlementaire geschiedenis, rechtspraak en rechtsgeleerde literatuur veel aandacht geweest voor de rol die fundamentele rechten in het privaatrecht hebben en moeten hebben. In de parlementaire geschiedenis

¹⁵⁷ Rb. 's-Gravenhage 17 januari 2007, JA 2007, 119.

is steeds sterk aangehaakt bij het door de grondwetgever overwogene, namelijk dat horizontale werking van grondrechten mogelijk is, maar met terughoudendheid moet worden toegepast. In de rechtspraak zijn fundamentele rechten pragmatisch in bestaande regelingen ingepast. Fundamentele rechten en privaatrecht zijn met elkaar verweven.

In de rechtsgeleerde literatuur zijn argumenten voor en tegen constitutionalisering van het privaatrecht en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te vinden. Die argumenten hebben tot de eerder genoemde conclusie geleid dat constitutionalisering van het privaatrecht wenselijk is. Een belangrijk argument is dat fundamentele rechten prikkels zijn voor meer rechtvaardige oplossingen in een specifieke casus. Er is duidelijk sprake van een meerwaarde, als fundamentele rechten leiden tot uitkomsten die onder de streep anders en meer rechtvaardig zijn, dan de uitkomsten zouden zijn volgens het gevestigde privaatrecht. De meerwaarde van fundamentele rechten in het privaatrecht schuilt in de vage aard van de rechten enerzijds, die maakt dat ze als vangnet kunnen fungeren, en het feit dat de rechten bescherming van specifieke belangen voorstaan anderzijds, dat maakt dat met de toepassing van de rechten in het privaatrecht direct duidelijk is waar de toepassing en de gevolgen die de toepassing meebrengen op teruggaan. Verdere vormgeving van de rol en status van fundamentele rechten in het privaatrecht is noodzakelijk, om tegemoet te komen aan het beginsel van rechtszekerheid, dat toch al onder druk staat vanwege de vage aard van de fundamentele bepalingen. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is gezien de aard van die regeling de aangewezen remedie om aansluiting bij te zoeken als met de constitutionalisering van het privaatrecht wordt voorgestaan de handhaving van EVRM-rechten in het privaatrecht naar een hoger plan te tillen.

3 | KARAKTERISTIEK VAN HET NEDERLANDSE AANSPRAKELIJKHEIDS- EN SCHADEVERGOEDINGSRECHT

‘Tort law is a body of thought as well as an ensemble of norms. To ask, therefore, how tort law ought to be developed or be reformed is to ask how we are to think about tort law.’¹

~ Ernest J. Weinrib, 1992

3.1. INLEIDING

Degene die een ander benadeelt en zodoende de rechtvaardigheid geweld aandoet, is gehouden het met zijn actie of nalaten gekomen nadeel te herstellen. Het is deze grondslag die het fundament is onder het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in Nederland. Zijn *ex ante* equivalent ‘degene die een ander dreigt te benadelen en zodoende de rechtvaardigheid bedreigt, is gehouden zijn actie te staken’ staat in toenemende mate in de belangstelling, ingegeven door het idee dat voorkomen beter is dan vergoeden.²

Op de eerstgenoemde grondslag is een rechtsregel gebaseerd die in het Nederlandse recht is opgeschreven in artikel 6:162 BW en voor het overige is uitgewerkt in afdeling 6.1.10 BW. Het is het in deze regel belichaamde en op die grondslag gebaseerde aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht dat in dit hoofdstuk centraal staat. Aan de hand van verschillende sleutelthema’s (te weten de *grondbeginselen*, de *grondslag*, de *rechtsregel*, de *criteria*, en de *handhaving* van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht) wordt in dit hoofdstuk een karakteristiek geschetst van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zoals we dat tegenwoordig kennen. Het zijn deze sleutelthema’s die ook als leidraad dienen in de beschrijving van de karakteristiek van het recht onder het EVRM, welke regeling in het hierop volgende hoofdstuk 4 wordt beschreven.³

Er wordt aan de hand van dezelfde sleutelthema’s een karakteristiek van het huidige Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en van het recht

1 Weinrib 1992, p. 717.

2 De schadevoorkomingsplicht is een duidelijke uitwerking van dit equivalent. De schadevoorkomingsplicht is door Keirse geïntroduceerd in haar Utrechtse rede, en uitgewerkt in: Keirse 2009 en Keirse 2010. En bijvoorbeeld ook de Rotterdam oratie van Van Boom: Van Boom 2006.

3 Zie § 1.5.2 voor een toelichting bij de gekozen sleutelthema’s.

onder het EVRM geschetst, omdat alleen op deze wijze een heldere vergelijking kan worden getrokken tussen de beide regelingen. Overeenkomsten en verschillen worden zichtbaar, en daarmee wordt duidelijk waar de regelingen raakvlakken hebben en waar ze uiteenlopen. Het trekken van een dergelijke vergelijking voorziet in het fundament voor de tweeledige benadering die in de hoofdstukken 7 en 8 aan de orde komt. Die tweeledige benadering is het antwoord op de centrale onderzoeksvraag.

In de eerste plaats komen hier dus aan de orde de grondbeginselen en de grondslag van het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (§ 3.2). Bij de bespreking van de grondslag is er ook aandacht voor wat ik juist heb genoemd het *ex ante* equivalent van de grondslag (§ 3.2.5). Daaropvolgend staan de rechtsregel en criteria centraal (§ 3.3). Tot slot is er aandacht voor de handhaving van het aansprakelijkheidsrecht en de context van het burgerlijk wetboek (§ 3.4, § 3.5).

3.2. GRONDBEGINSELEN EN GRONDSLAG VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDS- EN SCHADEVERGOEDINGSRECHT

3.2.1. Inleiding

Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht berust vandaag de dag op een abstracte grondslag, welke grondslag in de inleiding van dit hoofdstuk als volgt is omschreven: degene die een ander benadeelt en zodoende de rechtvaardigheid geweld aandoet, is gehouden het met de actie gekomen nadeel te herstellen. Een dergelijk idee als grondslag voor een schadevergoedingsverplichting was al te ontdekken in het recht in de tijd waarin de Romeinen elkaar in het Colosseum bevochten en éérder.

Tegenwoordig wordt in de bespreking van de grondslag van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht nog vaak aangehaakt bij Aristoteles' principe van de vereffenende rechtvaardigheid,⁴ maar ook, en dat is meer voor de hand liggend gezien de historische wortels van het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, bij Ulpianus' *grondbeginselen*, die zich laten lezen als *leef betamelijk, berokken een ander geen schade en geef ieder het zijne*.⁵

Deze paragraaf is een historische start van het hoofdstuk. We komen toe aan de beschrijving van juist genoemde Griekse en Romeinse grondbeginselen en de tegenwoordige (rechts)theoretische beschouwingen daarover, aangezien deze grondbeginselen mijn inziens (gezamenlijk) nog altijd voorzien in de fundamenten die het tegenwoordige Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht ondersteunen. Aansluitend wordt de hieruit voortgekomen, moderne grondslag van het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht uiteengezet.

4 Afgeleid van Van den Berg, die in zijn dissertatie deze vertaling heeft gebruikt vanwege de meer neutrale klank dan 'vergeldende rechtvaardigheid'. Van den Berg 2000 p. 53.

5 D.1.1.10 (Ulpianus) – vertaling Spruit, Feenstra & Bongenaar (red.) 1994. Zie ook: Nieuwenhuis 2008, p. 11.

De grondslag laat zich, om met Nieuwenhuis te spreken, lezen als een luchtkasteel als daarmee is gemeend te voorzien in een regeling.⁶ Ingegeven door praktische noodzaak is op de grondslag een toegespitste (wettelijke) regeling gebouwd die in paragraaf 3.3. verder aan de orde komt.

3.2.2. Aristoteles' principe van de vereffenende rechtvaardigheid⁷

Reeds geruime tijd voor het begin van de jaartelling, in de vierde eeuw voor Christus, schreef Aristoteles in Griekse karakters in zijn *Ethica Nicomacheia* over rechtvaardigheid:

'De rechtvaardigheid is meerzinnig. De eerste zin van rechtvaardigheid is de wettelijke of algemene rechtvaardigheid (...)

De tweede zin van de rechtvaardigheid is de bijzondere rechtvaardigheid, die weer verdeeld wordt in de verdelende en de ruilende rechtvaardigheid. (...)

Het midden van de verdelende rechtvaardigheid bestaat in een gelijkheid volgens de geometrische evenredigheid. (...)

De andere vorm is de vereffenende rechtvaardigheid, die bij onderlinge uitwisselingen, zowel bij vrijwillige als onvrijwillige, optreedt. Deze rechtvaardigheid verschilt specifiek van de voorgaande. Want de rechtvaardigheid die de goederen der gemeenschap heeft te verdelen is steeds in overeenstemming met de genoemde evenredigheid (want ook wanneer er een verdeling plaats heeft uit de gemeenschappelijke gelden, zal dit gebeuren volgens dezelfde verhouding, als waarin de bijdragen der leden tot elkander staan); en de onrechtvaardigheid die tegenover deze rechtvaardigheid staat bestaat in hetgeen in strijd is met de evenredigheid. Maar de rechtvaardigheid in het ruilverkeer is wel een zekere gelijkheid en de onrechtvaardigheid een ongelijkheid, maar niet volgens genoemde evenredigheid, doch volgens de arithmetische rechtvaardigheid. Want het maakt geen verschil, of een rechtschapene een slecht mens, of een slechte een rechtschapen mens heeft beroofd, noch of een rechtschapen of een slecht mens overspel heeft bedreven; de wet ziet enkel naar de aard van de schade en behandelt de personen als gelijken en onderzoekt alleen wie onrechtvaardig handelt en wie onrechtvaardig behandeld wordt, wie de schade heeft toegebracht en wie de schade geleden heeft. Daar dit onrecht een ongelijkheid is, tracht de rechter dit te vereffenen; want ook wanneer de een gewond is geworden en de ander de wond heeft toegebracht, of wanneer de een gedood heeft en de ander gedood is geworden, is hetgeen ondergaan en hetgeen gedaan wordt ongelijk verdeeld; de rechter tracht dit echter gelijk te maken door de straf, waardoor hij namelijk de ander het voordeel ontnemt. Want in dergelijke gevallen gebruikt men in het algemeen, ook al is het daarvoor soms geen geëigende naam, de term "winst"; b.v. voor degene die de verwonding heeft toegebracht, en de term "verlies" voor degene die de verwonding heeft opgelopen; althans wanneer het leed geschat is, wordt het ene verlies en het andere winst genoemd. Vandaar is het

6 Nieuwenhuis spreekt over beginselen als luchtkastelen in: Nieuwenhuis 2008, p. 2. Iets dergelijks geldt mijns inziens voor wat ik hier heb geduid als *grondslag*.

7 Zoals vertaald door Thuijs in: *Ethica Nicomachea* - vertaling R.W. Thuijs 1954. In gelijke zin: Van den Berg 2000, p. 53.

gelijke het midden van het teveel en het te weinig, maar de winst en het verlies zijn het teveel en het te weinig op tegengestelde wijze: het teveel van het goede en het te weinig van het kwade maken de winst uit en het tegendeel het verlies. Hiervan nu was het midden het gelijke, wat we het rechtvaardige noemen. Derhalve zal de weer vereffende rechtvaardigheid het midden zijn van de winst en het verlies.⁸

Het hier geciteerde, filosofische principe van de *vereffende* rechtvaardigheid door Aristoteles is een principe dat vandaag nog door sommigen als grondslag van het privaatrecht wordt beschouwd of, meer in het bijzonder, als grondslag van het buitencontractuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wordt beschouwd. Het is dan nu eens een grondslag die in staat wordt geacht het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te dragen,⁹ en geldt dan weer als onderdeel (grondbeginsel) van een verklaring van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.¹⁰ De vereffende rechtvaardigheid is vooral onder Anglo-Amerikaans recht onderwerp van discussie, waar bijvoorbeeld Weinrib en Honoré het principe beiden op eigen wijze aan het privaatrecht en *tort law* ten grondslag leggen.¹¹ De vereffende rechtvaardigheid staat in Nederland veel minder in de schijnwerpers dan in verschillende *common-law*-landen, maar ze verdient hier toch bespreking, omdat de ideeën die in de discussies daarover onder (hoofdzakelijk) Anglo-Amerikaans recht aan de orde komen naar mijn mening ten minste kunnen bijdragen aan de verklaring van het huidige Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

In Aristoteles' principe van de vereffende rechtvaardigheid zijn verschillende eigenschappen te onderscheiden die het principe samen vormgeven. In de eerste plaats is bijvoorbeeld typerend de specifieke band tussen twee personen die tot stand komt door het handelen (of nalaten) van de een, dat nadeel voor de ander meebrengt. Een tweede eigenschap is dat de vereffende rechtvaardigheid een verplichting is tot het herstel van het veroorzaakte of tot vergoeding van het daaruit voortgekomen nadeel. Die verplichting bestaat – we komen even terug bij de eerste eigenschap – juist voor de een, die met zijn gedraging nadeel heeft veroorzaakt, jegens de ander, die het nadeel lijdt. Voor de omvang van de verplichting geldt dat die gelijk is aan hetgeen de een heeft veroorzaakt bij de ander en – gelijk daar aan – hetgeen de ander (dus) heeft geleden.

Aristoteles' principe geldt ten minste als onderdeel van een verklaring van de aansprakelijkheids- en schadevergoedingsverplichting, maar voorziet als zodanig niet in een antwoord op de vraag waarom een vergoedingsverplichting bestaat.¹² Het is in mijn terminologie dus een grondbeginsel, en draagt als grondbeginsel bij aan de vorming van de grondslag. Het blijft immers de vraag welke normatieve overwegingen verder aan een vergoedingsverplichting ten grondslag liggen, op grond waarvan

8 *Ethica Nicomachea* – vertaling R.W. Thuijs 1954, V.1.1128b; V.2.1130a; V.3.1131a; V.4.1131b, 25-30 en V.4.1132a, 1-15.

9 Zie: Weinrib 2002, p. 349, e.v.

10 Zie: Honoré 1999.

11 Weinrib 1995; Honoré 1999. En bijvoorbeeld ook Coleman: Coleman 1992.

12 In gelijke zin: Honoré 1999. Anders Weinrib: 'Thus corrective justice holds the practice of liability to the normative implications of liability's own correlative structure', in: Weinrib 2002, p. 355.

volgens de vereffende rechtvaardigheid een verbintenis tot stand komt tussen degene die wordt verweten nadeel te hebben berokkend en degene die het nadeel lijdt.¹³

Er zijn twee interpretaties of uitwerkingen van de vereffende rechtvaardigheid waarbij hier kort wordt stilgestaan. Het zijn de eerdergenoemde interpretaties door Weinrib en Honoré die bruikbaar zijn bij het doorgronden van het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Het principe van de vereffende rechtvaardigheid wordt door Weinrib in de eerste plaats uitgelegd als een principe dat zich laat karakteriseren als een principe dat is toegespitst op een bijzondere relatie, in het geval van *tort law* de relatie tussen eiser en gedaagde. Noch het gedrag van de gedaagde, noch de precaire situatie van de eiser is doorslaggevend voor de vraag of een vergoedingsverplichting bestaat voor gedaagde aan eiser. Het zijn de beide zaken in samenhang bezien, die leiden tot het al dan niet ontstaan van een vergoedingsverplichting. Weinrib spreekt in deze context van *correlativity*. *Correlativity* is de onderlinge relatie van afhankelijkheid die bestaat tussen *gain* en *loss*, hier vertaald als band tussen voordeel en nadeel.

In zijn uitleg van de *correlativity*, onderscheidt Weinrib twee aspecten van voordeel en nadeel.¹⁴ In de situaties waar de vereffende rechtvaardigheid een antwoord op is, kan tegelijk sprake zijn van *feitelijk* voordeel en nadeel en *normatief* voordeel en nadeel. Het eerste aspect ziet op voordeel en nadeel ten aanzien van iemands bezit (i.e. stoffelijk voor- en nadeel), terwijl het tweede aspect het voordeel en nadeel beschouwt vanuit het gezichtspunt van de norm. Weinrib stelt zich voor dat, ingeval A met zijn verwijtbaar nalatig handelen B verwondt, B's feitelijke nadeel schuilt in zijn verwonding, terwijl zijn normatieve nadeel bestaat uit het feit dat jegens hem een norm is geschonden. Over A's voordeel kan worden gezegd dat het ziet op de overtreding van de norm, omdat hij méér heeft gedaan dan waartoe hij gerechtigd was. Er is geen sprake van feitelijk voordeel voor A: dat bestaat alleen in het geval dat de benadeler er materieel op vooruit gaat.

Weinrib merkt op dat de correlativiteit tussen voor- en nadeel ziet op de relatie tussen voor- en nadeel van dezelfde soort. Dus: hetzij feitelijk voor- en nadeel, hetzij normatief voor- en nadeel. Het is de relatie tussen het normatieve voordeel en nadeel die volgens Weinrib het principe van de vereffende rechtvaardigheid beheerst. Het gaat er immers om dat de vereffende rechtvaardigheid rechtvaardigend uitwerkt.¹⁵ Deze regel brengt Weinrib tot de overweging dat dus ook niet is gezegd dat volgens de vereffende rechtvaardigheid noodzakelijk het gehele feitelijke nadeel door de benadeler bij de benadeelde hoeft te worden weggenomen.¹⁶ Het herstellen van het feitelijke nadeel is overigens vaak wel de oplossing voor het herstel van de normschending. Maar wat als er geen feitelijke nadeel is geleden, terwijl toch sprake

13 Weinrib 1995, p. 57. Het is juist deze vraag waarop Weinrib een antwoord zoekt in zijn *The Idea of Private Law*. Een belangrijke kritiek op deze 'louter' formele benadering kwam al voor ruim voor Weinrib's uiteenzetting, namelijk van Kelsen, in: Kelsen 1957, i.h.b. p. 125 e.v. Weinrib spreekt dat tegen: '(...) they [i.e. *corrective justice* and *distributive justice*, JE] represent the contrasting structures of justification that underlie the coherence of external relationships.' Zie: Weinrib 1995, p. 75.

14 Weinrib 1995 p. 115 e.v.

15 Weinrib 1995, p. 117.

16 Weinrib 1995, p. 119.

is van normatief voor- en nadeel? Weinrib legt de Engelse praktijk van de *nominal damages* voor: de rechter zal een symbolische vergoeding moeten toekennen vanwege de normschending. De omvang van die vergoedingsverplichting bedraagt in het Verenigd Koninkrijk doorgaans één of enkele ponden.¹⁷

Een tweede interpretatie van Aristoteles' principe van de vereffende rechtvaardigheid die hier wordt besproken, is die door Honoré. Honoré op zijn beurt, en anders dan Weinrib, interpreteert de vereffende rechtvaardigheid als volgt: '*On a wide view it requires those who have without justification harmed others by their conduct to put the matter right.*'¹⁸ De vereffende rechtvaardigheid kan volgens Honoré, en deze visie is anders dan die van Weinrib, niet op zichzelf het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht verklaren. De rechtvaardiging voor de vergoedingsverplichting zoekt Honoré in wat hij noemt *outcome responsibility*: '*On this view we are, if of full capacity and hence in a position to control our behavior, responsible for the outcome of our conduct, whether act or omission.*'¹⁹ Het is daarop aan de staat om te voorzien in een antwoord op de vraag in welke gevallen een vergoedingsverplichting bestaat.

Honoré zoekt de rechtvaardiging voor het bestaan van een concrete vergoedingsverplichting mede in de *verdelende* rechtvaardigheid. Ofschoon de verdelende rechtvaardigheid in de regel wordt geassocieerd met het (her)verdelen van zaken, gebruikt Honoré die hier voor de verdeling van risico op winst en verlies. Een eenvoudige illustratie is het geval van de werkgever die als ondernemer zekere risico's neemt. De risicoaansprakelijkheid op grond van de wet is een voorbeeld van (risico) verdelende rechtvaardigheid. Ingeval een werknemer van de werkgever schade heeft veroorzaakt kan de werkgever voor schadevergoeding worden aangesproken – ofschoon hij dus zelf die schade niet heeft veroorzaakt – omdat hij zeggenschap heeft over wat er in zijn onderneming gebeurt en omdat hij profiteert van het werk dat zijn werknemers leveren.²⁰

Honoré meent tot slot dat de overheid is gehouden te voorkomen dat de aansprakelijkheids- en schadevergoedingsverplichtingen al te zeer oplopen. Twee manieren om de verplichtingen binnen de perken te houden zijn wat ik vrij vertaal (naar Nederlandse begrippen als) relativiteit en toerekening naar redelijkheid.²¹

De *vereffende rechtvaardigheid* is een grondbeginsel dat bijdraagt aan de grondslag onder het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Ze kan worden onderscheiden van andere typen rechtvaardigheid, zoals die (door Aristoteles) van de verdelende rechtvaardigheid,²² maar ze kan ook worden onderscheiden van moderne varianten zoals de procedurele rechtvaardigheid, of – tegenwoordig veel in

17 *House of Lords* 24 oktober 2002, *Grobbelaar v News Group Newspapers Ltd* [2002] UKHL 40. Zie: McGregor 2009, p. 416. Zie hoofdstuk 6, § 6.2.5 en § 6.3.4.3.3.

18 Honoré 1999, p. 76.

19 Honoré 1999, p. 76.

20 Honoré 1999, p. 81.

21 Honoré 1999, p. 88-89.

22 Zie: *Ethica Nicomachea* – vertaling R.W. Thuijs 1954, V.3.

de belangstelling – de rechtvaardigheid tussen generaties. Volgens de procedurele rechtvaardigheid is rechtvaardigheid gegeven met een rechtvaardige procedure.²³ De intergenerationele rechtvaardigheid ziet op de relaties tussen een of meer generaties.²⁴ De rechtvaardigheid ziet op het gedrag van ons ten opzichte van ons nageslacht. Is ons handelen, voor zover dat consequenties voor het nageslacht meebrengt, redelijk en rechtvaardig?

De vereffenende rechtvaardigheid, Honoré maakt dat volgens mij overtuigend duidelijk, voorziet niet in een antwoord op alle vragen die voorafgaan aan de beslissing om A de schade van B te laten dragen. Er is méér nodig. Voor Weinrib is de vereffenende rechtvaardigheid belangrijker, hij ziet deze immers als zelfstandig, dragend beginsel voor het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Weinrib laat op zijn beurt treffend zien dat aan het centraal staande voor- en nadeel, ten minste twee aspecten kleven, namelijk het aspect van het *feitelijke* voor- en nadeel en het aspect van het *normatieve* voor- en nadeel. Dat onderscheid kan de Nederlandse praktijk verder helpen, nu daar van tijd tot tijd overtuigend voor een vergoeding wordt gepleit, maar die niet kan worden gegeven omdat het schadebegrip nog hoofdzakelijk lijkt aan te sluiten bij het *feitelijke* nadeel. Een goed en bekend voorbeeld betreft de inbreuk die handelen of nalaten soms maakt op het recht op respect voor het familieleven. Het probleem van de aantasting van dat recht brengt veel meer moeilijkheden mee, maar een ervan is denk ik het feit dat er vergoeding wordt gevorderd voor de inbreuk *sec*, vaak naast de vordering van een vergoeding voor feitelijk nadeel. De vergoeding voor de aantasting van het recht is niet gebaseerd op feitelijk nadeel en kennelijk fungeert de vergoeding voor het feitelijk nadeel niet ook als genoegdoening voor het morele nadeel van het geschonden recht. Hiermee is niet gezegd dat bij het uitblijven van feitelijk nadeel terwijl normatief nadeel is geleden per se vaker tot een vergoedingsverplichting moet worden geconcludeerd, maar het moet wel duidelijk zijn dat onrechtvaardigheid soms blijft bestaan als het nadeel een gevolg is van een door de ene persoon jegens de andere persoon gepleegde normschending. Het kan noodzakelijk zijn om te zoeken naar alternatieve remedies.

3.2.3. ‘*The truth is that tort law is a mosaic...*’²⁵

‘*The truth is that tort law is a mosaic in which the principles of corrective justice and distributive justice are interwoven*’, houdt Lord Steyn ons voor.²⁶ Zojuist is gezegd dat de *vereffenende rechtvaardigheid* als grondbeginsel bijdraagt aan de grondslag voor

23 Over procedurele rechtvaardigheid onder meer: Van den Berg 2000, p. 93-95.

24 Over intergenerationele rechtvaardigheid onder meer: Hilhorst 1987; J.H. Nieuwenhuis, ‘Zij die geboren worden groeten U’, in: Nieuwenhuis 2007, p. 91-102; Visser ‘t Hooft 1999.

25 Lord Steyn in *House of Lords* 25 november 1999, *Macfarlane and Another v Tayside Health Board* [1999] 3 WLR 1301; Vgl. Lord Hoffmann in *House of Lords* 3 december 1998, *White and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others* [1998] UKHL 45. Zie ook: Nieuwenhuis 2000, p. 209.

26 Lord Steyn in *House of Lords* 25 november 1999, *Macfarlane and Another v Tayside Health Board* [1999] 3 WLR 1301; Vgl. Lord Hoffmann in *House of Lords* 3 december 1998, *White and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others* [1998] UKHL 45. Zie ook: Nieuwenhuis 2000, p. 209; Schwitters 2012, p. 1392.

het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, maar dat neemt niet weg dat de verdelende rechtvaardigheid óók een rol heeft. De structuur van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht laat zich denk ik grotendeels tot het grondbeginsel van de *vereffenende rechtvaardigheid* herleiden, maar verdelende gedachten brengen nu en dan (rechtvaardige) oplossingen, die afwijken van wat gezien het beginsel van de vereffenende rechtvaardigheid zou worden verwacht.

Lord Hoffmann overtuigt mij dat kan worden afweken van wat de vereffenende rechtvaardigheid verlangt, om het beginsel van verdelende rechtvaardigheid toe te passen. Ingeval een benadeler strikt genomen (gezien de vereffenende rechtvaardigheid) vergoeding mag verwachten van de door hem geleden schade, omdat aan de vereisten is voldaan, kan er desondanks gegronde reden zijn om de vordering af te wijzen. Lord Hoffmann bracht het aan de orde in *White and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others*, waar de vraag was of eisers (politieagenten) die in functie aanwezig waren bij het *Hillsborough*-drama recht hadden op vergoeding van door hen geleden psychische schade.²⁷ Er was op dat moment reeds in een andere zaak besloten dat toeschouwers (in het stadion en thuis via televisie) géén schadevergoeding konden verkrijgen.²⁸ Lord Hoffmann overwoog dat het probleem vanuit ten minste twee perspectieven kon worden benaderd. Het eerste was het perspectief van *tort law* als systeem dat de vereffenende rechtvaardigheid tot uitdrukking brengt. In zo'n systeem zou vergoeding van psychische schade geen plaats hebben. Maar het kon ook anders. Het tweede perspectief dat Hoffmann in gedachten had, omschreef hij als volgt:

*'(...) if one starts from the imperfect reality of the way the law of torts actually works, in which the vast majority of cases of injury and disability, both physical and psychiatric, go uncompensated because the persons (if any) who caused the damage were not negligent, or because the plaintiff lacks the evidence or the resources to prove to a court that they were negligent, or because the potential defendants happen to have no money, then questions of distributive justice tend to intrude themselves. Why should X receive generous compensation for his injury when Y receives nothing? Is the administration of so arbitrary and imperfect a system of compensation worth the very considerable cost? On this view, a uniform refusal to provide compensation for psychiatric injury adds little to the existing stock of anomaly in the law of torts and at least provides a rule which is easy to understand and cheap to administer.'*²⁹

Een recent voorbeeld van verdelende ideeën die via de band van het huidige Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht hun beslag krijgen, is

27 Het *Hillsborough*-drama verwijst naar de stormloop in het *Hillsborough*-stadion op 15 april 1989, waar de halve finale van de Engelse bekercompetitie zou worden gespeeld. Bij de stormloop kwamen 96 supporters door verdrukking om het leven.

28 *House of Lords* 28 november 1991, *Alcock and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others* [1992] 1 AC 310.

29 Lord Hoffmann in *House of Lords* 3 december 1998, *White and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others* [1998] UKHL 45.

de toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid in asbestzaken.³⁰ De Hoge Raad besloot in *Nefalit/Karamus*, dat, hoewel niet kon worden vastgesteld dat de jarenlange blootstelling aan asbest bij een oud-werknemer in de asbestindustrie tot longkanker had geleid, er toch reden was de schade die de oud-werknemer leed (deels) voor rekening van zijn ex-werkgever te brengen. Hij overwoog dat:

‘(...) indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.’³¹

Maar ook de matigingsbevoegdheid van de rechter kan worden gezien als maatregel van verdelende rechtvaardigheid. Deze bevoegdheid houdt in dat de schade, onder omstandigheden kan worden verdeeld over partijen als de toekenning van volledige vergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.³²

3.2.4. Romeinse grondbeginselen

Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Het zijn stellig deze grondbeginselen die worden geacht het huidige Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te dragen, vaak aangevuld met het uitgangspunt *casum sentit dominus*.³³ *Leef betamelijk, berokken een ander geen schade en geef ieder het zijne*, staat geschreven in de *Digesten*,³⁴ *ieder draagt zijn eigen schade* is af te leiden uit Gaius’ *Instituten*.³⁵ De *Digesten* hebben aan de wieg gestaan van het Franse burgerlijk recht en daarmee tot 1838 ook aan het Nederlandse burgerlijk recht, waar tot

30 Een proportionele benadering mag tegenwoordig overigens ook in andere zaken worden toegepast, overwoog de Hoge Raad in *Fortis/Bourgonje*: HR 24 december 2010, NJ 2011, 251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).

31 HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*).

32 Artikel 6:109 BW.

33 Nieuwenhuis 2008, p. 22-23; Keirse 2003, p. 13 e.v.; Sieburgh 2000, p. 5. e.v. Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 18. e.v., p. 19 e.v.; Engelhard & Van Maanen 2008, p. 4-5.

34 Volgens Nieuwenhuis in: Nieuwenhuis 2008, p. 11.

35 *Gai Inst.* III, 211 – vertaling Spruit & Bongenaar 1994. ‘*Iniuria autem occidere, intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege damnun quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est qui sine culpa et dolo malo, casu quodam damnun committit.*’ Door Spruit en Bongenaar vertaald als: ‘Men wordt geacht onrechtmatig gedood te hebben, als dit met opzet of door schuld is geschied. Er is ook geen enkele andere wet die niet-onrechtmatig toegebrachte schade verwijtbaar maakt, zodat degene die zonder schuld of boos opzet, maar per ongeluk schade teweeg brengt, ongestraft blijft.’

dat moment het *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland*, geldend recht was. Het Franse recht heeft duidelijke sporen nagelaten in ons recht dat via het Burgerlijk Wetboek uit 1838 tot Nieuw Burgerlijk Wetboek uit 1992 is verworden.³⁶

Het uit Gaius' *Instituten* afgeleide grondbeginsel *ieder draagt zijn eigen schade* heeft een grote en belangrijke rol in het aansprakelijkheidsrecht.³⁷ Nu eens wordt aangenomen dat dit grondbeginsel het vanzelfsprekende uitgangspunt in het aansprakelijkheidsrecht is, dan weer wordt het tegenover het grondbeginsel *berokken een ander geen schade* gezet.³⁸ In het laatste geval wordt aangenomen dat het aansprakelijkheidsrecht beoogt uit te drukken wanneer *ieder draagt zijn eigen schade* overslaat naar *berokken een ander geen schade*. Of, anders gezegd, het aansprakelijkheidsrecht zou als doel hebben die gevallen aan te wijzen waarin nadeel dient te worden verplaatst van de benadeelde naar de benadeler.

Ieder draagt zijn eigen schade wordt hier door mij aangenomen een wenselijk uitgangspunt te zijn, omdat schade niet per se het gevolg is van een actie of nalaten door een derde en omdat een ander uitgangspunt noodzakelijk actie vereist.³⁹ Aan dit uitgangspunt staat niet in de weg dat het aansprakelijkheidsrecht als doel heeft die gevallen aan te wijzen waarin schade dient te worden verplaatst van benadeelde naar benadeler, en dat de afweging die daaraan ten grondslag ligt er een is van de normen *ieder draagt zijn eigen schade* en *berokken een ander geen schade*.⁴⁰

3.2.5. De grondslag in het hier en het nu en zijn recent onder de aandacht gebrachte equivalent

Het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht heeft zijn oorsprong in grondbeginselen die bij de Grieken – meer in het bijzonder bij Aristoteles – en de Romeinen – we hebben het dan vooral over Ulpianus – al werden erkend. De grondbeginselen *leef betamelijk, berokken een ander geen schade* en *geef ieder het zijne* zijn rechtstreeks via het Franse recht vóór 1838 de Nederlandse rechtsorde binnengekomen, en voorzien ook tegenwoordig nog in een grondslag voor het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Belangrijke kenmerken van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zijn ook terug te voeren op de vereffende rechtvaardigheid.

De grondbeginselen hebben geleid tot de volgende grondslag voor de vergoedingsverplichting vanwege onrechtmatige daad: degene die een ander benadeelt en zodoende de rechtvaardigheid geweld aandoet, is gehouden het met de actie gekomen nadeel te herstellen. Het aansprakelijkheidsrecht dient in het licht van deze grondslag tot het aanwijzen van die gevallen waarin de rechtvaardigheid is gediend met het verplaatsen van schade als B die bij A heeft veroorzaakt. Met het schadevergoedingsrecht is daaropvolgend beoogd het gevolg van een uit het aansprakelijk-

36 Asser-Scholten 1934, p. 224-226.

37 Hartlief 1997.

38 Zie bijvoorbeeld: Engelhard & Van Maanen 2008, p. 4, respectievelijk Sieburgh 2000, p. 9.

39 In gelijke zin: Engelhard & Van Maanen 2008, p. 4-5.

40 Engelhard & Van Maanen 2008, p. 4.

heidsrecht voortgekomen vergoedingsverplichting vast te stellen. Het schadevergoedingsrecht regelt de omvang van de schadevergoedingsverplichting.

De grondbeginselen hebben ook geleid naar een *ex ante* equivalent van de grondslag die met de introductie van de schadevoorkomingsplicht door Keirse in het Nederlandse recht onder woorden is gebracht.⁴¹ Uit het grondbeginsel *berokken een ander geen schade* volgt immers dat schade moet worden voorkomen.⁴² Of, anders gezegd: dat het veroorzaken van schade nimmer kan worden gerechtvaardigd met een vingerwijzing naar een daarmee gepaard gaande vergoeding.⁴³ De grondslag voor de *ex ante* voorkomingsverplichting is: degene die een ander dreigt te benadelen en zodoende de rechtvaardigheid bedreigt, is gehouden zijn actie te staken.

Ex ante slaat terug op het feit dat de grondslag voor de schadevoorkomingsverplichting niet ingrijpt op een situatie waar zich reeds schade heeft voorgedaan, maar dat deze ingrijpt bij een dreiging daarvan, dus vóór een dreiging tot schade verwordt.⁴⁴

In deze beschouwing staat verder vooral de eerste grondslag centraal, omdat die de basis is voor het bestudeerde aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Zijdelings komt ook de tweede grondslag aan de orde, die als nieuw opgekomen, maar belangrijke grondslag wordt beschouwd.

3.2.6. Van luchtkasteel naar rechtswerkelijkheid

Nieuwenhuis hield ons eens voor: '(...) het probleem met rechtsbeginselen is duidelijk: zo, in onversneden vorm, zijn het luchtkastelen.'⁴⁵ Voor de hier genoemde grondbeginselen en grondslagen geldt hetzelfde: de grondbeginselen hebben geleid naar een grondslag voor een aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Op die grondslag moet een rechtsregel worden gebouwd door invulling, begrenzing en afbakening. De concrete begrenzing is niet met de grondslag gegeven, maar is het resultaat van normatieve keuzes die op enig moment in de rechtshistorie zijn gemaakt.

In Nederland is uit verschillende normatieve keuzes een vijftal criteria voor de schadevergoedingsverplichting vanwege onrechtmatige daad gevolgd: de onrechtmatige daad, toerekening, schade, causaal verband en relativiteit.⁴⁶ Uit afdeling 6.1.10 BW wordt dan nog duidelijk dat een criterium voor vergoeding van schade vanwege onrechtmatige daad is de redelijke toerekening van de schade aan de benadeler, en bijvoorbeeld dat van eigen schuld. Als de schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht van de benadeler verminderd.

Deze criteria die de grenzen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht markeren en die het gevolg zijn van de normatieve keuzes, hadden vanzelfspre-

41 Keirse in haar Utrechtse rede en in: Keirse 2009.

42 Keirse 2010.

43 Vgl. Keirse 2009, p. 99-100.

44 Keirse 2009, p. 102-104.

45 Nieuwenhuis 2008, p. 2.

46 Zie § 3.3.4.

kend ook anders kunnen worden getrokken als er andere keuzes waren gemaakt, en kunnen voor de toekomst worden verlegd als wordt beseft dat andere grenzen leiden tot rechtvaardiger uitkomsten.

Een voorbeeld van het verleggen van de grenzen geeft *Nefalit/Karamus* waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat het ‘dientengevolge lijdt’ in artikel 6:162 BW in uitzonderlijke gevallen zo kan worden gelezen dat dit niet een hard causaal verband vereist, maar een mogelijk causaal verband voldoende kan zijn.⁴⁷

Aan de orde was in *Nefalit/Karamus* longkanker waarvan werkzaamheden in dienstverband bij asbestbedrijf Asbestona (dat later door Nefalit was overgenomen) mogelijk de oorzaak waren. Een andere niet buiten beschouwing te laten potentiële oorzaak was namelijk de omstandigheid dat Karamus jarenlang stevig had gerookt. Dat de kans niet gering was, maar toch ook niet groot genoeg om een oorzakelijk verband tussen schade en werkzaamheden te kunnen vaststellen, maakte dat de Hoge Raad besloot dat ‘de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.’⁴⁸

Meer recent heeft de Hoge Raad overwogen dat nieuwe uitleg van het causaliteitsvereiste en samenhangende proportionele vergoeding van de schade ook in andere gevallen kan worden toegepast, en wel met name in die gevallen waarin ‘de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat’, ‘een niet zeer kleine kans bestaat dat het *condicio sine qua non*-verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is’, en ‘de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen.’⁴⁹

Een ander voorbeeld betreft de aansprakelijkheid vanwege onrechtmatige overheidsdaad die in § 3.3.2.2 meer uitgebreid aan de orde komt. De overheidsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige daad is weliswaar op dezelfde grondslag gefundeerd als de hier besproken privaatrechtelijke vergoedingsverplichting vanwege buitencontractuele aansprakelijkheid, maar aan de rechtsregel liggen enkele andere normatieve keuzes ten grondslag die niet zozeer de grondslag veranderen, als wel de uitleg en uitwerking van de rechtsregel.

3.3. DE RECHTSREGEL

3.3.1. Van grondbeginselen, naar grondslag, tot rechtsregel

Artikel 6:162 BW stelt dat wie jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge

47 Het arrest kwam al aan de orde in § 3.2.3.

48 HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.13 (*Nefalit/Karamus*).

49 HR 24 december 2010, NJ 2011, 251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.8 (*Fortis/Bourgonje*). Zie: Emaus 2011-II.

lijdt, te vergoeden. De regel geeft antwoord op de vraag wanneer *ieder draagt zijn eigen schade* overslaat naar *berokken een ander geen schade* en aldus de schade die bij een derde is toegebracht dient te worden hersteld, hetgeen in de regel betekent dat die schade moet worden vergoed aangezien herstel niet meer mogelijk is.

Op de regel uit artikel 6:162 BW volgend, bepaalt artikel 6:95 BW wat schade is en waarop dus de vergoedingsverplichting ziet, namelijk op ‘vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.’ Met afdeling 6.1.10 BW is beoogd te voorzien in de invulling van de schadevergoedingsverplichting vanwege (onder meer) onrechtmatige daad.

Het in afdeling 6.1.10 BW vormgegeven schadevergoedingsrecht bouwt ook voort op andere grondslagen voor een schadevergoedingsverplichting dan die de basis vormen voor het buitencontractuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. En dat geldt ook vice versa: in de regel zal aansprakelijkheid leiden tot een vergoedingsverplichting waarvan op grond van de afdeling de omvang moet worden bepaald, maar evengoed kan op andere wijze met het aansprakelijkheidsrecht worden voorzien in een verplichting die wordt gehandhaafd buiten het schadevergoedingsrecht om. Het aansprakelijkheidsrecht voorziet bijvoorbeeld ook in een schadevoorkomingsverplichting die wordt gehandhaafd via een remedie als de verbodsactie.

In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de rechtsregel die het aansprakelijkheidsrecht vormgeeft. Eerst komt de aard van de rechtsregel aan de orde. De regel is bipolair (§ 3.3.2) en proclamatief (§ 3.3.3) van aard. De regel doet bovendien van rechtswege een verbintenis tot schadevergoeding ontstaan (§ 3.3.3).

3.3.2. De aard van de rechtsregel I: bipolariteit

3.3.2.1. *Eiser(s) en gedaagde(n)*

Eiser(s) en gedaagde(n) staan centraal in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Ze zijn verbonden met respectievelijk de via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht beoogde beschermde belangen en het daarmee gesanctioneerde gedrag. Het zijn met andere woorden de persoon/personen aan wie de rechtsregel beoogt bescherming te bieden en de persoon/personen tot wie de rechtsregel zich daartoe richt. De rechtsregel is daarmee bipolair van aard, welke bipolariteit tot uitdrukking komt in de focus die in het aansprakelijkheidsrecht ligt op de benadeler enerzijds en de benadeelde anderzijds.⁵⁰ Het grondbeginsel van de *vereffenende rechtvaardigheid* (§ 3.2.2) die in belangrijke mate de structuur van de rechtsregel vormgeeft, draagt deze bipolariteit in zich, want het zet de rechtvaardigheid van de verplaatsing van schade van benadeler naar benadeelde centraal.

De bipolaire aard brengt met zich dat nooit kan worden volstaan met het stellen van de vraag: ‘waarom kan een eiser schadevergoeding krijgen toegewezen van *deze*

⁵⁰ Nieuwenhuis 2008, p. 4.

gedaagde?’, maar dat daarbij ook altijd de vraag moet worden gesteld: ‘waarom kan deze eiser schadevergoeding krijgen toegewezen van een gedaagde?’⁵¹

De rechtsregel beoogt bescherming te bieden aan de beide (groepen) personen die de polen belichamen. Het feit dat de rechtsregel een instrument is voor de benadeelde die zijn schade wil verhalen, staat er niet aan in de weg dat het óók bescherming biedt aan de benadeler. Dat is een negatieve bescherming, in die zin dat de benadeler wordt beschermd in zijn vrijheid.⁵² Het aansprakelijkheidsrecht geeft grenzen aan: het beslist of een benadeelde schadevergoeding toekomt, maar tegelijkertijd evengoed of een benadeler schadevergoeding moet betalen.

Kenmerkend voor de bipolariteit in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is dat de beide met elkaar verbonden partijen in beginsel elkaars gelijken zijn. In dezelfde hoedanigheid als waarin iemand benadeler is, kan die in een ander geval benadeelde zijn. De regel van de schadevergoedingsverplichting geldt voor iedereen op gelijke wijze. Het stond al in Aristoteles’ *Ethica Nicomachea*:

‘Want het maakt geen verschil, of een rechtschapene een slecht mens, of een slechte een rechtschapen mens heeft beroofd, noch of een rechtschapen of een slecht mens overspel heeft bedreven; de wet ziet enkel naar de aard van de schade en behandelt de personen als gelijken en onderzoekt alleen wie onrechtvaardig handelt en wie onrechtvaardig behandeld wordt, wie de schade heeft toegebracht en wie de schade geleden heeft.’⁵³

Met gelijkheid van partijen is niet bedoeld dat het aansprakelijkheidsrecht er voor zorg draagt dat eenieder uiteindelijk evenveel bezit, met andere woorden, dat het uitgangspunt is dat eenieder evenveel toekomt. Maar hoewel het totaal aan bezittingen niet even groot hoeft te zijn, worden de bezittingen van gelijke aard, denk bijvoorbeeld aan lijf en leden, wel in gelijke mate beschermd. Een voorbeeld kan dit verhelderen.

A, diamantair, bezit na jaren hard te hebben gewerkt 73 juwelierszaken, verspreid over de hele wereld. Het feit dat zijn juwelierszaken zo goed draaien heeft met zich gebracht dat A inmiddels steenrijk is. Hij bezit onroerend goed over de hele wereld, heeft veel geld belegd in kunst en als klap op de vuurpijl heeft A onlangs een privéjet aangeschaft. Het kan niet op.

De omvang van het vermogen van B staat in schril contrast tot dat van A. B slijt zijn dagen op en rondom het Centraal Station in Amsterdam en sjuwt zijn bezittingen dagelijks mee over zijn rechterschouder. B maakt hier en daar wat muziek en zwerft meestal rond in de buurt van het station.

Stel nu dat A en B elkaar treffen. A, die normaal gesproken nooit met de trein reist, doet dat vandaag wel en sjuwt onhandig zijn koffer van het perron van aankomst naar beneden. A, die weinig gewend is, laat de koffer uit zijn handen glippen,

51 Weinrib 1995, p. 155. Zie verder: Nieuwenhuis 2008, p. 3. Zie ook Keirsjes Utrechtse rede: Keirse 2009.

52 Cane 1997, p. 14.

53 *Ethica Nicomachea* – vertaling R.W. Thuijs 1954, V.4.1132a, 1.

en de koffer komt op B terecht die nietsvermoedend onderaan de trap wat aan het rondzwerfen was. B raakt ernstig gewond. Het is duidelijk dat A B zijn schade zal moeten vergoeden op grond van het huidige Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Een en ander heeft niets van doen met het feit dat hij een welvarend man is. Zoals evengoed, en daarin schuilt de gelijkheid, B A zijn schade zou hebben moeten vergoeden ingeval die eerste A schade zou hebben berokkend.

Onafhankelijk van de persoon van de benadeler,⁵⁴ zal degene die onrechtmatig schade bij een ander veroorzaakt deze schade moeten vergoeden. Hieruit is ook meteen af te leiden dat de schade die vergoed moet worden de schade is die de benadeelde heeft opgelopen. Ook hierin komt de gelijkheid tot uitdrukking: beiden krijgen bij een gelijk ongeval niet per se evenveel uitgekeerd, maar ze krijgen de door hen opgelopen schade vergoed. Voor A zal dat hoogstwaarschijnlijk een groter bedrag zijn dan voor B.

3.3.2.2. *De overheid als normadressaat: grondslag en criteria*

De overheid kan eiser of gedaagde zijn in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.⁵⁵ Ingeval de overheid eiser of gedaagde is, is niet meer vol te houden dat er sprake is van een bipolaire relatie en gelijkheid van partijen, zoals juist voor de rechtsregel in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is vastgesteld. Als de overheid bijvoorbeeld als gedaagde aansprakelijk wordt gehouden voor geleden schade, maakt de aard van de partij die de overheid is, dat er sprake is van een andere relatie dan die zo-even is voorgesteld. Het is de bijzondere aard van die relatie die er de oorzaak van is dat de normatieve criteria – die al even kort aan de orde zijn geweest en dadelijk verder worden uitgewerkt – niet vanzelfsprekend ook voor de beoordeling van de overheidsaansprakelijkheid gelden.

De overheidsaansprakelijkheid komt hier kort aan de orde aangezien die een rol speelt bij de beantwoording van de vraag hoe het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan bijdragen aan de handhaving van fundamentele rechten. Het is immers juist de overheid die, als gevolg van de inrichting van het recht onder het EVRM – en dat komt in het volgende hoofdstuk meer uitgebreid aan de orde – tegenwoordig al verantwoordelijk wordt gehouden voor inbreuken op fundamentele rechten en daaruit voorkomende of voortgekomen schade.

Bij de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek is er nadrukkelijk aandacht geweest voor de vraag of ‘in het burgerlijk wetboek bijzondere bepalingen [moeten] worden opgenomen omtrent de aansprakelijkheid van de overheid voor de door haar organen gepleegde onrechtmatige daden?’⁵⁶ Op dat moment was de

54 De problematiek van bijvoorbeeld minderjarige kinderen wordt hier voor het gemak buiten beschouwing gelaten.

55 Interessant in de context van de overheidsaansprakelijkheid is het Wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten, Kamerstukken II 2010/11-2011/12, 32 621, nr. 1-11; Kamerstukken I 2011/12-2012/13, nr. A-B. Met het wetsvoorstel wordt beoogd te voorzien in een regeling voor schadevergoeding bij *onrechtmatige besluiten* en *nadeelcompensatie*.

56 Parl. Gesch. Boek 6, p. 599 (Handelingen II (2846)).

overheidsaansprakelijkheid niet als zodanig geregeld, maar was in de rechtspraak wel tot overheidsaansprakelijkheid besloten, en wel zo dat een viertal categorieën was te onderscheiden waarin de Hoge Raad aansprakelijkheid van de overheid aannam.

In de eerste plaats nam de Hoge Raad aansprakelijkheid van de overheid aan vanwege handelen in strijd met wettelijke voorschriften, in de tweede plaats bij aantasting van een subjectief recht van de benadeelde door de overheid. Verder werd aansprakelijkheid aangenomen in gevallen waarin de overheid een haar toekomstige publiekrechtelijke bevoegdheid had gebruikt, terwijl die bevoegdheid voor een ander doel was gegeven dan waarvoor die uiteindelijk was aangewend, of de overheid in redelijkheid de bevoegdheid in het voorliggende geval niet had behoren te gebruiken. En ten vierde werd aansprakelijkheid wel aangenomen in die gevallen, 'waarin de overheid gelijk een privaatspersoon aan het maatschappelijk verkeer deelneemt en daarbij iemand schade berokkent door anders te handelen dan met het oog op diens persoon en goed in dat verkeer betaamt.'⁵⁷ Gezien de 'bepaalde fase van ontwikkeling' waarin de rechtspraak zich toen bevond, is besloten af te zien van een algemene regeling van overheidsaansprakelijkheid in het Nieuw Burgerlijk Wetboek.⁵⁸

Over de grondslag van de overheidsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige daad kan verschillend worden gedacht.⁵⁹ Ik sluit mij aan bij de Raad van State die heeft gemeend dat bestuursorganen op grond van een algemeen rechtsbeginsel dat tot uiting komt in artikel 8:73 Awb en artikel 6:162 BW gehouden zijn de schade die ze door handelen of nalaten hebben veroorzaakt, dienen te vergoeden.⁶⁰ De eerder genoemde grondslag onder het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan ook de grondslag zijn voor een vergoedingsverplichting in de publiekrechtelijke rechtsverhouding. Sterker: het valt niet in te zien waarom er niet ook bij de (privaatrechtelijke) rechtsregel in artikel 6:162 BW kan worden aangeknoopt, als maar wordt beseft dat de onderliggende casus een andere is, die mogelijk noopt tot andere normatieve keuzes bij de uitleg van artikel 6:162 BW.

Als toetsingskader voor de beoordeling van schadeveroorzakend handelen of nalaten door de overheid doet in de praktijk de regel uit artikel 6:162 BW dienst,⁶¹ en titel 6.1.10 BW biedt ook in geval van overheidsaansprakelijkheid aanknopingspunten voor de vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsverplichting.⁶² De privaatrechtelijke rechtsregel kan niet helemaal een-op-een worden toegepast zoals die in de civielrechtelijke verhouding wordt toegepast, omdat daar wordt uitgegaan

57 Parl. Gesch. Boek 6, p. 599 (Handelingen II (2846)).

58 Parl. Gesch. Boek 6, p. 600 en 604 (Handelingen II (2846)).

59 Zie onder meer: Kortmann 2006, p. 29-31; Scheltema & Scheltema 2008, p. 303-306; Van Maanen & De Lange 2005, p. 1-2.

60 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop). Vgl. A-G Timmerman in zijn conclusie voor *DNB/Vie d'Or*: HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529, m.nt. C.C. van Dam (*DNB/Vie d'Or*).

61 Zie bijvoorbeeld: HR 9 juli 2010, JA 2011, 5 (*Vuurwerkkramp Enschede*); HR 13 april 2007, JA 2007, 93, m.nt. G.E. van Maanen (*Iranese vluchteling*). Voor de kwalitatieve aansprakelijkheden lijkt overigens ook te gelden dat wordt aangehaakt bij de civielrechtelijke rechtsregels, in ieder geval wat betreft de aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen: HR 17 december 2010, NJ 2012, 155, m.nt. T. Hartlief (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen*).

62 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1262; Scheltema & Scheltema 2008, p. 366 e.v.

van gelijkheid van partijen.⁶³ De overheid is een wezenlijk andere partij dan een willekeurige (andere) private partij. De overheid bestaat namelijk bij de gratie van haar dienstbaarheid aan de maatschappij en behartigt het algemeen belang. Zij is, tegenovergesteld aan (andere) private partijen, in beginsel niet vrij om naar eigen goeddunken te handelen, maar kan alleen handelen voor zover zij op grond van de wet bevoegd is om te handelen. Het gedrag van de overheid behoort, gezien de bijzondere positie die de overheid bekleedt, niet zonder meer volgens dezelfde maatstaven te worden beoordeeld als dat van (andere) privaatrechtelijke partijen.⁶⁴

De overheid staat in de eerste plaats in die zin boven de privaatrechtelijke partijen dat haar bijzondere bevoegdheden toekomen, bijvoorbeeld de bevoegdheid om te voorzien in bindende regelgeving, maar ook de bijzondere bevoegdheid van het gebruik van geweld. De overheid is bovendien bij al haar handelen gebonden aan de strikte doelstelling waarvoor zij bestaat: het behartigen van het algemeen belang, en meer in het bijzonder aan de wetten waarin bevoegdheden zijn gegeven. De bijzondere aard van de overheid maakt dat zij is gebonden aan bijzondere normen,⁶⁵ maar dat neemt niet weg dat haar een zekere beleidsvrijheid toekomt, in die zin dat de overheid een bepaalde mate van vrijheid heeft bij het uitoefenen van haar gegeven bevoegdheden.⁶⁶ De bijzondere normen bepalen de bijzondere maatstaf die moet worden aangelegd bij de rechterlijke beoordeling in een geschil waarbij de overheid partij is, terwijl de beleidsvrijheid de beoordelingsruimte voor de rechter beperkt.

De bijzondere aard van de overheid als partij in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht maakt dat ten minste sprake is van een andere uitleg van de criteria die de rechtsregel vormen. Het criterium van de toerekening van de daad aan de dader volgens artikel 6:162 lid 2 BW is bijvoorbeeld een criterium dat op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid wordt aangenomen in beginsel te zijn vervuld: 'Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel – in de terminologie van art. 6:162 BW – voor rekening van het overheidslichaam komt.'⁶⁷ De Hoge Raad zoekt de rechtvaardiging voor de automatische toerekening in het algemeen belang dat wordt gediend met de uitoefening van een wettelijke taak door de overheid, en in de redelijkheid om de schade over het collectief te spreiden in plaats van deze voor rekening te laten van de individuele burger.⁶⁸ Er kunnen overigens omstandigheden zijn die maken dat er een uitzondering moet worden gemaakt.⁶⁹

Een ander criterium is dat de gedraging door de overheid moet worden beoordeeld naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaraan de overheid in

63 Vgl. Scheltema & Scheltema 2008, p. 305.

64 Zie: Van Maanen & De Lange 2005, p. 2-4.

65 Zie: Snijders 2011, p. 59-92.

66 Zie: Snijders 2011, p. 66-69.

67 HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, m.nt. CJHB, r.o. 3.2 (*Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen/Boulogne*). Zie: Scheltema & Scheltema 2008, p. 313-314.

68 HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, m.nt. CJHB, r.o. 3.2 (*Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen/Boulogne*). Zie: C.J.H. Brunner in zijn annotatie bij het arrest.

69 HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, m.nt. CJHB, r.o. 3.2 (*Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen/Boulogne*).

haar handelen is gebonden.⁷⁰ Met het statement ‘*The King can only do wrong*’, geeft Tjittes in de jaren negentig de beleving ten aanzien van de overheidsaansprakelijkheid in die tijd weer.⁷¹ ‘De civiele rechtspraak met betrekking tot de overheidsaansprakelijkheid lijkt aldus te kunnen worden samengevat’, stelt Tjittes, ‘dat op de overheid zware zorgvuldigheidverplichtingen jegens de burger rusten, bij de schending waarvan de overheid spoedig en in ruime mate jegens de burger aansprakelijk is.’⁷²

Tot slot moet de rechtsverhouding bij de uitleg van de verschillende vereisten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het concrete geval in aanmerking worden genomen. Zo wordt wel verdedigd dat de positie van de private benadeelde mede bepalend is bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Is die benadeelde immers even machtig als de overheid, bijvoorbeeld omdat zijn vermogen zich gemakkelijk laat meten met dat van een staat, dan valt niet goed in te zien waarom het gedrag van de overheid aan strengere normen zou moeten worden getoetst.⁷³ Er kan dan sprake zijn van een relatie die door gelijkwaardigheid van partijen wordt gekenmerkt. En voor de juist besproken bijzondere uitleg van het toerekeningvereiste, kan gelden dat het argument van de spreiding van de schade over de gemeenschap wegvalt, als de private partij zelf ook in staat is haar schade te spreiden. Een ondernemer, bijvoorbeeld, kan zijn schade spreiden over zijn afnemers.⁷⁴

3.3.3. De aard van de rechtsregel II: proclamatief met van rechtswege intredende sanctie

Naast de in de vorige paragraaf besproken bipolariteit en gelijkheid van partijen die in de rechtsregel schuilgaat, is de rechtsregel in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht ook heteronoom van aard en is bovendien kenmerkend dat de verbintenis tot schadevergoeding van rechtswege ontstaat. Met ‘van rechtswege’ is bedoeld te zeggen dat met het intreden van de vereisten voor buitencontractuele aansprakelijkheid de vergoedingsverplichting is ontstaan.⁷⁵ De proclamatieve aard komt tot uitdrukking in het feit dat de normstelling voor die kan worden toegepast in een concreet geval meestal verdere uitwerking behoeft.

De proclamatieve aard geldt als een belangrijke relativering van de schijnbaar objectieve toetsing van een schadeveroorzakende gebeurtenis aan de vereisten zoals die zou kunnen worden gelezen in de zelfstandige toepasselijkheid van de rechtsregel gezien het feit dat van rechtswege een verbintenis tot schadevergoeding ontstaat. Het is immers voorstelbaar dat de vereisten voor aansprakelijkheid zó kunnen worden uitgelegd, dat dit voor een aansprakelijkheidsvordering in een voorliggend geval betekent dat die (dus) dient te worden afgewezen, terwijl evengoed een interpretatie

70 Scheltema & Scheltema 2008, p. 311-313.

71 Tjittes 1996, p. 33. In gelijke zin Spier die de onderbouwing voor de uitdijende overheidsaansprakelijkheid geeft waarnaar door Tjittes wordt verwezen, in: Bolt & Spier 1996, p. 300-301.

72 Tjittes 1996, p. 33.

73 Tjittes 1996, p. 54-55.

74 Tjittes 1996, p. 55.

75 Van Nispen 2003, p. 12.

mogelijk was die de weegschaal ten gunste van de toewijzing van de vordering zou hebben doen uitslaan.⁷⁶

De proclamatieve aard van de rechtsregel laat zich illustreren aan de hand van het geval waar het verwijt is dat iemand een gevaarlijke situatie heeft doen ontstaan of in stand houdt die anderen die daarop niet bedacht zijn schade kan toebrengen. Het feit dat de rechter noodzakelijk gezichtspunten heeft geformuleerd aan de hand waarvan is beoordeeld of sprake is geweest van zodanig nalaten dat dit aansprakelijkheid voor de geleden schade rechtvaardigt, bevestigt de proclamatieve aard. Zo overwoog de Hoge Raad in het *Jetblast*-arrest: ‘Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.’⁷⁷

De Hoge Raad had in *Kelderluik* overigens al eerder bepaald:

‘(...) dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoever aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt; dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.’⁷⁸

3.3.4. Constitutieve criteria voor een schadevergoedingsverplichting vanwege buitencontractuele aansprakelijkheid

3.3.4.1. Inleiding

Na kort te hebben stilgestaan bij de aard van de rechtsregel in artikel 6:162 BW en de daarmee verbonden afdeling 6.1.10 BW, zullen nu de constitutieve criteria aan de orde komen.⁷⁹ De criteria in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bepalen samen of een schadevergoedingsverplichting vanwege buitencontractuele aansprakelijkheid gerechtvaardigd is. De criteria zijn van groot belang bij de bepaling van de rol die het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan toekomen bij de handhaving van de fundamentele rechten, aangezien deze criteria tezamen concreet de grenzen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht stellen. De

⁷⁶ Grosheide 2001, p. 32.

⁷⁷ HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105, m.nt. C.J.H. Brunner, r.o. 3.4.3 (*Jetblast*).

⁷⁸ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

⁷⁹ Zie ook: Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 35-150, p. 35-143; C.H.M. Jansen 2009; Van Dam 2000, p. 161-294.

criteria zijn het resultaat van normatieve keuzes die zijn gemaakt na afweging van argumenten. Die argumenten zullen bij de heroverweging van (een of meer van) deze criteria opnieuw op tafel moeten komen, en moeten worden weerlegd voor zover wordt bepleit dat de criteria voor andere worden ingewisseld.

Een eerste criterium is dat van de onrechtmatige daad. Het criterium ziet op de normering van de gedragingen: alleen die gedragingen die onrechtmatig zijn, kunnen tot aansprakelijkheid voor geleden schade leiden. Van een onrechtmatige gedraging is sprake als door de benadeler een rechtsinbreuk is gepleegd, als de benadeler een wettelijke plicht heeft geschonden, of als de benadeler zich in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid heeft gedragen. De onrechtmatige daad wordt in de volgende paragrafen verder toegelicht. De categorie van de wettelijke plicht blijft daarbij vanwege het geringe belang voor dit onderzoek onbesproken.

3.3.4.2. De wettelijke afweging: de rechtsinbreuk

3.3.4.2.1. Nederlands *never ending story*⁸⁰

In de eerste plaats is er sprake van een onrechtmatige daad als er een inbreuk op een (exclusief subjectief) recht is gepleegd. De rechtsinbreuk als zelfstandige onrechtmatigedaadcategorie maakt het enkele feit dat een gedraging een rechtsinbreuk is, voldoende voor het oordeel dat de gedraging onrechtmatig is. De schending van het belang van de benadeelde doet dus de weegschaal per se uitslaan in het voordeel van de benadeelde. Dat wil zeggen: de enkele schending van het beschermde belang van benadeelde is voldoende om een onrechtmatige daad te bewerkstelligen.

Over de rechtsinbreuk als zelfstandige onrechtmatigedaadcategorie wordt reeds lang gesteggeld – Nieuwenhuis noemt de discussie Nederlands *never ending story*.⁸¹ De aanvaarding van de ongeschreven norm van de strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid als onrechtmatige daad in *Lindenbaum/Cohen* is volgens sommigen reden om te bezien of de andere onrechtmatige daden zelfstandig kunnen blijven functioneren, of dat de strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid in wezen een idee is dat ook in deze categorieën doordringt, namelijk door het aan te nemen als een aan de onrechtmatige daad in de meest brede zin van het woord ten grondslag liggend principe.⁸² Er moet dan behalve van een rechtsinbreuk of schending van een wetsplicht, óók altijd sprake zijn van doen of nalaten in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Van Dam stelt: 'Voor de persoonlijke aansprakelijkheid is dus in ieder land uiteindelijk beslissend of iemand zich maatschappelijk onzorgvuldig heeft gedragen.'⁸³

De relevantie van de al of niet zelfstandigheid van de rechtsinbreuk schuilt in de formele positie van de benadeelde en benadeler.⁸⁴ Met een bevestigend antwoord

80 Nieuwenhuis 2008, p. 17. Vgl. Van der Wiel 2007, p. 175 e.v.

81 Nieuwenhuis 2008, p. 17.

82 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

83 Van Dam 1989, p. 94.

84 In gelijke zin: Hartlief & Van Maanen 1995, p. 43-44; Roelvink 1994, p. 329-330; Van Dam 1989, p. 96.

op de vraag of de inbreuk op een recht *eo ipso* een onrechtmatige daad is, is namelijk een processueel voordeel aan de benadeelde gegeven. Een benadeelde die slechts gehouden is te stellen en te bewijzen dat de inbreuk op een recht een onrechtmatige daad is, heeft het gemakkelijker dan de benadeelde die bovendien moet stellen en bewijzen dat de gedraging van de benadeler strijdig was met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Daar staat tegenover dat met het formele voordeel van de benadeelde een formeel nadeel voor de benadeler is gegeven. Dat nadeel schuilt hierin dat die benadeler zodoende aansprakelijk kan worden gehouden vanwege de enkele inbreuk op een recht die schade heeft veroorzaakt bij de benadeelde. De benadeler zal in een dergelijk geval om onrechtmatigheid aan de daad te ontnemen, moeten bewijzen dat – wat Nieuwenhuis noemt – het wettelijk vermoeden van onrechtmatigheid in zijn geval niet juist is.⁸⁵ Met het opvoeren van een rechtvaardigingsgrond kan hij alsnog de onrechtmatigheid aan de daad ontnemen.⁸⁶

Ofschoon de al of niet zelfstandigheid van de rechtsinbreuk als onrechtmatigedaadcategorie relevant is voor de formele positie van benadeelde en benadeler, rijst toch de vraag of de discussie niet lood om oud ijzer is. Verheij stelt namelijk dat er zich in de praktijk geen problemen lijken voor te doen.⁸⁷ Het onderwerp van deze studie vraagt mijns inziens desalniettemin kort bij de discussie stil te staan. Het ligt immers (hypothetisch) voor de hand om voor de handhaving van fundamentele rechten via de band van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht aan te haken bij de inbreuk-op-een-recht-categorie.

3.3.4.2.2. De *Leer Smits*

Volgens een eerste stroming in de discussie over de zelfstandigheid van de inbreuk-op-een-recht-categorie, moet óók altijd sprake zijn van een doen of nalaten in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Deze stroming wordt wel genoemd de *Leer Smits*, naar Smits die haar in 1938 heeft geïntroduceerd.⁸⁸ In die tijd voerde volgens Smits het idee de boventoon dat zowel de rechtsinbreuk als de geschonden wetsplicht als onrechtmatigheidscategorieën gemist konden worden.⁸⁹ Een belangrijke aanhanger en uitdrager van dat idee was Van Oven, die het als volgt onder woorden bracht:

‘Inderdaad de inbreuk op een subjectief recht is van geen belang in deze zaak: óf de dader mocht inbreuk maken in het concrete geval in het concrete recht, omdat hij met de noodige zorgvuldigheid etc. handelde, óf hij mocht het niet, omdat hij dit niet deed. Maar in het laatste geval is hij ook tot vergoeding verplicht als er géén subjectief recht te construeeren is en alleen maar schade bestaat ten gevolge van de on-zorgvuldigheid, en men kan dus de vraag of er een subjectief recht

85 Nieuwenhuis 2008, p. 18. Ook: Van Dam 1989, p. 96.

86 Zie artikel 6:162 lid 2 BW.

87 Verheij 2005, p. 42.

88 P.H. Smits 1938; P.H. Smits 1940.

89 P.H. Smits 1940, p. 374.

geschonden is missen, heeft dit noodig voor de beoordeling van de vraag van wèl of niet vergoeding.⁹⁰

Het idee was kennelijk ingegeven door de 'de bekende uitbreiding der formule der onrechtmatigheid' van de Hoge Raad in *Lindenbaum/Cohen*.⁹¹ Het arrest-*Lindenbaum/Cohen* werd beschouwd als 'het uitgangspunt (...) van een nieuwe evolutie'.⁹² Of in Ruttens woorden: 'Zware concurrentie heeft de rechtsinbreuk ondervonden van haar jonge gezelschap, de strijd met de maatschappelijke betamende zorgvuldigheid, die zich spoedig als een ware slokop ontpopte'.⁹³

Smits, op zijn beurt, nam ook als vertrekpunt hetgeen sinds *Lindenbaum/Cohen* in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht was veranderd, maar meende, anders dan Van Oven, 'dat het rechtsoordeel vastgelegd in een erkend subjectief recht ons van dienst kan zijn, een factor kan vormen, bij de beslissing of in een gegeven geval onmaatschappelijk is gehandeld'.⁹⁴ Niet langer kan het onrechtmatigheidsoordeel zijn gegeven met de enkele rechtsinbreuk of wettelijke plichtsverzaking, immers: 'Een dergelijk zich vasthouden aan speciale wettelijke geboden miskent de rechtsontwikkeling te onzent ten opzichte van het onrechtmatigheidsbegrip'.⁹⁵ De ontwikkeling waarnaar Smits verwijst is de eerder genoemde ontwikkeling die is ingezet met *Lindenbaum/Cohen*, namelijk de ontwikkeling naar het als onrechtmatig benoemen van gedragingen die in strijd zijn met de maatschappelijke zorgvuldigheid. De subjectieve rechten is met de ontwikkeling een nieuwe rol in het onrechtmatigedaadsrecht gegeven:

'In de erkende subjectieve rechten treden ons door de Overheid uitdrukkelijk in bescherming genomen belangen tegemoet. (...) Tot een gebrek aan betamelijke verkeerszorgvuldigheid bij het handelen zal bij voorzienbare rechtsschennis eerder besloten worden dan tot een zoodanig gebrek bij voorzienbaarheid van aantasting van vermogensbelangen, die niet als rechtsgoed erkend zijn'.⁹⁶

Smits bespreekt dan een drietal te onderscheiden rechtsinbreuken, namelijk 'die waarbij het voorwerp van eens anders subjectief recht wordt aangetast', 'die waarbij iemand wordt belemmerd in het genot, waarop iemand krachtens een subjectief recht aanspraak heeft (hinder)', en 'die, welke men als misbruik van recht pleegt aan te duiden'.⁹⁷ Hij meent dat het ontdoen van de zelfstandigheid van het inbreukcriterium niet zou moeten betekenen dat dat criterium geheel ter zijde wordt gelaten. De

90 Van Oven 1932, p. 510. Van Oven introduceerde daarbij het historische argument, namelijk dat reeds van af vóór het begin van de jaartelling tot het begin van de 19^e eeuw voor een schadevergoedingsverplichting slechts drie zaken waren vereist, te weten: '(1e) schade, (2e) veroorzaakt door, (3e) onrecht.' Van Oven 1932, p. 481-482.

91 P.H. Smits 1940, p. 373.

92 Van Oven 1932, p. 481.

93 Ruttens 1953, p. 417.

94 P.H. Smits 1940, p. 375.

95 P.H. Smits 1938, p. 470.

96 P.H. Smits 1940, p. 388-389.

97 P.H. Smits 1940, p. 375.

wenselijkheid van het behouden van het inbreukcriterium náást de maatschappelijke onzorgvuldigheid gaat schuil in het in het inbreukcriterium vastgelegde objectieve rechtsoordeel.⁹⁸

‘En wel eenerzijds, doordat ons in het oordeel, dat zeker resultaat, als vormend een ingrijpen in eens anders rechtssfeer, objectief onrechtmatig is – te midden van de vele vermogensbelangen, die niet een zoodanige bijzondere bescherming genieten – een bijzonder steunpunt is gegeven voor het opstellen van gedragsnormen bij voorzien zijn of voorzienbaar zijn dier rechtsschennis.

En, anderzijds, doordat men in de omstandigheid, dat men bij de schadetoebrenging heeft gehandeld in de uitoefening van eigen subjectief recht, aantreft – wel niet een volstrekten rechtvaardigingsgrond, zooals men vroeger in den regel “neminem laedit” las – maar dan toch een rechtvaardigingsfactor, die al naar de gevallen die het geldt van meerdere of mindere beteekenis kan zijn voor de vorming van het oordeel omtrent wat in concreto al dan niet geboden is als maatschappelijk behoorlijk handelen ten opzichte van eens anders persoon of goed.⁹⁹

Met de laatste overweging is gezegd dat, zoals de rechtsinbreuk een factor is die meeweegt bij de bepaling of een gedraging onrechtmatig is, het misbruik van recht – spiegelbeeldig – een factor is bij de bepaling van de onrechtmatigheid van een gedraging. Terwijl de benadeler in het eerste geval inbreuk maakt op een anders subjectieve recht en schade berokkent, doet de benadeler dat in het laatste geval door de uitoefening van een aan hem toekomend subjectief recht.

3.3.4.2.3. Tegengeluid

Volgens de eerste stroming moet dus ook altijd sprake zijn van strijdigheid met de maatschappelijke zorgvuldigheid, ook als er een rechtsinbreuk is gepleegd, om aan het vereiste van onrechtmatige daad te kunnen voldoen. Een belangrijk, en ik denk overtuigend argument om de rechtsinbreuk *eo ipso* als onrechtmatige gedraging te beschouwen en dus als grondslag voor een aansprakelijkheidsactie, is door Sieburgh gegeven die zich met haar benadering voor de rechtsinbreuk als zelfstandige onrechtmatigedaadcategorie aansluit bij – onder anderen – H. Drion.¹⁰⁰ Sieburghs argument voor de zelfstandigheid van de rechtsinbreukcategorie komt erop neer dat de inbreuk als zelfstandige categorie een noodzakelijke voorwaarde is voor de bescherming van bepaalde rechtsgoederen. Als voorbeeld noemt zij de eigendom. De inhoud van de eigendom zou zonder de erkenning van de rechtsinbreuk als onrechtmatige daad worden ondermijnd.¹⁰¹

98 P.H. Smits 1940, p. 402.

99 P.H. Smits 1940, p. 402.

100 Hoffman/Drion/Wiersma 1959, p. 80-88. Sieburgh 1997. Zie ook: J. Drion 1947, p. 254.

101 Sieburgh 1997, p. 630-631; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 47, p. 47. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 614 (T.M.). In gelijke zin, maar ten aanzien van de rechtshandhavende functie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (en dus niet over de rechtsinbreuk): Verheij 2002, p. 445.

De door Sieburgh voorgestane beperkte uitleg van de rechtsinbreuk als zelfstandige onrechtmatigedaadcategorie ‘waarborgt het bestaan en de functie van tegenover een ieder te handhaven subjectieve rechten.’¹⁰² De beperktheid in de uitleg schuilt in het feit dat een rechtsinbreuk *eo ipso* alleen een onrechtmatige daad is, als de gedraging zelf de inbreuk is geweest en – dus – bijvoorbeeld niet als het schadelijke gevolg de inbreuk veroorzaakt. Sieburgh haakt aan bij Drions beperkte uitleg, die meent dat een *handeling* alleen een inbreuk op een recht mag zijn ‘wanneer zij zelf de inbreuk genoemd kan worden, dus handeling en inbreuk geïdentificeerd mogen worden.’¹⁰³ Of, om met Sieburgh te spreken: ‘Inbreuk moet gebruikt worden voor gevallen waarin de gedraging zelf inbreuk is.’¹⁰⁴ Drions idee is overigens overgenomen in de *Toelichting Meijers* bij het Nieuw Burgerlijk Wetboek, waarin is overwogen: ‘Indien echter de gedraging zelf de inbreuk oplevert, is behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, de onrechtmatigheid daarmee gegeven en is een nader onderzoek naar de eventuele overtreding van concrete wettelijke plichten of normen van ongeschreven recht overbodig.’¹⁰⁵ Naar dit idee kon in het geval van de zwiepende tak die door Werink in beweging was gebracht, daarmee Hudepohl akelig verwondend, geen sprake zijn van een onrechtmatige daad vanwege een rechtsinbreuk, vanwege het schadelijke gevolg van Werinks handeling.¹⁰⁶

De door Rutten verdedigde stelling dat de enkele rechtsinbreuk alleen dan een onrechtmatige gedraging kan zijn als die inbreuk rechtstreeks door de daad van de benadeler wordt teweeggebracht, lijkt nauw aan te sluiten bij de benadering van Drion en Sieburgh. Rutten spreekt van de directe rechtsinbreuk en legt uit dat daarvan sprake is wanneer slechts één feit – benadelers daad – tot de inbreuk in causaal verband staat. Zo gauw sprake is van méér dan één feit, spreekt Rutten van een indirecte inbreuk en zal die inbreuk niet zelfstandig de onrechtmatigheid dragen.¹⁰⁷

Een ander tegengeluid is dat van C.H.M. Jansen, die meent dat weliswaar regelmatig sprake kan zijn van een rechtsinbreuk en maatschappelijk onzorgvuldig handelen, maar dat het dogmatisch onzuiver is in typische gevallen óók vastgestelde maatschappelijke onzorgvuldigheid te verlangen voor van een onrechtmatige daad mag worden gesproken. Jansen omschrijft dan zijn benadering, die inhoudt:

‘Beperkt men de categorie “rechtsinbreuk” tot de gevallen waarin het schenden van een subjectief recht als kern van de gewraakte gedraging in het oog springt, waarin met andere woorden de onbevangen toeschouwer juist het schenden van een subjectief recht als de in geschil zijnde gedraging onderkent, dan is de

102 Sieburgh 1997, p. 631.

103 J. Drion 1947, p. 254. Drion heeft dan reeds overwogen dat zeker ingeval een inbreukmakende handeling met opzet is verricht sprake is van een rechtsinbreuk die zelfstandig de onrechtmatigheid kan dragen. In gelijke zin H. Drion, in: Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 88.

104 Sieburgh 1997, p. 632.

105 Parl. Gesch. Boek 6, p. 614 (T.M.).

106 HR 9 december 1994, NJ 1996, 403, m.nt. CJHB (*Zwiepende tak*).

107 Rutten 1953, p. 443-444.

onrechtmatigheid daarvan in beginsel gegeven en doet dus het zoeken naar andere (al of niet daarvan afgeleide) normen gekunsteld aan.¹⁰⁸

Roelvink, op zijn beurt, pleit voor een beperkte toepassing van de *Leer Smits*, en bewaart de rechtsinbreuk 'voor de gevallen waarin niet het fysieke object van een recht maar de uitsluitende rechten van de rechthebbende worden aangetast'.¹⁰⁹ De rechtsinbreuk zoals die is uitgelegd door Drion wijst hij expliciet af, vanwege de zijns inziens twijfelachtige bruikbaarheid van Drions theorie.¹¹⁰

K.J.O. Jansen zoekt aansluiting bij 'de noodzakelijkheid van de rechtsaantasting als gevolg van de verweten gedraging'.¹¹¹ Doorslaggevend voor de vraag of de enkele rechtsinbreuk een onrechtmatige gedraging is, is zijns inziens of naar ervaringsregels mag worden aangenomen dat de schadeveroorzakende gedraging als een gedraging moet worden beschouwd die onvermijdelijk tot een rechtsinbreuk leidt.¹¹² Jansen laakt Sieburghs eerder genoemde keuze voor de benadering van de gedraging die de rechtsinbreuk moet zijn. Het komt hem kort gezegd 'geforceerd' voor om de gedraging van de gevolgen te onderscheiden en de onrechtmatigheid aan de gedraging af te meten.¹¹³

Scholten's visie, tot slot, houdt in dat de enkele inbreuk op een recht alleen dan een onrechtmatige gedraging is als die met opzet is gepleegd. Voor alle andere gevallen van rechtsinbreuken is bovendien vereist dat sprake is van onzorgvuldig handelen, alvorens van een onrechtmatige daad mag worden gesproken.¹¹⁴

Van de beperkte uitleg zoals de juist genoemde juristen die voorstaan, wordt de brede uitleg onderscheiden. De brede uitleg houdt in dat niet alleen het gedrag, maar ook het schadelijke gevolg van het gedrag dat een inbreuk op een recht betekent, per se onrechtmatig is – behoudens het bestaan van een rechtvaardigingsgrond.¹¹⁵ Dat idee was (noodzakelijk) leidend in de rechtspraak van het einde van de 19^e eeuw tot de Hoge Raad in 1919 in *Lindenbaum/Cohen* de maatschappelijke onzorgvuldigheid aan de onrechtmatigedaadcategorieën toevoegde.¹¹⁶

108 C.H.M. Jansen 2009, p. 25.

109 Roelvink 1994, p. 331-332.

110 Roelvink 1994, p. 328.

111 K.J.O. Jansen 2007, p. 226.

112 K.J.O. Jansen 2007, p. 226.

113 K.J.O. Jansen 2007, p. 226.

114 Scholten 1911, p. 126-128 en 216-217. En ná *Lindenbaum/Cohen* in gelijke zin: Asser-Scholten II 1933, p. 112 e.v.

115 Sieburgh 1997, p. 629.

116 De Hoge Raad nam de rechtsinbreuk als onrechtmatigedaadcategorie aan in 1883 en ontnam deze – naar nu blijkt – met zijn arrest voor *Lindenbaum/Cohen* een deel van zijn belang. Zie: HR 6 april 1883, W. 4901 (*Notaris*); HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

3.3.4.2.4. Tot slot: wat is een subjectief recht, wat is een inbreuk, en wanneer is de rechtsinbreuk *eo ipso* een onrechtmatige daad?

Het voorgaande brengt mij tot de volgende tussenconclusie. Eerst geldt voor de afbakening van het begrip 'subjectief recht' in de zin van artikel 6:162 BW dat dit niet moet worden begrepen in meest ruime zin des woords, namelijk als zijnde ieder recht dat door het objectieve recht aan een rechtssubject kan worden toegekend. Zo'n uitleg van 'recht' in artikel 6:162 BW zou niet wenselijk zijn, aangezien die omschrijving bijvoorbeeld ook de vorderingsrechten in zich zou dragen. Vorderingsrechten zijn (geen absolute, maar persoonlijke) rechten ten aanzien waarvan een rechtstreekse inbreuk alleen door de wederpartij kan worden gepleegd, en behoren daarom, gezien het aan de rechtsinbreuk verbonden rechtsgevolg, geen subjectieve rechten in de zin van artikel 6:162 BW te zijn. Zoals Hartkamp en Sieburgh opmerken zijn de gevolgen van inbreuken op deze rechten afzonderlijk in de wet geregeld, denk aan wanprestatie als actie ingeval een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis tot schade leidt.¹¹⁷

Een naar mijn mening zinvolle omschrijving in het kader van de onrechtmatige daad (nog onder artikel 1401 (oud) BW) geeft daarom H. Drion die overweegt dat de subjectieve rechten rechten zijn die door derden kunnen worden geschonden. We spreken dan over de absolute vermogensrechten, en juist niet over de vorderingsrechten aangezien – meent H. Drion – een rechtstreekse inbreuk daarop alleen door de wederpartij kan worden gepleegd. Aan de absolute vermogensrechten is dan nog toegevoegd het subjectieve recht op lichamelijke en geestelijke integriteit – tegenwoordig (breder) de persoonlijkheidsrechten.¹¹⁸ Meijers geeft een definitie door te stellen dat een subjectief recht is 'een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen.'¹¹⁹

Er kan sprake zijn van een inbreuk door een derde als een derde het object van het subjectieve recht aantast, doordat zijn gedraging een beschadiging van het object veroorzaakt, maar ook ingeval de gedraging zelf een inbreuk is. Van de laatste soort inbreuk is bijvoorbeeld sprake in het geval van de huiszoeking in de (naar later blijkt) onterechte veronderstelling dat die gerechtvaardigd is.¹²⁰ Een inbreuk op het recht op geestelijke en lichamelijke integriteit is bijvoorbeeld seksueel misbruik, maar ook een aanval met een mes door een derde die met zijn steken het recht op de geestelijke en lichamelijke integriteit van de benadeelde schendt, en evenzeer de onopzettelijke variant van de derde die in de keuken met een mes in de hand onvoorzichtig tegen de benadeelde botst en met zijn beweging de benadeelde verwondt. Uitroepen van onwaarheden over de benadeelde zijn te beschouwen als inbreuk op het recht van benadeelde op bescherming van zijn eer en goede naam.

117 Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 46, p. 46.

118 Hofmann/Drion/Wiersma 1959, p. 80-81. Tegenwoordig: Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 46, p. 45; C.H.M. Jansen 2009, p. 26-27; Verheij 2005, p. 38-39.

119 Meijers 1948, p. 86.

120 Ontleend aan Sieburgh 1997, p. 635. Gebaseerd op: HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794, m.nt. CJHB (*Politie-inval*).

Ik zou menen dat het wenselijk is om dan te spreken van een inbreuk op een recht die *eo ipso* een onrechtmatige daad is, als ‘het schenden van een subjectief recht als kern van de gewraakte gedraging in het oog springt.’¹²¹ Het zijn de eenvoud en de aanknopng bij de beleving van de onbevangen toeschouwer die het recht denk ik zo veel mogelijk begrijpelijk en rechtvaardig maken.

3.3.4.3. De rechterlijke afweging: strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid

3.3.4.3.1. Maatschappelijke onzorgvuldigheid

Naast de inbreuk op een recht, zijn ook de strijd met een wettelijke plicht en de gedragingen of het nalaten in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid onrechtmatige gedragingen in de zin van artikel 6:162 BW, wel genoemd zorgvuldigheidsnormen.¹²² In deze paragraaf staat de laatste categorie centraal. De tweede categorie wordt niet apart toegelicht vanwege de minimale betekenis die zij heeft in de beantwoording van de hoofdvraag.

Deze categorie van de maatschappelijke onzorgvuldigheid is in 1919 door de Hoge Raad in het al eerder genoemde fameuze *Lindenbaum/Cohen*-arrest aanvaard als zelfstandige categorie onrechtmatige gedragingen en is daarop later door de wetgever in artikel 6:162 BW opgeschreven.¹²³

3.3.4.3.2. *Lindenbaum/Cohen*¹²⁴

Wanneer in 1887 het artikel ‘De “oneerlijke concurrentie” voor het forum van den Nederlandschen rechter’ van Molengraaffs hand in het *Rechtsgeleerd Magazijn* verschijnt, is het nog uitgesloten dat een persoon op grond van ongeschreven normen verantwoordelijk wordt gehouden voor door hem veroorzaakte schade.¹²⁵ Als onrechtmatige daad hebben dan nog slechts te gelden gedragingen of nalaten in strijd met een daders rechtsplicht, en de inbreuk op een recht. De Hoge Raad overwoog immers nog in het *Notaris*-arrest dat:

‘(...) toch art. 1402 niets anders is dan eene aanvulling van art. 1401, om allen twijfel weg te nemen, dat verzuim, om te doen wat men rechtens moet verrichten, de negatieve rechtsschennis, hetzelfde gevolg heeft als de positieve onrechtmatige handeling, dat beide artikelen dus omschrijven verschillende vormen van het *damnum injuria datum*, en dat alzoo geen van beide toepasselijk is waar hetzij de daad of het verzuim niet in strijd is met des daders rechtsplicht of inbreuk maakt op eens anders recht.’¹²⁶

121 C.H.M. Jansen 2009, p. 25. Zie uitgebreid over de de zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid: Van Dam 1989.

122 C.H.M. Jansen 2009, p. 32.

123 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

124 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

125 Molengraaff 1887, p. 371-435.

126 HR 6 april 1883, W. 4901 (*Notaris*). En ook in: HR 29 juni 1883, W. 4927 (*Cornelissen/Reuter*).

Molengraaff kwam met zijn artikel in het *Rechtsgeleerd Magazijn* in het verweer tegen het toepassingsgebied van artikelen 1401 en 1402 BW. Hij meende dat de opvatting ten aanzien van het onrechtmatigheidscriterium te beperkt was en werd daarin uiteindelijk in 1919 door de Hoge Raad gevolgd. Hoewel de Hoge Raad in 1910 nog had besloten dat de weigerachtigheid van de Zutphense juffrouw De Vries om de hoofdkraan af te sluiten niet kon leiden tot een vergoedingsverplichting aan haar daardoor getroffen onderbuurman die de in zijn opslagplaats opgeslagen lederen kleding sterk in economische waarde zag afnemen, nam hij in 1919 aan:

‘(...) dat onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat òf inbreuk maakt op eens anders recht, òf in strijd is met des daders rechtsplicht òf indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, terwijl hij door wiens schuld tengevolge dier daad aan een ander schade wordt toegebracht tot vergoeding daarvan is verplicht.’¹²⁷

Deze ommezwaai werd de Hoge Raad kennelijk (mede) ingegeven door de historie van de bepaling, zoals de Hoge Raad die namelijk tot uitdrukking bracht in zijn overweging:

‘(...) dat immers het woord onrechtmatig niet gelijkwaardig is met strijdig tegen een wetsbepaling, en blijkens de geschiedenis de uitdrukking “tout fait quelconque de l’homme” alleen vervangen is door onrechtmatige daad, om uitdrukkelijk buiten te sluiten de daad van hem, die behoudens nalatigheid of onvoorzichtigheid, handelt krachtens eigen recht.’¹²⁸

3.3.4.3.3. Het verborgen bestaan van de ongeschreven norm

De beoordeling van de gedragingen gebeurt niet aan de hand van de wet zoals bij de andere onrechtmatigedadaacategorieën, maar aan de hand van ongeschreven normen of normen die voortvloeien uit bijvoorbeeld instrumenten die als zelfregulering kunnen worden beschouwd.¹²⁹ De normen zijn veelal ongeschreven, maar niet onbestaand, en kunnen ook vóór een schadeveroorzakende gebeurtenis worden vastgesteld. Het mag immers niet zo zijn dat een benadeler *ex post* wordt afgerekend op gedrag dat *ex ante* niet in strijd was met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Dat de regel noodzakelijkerwijs vaak pas *ex post* moet worden geëxpliciteerd doet daaraan niet af. De open norm bestaat nu eenmaal bij de gratie van de onwerkbaarheid van het op schrift stellen van de hier te lande geldende concrete normen voor alle (casus)

127 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

128 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

129 Zie over zelfregulering in het privaatrecht, meer in het bijzonder over het gebruik van medische protocollen bij de invulling van de zorgvuldigheidsstandaard ter beantwoording van de vraag of aansprakelijkheid moet worden aangenomen voor schadeveroorzakend handelen in de medische praktijk: HR 2 maart 2001, LJN AB0377, NJ 2001, 649 (*Stichting M./P.*). En: Giesen 2007, i.h.b. p. 106-109.

posities waarin zich een schadeveroorzakende gebeurtenis zou kunnen voordoen, waarin het gerechtvaardigd zou zijn om de schade van de benadeelde naar de benadelers te verplaatsen.

Deze praktijk van het achteraf vaststellen wat rechtens was, brengt onvermijdelijk de problematiek – de omvang daarvan daargelaten – van een *outcome bias*.¹³⁰ Het schadelijk gevolg van de handeling werpt gekleurd licht op de zaak. Het noodzakelijk achteraf vaststellen van de concrete norm en het schadelijk gevolg brengen het gevaar mee van het afkeuren van het handelen vanwege het schadelijk gevolg. Echter: ‘*A good decision cannot guarantee a good outcome.*’¹³¹ De mate waarin een *bias* het oordeel beïnvloedt, blijkt afhankelijk van de ernst van de geleden schade.¹³²

Ten aanzien van de beoordeling van de onrechtmatigheid in het kader van de maatschappelijke zorgvuldigheid, merkt Van Dam op: ‘De constatering dat de rechterlijke belangenafweging leidt tot de formulering van de zorgvuldigheidsnorm, impliceert dat de rechter in wezen niet een bestaande zorgvuldigheidsnorm onder woorden brengt maar de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm laat afhangen van de uitkomst van de belangenafweging.’¹³³ Ik kan het daarmee niet eens zijn, aangezien volgens mij de activiteit van de rechter inderdaad wel ziet op een belangenafweging, maar de uitkomst daarvan de bestaande, concrete en toegespitste (ongeschreven) zorgvuldigheidsnorm is. Als een op 23 februari 1961 in Café De Munt te Amsterdam lunchende rechter juist vóórdat Duchateau door het kelderluik zou vallen, zich al sturende naar de activiteit in het café door bevoorraders Sjouwerman zou hebben afgevraagd of de activiteit niet wat voorzichtiger zou behoren te geschieden, zou hij niet tot een ander oordeel hebben mogen komen dan áchteraf met de kennis van het voorgevallende.¹³⁴ Het is ook die reeds dan bestaande (concrete) zorgvuldigheidsnorm die de rechter volgens mij achteraf onder woorden moet brengen.¹³⁵

3.3.4.3.4. Explicitering van gedragsnormen

Ofschoon hier juist wel is opgemerkt dat de open norm bestaat bij de gratie van de onmogelijkheid van het opstellen van alle gedragsnormen bij overtreding waarvan sprake is van een onrechtmatige gedraging, verdient de ontwikkeling naar de explicitering van gedragsnormen toch aandacht. Van Boom heeft zich in zijn Tilburgse oratie in dat licht gericht op zaken waarin de schade het gevolg is van een structurele fout, en heeft gemeend dat die gevallen waarin inderdaad kan worden vastgesteld dat het onzorgvuldige handelen het gevolg is van een structurele fout, de rechter ‘positieve feedback’ zou moeten geven.¹³⁶

130 Zie: Baron & Hershey 1988.

131 Edwards 1984, p. 7. Gekend uit: Baron & Hershey 1988, p. 569.

132 Walster 1966, p. 76-78.

133 Van Dam 1989, p. 4.

134 Zie: HR 5 november 1965, LJN AB7079, NJ 1966, 136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*). Hier is verondersteld dat het ongeval in de ochtend heeft plaatsgehad.

135 Vgl. J. Drion 1947, p. 254.

136 Van Boom 2003, p. 30-32.

Een vooronderstelling door Van Boom is dat de onbekendheid met de gedragsnormen tegenwoordig een factor is die maakt dat schade in mindere mate wordt voorkomen dan bij explicitering van de gedragsnormen het geval zou zijn. Zijn vooronderstelling moet zo worden begrepen dat iemand zijn gedrag alleen kan aanpassen aan een norm, als hij bekend is met die norm. Met dat in het achterhoofd staat Van Boom voor dat de rechter zich – en hij spreekt dan over die gevallen waarin structurele fouten tot schade hebben geleid – er niet slechts over moet uitspreken welke fouten een benadeelde heeft begaan, maar (als gezegd) óók positieve feedback dient te geven.¹³⁷ Als de benadeler in kwestie onvoldoende voorzorg heeft betracht bij zijn handelen en méér voorzorg de schade had kunnen voorkomen, dient, aldus Van Boom, de rechter in zijn vonnis aandacht te hebben voor het uitdrukken van de vereiste voorzorg.

Van Booms benadering draagt bij aan het feitelijk beter in staat zijn zich te conformeren aan gedragsnormen en dus beter in staat zijn tot het naleven van de rechtsregel die (mede) steunt op het grondbeginsel dat een persoon een ander geen schade dient te berokkenen.¹³⁸ Een benadering die daarbij aansluit is die van Giesen die psychologische inzichten toepast om te komen tot een antwoord op de vraag wat de juridische maatstaf moet zijn voor waarschuwingsverplichtingen in het onrechtmatigedaadsrecht.¹³⁹

3.3.4.4. Het beoordelen van de onrechtmatigheid van de gedraging in het concrete geval

De beoordeling van de gedraging van de benadeler gebeurt door toepassing van het vereiste van onrechtmatige daad. Om in de praktijk te kunnen zeggen of een zekere gedraging onrechtmatig is, is méér nodig dan een bepaling die zegt dat 'als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer beaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.'¹⁴⁰

In een concrete zaak wordt een norm toegepast door tweeërlei activiteit door de rechter.¹⁴¹ Aan de ene kant spitst de rechter de norm (de inbreuk op het subjectieve recht, de strijd met de wettelijke plicht, of de maatschappelijke onzorgvuldigheid) toe, terwijl hij – aan de ander kant – de feiten abstraheert. Dat abstraheren houdt zoveel in als het selecteren van die feiten uit 'de onuitputtelijke voorraad omstandigheden waaronder het geschil zich heeft afgespeeld', die relevant zijn gezien het voorliggende.¹⁴² Zo komt het dat uiteindelijk een oordeel kan worden gegeven over

137 Van Boom 2003, p. 31.

138 Een plicht die door Keirse gemeend wordt reeds aan het huidige recht ten grondslag te liggen en door haar wel wordt genoemd de schadevoorkomingsplicht. Zie: Keirse 2010. En ook: § 3.2.4.

139 Giesen 2005. En ook: Pape 2011.

140 Artikel 6:162 lid 2 BW.

141 Nieuwenhuis 1976, p. 496.

142 Nieuwenhuis 1976, p. 496. Zie ook: Hartlief & Van Maanen 1995, p. 18-19. Zie ook: Larenz 1991, p. 278 e.v.

de schadeveroorzakende gebeurtenis, welk oordeel ziet op de onrechtmatigheid van het door de benadeler gedane of nagelatene. De verwevenheid van het abstraheren van de feiten en het concretiseren van de regel, komt tot uitdrukking in de door Nieuwenhuis geschetste praktijk van het niet apart behandelen van feit en recht in de rechtspraak, wat overigens volgens Nieuwenhuis ook een onwerkelijke situatie zou zijn, gezien de relevantie van de beide zaken ten opzichte van elkaar.¹⁴³ Bij het concretiseren van de regel moet worden bedacht dat de rechter daarbij noodzakelijk rechtsvindende activiteit verricht.¹⁴⁴

Nieuwenhuis' uiteenzetting laat zich voor het aansprakelijkheidsrecht illustreren aan de hand van de zaak over een Delfts politicus die meende dat jegens hem onrechtmatig was gehandeld vanwege uitlatingen over zijn handelen door een andere politicus.¹⁴⁵ De rechtbank bevestigde de stelling van de Delfts politicus en veroordeelde politicus [S] tot vergoeding van door de eerstgenoemde geleden schade als gevolg van de uitlatingen. In de rechtsoverwegingen 9-12 heeft het hof in hoger beroep een belangrijk deel van zijn argumentatie weergegeven, waar de Hoge Raad zich later bij heeft aangesloten.¹⁴⁶ Het hof stelde voorop, en concretiseerde zo de regel, dat 'de vraag of een publicatie (of andere uitlating in de media) onrechtmatig is, (...) in het spanningsveld [ligt] tussen het recht op vrijheid van meningsuiting enerzijds en het recht op bescherming van de eer en goede naam en de persoonlijke levenssfeer anderzijds.'¹⁴⁷

Er staan dan in beginsel 'twee, ieder voor zich hoogwaardige maatschappelijke belangen' tegenover elkaar.¹⁴⁸ 'Aan de ene kant', gaat het hof verder, 'het belang dat individuele burgers niet door publicaties worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen. Aan de andere kant het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan.'¹⁴⁹ Het hof abstraheert daarop de feiten met de overweging: 'Het onderhavige geval kenmerkt zich door het feit dat het gaat om publicaties en andere uitlatingen van een lid van de oppositie (...) aangaande het optreden van een openbaar bestuurder (...)'.¹⁵⁰

En het hof concludeert: 'Een en ander brengt (...) mee dat de gewraakte uitlatingen van [verweerder 1] over [eiser] bij uitstek behoren tot het gebied van het politieke forum, waar in beginsel behoefte bestaat aan een ruime uitingenvrijheid, en waar de beoordelingsmarge voor beperking van die vrijheid van meningsuiting binnen het toepassingsbereik van artikel 6:162 BW dus (zeer) smal is.' Na alle publicaties apart te

143 Nieuwenhuis 1976, p. 497.

144 Asser-Scholten 1934, p. 15. En in dat verband: Wiarda 1999.

145 Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, LJN BL7588. Zie: HR 11 november 2011, AB 2012, 79, m.nt. S.A.J. Munneke.

146 Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, LJN BL7588. Zie: HR 11 november 2011, AB 2012, 79 m.nt. S.A.J. Munneke, overweging 3.4.1.

147 Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, LJN BL7588, r.o. 9.

148 Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, LJN BL7588, r.o. 9.

149 Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, LJN BL7588, r.o. 9.

150 HR 11 november 2011, AB 2012, 79 m.nt. S.A.J. Munneke, overweging 3.4.1.

hebben beoordeeld en voor alle te hebben besloten dat met de publicatie geen sprake was van onrechtmatig handelen, bekrachtigt het hof het beroep.

3.3.4.5. Toerekening, schade, causaal verband, relativiteit

Voor het ontstaan van een schadevergoedingsverplichting op grond van onrechtmatige daad, is het niet voldoende dat er sprake is geweest van een onrechtmatige daad door de benadeler. De onrechtmatige daad moet de dader kunnen worden toegerekend (vereiste van toerekenbaarheid), de onrechtmatige daad moet de door benadeelde geleden schade (vereiste van schade) hebben veroorzaakt (vereiste van causaal verband), en de met de onrechtmatige gedraging geschonden norm moet bovendien strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden (vereiste van relativiteit). Toerekenbaarheid, schade, causaal verband, en relativiteit zijn alle criteria die bijdragen aan de begrenzing van de rechtsregel waarop de vergoedingsverplichting vanwege onrechtmatige daad is gebaseerd, en zijn het resultaat van normatieve keuzes die in het verleden zijn gemaakt. Het is vooral het vereiste van schade dat aanleiding heeft gegeven tot uitdieping, vanwege zijn betekenis voor deze studie. Bij de andere vereisten wordt voor de volledigheid kort stilgestaan.

De daad moet de dader in de eerste plaats kunnen worden toegerekend.¹⁵¹ Deze toerekening van de daad aan de dader moet niet worden verward met de toerekening die dadelijk aan orde komt bij de bespreking van het vereiste van causaal verband. Volgens het vereiste van toerekening van de daad aan de dader, dient de onrechtmatige daad te wijten te zijn aan schuld van de benadeler, in de zin van verwijtbaarheid, of aan een oorzaak die volgens de wet of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.¹⁵² Schuld kan zowel in objectieve of subjectieve zin worden begrepen. Terwijl het onrechtmatigheids criterium dus, kort gezegd, ziet op de beoordeling van de gedraging, ziet de toerekenbaarheid op de beoordeling van het gedrag van de dader.¹⁵³

Causaal verband is ook een constitutief criterium voor het ontstaan van een schadevergoedingsverplichting vanwege onrechtmatige daad. Causaal verband in de context van artikel 6:162 BW is tweeledig.¹⁵⁴ Er moet in beginsel zowel sprake zijn van feitelijk causaal verband (is de gedraging een *condicio sine qua non* ten opzichte van de schade?), als van normatief causaal verband. Tegenwoordig betekent dat laatste dat de schade in zodanig verband moet staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de benadeler is gebaseerd, dat die aan de benadeler, gezien de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, kan worden toegerekend.¹⁵⁵ De

151 Artikel 6:162 lid 3 BW.

152 Artikel 6:162 lid 3 BW. C.H.M. Jansen 2009, p. 40.

153 C.H.M. Jansen 2009, p. 40.

154 Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 50 e.v., p. 39 e.v.

155 Het vereiste van normatief causaal verband komt tot uitdrukking in artikel 6:98 BW. Vóór de leer van de redelijke toerekening in de praktijk werd gebracht, gold de zogenaamde adequatieleer die inhield

toerekening komt strikt genomen pas aan de orde bij de vaststelling van de omvang van de schade.

In de regel geldt de *condicio sine qua non*-toets als een begin bij de vaststelling van causaal verband.¹⁵⁶ In ieder geval moet worden vastgesteld dat de schade bij het wegdenken van de onrechtmatige daad niet zou zijn ingetreden.¹⁵⁷ En als daarvan sprake is, moet nog eens worden bezien of aan de vereiste toerekening is voldaan.¹⁵⁸ Het al of niet toerekenen van de schade aan de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de benadeler rust, gebeurt aan de hand van verschillende factoren, waaronder de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade.¹⁵⁹ Wat betreft de aard van de schade, wordt bijvoorbeeld bij letselschade aangenomen dat de drempel voor de toerekening minder hoog is.¹⁶⁰ Of anders gezegd: dat ruime toerekening rechtvaardig is.

Het criterium van de relativiteit zegt verder dat de met de gedraging of het nalaten geschonden norm moet strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.¹⁶¹ Het relativiteitsvereiste is drieledig en houdt in dat de geschonden norm in de eerste plaats strekt tot bescherming van de benadeelde, in de tweede plaats strekt tot bescherming van de door de benadeelde geleden schade, en ten derde strekt tot bescherming tegen de wijze waarop de schade is ontstaan.¹⁶² Het doel en de strekking van de geschonden norm kunnen worden vastgesteld aan de hand van de wetsgeschiedenis, maar ook door (mee)wegen van de ‘actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzicht, redelijkheid’.¹⁶³

In zijn annotatie bij *Duwbak Linda* heeft Hijma de relativiteitstoets gesteld dat het doel van een wettelijke regeling een historisch gegeven is, terwijl de strekking een ‘aanmerkelijk rijker begrip’ is, ‘dat verwijst naar de interpretatie van de norm’.¹⁶⁴ Bij die interpretatie kunnen velerlei factoren een rol spelen, waaronder de eerder genoemde actuele maatschappelijke context en de redelijkheid. De Hoge Raad lijkt zich bewust van die andere factoren die een rol kunnen spelen. In de *Hangmat*-zaak had

dat de veroorzaakte schade het ‘redelijkerwijs te verwachten gevolg moest zijn van de handeling van benadeler. Zie onder meer: HR 11 december 1931, NJ 1932, p. 157, m.nt. P. Scholten (*Aeilkema/Hooite Meursing e.a.*).

156 Parl. Gesch. Boek 6, p. 340.

157 HR 9 april 2004, NJ 2004, 308 m.nt. DA, r.o. 3.4.1 (*D./Achmea*). Een belangrijke uitzondering op deze regel is de zogenaamde omkeringsregel die inhoudt dat feitelijk causaal verband wordt aangenomen te bestaan ‘als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot.’ HR 29 november 2002, NJ 2004, 304, r.o. 3.5.3 (*TFS e.a./NS e.a.*).

158 Zie hierover de recente uiteenzetting door Dijkshoorn: Dijkshoorn 2011.

159 Zie over de multifactorbenadering: Dijkshoorn 2011.

160 Onder meer: Rb. Breda 3 januari 2011, JA 2011, 27, r.o. 3.12.

161 Lindenberg 2007; Lankhorst 1992; Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 129-145, p. 122-143.

162 HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465, m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.3.1. (*Hangmat*); Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 131, p. 125. Zie ook: Parl. Gesch. Boek 6, p. 629 e.v. (TM).

163 A-G Spier onder 4.14 in zijn conclusie voor: HR 10 november 2006, NJ 2008, 491, m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*). Daarmee in navolging van Hijma: Hijma in zijn annotatie onder HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

164 Hijma onder 4 in zijn annotatie onder HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

hij te beslissen of artikel 6:174 BW slechts strekt tot bescherming van derden, of óók tot bescherming van medebezitters van de opstal.¹⁶⁵ In zijn overwegingen 4.3.1-4.3.5, die hij wijdt aan de relativiteit van de risicoaansprakelijkheid van de bezitter van een gebrekkige opstal, komt de Hoge Raad eerst toe aan de bewoordingen van de tekst, zijn plaats in het wettelijk systeem en de geschiedenis van de totstandkoming van de bepaling. Het zijn de drie meer objectieve factoren die de Hoge Raad hier niet verder brengen. Althans, geen van de drie factoren geeft aanleiding tot een voorgestane beperking van de opstalaansprakelijkheid tot derden. Het hangt er in een dergelijk geval van af, aldus de Hoge Raad, 'wat naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest *redelijk* moet worden geacht als reikwijdte van art. 6:174 [cursivering, JE].'¹⁶⁶ Het brengt de Hoge Raad tot de (beargumenteerde) keuze dat de bescherming zich óók uitstrekt tot de medebezitter, aangezien die – onder meer – zijn schade niet snel elders vergoed zal kunnen krijgen.¹⁶⁷ Ofschoon op de uiteindelijke keuze vanzelfsprekend kan worden afgedongen, is het denk ik (hier niet alleen noodzakelijk, maar ook) wenselijk dat het beschermingsbereik van de norm niet zuiver wordt gebaseerd op de wetstekst en -geschiedenis, te meer als die ten tijde van het ongeval reeds lang bestaat.

De relativiteit, tot slot, kent de correctie-Langemeijer, welke correctie door Langemeijer als volgt werd beredeneerd:

'Wat de handelwijze in quaestie strijdig maakt met een geschreven norm is enkel dat zulk een norm is opgesteld en omschreven met kenmerken, waaraan die handelwijze beantwoordt. Nemen wij nu aan dat dit geschied is met een ander doel dan bescherming van het belang, welks krenking de vraag der onrechtmatigheid actueel maakt, dan volgt daaruit dat het gesteld zijn van die norm niet tevens beslissend kán zijn voor het toepasselijk zijn van een ongeschreven norm, die het belang wél beschermt.'¹⁶⁸

3.3.5. De vergoedingsverplichting

3.3.5.1. Schade

In § 3.3.4 zijn de constitutieve criteria voor een vergoedingsverplichting vanwege onrechtmatige daad uiteengezet. Als zo'n verplichting bestaat, wordt de omvang van die verplichting bepaald op grond van het schadevergoedingsrecht in titel 6:1.10 BW. In deze paragraaf staat het aanknopingspunt voor de vaststelling van de omvang van de vergoedingsverplichting centraal: de schade.

Schade is een constitutief criterium in artikel 6:162 BW, maar het is ook een belangrijk aanknopingspunt bij de vaststelling van de omvang van de vergoedingsver-

165 HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*).

166 HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465, m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.3.4 (*Hangmat*).

167 HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465, m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.3.5 (*Hangmat*).

168 P-G Langemeijer in zijn conclusie voor: HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (*Tandarts*). De Hoge Raad volgde de P-G in zijn arrest voor dezelfde zaak. Zie: Lankhorst 1992, p. 25-31.

plichting. Schade verbindt het aansprakelijkheidsrecht met het schadevergoedingsrecht. Die verbinding heeft het Hof 's-Hertogenbosch recent nog expliciet gemaakt door te overwegen dat voor groepsaansprakelijkheid noodzakelijk is 'dat door A. schade is geleden, die op grond van art. 6:95 BW voor vergoeding in aanmerking komt'.¹⁶⁹

Een benadeler die op grond van artikel 6:162 BW verplicht is om schade te vergoeden, is immers verplicht om de schade volledig te vergoeden. Dat impliceert dat de omvang van de schade wordt uitgedrukt in een geldsom. Het vaststellen van de omvang van de schade, en dus van de vergoedingsverplichting, is niet altijd even gemakkelijk. Aan het gemak staat het ontbreken van duidelijkheid over het schadebegrip in de weg: is de enkele inbreuk op mijn recht op ongestoord genot van mijn privéleven schade? Zelf zal ik dat ongetwijfeld zo ervaren, maar het is de vraag of er sprake is van schade die op grond van titel 6.1.10 BW voor vergoeding in aanmerking komt. Weliswaar is onder schade, naar artikel 6:95 BW, vermogensschade en ander nadeel begrepen, maar daarmee is niet een bevredigend antwoord gegeven op de vraag waarin de schade nu juist schuilgaat.

Het begrip schade wordt verwarrend in tweeërlei betekenis (door elkaar gebruikt). Bloembergen brengt de beide betekenissen onder woorden en legt daarmee bloot waar de verwarring uit voortkomt:

'Het woord schade wordt taalkundig in twee betekenissen gebruikt, namelijk in die van *vermindering van het vermogen* (of iets anders) en in die van *beschadiging* in de zin van de beschadigde toestand van een stoffelijk voorwerp. Vaak zal een schade in de eerste zin zijn oorzaak vinden in een beschadiging, maar het behoeft geen betoog, dat er heel goed schade – in de eerste zin – kan zijn zonder beschadiging, bijv. schade door diefstal of oneerlijke concurrentie. Omgekeerd kan er ook beschadiging zijn zonder schade, bijv. bij beschadiging van een zaak zonder waarde [cursivering, JE].'¹⁷⁰

Het is de eerste betekenis, i.e. die van een vermindering van het vermogen (of iets anders), die in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als uitgangspunt geldt.¹⁷¹ Idealiter zou de beschadiging naar mijn mening overigens niet minder betekenis mogen toekomen, aangezien de beschadiging het aanknopingspunt is bij een herstelactie en herstel voor vergoeding zou moeten gaan. Herstel brengt de benadeelde immers meer terug in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd, had de schade veroorzakende gebeurtenis niet plaatsgehad.

3.3.5.2. Feitelijke en normatieve nadeel

Het Nederlandse schadebegrip daargelaten, zou ik met Weinrib menen dat er gewoonlijk twee typen nadeel kunnen worden onderscheiden, namelijk feitelijk nadeel

169 Hof 's-Hertogenbosch 28 september 2010, LJN BX6555, r.o. 4.10.

170 Bloembergen 1965, p. 20.

171 Bloembergen 1965, p. 20-21.

(vaak in de zin van een beschadiging of schade) en normatief nadeel (het gegeven dat een inbreuk is gemaakt op de rechtssfeer van de benadeelde). Dit onderscheid kan een verklaring zijn voor het onbevredigende gevoel dat opkomt als een persoon moet worden verteld dat hij geen recht heeft op schadevergoeding vanwege het in zijn tuin spelen door buurkinderen als daarbij door de kinderen geen feitelijke schade is veroorzaakt. Het onbevredigende gevoel bij het ontbreken van een vergoedingsverplichting of andere sanctie, kan worden verklaard door de vaststelling dat de persoon, ondanks het niet bestaan van feitelijke schade, wel degelijk normatief nadeel ervaart. Dat normatieve nadeel bestaat eruit dat de buurman door zijn buurkinderen in zijn recht op eigendom is aangetast doordat die laatsten de tuin hebben gebruikt, terwijl de buurman als eigenaar in beginsel exclusief gebruiksrecht toekomt over de tuin. Omdat ons schadevergoedingsrecht is ingericht op de situaties waarin wel sprake is van feitelijk nadeel en het daarmee voorziet in een oplossing voor die gevallen waarin zowel sprake is van normatief als feitelijk nadeel, reageert het afwijzend op een verzoek om vergoeding vanwege het lijden van normatief nadeel.

Normatief nadeel laat zich naar zijn aard moeilijk naar omvang meten. Het is daarom lastig in een rechtvaardige geldelijke vergoeding voor dat nadeel te voorzien. Kennelijk is ons geschokte rechtsgevoel in de regel hersteld met de feitelijke verplaatsing van het nadeel, maar als dat feitelijke nadeel niet bestaat, staan we met lege handen. Dat wil zeggen: we komen niet verder met de regeling van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als schade wordt begrepen als daarvoor op enigerlei wijze feitelijk nadeel een noodzakelijke voorwaarde is.

Een geldelijke vergoeding kan een oplossing zijn om normatief nadeel te compenseren, ook als er geen feitelijk nadeel kan worden vastgesteld. Een parallel dringt zich op met immateriële schade, waarbij niet per se een vergoeding wordt toegekend vanwege de normschending, maar meer in brede zin vanwege immateriële schade, die ook tot uiting kan komen in een psychisch erkend ziektebeeld.

Een geldelijke vergoeding is vaak de beste (of: enige) manier om tegemoet te komen aan het nadeel van de benadeelde en de onevenwichtigheid tussen benadeelde en benadeler te herstellen. Of in de woorden van Ribbius (die juist heeft vastgesteld dat in geval van stoffelijke schade wordt getracht zo veel mogelijk met de vergoeding het geleden nadeel weg te nemen door het verschaffen van een voordeel): ‘Wat belet ons ditzelfde in praktijk te brengen, waar we met onstoffelijke schade te doen hebben? Waarom ook niet hier te trachten een aangename gewaarwording te veroorzaken, welke de herinnering aan de smartelijke gewaarwording op den achtergrond dringt. Is hiermee het doel van de schadevergoeding niet bereikt, evenzeer als waar geld wordt gegeven tot vergoeding van een vernield schilderij.’¹⁷²

Ten minste twee argumenten pleiten tegen de vergoeding van normatief nadeel. Een eerste, maar weliswaar achterhaald, argument is dat ‘niet op geld waardeerbare belangen niet vallen binnen het gebied van het burgerlijk recht.’¹⁷³ Een ander argu-

¹⁷² Ribbius 1906, p. 81.

¹⁷³ Ribbius 1906, p. 71. De opvatting was in 1906 (volgens Ribbius) reeds achterhaald. Hij schreef: ‘In den tegenwoordigen tijd is het buiten betwisting, dat het burgerlijk recht ook onstoffelijke belangen onder zijne bescherming heeft. De positieve wetgevingen zijn daarvan de tastbare bewijzen en ik verwijs

ment is de feitelijke onmogelijkheid van vergoeding voor normatief nadeel. Maar ook dat argument is achterhaald, aangezien de smartengeldpraktijk aantoonde dat er een mouw is te passen aan de onmogelijkheid om het onstoffelijk nadeel werkelijk op geld te waarderen.

Als er wordt aangenomen dat onstoffelijk nadeel inderdaad (breder dan tegenwoordig) voor vergoeding in aanmerking komt, loont het, meen ik met Ribbius, om te zoeken naar vereisten of referentiepunten voor de vergoeding van normatief nadeel waarmee geen feitelijk nadeel gepaard gaat. Juist bij de toekenning een vergoeding voor dat nadeel – nadeel dat naar zijn aard in redelijkheid niet objectief op een geldsom is terug te voeren – moet immers worden voorkomen dat die nu eens wel en dan weer niet wordt vergoed. Volgens Ribbius zijn de vereisten van de graad van aanmerkelijkheid van de schade, de mate waarin een individu is geraakt ingeval een groep getroffen is door de onrechtmatige gedraging, en de graad tot welke een familielid behoort van een persoon die door een onrechtmatige gedraging is getroffen.¹⁷⁴ Verheij heeft – meer recent – gesteld dat smartengeld niet alleen als compensatie voor geleden leed moet worden ingezet, maar ook voor de handhaving van rechten. Of er recht bestaat op smartengeld waarmee rechtshandhaving wordt beoogd, moet volgens Verheij aan de hand van verschillende gezichtspunten worden bepaald, namelijk: de aard van het geschonden recht, de aantasting van de zelfbeschikking, de kwetsbaarheid van het geschonden recht, het bestaan van andere handhavingsmiddelen, voordeel dat de inbreukmaker heeft bij de rechtsinbreuk, de kans op schade en de ernst ervan, en ongerechtvaardigde verrijking.¹⁷⁵ Verheij heeft de omvang van smartengeld vanwege een aantasting in de persoon losgekoppeld van de compensatiegedachte en daaraan (ook) een rechtshandhavende functie toegekend. Die maakt dat de rechter zich niet meer kan oriënteren ‘op de ernst en de omvang van het leed.’¹⁷⁶ Verheij stelt: ‘De rechtshandhavingsfunctie in de hier bedoelde zin betekent dat het privaatrecht voldoende middelen moet aanreiken om te reageren op schending van een bepaald recht.’¹⁷⁷ Leidraad bij de omvang van de vergoeding is dat er met de vergoeding voldoende wordt gereageerd op de schending van een bepaald recht.¹⁷⁸

3.3.5.3. *Interplant/Oldenburger: inbreuk op het kwekersrecht voor vergoeding in aanmerking komende schade?*

In het licht van het onderscheid tussen feitelijk en normatief nadeel dat in de vorige paragraaf aan de orde is geweest, verdient de zaak-*Interplant/Oldenburger* hier kort

naar het opstel van Mr. H. Drucker in het Rechtsgeleerd Magazijn 1889, p. 1 vlg., waar de schrijver de hand op verschillende plaatsen in de wetgeving legt, waarin bescherming van onstoffelijke belangen wordt aangetroffen.’ Ribbius 1906, p. 73. Tegenwoordig spreekt artikel 6:95 BW van ‘ander nadeel, op vergoeding waarvan de benadeelde recht heeft voor zover de wet dat bepaalt.

174 Ribbius 1906, p. 116-136.

175 Verheij 2002, p. 487-500.

176 Verheij 2002, p. 530.

177 Verheij 2002, p. 531.

178 Verheij 2002, p. 531.

bespreking.¹⁷⁹ In deze zaak is namelijk de vraag aan de orde geweest of een recht op schadevergoeding bestaat vanwege de enkele inbreuk op een recht, dat wil zeggen zonder dat daarbij concrete (materiële of immateriële) schade is geleden, een recht op schadevergoeding kan geven.¹⁸⁰

Interplant, ‘one of the most exciting rose breeders in the world’ en ‘a major innovator within the rose breeding industry’,¹⁸¹ is houder van de kwekersrechten van de rozen Rosa Evelien en Rosa Porcelina. Oldenburger heeft die rechten met voeten getreden toen hij zonder toestemming van Interplant van de eerste soort 8000 rozen heeft gekweekt en van de tweede 12000. Ofschoon de rozen nooit in de verkoop zijn geraakt, maar zijn vernietigd, meende Interplant recht te hebben op schadevergoeding vanwege onrechtmatige daad, omdat reeds het kweken van de rozen een inbreuk op zijn kwekersrechten zou betekenen en die inbreuk, naar hij meende, niet was weggenomen met het vernietigen van de rozen.

Het Hof Leeuwarden heeft, nadat de Rechtbank Groningen daartoe eerder had besloten, de schadevergoedingsvordering afgewezen, omdat de (jegens Interplant) onrechtmatig gekweekte rozen waren vernietigd en zodoende Interplant niet in een nadeliger positie zou zijn gekomen. Interplant voerde in cassatie aan:

‘Onbegrijpelijk is het oordeel dat Interplant niet in een nadeliger positie is komen te verkeren dan in het geval Oldenburger zich aanstonds zou hebben onthouden van het maken van inbreuk op dat kwekersrecht, nu immers het inbreuk maken op het kwekersrecht (...) reeds een zodanige aantasting van het aan Interplant toekomende vermogensrecht, inhoudende het kwekersrecht, inhoudt dat niet valt in te zien dat van een “nadeliger positie” geen sprake is.’¹⁸²

Interplant stelde dus dat een recht op vergoeding zou bestaan van nadeel dat school in het verrichten van de vermeerderingshandelingen. Die handeling was immers voorbehouden aan degenen die daartoe een zeker bedrag aan Interplant betaalden.

A-G Huydecoper ving zijn bespreking van het cassatiemiddel aan met een legende over Sint-Yvo, die hem kennelijk had geïnspireerd tot zijn advies om het cassatiemiddel niet te laten slagen. De legende verhaalde over ‘de rijke’ die meende recht te hebben op (schade)vergoeding vanwege het opsnuiven van de heerlijke geuren uit zijn keuken door armen. Sint-Yvo, die als rechter in de zaak optrad, besloot dat ‘de rijke’ inderdaad recht had op genoegdoening welke hem werd gegeven door het rinkelen van munten door Sint-Yvo zelf. De feiten die de legende maakten waren wezenlijk anders, aldus Huydecoper, dan die ten grondslag lagen aan *Interplant/Oldenburger*, maar dat nam niet weg dat óók Oldenburger ‘slechts heeft mogen ruiken aan de genietingen van het aan Interplant toebehorende kwekersrecht, zonder die genietingen ook materieel deelachtig te worden.’¹⁸³ En daarin school volgens

179 HR 18 januari 2002, NJ 2002, 168 (*Interplant/Oldenburger*).

180 HR 18 januari 2002, NJ 2002, 168 (*Interplant/Oldenburger*).

181 <www.interplantroses.nl>.

182 HR 18 januari 2002, NJ 2002, 168 (*Interplant/Oldenburger*).

183 A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 18 januari 2002, NJ 2002, 168 (*Interplant/Oldenburger*).

Huydecoper meteen de omstandigheid die maakte dat het cassatiemiddel niet kon slagen. De argumenten van dat cassatiemiddel, immers, ‘gaan er echter telkens aan voorbij dat Oldenburger weliswaar aan Interplant voorbehouden vermeerderings-handelingen heeft verricht, maar dat hij niet heeft gekregen (en dus ook niet ten laste van Interplant heeft genoten) datgene, waar het bij de verlening van een licentie – en in het verlengde daarvan ook bij de bepaling van een schadevergoeding aan de hand van wat wel een “national royalty” wordt genoemd – nu juist om gaat: de uitkomsten van de voorbehouden handelingen, waarmee men (als hypothetisch licentienemer) zijn voordeel heeft kunnen doen.’¹⁸⁴

De Hoge Raad is A-G Huydecoper in zijn afwijzing gevolgd en overwoog daartoe onder meer:

‘Met zijn overweging dat door de vernietiging van de rozen Interplant niet in een nadeliger positie is komen te verkeren dan ingeval Oldenburger zich van de inbreuk op het kwekersrecht zou hebben onthouden, heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat door de vernietiging van de rozen voor Interplant eenzelfde situatie is ontstaan als wanneer de inbreukmakende handeling niet zou hebben plaatsgevonden, zodat Interplant door de inbreuk op haar kwekersrecht geen concrete schade heeft geleden. Deze overweging geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Het hierop gegronde oordeel dat Interplant terzake geen schadevergoeding toekomt is juist. Voor zover het middel nog aanvoert dat ook het oculeren een inbreuk op het kwekersrecht is en dat Interplant reeds daarvoor de gebruikelijke licentievergoeding zou hebben verkregen, ziet het eraan voorbij dat naar het kennelijke en niet onbegrijpelijke oordeel van het Hof een licentie mede de bevoegdheid zou hebben omvat de in licentie vervaardigde producten in het verkeer te brengen, en dat dit laatste in het onderhavige geval door de vernietiging van de rozen niet is geschied.’¹⁸⁵

De Hoge Raad lijkt dus te zeggen dat, indien met de handeling die de inbreuk op een recht is, is beoogd financieel gewin te behalen, het verzuim om de gebruikelijke vergoeding te betalen voor het mogen uitoefenen van het recht niet als nadeel voor vergoeding in aanmerking komt als reeds is voorkomen dat financieel gewin wordt behaald met de handeling. De enkele inbreuk op het recht is voor de benadeler zonder waarde als niet ook de daarop volgende handeling van het verkopen van de rozen zou geschieden. Dat is denk ik niet waar, als wordt bedacht dat dan dus ook de inbreuk voor de benadeelde geen gevolgen heeft gehad. Die inbreuk heeft Interplant ten minste moreel nadeel gebracht. Met het enkele kweken heeft Oldenburger immers inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht. Ik kan het met de Hoge Raad eens zijn dat de licentievergoeding geen juist aanknopingspunt is voor de schade, omdat deze feitelijke schade niet via communicerende vaten feitelijk voordeel bij de benadeler heeft veroorzaakt. Dat doet er niet aan af dat het morele nadeel vergoeding verdient. Het kan denk ik worden verdedigd dat dit morele nadeel reeds voldoende is wegge-

184 A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 18 januari 2002, NJ 2002, 168 (*Interplant/Oldenburger*).

185 HR 18 januari 2002, NJ 2002, 168, r.o. 3.3 (*Interplant/Oldenburger*).

nomen met de vernietiging van de gekweekte rozen, die een financiële achteruitgang voor de benadeler betekent. Het komt er dan denk ik op aan het morele nadeel van de benadeelde te erkennen en te zoeken naar de meest passende sanctie. In hoofdstuk 8 kom ik op de thematiek van het stoffelijke en onstoffelijke nadeel terug.

3.3.5.4. Immateriële schade

‘Het ware zo veel beter indien in het verkeer tussen de mensen toegebracht leed kon worden goedge maakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in veel, zo niet de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substituut van de materiële schadeloosstelling.’¹⁸⁶

~ Minister Van Agt

Een benadeelde die recht heeft op schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, heeft recht op vergoeding van geleden vermogensschade en ander nadeel, dat laatste enkel voor zover ‘de wet op vergoeding hiervan recht geeft.’ Die laatste zinsede is in het schadevergoedingsrecht zo uitgewerkt dat een benadeelde – onder meer – recht heeft op vergoeding als dat andere nadeel door de benadeler met oogmerk is toegebracht, als de benadeelde lichamenlijk letsel is toegebracht, als hij in zijn eer of goede naam is aangetast, of ingeval er sprake is van een zogenaamde persoonsaantasting op andere wijze.¹⁸⁷

De moeilijkheid van de vergoeding van immateriële schade, het was al kort aan de orde, gaat schuil in de onmogelijkheid om aan te knopen bij op geld waardeerbaar geleden nadeel.¹⁸⁸ De bijzondere aard van de schade maakt het nog moeilijker een vergoeding vast te stellen. Men realiseerde zich dat ook bij de voorbereiding van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, getuige de parlementaire geschiedenis: ‘Geld en zieleleed zijn te ongelijke grootheden dan dat zij tegen elkaar dienen opgewogen te worden.’¹⁸⁹ Een vergoeding voor geleden immaterieel nadeel is daarom noodzakelijk een gestandaardiseerd, maar soms ook door de rechter ‘geschat’ bedrag.

De immateriële schade in de zin van de persoonsaantasting op andere wijze is recent een aanknopingspunt voor schadevergoeding vanwege rechtsinbreuken (i.e. inbreuken op fundamentele rechten) gebleken¹⁹⁰ en is daarom een belangrijk type schade gezien dit onderzoek. Een persoonsaantasting op andere wijze kan volgens Lindenbergh een schending van een persoonlijkheidsrecht of een schending van een fundamenteel recht zijn.¹⁹¹ Het valt moeilijk in te zien waarin het onderscheid tussen fundamentele rechten en persoonlijkheidsrechten meer in schuil gaat dan in de al of niet schriftelijke uitwerking daarvan in het EVRM of de Grondwet. Maar deze

186 Parl. Gesch. Boek 6, p. 385 (V.C.II).

187 Artikel 6:106 lid 1 BW.

188 Zie § 3.3.5.2.

189 Parl. Gesch. Boek 6 (MvA (2846)), p. 372.

190 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391, m.nt. JBMV (*Oosterpark*). Zie: Nguyen 2010; Lindenbergh 2011, p. 89 e.v.

191 Lindenbergh 1998, p. 150 e.v. In gelijke zin: Verheij 2002, p. 487.

uitleg snijdt denk ik niet werkelijk hout.¹⁹² Niet gecodificeerde rechten kunnen immers ook goed fundamentele rechten zijn. Lindenbergh benoemt nog ‘terminologie’ als verschilpunt, maar spreekt daar niet van fundamentele rechten, maar van grond- en mensenrechten. De grond- en mensenrechten zijn vaak toegeschreven op de verticale verhouding (overheid-burger) en kunnen zich, leert de jurisprudentie,¹⁹³ maar moeilijk aan die omschrijving onttrekken, terwijl de persoonlijkheidsrechten in het privaatrecht tot wasdom zijn gekomen en niet diezelfde publiekrechtelijke bagage meedragen.^{194,195} De persoonlijkheidsrechten worden hier aangenomen fundamentele rechten te zijn, omdat onder fundamentele rechten alle rechten zijn begrepen, al of niet gecodificeerd, die de bescherming van fundamentele belangen voorstaan.¹⁹⁶

Een belangrijke mijlpaal voor de bescherming van de persoonlijkheidsrechten is het arrest van de Hoge Raad in de zaak-*Valkenhorst*.¹⁹⁷ Stichting Valkenhorst verleende en verleent maatschappelijke hulp aan (toekomstig) moeders in nood. In de zaak-*Valkenhorst* vorderde De R., in eerste aanleg met nog vijf anderen, van Stichting Valkenhorst inzage in haar dossier om bekend te raken met haar afstamming. Valkenhorst weigerde De R. toegang tot haar dossier, omdat haar moeder, toen nog in leven, daarvoor geen toestemming gaf. De R. procedeerde tot de Hoge Raad, die vooropstelde: ‘Uitgangspunt voor de beoordeling van het middel is dat het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt.’¹⁹⁸ Het recht om te weten van welke ouders men afstamt, is zo bezien een persoonlijkheidsrecht, althans een recht waaraan het algemene persoonlijkheidsrecht ten grondslag ligt.

In de rechtspraak zijn na *Valkenhorst* verschillende rechten genoemd waarvan ook wordt aangenomen dat het algemeen persoonlijkheidsrecht daaraan ten grondslag ligt. Het gaat bijvoorbeeld om het recht op behoud van geestelijke integriteit,¹⁹⁹ het recht van de maker van een werk om zich te verzetten tegen aantasting van het werk,²⁰⁰ het recht om te weten of een bepaalde persoon zijn kind is,²⁰¹ het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en met name de woning,²⁰² het recht op lichamelijk integriteit,²⁰³ en het zelfbeschikkingsrecht om al dan niet over te gaan tot

192 In gelijke zin, maar over ‘grondrechten’: Nehmelman 2002, p. 94.

193 Zie § 2.2.2.2.

194 Nehmelman 2002, p. 99.

195 Lindenbergh 2004, p. 1671.

196 Nehmelman spreekt wel van ‘fundamentele rechten die in het privaatrecht werken’, zie: Nehmelman 2002, p. 100. En Lindenbergh van ‘een privaatrechtelijke “variant” van fundamentele (veelal mensen) rechten’, zie: Lindenbergh 2008, p. 37.

197 HR 24 april 1994, NJ 1994, 608, m.nt. WH-S (*Valkenhorst*). Zie: Nehmelman 2002.

198 HR 24 april 1994, NJ 1994, 608, m.nt. WH-S (*Valkenhorst*), r.o. 3.2.

199 Rb. Maastricht 3 mei 2006, NJF 2006, 326.

200 HR 6 februari 2004, RvdW 2004, 31, r.o. 4.1. Artikel 25 lid 1 sub d Aw.

201 Rb. Groningen 22 juli 2009, Prg. 2009, 143.

202 Rb. Groningen 22 januari 2003, NJ 2003, 169 (*Oosterpark*), r.o. 4.7. Zie ook: HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 m. nt. JBMV (*Oosterpark*).

203 Rb. Dordrecht 15 augustus 2007, LJN BB3957, r.o. 6.2.

abortus.²⁰⁴ In *Baby Kelly* was – onder veel meer – kort gezegd de vraag aan de orde of de moeder van een gehandicapt kind recht heeft op vergoeding van immateriële schade vanwege een inbreuk op haar zelfbeschikkingsrecht die zijn oorzaak heeft in het onterechte nalaten door de verloskundige van het uitvoeren van prenataal onderzoek. De Hoge Raad heeft die vraag bevestigend beantwoord, en overwoog onder meer dat vergoeding was gerechtvaardigd, omdat sprake was van een ‘zo ingrijpende aantasting’ van een ‘zo fundamenteel recht’.²⁰⁵ In deze context is Verheij’s onderscheid in functies van smartengeld interessant. Verheij stelt dat smartengeld niet alleen als compensatie dienst kan doen, maar ook een rechtshandhavende functie kan hebben. In de laatste zin is smartengeld losgekoppeld van het ondervonden leed en is voor de omvang bepalend of het voldoende is als reactie op de schending.

Er wordt in de rechtspraak sinds *Valkenhorst* behalve over persoonlijkheidsrechten ook wel gesproken over ‘het (algemeen) persoonlijkheidsrecht’, waarmee kennelijk wordt bedoeld een recht op bescherming van de persoonlijkheid als zodanig, van een niet verder te definiëren aspect van de persoonlijkheid, van de persoonlijkheid in enge zin.²⁰⁶

De aantasting in de persoon op andere wijze dan in artikel 6:106 lid 1 sub b BW biedt dus een aanknopingspunt voor de vergoeding van immateriële schade ingeval een fundamenteel recht, zij het een persoonlijkheidsrecht of een gecodificeerd mensen- of grondrecht, is geschonden. De Hoge Raad heeft ten minste twee keer expliciet een vergoeding voor een dergelijke persoonsaantasting op zijn plaats gevonden, namelijk in de eerder genoemde zaak-*Baby Kelly* en in de zaak naar aanleiding van de rellen in Groningen. Lindenbergh heeft gesignaleerd dat kenmerkend voor deze zaken is dat het gaat om schending van fundamentele rechten die bescherming bieden aan kernbelangen van de menselijke persoonlijkheid.²⁰⁷ Smartengeld heeft hier duidelijk, meen ik met Lindenbergh, een rol gespeeld bij de erkenning van de kernbelangen die in de betreffende zaken waren geschonden.²⁰⁸ Eisers zouden immers bij afwijzing van de vergoeding vanwege de persoonsaantasting niet met lege handen blijven zitten: aan hen was ook een vergoeding voor geleden vermogensschade toegekend. Lindenbergh signaleerde ook dat de Hoge Raad zich heeft aangesloten bij de leer van *just satisfaction* zoals het EHRM die heeft ontwikkeld.²⁰⁹

Het is niet duidelijk wat exact de voorwaarden zijn voor de vergoeding van immateriële schade vanwege een persoonsaantasting die een schending van een of meer fundamentele rechten is. Factoren die in de beslissing ten aanzien van de vraag of recht op vergoeding bestaat, meespelen of zouden moeten meespelen, zijn volgens Lindenbergh wel de aard van het geschonden belang, de ernst van de schending,

204 Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, NJ 2003, 249 (*Baby Kelly*).

205 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.8. Zie Nguyen 2010.

206 Zie onder meer: Rb. Zutphen 28 oktober 2009, LJN BK4464. Zie hierover: Verheij 2002, p. 37-38;

Lindenbergh 2004, p. 1672-1673.

207 Lindenbergh 2008, p. 34.

208 Lindenbergh 2008, p. 35.

209 Zie over deze leer: § 4.4.3.

de wijze waarop het belang is geschonden, en de vraag of de schending op andere wijze kan worden gesanctioneerd.²¹⁰ Wat betreft de vaststelling van de omvang van de vergoeding stelt Lindenbergh een onderscheid voorop tussen ‘de “schade” die het gevolg is van de schending als zodanig’ en andere schade, waarvan de waarde ligt in de verschillende aard en functie die inherent zijn aan de twee typen schade.²¹¹ In het eerste geval zou sanctionering en erkenning vooropstaan, terwijl in het tweede geval de vergoeding meer dient ter herstel en compensatie.²¹²

Recent heeft de Hoge Raad overwogen dat voor de vergoedbaarheid van schade in de zin van artikel 6:106 lid 1 sub b BW als uitgangspunt geldt dat er in beginsel sprake moet zijn van geestelijk letsel, en dat een uitzondering kan worden aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer.²¹³

3.3.5.5. Volledige vergoeding als uitgangspunt

Volledige vergoeding is het uitgangspunt in het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als een benadeler aansprakelijk wordt gehouden voor de schade die hij een benadeelde heeft berokkend. Dat spreekt al uit de in § 3.2.5 vastgestelde grondslag voor een vergoedingsverplichting die als de basis dient voor het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, als ook uit de daaraan voorafgegane beschouwingen over de grondbeginselen. Ofschoon het schadevergoedingsrecht geen bepaling kent die expliciet zegt dat schade volledig moet worden vergoed, bepaalt artikel 6:162 BW met zoveel woorden dat de benadeler verplicht is de schade te vergoeden die de benadeelde als gevolg van zijn onrechtmatige gedraging lijdt. Niet meer, niet minder. De Hoge Raad meent bovendien dat de strekking van de wet erop neerkomt ‘dat aan de benadeelde het feitelijk nadeel dat voor hem uit een tot schadevergoeding verplichtende gebeurtenis voortvloeit, wordt vergoed.’²¹⁴

Het uitgangspunt van volledige vergoeding brengt in de eerste plaats met zich dat, om met Bloembergen te spreken, de schade ‘de enige maatstaf [is] bij de bepaling van de vergoeding.’²¹⁵ Verder vloeit hieruit voort dat de vergoedingsverplichting slechts in uitzonderlijke omstandigheden mag worden gematigd. En het eerdergenoemde grondbeginsel van de *vereffenende rechtvaardigheid* brengt in deze context ook mee dat de benadeler de schade aan de benadeelde zal moeten vergoeden, en dus niet de vergoeding kan spreiden, omdat de benadeelde anders minder ontvangt dan de volledige vergoeding.²¹⁶

210 Lindenbergh 2008, p. 35. Vgl. Nguyen 2009, p. 1815-1816.

211 Lindenbergh 2008, p. 36.

212 Lindenbergh 2008, p. 36.

213 HR 29 juni 2012, JA 2012, 147, m.nt. S.D. Lindenbergh.

214 HR 1 februari 2002, LJN AD6627, NJ 2002, 122 (*Van Straaten c.s./Brandts c.s.*). Zie ook: Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 13 en Lindenbergh 2008, p. 17 e.v.

215 Bloembergen 1965, p. 121.

216 Vgl. Bloembergen 1965, p. 121.

3.4. HANDHAVING

3.4.1. Handhaving van en door het privaatrecht

Het materiële recht draagt – in meest abstracte zin – bij aan de ordelijkheid in de samenleving. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bestaat tegenwoordig als deelgebied van het privaatrecht om onrechtvaardigheid weg te nemen als handelen of nalaten door A schade heeft doen ontstaan bij B, het is hiervoor uitgebreid aan de orde geweest. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voorziet dus in de handhaving van een bepaalde toestand.

Een belangrijke discussie die recent in Nederland aan de orde is gekomen, concentreert zich rond de vraag of, en zo ja hoe, het privaatrecht zou kunnen worden ingezet bij de handhaving van rechten en normen.²¹⁷ In het algemeen wordt wel aangenomen dat het privaatrecht handhavend werkt, maar het is een andere vraag of het ook zou moeten worden gemodelleerd met het doel om te handhaven.

Het verdient opmerking dat handhaving van en door het privaatrecht niet een zuiver Nederlandse kwestie is, maar ook een belangrijk issue in het Europese recht, juist ook via het (nationale) schadevergoedingsrecht.²¹⁸ Waar het HvJ EG in de zaak-*Simmenthal* nog meer in het algemeen oordeelde dat de rechter verplicht is zorg te dragen voor de onder het Europese recht toegekende rechten, zonder daarbij te worden gehinderd door nationale maatregelen,²¹⁹ heeft het Hof in *Courage/Crehan* meer in het bijzonder gevergd dat ‘bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap.’²²⁰ In het Europese recht is private handhaving verder bijvoorbeeld een agendapunt op het gebied van het mededingingsrecht.²²¹ Aangespoord door Europa wordt voorts hard gewerkt aan handhaving in het consumentenrecht.²²²

Wat verder zij van dit Europese aanjagen, handhaving *van* het privaatrecht (hoe worden privaatrechtelijke normen gehandhaafd?) kan theoretisch worden onderscheiden van handhaving *door* het privaatrecht (hoe dragen privaatrechtelijke sancties (of: acties) bij aan de handhaving van normen?). Handhaven door het privaatrecht gebeurt middels in dat rechtsgebied erkende *sancties*. Een sanctie ‘is het resultaat van een door de wetgever of (althans wat het vermogensrecht aangaat) in de rechtspraak genomen beslissing dat het legitiem is een norm of normencomplex onder nader aan te geven voorwaarden op een bepaalde wijze te handhaven.’²²³ Het gaat hierbij zowel om de (door het recht geregelde) reacties op overtreding van een verplichting als om maatregelen van preventie ingeval overtreding dreigt.²²⁴ Een voorbeeld van het eerste

217 Kortmann & Sieburgh 2009, p. 256.

218 Kortmann & Sieburgh 2009, p. 249-250. Zie ook: Van der Schee 2011, p. 127-168.

219 HvJ EG 9 maart 1978, nr. C-106/77, NJ 1978, 656 (*Administratie van de Staatsfinanciën/Simmenthal*).

220 HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99, NJ 2002, 43, r.o. 27 (*Courage/Crehan*). Zie ook: HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-295/04 e.a., NJ 2007, 34, m.nt. Mok (*Manfredi*), waar de overweging ook werd gedaan voor het geval waar, anders dan in *Courage/Crehan*, geen sprake was van een overeenkomst.

221 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 17-18.

222 Zie voor een mooi overzicht: Schaub 2009, p. 149-171.

223 Van Nispen 1978, p. 16.

224 Zie: Van Nispen 2003, p. 1.

is de schadevergoeding bij onrechtmatige daad, terwijl de verbodsactie op grond van een dreigende onrechtmatige daad de tweede groep illustreert.²²⁵

3.4.2. Handhaving als zelfstandige functie?

De handhavingsdiscussie in het privaatrecht spitst zich toe op de vraag of er bij het inrichten van het privaatrecht moet worden gestreefd naar het vervullen van de handhavingsfunctie, óók (of juist) als handhaving niet al vanzelf optimaal met het privaatrecht komt.²²⁶ Een argument tegen dit inzetten op handhaving van en door privaatrecht als zodanig, is dat het privaatrecht niet in staat is tot efficiënte handhaving, terwijl handhaving via het publiekrecht juist efficiënt (centraal) gebeurt.²²⁷ Er wordt ook wel aangevoerd dat het privaatrecht naar zijn aard, namelijk gezien de vele open normen die het behelst, een handhavingsfunctie niet gemakkelijk kan vervullen, aangezien dergelijke normen te weinig handhavend kunnen werken.²²⁸

De belangrijkste reden voor voorstanders om in te zetten op handhaving van en door privaatrecht is dat rechten een lege huls zijn als er geen sanctie voorhanden is bij een (ophanden zijnde) inbreuk op het recht. Rechtshandhaving als functie kan het gat opvullen in het burgerlijk recht, waar degene die is getroffen door een inbreuk op een recht, maar die nauwelijks of geen rechtens erkende schade heeft geleden, anders met lege handen achterblijft. Handhaving betekent meer algemeen dat aan het rechtssysteem inhoud wordt gegeven.²²⁹ Handhaving moet verder zowel voorkómen dat in een specifiek geval inbreuk op een/het recht wordt gemaakt, als er toe leiden dat de rechten in de toekomst worden gerespecteerd.

3.4.3. Grenzen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

Bestudering van de handhaving van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht leert dat het theoretische toepassingsgebied van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht niet kan worden vereenzelvigd met het praktische toepassingsgebied: in een kennelijk niet te verwaarlozen aantal gevallen waarin de regeling van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht theoretisch kan worden toegepast, gebeurt dat in de praktijk niet. Er zijn verschillende oorzaken aan te wijzen voor het feit dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht theoretisch omvangrijker uitwerkt dan praktisch.

Een aantal voorbeelden van oorzaken passeert hier kort de revue.²³⁰ Hiermee wordt slechts beoogd de theoretische gedachtevorming ten aanzien van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te relativieren. Er wordt daarom volstaan met het benoemen van door anderen gevonden oorzaken. Het eerste voorbeeld betreft de

225 Keirse 2009, p. 95-104.

226 Zie ook: Giesen 2009.

227 Kortmann & Sieburgh 2009, p. 281.

228 Kortmann & Sieburgh 2009, p. 279-280.

229 Engelhard 2009, p. 13-14.

230 Zie: Atiyah 1997, p. 99-105; Schwitters 2012, p. 1393.

claimbereidheid van de benadeelde. De benadeelde kan door veel omstandigheden worden tegengehouden om zijn vorderingsrecht te gelde te maken. Tot die omstandigheden horen bijvoorbeeld alternatieve vergoedingsmechanismen met aantrekkelijker instapvoorwaarden, de sociale omgeving waarin de benadeelde verkeert, diens financiële positie, en bewijsproblemen. In de tweede plaats is niet iedere benadeelde bekend met degene die hem heeft benadeeld. Onbekendheid met de benadeler plaats het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht buitenspel in situaties waar het theoretisch een rol heeft.

Hoe wenselijk ook, verschillende zaken staan er dus aan in de weg dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht optimaal functioneert. Een aantal van die zaken is hier kort genoemd met de bedoeling het beeld van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zoals dat in dit hoofdstuk is gevormd in de maatschappelijke realiteit te plaatsen en het vermogen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht enigszins te relativeren.

3.5. DE CONTEXT VAN HET BURGERLIJK WETBOEK

3.5.1. Andere remedies dan de schadevergoeding

Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht functioneert in de context van het burgerlijk wetboek. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is hier gepresenteerd als één regeling die voorziet in de uitwerking van een schadevergoedingsverplichting op grond van een onrechtmatige daad. Het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht functioneren echter beide ook los van elkaar. Het aansprakelijkheidsrecht kan worden gekoppeld aan andere remedies dan schadevergoeding. Twee van die remedies komen hier kort aan orde. Het zijn de rectificatie en excuses. De rectificatie is een figuur die voorziet in een op een bepaalde situatie toegespitste remedie die meer recht doet aan de geschonden rechten van de benadeelde dan de schadevergoeding. Excuses als remedie hebben vroeger deulitgemaakt van het burgerlijk wetboek, maar doen dat tegenwoordig niet meer. De remedie verdient bespreking vanwege de hernieuwde belangstelling ervoor in de rechtsgeleerde literatuur en de overeenkomst met de rectificatie, namelijk dat het een remedie is die meer passend kan zijn dan schadevergoeding.

3.5.2. Rectificatie

De rectificatie is als remedie opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. Artikel 6:167 BW is de bijzondere (ten opzichte van de onrechtmatige daad) grondslag voor de rectificatie en zegt dat de rechter iemand die 'jegens een ander aansprakelijk is ter zake van een onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard' kan veroordelen tot rectificatie daarvan.²³¹ Lid 2 bepaalt, en dat is in de context van de in dit hoofdstuk voorgesteld figuur interessant, dat de rechter een per-

231 Artikel 6:167 BW. Zie ook: Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 322 e.v., p. 282-284.

soon ook tot rectificatie kan veroordelen als aansprakelijkheid ontbreekt, omdat de daad niet als onrechtmatige daad kan worden toegerekend vanwege onbekendheid bij de dader met de onjuistheid of onvolledigheid van het door hem gepubliceerde. In de memorie van toelichting bij de voorloper van artikel 6:196 BW, dat een uitwerking van artikel 6:167 BW is, heeft de wetgever overwogen dat de rectificatie een wenselijke remedie is, omdat vorderingen tot rectificatie veelal effectiever zullen zijn dan vorderingen tot schadevergoeding, aangezien schade vaak moeilijk te bewijzen is.²³² Rectificatie is bovendien wenselijk, omdat het sneller een eind maakt aan (hier) de misleidende reclame.²³³ Deze argumenten gaan denk ik ook op voor de algemene remedie in artikel 6:167 BW en gelden meer in het algemeen voor rechtshandhaving.

Bij rechtshandhaving staat de bescherming van het belang dat ligt besloten in het subjectieve recht voorop. Belangen laten zich maar zelden gemakkelijk op geld waarden. Het belang bij bescherming van de familie, het belang bij leven, lichamelijke integriteit, en ga zo verder, vragen in de eerste plaats dat de rechten worden hersteld. De rectificatie is een mooie vondst voor de bescherming van, onder andere, de eer en goede naam.

3.5.3. Excuses

Excuses zijn ook een remedie die verplicht tot actie. Net zoals de rectificatie doen excuses onder omstandigheden beter recht aan de belangen van de benadeelde. Deze remedie, het is al gezegd, maakt tegenwoordig geen deel meer uit van het Burgerlijk Wetboek, maar komt in de rechtsgeleerde literatuur nu en dan nog wel voorbij. Excuses komen, net als de rectificatie, meer direct tegemoet aan de bescherming van een belang van het slachtoffer. De zin van excuses is tweeledig, constateert de onderzoeksgroep van het IGER.²³⁴

‘Aan de werking van excuses zitten dus twee kanten. Ten eerste kunnen excuses een niet te onderschatten helende werking hebben voor het slachtoffer door afname van gevoelens van boosheid en verbittering en door herstel van zelfwaardering. (...) Ten tweede houden excuses de bevestiging in van gedeelde waarden, en brengen zij voor de normschender sociale druk mee om gedragingen van soortgelijke aard in de toekomst te voorkomen.’²³⁵

De remedie van excuses draagt dus net als de rectificatie bij aan feitelijk herstel van het door het slachtoffer ondervonden immateriële nadeel, en dat kan ook als de excuses zijn opgelegd:

‘Zoals we zagen houden de elementen waaruit excuses bestaan ook bepaalde gevoelsaspecten van de normschender in (spijt, berouw, schaamte). Vooral bij

232 Kamerstukken II 1975/76, 13 611, nrs. 1-4, p. 13 (MvT).

233 Kamerstukken II 1975/76, 13 611, nrs. 1-4, p. 13 (MvT).

234 Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht van VU en VUmc.

235 Hulst, Van Wees, Uijtenbroek & Akkermans 2008, p. 781.

persoonlijke verhoudingen zal dit gevoelselement door het slachtoffer veelal als onmisbaar worden beschouwd. Maar het speelt veel minder een rol bij excuses waarin bijvoorbeeld de bevestiging van gedeelde waarden voorop staat. Wel dient er in alle gevallen sprake te zijn van een erkenning van de normschending.²³⁶

Het lijkt moeilijk om excuses anno 2012 opnieuw afdwingbaar te maken. De onderzoeksgroep komt namelijk tot de conclusie dat weliswaar in veel gevallen een rechtsplicht tot het aanbieden van excuses bestaat, maar dat die moeilijk door de rechter kan worden afgedwongen. Het recht op vrijheid van meningsuiting zal roet in het eten gooien. Toch vraag ik mij af of dat ook per se geldt als de excuses dienen tot herstel van immaterieel nadeel ingeval dat nadeel het gevolg is van een fundamentele rechtsinbreuk. Ik denk dat voor die gevallen steeds opnieuw moet worden bezien welk van de beide fundamentele rechten, gezien de omstandigheden, het onderspit delft.

3.6. CONCLUSIES

Het systeem van het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht berust op de grondslag die zich laat lezen als: 'degene die een ander benadeelt en zodoende de rechtvaardigheid geweld aandoet, is gehouden het met zijn actie gekomen nadeel te herstellen.' Uit de grondslag is na verdere toespitsing en normatieve keuzes een meer concrete regel voortgekomen die we kennen als de regel in artikel 6:162 BW en de daarmee in samenhang te lezen titel 6.1.10 BW. De basis voor de grondslag wordt gevormd door de grondbeginselen *berokken een ander geen schade, leef betamelijk, respecteer ieders recht, ieder draagt zijn eigen schade* en door het beginsel van de *verefenende rechtvaardigheid*.

Een sleutelbegrip in het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is schade. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voorziet in een antwoord op de vraag 'wie draagt de schade?' Schade is een complex begrip. Om het begrip te doorgronden is in dit hoofdstuk stilgestaan bij het meer neutrale begrip nadeel. Nadeel kan worden begrepen als feitelijk en normatief nadeel. In veel gevallen waarin een schadevergoedingsverplichting ontstaat op grond van artikel 6:162 BW zal er sprake zijn van zowel feitelijk als normatief nadeel. Het normatieve nadeel wordt met het feitelijke weggenomen door voor het feitelijke nadeel een vergoeding te bieden. Het wordt problematisch als er geen feitelijk nadeel is, maar wel normatief nadeel. Er is dan immers geen direct aanknopingspunt voor de vaststelling van de schade. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als een persoon in een fundamenteel recht is aangetast, maar daarbij geen feitelijke schade heeft geleden.

Een manier om een dergelijke situatie te benaderen is, zoals Verheij heeft voorgesteld, door onderscheid te maken naar functies die het schadevergoedingsrecht kan vervullen. Het schadevergoedingsrecht dient volgens Verheij niet alleen ter compensatie, maar heeft ook een rechtshandhavende functie. Die functie koppelt de ver-

236 Hulst, Van Wees, Uijtenbroek & Akkermans 2008, p. 781.

goedingsverplichting op grond van de onrechtmatige daad los van de schade. Met de vergoeding is beoogd te doen wat noodzakelijk is voor de handhaving van rechten.

Het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht zijn in dit hoofdstuk in samenhang gezien, maar functioneren beide ook los van elkaar. Voor het aansprakelijkheidsrecht betekent dat dat het mogelijk is andere remedies te koppelen aan de vaststelling dat een onrechtmatige daad tot schade heeft geleid. Rectificatie en excuses zijn hier voorgesteld als remedies die aan de onrechtmatige daad worden gekoppeld en meer direct tegemoetkomen aan de specifieke schade waarvoor ze een oplossing bieden.

4

KARAKTERISTIEK VAN HET RECHT ONDER HET EVRM

*'Values are invisible like the wind. From the flutter of leaves you know there is wind.
And you realize values through the actions of people.'*¹

~ Éva Ancsel

4.1. INLEIDING

Ieder individu ziet zich door de staat onder wiens jurisdictie het zich begeeft beschermd in zijn meest beschermenswaardige belangen zoals die voortkomen uit de menselijke waardigheid en de fundamentele vrijheid. Het is deze grondslag die de basis is voor het recht onder het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (kort: EVRM). De verdragsluitende staten hebben zich met het overeenkomen van het EVRM verbonden de fundamentele rechten en vrijheden van eenieder die onder hun rechtsmacht ressorteert te verzekeren.² De staten zijn dus verplicht eenieder in zijn meest beschermenswaardige belangen te beschermen.

De grondslag is uitgewerkt in de rechtsregel in artikel 1 EVRM en de daaronder hangende rechtsregels, die een uitwerking zijn van de in artikel 1 EVRM genoemde verplichting. In dit hoofdstuk staat het recht centraal zoals zich dat heeft gevormd op basis van de grondslag en de daaruit voortgekomen rechtsregels. Aan de hand van de ook in hoofdstuk 3 gehanteerde sleutelthema's (namelijk de thema's van de *grondbeginselen*, de *grondslag*, de *rechtsregel*, de *criteria* en de *handhaving*) wordt in dit hoofdstuk een karakteristiek van het recht onder het EVRM geschetst. In het vorige hoofdstuk is al opgemerkt dat dezelfde sleutelthema's als leidraad zijn gekozen voor de beschrijvingen van de systemen van het (huidige) aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM, omdat alleen zo helder een vergelijking kan worden getrokken tussen de beide regelingen. Die vergelijking voorziet in een fundament voor de benadering die in de hoofdstukken 7 en 8 wordt gepresenteerd en die het is antwoord op de centrale onderzoeksvraag.

1 Gekend van: <eycb.coe.int/compass/en/chapter_4/4_1.html>.

2 Artikel 1 EVRM.

In dit hoofdstuk komen eerst de grondbeginselen van het recht onder het EVRM en de grondslag die zijn oorsprong heeft in die grondbeginselen (§ 4.2) aan de orde. In § 4.3 wordt de aard van de rechtsregel onder het EVRM besproken, alsook een drietal materiële EVRM-rechten, namelijk: het recht op leven (artikel 2 EVRM), het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM) en het recht op bescherming van eigendom (artikel 1 Eerste Protocol EVRM). In de laatste paragraaf staat de handhaving van het recht onder het EVRM centraal (§ 4.4).

4.2. GRONDBEGINSELEN EN GRONDSLAG VAN HET RECHT ONDER HET EVRM

4.2.1. Inleiding

Het recht onder het EVRM berust op de grondslag: ieder individu ziet zich door de staat beschermd in zijn meest beschermenswaardige belangen zoals die voortkomen uit de *menselijke waardigheid* en de *fundamentele vrijheid*. Die grondslag is in *Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk* expliciet door het EHRM onder woorden gebracht: *'Nonetheless, the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom.'*³ Van sommige fundamentele-rechtenverdragen, of -verklaringen die het EVRM zijn voorgegaan, wordt gezegd dat die steunen op een soortgelijke grondslag, ofschoon ook niet zelden wordt gemeend dat fundamentele rechten hun basis hebben in een grondslag met een strekking à la: 'individuen zien zich tegen de staat beschermd in hun meest beschermenswaardige belangen zoals die voortkomen uit de menselijke waardigheid en de fundamentele vrijheid.' Een klein nuanceverschil verlegt de aandacht van de bescherming van een individu's meest beschermenswaardige belangen tegen invloeden van buiten (een van die invloeden zijnde die door de overheid), naar de bescherming van een individu's meest beschermenswaardige belangen tegen de staat. In dat laatste geval is de op de grondslag gebouwde rechtsregel dus een enger beschermingsbereik gegeven.

De grondslag laat zich herleiden tot meer abstracte *grondbeginselen*, namelijk tot de grondbeginselen *eenieder verdient een menswaardig bestaan* (kort: menselijke waardigheid) en *eenieder leeft zijn leven in vrijheid* (kort: fundamentele vrijheid).⁴ Deze beginselen wijzen in de publiekrechtelijke verhouding duidelijk één kant op, zij dienen namelijk ter bescherming van het individu tegen de overheid die haar bevoegdheden uitoefent. In een privaatrechtelijke verhouding is dat anders en staan die beginselen vaak lijnrecht tegenover elkaar als beide partijen zich beroepen op de bescherming van een (of meer) van de daaruit voortgekomen rechtsregels.

3 EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, nr. 28957/95, RJ&D ECHR 2002-VI, § 90 (*Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk*). Maar ook in: EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, NJ 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema, § 65 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook een bijdrage van dan voorzitter van het EHRM Wildhaber: Wildhaber 2004, p. 88.

4 Interessant is in deze context de beschouwing van Meuwissen over grondrechten en vrijheid: Meuwissen 1984, p. 53-59.

Kennis van de historische achtergrond van het EVRM is noodzakelijk voor goed begrip van het recht onder het EVRM. Het EVRM is namelijk een verdrag *sui generis* en dankt zijn *sui generis*-karakter aan de omstandigheden waaronder het tot stand is gekomen.⁵ Deze omstandigheden komen in deze paragraaf eerst aan de orde, waarna de grondslag waarop het Europese fundamentele-rechtensysteem berust verder wordt toegelicht.⁶

4.2.2. De jaren veertig van de 20^e eeuw: hernieuwde belangstelling voor de fundamentele rechten

Het einde van de Tweede Wereldoorlog is het begin geweest van (hernieuwde) internationale samenwerking op het gebied van vrede en veiligheid. Het EVRM is een product van die samenwerking. De internationale samenwerking heeft gezicht gekregen met de oprichting van de Verenigde Naties op 26 juni 1945 in San Francisco, die het resultaat was van besprekingen tussen afgevaardigden van verschillende landen tijdens de derde Moskou-conferentie (de derde geallieerde conferentie in de Tweede Wereldoorlog) en daarop volgende vergaderingen.

Een belangrijke mijlpaal in het kader van de internationale samenwerking op het gebied van vrede en veiligheid kort na de Tweede Wereldoorlog, was het aannemen van de Universele Verklaring voor de Rechten Mens op 10 december 1948 door de Algemene Vergadering van de net opgerichte Verenigde Naties te Parijs. Deze verklaring was de aanleiding voor het tot stand brengen van verschillende andere documenten waarmee werd beoogd de bescherming van fundamentele rechten te verzekeren of stimuleren, waaronder het EVRM. Het EVRM werd ontworpen door de Raad van Europa die in 1949 werd opgericht om bij te dragen aan het handhaven van vrede en veiligheid in Europa.⁷

De Tweede Wereldoorlog heeft begrijpelijkerwijs geleid tot een mensenrechtenverdrag voor Europa dat méér is dan een verklaring, namelijk een verdrag dat wordt gehandhaafd door een supranationale rechter.⁸ Met het EVRM is voorzien in toezicht op de naleving van het verdrag door de lidstaten via een aantal daarvoor aangewezen organen, tegenwoordig het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (kort: EHRM), het Comité van Ministers van de Raad van Europa (kort: het Comité van Ministers), en de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa (kort: de Secretaris-Generaal).⁹ De Tweede Wereldoorlog had immers geleerd dat niet kon worden volstaan met regels op papier. Illustratief is een opmerking van Cingolani tijdens de eerste vergadering van de *Consultative Assembly*,¹⁰ een van de twee organen van de Raad van Europa:

5 In gelijke zin: Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 178.

6 Zie hierover meer uitgebreid: Bates 2010.

7 Zie: Statute of Council of Europe, London: 1949, <www.coe.int>. Zie over de historie van de Europese samenwerking sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog de website van het *Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe*: <www.cvce.eu>.

8 Zie over de handhaving vandaag de dag: § 4.4.

9 Zie: § 4.4.

10 De *Consultative Assembly* is sinds februari 1994 *Parliamentary Assembly*.

*'We should not forget also that in States where the fundamental rights of freedom were thought to be secured to man, those rights were first undermined and then brutally trampled down. Therefore, the rights of man in Western Europe must be not just an empty confession, but a real guardian for the individual human being against a decline which might very well set in without this protection, even though the external form of democracy is preserved.'*¹¹

En ook de opmerking van Norton tijdens deze eerste vergadering illustreert de wens en de gevoelde noodzakelijkheid om in effectieve bescherming te voorzien:

'It is not sufficient for us to say that we will covenant not to persecute people. That is not recognizing human rights and human dignity. We must do something more than that. We have to make human rights and human dignity realistic and tangible, a something which can be felt, something which can be enjoyed, something from which one can benefit.(...)

*In addition, this Council of Europe must create an international Court with the power and authority to compel, by moral pressure, the affiliated nations to respect the Convention to which they have subscribed.'*¹²

In zijn boodschap aan *all Europeans* maakte het *Congress of Europe*, georganiseerd door het toen nog niet formele *European Movement*, dat als platform in de ontwikkeling naar verdere Europese integratie diende en nog steeds dient, in 1948 duidelijk dat een handvest voor grondrechten essentieel was.¹³ De boodschap die aanving met het dringende statement *'Europe is threatened, Europe is divided, and the greatest danger comes from her divisions'*, werd besloten met een aantal verzoeken, waaronder het verzoek om een charter en een gerecht om toe te zien op de handhaving van het in het charter bepaalde: *'We desire a Charter of Human Rights guaranteeing liberty of thought, assembly and expression as well as the right to form a political opposition; We desire a Court of Justice with adequate sanctions for the implementation of this Charter.'*¹⁴ Op de achtste zitting tijdens de eerste vergadering van de *Consultative Assembly* van de *Council of Europe*, stond een algemeen debat op de agenda over maatregelen in het kader van de aan haar bij statuut opgedragen taak van de handhaving en de verdere ontplooiing van fundamentele rechten en vrijheden.¹⁵

De noodzakelijkheid van de (supranationale) handhaving van het EVRM, zoals die spreekt uit de gebeurtenissen tijdens de Tweede Wereldoorlog, en de beslissing om te voorzien in een bijzonder orgaan voor de handhaving, zijn wezenlijk gebleken – zo zal ook later blijken in dit hoofdstuk – voor de historische ontwikkeling en de huidige staat van het recht onder het EVRM.

11 *Travaux Préparatoires ECHR I*, p. 66. Zie ook in dezelfde bundel: Wistrand, p. 82-84. En vgl.: Maxwell-Fyfe, p. 114.

12 *Travaux Préparatoires ECHR I*, p. 130-132. En ook in dezelfde bundel: Jaquet, p. 138.

13 *Travaux Préparatoires ECHR I*, p. XXII.

14 Congress of Europe, *Message to Europeans*, The Hague: 1948, <www.cvce.eu/obj/message_europeans_hague_710_1948-en-b14649e7-c8b1-46a9-a9a1-cdad800bcc8>.

15 *Travaux Préparatoires ECHR I*, p. 36. Zie ook: Statuut van de Raad van Europa, Londen: 1949, <www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm>.

4.2.3. De grondslag en zijn tweeledige aard

Het recht onder het EVRM lijkt te zijn gebaseerd de tweeledige grondslag die al eerder is genoemd, namelijk: ieder individu ziet zich door de overheid beschermd in zijn meest beschermenswaardige belangen zoals die voortkomen uit de menselijke waardigheid en de fundamentele vrijheid. De grondslag markeert het vertrekpunt in de denkexercitie bij het EVRM. Hij heeft gefungeerd en fungeert nog steeds als basis bij de verdere vormgeving van het recht onder het EVRM. De tweeledige aard van de grondslag komt tot uitdrukking in de twee subgrondslagen 'de overheid onthoudt zich van inmenging in de meest fundamentele belangen van burgers' en 'de overheid draagt zorg voor de bescherming van dezelfde meest fundamentele belangen van burgers.'

De verplichting voor de overheid om zich te onthouden van het schenden van de meest beschermenswaardige belangen van burgers, is een klassieke verplichting die aan veel mensenrechtenverdragen en ook onze eigen Grondwet ten grondslag ligt. De daaraan complementaire verplichting om, behalve zich te onthouden van inmenging in de belangen van burgers, ook (actief) zorg te dragen voor de handhaving daarvan, heeft gestalte gekregen in wat in EVRM-jargon wel het idee van de positieve verplichtingen heet.¹⁶ Positieve verplichtingen zijn verplichtingen die niet een onthouding verlangen (dat zijn de negatieve verplichtingen), maar om actie vragen. Met het formuleren van positieve verplichtingen legt het EHRM de lidstaten dus bepaalde gedragingen op. Het idee van de positieve verplichtingen impliceert dat het beschermingsbereik van fundamentele rechten voorbij de publiekrechtelijke verhouding gaat, en dat de bescherming zich ook kan uitstrekken over de privaatrechtelijke verhouding. De staten zijn namelijk door het EHRM op verschillende manieren verplicht (aspecten van) de EVRM-rechten in de privaatrechtelijke context actief te verzekeren.

4.3. DE RECHTSREGEL

4.3.1. Van grondbeginselen, naar grondslag, tot rechtsregel

Op de in de vorige paragraaf genoemde grondbeginselen en grondslag is de rechtsregel van artikel 1 EVRM gebaseerd, net als de rechtsregels in de op artikel 1 EVRM volgende artikelen die alle een uitwerking zijn van ofwel de *menselijke waardigheid* ofwel de aan eenieder toekomende *fundamentele vrijheid*, ofwel tot beide grondbeginselen zijn te herleiden. Artikel 1 EVRM bepaalt: 'De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.'

Het EVRM behelsde in zijn oorspronkelijke tekst dertien bepalingen waarin fundamentele rechten waarin opgenomen. Aan deze bepalingen zijn later via pro-

16 Zie: Forder 1992, p. 611-637; Lawson 1995, p. 558-573; Lawson 1995-II, p. 727-750; Sudre 1995, p. 363-384; Starmer 1999, p. 193-209; Starmer 2002, p. 139-160; Vlemminx 2002; Vlemminx 2002-II; Mowbray 2004; Vande Lanotte & Haec 2005, p. 99-105; Akandji-Kombe 2007.

tocollen verschillende rechten toegevoegd. De fundamentele rechten zijn het resultaat van normatieve keuzes die door de verdragssluitende staten zijn gemaakt.¹⁷ Het geheel van rechten zoals dat nu bestaat is grotendeels het resultaat van onderhandelingen en overleggen in de jaren vijftig, kort na de Tweede Wereldoorlog toen er grote druk werd gevoeld tot een verdrag te komen.¹⁸ Het verdient opmerking dat de ervaren druk bij het opstellen van het EVRM er voor heeft gezorgd dat in eerste instantie alleen die rechten zijn opgenomen waarvan het vastleggen ervan in een bindend juridisch document oncontroversieel was en waarvan de waarborging, gezien het recente verleden, werd aangenomen noodzakelijk te zijn.¹⁹ Het waren bovendien de rechten die al vorm hadden gekregen in de rechtsordes van alle verdragssluitende staten: '(...) *for the moment, only those essential rights and fundamental liberties could be guaranteed which are, today, defined and accepted after long usage, by the democratic regimes.*'²⁰

In deze paragraaf staan het karakter van de rechtsregel onder het EVRM (algemeen) en een drietal specifieke materiële rechten centraal. Het recht op leven (artikel 2 EVRM), het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM), en het recht op bescherming van eigendom (artikel 1 Eerste Protocol EVRM) worden verder toegelicht, omdat deze rechten, gezien de belangen die ze beschermen, meest relevant voorkomen in een bespreking over de rol van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bij de handhaving van de fundamentele rechten.

De paragraaf vangt aan met een bespreking van de aard van de rechtsregel in het EVRM in algemene zin. De aard van de regel wordt hier omschreven aan de hand van zijn normadressaat en beschermeling, en zijn vaag- en onbepaaldheid. Bovendien wordt besproken de onderscheiding van de materiële rechten naar hun absolute, relatieve, *notstandsfeste* en niet-*notstandsfeste* aard. Tot slot komt de vraag aan de orde of de EVRM-rechten subjectieve rechten zijn.

4.3.2. De aard van de rechtsregel I: normadressaat en beschermeling

De aard van de rechtsregel is voor een belangrijk deel gekleurd door de bijzondere relatie die hij reguleert. De normadressaat en beschermeling zijn voorbepaalde posities. De normadressaat is de staat, de beschermeling het individu dat onder de staat ressorteert. Beide posities zijn in beginsel niet uitwisselbaar, dat wil zeggen dat de staat in beginsel geen beroep toekomt op een van de rechten als die meent dat sprake

17 Beitz 2009, p. 127.

18 Zie bijvoorbeeld: Lannung in *Travaux Préparatoires ECHR I*, p. 50: 'It is of decisive importance that further essential steps be taken as soon as possible'; Antonopoulos, p. 58: 'There is no time to be lost. (...) the current year is the critical year.'; Foster, p. 90: 'It has been said many times in this Assembly since it first met that times are urgent, and it is desired that we should get on with some concrete work.'

19 Zie § 4.2.2. Zie: Jacobs/White/Ovey 2010, p. 4.

20 Teitgen namens de *Committee on Legal and Administrative Affairs*, die belast was met de voorbereiding van een resolutie om de lidstaten van de Raad van Europa aan te bevelen tot een gemeenschappelijke garantie van essentiële fundamentele rechten en vrijheden te komen, in *Travaux Préparatoires ECHR I*, p. 192. Zie: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak (eds.) 2006, p. 5.

is van een ongerechtvaardigde inmenging daarin door een individu, een zeldzame uitzondering daargelaten.

Met deze constatering is de kous niet af. Tegenwoordig wordt aangenomen dat de rechten ook in de horizontale verhouding van betekenis zijn. Problematisch bij die gedachte is het feit dat de rechten, en dan vooral de beperkingsclausules, oorspronkelijk vooral lijken te zijn toegeschreven op de publiekrechtelijke rechtsverhouding. Er mag worden aangenomen dat inmenging door een individu in een recht van een ander niet aan dezelfde maatstaven dient te worden getoetst als inmenging door de staat, maar de rechten in het EVRM bieden wat dat betreft geen verdere aanknopingspunten voor de toetsing van gedragingen door private personen zoals de beperkingsclausules aanknopingspunten bieden voor de toetsing van gedrag door publieke organen. Voor de toetsing door het EHRM is die constatering van minder belang, omdat het EHRM zich namelijk niet mag uitspreken over geschillen tussen burgers onderling en het (dus) altijd alleen via de band van de overheid toekomt aan beslissingen die impact hebben op een privaatrechtelijke verhouding. Het EHRM mag alleen gedragingen of nalaten door de overheid beoordelen en heeft dus ook niet meer nodig dan normen die op die verhouding zijn toegespitst.

4.3.3. De aard van de rechtsregel II: vaag en (relatief) onbepaald

‘Het Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens is zo vaag en houdt binnen die vaagheid nog zoveel slagen om de arm, dat wij wel volslagen tot barbarij zullen moeten zijn vervallen, voor iemand er – alle directe werking ten spijt – met succes een beroep op kan doen en zijn we eenmaal barbaren geworden, dan trekken we ons zelfs van het Verdrag niets meer aan.’²¹

~ J.C.M. Leijten, 1975

De aard van de EVRM-rechten laat zich niet alleen beschrijven aan de hand van de normadressaat en de beschermeling, maar ook door de kenmerkende vaagheid van de omschrijving van de beschermde belangen en de vaagheid van de omschrijving van de reikwijdte van de bescherming van die belangen. Artikel 8 EVRM bepaalt bijvoorbeeld dat eenieder recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie, maar het laat na verder uit te werken wat is bedoeld met privéleven, of met ‘respect voor zijn privéleven’. Het is dus niet gemakkelijk te zeggen wanneer iemands recht op respect voor zijn privéleven is geschonden. Uitleg is noodzakelijk voor toepassing van artikel 8 EVRM.

De noodzakelijkheid van uitleg geldt niet alleen voor artikel 8 EVRM, maar geldt evenzeer voor de andere EVRM-rechten, zoals artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Artikel 1 lid 2 Eerste Protocol EVRM bepaalt bijvoorbeeld: ‘De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te regule-

21 Leijten 1975, p. 314.

ren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.' Als duidelijk is wat onder eigendom moet worden verstaan, wordt uit deze tekst op geen enkele manier duidelijk wanneer sprake is van de (vage) noodzaak om het gebruik van eigendom te reguleren.

Een zekere vaagheid van de omschrijving van de fundamentele rechten is onontkoombaar, gegeven het onderwerp van de rechtsregel.²² De oorzaak van de vage omschrijving van de beschermde belangen en de reikwijdte van de bescherming is immers gelegen in het beoogde brede toepassingsgebied van het EVRM. De Europese fundamentele rechten overstrekken de gehele rechtsorde. De regels kunnen daarom niet meer toegespitst op specifieke casus worden opgeschreven, of meer toegespitst op specifieke rechtsgebieden worden opgeschreven. Over de toepassing van de regels kan wel meer duidelijkheid komen via rechtspraak en dat is ook gebeurd. In § 4.3.7 komt de bij de vage omschrijving aansluitende uitlegstrategie door het EHRM aan de orde.

4.3.4. De aard van de rechtsregel III: absoluut, relatief, *notstandsfest*, niet-*notstandsfest*

Een specifiek EVRM-recht is absoluut of relatief van aard en *notstandsfest* of niet-*notstandsfest*.²³ Absolute rechten zijn rechten waarvoor geldt dat een inmenging nooit gerechtvaardigd is. Relatieve rechten zijn rechten waarvoor dat niet geldt. Van de relatieve rechten maakt daarom een passage deel uit, waarin de voorwaarden zijn opgenomen waaronder een inmenging is gerechtvaardigd. Artikel 2 lid 2 EVRM (recht op leven) bepaalt zo: 'De beroving van het leven wordt niet geacht in strijd met dit artikel te zijn geschied ingeval zij het gevolg is van het gebruik van geweld, dat absoluut noodzakelijk is: (a) ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld; (b) teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand die op rechtmatige wijze is gedetineerd, te voorkomen; (c) teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken.' Het recht op leven is dus een relatief recht, net als bijvoorbeeld het recht op privé-, familie- en gezinsleven. Het tweede lid bij artikel 8 EVRM bepaalt immers onder welke voorwaarden een inmenging kan worden toegestaan.

Notstandsfeste rechten zijn rechten die óók ingeval oorlog of een andere noodtoestand uitbreekt, niet kunnen worden opgeschort. Artikel 15 EVRM bepaalt wat de *notstandsfeste* rechten zijn, namelijk het recht op leven (overigens tenzij de dood het gevolg is van een rechtmatige oorlogsdaad), het verbod van foltering, het verbod van slavernij, en het verbod te worden gestraft zonder wet. Afgezien van de *notstandsfeste* rechten kunnen lidstaten bij het uitbreken van oorlog of een andere noodtoestand, maatregelen nemen die afwijken van de verplichtingen die ze met het verdrag op zich hebben genomen, maar alleen voor zover die maatregelen strikt noodzakelijk zijn. Genot van de niet-*notstandsfeste* rechten is onder die omstandigheden dus niet

22 Wiarda 1986, p. 6.

23 Zie meer uitgebreid: Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 91-94.

altijd verzekerd. Het recht op leven, tot slot, is dus een relatief en *notstands*fest recht. Weliswaar is een afwijking van artikel 2 EVRM ingeval van dood als gevolg van een rechtmatige oorlogshandeling toegestaan, maar dat neemt niet weg dat een lidstaat zijn verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM niet kan opschorten in tijd van oorlog of in geval van een andere noodtoestand.²⁴

4.3.5. Zijn EVRM-rechten subjectieve rechten?²⁵

In hoofdstuk 3 is het subjectieve recht zoals we dat tegenkomen in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht omschreven als een recht dat door derden rechtstreeks kan worden geschonden.²⁶ Met die omschrijving zijn vorderingsrechten buiten de deur gehouden, omdat een rechtstreekse inbreuk op vorderingsrechten alleen door de wederpartij kan worden gepleegd en niet door een willekeurige derde. Als we de EVRM-rechten langs die lat leggen, geldt volgens mij dat die rechten bij uitstek subjectieve rechten in de zin van het Nederlandse privaatrecht zijn.

Met de EVRM-rechten is voorzien in bescherming van belangen tegen schendingen door alle mogelijke derden. De overheid heeft zich immers verplicht zich van schendingen van rechten te onthouden, maar heeft zich ook verplicht de rechten te verzekeren. Uit die verzekeringsplicht wordt tegenwoordig afgeleid dat de overheid zich ook moet inspannen om de rechten in de private sfeer te garanderen. Dat leidt tot de conclusie dat de rechten ook tussen burgers onderling moeten worden gerespecteerd.

Bijzonder is dat het eigendomsbegrip in artikel 1 Eerste Protocol EVRM – het komt dadelijk aan de orde – autonoom wordt uitgelegd en ook vorderingsrechten beschermt. De vorderingsrechten zijn volgens de definitie in hoofdstuk 3 geen subjectieve rechten, omdat een rechtstreekse inbreuk daarop alleen door de wederpartij kan worden gepleegd. Dat is in de private verhouding ook zo, maar in de publiek-rechtelijke verhouding geldt dat de overheid in haar bijzondere positie ook direct kan ingrijpen (zoals de wederpartij), bijvoorbeeld door via wetgeving vorderingen waarvan met voldoende zekerheid kan worden gezegd dat die door de rechter zouden worden toegekend ‘af te nemen’. Dit was aan de orde in de zaken *Draon/Frankrijk* en *Maurice/Frankrijk*.²⁷

De Franse echtparen Draon en Maurice waren in de jaren negentig ouders van twee gehandicapte baby's, terwijl bij beide echtparen prenataal onderzoek had uitgewezen dat de ongeboren vruchten geen genetische afwijking zouden hebben. Het echtpaar Draon had onderzoek laten verrichten nadat in een vroeg stadium tijdens de zwangerschap een afwijking was geconstateerd. De daarop uitgevoerde vruchtwaterpunctie wees echter uit dat geen sprake zou zijn van een afwijking. Het echtpaar Maurice had besloten tot een test, omdat zij al ouders waren van een eerder geboren

²⁴ Artikel 15 EVRM.

²⁵ Afgeleid van: Kortmann 1996, p. 145-155.

²⁶ Zie: § 3.3.4.2.4.

²⁷ EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, EHRC 2005, 112 (*Draon/Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, NJ 2006, 464, m.nt. P.J. Boon (*Maurice/Frankrijk*).

gehandicapt kindje. Ook bij dit echtpaar werd bij de test geen afwijking geconstateerd.

Kort na de beide geboortes werd duidelijk dat de baby's, anders dan de onderzoeken tijdens de zwangerschappen hadden uitgewezen, gehandicapt waren. Het echtpaar Draon kreeg te horen dat de afwijking aan het oog van de onderzoekers van het vruchtwater was ontsnapt, terwijl het echtpaar Maurice ervan kennis nam dat hun testresultaten waren verwisseld met andere. De echtparen Draon en Maurice claimden schadevergoeding van het ziekenhuis. Deze claims zouden op het moment van instellen door de echtparen zo goed als zeker worden toegewezen: er was een *faute*, schade en causaal verband tussen *faute* en schade. Bovendien was vaste rechtspraak van zowel de *Conseil D'État*, die oordeelt over claims tegen publieke ziekenhuizen, als van de *Cour de cassation*, die oordeelt over claims tegen private ziekenhuizen, dat de schade van de ouders voor vergoeding in aanmerking kon komen. De *Cour de cassation* had eerder zelfs beslist dat ook de schade van de baby zelf voor vergoeding in aanmerking kwam.

Terwijl de zaken van de echtparen Draon en Maurice nog onder de rechter waren, trad nieuwe wetgeving in werking, waarin – onder meer – was besloten dat de bijzondere kosten voor de opvoeding van een gehandicapt kind niet langer voor vergoeding in aanmerking zouden komen. Dat wil zeggen, niet langer volgens het aansprakelijkheidsrecht. Daar zou namelijk een (algemene) compensatie, vermoedelijk in de vorm van wat wij uitkering noemen, tegenover staan.²⁸

De echtparen zagen hun vordering in rook opgaan en zochten daarop hun heil in Straatsburg. Het EHRM besliste dat de claim een basis had in de wet en bovendien, op grond van rechtspraak, voldoende zeker was dat de claim zou worden toegewezen. De claim genoot daarom bescherming onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM.²⁹

4.3.6. De regel ontleed: beschermenswaardige belangen en de toetsing van een inmenging

4.3.6.1. De regel ontleed

De beoordeling door het EHRM van vermeende rechtsschendingen gebeurt vaak in ten minste twee stappen. Het EHRM beoordeelt eerst of er sprake is geweest van een inmenging in het aan de orde zijnde recht (*whether there was an interference with the right to...*) en komt, als daarvan inderdaad sprake is, toe aan de beoordeling van die inmenging (*whether the interference can be justified*). De beoordeling van de inmenging valt dan uiteen in de toetsing aan de beperkingsgronden die in het betreffende recht zijn genoemd. Voor artikel 8 EVRM is dat bijvoorbeeld: *whether the interference*

28 EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, EHRC 2005, 112, § 12-35 (*Draon/Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, NJ 2006, 464, m.nt. P.J. Boon, § 18-32 (*Maurice/Frankrijk*).

29 EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, EHRC 2005, 112, § 65-72 (*Draon/Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, NJ 2006, 464, m.nt. P.J. Boon, § 62-70 (*Maurice/Frankrijk*). Zie § 4.3.10.2.

was prescribed by law and pursued a legitimate aim en whether the interference was 'necessary in a democratic society'.³⁰

Het EHRM heeft de EVRM-rechten zo in twee belangrijke elementen ontleed, namelijk het beschermenswaardige belang (in geval van artikel 2 bijvoorbeeld 'leven', in geval van artikel 8 bijvoorbeeld 'privé-, familie- en gezinsleven, woning en correspondentie') en de vereisten voor de rechtvaardiging van een inmenging in het beschermenswaardige belang. De beantwoording van de vraag of eisers belang een door het EVRM beschermd belang is, is onderdeel van de eerste stap, namelijk of er sprake is geweest van een inmenging in het aan de orde zijnde recht. Die stap omvat weliswaar méér dan de beantwoording van de vraag of eisers belang een beschermenswaardig belang in de zin van het EVRM is, maar dat 'meer' betreft de feitelijke vaststelling van de inmenging, waaraan het Hof in de regel weinig woorden wijdt, of wordt samengepakt met de vraag of er sprake is van een beschermenswaardig belang. De vaststelling van de inmenging in het beschermenswaardige belang als zodanig wordt hier daarom buiten beschouwing gelaten.

Voor de beperkingsgronden geldt dat die alleen maar worden aangetroffen bij de relatieve rechten. Voor een inmenging in de absolute rechten geldt immers het uitgangspunt dat een inmenging niet kan worden gerechtvaardigd. De beperkingsclausules bepalen negatief de reikwijdte van de bescherming: als inmengingen niet kunnen worden gerechtvaardigd, is duidelijk dat de grens van het recht is bereikt. De staat heeft dan het recht van de burger geschonden.

De elementen van het beschermenswaardige belang en de toetsing van de inmenging komen hier nu achtereenvolgens aan de orde en fungeren als aanknopingspunten bij de uiteenzettingen van het recht op leven, het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven, en het recht op bescherming van eigendom in de paragrafen 4.3.8, 4.3.9 en 4.3.10.

4.3.6.2. Beschermenswaardige belangen

Bij vermeende of dreigende schendingen moet volgens het in de vorige paragraaf genoemde stappenplan dus in de eerste plaats worden vastgesteld of het belang dat aan de orde is een belang is dat wordt beschermd in het EVRM. De aard van de rechtsregel onder het EVRM – het is in § 4.3.3 aan de orde geweest – wordt onder meer gekarakteriseerd door de vage omschrijving van zowel de belangen die beschermd worden, als het beschermingsbereik. Het is de vage omschrijving van de beschermenswaardige belangen die er aan in de weg staat dat het direct duidelijk is of een belang een beschermenswaardig belang in de zin van het EVRM is. Het EVRM moet worden uitgelegd. De uitgangspunten voor de uitleg zoals het Hof die in zijn rechtspraak heeft geformuleerd, komen hierbij een belangrijke rol toe.³¹

30 Zie voor artikel 8 EVRM bijvoorbeeld: EHRM 29 mei 2012, nr. 42150/09, § 59-72 (*Bjedov/Kroatië*); EHRM 21 juni 2011, nr. 48833/07, § 56-72; EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08, § 46-71 (*A.A./Verenigd Koninkrijk*). En voor artikel 1 Eerste Protocol EVRM bijvoorbeeld: EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, RJ&D ECHR 2005-VI, § 78-117 (*Jahn e.a./Duitsland*).

31 Zie § 4.3.7.

Het EHRM heeft zijn interpretatievrijheid bij de vinding van de beschermenswaardige belangen begrensd door aan te nemen dat aan de lidstaten onder omstandigheden enige vrijheid toekomt bij de uitleg van de EVRM-rechten. Deze speelruimte die de lidstaten toekomt, wordt ook wel de appreciatiemarge genoemd (*margin of appreciation*). De appreciatiemarge kan betrekking hebben op de normbepaling en de normtoepassing. De normtoepassing ziet op de toepassing van het EVRM in de specifieke omstandigheden van een geval. De normbepaling ziet, meer abstract, op de uitleg van het EVRM, bijvoorbeeld door de definiëring van rechten of andere meer fundamentele, de voorliggende zaak overstreckende zaken.³² Het onderscheid tussen beide is overigens moeilijk: *‘the distinction between norm application and norm definition eventually depends on the level of abstraction in question.’*³³ Zoals kan worden verdedigd dat in zekere zin alle toepassingen van het EVRM toepassingen zijn op specifieke casus, kan met even sterke argumenten worden bepleit dat alle toepassingen definiërend werken en fundamentele zaken behandelen.³⁴ Het onderscheid is wel van belang bij de toepassing van de appreciatiemarge. Het ligt meer voor de hand die marge ruim te houden als de vragen meer op toepassing en minder op definiëring zien. Kratochvíl stelt in deze context overtuigend: *‘It is one thing that States are in a better position to evaluate factual circumstances arising in their country, but why should they be better placed than the Court to interpret their obligations under the Convention in general?’*³⁵ Voor de beschermenswaardige belangen geldt, denk ik, dat het vaak op een definiëring van de rechten zal aankomen en de appreciatiemarge dus wenselijk smal zal zijn – als er al kan worden aangenomen dat er een appreciatiemarge bestaat bij de definiëring van fundamentele rechten.³⁶ Gerards en Senden stellen dat het vreemd zou zijn de lidstaten een appreciatiemarge te gunnen bij de definiëring van EVRM-rechten en leggen aan die stelling kort gezegd ten grondslag dat de bescherming die personen onder het EVRM genieten niet afhankelijk moet zijn van de definiëring van EVRM-rechten door staten.³⁷ Een ander argument is dat in alle lidstaten gelijke rechten moeten worden genoten.³⁸

Er wordt in het navolgende hoofdzakelijk gesproken van ‘belangen’, waaronder dan moeten worden begrepen alle belangen, al of niet door het Hof als rechten verwoord.³⁹ Het EHRM spreekt namelijk niet altijd met zoveel woorden over rechten (*right to...*) die binnen het beschermingsbereik van een EVRM-bepaling vallen.⁴⁰ Het

32 Kratochvíl 2011, p. 329-330.

33 Kratochvíl 2011, p. 331.

34 Kratochvíl 2011, p. 331.

35 Kratochvíl 2011, p. 332.

36 Gerards & Senden 2009, p. 645 e.v.

37 Gerards & Senden 2009, p. 645-647. Dit argument is ook een belangrijk argument voor de autonome interpretatie van de kernbegrippen in de rechten door het EHRM. Zie § 4.3.7.2.

38 Gerards & Senden 2009, p. 647.

39 Vgl. Gerards 2011, p. 13-14.

40 Het Hof heeft bijvoorbeeld een *‘right to establish relationships with other human beings’* (EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, NJ 1993, 400, m.nt. E.J. Dommering, § 29 (Niemiets/Duitsland)), een *‘right to respect for both the decisions to become and not to become a parent’* (EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, nr. 6339/05, NJ 2007, m.nt. J. de Boer, § 71 (Evans/Verenigd Koninkrijk)), en een *‘right to personal development’* (EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, NJ 2001, 549, § 47 (Bensaid/Verenigd

lijkt in sommige gevallen, door dat niet te doen, gevoeligheden uit de weg te willen gaan of in ieder geval niet te snel een recht/verplichting aan te willen nemen/op te willen leggen.⁴¹ Belang is in die zin een neutralere aanduiding van het onderwerp van de beschermingsverplichting in de EVRM-rechten.

4.3.6.3. Is de inmenging gerechtvaardigd?

Als in een specifieke casus wordt vastgesteld dat het centraal staande, vermeende geschonden belang valt binnen de reikwijdte van een van de EVRM-rechten, en bovendien inmenging in het belang feitelijk wordt vastgesteld, komt de tweede stap aan de orde: is de inmenging gerechtvaardigd.

In het kader van de beoordeling van de inmenging heeft het EHRM een aantal hulpnormen uiteengezet die ondersteuning bieden bij, en richting geven aan de toetsing van de inmenging. Een leidende hulpnorm is de hulpnorm van het redelijke evenwicht (*fair balance principle*), ook wel aangeduid als de proportionaliteit.⁴²

De hulpnorm van het redelijke evenwicht zou teruggaan op de aard van het EVRM, maar ook op de vereisten voor een gerechtvaardigde inmenging zoals die bijvoorbeeld in het tweede lid van de artikelen 8-11 EVRM beslag hebben gekregen.⁴³ In de eerste zaak waarin het Hof de hulpnorm van het redelijke evenwicht aanwendde, de *Belgische Taal*-zaak, overwoog het Hof dat met het EVRM niet slechts werd beoogd het individu te beschermen in het licht van de (recente) geschiedenis, maar ook in het licht van sociale en technische ontwikkelingen van die tijd. Daarom, aldus het Hof, gold de hulpnorm van het redelijke evenwicht en was de toets vormgegeven als belangenafweging tussen enerzijds de belangen van het individu en anderzijds die van de maatschappij.⁴⁴

De hulpnorm van het redelijke evenwicht vervult in ieder geval twee functies.⁴⁵ In de eerste plaats ondersteunt hij bij de beoordeling van handelingen door de staat en in de tweede plaats helpt hij bij de al of niet vaststelling van positieve verplichtingen.⁴⁶ In zijn eerste functie draagt de hulpnorm in brede zin bij aan de afweging van de belangen van het individu enerzijds en de maatschappij anderzijds. Het Hof heeft in *Soering/Verenigd Koninkrijk* overwogen: '(...) *inherent in the whole of the*

Koninkrijk) aangenomen.

41 Gerards 2011, p. 14.

42 Ofschoon dat eerst voor onmogelijk werd gehouden en werd gemeend dat absolute rechten namelijk helemaal geen ruimte lieten voor een rechtvaardigingstoets, overweegt Mowbray dat sinds de toepassing van de hulpnorm door het Hof in *N./Verenigd Koninkrijk* ten aanzien van het verbod van foltering, de stelling waar is. Mowbray 2010, p. 315. Zie: EHRM (Grote Kamer) 27 mei 2008, nr. 26565/05, NJ 2008, 585, m.nt. E.A. Alkema, § 44 (*N./Verenigd Koninkrijk*).

43 Mowbray 2010, p. 294.

44 EHRM (Plenair) 23 juli 1968, nr. 1474/62 e.a., A-6, § 5 (*Belgische Taal*). Overigens sprak Judge Zekia een maand eerder in zijn *dissenting opinion* voor *Wemhoff/Duitsland* ook van een 'fair and just balance'. Zie: EHRM 27 juni 1968, nr. 2122/64, A-7 (*Wemhoff/Duitsland*).

45 Mowbray 2010, p. 308-311.

46 EHRM (Plenair) 17 oktober 1986, nr. 9532/81, NJ 1987, 945, m.nt. E.A. Alkema, § 37 (*Rees/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Plenair) 27 september 1990, nr. 10843/84, NJ 1995, 678, § 38(a) (*Cossey/Verenigd Koninkrijk*). En meer recent: EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2009, nr. 32772/02, NJ 2010, 126, m.nt. E.A. Alkema, § 81 (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz/Zwiterland-II*).

*Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.*⁴⁷ De hulpnorm wordt (enger) toegepast bij de vaststelling van de redelijkheid van de door de staat aangewende middelen gezien de doelen die de staat met die middelen voorstaat. Illustratief is de overweging door het Hof in *James e.a./Verenigd Koninkrijk*: 'Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim "in the public interest", but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.'⁴⁸

De rechtspraak van het EHRM maakt duidelijk dat de hulpnorm van het redelijke evenwicht nu eens strikter wordt toegepast en dan weer minder strikt, naargelang de aard van het recht dat aan de orde is. Bij de bespreking van het recht op leven, van het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven, en van het recht op bescherming van eigendom later in dit hoofdstuk, wordt voor deze rechten uiteengezet wat de aard van het recht voor de toepassing van deze hulpnorm betekent.⁴⁹

De hulpnorm van het redelijke evenwicht stuurt dus de beoordeling van de inmenging en draagt zo bij aan de begrenzing van de bescherming van belangen onder het EVRM. De beoordelingsruimte die het Hof zichzelf daarbij enerzijds toe-eigent, begrenst het anderzijds zelf, onder meer, via een tweede hulpnorm, de appreciatie-marge, die hiervoor al kort aan de orde is geweest (*margin of appreciation principle*).

De appreciatiemarge is de speelruimte die staten door het Hof wordt gelaten. In de rechtspraak van het EHRM wordt de hulpnorm van de appreciatiemarge toegepast ten aanzien van verschillende beslissingsmomenten. Een drietal belangrijke, want vaak in de jurisprudentie van het EHRM gesignaleerde toepassingen, zijn de toepassing ten aanzien van normtoepassing, de toepassing ten aanzien van de normbepaling, en de toepassing ten aanzien van de keuze van middelen.⁵⁰

De normtoepassing ziet op de beslissing van de lidstaten ten aanzien van de (wijze van de) toepassing van het EVRM in een concreet geval, op de voorliggende feitelijke situatie. Ingeval het EHRM meent dat daar sprake is van een ruime appreciatiemarge, zegt het Hof dat het zich gemakkelijk conformeert aan het oordeel van de staat ten aanzien van het bestaan van een redelijk evenwicht. In *Dickson/Verenigd Koninkrijk*, diende het Hof bijvoorbeeld te beslissen over eisers' respect voor het privéleven, gezien de weigerachtigheid van de staat om mee te werken aan eisers' wens om een kind te krijgen. Een van de beide eisers, de heer Dickson, was veroordeeld tot een gevangenisstraf. Eisers wensten die niet af te wachten en wilden zwanger raken via de methode van de kunstmatige inseminatie. De staat wilde daar niet aan

47 EHRM (Plenair) 7 juli 1989, nr. 14038/88, NJ 1990, 158, m.nt. E.A. Alkema, § 89 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*). En meer recent: EHRM (Grote Kamer), 27 mei 2008, nr. 26565/05, NJ 2008, 585, m.nt. E.A. Alkema, § 44 (*N./Verenigd Koninkrijk*).

48 EHRM (Plenair) 21 februari 1986, nr. 8793/79, A-98, § 50 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*). En meer recent: EHRM (Grote Kamer) 17 januari 2012, nr. 36760/06, § 230 (*Stanev/Bulgarije*).

49 Zie § 4.3.8, § 4.3.9, en § 4.3.10.

50 Kratochvíl 2011, p. 326-335. Zie: § 4.3.6.2.

meewerken. Het EHRM moest in het licht van artikel 8 EVRM beslissen of er sprake was van een redelijk evenwicht tussen de publieke en private belangen in kwestie, en overwoog: ‘*Since the national authorities make the initial assessment as to where the fair balance lies in a case before a final evaluation by this Court, a certain margin of appreciation is, in principle, accorded by this Court to those authorities as regards that assessment.*’⁵¹

De normbepaling ziet op de meer abstracte vraag naar de definiëring van de EVRM-rechten. De normbepaling vraagt (fundamenteler) om vaststelling van wat recht is onder het EVRM. Dat de normbepaling en normtoepassing zich soms moeilijk laten onderscheiden, is eerder aan de orde geweest toen is gesteld dat in veel zaken kan worden verdedigd dat normen moeten worden toegepast, maar dat tegelijk de andere kant op kan worden geredeneerd en kan worden betoogd dat normen moeten worden bepaald, vastgesteld. Die gedachte wordt door Kratochvíl geïllustreerd aan de hand van *Stec e.a./Verenigd Koninkrijk* waarin onder andere de zaak van mevrouw Stec aan de orde was, die vanwege een blessure aan haar rug, ontstaan tijdens werktijd, niet meer in staat was te werken. Zij ontving een uitkering vanwege de arbeidsongeschiktheid die werd gestopt toen Stec 60 werd. Zij kreeg toen een pensioenuitkering. In het Verenigd Koninkrijk zou Stec, als zij een man was geweest, pas later op de pensioenuitkering zijn aangewezen, dus meende Stec dat er sprake was van discriminatie.⁵² Kratochvíl legt dan uit, dat een beslissing van het Hof die zou inhouden dat er geen sprake was van discriminatie, zou kunnen worden uitgelegd als toepassing van het EVRM op de feiten in deze zaak. Maar zo’n beslissing zou evengoed kunnen worden uitgelegd als een normbepalende beslissing, namelijk omdat zou kunnen worden gemeend dat aan zo’n beslissing een onderscheidend beginsel ten grondslag ligt.

De keuze van de middelen, ten slotte, ziet op de manier waarop staten aan hun verplichtingen voldoen. Onder die verplichtingen worden ook de positieve verplichtingen begrepen.⁵³ Het EHRM erkende in *Swedish Engine Drivers’ Union/Zweden* dat noch artikel 13 EVRM, noch het EVRM in algemene zin aan de lidstaten voorschrijft op welke wijze de effectieve implementatie van welke bepaling in het EVRM ook vorm moet krijgen.⁵⁴

De hulpnorm van de appreciatiemarge houdt nauw verband met het uitgangspunt van subsidiariteit. Subsidiariteit ziet op de verhouding van Straatsburg tot de lidstaten en houdt in dat de handhaving van het EVRM eerst en voornamelijk door lidstaten zelf moet gebeuren. Het uitgangspunt van subsidiariteit komt in § 4.4.2 nog verder aan de orde. Hier zij slechts gezegd dat Christoffersen ten aanzien van de keuze van de middelen opmerkt, dat de uitwerking van de appreciatiemarge daar een voorwaarde is voor de toepassing van het uitgangspunt van subsidiariteit.

51 EHRM (Grote Kamer) 4 december 2007, nr. 44362/04, NJ 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, § 77 (*Dickson/Verenigd Koninkrijk*).

52 EHRM (Grote Kamer) 12 april 2006, RJ&D ECHR 2006-VI (*Stec e.a./Verenigd Koninkrijk*).

53 Zie: Christoffersen 2009, p. 296-319.

54 EHRM 6 februari 1976, nr. 5614/72, NJ 1977, 2, m.nt. E.A. Alkema, P. Zonderland, § 50 (*Swedish Engine Drivers’ Union/Zweden*).

Christoffersen is geïnspireerd door de overweging van het Hof in *Sunday Times/Verenigd Koninkrijk-I*:

‘Again, the Court cannot hold that the injunction was not “necessary” simply because it could or would not have been granted under a different legal system. As noted in the judgment of 9 February 1967 in the “Belgian Linguistic” case, the main purpose of the Convention is “to lay down certain international standards to be observed by the Contracting States in their relations with persons under their jurisdiction” (...). This does not mean that absolute uniformity is required and, indeed, since the Contracting States remain free to choose the measures which they consider appropriate, the Court cannot be oblivious of the substantive or procedural features of their respective domestic laws (...).’⁵⁵

In de literatuur worden verschillende grondslagen genoemd voor de hulpnorm van de appreciatiemarge, waaronder de ‘ratio van de betere positie’, democratie, subsidiariteit en proportionaliteit.⁵⁶ De ratio van de betere positie betekent dat lidstaten beter in staat zijn om afwegingen te maken, omdat ze beter bekend zijn met politieke, economische, sociale en culturele omgevingsfactoren die tot op zekere hoogte (namelijk tot waar de appreciatiemarge reikt) van invloed mogen/moeten zijn op de toepassing van het EVRM. De doctrine van de appreciatiemarge, stellen Vande Lanotte en Haeck, sluit aan ‘bij het pragmatisme dat eigen is aan de Europese staten en de smeltkroes van volkeren en culturen die Europa is.’⁵⁷

4.3.7. Uitleg

4.3.7.1. *Vertretpunt Golder/Verenigd Koninkrijk*:⁵⁸ *Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht*

Met de gegeven vaagheid die de rechtsregels in het EVRM karakteriseert, is de uitleg die komt met de toepassing van de regels een belangrijke rol gegeven.⁵⁹ Het EHRM moet het EVRM in laatste instantie uitleggen, zowel bij de vaststelling van de beschermenswaardigheid van belangen, als bij de beoordeling van de inmenging. Die noodzakelijkheid van uitleg brengt een andere noodzakelijkheid mee, namelijk tot het overdenken van de wijze waarop wordt uitgelegd, te meer nu de bepalingen zo vaag zijn en het dus vóór toepassing vaak op uitleg zal aankomen.⁶⁰

Het vertretpunt bij de ontwikkeling van zijn uitlegbenadering is voor het Hof – logisch – het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht (verder: Weens Verdragen Verdrag of WVV) geweest. De uitspraak-*Golder/Verenigd Koninkrijk* is

55 EHRM (Plenair) 26 april 1979, nr. 6538/74, NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema, § 61 (*The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk-I*).

56 Kratochvíl 2011, p. 326; Gerards 2011, p. 184-186.

57 Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 206.

58 EHRM (Plenair) 21 februari 1975, nr. 4451/70, NJ 1975, 462 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*).

59 Zie: Jacobs, White & Ovey 2010, p. 64 e.v.; Gerards 2011, p. 62 e.v.

60 Wiarda 1986. Vgl. Letsas 2009, p. 3. En: Mahoney 1990.

een belangrijke eerste mijlpaal in de ontwikkeling van een eigen uitlegdoctrine door het EHRM geweest.⁶¹ Het Hof was, met het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, van mening dat het Weens Verdragen Verdrag, in het bijzonder het bepaalde in de artikelen 31-33 WVV, bij de uitleg als richtsnoer diende. Dat was in zoverre bijzonder dat het WVV op het moment van het uitspreken van zijn uitspraak in *Golder/Verenigd Koninkrijk* door het EHRM nog niet in werking was getreden, maar het EHRM heeft gemeend dit toch te kunnen toepassen aangezien het WVV een weerslag is van algemeen geaccepteerde beginselen van internationaal recht.⁶² Artikel 31 eerste lid WVV bepaalt dat een verdrag ‘te goeder trouw [moet] worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag.’

Na de toepassing van artikel 31 WVV in *Golder/Verenigd Koninkrijk* zag het EHRM in die zaak geen noodzaak meer om ook, volgens artikel 32 WVV, aandacht te besteden aan de gedachten zoals die blijken uit wat daarvan op papier is terecht gekomen ten tijde van het vormgeven van het EVRM.⁶³ De *travaux préparatoires* zijn ook later van weinig betekenis gebleken in de uitleg van het EVRM door het EHRM. Sterker nog: behoedzaamheid is bij het aanwenden van de ontstaansgeschiedenis geboden, gezien de constatering door het EHRM dat het EVRM een *living instrument* is en dus dynamisch en evolutief moet worden geïnterpreteerd.⁶⁴

Tegenwoordig refereert het Hof in zijn rechtspraak nog sporadisch aan het Weens Verdragen Verdrag. In *Saadi/Verenigd Koninkrijk* overwoog het Hof bij toepassing van artikel 31 WVV: ‘*The Court must have regard to the fact that the context of the provision is a treaty for the effective protection of individual human rights and that the Convention must be read as a whole and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions.*’⁶⁵

4.3.7.2. Accent op het doel – de evolutieve & autonome interpretatie

Het bijzondere, *sui generis*-karakter van het EVRM heeft het Hof aangezet tot de ontwikkeling van een eigen uitlegmethodiek.⁶⁶ In zijn uitspraak voor *Engel e.a./Nederland* heeft het EHRM een voorzichtige aanzet gegeven naar wat later is verworden tot een meer algemeen en uitgebreid uitgangspunt van een evolutieve interpretatie.⁶⁷ Om de rechten hun doeltreffendheid te doen behouden, is, stelde het Hof, noodzakelijk dat de rechten worden geïnterpreteerd in het licht van gewijzigde omstandigheden. Het Hof staat daarom in de eerste plaats een evolutieve interpretatie van het EVRM voor.

Het is vanuit het oogpunt van doeltreffende rechtsbescherming in de tweede plaats noodzakelijk dat de interpretatie van het EVRM autonoom gebeurt. In *Engel*

61 EHRM (Plenair) 21 februari 1975, nr. 4451/70, NJ 1975, 462 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*).

62 EHRM (Plenair) 21 februari 1975, nr. 4451/70, NJ 1975, 462, § 29 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*).

63 EHRM (Plenair) 21 februari 1975, nr. 4451/70, NJ 1975, 462, § 36 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*).

64 Zie: Jacobs, White & Ovey 2010, p. 74-75. En ook: Lawson 1996, p. 61-74.

65 EHRM (Grote Kamer) 29 januari 2008, nr. 13229/03, 2008, 50 m.nt. Woltjer (*Saadi/Verenigd Koninkrijk*).

66 In gelijke zin: Bernhardt 1988; Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 177-179.

67 EHRM (Plenair) 8 juni 1976, nr. 5100/71 ea, NJ 1978, 223 (*Engel e.a./Nederland*).

e.a./Nederland heeft het Hof beslist dat een autonome interpretatie van (sleutel)begrippen in het EVRM op zijn plaats kan zijn.⁶⁸ Het EHRM was de vraag voorgelegd of het Nederlandse militaire tuchtrecht door de beugel van artikel 6 EVRM kon. Een aantal Nederlandse militairen klaagde in de zaak over een schending van artikel 6 EVRM omdat de militairen meenden dat zij voor hun veroordeling niet zouden zijn gehoord door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Vóór kon worden beslist of al of niet sprake was van een schending van artikel 6 EVRM, moest worden vastgesteld of artikel 6 EVRM überhaupt ook waarborgen biedt voor het militaire tuchtrecht. Artikel 6 EVRM spreekt immers van *criminal charge* en daaronder zou niet *disciplinary charge* zijn begrepen, zoals een tuchtrechtelijke vervolging in de uitspraak wordt genoemd. Het EHRM overwoog dat een staat niet aan zijn verplichtingen op grond van artikel 6 EVRM kan ontkomen door een maatregel niet als *criminal* maar als *disciplinary charge* te duiden: *'If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a "mixed" offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7) would be subordinated to their sovereign will. A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention.'*⁶⁹ Het EHRM somde op deze overweging volgend een aantal kenmerken op aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of sprake is van *criminal charge* in de zin van het EVRM (namelijk de zwaarte van de in het vooruitzicht gestelde straf en de aard van de overtreding). Het Hof heeft zodoende artikel 6 EVRM dus autonoom uitgelegd om te voorkomen dat de uitleg door lidstaten in strijd komt met het onderwerp en doel van het EVRM.⁷⁰

Een tweetal jaren na zijn uitspraak in *Engel/Nederland* besloot het EHRM in *Tyrer/Verenigd Koninkrijk* dat bij de interpretatie van het EVRM ook de hedendaagse context waarin het EVRM werkt, moet worden betrokken. Tyrer legde in die zaak aan het EHRM de vraag voor of de lijfstraffen, zoals die toen nog werden toegepast in het *Isle of Man* (geen deel van het Verenigd Koninkrijk, maar Brits *Crown dependency*), in strijd waren met artikel 3 EVRM.⁷¹ Tyrer werd op 7 maart 1972, op 15-jarige leeftijd, door de lokale jeugdrechter schuldig bevonden aan mishandeling van een medeleerling, lichamelijk letsel tot gevolg hebbende. Hij werd veroordeeld tot een lijfstraf, namelijk tot *three strokes of the birch*, drie slagen met een aantal bij elkaar gehouden takjes. Tyrer kwam tegen het vonnis in beroep, maar dat mocht hem niet baten. Hij onderging zijn straf in aanwezigheid van zijn vader, die niet lijdzaam kon toezien hoe zijn zoon werd gestraft en na twee slagen moest worden verwijderd. Voor de ECRM klaagde Tyrer onder meer over schending van artikel 3 EVRM vanwege de lijfstraf. Ofschoon Tyrer reeds vóór zijn zaak voor het EHRM was gebracht was teruggetreden, deed het EHRM toch uitspraak in zijn zaak, omdat de Commissie

68 EHRM (Plenair) 8 juni 1976, nr. 5100/71 ea, NJ 1978, 223 (*Engel e.a./Nederland*).

69 EHRM (Plenair) 8 juni 1976, nr. 5100/71 ea, NJ 1978, 223, § 81 (*Engel e.a./Nederland*).

70 Zie verder: Letsas 2004, p. 279-305.

71 En overigens ook of er sprake was van strijdigheid met artikel 8, 13, 14, en 1 EVRM. Zie: EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, A-26 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*).

meende dat het vanwege het algemeen belang wenselijk was dat die uitspraak er zou komen.

Het EHRM heeft in zijn behandeling van de klacht onder artikel 3 EVRM vooropgesteld dat de enkele veroordeling of bestraffing van een persoon reeds als vernederend kan worden ervaren, maar dat die vernedering niet steeds een inbreuk op artikel 3 EVRM oplevert: *‘It would be absurd to hold that judicial punishment generally, by reason of its usual and perhaps almost inevitable element of humiliation, is “degrading” within the meaning of Article 3 (art. 3).’*⁷² Het EHRM overwoog dat het in wezen van alle omstandigheden van het geval afhangt, en in het bijzonder van de aard en de context van de bestraffing afhangt, of er sprake is van *degrading punishment*. Overeenstemming over een wenselijk effect van een straf kan daaraan niet zijn vernederende karakter ontnemen. En het Hof kwam vervolgens tot een belangrijke nieuwe overweging, namelijk: *‘(...) the Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.’*⁷³ Het EHRM zag zich daarbij beïnvloed door ontwikkelingen en geaccepteerde standaarden in de lidstaten bij het EVRM op het gebied van bestraffingsbeleid.⁷⁴

4.3.7.3. *Tot slot: praktische en effectieve rechten, en de rol van de kern van het recht*

Het EVRM moet dus worden uitgelegd met oog op het onderwerp en doel van het verdrag, autonoom, en in het licht van de huidige omstandigheden. Twee belangrijke uitgangspunten, door het Hof aangenomen in *Airey/Ierland* en *Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk*, vullen de uitlegdoctrines van het Hof ten slotte aan.⁷⁵ Het eerste uitgangspunt houdt in dat bij de uitleg van het EVRM moet worden bedacht dat het EVRM geen theoretische rechten garandeert, maar praktische en effectieve. Het tweede uitgangspunt benadrukt het (zware) gewicht van de kern van EVRM-rechten zegt dat een inbreuk op de *very substance* van een recht er aan in de weg kan staan dat expliciete overwegingen in de voorbereidende stukken bij het EVRM worden gevolgd.⁷⁶

Het uitgangspunt van de praktische en effectieve rechten kwam vooreerst aan de orde in *Airey/Ierland*.⁷⁷ In deze zaak stond eiseres' wens centraal om een einde te maken aan ongelukkig huwelijk.⁷⁸ Op jonge leeftijd was mevrouw Airey (eiser) getrouwd met de heer Airey. Uit het huwelijk werden vier kinderen geboren. Airey leefde sinds de zomer van 1972 niet meer met haar echtgenoot samen, maar was formeel

72 EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, A-26, § 30 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*).

73 EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, A-26, § 31 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*).

74 EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, A-26, § 31 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*).

75 EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, NJ 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey/Ierland*); EHRM (Plenaire) 13 augustus 1981, nr. 7601/76 ea, A-44 (*Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk*).

76 EHRM (Plenaire) 13 augustus 1981, nr. 7601/76 ea, A-44, § 63 (*Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk*).

77 EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, NJ 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey/Ierland*).

78 EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, NJ 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema (*Airey/Ierland*).

nog wel met hem getrouwd. Kort voor de heer Airey de echtelijke woning verliet, was hij veroordeeld voor het mishandelen van zijn echtgenote. Die mishandelingen hadden vóór 1972 met regelmaat plaats. Pogingen om het huwelijk met medewerking van haar echtgenoot te beëindigen, waren gestrand. Vanwege de slechte financiële situatie waarin Airey verkeerde, was ze toen niet in de gelegenheid om een echtscheiding in rechte af te dwingen.⁷⁹

Bij de Commissie klaagde Airey in 1973 over de wijze waarop de overheid had gefaald om haar te beschermen tegen haar gewelddadige echtgenoot. Ze verweet de staat dat die haar echtgenoot niet had vastgezet voor behandeling van zijn alcoholverslaving, dat de staat bovendien had gefaald te verzekeren dat haar echtgenoot regelmatig alimentatie betaalde, en dat zij, vanwege de benaderde financiële positie waarin zij verkeerde, geen echtscheiding had kunnen bewerkstelligen. Airey had immers niet de financiële middelen om zichzelf te voorzien in de noodzakelijke rechtsbijstand.⁸⁰ De staat had volgens Airey zo artikel 6 EVRM geschonden, omdat de kosten van de procedure haar een gang naar de rechter hadden in de weg gestaan.⁸¹

Het EHRM ging in Aireys betoog mee en bevestigde dat er sprake was van een inbreuk op artikel 6 EVRM. Het Hof overwoog daartoe: *'The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective (...).'*⁸² Bij de uitleg van de EVRM-rechten is dus van belang dat de rechten praktisch en effectief (moeten) zijn. En ofschoon het Hof wel heeft opgemerkt dat dit uitgangspunt in het bijzonder geldt ten aanzien van het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM), dat immers een prominente plaats toekomt in een democratische samenleving, heeft het later ook expliciet bij de uitleg van andere rechten overwogen dat die praktisch en effectief moeten zijn.⁸³

Het laatste uitgangspunt voor de uitleg van het EVRM heeft het EHRM in de zaak-*Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk* geformuleerd. Het gaat om het uitgangspunt dat de uitleg vooral betrekking heeft op de voorliggende zaak en voor die zaak moet worden beslist of de klager in kwestie in de kern van zijn recht wordt geraakt.⁸⁴ Young, James en Webster waren alle drie in dienst bij British Rail, toen British Rail een zogenaamd *closed shop agreement* (een in het Verenigd Koninkrijk gebruikelijke overeenkomst tussen een of meer werknemersorganisaties en een of

79 EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, NJ 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema, § 8-12 (*Airey/Ierland*).

80 EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, NJ 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema, § 13 (*Airey/Ierland*).

81 EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, NJ 1980, 376 m.nt. E.A. Alkema, § 20 (*Airey/Ierland*).

82 EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, NJ 1980, 376 m.nt. E.A. Alkema, § 24 (*Airey/Ierland*).

83 Zie bijvoorbeeld in het kader van artikel 2 EVRM: EHRM (Grote Kamer) 27 september 1995, nr. 18984/91, A-324 (*McCann/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, nr. 48939/99, NJ 2005, 210, m.nt. E.A. Alkema (*Öneryıldız/Turkije*). In het kader van artikel 8 EVRM: EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, nr. 28957/95, RJ&D ECHR 2002-VI, § 74 (*Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk*). En in het kader van artikel 1 Eerste Protocol EVRM: EHRM (Plenair) 23 september 1982, nr. 7151/75; 7152/75 (*Sporrong and Lönnroth/Zweden*); EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1999, RJ&D ECHR 1999-VII (*Brumărescu/Roemenië*); EHRM (Grote Kamer) 16 november 2010, nr. 24768/06 (*Perdigão/Portugal*).

84 EHRM (Plenair) 13 augustus 1981, nr. 7601/76 ea, A-44 (*Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk*).

meer werkgevers of werkgeversorganisaties) met drie vakbonden overeenkwam. De overeenkomst betekende voor Young, James en Webster dat zij als werknemers van British Rail verplicht waren om toe te treden tot een van de drie (afhankelijk van hun functie) vakbonden die partij waren bij de overeenkomst; Young tot TSSA of NUR, James tot NUR en Webster tot TSSA of NUR. Alle drie de heren weigerden toetreding tot de werknemersverenigingen vanwege niet-religieuze redenen. Terwijl op religieuze gronden voor de verplichte toetreding een uitzondering kon worden gemaakt, was dat kennelijk niet mogelijk vanwege andere bezwaren. Dat ondervonden ook Young, James en Webster die alle drie te horen kregen dat British Rail hun diensten niet meer nodig had.⁸⁵ Ze meldden zich daarop bij de ECRM en kwamen met hun klacht later voor het EHRM. Hun klacht hield – onder meer – in dat hun recht op verenigingsvrijheid was geschonden.

Het Verenigd Koninkrijk wierp het Hof in verweer een passage uit de *travaux préparatoires* voor de voeten, waaruit volgens hem zou blijken dat er in de aanloop naar de vaststelling van het EVRM expliciet aandacht was geweest voor de figuur van het *closed shop system* en destijds door de *Conference* was overwogen dat het onwenselijk zou zijn om een bepaling in het EVRM op te nemen die de gedwongen toetreding tot werknemersorganisaties zou verbieden.⁸⁶ Het EHRM benadrukte in zijn uitspraak dat het zijn aandacht tot de voorliggende zaak had beperkt, maar verloor de algemene context niet uit het oog. Het Hof overwoog: ‘*To construe Article 11 (art. 11) as permitting every kind of compulsion in the field of trade union membership would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee [...]*’⁸⁷ Het EHRM heeft nadrukkelijk niet tot doel gehad het systeem van de *closed shop systems* te herzien, maar heeft zich beperkt tot de uitwerking die het heeft gehad op de eisers in kwestie.⁸⁸ Die uitwerking heeft het Hof als volgt onder woorden gebracht:

*‘The situation facing the applicants clearly runs counter to the concept of freedom of association in its negative sense. (...) However, a threat of dismissal involving loss of livelihood is a most serious form of compulsion and, in the present instance, it was directed against persons engaged by British Rail before the introduction of any obligation to join a particular trade union. In the Court’s opinion, such a form of compulsion, in the circumstances of the case, strikes at the very substance of the freedom guaranteed by Article 11 (art. 11). For this reason alone, there has been an interference with that freedom as regards each of the three applicants.’*⁸⁹

85 EHRM (Plenair) 13 augustus 1981, nr. 7601/76 ea, A-44, § 33-44 (*Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk*).

86 EHRM (Plenair) 13 augustus 1981, nr. 7601/76 ea, A-44, § 51 (*Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk*).

87 EHRM (Plenair) 13 augustus 1981, nr. 7601/76 ea, A-44, § 52 (*Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk*).

88 EHRM (Plenair) 13 augustus 1981, nr. 7601/76 ea, A-44, § 53 (*Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk*).

89 EHRM (Plenair) 13 augustus 1981, nr. 7601/76 ea, A-44, § 55 (*Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk*).

De constatering door het Hof dat sprake was van een inbreuk die de kern van een recht raakt, de essentialia, heeft er aan in de weg gestaan dat het Hof een door de lidstaten expliciet in de voorbereidende stukken gemaakte keuze volgde.

4.3.7.4. Begrenzing

Het EVRM heeft zijn uitlegvrijheid vormgegeven door de formulering van de uitgangspunten die net aan de orde zijn geweest. De uitlegvrijheid is ook begrensd, ten minste op drie manieren. Het EHRM heeft namelijk grenzen gevonden in zijn eigen rechtspraak, in het beginsel van de appreciatiemarge, en in internationaal recht en het recht van de lidstaten in onderlinge samenhang bezien.⁹⁰ De noodzakelijkheid van begrenzing is door Bernhardt als volgt onder woorden gebracht: ‘*Law and society are not and will not become uniform in all member States of the Council of Europe, and it is the difficult task of a court for any other international organ to keep in line with general developments without “judicial activism” on the one hand or timid reliance on outdated rules on the other.*’⁹¹

Een eerste grens heeft het EHRM in zijn eigen rechtspraak gevonden. Het Hof overwoog in *Chapman/Verenigd Koninkrijk* dat het weliswaar niet formeel aan zijn eigen eerdere uitspraken is gebonden, maar dat het in het belang is van rechtszekerheid, voorzienbaarheid en gelijkheid voor de wet om niet zonder goede reden van ‘precedenten’ in eerdere zaken af te wijken.⁹² Hoewel het EVRM formeel geen precedentensysteem kent, heeft het Hof zichzelf op deze wijze dus wel aan eerdere uitspraken gebonden. Een extra reden om eerdere uitspraken opnieuw te bevestigen vond het EHRM in *Herrmann/Duitsland* in het feit dat verschillende lidstaten sinds zijn uitspraken in *Chassagnou e.a./Frankrijk* en *Schneider/Luxemburg*, waarin het uitgangspunten voor de regulering van eigendom in verband met jagen had uiteengezet, hun wetgeving in overeenstemming hadden gebracht met de door het Hof uiteengezette uitgangspunten.⁹³ Los van de redelijkheid van deze redengeving, denk ik dat die in *Herrmann/Duitsland* overigens niet werkelijk hout snijdt. Het Hof had namelijk voor het in die uitspraak aan de overweging toekwam, geconstateerd dat de wetgeving (slechts) in vier lidstaten was aangepast naar aanleiding van *Chassagnou e.a./Frankrijk* en *Schneider/Luxemburg*, daaronder begrepen Frankrijk en Luxemburg die partij waren in de zaken die aanleiding waren geweest voor de aanpassing.⁹⁴

90 De grenzen van de evolutieve interpretatie waren onderwerp van het *Dialogue between judges*-seminar bij de opening van het juridisch jaar in 2011. Zie: *Dialogue between judges, European Court of Human Rights*, Council of Europe, 2011, <www.coe.int>. Tulkens 2011, p. 9.

91 Bernhardt 1988, p. 70.

92 EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 27238/95, AB 2002, 32, m.nt. J. Gerards, § 70 (*Chapman/Verenigd Koninkrijk*). En meer recent: EHRM (Grote Kamer) 17 september 2009, nr. 10249/03, EHRC 2009, 123, § 104 (*Scoppola/ItaliëII*).

93 EHRM (Grote Kamer) 26 juni 2012, nr. 9300/07, § 78-80 (*Herrmann/Duitsland*). Zie ook: EHRM (Grote Kamer) 29 april 1999, ECHR 1999-III (*Chassagnou e.a./Frankrijk*); EHRM 10 juli 2007, nr. 2113/04 (*Schneider/Luxemburg*).

94 EHRM (Grote Kamer) 26 juni 2012, nr. 9300/07, § 36 (*Herrmann/Duitsland*).

Een tweede begrenzing betreft het eerder besproken beginsel van de appreciatiemarge van lidstaten.⁹⁵ De eerder genoemde hulpnorm van de appreciatiemarge komt voort uit de vaststelling dat sommige zaken zich slecht lenen voor beoordeling door het EHRM of vanwege andere redenen beter ter beoordeling van de lidstaten staan. Voor zover daarvan sprake is, wordt wel gezegd dat de ruimte die het EHRM de lidstaten laat een appreciatiemarge is.

Belangrijke factoren die de reikwijdte van de appreciatiemarge bepalen, zijn de vraag of de identiteit of het bestaan van een individu op het spel staat, de vraag of er sprake is van consensus tussen de lidstaten in de Raad van Europa ten aanzien van de beschermenswaardigheid van het belang of de wijze waarop dat beschermd zou moeten worden, morele en ethische zaken, en de noodzakelijkheid om een afweging te maken tussen private en publieke belangen.⁹⁶ Een factor die er aan kan bijdragen dat het Hof besluit dat het aan de staat is om beleid te bepalen, is ook de omstandigheid dat blijkt (als reeds vaststaat dat geen sprake is van consensus en het een politiek beladen zaak betreft) dat in het kader van het vormgeven van het beleid uitvoerig onderzoek naar sociale, ethische en juridische implicaties van (in dit geval) wetenschappelijke ontwikkelingen heeft plaatsgehad, en er sprake is geweest van consultaties en debat.⁹⁷ De toepassing van de appreciatiemarge door het EHRM lijkt niet altijd expliciet te worden gemaakt, en bovendien is niet altijd duidelijk waarom nu juist in een bepaald geval wordt aangenomen dat de toepassing of uitleg van het EVRM binnen de appreciatiemarge van de lidstaat valt, of juist niet – *‘it is still very much veiled in a cloud of mystery.’*⁹⁸

In de derde plaats begrenzen internationaal recht en het gezamenlijke recht van de lidstaten de uitlegvrijheid van het EHRM. Het EHRM checkt internationaal recht en het gezamenlijke recht van de lidstaten om te bezien of er op enig punt sprake is van consensus op internationaal niveau, of van consensus tussen de lidstaten. Als er wordt vastgesteld dat er sprake is van consensus, kan dat voor het EHRM aanleiding zijn om een artikel uit te leggen in overeenstemming met hetgeen waarop de consensus ziet.⁹⁹ Het heeft ook op die manier zijn eigen uitlegvrijheid begrensd.

4.3.7.5. Tussenconclusie

De ratio van de uitlegstrategie van het EVRM door het EHRM lijkt te zijn wat *Justice Harlan* eens overwoog, namelijk: *‘It is not the words of the law but the internal sense of it that makes the law: the letter of the law is the body; the sense and reason of the law is the soul.’*¹⁰⁰ Bij de uitleg van het EVRM staat voorop dat de rechten praktisch en effectief worden toegepast. Het doel en de betekenis van de bepalingen dienen als

95 Zie: § 4.3.6.3. Vooreerst door het Hof aangenomen in *Handyside/Verenigd Koninkrijk*: EHRM (Plenair) 7 december 1976, nr. 5493/72, NJ 1978, 236 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

96 EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, nr. 6339/05, § 77 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

97 EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, nr. 6339/05, § 86 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

98 Kratochvíl 2011, p. 325.

99 EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, nr. 34503/97, RJ&D ECHR 2008, § 85 (*Demir en Baykara/Turkije*).

100 Citaat van *Justice Harlan*, gekend uit: Biesheuvel 1981, p. 164.

vertrekpunt bij de interpretatie, terwijl de *travaux préparatoires* ter bevestiging van een voorgenomen interpretatie kunnen worden geraadpleegd.¹⁰¹ Het Hof beziet het EVRM tegen de achtergrond van ontwikkelingen die sinds het overeenkomen van het verdrag hebben plaatsgehad en staat dus een evolutieve interpretatie voor. Het EVRM is een *living instrument* dat moet worden uitgelegd in het licht van *present-day conditions* en in het licht van de *ideas prevailing in democratic States today*.¹⁰² Het EHRM heeft zichzelf verplicht om bij de interpretatie van bepalingen de veranderende omstandigheden in de verdragsstaten in aanmerking te nemen, alsook een opkomende consensus ten aanzien van beschermingsstandaarden. Het Hof neemt (en moet dat ook) internationaal recht in acht. Consensus onder internationale organen die toezien op de bescherming van fundamentele rechten kan aanleiding zijn voor het Hof om het EVRM in lijn met de consensus uit te leggen.¹⁰³ Het Hof beziet ook met enige regelmaat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.¹⁰⁴

Het Hof begrenst dus zijn interpretatievrijheid en refereert daarbij aan de beginselen van rechtszekerheid, voorzienbaarheid en gelijkheid voor de wet. Deze beginselen dwingen het Hof om niet zonder goede reden van eigen 'precedenten' af te wijken. Verder beperkt het Hof zijn speelruimte door de lidstaten een appreciatiemarge te geven, die ruimer is naarmate er bijvoorbeeld minder consensus bestaat over de maatregelen van de staat die de inbreuk hebben veroorzaakt.¹⁰⁵ Ook van invloed op de omvang van de appreciatiemarge is hetgeen voor de eiser op het spel staat.¹⁰⁶

4.3.7.6. Kritieken

*'De balans blijft het symbool van het recht, ook hier, maar ook hier een die moeilijk is te hanteren en er maar zelden in slaagt het evenwichtspunt met een zo overtuigende kracht aan te tonen dat ieder zich daarmee kan verenigen.'*¹⁰⁷

~ Gerard J. Wiarda, 1986

(over de balans tussen rechterlijke voortvarendheid en rechtelijke terughoudendheid bij de toepassing van het EVRM)

De uitlegstrategie van Europees Hof voor de Rechten van de Mens is aan veel en belangrijke kritiek onderhevig. Een voornaam aandeel in de kritiek is gekomen uit ei-

101 Zie: EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 23459/03, EHRC 2011, 137, m.nt. J.P. Loof, § 100 (*Bayatyan/Armenië*), waar het Hof dat deed daartoe aangespoord door eiser.

102 EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 23459/03, EHRC 2011, 137, m.nt. J.P. Loof, § 102 (*Bayatyan/Armenië*). EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, nr. 34503/97, RJ&D ECHR 2008, § 68 (*Demir en Baykara/Turkije*).

103 EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, nr. 34503/97, RJ&D ECHR 2008, § 85 (*Demir en Baykara/Turkije*).

104 Bijv. EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, EHRC 2010, 95, § 60-61 (*Schalk en Kopf/Oostenrijk*); EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 23459/03, EHRC 2011, 137, m.nt. J.P. Loof, § 106 (*Bayatyan/Armenië*).

105 Zie: EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 23459/03, EHRC 2011, 137, m.nt. J.P. Loof, § 121 (*Bayatyan/Armenië*).

106 EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 23459/03, EHRC 2011, 137, m.nt. J.P. Loof, § 122 (*Bayatyan/Armenië*).

107 Wiarda 1986, p. 19.

gen huis. *Judge Fitzmaurice* heeft in verschillende *dissenting opinions* gewag gemaakt van de naar zijn mening te vrije uitleg van het EVRM door het EHRM. *Fitzmaurice* overwoog in zijn *separate opinion* voor *Golder/Verenigd Koninkrijk*:

‘There is a considerable difference between the case of “law-giver’s law” edicted in the exercise of sovereign power, and law based on convention, itself the outcome of a process of agreement, and limited to what has been agreed, or can properly be assumed to have been agreed. Far greater interpretational restraint is requisite in the latter case, in which, accordingly, the convention should not be construed as providing for more than it contains, or than is necessarily to be inferred from what it contains. The whole balance tilts from (in the case of law-giver’s law) the negatively orientated principle of an interpretation that seems reasonable and does not run counter to any definite contra-indication, and an interpretation that needs to have a positive foundation in the convention that alone represents what the parties have agreed to, – a positive foundation either in the actual terms of the convention or in inferences necessarily to be drawn from these; – and the word “necessarily” is the decisive one. (...) Generally speaking, at least in this type of provision, an inference or implication can only be regarded as a “necessary” one if the provision cannot operate, or will not function, without it.

(...) The point is that it is for the States upon whose consent the Convention rests, and from which consent alone it derives its obligatory force, to close the gap or put the defect right by an amendment, – not for a judicial tribunal to substitute itself for the convention-makers, to do their work for them. Once wide interpretations of the kind now in question are adopted by a court, without the clearest justification for them based solidly on the language of the text or on necessary inferences drawn from it, and not, as here, on a questionable interpretation of an enigmatic provision, considerations of consistency will, thereafter, make it difficult to refuse extensive interpretations in other contexts where good sense might dictate differently: freedom of action will have been impaired.’¹⁰⁸

Er wordt hier volstaan met de constatering dat de discussie er is en er wordt verwezen naar de vele bijdragen die aan het onderwerp zijn gewijd.

4.3.8. Artikel 2 EVRM: recht op leven

4.3.8.1. Inleiding

Voor de rechtsregels in het EVRM (hier begrepen als de materiële rechten) is in de vorige paragrafen in algemene zin hun aard geschetst aan de hand van de normadressaat en beschermeling (§ 4.3.2), de vage en onbepaalde omschrijving (§ 4.3.3), de onderscheidingen naar absoluut/relatief en *notstandsfest/niet-notstandsfest* (§ 4.3.4), de beschermenswaardige belangen en de rechtvaardigheid van de inmenging (§ 4.3.6), en de uitlegmethodiek (§ 4.3.7). In de komende paragrafen ligt de focus op drie ma-

¹⁰⁸ *Judge Fitzmaurice* in zijn *separate opinion* bij: EHRM (Plenair) 21 februari 1975, nr. 4451/70, NJ 1975, 462 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*).

teriële rechten: het recht op leven (artikel 2 EVRM), het recht op eerbiediging van het privé-, familie-, en gezinsleven (artikel 8 EVRM) en het recht op bescherming van eigendom (artikel 1 Eerste Protocol EVRM). Juist deze rechten verdienen in deze en volgende paragrafen afzonderlijk bespreking, omdat de belangen die ze beschermen, belangen zijn die een belangrijke rol spelen in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De bespreking van deze rechten moet worden begrepen als een bespreking op hoofdlijnen, met als doel aanknopingspunten voor de vormgeving van de handhaving van fundamentele rechten via de band van het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te vinden.

4.3.8.2. Artikel 2 EVRM

Volgens artikel 2 EVRM heeft eenieder recht op leven en wordt dat recht beschermd door de wet. In lid 2 van artikel 2 EVRM is verder bepaald, dat de beroving van het leven geen ongerechtvaardigde inbreuk is op het recht op leven, als het geweld als gevolg waarvan de levensberoving heeft plaatsgehad absoluut noodzakelijk is, ofwel 'ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld' (onder a), ofwel 'teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand die op rechtmatige wijze is gedetineerd, te voorkomen' (onder b), ofwel 'teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken' (onder c). Artikel 2 EVRM is, samen met artikel 3 EVRM, gezien de belangen die het beschermt, een van de meest fundamentele bepalingen in het EVRM.¹⁰⁹ Dat blijkt niet alleen uit de rechtspraak, maar ook uit de jaarverslagen van het EHRM, waarin het artikel 2 EVRM tot de *core rights* wordt gerekend.¹¹⁰

Artikel 2 EVRM is een relatief recht en een *notstands*fest recht.¹¹¹ Artikel 15 EVRM bepaalt, wat dat laatste betreft, dat geen enkele afwijking van artikel 2 EVRM is toegestaan, tenzij de dood het gevolg is van een rechtmatige oorlogshandeling.

4.3.8.3. De beschermde belangen onder artikel 2 EVRM

Artikel 2 EVRM beschermt het recht op leven. Het Hof heeft in het midden gelaten waar het recht op leven begint.¹¹² In *Evans/Verenigd Koninkrijk* was die vraag aan de orde. Mevrouw Evans, eiseres, was voornemens de door haar en haar ex-partner ingevroren, bevruchte eicellen te laten planteren.¹¹³ Evans en haar (later ex-)part-

109 EHRM (Grote Kamer) 27 september 1995, nr. 18984/91, A-324, § 147 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*).

110 *Annual Report 2011 European Court of Human Rights*, p. 87.

111 Zie § 4.3.4.

112 Zie: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak 2006, p. 387-391.

113 EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, nr. 6339/05, NJ 2007, m.nt. J. de Boer (*Evans/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook over de status van een ongeborene ook de Commissie in: ECRM 12 juli 1977, nr. 6959/75, D.R. 10, p. 100 (*Brüggeman en Scheuten/Duitsland*); ECRM 13 mei 1980, nr. 8416/78, D.R. 19, p. 244 (*X/Verenigd Koninkrijk*). In de eerste zaak zag de Commissie zich niet genoodzaakt te bepalen of de ongeborene wordt beschermd door artikel 2 EVRM, terwijl het in de twee zaak expliciet overwoog dat onder 'eenieder' als in artikel 2 EVRM niet lijkt te moeten worden verstaan een ongeborene.

ner hadden bevruchte eicellen laten invriezen toen duidelijk was dat bij Evans met een noodzakelijke operatie vanwege kanker haar eierstokken moesten worden verwijderd. Bevruchte eicellen zouden meer kans hebben op overleving dan niet-bevruchte en, naar Evans stelde werd zij er door haar partner van overtuigd dat zij in de toekomst samen zouden blijven en een kind zouden krijgen. Op het moment dat Evans de eicellen wenste te laten implanteren was van een relatie geen sprake meer, en had Evans' ex-partner zich tegen het plan gekeerd de eicellen desondanks te laten implanteren. Volgens Engels protocol zouden de embryo's onder die omstandigheden vernietigd dienen te worden.

Evans kon een bevruchting in het Verenigd Koninkrijk niet gedaan krijgen, vreesde voor vernietiging van de embryo's, en richtte zich daarom tot het EHRM met, onder meer, de klacht dat inbreuk zou worden gemaakt op het recht op leven van de embryo's, als de embryo's zouden worden vernietigd. De Grote Kamer van het Hof sloot zich aan bij de eerdere beslissing door de Vierde Kamer, die aansloot bij een eerdere overweging in *Vo/Frankrijk*, en overwoog: '(...) *in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere.*'¹¹⁴ Het is dus aan de lidstaten om te bepalen of een embryo reeds bescherming geniet onder artikel 2 EVRM.

Het verdient in deze context opmerking dat het Hof onder artikel 8 EVRM enkele jaren geleden heeft beslist, dat de belangen van een zwangere vrouw die abortus wenst, moeten worden afgewogen tegen de rechten en vrijheden van anderen, onder wie de ongeborene.¹¹⁵ Het feit dat het EHRM met zoveel woorden spreekt van de rechten en vrijheden van de ongeborene is een bijzondere ontwikkeling.¹¹⁶ Het Hof overwoog eerder wel al, waaronder in *Vo/Frankrijk*, dat de belangen van de ongeborene kunnen worden meegewogen. In *Vo/Frankrijk* was dat ook niet moeilijk, gezien het feit dat de belangen van moeder en kind elkaar niet tegen spraken.

Zoals het begin van het recht op leven onduidelijk is, laat het Hof ook in het midden of een recht op beëindiging van het leven bestaat onder artikel 2 EVRM. Het Hof overweegt althans dat artikel 2 EVRM geen recht om te overlijden inhoudt en ook niet een recht op zelfbeschikking in de zin dat een individu de dood boven het leven kan verkiezen.¹¹⁷ In *Pretty/Verenigd Koninkrijk* verzocht Pretty het EHRM te bevestigen dat zij recht had op hulp bij zelfdoding.¹¹⁸ Pretty leed aan een ongeneeslijke ziekte en had een pijnlijke dood in het vooruitzicht die zij wilde voorkomen

114 EHRM 7 maart 2006, nr. 6339/05, RvdW 2006, 466, § 46 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook: EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, nr. 6339/05, NJ 2007, m.nt. J. de Boer, § 56 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2004, nr. 53924/00, NJ 2006, 52, m.nt. E.A. Alkema (*Vo/Frankrijk*).

115 EHRM (Grote Kamer) 16 december 2010, nr. 25579/05, NJ 2011, 216, m.nt. E.A. Alkema, § 241 (*A. B. en C./Ierland*).

116 Zie Alkema in zijn annotatie bij: EHRM (Grote Kamer) 16 december 2010, nr. 25579/05, NJ 2011, 216, m.nt. E.A. Alkema (*A. B. en C./Ierland*).

117 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, NJ 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook: Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak 2006, p. 391-392.

118 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, NJ 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*).

door euthanasie te plegen. Haar ziekte zou Pretty echter beletten die euthanasie zelfstandig uit te voeren en in het Verenigd Koninkrijk is hulp bij zelfdoding niet toegestaan. Pretty's pleidooi slaagde niet. Het Hof overwoog: '*Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life.*'¹¹⁹

Artikel 2 EVRM ziet dus op de bescherming van het recht op leven via de wet (lid 1) en op de bescherming van het recht op leven tegen opzettelijk geweld en geweld zonder dat sprake is van opzet door openbare gezagsdragers (lid 2). De bescherming van het belang is niet beperkt tot de publiekrechtelijke sfeer. Het Hof heeft namelijk onder artikel 2 EVRM positieve verplichtingen aangenomen die op de lidstaten rusten en die de lidstaten ook verplichten voor de handhaving van het recht in de privaatrechtelijke verhouding te zorgen.

De belangen die worden beschermd via artikel 2 EVRM zijn nauw verwant aan belangen die worden beschermd in andere artikelen. Een daarvan is bijvoorbeeld artikel 3 EVRM (het verbod van foltering). Artikel 2 beschermt het recht op leven, en dus – zegt het Hof – betekent dat, dat het belang van het recht op leven (ten minste) op het spel moet staan voor een eiser een beroep kan doen op dat artikel. Dood is geen noodzakelijke voorwaarde. Het gaat erom dat het leven van de persoon over wiens recht wordt gesproken, gevaar loopt of heeft gelopen. Ingeval dat gevaar geweld behelst, moet dat geweld zodanig ernstig zijn dat het kan leiden tot de dood.¹²⁰ In *X/Oostenrijk* was daarvan bijvoorbeeld volgens de ECRM geen sprake, althans was eiser er niet in geslaagd voldoende hard te maken dat de gedwongen bloedtest die hij had ondergaan (medisch) zijn leven in gevaar had gebracht.¹²¹ In gevallen waarin een minder ernstige dreiging bestaat, heeft bestaan of zich heeft verwezenlijkt, wordt het leven van de persoon door artikel 3 EVRM, maar bijvoorbeeld ook door artikel 8 EVRM beschermd.¹²²

4.3.8.4. Is de inmenging gerechtvaardigd?

Het recht op leven is begrensd in het tweede lid van artikel 2 EVRM. Een rechtvaardigingsgrond voor de inmenging in het recht op leven volgens dat artikellid is absoluut noodzakelijk geweld. Absoluut noodzakelijk in de zin van artikel 2 EVRM is een andere noodzakelijkheid dan die is vereist onder artikelen 8-11 EVRM.¹²³ De nood-

119 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, NJ 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*). Recent heeft in het Verenigd Koninkrijk opnieuw een patiënt aandacht voor het recht op hulp bij zelfdoding/het recht om te sterven gevraagd, zie: T. Nicklinson, 'Assisted dying debate: Tony Nicklinson in his own words', *BBC News* 19 juni 2012, <www.bbc.co.uk/news/uk-england-wiltshire-18398797>.

120 ECRM 13 december 1979, D.R. 18, 154 (*X/Oostenrijk*), *admissibility decision*.

121 ECRM 13 december 1979, D.R. 18, 154, p. 156 (*X/Oostenrijk*), *admissibility decision*.

122 Zie § 4.3.9.

123 EHRM (Grote Kamer) 27 september 1995, nr. 18984/91, A-324, § 146-148 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*). Zie ook: EHRM (Grote Kamer) 24 maart 2011, nr. 23458/02, EHRC 2011, 87, § 175-176 (*Giuliani en Gaggio/Italië*), § 175-176; EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 55721/07, EHRC 2011,

zakelijkheid volgens artikel 2 EVRM moet strikter en dwingender worden begrepen dan die in de context van de artikelen 8-11 EVRM.¹²⁴

Het recht op leven is niet alleen een recht dat beschermt tegen inmenging door openbare gezagsdragers, maar kent een ruimere reikwijdte. Het Hof, het was al kort aan de orde in de vorige paragraaf, heeft onder artikel 2 EVRM positieve verplichtingen geformuleerd. Positieve verplichtingen dwingen de lidstaten actie te ondernemen om de rechten te verzekeren.¹²⁵ De positieve verplichtingen komen hier ook aan de orde omdat de verplichtingen mede de reikwijdte van de bescherming bepalen en maken dat de bescherming van het recht op leven zicht uitstrekt over de private verhouding. En het is nu juist deze dimensie die van belang is voor de handhaving van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

De positieve verplichtingen laten zich onderscheiden naar materiële en procedurele verplichtingen. De materiële verplichtingen dwingen de staten te helpen voorkomen dat inbreuk wordt gemaakt op artikel 2 EVRM. Tot die materiële verplichtingen wordt in de eerste plaats gerekend de algemene verplichting ‘*to take all appropriate steps to safeguard life for the purposes of Article 2.*’¹²⁶ De staat moet aan die verplichting (mede) gevolg geven door het invoeren van ‘*a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life.*’¹²⁷ Die wetgeving moet bovendien ook worden gehandhaafd, zodat inbreuken worden voorkomen.¹²⁸ De wetgeving die een staat verplicht is op te stellen, hoeft, voor zover deze ziet op het voorkomen van niet-opzettelijke inbreuken, geen strafrechtelijke wetgeving te zijn. Het kan in zodanige gevallen voldoende zijn om een civielrechtelijke of tuchtrechtelijke maatregel in te stellen, als de maatregel, van welke aard ook, maar werkelijk effectief is en niet alleen een maatregel op papier is.¹²⁹

In aanvulling op de materiële verplichtingen, dwingen de procedurele verplichtingen de staat ervoor te zorgen dat, heeft eenmaal een inbreuk plaatsgehad, de inbreukmakende handeling door een politiemacht wordt onderdrukt en de inbreukmaker wordt gestraft. Als er sprake is van dood door geweld, dood onder betrokkenheid van openbare gezagsdragers of de verdwijning van een persoon onder verdachte omstandigheden, moet in ieder geval ‘*some form of effective official investigation*’ plaatsvinden.¹³⁰ Dat onderzoek moet bovendien op eigen initiatief van de autoriteiten wor-

156 m.nt. M. den Heijer, § 162 (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*).

124 EHRM (Grote Kamer) 27 september 1995, nr. 18984/91, A-324, § 149 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*).

125 Over de positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM: Emaus 2011; Janis, Kay & Bradley 2008, p. 153-161; Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak (eds.) 2006, p. 353-386; Vande Lanotte & Haecq 2005, p. 48-69; Mowbray 2004, p. 7-41.

126 EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, RJ&D ECHR 2004-XII; NJ 2005, 210, § 89 (*Öneryildiz/Turkije*). Zie ook: EHRM 9 juni 1998, RJ&D ECHR 1998-III, NJ 1999, 283, § 36 (*L.C.B./Verenigd Koninkrijk*).

127 EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, RJ&D ECHR 2004-XII; NJ 2005, 210, § 89 (*Öneryildiz/Turkije*).

128 EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1998, RJ&D 1998-VIII; NJ 2000, 134, § 115 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

129 EHRM (Grote Kamer) 17 januari 2002, RJ&D ECHR 2002-I; EHRC 2002/22, § 51 (*Calvelli en Cigliò/Italië*).

130 EHRM (Grote Kamer) 27 september 1995, A-324, §161 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*). Ten

den gestart en dient ertoe ‘to secure the effective implementation of the domestic laws safeguarding the right to life.’¹³¹ Dat het juist de overheid is van wie onderzoek wordt verwacht, is omdat de overheid vaak kennis heeft van, of kennis kan verkrijgen over de omstandigheden waaronder de dood is ingetreden.¹³²

Het onderzoek moet worden opgestart, zodra de staat de dood of de verdwijning ter ore komt.¹³³ Alleen zo kan sprake zijn van een *effective investigation*. Dit vereiste van *promptness* komt voort uit het idee dat alleen op die manier vertrouwen in het recht bij de burger kan worden bewerkstelligd en een schijn van tolerantie ten aanzien van wat ongeoorloofd is, wordt vermeden.¹³⁴

De onderzoeksverplichting is geen resultaats-, maar een inspanningsverplichting.¹³⁵ Dat betekent echter niet dat de staat levensgevaarlijk gedrag al te gemakkelijk ongestraft mag laten, immers: ‘*This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts.*’¹³⁶

Als de inbreuk op het recht op leven niet met opzet is veroorzaakt, kan worden volstaan met het ter beschikking stellen van civielrechtelijke, administratieve of tuchtrechtelijke remedies aan het slachtoffer.¹³⁷ Dat ligt anders als de staat door het schenden van (materiële) preventieverplichtingen betrokken is geweest bij het ontstaan van de inbreuk op het recht op leven, bijvoorbeeld in het geval van risicovolle activiteiten.

Behalve het onderscheid naar materiële en procedurele verplichtingen, laten de positieve verplichtingen zich ook onderscheiden naar het type feitencomplex waarop ze van toepassing zijn. Het zijn de feitencomplexen van, grof gezegd, de ontneming van het leven in de zorg van openbare gezagsdragers (die is aan het begin van deze paragraaf al aan de orde geweest en wordt beheerst door de tweede paragraaf van artikel 2 EVRM), van de bedreiging van het leven door anderen (waaronder begrepen

aanzien van de vermissing: EHRM 6 oktober 2005, nr. 28299/95, § 74 (*Nesibe Haran/Turkije*).

131 EHRM (Grote Kamer) 6 juli 2005, RJ&D ECHR 2005-VII; EHRC 2005/97, § 110 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

132 EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, RJ&D ECHR 2004-XII; NJ 2005, 210, § 93 (*Öneryildiz/Turkije*).

133 EHRM (Grote Kamer) 6 juli 2005, RJ&D ECHR 2005-VII; EHRC 2005/97, § 111 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

134 EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02; NJ 2010 345, § 150 (*Opuz/Turkije*).

135 EHRM 6 oktober 2005, nr. 28299/95, § 71 (*Nesibe Haran/Turkije*).

136 EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, RJ&D ECHR 2004-XII; NJ 2005, 210, § 96 (*Öneryildiz/Turkije*).

137 In het gezondheidsrecht: EHRM (Grote Kamer) 17 januari 2002, RJ&D ECHR 2002-I; EHRC 2002/22, § 51 (*Calvelli en Cigliò/Italië*); maar ook meer algemeen: EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, RJ&D ECHR 2004-XII; NJ 2005, 210, § 92 (*Öneryildiz/Turkije*); EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02, NJ 2009, 229, § 139 (*Budayeva e.a./Rusland*).

huiselijk geweld),¹³⁸ de gezondheidszorg,¹³⁹ risicovolle activiteiten,¹⁴⁰ natuurgeweld¹⁴¹ en euthanasie.¹⁴²

Het EHRM heeft de lidstaten in sommige gevallen gezichtspunten of vereisten meegegeven aan de hand waarvan de lidstaten kunnen vaststellen of zij in bepaalde situaties actie moeten ondernemen. Het Hof heeft bijvoorbeeld in het kader van de huiselijk-geweldzaken, waarin de lidstaat zich voor de gecompliceerde vraag gesteld ziet of hij mag/moet ingrijpen om het leven van een slachtoffer te redden, als hij daarmee inbreuk maakt op het privéleven van datzelfde slachtoffer, en als het slachtoffer niet zelf het verzoek doet geholpen te worden, overwogen:

(...) there are certain factors that can be taken into account in deciding to pursue the prosecution:

- the seriousness of the offence;*
- whether the victim's injuries are physical or psychological;*
- if the defendant used a weapon;*
- if the defendant has made any threats since the attack;*
- if the defendant planned the attack;*
- the effect (including psychological) on any children living in the household; the chances of the defendant offending again;*
- the continuing threat to the health and safety of the victim or anyone else who was, or could become, involved;*
- the current state of the victim's relationship with the defendant; the effect on that relationship of continuing with the prosecution against the victim's wishes;*
- the history of the relationship, particularly if there had been any other violence in the past;*
- and the defendant's criminal history, particularly any previous violence.¹⁴³*

138 EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1998, RJ&D ECHR 1998-VIII; NJ 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema (*Osman/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 19 maart 2002, RJ&D ECHR 2002-II (*Sabuktekin/Turkije*); EHRM 31 mei 2007, nr. 7510/04; EHRC 2007/85 (*Kontrová/Slowakije*); EHRM 24 juni 2008, nr. 44587/98 (*Isaak/Turkije*); EHRM 9 oktober 2008, nr. 68216/01 (*Albekov e.a./Rusland*); EHRM 11 december 2008, nr. 21539/02 (*Trapeznikova/Rusland*); EHRM 15 januari 2009, nr. 25385/04 (*Medova/Rusland*); EHRM 15 januari 2009, nr. 46598; NJ 2009, 544 (*Branko Tomašić e.a./Kroatië*); EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04; RvdW 2010, 738 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*); EHRM 14 september 2010, nr. 2668/07; EHRC 2010/137 (*Dink/Turkije*); EHRM 25 november 2010, nr. 75726/01 (*Lyubov Efimenko/Oekraïne*). In het bijzonder ten aanzien van huiselijk geweld: EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02, NJ 2010, 345, m.nt. E.A. Alkema (*Opuz/Turkije*).

139 EHRM (Grote Kamer) 17 januari 2002, RJ&D ECHR 2002-I; EHRC 2002/22 (*Calvelli en Cigliò/Italië*); EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2004; RJ&D ECHR 2004-VIII; NJ 2006, 52, m.nt. E.A. Alkema (*Vo/Frankrijk*); EHRM 27 juni 2006, nr. 11562/05; EHRC 2006/103 (*Byrzykowski/Polen*); EHRM 23 maart 2010, nr. 4864/05; EHRC 2010/68 (*Oyal/Turkije*).

140 EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, RJ&D ECHR 2004-XII; NJ 2005, 210 (*Öneryıldiz/Turkije*); EHRM 2 september 2010, nr. 17185/02 (*Fedina/Oekraïne*); EHRM 9 november 2010, nr. 42980/04 (*Stoyanovi/Bulgarije*).

141 EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02, NJ 2009, 229 (*Budayeva e.a./Rusland*); EHRM 10 april 2012, nr. 19986/06, § 32-36 (*İlbeyi Kemaloglu en Meriye Kemaloglu/Turkije*).

142 EHRM 29 april 2002, RJ&D ECHR 2002-III; NJ 2004, 543, (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*).

143 EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02, NJ 2010, 345, m.nt. E.A. Alkema, § 138 (*Opuz/Turkije*).

In *Osman/Verenigd Koninkrijk* heeft het Hof vereisten geformuleerd voor situaties waarin het leven van een persoon door een ander wordt bedreigd.¹⁴⁴ Het Hof overwoog:

*(...) it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.*¹⁴⁵

Een staat moet dus actie ondernemen als hij op de hoogte is (of: kan zijn, dat lijkt een zekere onderzoeksplicht te veronderstellen) van het bestaan van een werkelijk en direct gevaar door criminele activiteiten van een derde, dat een identificeerbare groep burgers bedreigt, en als de staat competent is om maatregelen te treffen, waarvan mag worden aangenomen dat die dat gevaar kunnen wegnemen. De verplichting is overigens inmiddels niet meer toegespitst op gevaren die anderen betekenen voor het recht op leven van een burger, maar bestaat bijvoorbeeld ook als de natuur een bedreiging vormt voor het leven van een persoon.

In *Ilbeyi Kemalolu en Meriye Kemalolu/Turkije* was bijvoorbeeld het tragische ongeval aan de orde dat de zoon van eisers was overkomen.¹⁴⁶ Op 22 januari 2004 was de schooldag in Istanbul vervroegd opgeschort vanwege slechte, winterse weersomstandigheden. Eisers' zoon werd altijd met een shuttlebus naar school en terug naar huis vervoerd. De vervroegde opschorting van de schooldag was niet doorgegeven aan de busvervoerder en toen eisers' zoon dat vernam, besloot hij te voet naar huis terug te keren. Die tocht in het slechte weer werd hem fataal. Hij werd de volgende dag doodgevroren gevonden. Het Hof overwoog bij het uitzetten van het beoordelingskader:

'The Court reiterates that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction.

(...)

Such positive obligation has been found to arise in a range of different contexts examined so far by the Court.

(...)

For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time, of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual and, if so, that they failed to take measures within the

144 EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1998, nr. 87/1997/871/1083, NJ 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema, § 116 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

145 EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1998, nr. 87/1997/871/1083, NJ 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema, § 116 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*). De vereisten gelden nog steeds als standaard. Zie: EHRM 10 april 2012, nr. 19986/06, § 36 (*Ilbeyi Kemalolu en Meriye Kemalolu/Turkije*); EHRM 16 februari 2012, nr. 23944/04, § 110 (*Eremiášová en Pechová/Tsjechië*); EHRM 14 februari 2012, nr. 9296/06, § 90 (*Shumkova/Rusland*).

146 EHRM 10 april 2012, nr. 19986/06, § 32-36 (*Ilbeyi Kemalolu en Meriye Kemalolu/Turkije*).

*scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.*¹⁴⁷

De oorzaak van het gevaar speelt wel een rol in de omvang van de verplichtingen. Het Hof besliste in *Budayeva e.a./Rusland*, waarin eisers waren getroffen door een modderstroom en de overheid verweten het nemen van voldoende maatregelen te hebben nagelaten namelijk: *‘The scope of the positive obligations imputable to the State in the particular circumstances would depend on the origin of the threat and the extent to which one or the other risk is susceptible to mitigation.’*¹⁴⁸

4.3.8.5. Artikel 2 en artikel 13: vergoeding in geval van overlijden

Klachten over het ontbreken van een effectief rechtsmiddel voor de handhaving van het recht op leven (artikel 2 jo. artikel 13 EVRM) hebben tot overwegingen door het EHRM aanleiding gegeven die Wijnakker (voor Nederlands recht) tot de stelling hebben geleid dat vergoeding van affectieschade via het EVRM ook in Nederland mogelijk is.¹⁴⁹ Het Hof heeft in het kader van de artikelen 2 jo. 13 EVRM overwogen, dat, ingeval sprake is van een schending van artikel 2 EVRM (of artikel 3 EVRM) compensatie vanwege immateriële schade (*non-pecuniary damage*) een beschikbare remedie moet zijn. Gezien het onderwerp van deze studie wordt hier kort stilgestaan bij deze ontwikkeling. De overwegingen die in het kader van de beoordeling van remedies vanwege schendingen van fundamentele rechten worden gedaan, kunnen immers in het bijzonder bij de beantwoording van de centrale probleemstelling van belang zijn.

Artikel 13 EVRM beschermt het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel en bepaalt: ‘Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.’ Artikel 13 EVRM garandeert de beschikbaarheid van een effectieve remedie om de essentie van EVRM-rechten en vrijheden te waarborgen: *‘The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief. The scope of the Contracting States’ obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant’s complaint; however, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law.’*¹⁵⁰ In een aantal zaken waarin eisers klaagden over een schending van artikel 2 EVRM, hebben zij ook gemeend dat in dat kader hun recht op een effectief daadwerkelijk rechtsmiddel was geschonden. Nu eens zag die klacht op de (on)bestaanbaarheid van een daadwerkelijk rechtsmiddel

147 EHRM 10 april 2012, nr. 19986/06, § 32-36 (*Ilbeyi Kemaloglu en Meriye Kemaloglu/Turkije*).

148 EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02, NJ 2009, 229, § 137 (*Budayeva e.a./Rusland*).

149 Wijnakker 2010. En ook: Lindenberg 2010, p. 1532.

150 EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, nr. 30696/09, § 288 (*M.S.S./België en Griekenland*); EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, RJ&D ECHR 2000-XI, § 157 (*Kudla/Polen*).

om de omstandigheden waaronder een persoon was gedood boven tafel te krijgen,¹⁵¹ dan weer klaagden eisers over de (on)bestaanbaarheid van rechtsmiddelen om vergoeding te verkrijgen voor geleden materiële en immateriële schade. Die laatste soort klachten zijn onderwerp van deze paragraaf.

In *Z. e.a./Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM aangenomen dat compensatie voor immateriële schade (*non-pecuniary damage*) steeds beschikbaar moet zijn als onderdeel van de verhaalsmogelijkheden (*range of redress*).¹⁵² In *Z. e.a./Verenigd Koninkrijk* was de verwaarlozing en mishandeling van vier kinderen in het Verenigd Koninkrijk aan de orde, en, meer in het bijzonder, het nalaten van de staat om in te grijpen in de thuissituatie van de kinderen. De kinderen klaagden onder meer over schendingen van het verbod van foltering (artikel 3 EVRM) en van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (artikel 13 EVRM). De klacht ten aanzien van het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel hield in dat de vier eisers naar nationaal recht geen remedie ter beschikking hadden voor de schade die zij hadden geleden als gevolg van het nalaten door de autoriteiten om in te grijpen en hen te beschermen. Het Hof overwoog daarop dat compensatie voor immateriële schade in principe als remedie ter beschikking moet zijn, als de autoriteiten hebben nagelaten om bescherming te bieden tegen inbreukmakende handelingen door anderen, en dat nalaten door de staten een schending van artikel 2 of 3 EVRM betekent.¹⁵³ Het is van belang te realiseren dat de vier kinderen in deze zaak dus voor zichzelf en van de overheid (en niet van hun ouders, de zogenaamde primaire inbreukplegers) een vergoeding wensten.

In het op *Z. e.a./Verenigd Koninkrijk* volgende *Paul en Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk* klaagden de beide ouders van Christopher Edwards over het gebrek aan een daadwerkelijk rechtsmiddel in de context van het overlijden van hun zoon in de gevangenis door geweldpleging van een medegevangene. Het EHRM overwoog in deze zaak opnieuw dat, als er sprake is van een schending van artikel 2 of 3 EVRM, compensatie voor immateriële schade in principe onder de beschikbare verhaalsmogelijkheden moet zijn. Het Hof merkte daarbij op dat de autoriteiten in dit geval hadden gefaald om het leven van eisers' zoon te beschermen en te voorzien in een afdwingbare vergoedingsmogelijkheid voor de schade die daardoor was geleden, en stelde: *'In the Court's view, this is an essential element of a remedy under Article 13 for a bereaved parent.'*¹⁵⁴ Zoals in *Z. e.a./Verenigd Koninkrijk* wensten de eisers in *Paul*

151 EHRM 13 juni 2002, RJ&D ECHR 2002-IV (*Angelova/Bulgarije*); EHRM 24 mei 2005, nr. 25660/94 (*Süheyla Aidin/Turkije*).

152 EHRM (Grote Kamer) 10 mei 2001, nr. 29392/95, EHRC 2001, 46, m.nt. Brems, § 109 (*Z. e.a./Verenigd Koninkrijk*). Zie: EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99, § 97 (*Paul en Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99, § 171 (*Bubbins/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00, § 35 (*Zavoloka/Letland*). En in opmaat naar de beslissing: EHRM 19 februari 1998, nr. 158/1996/777/978, § 107 (*Kaya/Turkije*). En kort voor *Z. e.a./Verenigd Koninkrijk* oordeelde het Hof overigens in kleinere samenstelling in dezelfde zin: EHRM 3 april 2001, nr. 27229/95 (*Keenan/Verenigd Koninkrijk*).

153 EHRM (Grote Kamer) 10 mei 2001, nr. 29392/95, EHRC 2001, 46, m.nt. Brems, § 109 (*Z. e.a./Verenigd Koninkrijk*).

154 EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99, EHRC 2002, 36, m.nt. De Jonge, § 101 (*Paul en Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*).

en *Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk* ook een vergoedingsmogelijkheid jegens de staat. Anders dan in *Z. e.a./Verenigd Koninkrijk*, waarin de primaire slachtoffers vergoeding voor zichzelf wensten, wensten Paul en Audrey Edwards vergoeding vanwege het overlijden van hun zoon, voor zichzelf en als erfgenamen van hun zoon (i.e. dus niet vanwege gevaar voor hun eigen leven). Bij *Z. e.a./Verenigd Koninkrijk en Paul and Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk* aanhakend, voegde het EHRM in *Budayeva e.a./Rusland* aan zijn overweging, dat een vergoedingsmogelijkheid voor materiële en immateriële schade in principe deel moet uitmaken van de ter beschikking zijnde remedies, overigens toe: ‘*On the other hand, neither Article 13 nor any other provision of the Convention guarantees an applicant a right to secure the prosecution and conviction of a third party or a right to “private revenge”*’.¹⁵⁵

Op *Paul en Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk* volgde in deze context de zaak-*Bubbins/Verenigd Koninkrijk*.¹⁵⁶ In *Bubbins/Verenigd Koninkrijk* klaagde Theresa Bubbins over een politieactie tegen haar broer, Michael Fitzgerald, met dodelijke afloop voor de laatste. De politie was opgeroepen vanwege een vermeende inbreker in Fitzgeralds huis. Die inbreker bleek een dronken Fitzgerald zelf te zijn en een vermeend pistool in handen van de ‘inbreker’ bleek een replica. Ofschoon het EHRM reeds had vastgesteld dat er geen sprake was van een inbreuk op artikel 2 EVRM, weerhield dat het Hof er niet van te overwegen dat Bubbins een *arguable claim* had in de zin van artikel 13 EVRM, noodzakelijk om toe te komen aan de beoordeling onder artikel 13 EVRM. Het Hof herhaalde opnieuw dat als er sprake is van een schending van artikel 2 of 3 EVRM, compensatie voor immateriële schade in principe beschikbaar moet zijn als onderdeel van de verhaalsmogelijkheden: ‘*The Court recalls in this connection that it has already had occasion to declare that in the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should, in principle, be available as part of the range of redress*’.¹⁵⁷ De kans op toewijzing van Bubbins’ vordering door de Engelse rechter achtte het EHRM nihil en dat maakte dat het EHRM verwachtte dat die onmogelijkheid voor eiser zou betekenen dat een verzoek van haar om rechtsbijstand om een procedure tegen de politie te starten, vrijwel zeker negatief zou uitwerken. Het Hof concludeerde tot een schending van artikel 13 EVRM.

In *Kontrová/Slowakije* heeft het Hof zijn ingezette koers verder voortgezet, toen het moest beslissen over de vraag of er sprake was van een schending van artikel 13 EVRM, aangezien er voor Kontrová geen actie ter beschikking was voor de vergoeding van de schade die zij en haar overleden kinderen hadden geleden, door de moord op die laatsten.¹⁵⁸ Hun vader had de kinderen en zichzelf vermoord. Eiseres had vóór de moord bij de politie aangifte gedaan van mishandeling en verweet de politie na het zich voltrekken van het drama nalatigheid. Het Hof kwam tot de conclusie dat de politie niet aan zijn uit de aangifte voortkomende verplichtingen had voldaan en

155 EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02, NJ 2009, 229, § 191 (*Budayeva e.a./ Rusland*).

156 EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99, RJ&D ECHR 2005-II (*Bubbins/Verenigd Koninkrijk*).

157 EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99, RJ&D ECHR 2005-II, § 171 (*Bubbins/Verenigd Koninkrijk*).

158 EHRM 31 mei 2007, nr. 7510/04; EHRC 2007/85 (*Kontrová/Slowakije*).

dat sprake was van een schending van artikel 2 EVRM: ‘*In response to the applicant’s situation, under the applicable provisions of the CCP and service regulations, the police had an array of specific obligations. (...) However, as established by the domestic courts, the police failed to ensure that these obligations were complied with.*’¹⁵⁹ Er was bovendien sprake van een schending van artikel 13 EVRM, omdat eiser geen schadevergoedingsactie voor de immateriële schade van eiseres zelf en van haar kinderen ter beschikking had jegens de politie. Het Hof leidde zijn overweging in met aandacht voor zijn eigen schadevergoedingspraktijk: ‘*The Court itself will in appropriate cases award just satisfaction, recognising pain, stress, anxiety and frustration as rendering appropriate compensation for non-pecuniary damage. It has previously found that, in the event of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of possible remedies.*’¹⁶⁰

In *Kontrová/Slowakije* was, zoals ook in *Paul en Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*, dus niet alleen de vraag naar een vorderingsactie jegens de staat ten behoeve van de (erven van de) primaire slachtoffers, maar ook voor eiser (moeder Kontrová) zelf, vanwege haar lijden door het verlies van de kinderen als gevolg van moord.¹⁶¹

In *Zavoloka/Letland* kwam dan vooreerst expliciet de vraag aan de orde of de staat een vergoedingsmogelijkheid voor geleden immateriële schade ten opzichte van de (private) benadeler dient te creëren.¹⁶² Aan de orde was een auto-ongeval waarbij eiseres’ dochtertje (toen 12 jaar) om het leven was gekomen. In het Letse recht was (bleek in cassatie) niet voorzien in een grondslag voor vergoeding van de door eiser geleden morele schade.¹⁶³ Deze, naar zijn aard privaatrechtelijke zaak was volgens het Hof fundamenteel anders dan die waarin de staat een verwijt wordt gemaakt ten aanzien van het overlijden van een persoon.¹⁶⁴ Het Hof wilde het bestaan van een absolute verplichting hier niet aannemen, vanwege de grote diversiteit die bestaat in de lidstaten ten aanzien van de vergoedingsmogelijkheden voor geleden morele schade in geval van overlijden in de privaatrechtelijke context.¹⁶⁵ Terecht merkt Wijnakker daarbij op dat dit argument mogelijk al achterhaald was toen het werd opgeschreven, namelijk omdat in veel lidstaten de vergoeding van affectieschade wel degelijk mogelijk is.¹⁶⁶ Zij posteert verder terecht de vraag waarom dit argument voor deze zaak dragend was, terwijl de rechtspraktijk in de verschillende lidstaten ten aanzien van de vergoeding van affectieschade in *Bubbins/Verenigd Koninkrijk* niet eens aan de orde is geweest: ‘Het is te makkelijk om de volledige rechtvaardiging daarvoor te zoeken in het feit dat Bubbins om het leven was gebracht door een ambtenaar en

159 EHRM 31 mei 2007, nr. 7510/04; EHRC 2007/85, § 53-54 (*Kontrová/Slowakije*).

160 EHRM 31 mei 2007, nr. 7510/04; EHRC 2007/85, § 64 (*Kontrová/Slowakije*).

161 EHRM 31 mei 2007, nr. 7510/04; EHRC 2007/85, § 65 (*Kontrová/Slowakije*).

162 EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00, EHRC 2009, 115, m.nt. Brems (*Zavoloka/Letland*).

163 EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00, EHRC 2009, 115, m.nt. Brems, § 6-14 (*Zavoloka/Letland*).

164 EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00, EHRC 2009, 115, m.nt. Brems, § 39 (*Zavoloka/Letland*).

165 EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00, EHRC 2009, 115, m.nt. Brems, § 40 (*Zavoloka/Letland*).

166 Keirse 2009-III.

Zavoloka door een burger, nu het EHRM met andere uitspraken indirect duidelijk maakt, dat het EVRM in beginsel ook kan doorwerken in verhoudingen tussen burgers onderling.¹⁶⁷

Het EHRM heeft dus inderdaad aangenomen dat vergoeding van immateriële schade van naasten in geval van overlijden van hun (in deze zaken steeds) familieleden mogelijk moet zijn bij een schending door de staat van artikel 2 of 3 EVRM. Het Hof heeft onvoldoende eenduidigheid in de nationale rechtssystemen gevonden, om tot eenzelfde oordeel te komen ingeval de eisende partij die vergoeding van een (andere) private partij wenst te verkrijgen vanwege een schending van artikel 2 of 3 EVRM, een private partij is. Het is voor het Hof in de context van de vergoeding van immateriële schade vanwege de schending van het recht op leven of het verbod van foltering belangrijk dat er sprake is van een schending van een van de meest fundamentele rechten, maar ook dat de vergoeding voor de getroffen en een essentieel onderdeel van een verhaalsmogelijkheid is. Verder blijkt van belang – het EHRM overweegt dat ook in de context van artikel 2 jo. 13 EVRM – dat het zelf onder artikel 41 EVRM *just satisfaction* toekent ter erkenning van *pain, stress, anxiety and frustration*.

4.3.9. Artikel 8 EVRM: recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven

4.3.9.1. Inleiding

Artikel 8 EVRM beschermt het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven. Het eerste lid van artikel 8 bepaalt: ‘Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.’ In het tweede lid is daaraan toegevoegd: ‘Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’ Artikel 8 EVRM is een relatief recht – het staat volgens het tweede lid een inmenging toe – en een niet-*notstands*fest recht.¹⁶⁸ In de jaarverslagen van het EHRM wordt artikel 8 EVRM tot de *civil and political rights* gerekend.¹⁶⁹

Artikel 8 EVRM beschermt een viertal te onderscheiden (hoofd)belangen, namelijk de belangen van het privéleven, van het familie- en gezinsleven, van de woning en van de correspondentie. Wat betreft de normstelling die het artikel inhoudt, schrijft De Hert treffend: ‘Art. 8 EVRM vormt een normatief open bepaling, die verwijst naar een niet door het rechtssysteem gecreëerde, maar daaraan voorgegeven persoonlijke en/of maatschappelijke realiteit.’¹⁷⁰

167 Wijnakker 2010, p. 314.

168 Zie § 4.3.2.

169 *Annual Report 2011 European Court of Human Rights*, p. 93.

170 De Hert, in: Vande Lanotte & Haec 2004, p. 722.

4.3.9.2. De beschermde belangen onder artikel 8 EVRM

4.3.9.2.1. Privéleven

Privéleven: algemeen

Het begrip ‘privéleven’ in artikel 8 EVRM is een breed begrip en is niet te vatten in een alomvattende definitie: ‘*The Court reiterates that private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition.*’¹⁷¹ Toch kan in algemene zin worden gezegd dat de garanties die artikel 8 EVRM biedt zijn gericht op de verzekering van de ontwikkeling van de persoonlijkheid van het individu in zijn relaties met anderen, zonder dat die ontwikkeling wordt verstoord door invloeden van buiten.¹⁷² De bescherming die een persoon geniet onder artikel 8 EVRM betekent bescherming van een bepaalde sfeer. Die sfeer vindt zijn begrenzing niet in de voordeur, maar strekt zich ook uit over het openbare leven van een persoon.¹⁷³

In de rechtspraak van het EHRM is een groot aantal (sub)belangen erkend die op bescherming via de band van artikel 8 EVRM mogen rekenen. Die belangen zijn terug te voeren tot een aantal algemene thema’s, te weten de thema’s van de geestelijke en lichamelijke integriteit (*physical and moral/psychological integrity*),¹⁷⁴ persoonsinformatie (*information relating to one’s private life*),¹⁷⁵ leefomgeving (*environment*),¹⁷⁶ (fysieke en sociale) identiteit (*physical and social identity*),¹⁷⁷ persoonlijke autonomie of zelfbeschikking (*personal autonomy, self-determination*),¹⁷⁸ persoonlijke ontwikkeling (*personal development*),¹⁷⁹ het aangaan en ontwikkelen van relaties met anderen (*to establish and develop relationships with other human beings*),¹⁸⁰ en elementen in de persoonlijke sfeer waartoe in ieder geval worden gerekend naam,¹⁸¹ geslachtsidentificatie,¹⁸² seksuele geaardheid en seksleven¹⁸³ (*elements such as gender identification, name and sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere*).¹⁸⁴

Bij de bescherming van het privéleven staat de vrijheid van de persoon centraal, die uiteenvalt in de vrijheid van overheidsingrijpen en ongenode inmenging door

171 EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, NJ 1993, 400, m.nt. E.J. Dommering, § 29 (*Niemietz/Duitsland*).

172 EHRM (Grote Kamer) 7 februari 2012, nrs. 40660/08 and 60641/08, § 95 (*Van Hannover/Duitsland-II*).

173 EHRM (Grote Kamer) 7 februari 2012, nrs. 40660/08 and 60641/08, § 95 (*Van Hannover/Duitsland-II*).

174 EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80, § 22 (*X en Y/Nederland*).

175 EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81, § 48 (*Leander/Zweden*).

176 EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90, § 51 (*López Ostra/Spanje*).

177 EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99, § 53 (*Mikulic/Kroatie*).

178 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, § 61 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*).

179 EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, § 47 (*Bensaid/Verenigd Koninkrijk*).

180 EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, NJ 1993, 400, m.nt. E.J. Dommering, § 29 (*Niemietz/Duitsland*).

181 EHRM 22 februari 1994, nr. 16213/90, § 24 (*Burghartz/Oostenrijk*).

182 EHRM (Plenair) 25 maart 1992, nr. 13343/87, § 63 (*B./Frankrijk*).

183 EHRM (Plenair) 22 oktober 1981, nr. 7525/76, § 41 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*).

184 Vgl. de categorisering van Moreham, Moreham 2008, p. 49-79. Het verdient overigens opmerking dat Moreham niet spreekt over belangen, maar rechten op vrijheden, en onderscheid maakt tussen ‘rechten op vrijheden van ...’ en ‘rechten op vrijheden om te ...’.

anderen enerzijds en de vrijheid tot zelfontplooiing anderzijds.¹⁸⁵ De overheid dient zich dus enerzijds te onthouden van inmenging in de vrijheid, maar moet ook zorg dragen voor omstandigheden die een individu in de gelegenheid brengen om zich werkelijk te kunnen ontplooiën. Het belang van de persoonsinformatie valt zo uiteen in een belang bij informatie ter ontplooiing van de persoon en anderzijds een belang bij informatie vanwege de inmenging door de overheid door informatie te verzamelen en op te slaan en zich tegen de verdergaande inmengingen te kunnen wapenen.

Geestelijke en lichamelijke integriteit

Het privéleven bergt in de eerste plaats het belang bij geestelijke en lichamelijke integriteit in zich. Een verstoring van de geestelijke of lichamelijke integriteit betekent niet noodzakelijkerwijs een inmenging in het recht op respect voor het privéleven onder lid 1. Het EHRM nam in *Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk* bijvoorbeeld aan dat Jeremy, een minderjarige jongen die op de (privé)school waar hij onderwijs genoot werd blootgesteld aan lijfstraffen, geen slachtoffer was van een zodanige behandeling dat die binnen het bereik van artikel 8 EVRM viel.¹⁸⁶ In *Bensaid/Verenigd Koninkrijk* overwoog het EHRM ten aanzien van de geestelijke integriteit dat mentale gezondheid moet worden beschouwd als een cruciaal aspect van het privéleven dat nauw verbonden is met de geestelijke integriteit. De bescherming van iemands geestelijke stabiliteit is een essentiële voorwaarde voor het (effectief) kunnen genieten van het recht op respect voor het privéleven.¹⁸⁷

De geestelijke en lichamelijke integriteit vindt ook bescherming in artikel 3 EVRM. Die bescherming verhoudt zich in die zin tot die in artikel 8 EVRM dat artikel 3 EVRM, als een van de kernbepalingen in het EVRM, een strikter toepassingsbereik heeft dan artikel 8 EVRM. Voor de toepassing van artikel 3 EVRM is noodzakelijk dat de inmenging voldoet aan een zekere mate van hevigheid (*severity*). Als eenmaal een schending van artikel 3 EVRM is vastgesteld en eisers klacht ten aanzien van het recht op respect voor het privéleven een gelijksoortige klacht behelst, wordt die klacht vaak niet behandeld.

Persoonsinformatie

Het recht op privéleven bergt ook bescherming van het belang bij persoonsinformatie in zich. Het EHRM nam dat in de jaren tachtig aan in de zaak-*Leander/Zweden*.¹⁸⁸ In *Leander/Zweden* stond de zaak van timmerman Torsten Leander centraal, die zijn diensten door het *Naval Museum* plots geweigerd zag, na twee weken in dat museum te hebben gewerkt. Leander werd naar huis gestuurd in afwachting van een onderzoek dat naar hem was ingesteld vanwege de aangrenzende, beveiligde militaire basis. In de zaak was de klacht aan de orde dat niets in Leanders persoonlijke of politieke achtergrond kon worden beschouwd als van zodanige aard dat het noodzakelijk was om gegevens over zijn privéleven op te nemen in het *Security Department's register*.

185 Marshall 2008, p. 3.

186 EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87, 36 (*Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk*).

187 EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98 (*Bensaid/Verenigd Koninkrijk*).

188 EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81, (*Leander/Zweden*).

Partijen waren het er over eens dat dat was gebeurd en dat Leander niet in de gelegenheid was geweest om de opname in het register te weerleggen. De opslag en het gebruik van de gegevens, en het niet in de gelegenheid brengen van Leander om zijn status in het register te weerleggen, betekende inmenging in de zin van artikel 8 lid 1 EVRM.¹⁸⁹

Informatie die voor bescherming in aanmerking komt onder artikel 8 EVRM is niet uitsluitend informatie over een persoons privéleven. In *Rotaru/Roemenië* werd door de staat informatie over Rotaru opgeslagen die niet zozeer zijn privéleven betrof, als wel zijn publieke leven.¹⁹⁰ Daarbij valt te denken aan informatie met betrekking tot de studies die Rotaru had genoten, informatie over door hem ondernomen politieke activiteiten, en zijn strafblad. De publieke aard van de informatie stond niet aan toepassing van artikel 8 EVRM in de weg. Het Hof overwoog dat deze informatie, wanneer die systematisch wordt verzameld en wordt opgeslagen bij een orgaan van de staat, binnen het bereik van het privéleven valt.¹⁹¹

De zaken *Leander/Zweden* en *Rotaru/Roemenië* illustreren de situatie van de overheid die door een ‘doen’ inbreuk op het recht op privéleven maakt, maar de persoonsinformatie is ook op andere wijze een beschermenswaardig belang in de zin van artikel 8 EVRM. Terwijl persoonsinformatie wetenswaardigheden inhoudt over een persoon ten aanzien waarvan de betreffende persoon zelf mag bepalen met wie het die wil delen, kan er evenzeer sprake van zijn dat een persoon informatie over zijn persoon mist die hem belet zichzelf te ontwikkelen. De zaak-*Gaskin/Verenigd Koninkrijk* illustreert dat. Gaskin was opgegroeid in verschillende pleeggezinnen en probeerde sinds hij meerderjarig was geworden informatie te verkrijgen over zijn zorgverleden.¹⁹² Hij probeerde te achterhalen waar hij had verbleven en onder welke omstandigheden, zodat hij de problemen die hij met zich meedroeg als gevolg van zijn zorgverleden zou kunnen overwinnen. Informatie over zijn verleden was door de overheid verzameld en opgeslagen, maar bleek niet toegankelijk voor Gaskin. Het EHRM besloot in de zaak dat sprake was van een schending van artikel 8 EVRM, omdat in het Verenigd Koninkrijk niet was voorzien in een onafhankelijk orgaan dat in laatste instantie zou moeten besluiten over de toegang tot de informatie als die door een medewerker van de opslaglocatie was geweigerd of als überhaupt geen medewerker over de toegang zou hebben kunnen beslissen.¹⁹³

In het verlengde van *Gaskin/Verenigd Koninkrijk* ligt de uitspraak van het Hof in *Mikulić/Kroatië*.¹⁹⁴ Mikulić verlangde erkenning van het vaderschap door haar biologische vader. Het Hof overwoog in deze zaak dat eenieder onder artikel 8 EVRM het recht heeft op informatie over zijn identiteit.¹⁹⁵ Het beschermde belang van de informatie overlapt dus het belang bij de ontwikkeling van een persoons persoonlijkheid,

189 EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81, § 9-17 (*Leander/Zweden*).

190 EHRM (Grote Kamer) 4 mei 2000, nr. 28341/95 (*Rotaru/Roemenië*).

191 EHRM (Grote Kamer) 4 mei 2000, nr. 28341/95, § 44 (*Rotaru/Roemenië*).

192 EHRM (Plenair) 7 juli 1989, nr. 10454/83 (*Gaskin/Verenigd Koninkrijk*).

193 EHRM (Plenair) 7 juli 1989, nr. 10454/83, § 50 (*Gaskin/Verenigd Koninkrijk*).

194 EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99 (*Mikulić/Kroatië*).

195 EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99, § 54 (*Mikulić/Kroatië*).

en de kennis over een persoons identiteit. Het belang bij informatie overlapt overigens ook met het belang van de leefomgeving, dat dadelijk aan de orde is.

De opslag en het gebruik van persoonsinformatie heeft de laatste decennia een grote ontwikkeling doorgemaakt met de ontwikkeling van technologieën die nieuwe persoonsinformatie vrijgeven (denk aan DNA-profielen),¹⁹⁶ en de ontwikkeling van technologieën die de opslag ervan vergemakkelijken (denk aan computers). De grootschalige opslag van informatie gebeurt niet uitsluitend door de overheid, maar ook door private partijen, en dus krijgt het belang bij persoonsinformatie ook een steeds grotere rol in horizontale verhoudingen. Illustratief is het gebruik van *cookies* voor reclamedoeleinden.¹⁹⁷

Deze technologische ontwikkelingen hebben de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa er recent toe gebracht een resolutie aan te nemen die ziet op de mensenrechtenaspecten van biometrie (de vaststelling van meetbare eigenschappen van levende wezens).¹⁹⁸ De Parlementaire Vergadering roept de lidstaten op hun (privacy)wetgeving te herzien en aan te passen aan de ontwikkelingen van biometrische technieken. Een half jaar na deze resolutie heeft de Parlementaire Vergadering een resolutie aangenomen voor de bescherming van privacy en persoonsinformatie op het internet en in online media.¹⁹⁹ De Parlementaire Vergadering heeft zich kort gezegd bezorgd getoond over de ontwikkelingen op het gebied van informatie- en communicatietechnologiesystemen (ICT-systemen) en het inbreken daarin (het zogenaamde *hacken*), alsook over de *identity traces* die personen in toenemende mate via het gebruik van ICT-systemen achterlaten. Een belangrijke overweging van de Parlementaire Vergadering houdt de bekrachtiging in van het recht op bescherming van de privacy en persoonsinformatie als fundamenteel recht, dat op de staten een verplichting legt om te voorzien in een adequaat wetgevingskader voor de bescherming van privacy en persoonsinformatie tegen inbreuken door staten, maar ook door anderen.

De ontwikkeling in het denken over de bescherming van persoonsinformatie wordt niet alleen geïllustreerd aan de hand van deze documenten van de Parlementaire Vergadering. Ook de benadering door het EHRM van het belang bij bescherming van de persoonsinformatie dient als voorbeeld van de ontwikkeling in het denken over bescherming van persoonsinformatie. Alkema merkt in zijn annotatie bij *S. en Marper/Verenigd Koninkrijk* terecht op dat het EHRM het beschermingsbereik van artikel 8 EVRM daar heeft opgerekent.²⁰⁰

196 Zie: EHRM (Grote Kamer) 4 december 2008, nrs. 30562/04 and 30566/04, NJ 2009, 410, m.nt. E.A. Alkema (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*).

197 Zie: Hijink 2011.

198 Resolutie 1797 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (11 maart 2011), *The need for a global consideration of the human rights implications of biometrics*, <assembly.coe.int>.

199 Resolutie 1843 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (7 oktober 2011), *The protection of privacy and personal data on the Internet and online media*, <assembly.coe.int>.

200 Alkema in zijn annotatie bij: EHRM (Grote Kamer) 4 december 2008, nrs. 30562/04 and 30566/04, NJ 2009, 410, m.nt. E.A. Alkema (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*).

In *S. en Marper/Verenigd Koninkrijk* was de opslag van persoonsinformatie in de zin van celmateriaal, vingerafdrukken en DNA-profielen aan de orde. Beide eisers – S. en Marper – waren verdacht van strafrechtelijke feiten, maar waren ook respectievelijk vrijgesproken en niet vervolgd vanwege intrekking van de aanklacht. Ondanks de vrijspraak en niet-vervolgving was er persoonsinformatie van S. en Marper opgeslagen. Dat was in het Verenigd Koninkrijk mogelijk vanwege vrij vage en ruime wetgeving. Het Hof sprak enkele jaren eerder nog over vingerafdrukken als ‘*neutral identifying features*’,²⁰¹ maar in *S. en Marper/Verenigd Koninkrijk* meende het dat vingerafdrukken objectief unieke informatie over een individu in zich dragen en gebruik ervan zodoende een schending van artikel 8 EVRM kan opleveren.²⁰²

De (veilige) leefomgeving

Een derde beschermenswaardig belang dat door het EHRM is afgeleid uit het bredere belang van het privéleven, is het belang van de (veilige) leefomgeving. Het EHRM heeft dat belang aangenomen in *Powell en Rayner/Verenigd Koninkrijk*, waarin de geluidshinder vanwege Heathrow Airport werd aangenomen eisers’ privéleven aan te tasten. Het belang heeft verder gezicht gekregen in *López Ostra/Spanje* waarin het Hof, anders dan in *Powell en Rayner/Verenigd Koninkrijk*, ook tot de conclusie kwam dat sprake was van een schending van artikel 8 EVRM.²⁰³

In *López Ostra/Spanje* klaagde mevrouw López Ostra, woonachtig in Lorca, over overlast die zij ondervond van een fabriek voor de gezamenlijke afvalwerking van verschillende leerlooierijen op twaalf meter afstand van haar woning. Die overlast kwam onder meer tot uitdrukking in serieuze gezondheidsproblemen bij López Ostra zelf en bij familieleden. Op 9 september 1998 werd een deel van de fabriek gesloten, maar dat deed er niet aan af dat López Ostra hinder bleef ondervinden. Zij klaagde daar uiteindelijk over voor het EHRM, dat overwoog: ‘*Naturally, severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health.*’²⁰⁴ Het Hof besliste dat de staat in de zaak van López Ostra geen redelijke afweging had gemaakt tussen het economische belang van de stad Lorca bij het voortbestaan van de fabriek en het belang van López Ostra, en kwam tot de conclusie dat sprake was van een schending van artikel 8 EVRM.

López Ostra/Spanje lijkt de voorbode te zijn geweest voor meer zaken waarin is geklaagd over de schending van artikel 8 EVRM vanwege activiteiten in de leefom-

201 EHRM 7 december 2006, nr. 29514/05, EHRC 2007, 40, m.nt. Koops (*Van der Velden/Nederland*), *admissibility decision*.

202 EHRM (Grote Kamer) 4 december 2008, nrs. 30562/04 and 30566/04, NJ 2009, 410, m.nt. E.A. Alkema (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*). Alkema in zijn annotatie onder 2 bij: EHRM (Grote Kamer) 4 december 2008, nrs. 30562/04 and 30566/04, NJ 2009, 410, m.nt. E.A. Alkema (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*).

203 EHRM 21 februari 1990, nr. 9310/81, A-172 (*Powell en Rayner/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90 (*López Ostra/Spanje*).

204 EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90 (*López Ostra/Spanje*).

geving.²⁰⁵ In *Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk* was overlast door Heathrow Airport aan de orde. Het Hof nam aan dat het in zaken als deze, waarin de aantasting van de leefomgeving centraal staat, twee aspecten ten aanzien van beslissingen die de overheid heeft genomen die raken aan milieuproblemen kan onderzoeken. In de eerste plaats is dat het materiële aspect van de beslissing om vast te stellen dat de beslissing in overeenstemming is met artikel 8 EVRM. En ten tweede is dat het procedurele aspect, om vast te stellen of redelijk gewicht is toegekend aan de belangen van eisers.²⁰⁶

Niet iedere aantasting van de leefomgeving van eiser is ook een inmenging in het privéleven in de zin van artikel 8 EVRM. Er moet sprake zijn van een *minimum level* aan vervuiling. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of het minimum niveau is bereikt. Het minimum niveau is een relatief begrip. Bij de vaststelling van een al of niet overschrijding van het niveau speelt een aantal factoren een rol, waaronder de intensiteit en de duur van de overlast, de geestelijke en lichamelijke effecten die de aantasting met zich brengt, alsook de algemene context van de leefomgeving, van het milieu. Er kan bijvoorbeeld geen sprake zijn van een inbreuk als het niveau van overlast de omgevingsgevaaren die inherent zijn aan het leven in iedere moderne stad niet overstijgt.²⁰⁷ Of anders gezegd: als de vermeende aantasting geluidsoverlast is, moet die geluidsoverlast erger zijn dan het (omgevings)geluid dat gewoonlijk in een appartementencomplex in een moderne stad wordt ervaren.²⁰⁸

Persoonlijke autonomie of zelfbeschikking

Persoonlijke autonomie of zelfbeschikking wordt door het EHRM erkend als beschermenswaardig (sub)belang onder het belang van het privéleven. Het EHRM spreekt van een *notion of autonomy* die ten grondslag ligt aan de interpretatie van de garanties die artikel 8 EVRM biedt meer in algemene zin²⁰⁹ en spreekt (concreet) van een *right to self-determination*.²¹⁰ Zelfbeschikking is onder het EVRM in de medische sfeer van belangrijke betekenis.

Zelfbeschikking als beschermenswaardig belang onder privéleven is door het Hof vooreerst aanvaard in *Pretty/Verenigd Koninkrijk*.²¹¹ Mevrouw Pretty was reeds ongeneeslijk ziek toen zij voor het Hof bepleitte het recht te hebben om zelf te kiezen wanneer zij zou overlijden. Een verbod op zelfdoding stond daaraan in het Verenigd

205 Eerder was er overigens in ieder geval ook al sprake van klachten over hinder in de leefomgeving, zie: EHRM 21 februari 1990, nr. 9310/81, § 40 (*Powell en Rayner/Verenigd Koninkrijk*), waarin de geluidshinder vanwege Heathrow Airport werd aangenomen eisers' privéleven aan te tasten.

206 EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, nr. 36022/97, § 99 (*Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*).

207 EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00, § 69 (*Fadeyeva/Rusland*).

208 EHRM 29 september 2009, nr. 18324/04 § 1 (*Galev e.a./Bulgarije*), *admissibility decision*. In deze zaak overwoog het Hof overigens dat een dergelijke overlast niet veroorzaakt zou kunnen worden door een tandartspraktijk.

209 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, NJ, 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema, § 61 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, nr. 28957/95, RJ&D ECHR 2002-VI, § 90 (*Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk*). En meer recent: EHRM 26 mei 2011, nr. 27617/04, § 180 (*R.R./Polen*).

210 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, NJ, 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema, § 62 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*). En meer recent: EHRM (Grote Kamer) 3 november 2011, nr. 57813/00, EHRC 2012, 38, m.nt. B. van Beers, § 80 (*S.H. e.a./Oostenrijk*).

211 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, NJ, 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema, § 62 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*). Zie § 4.3.8.3 over artikel 2 EVRM.

Koninkrijk niet in de weg, maar wel het feit dat hulp bij zelfdoding verboden was. Haar ziekte zou Pretty in de onmogelijkheid brengen op het door haar gewenste moment zelfstandig een einde aan haar leven te maken. Pretty betoogde ‘*that, while the right to self-determination ran like a thread through the Convention as a whole, it was Article 8 in which that right was most explicitly recognized and guaranteed.*’²¹² Dat recht zou volgens haar onder meer omvatten het recht om zelf te kiezen wanneer en op welke wijze te sterven.

Het EHRM ging met Pretty mee en overwoog ‘*that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.*’²¹³ Het Hof overwoog verder dat juist tegenwoordig, met de voortschrijdende technieken in de gezondheidszorg, mensen meer zullen vrezen dat zij op hoge leeftijd of wanneer zij reeds psychisch of lichamelijk aftakelen in leven worden gehouden. Die ontwikkeling kan in strijd komen met het belang bij zelfbeschikking. In het geval van Pretty werd betoogd dat het verbod op hulp bij zelfdoding in strijd was met de zelfbeschikking. Het EHRM sloot niet uit dat daarvan sprake was en heeft daarom in het kader van lid 2 beoordeeld of gezegd kan zijn dat voldoende sprake is van noodzakelijkheid van het bestreden verbod. Een belangrijk argument voor zo’n verbod is de kwetsbaarheid van personen die de dood wensen, ofschoon die kwetsbaarheid van patiënt tot patiënt zal verschillen. Desalniettemin heeft het EHRM het algemene verbod op hulp bij zelfdoding niet verworpen. Het Hof heeft gemeend dat het dat ook niet kan overwegen gezien het effect dat een dergelijke uitspraak meebrengt. Het EHRM erkende namelijk wel dat het rechtsprekt in een individueel geval, maar zei ook niet uit te sluiten, dat een dergelijke overweging in andere zaken wordt overgenomen, ook als het Hof expliciet zou overwegen dat de uitspraak geen precedentwerking heeft.

Het recht op zelfbeschikking strekt zich uit over de beslissing om ‘ouder’ (vader of moeder) te worden.²¹⁴ Daaronder valt ook het recht om de omstandigheden te kiezen waaronder het kind ter wereld komt.²¹⁵ In *Evans/Verenigd Koninkrijk* – het was al aan de orde in § 4.3.8.3 – probeerde Evans via het EHRM toestemming te krijgen haar bevruchte eicellen tegen de wil van haar ex-partner (wiens zaad voor de bevruchting was gebruikt) te laten implanteren. Evans bracht, behalve een klacht ten aanzien van het recht op leven van het bevruchte embryo dat het risico liep te worden vernietigd, aan dat de regelgeving ten aanzien van ingevroren embryo’s een schending van het recht op eerbiediging van haar privé-, familie- en gezinsleven opleverde. Hoewel niet met zoveel woorden uit de klacht bleek dat die ook was gegrond op het recht op zelfbeschikking of autonomie, heeft het Hof dat belang wel in zijn overweging betrokken, door te overwegen: “*private life*”, which is a broad term encompassing, *inter alia*, aspects of an individual’s physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships

212 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, NJ, 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema, § 58 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*).

213 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, NJ, 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema, § 61 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*).

214 EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, nr. 6339/05, NJ 2007, m.nt. J. de Boer § 71 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

215 EHRM 14 december 2010, nr. 67545/09, § 22 (*Ternovszky/Hongarije*).

with other human beings and the outside world (...), incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent.²¹⁶ In *Dickson/Verenigd Koninkrijk* is door het Hof bevestigd dat artikel 8 EVRM ook het belang omvat van de beslissing om al of niet ouder (i.e. vader of moeder) te worden.²¹⁷

Persoonlijke ontwikkeling

Een vijfde (sub)belang onder het belang van het privéleven betreft de persoonlijke ontwikkeling. Het EHRM spreekt van een ‘*right to personal development*’. Dat recht heeft bijvoorbeeld een rol gehad in de context van transseksualiteit, waar het Hof spreekt van ‘*the right of transsexuals to personal development*’.²¹⁸

Een noodzakelijke voorwaarde voor het kunnen genieten van het belang bij persoonlijke ontwikkeling, is mentale stabiliteit.²¹⁹ In de context van de persoonlijke ontwikkeling is het volgens het Hof voor een persoon belangrijk om bekend te zijn met details over zijn identiteit.²²⁰ In het verlengde van de persoonlijke ontwikkeling lijkt een beschermenswaardig belang bij het aangaan en ontwikkelen van relaties met anderen te liggen.

Aangaan en ontwikkelen van relaties met anderen

In het verlengde van het belang van persoonlijke ontwikkeling en ook als belang onder het recht op privéleven ligt het belang bij het aangaan en ontwikkelen van relaties met anderen. In *Niemietz/Duitsland* kwam het Hof tot de formulering van het recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen.²²¹ Niemietz was advocaat op het kantoor waarvandaan een telefax was verzonden naar een rechter in de rechtbank van Freising. De brief was ondertekend door ene Klaus Wegner en geschreven in naam van het *Antiklerikaler Arbeitskreis* van de *Freiburg Bunte Liste*, dat zich inzette voor de scheiding tussen kerk en staat. Niemietz was enige tijd voorzitter geweest van de *Freiburg Bunte Liste*. In de brief werd geklaagd over een zaak die onder de geadresseerde rechter was en die het geval betrof van een werknemer die weigerde loon af te staan als kerkbelasting. Niemietz’ kantoor werd doorzocht om meer te weten te komen over ‘Klaus Wegner’. Die doorzoeking was onderwerp van Niemietz’ klacht voor het EHRM. Het Hof overwoog dat het beschermde belang van het privéleven in zekere mate een belang omvat om relaties met anderen aan te gaan en te ontwikkelen. Dat belang strekt zich ook uit buiten de huiselijke sfeer, over de werkomgeving. Voor

216 EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, nr. 6339/05, NJ 2007, m.nt. J. de Boer § 71 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

217 EHRM (Grote Kamer) 4 december 2007, nr. 44362/04, NJ 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema, § 66 (*Dickson/Verenigd Koninkrijk*).

218 EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97, EHRC 2003, 61, m.nt. Gerards, § 69 (*Van Kück/Duitsland*). In lijn met de sinds Goodwin ingezette koers ten aanzien van de bescherming van de belangen van transseksuelen, zie: EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, nr. 28957/95, RJ&D ECHR 2002-VI (*Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk*).

219 EHRM (Grote Kamer) 13 februari 2003, nr. 42326/98, § 29 (*Odièvre/Frankrijk*).

220 EHRM (Grote Kamer) 13 februari 2003, nr. 42326/98, § 29 (*Odièvre/Frankrijk*).

221 EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, NJ 1993, 400, m.nt. E.J. Dommering (*Niemietz/Duitsland*). En meer recent: EHRM (Grote Kamer) 3 november 2011, nr. 57813/00, EHRC 2012, 38, m.nt. B. van Beers, § 80 (*S.H. e.a./Oostenrijk*).

veel mensen geldt immers dat zij juist in de werkomgeving de grootste mogelijkheid hebben om relaties met mensen in de buitenwereld te ontwikkelen.²²²

Het beschermde belang van het aangaan en ontwikkelen van relaties met derden veronderstelt dat in zekere zin duidelijk is wie deze derden zijn. In *Botta/Italië* klaagde Botta over het feit dat de privéstranden in Lido degli Estensi geenszins toegankelijk waren voor gehandicapten – en dus niet toegankelijk waren voor Botta en zijn vriendin.²²³ De staat had weliswaar voorzien in regelgeving die de toegankelijkheid van de privéstranden voor gehandicapten dwingend voorschreef, maar kennelijk zette hij te weinig in op de handhaving van die voorschriften. Botta verweet de staat zodoende zijn recht op privéleven te schenden aangezien hij werd belemmerd in de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. Die ontwikkeling was (immers) afhankelijk van contact met anderen. Het Hof ging daar niet in mee. Een belangrijke overweging in dat licht was: ‘(...) *the right asserted by Mr Botta, namely the right to gain access to the beach and the sea at a place distant from his normal place of residence during his holidays, concerns interpersonal relations of such broad and indeterminate scope that there can be no conceivable direct link between the measures the State was urged to take in order to make good the omissions of the private bathing establishments and the applicant’s private life.*’²²⁴ Botta werd door het EHRM in het ongelijk gesteld vanwege de onbepaaldheid van de groep personen waarmee Botta relaties zou kunnen aangaan.

Elementen in de persoonlijke sfeer: naam, geslachtsidentificatie en seksuele geaardheid
Het belang van het privéleven omvat ook ‘elementen’ in de persoonlijke sfeer,²²⁵ waaronder het EHRM bijvoorbeeld verstaat de ‘naam’,²²⁶ ‘geslachtsidentificatie’²²⁷ en ‘seksuele geaardheid’.²²⁸

Privéleven: resumé

Het belang van het privéleven zoals dat bescherming geniet onder artikel 8 EVRM behelst een groot aantal (sub)belangen die gemeen hebben dat ze nauw zijn gerelateerd aan de persoon van de beschermde, zijn ontwikkeling en zijn interactie met de gemeenschap waar hij deel van uitmaakt.²²⁹ Het EHRM heeft in die sfeer overwogen dat de garanties die artikel 8 EVRM biedt, primair zijn gericht op de verzekering van de ontwikkeling van de persoonlijkheid van het individu in zijn relaties met anderen,

222 EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, NJ 1993, 400, m.nt. E.J. Dommering, § 29 (*Niemietz/Duitsland*).

223 EHRM 24 februari 1998, nr. 153/1996/772/973, NJ 1999, 691 (*Botta/Italië*).

224 EHRM 24 februari 1998, nr. 153/1996/772/973, NJ 1999, 691, § 35 (*Botta/Italië*).

225 EHRM (Grote Kamer) 3 november 2011, nr. 57813/00, EHRC 2012, 38, m.nt. B. van Beers, § 80 (*S.H. e.a./Oostenrijk*); EHRM (Grote Kamer) 4 december 2008, nrs. 30562/04 and 30566/04, NJ 2009, 410, m.nt. E.A. Alkema, § 66 (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, nr. 43546/02, NJ 2008, 456, m.nt. E.A. Alkema, § 43 (*E.B./Frankrijk*).

226 EHRM 22 februari 1994, nr. 16213/90, NJ 1996, 12, m.nt. E.A. Alkema, § 24 (*Burghartz/Oostenrijk*).

227 EHRM (Plenair) 25 maart 1992, nr. 13343/87, NJ 1995, 679, m.nt. E.A. Alkema (*B./Frankrijk*).

228 EHRM (Plenair) 22 oktober 1981, nr. 7525/76, A-45, § 41 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*).

229 Over dat laatste zie recent: EHRM (Grote Kamer) 7 februari 2012, nrs. 40660/08 and 60641/08 (*Van Hannover/Duitsland-II*).

zonder dat die ontwikkeling wordt verstoord door invloeden van buiten.²³⁰ De bescherming die een persoon geniet onder artikel 8 EVRM behelst de bescherming van een bepaalde zone, die zich niet laat begrenzen tot de huiselijke sfeer, maar zich ook uitstrekt over het openbare leven van een persoon.²³¹

De onderscheiding van de belangen onder het belang van het privéleven zou ten onrechte de indruk kunnen wekken dat de belangen scherp zijn begrensd. De verschillende, genoemde belangen worden in de praktijk echter niet altijd zo zuiver onderscheiden. De hier onderscheiden belangen hangen nauw met elkaar samen en lijken, de overwegingen van het Hof beziend, soms ook inwisselbaar of elkaar te overlappen.

4.3.9.2.2. Familie- en gezinsleven

Artikel 8 beschermt naast het privéleven ook het familie- en gezinsleven. Wat betreft de verhouding tussen de belangen van het privéleven en het familie- en gezinsleven, waarvan voorstelbaar is dat die overlappen, heeft het Hof beslist dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of het focus op het belang van respect voor het privéleven, dan wel op het belang van respect voor het familie- en gezinsleven.²³²

Het beschermde belang van het familie- en gezinsleven veronderstelt het bestaan van een familielevens.²³³ De vraag of er sprake is van familielevens in de zin van artikel 8 EVRM, is een feitelijke vraag naar het al of niet bestaan van nauwe, persoonlijke banden tussen personen.²³⁴ Een familie omvat zowel ‘wettige’ als ‘onwettige familie’; een ander oordeel zou discriminatie insluiten: ‘*Such a distinction would not be consonant with the word “everyone”, and this is confirmed by Article 14 (art. 14) with its prohibition, in the enjoyment of the rights and freedoms enshrined in the Convention, of discrimination grounded on “birth”.*’²³⁵ Als er geen sprake is van een huwelijk, is het samenleven een belangrijke graadmeter voor het bestaan van een familielevens,²³⁶ net zoals het samen hebben van kinderen een graadmeter is.²³⁷ Een kind dat uit een relatie voortkomt, maakt onderdeel uit van het familielevens.²³⁸

De facto familiebanden zijn dus voldoende voor het bestaan van het beschermwaardige belang van het familielevens. Een aantal factoren speelt een rol bij de vast-

230 EHRM (Grote Kamer) 7 februari 2012, nrs. 40660/08 and 60641/08, § 95 (*Van Hannover/Duitsland-II*).

231 EHRM (Grote Kamer) 7 februari 2012, nrs. 40660/08 and 60641/08, § 95 (*Van Hannover/Duitsland-II*).

232 EHRM (Grote Kamer) 18 oktober 2006, nr. 46410/99; NJ 2007, 415, m.nt. E.A. Alkema, § 59 (*Üner/Nederland*).

233 EHRM (Plenaire) 13 juni 1979, nr. 6833/74, NJ 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema, § 31 (*Marckx/België*).

En meer recent: EHRM 8 november 2011, RJ&D ECHR 2011, § 142 (*V.C./Slowakije*); EHRM (Grote Kamer) 2 november 2010, nr. 3976/05, § 93 (*Şerife Yiğit/Turkije*); EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, nr. 43546/02, § 41 (*E.B./Frankrijk*).

234 EHRM (Grote Kamer) 12 juli 2001, nr. 25702/94, § 150 (*K. en T./Finland*). En meer recent: EHRM (Grote Kamer) 2 november 2010, nr. 3976/05, § 93 (*Şerife Yiğit/Turkije*).

235 EHRM (Plenaire) 13 juni 1979, nr. 6833/74, NJ 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema, § 31 (*Marckx/België*). En meer recent: EHRM (Grote Kamer) 2 november 2010, nr. 3976/05, § 94 (*Şerife Yiğit/Turkije*).

236 EHRM (Plenaire) 18 december 1986, nr. 9697/82, NJ 1989, 97, m.nt. E.A. Alkema, § 56 (*Johnston e.a./Ierland*); EHRM 26 mei 1994, nr. 16969/90, NJ 1995, 247, § 44 (*Keegan/Ierland*).

237 EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91, NJ 1995, 248, m.nt. J. de Boer, § 30 (*Kroon e.a./Nederland*).

238 EHRM 26 mei 1994, nr. 16969/90, NJ 1995, 247, § 44 (*Keegan/Ierland*).

stelling of sprake is van familielevens, waaronder het al of niet samenleven, de duur van de relatie, en het al of niet samen hebben van kinderen.²³⁹

Het recht op respect voor het familie- en gezinsleven omvat niet een recht van een persoon om zijn familielevens in een lidstaat te vestigen.²⁴⁰ Ook kunnen sporadische contacten en het geven van cadeaus op een verjaardag niet maken dat er sprake is van familielevens in de zin van artikel 8 EVRM.²⁴¹

4.3.9.2.3. Woning

De woning onder artikel 8 EVRM is de plaats waar personen (feitelijk) wonen: *“Home” is an autonomous concept which does not depend on classification under domestic law. Whether or not a particular premises constitutes a “home” which attracts the protection of Article 8 § 1 will depend on the factual circumstances, namely, the existence of sufficient and continuous links with a specific place.*²⁴² Volgens de autonome definitie zoals het EHRM die heeft uitgelegd, is het begrip woning niet gereserveerd voor de legale woning, maar kan daaronder ook een (illegale) feitelijke verblijfplaats zijn begrepen. Dat wil zeggen: het is niet van belang of de woning naar nationaal recht legaal wordt bewoond.²⁴³

Het belang van de woning is bijvoorbeeld onderwerp geweest van een reeks zaken waarin Engelse Roma stelden dat hun recht op respect voor de woning was geschonden vanwege het feit dat hun vergunningen werden geweigerd om zich op door hen zelf aangekochte stukken land te vestigen. Het Hof besliste daarin – kort gezegd – dat geen sprake was van een schending van artikel 8 (óók niet in de zin van een schending van het recht op respect voor het privéleven), en legde aan de beslissing ten grondslag dat belangrijk gewicht toekomt aan het feit of de te verlaten woning al of niet wettig is bewoond, en aan de beschikbaarheid van een alternatieve plaats om te wonen.²⁴⁴

4.3.9.2.4. Correspondentie

Artikel 8 EVRM beschermt tot slot ook de correspondentie. Correspondentie in artikel 8 EVRM lijkt door het EHRM ruimer te zijn gedefinieerd dan de taalkundige betekenis. Correspondentie in haar taalkundige betekenis is ‘het geregeld schrijven en ontvangen van brieven of mails aan en van anderen.’²⁴⁵ Het EHRM heeft beslist

239 EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91, NJ 1995, 248, m.nt. J. de Boer, § 30 (*Kroon e.a./Nederland*).

240 EHRM (Grote Kamer) 9 oktober 2003, nr. 48321/99, § 94 (*Slivenko/Letland*).

241 EHRM 13 januari 2004, nr. 36983/97, NJ 2005, 113, m.nt. J. de Boer, §§ 9 en 42 (*Haas/Nederland*).

242 EHRM 29 mei 2012, 42150/09, § 57 (*Bjedov/Kroatië*). Zie: EHRM (Grote Kamer) 25 september 1996, RJ&D ECHR 1996-IV, §§ 52-54 (*Buckley/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 24 november 1986, nr. 9063/80, A-109 (*Gillow/Verenigd Koninkrijk*).

243 EHRM 13 mei 2008, nr. 19009/04, § 46 (*McCann/Verenigd Koninkrijk*).

244 EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 27238/95, AB 2003, 32, m.nt. J. Gerards, (*Chapman/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook: EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 24882/94 (*Beard/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 24876/94 (*Coster/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 25289/94 (*Lee/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 25154/94 (*Jane Smith/Verenigd Koninkrijk*).

245 Van Dale Professioneel online.

dat onder correspondentie ook telecommunicatie wordt verstaan,²⁴⁶ en dat er reeds van een inmenging in het belang van personen mag worden gesproken als er wetgeving bestaat die telefoontaps toestaat en desbetreffende personen binnen het bereik van de wetgeving vallen. Zo was in *Iordachi e.a./Moldavië* een klacht van leden van de non-gouvernementele organisatie *Lawyers for Human Rights* aan de orde, welke organisatie als enig doel had mensen bij te staan in hun gang naar het EHRM.²⁴⁷ De organisatie was opgericht na het aan de macht komen van een communistisch regime, en een daaropvolgende toename – meenden eisers – van schendingen van fundamentele rechten. Het EHRM meende dat, aangezien eisers onder de reikwijdte van de wetgeving ter regulering van telefoontaps vielen, al sprake was van een inmenging en concludeerde bovendien dat die inmenging ongerechtvaardigd was.²⁴⁸

4.3.9.3. *Is de inmenging gerechtvaardigd?*

Zoals voor het recht op leven in § 4.3.8.3 is uiteengezet op welke wijze het is begrensd door de overwegingen van het EHRM ten aanzien van het al of niet gerechtvaardigd zijn van inmengingen, wordt dat hier gedaan voor het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. Artikel 8 lid 2 EVRM is daarbij het vertrekpunt, en bepaalt: ‘Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’

Een schending van artikel 8 EVRM kan zowel een ongerechtvaardigde inmenging in het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven door de overheid zijn, alsook het verzaken door de overheid van zijn positieve verplichtingen. De beoordeling van (de omvang van) de positieve verplichtingen gebeurt door het EHRM bij de beoordeling van (de rechtvaardigheid van) het gedrag van de staat en komt (verderop) in deze paragraaf aan de orde. Voor de beoordeling van het bestaan en verzaken van positieve verplichtingen komt het overigens aan op dezelfde centraal staande afweging door het Hof als bij de beoordeling van inmengingen die zijn veroorzaakt door een als doen te beschouwen gedraging door de overheid.²⁴⁹ ‘*In both contexts, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, and in both cases the State enjoys a certain margin of appreciation (...).*’²⁵⁰

246 EHRM (Plenair) 6 september 1978, nr. 5029/71, A-28, § 41 (*Klass e.a./Duitsland*).

247 EHRM 10 februari 2009, nr. 25198/02, §§ 31-34 (*Iordachi/Moldavië*).

248 Zie over deze benadering, de zogenaamde *Klass approach*: EHRM (Plenair) 6 september 1978, nr. 5029/71, A-28, § 41 (*Klass e.a./Duitsland*).

249 I.e. schendingen van negatieve of onthoudingsverplichtingen.

250 EHRM (Plenair) 17 oktober 1986, nr. 9532/81, NJ 1987, 945, m.nt. E.A. Alkema, § 35 (*Rees/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 22 april 1997, nr. 21830/93, NJ 1998, 235 m.nt. J. de Boer, § 41 (*X, Y en Z/Verenigd Koninkrijk*).

Voor een gerechtvaardigde inmenging is in de eerste plaats vereist dat de inmenging door de overheid op een wettelijke grondslag berust. Die grondslag hoeft niet, naar Nederlands recht, een wet in formele zin te zijn. Zo'n vereiste zou ook al niet mogelijk zijn omdat in het Verenigd Koninkrijk immers 'judge-made law' voor een belangrijk deel in het geldende recht voorziet. Met de erkenning van *judge-made law* heeft het Hof een voor Anglo-Amerikaanse rechtssystemen noodzakelijke overweging gedaan.²⁵¹ Het Hof heeft voor de beoordeling of al of niet sprake is van een wettelijke grondslag een aantal vereisten geformuleerd waaraan een grondslag moet voldoen om een basis te zijn voor een (gerechtvaardigde) inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven, namelijk: 'According to the Court's established case-law, the expression "in accordance with the law" requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, and it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects.'²⁵² De grondslag in de wet moet een basis in het nationale recht hebben (formeel), en moet bovendien (kwalitatief) toegankelijk zijn voor wie het aangaat en voorzienbaar zijn wat betreft zijn gevolgen voor degene op wie het betrekking heeft.

Een inmenging moet dus berusten op een wettelijke grondslag. De inmenging moet verder noodzakelijk zijn in een democratische samenleving vanwege een van de in lid 2 bij artikel 8 EVRM genoemde redenen.²⁵³ Het Hof gebruikt voor de vaststelling van de noodzakelijkheid de hulpnorm van het redelijke evenwicht. De hulpnorm van het redelijke evenwicht is meer uitgebreid aan de orde geweest in § 4.3.6.3 Hier wordt daarom kort volstaan met de toepassing van die norm in het (toegespitste) geval van artikel 8 EVRM.

De vaststelling van het redelijke evenwicht gebeurt aan de hand van verschillende gezichtspunten, waaronder de 'aard van het beschermenswaardige belang', de 'aard van de inmenging', en het 'belang dat met de inmenging is gediend'.²⁵⁴ Sommige beschermenswaardige belangen wegen zwaarder dan andere. Naarmate een beschermenswaardig belang zwaarder weegt, zal ook het belang dat de staat met zijn actie dient, gewichtiger moeten zijn om een redelijk evenwicht te kunnen bewerkstelligen. Een belang waar bijvoorbeeld door het Hof relatief veel gewicht aan wordt gegeven, is het belang bij de vertrouwelijkheid van medische gegevens.²⁵⁵

De beoordeling in het kader van de noodzakelijkheid in het tweede lid bij artikel 8 EVRM is minder strikt dan die onder artikel 2 EVRM.²⁵⁶ In de tekst van de beide

251 Zie: EHRM (Plenair) 26 april 1979, nr. 6538/74, NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema, § 47 (*The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk-I*).

252 EHRM (Grote Kamer) 26 juni 2012, nr. 26828/06, § 341 (*Kurić e.a./Slovenië*). Zie: EHRM (Grote Kamer) 16 februari 2000, nr. 27798/95, § 50 (*Amann/Zwitserland*); EHRM 25 maart 1998, RJ&D ECHR 1998-II, § 55-75 (*Kopp/Zwitserland*).

253 I.e.: '(...) het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.'

254 Zie: Harris, O'Boyle, Bates & Buckley (eds.) 2009, p. 407 e.v.

255 ECRM 2 maart 1997, nr. 21780/93 § 96 (*TV/Finland*).

256 EHRM (Grote Kamer) 27 september 1995, nr. 18984/91, A-324, § 146-148 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*). Zie ook: EHRM (Grote Kamer) 24 maart 2011, nr. 23458/02, EHRC 2011, 87, § 175-176

artikelen is overigens al een aanknopingspunt voor dit onderscheid te vinden. Terwijl in artikel 2 EVRM wordt gesproken van ‘absoluut noodzakelijk’, maakt het ‘absoluut’ van de beperkingsclausule in het tweede lid bij artikel 8 geen deel uit. In artikel 8 lid 2 EVRM wordt immers gesproken van ‘(...) in een democratische samenleving noodzakelijk in het belang van (...)’.

Het EHRM heeft de staat in de context van de beoordeling van de inmenging in het recht op eerbiediging voor het privéleven een appreciatiemarge gelaten. De omvang van de appreciatiemarge is onder artikel 8 EVRM van een aantal, door het Hof benoemde gezichtspunten afhankelijk.²⁵⁷ Bij de bepaling van de omvang van de marge houdt het Hof in de eerste plaats rekening met de aard van het geschonden belang. Als een specifiek, bijzonder aspect van een persoons bestaan of identiteit op het spel staat, zal de speelruimte voor de staat in de regel beperkt zijn.²⁵⁸ Ingeval er geen consensus bestaat onder de lidstaten van de Raad van Europa ten aanzien van de grote betekenis van het in het geding zijnde belang of ten aanzien van de beste wijze om het belang te beschermen, zal de speelruimte groter zijn. Dat geldt te meer als de zaak ethische of morele vraagstukken doet rijzen.²⁵⁹

Komen we tot slot toe aan de positieve verplichtingen onder artikel 8 EVRM. Het al of niet bestaan van positieve verplichtingen, die inherent zijn aan een effectief respect voor het privé- of familieleven, hangt in de eerste plaats af van de aard van het geschonden belang. Een voor dit onderzoek belangrijke groep positieve verplichtingen zijn de verplichtingen die op de staat rusten als er conflicten rijzen tussen individuen. Het Hof overweegt in dergelijke situaties dat het aan de staten is die conflicten op eigen wijze op te lossen en dat de aard van de verplichting op de overheid afhangt van het specifieke aspect van het privéleven dat op het spel staat.²⁶⁰ Het brede bereik van de beschermde belangen staat er hier duidelijk aan in de weg een algemene formulering te maken zoals die onder artikel 2 EVRM is gemaakt.

4.3.10. Artikel 1 Eerste Protocol EVRM: recht op ongestoord genot van eigendom

4.3.10.1. Inleiding

Artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermt het recht op ongestoord genot van eigendom. Het is bijzonder dat het recht op bescherming van eigendom deel uitmaakt

(*Giuliani en Gaggio/Italië*); EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 55721/07, EHRC 2011, 156 m.nt. M. den Heijer, § 162 (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*).

257 Zie: EHRM (Grote Kamer) 16 december 2010, nr. 25579/05, NJ 2011, 216, m.nt. E.A. Alkema, § 232 (*A. B. en C./Ierland*).

258 EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, nr. 6339/05, § 77 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

259 EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, nr. 6339/05, § 77 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 22 april 1997, nr. 21830/93, NJ 1998, 235 m.nt. J. de Boer, § 44 (*X, Y en Z/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, nr. 28957/95, RJ&D ECHR 2002-VI, § 85 (*Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk*).

260 EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80, NJ 1985, 525, m.nt. E.A. Alkema, § 24 (*X en Y/Nederland*); EHRM (Grote Kamer) 13 februari 2003, nr. 42326/98, NJ 2003, 587, m.nt. S.F.M. Wortmann, § 46 (*Odièvre/Frankrijk*).

van het EVRM. Het opnemen van eigendom als fundamenteel recht in een verdrag of verklaring is niet onomstreden.²⁶¹ En dat blijkt voor het EVRM ook uit het feit dat het artikel later via een protocol aan het verdrag is toegevoegd.

Artikel 1 Eerste Protocol EVRM zegt dat eigendom niet mag worden ontnomen, dan in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht. Het artikel bepaalt verder, in de tweede volzin, dat artikel 1 Eerste Protocol EVRM niet het recht van de staat aantast om de eigendom te reguleren en om belastingen te heffen. Artikel 1 Eerste Protocol EVRM is een relatief recht en een niet-*notstands*fest recht. In de jaarverslagen van het EHRM wordt artikel 1 Eerste Protocol EVRM tot de *civil and political rights* gerekend.²⁶²

4.3.10.2. De beschermde belangen onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM

4.3.10.2.1. Eigendom

Artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermt eigendom. Eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM is een autonoom begrip en wordt door het EHRM uitgelegd los van de betekenis van eigendom in de rechtsordes van de verschillende lidstaten.²⁶³ Die autonome uitleg hangt samen met het doel van effectieve bescherming: *'The Court reiterates that the concept of "possessions" referred to in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to the ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law.'*²⁶⁴ Aanhaken bij nationale begripsbepalingen zou het voor staten al te gemakkelijk maken zich aan de beschermingsplicht onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM te onttrekken. Het begrip in het EVRM omvat zo meer dan het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak – i.e. een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object – kan hebben.²⁶⁵ Intellectuele eigendom valt bijvoorbeeld ook binnen het beschermingsbereik van artikel 1 Eerste Protocol EVRM.²⁶⁶ Rechten en belangen

261 Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak (eds.) 2006, p. 864.

262 *Annual Report 2011 European Court of Human Rights*, p. 101.

263 Onder meer: EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, NJ 2011, 214, m.nt. E.A. Alkema, § 62-63 (*Depalle/Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 11 januari 2007, nr. 73049/01, NJ 2008, 534, m.nt. Ch. Gielen (*Anheuser-Busch Inc/Portugal*); EHRM 26 september 2006, nr. 35349/05, § 57 (*Fleri Soler en Camilleri/ Malta*).

264 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, NJ 2011, 214, m.nt. E.A. Alkema, § 62 (*Depalle/Frankrijk*). En ook: EHRM (Grote Kamer) 11 januari 2007, nr. 73049/01, NJ 2008, 534, m.nt. Ch. Gielen § 63 (*Anheuser-Busch Inc/Portugal*); EHRM 26 september 2006, nr. 35349/05, § 57 (*Fleri Soler en Camilleri/ Malta*).

265 Artikel 5:1 jo. 3:2 BW.

266 EHRM (Grote Kamer) 11 januari 2007, nr. 73049/01, § 72, NJ 2008, 534, m.nt. Ch. Gielen (*Anheuser-Busch Inc/Portugal*). Het EHRM merkt op dat deze vraag niet vaak is gerezen in de context van het EVRM. Zie bijvoorbeeld: ECRM 4 oktober 1990, nr. 12633/87 (*Smith Kline en French Laboraties/Nederland*), waarin de Commissie overwoog dat een patent bezit is in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM en ECRM 20 november 1995, nr. 19589/92 (*British-American Tobacco Company Ltd/Nederland*) waarin de Commissie overwoog dat geen sprake is van ontneming van eigendom bij het niet verlenen van een patent door de staat.

die bezit vormen (*other rights and interests constituting assets*) kunnen als eigendom binnen het beschermingsbereik van artikel 1 Eerste Protocol vallen.²⁶⁷

Artikel 1 Eerste Protocol EVRM spreekt wel van *protection of property* en *enjoyment of possessions*, terwijl in de Nederlandse vertaling slechts wordt gesproken van eigendom. Het eerste, *property*, zou een normatieve lading hebben, en het tweede, *possessions*, zou meer beschrijvend moeten worden uitgelegd.²⁶⁸ Wat hier verder van zij, het EHRM lijkt zich in de praktijk hoofdzakelijk te richten op de vraag of, gezien de feiten in het desbetreffende geval, het door eiser benoemde inderdaad door hem wordt, dan wel werd bezeten. Het is kort gezegd de vraag of eiser in een concreet geval, gezien de omstandigheden in zijn totaliteit bezien, een belang heeft dat wordt beschermd door artikel 1 Eerste Protocol EVRM.²⁶⁹ Er wordt hier stilgestaan bij de belangen waaraan artikel 1 Eerste Protocol EVRM bescherming biedt, namelijk de vermogensbestanddelen (§ 4.3.10.2.2), die kunnen worden onderverdeeld in fysieke zaken (§ 4.3.10.2.3) en niet-fysieke zaken (§ 4.3.10.2.4).

4.3.10.2.2. Vermogensbestanddelen: fysieke zaken, niet-fysieke zaken (i.h.b. claims), toekomstige vermogensbestanddelen

Artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermt vermogensbestanddelen, in welke vorm ook:²⁷⁰ ‘(...) *the concept of “possessions” referred to in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 (...) is not limited to the ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision.*’²⁷¹ Kort gezegd is doorslaggevend of de omstandigheden van het geval, in samenhang beziend, tot de conclusie kunnen leiden dat eiser een bij artikel 1 Eerste Protocol EVRM te beschermen *substantive interest* heeft: ‘*In each case the issue that needs to be examined is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1 (...)*’²⁷² Vanzelfsprekend blijft de definitie hiermee weinig nauw omschreven, nu terug wordt verwezen naar artikel 1 Eerste Protocol EVRM.²⁷³

In de eerste plaats horen fysieke zaken tot de vermogensbestanddelen die door artikel 1 Eerste Protocol EVRM worden beschermd. Niet-fysieke zaken kunnen ook vermogensbestanddelen zijn en daarom binnen het beschermingsbereik van artikel 1

267 Zie meer recent: EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, NJ 2011, 214, m.nt. E.A. Alkema, § 62 (*Depalle/Frankrijk*).

268 Schutte 2004, p. 35.

269 Zie voor een recente autoriteit: EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, NJ 2011, 214, m.nt. E.A. Alkema, § 62 (*Depalle/Frankrijk*).

270 Ploeger 2005, p. 110.

271 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, § 62-63 (*Depalle/Frankrijk*). Zie ook: EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34078/02, § 65-66 (*Brosset-Triboulet e.a./Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 11 januari 2007, nr. 73049/01, § 63-65 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*).

272 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, § 62-63 (*Depalle/Frankrijk*). Zie ook: EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34078/02, § 65-66 (*Brosset-Triboulet e.a./Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 11 januari 2007, nr. 73049/01, § 63-65 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*).

273 Schutte 2004, p. 36.

Eerste Protocol EVRM vallen. Verder kunnen toekomstige vermogensbestanddelen onder het beschermingsbereik van artikel 1 Eerste Protocol EVRM vallen, mits er een gerechtvaardigde verwachting bestaat dat die in de toekomst tot het vermogen zullen behoren.

Voor de beantwoording van de vraag of in een specifiek geval kan worden gesproken van *possessions*, zoekt het EHRM naar punten van overeenstemming tussen partijen. Als die overeenstemming wordt gevonden, haakt het EHRM daar bij aan.²⁷⁴ Anders beziet het EHRM zelf of er, gezien de omstandigheden van het geval, sprake is van *possessions* in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Tot de omstandigheden van het geval worden zowel de feiten alsook het nationale recht gerekend.²⁷⁵

In de zaak-*Depalle/Frankrijk* was bijvoorbeeld de vraag aan de orde naar het eigendomsrecht op een woning die was gelegen aan de zee, op land dat de status van *maritime public property* bezat. De status *maritime public property* gaat terug op de Romeinen en beoogt het algemeen belang te dienen. Louis Depalle, eiser voor het EHRM, kwam op tegen de weigering van de Franse autoriteiten om hem opnieuw toe te staan het land waarop zijn woning was gevestigd te gebruiken. Al vele malen eerder had hij een dergelijke procedure doorstaan, maar toen altijd met succes. Hij moest die procedure door, aangezien hij het land niet in (private) eigendom kon verkrijgen. Tegelijk met de weigering van het gebruiksrecht was Depalle verzocht de woning af te breken en de dijk in de staat terug te brengen waarin deze verkeerde voor de bouw van de woning – de bouw had meer dan een eeuw eerder plaatsgehad. Ook tegen de afbraak kwam Depalle in het geweer.²⁷⁶

Depalle meende – onder meer en kort gezegd – dat de staat de facto een *proprietary interest* had erkend, en grondde zijn stelling onder meer op het feit dat de staat gedurende vele jaren belastingen had geïnd.²⁷⁷ De Franse staat ontkende het eigendomsrecht van Depalle, omdat het onmogelijk zou zijn om rechten te verwerpen over *maritime public property*.²⁷⁸ Hij stelde sterker: ‘*The State was entitled to the protection and peaceful enjoyment of its property.*’²⁷⁹

Het EHRM constateerde in *Depalle/Frankrijk* dat er geen onenigheid bestond over het feit dat het land de status van *maritime public property* bezat en constateerde verder dat onderwerp van het geschil waren de gevolgen die kleefden aan de koopakte uit 1960 en die kleefden aan de elkaar opvolgende positieve beslissingen door de autoriteiten die eiser in het verleden een gebruiksrecht gaven. Het EHRM overwoog: ‘*However, the Court would reiterate that the fact that the domestic laws of a State do not recognise a particular interest as a “right” or even a “property right” does not necessarily prevent the interest in question, in some circumstances, from being regarded as a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.*’²⁸⁰ Doorslaggevend

274 Schutte 2004, p. 42-43.

275 Schutte 2004, p. 42-43.

276 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, § 55 (*Depalle/Frankrijk*).

277 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, § 56 (*Depalle/Frankrijk*).

278 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, § 58 (*Depalle/Frankrijk*).

279 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, § 59 (*Depalle/Frankrijk*).

280 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, § 59 (*Depalle/Frankrijk*).

was in dit geval de tijd die was verstreken. Die (lange) tijd maakte dat er kon worden gesproken van een ‘*proprietary interest*’.²⁸¹

4.3.10.2.3. Fysieke zaken

In de eerste plaats zijn fysieke zaken vermogensbestanddelen die worden beschermd door artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Ook ten aanzien van fysieke zaken wordt bezien of ze een *substantive interest* zijn. De bescherming van fysieke zaken was bijvoorbeeld aan de orde in *Öneryildiz/Turkije*.²⁸²

In *Öneryildiz/Turkije* was de methaanexplosie op een vuilnisbelt in een sloppenwijk in de buurt van Istanbul aan de orde. Ondanks de bekendheid van verschillende autoriteiten met het bewonen van een sloppenwijk op een vuilnisbelt en het daaraan klevende gevaar, werd niet op tijd actie ondernomen om de bewoners van de sloppenwijk daar te verwijderen. Op 28 april 1993 om 11 uur ’s ochtends had in Istanbul een methaanexplosie plaats, waarbij 39 mensen overleden en fysieke zaken werden verwoest. *Öneryildiz* klaagde bij het EHRM, onder meer, over het verlies van zijn woonhuis en verschillende roerende zaken en meende dat de staat verantwoordelijk was voor de schade, vanwege zijn nalatigheid om de eigendom van zijn burgers meer effectief te beschermen.

Het EHRM constateerde in de eerste plaats dat er geen sprake kon zijn van eigendom over het bewoonde land. Een belangrijke aanwijzing die tot deze conclusie had geleid, was het feit dat eiser had aangegeven zich ervan bewust te zijn geweest dat hij de eigendom over het land (definitief) had kunnen verkrijgen door een daartoe ontworpen procedure te volgen. En aangezien hij dat niet had gedaan, kon er geen sprake zijn van eigendom over het land. Maar dat lag anders ten aanzien van de eigendom over de woning en roerende zaken. Het EHRM meende dat de autoriteiten op de hoogte waren van eisers activiteiten en daarom ook wisten dat eiser een *proprietary interest* had in deze zaken. Gezien de aard en voldoende erkenning van de *proprietary interest*, meende het EHRM dat het ging om een *substantive interest* en daarmee een *possession* die werd beschermd in artikel 1 Eerste Protocol EVRM: ‘*The Court considers that the applicant’s proprietary interest in his dwelling was of a sufficient nature and sufficiently recognised to constitute a substantive interest and hence a “possession” within the meaning of the rule laid down in the First sentence of Article 1 of Protocol No. 1, which provision is therefore applicable to this aspect of the complaint.*’²⁸³ Aangezien de zaken van eiser dus een *substantive interest* inhielden, kwamen ze in aanmerking voor bescherming onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

4.3.10.2.4. Niet-fysieke zaken, in het bijzonder claims

Eigendom onder het EVRM omvat meer dan eigendom volgens het BW, het is in § 4.3.10.2.1 al geconstateerd. Eigendom omvat ook niet-fysieke zaken, zoals aandelen.

281 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, § 68 (*Depalle/Frankrijk*).

282 EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*).

283 EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, nr. 48939/99, § 129 (*Öneryildiz/Turkije*).

Aandelen hebben zekere economische waarde en vormen daarom eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM.²⁸⁴ Een bijzondere vorm van eigendom zoals wij die in Nederland met zoveel woorden in het BW niet kennen, is de eigendom over een claim: *'The concept of "possessions" is not limited to "existing possessions" but may also cover assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a reasonable and legitimate expectation of obtaining effective enjoyment of a property right (...). A legitimate expectation of being able to continue having peaceful enjoyment of a possession must have a "sufficient basis in national law" (...).'*²⁸⁵

Een van de eerste zaken waarin wel is aangenomen dat claims ook bescherming kunnen genieten onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM, is de zaak-*Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis/Griekenland*, waarin is overwogen dat, om vast te stellen dat sprake is van eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM zoals in die zaak door eisers werd bepleit, het EHRM er zich van moet verzekeren dat de toewijzingen door de civiele rechter en tijdens arbitrageprocedures voldoende vaststaan.

Stratis Andreadis was met de Griekse overheid, toentertijd bestuurd door een militaire junta, overeengekomen dat hij een olieraffinaderij zou bouwen en exploiteren waarbinnen ruwe olie zou worden geraffineerd. Toen de Griekse democratie echter eenmaal was hersteld, nam de overheid het standpunt in dat de uitvoering van het met Andreadis overeengekomen contract schadelijk zou zijn voor de Griekse economie.

Stran verzocht op 10 november 1978 om schadevergoeding voor de schade die het zou hebben geleden gedurende de periode dat het contract nog niet was beëindigd. De overheid had reeds toen verzuimd zijn verplichtingen na te komen, en had daarmee bij Stran schade berokkend, aldus Stran. In eerste aanleg werden de bezwaren van de overheid, die hoofdzakelijk zagen op de bevoegdheid van het gerecht nu in het contract een arbitrageclausule was opgenomen, van tafel geveegd en werd besloten tot nader onderzoek naar de omvang van de door Stran geleden schade.

De overheid startte toen een arbitrageprocedure, maar kwam, toen door de arbiter aan Stran schadevergoeding was toegekend, toch op tegen de bevoegdheid van de arbiter. Hangende de procedure over de bevoegdheid van de arbiter voor de gewone rechter, trad nieuwe wetgeving in werking die voor deze zaak tot gevolg had dat arbitrage niet mogelijk was en de schadevergoeding zoals die was toegekend door de arbiters niet langer *valid of enforceable*.

Stratis Andreadis klaagde, nadat hij bij de Griekse rechter geen succes had, in Straatsburg onder meer over schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, waarop het Hof ten aanzien van de vraag of sprake was van eigendom, overwoog: *'In order to determine whether judgment no. 13910/79 of the Athens Court of First Instance and the*

284 Bijvoorbeeld: EHRM 16 januari 2001, nr. 35730/97 (*Offerhaus and Offerhaus/Nederland*), *inadmissibility decision*.

285 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, § 62-63 (*Depalle/Frankrijk*). Zie ook: EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34078/02, § 65-66 (*Brosset-Triboulet e.a./Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 11 januari 2007, nr. 73049/01, § 63-65 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*). Zie ook onder meer: Popelier 2006; Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak (eds.) 2006, p. 865 e.v.; Jacobs/White/Ovey 2010, p. 485 e.v.

*arbitration award had given rise to a debt in their favour that was sufficiently established to be enforceable.*²⁸⁶ De rechter in eerste aanleg had, door opdracht te geven de omvang van de schade te onderzoeken, de hoop gegeven dat de schadevergoedingsvordering zou worden toegewezen. De afdwingbaarheid kon daarmee geenszins vaststaan, nu de mogelijkheid bestond dat twee hogere instanties de beslissing zouden herzien. Het EHRM diende zelf, zo overwoog het, hieruit de juridische positie van de benadeelde afleiden en overwoog te dien aanzien: ‘*According to its wording, the award was final and binding; it did not require any further enforcement measure and no ordinary or special appeal lay against it (...). Under Greek legislation arbitration awards have the force of final decisions and are deemed to be enforceable.*’²⁸⁷ Hoewel het recht op schadevergoeding theoretisch nog door de rechter zou kunnen worden vernietigd, maar een vernietiging in twee instanties reeds was afgewezen, nam het EHRM aan dat er geen reden was voor een dergelijke vernietiging. Dat recht op vergoeding, vastgesteld in de arbitrageprocedures, was een *possession* en werd zo beschermd door artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis/Griekenland betekende een voorzichtige stap in de richting van bescherming van schadevergoedingsclaims onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM, in die zin dat er slechts sprake was van eigendom indien de vergoeding *sufficiently established to be enforceable* was. Het EHRM heeft de claims die bescherming verdienen onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM vervolgens uitgebreid in *Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België*.²⁸⁸ De overweging van het EHRM die leidde tot een antwoord op de vraag of een claim een *possession* kon zijn, ving in die zaak aan met de constatering: ‘*The rules in question are rules of tort, under which claims for compensation come into existence as soon as the damage occurs.*’²⁸⁹ Van belang was dus het feit dat met het ontstaan van de schade de *rules of tort* gingen werken: de benadeelden in *Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België* hadden zo gezien een claim.

Ten aanzien van die claim overwoog het EHRM vervolgens: ‘*A claim of this nature “constituted an asset” and therefore amounted to “a possession within the meaning of the first sentence of Article 1 (P1-1). This provision (P1-1) was accordingly applicable in the present case”*’²⁹⁰

In de conclusie heeft ten slotte een rol gespeeld het feit dat benadeelden op basis van rechtspraak van het hoogste Belgische gerechtshof mochten aannemen dat zij een legitieme verwachting hadden: ‘*On the basis of the judgments of the Court of cassation of 5 november 1920, 15 December 1983 and 17 May 1985 (...), the applicants could argue that they had a “legitimate expectation” that their claims deriving from the accidents in question would be determined in accordance with the general law of tort.*’²⁹¹

286 EHRM 9 december 1994, nr. 13427/87, § 59 (*Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis/Griekenland*).

287 EHRM 9 december 1994, nr. 13427/87, § 61 (*Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis/Griekenland*).

288 EHRM 20 november 1995, A-332 (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België*).

289 EHRM 20 november 1995, A-332, § 31 (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België*).

290 EHRM 20 november 1995, A-332, § 31 (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België*).

291 EHRM 20 november 1995, A-332, § 31 (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België*).

Twee laatste (gelinkte) zaken die het idee van de claim als beschermenswaardig vermogensbestanddeel goed illustreren, zijn de eerder ook aangehaalde zaken *Draon/Frankrijk* en *Maurice/Frankrijk*.²⁹² Als gezegd zochten de echtparen Draon en Maurice vergoeding voor door hen geleden schade vanwege de geboorte van twee kinderen. Zij hadden op grond van wetgeving en rechtspraak een redelijke verwachting dat hun vordering zou worden toegewezen, tot, terwijl de beide zaken onder de rechter waren, nieuwe wetgeving in werking trad, waarin – onder meer – was besloten dat de bijzondere kosten voor de opvoeding van een gehandicapt kind niet langer voor vergoeding in aanmerking zouden komen. Dat wil zeggen, niet langer volgens het aansprakelijkheidsrecht. Daar zou namelijk een (algemene) compensatie, vermoedelijk in de vorm van wat wij zouden duiden als uitkering, tegenover staan.²⁹³ Kort en goed zagen de echtparen de verwachte vergoeding in een zwart gat verdwijnen en kwamen tegen die praktijk in Straatsburg op. Het EHRM overwoog:

‘The Court did not expressly state in the Pressos Compania Naviera S.A. and Others case that the “legitimate expectation” was a component of, or attached to, the property right claimed. However, it was implicit in the judgment that no such expectation could come into play in the absence of an “asset” falling within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1, which in that case was a compensation claim. The “legitimate expectation” identified in the Pressos Compania Naviera S.A. and Others case did not in itself constitute a proprietary interest; it related to the way in which the claim qualifying as an “asset” would be treated under domestic law, and in particular to the reliance on the fact that the established case-law of the national courts would continue to be applied in respect of damage which had already occurred.

(...) In a line of cases the Court has found that the applicants did not have a “legitimate expectation” where it could not be said that they had a currently enforceable claim that was reasonably established. (...) The Court’s case-law does not contemplate the existence of a “genuine dispute” or an “arguable claim” as a criterion for determining whether there is a “legitimate expectation” protected by Article 1 of Protocol No. 1. (...) The Court takes the view that where the proprietary interest is in the nature of a claim it may be regarded as an “asset” only where it has a sufficient basis in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming it.’²⁹⁴

Bij claims moet overigens niet alleen worden gedacht aan een recht op schadevergoeding. In *Gavella/Kroatië* werd een *right of pre-emption* bijvoorbeeld ook wel als claim omschreven.²⁹⁵ In 1997 was in Kroatië de *Act on the Restitution of and Compensation for Property Expropriated during the Yugoslav Communist Regime* in werking getreden. Die wet hield onder meer een bepaling in die aan de oud-bewoners van ont-eigende woningen een recht op voorverkoop gaf, ingeval de huidige bewoners zouden

292 EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, EHRC 2005, 112 (*Draon/Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, NJ 2006, 464, m.nt. P.J. Boon (*Maurice/Frankrijk*). Zie § 4.3.5.

293 EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, EHRC 2005, 112, § 12-35 (*Draon/Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, NJ 2006, 464, m.nt. P.J. Boon, § 18-32 (*Maurice/Frankrijk*).

294 EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, EHRC 2005, 112, § 67-68 (*Draon/Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, NJ 2006, 464, m.nt. P.J. Boon, § 65-67 (*Maurice/Frankrijk*).

295 EHRM 11 juli 2006, nr. 33244/02 (*Gavella/Kroatië*).

besluiten hun woning van de hand te doen. Op 21 april 1999 had het constitutionele hof in Kroatië besloten dat enkele bepalingen uit de wet ongrondwettig waren, waaronder de bepaling die het recht gaf op voorverkoop. Een dergelijk recht zou namelijk in strijd zijn met het recht op eigendom, maar het recht schiep ook rechtsonzekerheid vanwege de onnauwkeurige omschrijving ervan. Gavella stelde voor het EHRM dat hem zijn recht op voorverkoop was ontnomen en dat de ontneming een inbreuk op het eigendomsrecht betekende in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Het Hof stelde voorop dat het recht op voorverkoop niet moest worden beschouwd als bestaande bezittingen, maar liever als claims: *‘The Court takes the view that the applicant’s pre-emption rights were “claims” rather than “existing possessions”.*²⁹⁶ Maar daarmee was niet per se ook sprake van eigendom:

*‘The Court notes that a right of pre-emption is a right to buy prior to or ahead of others, but only if the owner decides to sell. It does not grant the power to compel an unwilling owner to sell, and is thus distinguishable from an option to purchase. For that reason, it is often referred to as an option on condition precedent. In this connection, the Court recalls that (...) it has already dealt with a similar issue, finding that the applicant’s conditional option to purchase did not constitute a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.*²⁹⁷

4.3.10.2.5. Toekomstige vermogensbestanddelen

Voor de beschermenswaardigheid van belangen onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM geldt als uitgangspunt dat alleen bestaande eigendom in aanmerking komt voor die bescherming. Dat houdt bijvoorbeeld in dat toekomstig inkomen geen eigendom is in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, tenzij er sprake is van reeds verdiend en/of nog verschuldigd inkomen. Ook een eigendomsrecht dat zou worden verkregen bij het vervullen van condities die nog niet zijn vervuld, kan geen eigendom zijn, noch kan de hoop dat een lang-vervallen eigendomsrecht opnieuw zou gelden geen eigendom zijn.²⁹⁸

Toch kan een toekomstig vermogensbestanddeel een beschermenswaardig belang zijn in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM: *‘However, in certain circumstances, a “legitimate expectation” of obtaining an asset may also enjoy the protection of Article 1 of Protocol No. 1. Thus, where a proprietary interest is in the nature of a claim, the person in whom it is vested may be regarded as having a “legitimate expectation” if there is a sufficient basis for the interest in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming its existence.*²⁹⁹

296 EHRM 11 juli 2006, nr. 33244/02 (Gavella/Kroatië).

297 EHRM 11 juli 2006, nr. 33244/02 (Gavella/Kroatië).

298 EHRM (Grote Kamer) 7 juni 2012, nr. 38433/09, § 172 (Centro Europa 7 S.R.L. en Di Stefano/Italië); EHRM (Grote Kamer) 10 juli 2002, RJ&D ECHR 2002-VII, § 69 (Gratzinger en Gratzingerova/Tsjechië).

299 EHRM (Grote Kamer) 7 juni 2012, nr. 38433/09, § 173 (Centro Europa 7 S.R.L. en Di Stefano/Italië).

4.3.10.3. Is de inmenging gerechtvaardigd?

De beoordeling van de inmenging en daarmee de begrenzing van het recht op bescherming van eigendom vindt volgens vaste rechtspraak van het Hof plaats langs de lat van een van de drie regels die artikel 1 Eerste Protocol inhoudt: *'The Court reiterates that Article 1 of Protocol No. 1 comprises three distinct rules: the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest.'*³⁰⁰ Het EHRM onderscheidt dus drie typen inmenging (de ontneming van eigendom, de regulering van eigendom, en de andere inmenging), maar merkt daarbij op dat de drie regels niet los van elkaar bestaan. De tweede en de derde regel zijn bijzondere regels die in het licht van de eerste moeten worden begrepen en uitgelegd.

Het belang van het onderscheiden van de verschillende regels, is gelegen in de mate van bescherming van de eisende partij. Dat moet worden begrepen als een verschil in de intensiteit van de toetsing door het EHRM en de appreciatiemarge welke aan de staten wordt toegekend. De appreciatiemarge die lidstaten toekomt is relatief ruim als het gaat om het toepassen van wetten die lidstaten noodzakelijk achten om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren. Minder ruim is de bevoegdheid om wetgeving aan te nemen die het gebruik van eigendom reguleert of om maatregelen te nemen waarbij iemand zijn eigendom wordt ontnomen. De toetsing van eigendomsreglementerende maatregelen is dan weer niet zo streng als die met betrekking tot eigendomsberovende maatregelen. Daar komt bij dat het slachtoffer van eigendomsontneming in het merendeel van de gevallen sowieso een recht op vergoeding heeft, terwijl dit niet het geval is wanneer hij het slachtoffer is van eigendomsreglementerende maatregelen.

Het onderscheid naar type inmenging doet er niet aan af dat de toets die het Hof aanlegt om te beslissen of de inmenging al of niet gerechtvaardigd is, voor de verschillende inmengingen dezelfde is. Aan de inmenging die een ontneming van eigendom is, heeft artikel 1 Eerste Protocol EVRM een beperkingsclausule gekoppeld die inhoudt dat een ontneming van eigendom is gerechtvaardigd *'in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de beginselen van internationaal recht.'* Het is deze toets die bepaalt of een inmenging in het recht op eigendom gerechtvaardigd is. Onder het algemeen belang wordt ook de – vaak meest belangrijke vraag – beantwoord of de inmenging proportioneel is. Dat wil zeggen of het algemeen belang dat met de schendende handeling wordt gediend opweegt tegen het individuele belang bij eerbiediging van de eigendom.

300 Zie bijvoorbeeld: EHRM (Grote Kamer) 16 november 2010, nr. 24768/06, NJ 2011, 589, m.nt. P.C.E. van Wijmen, § 57 (*Perdigão/Portugal*).

Zoals ook ten aanzien van artikel 2 en 8 EVRM is uiteengezet, heeft het EHRM ten aanzien van het recht op bescherming van de eigendom positieve verplichtingen geformuleerd die voor de lidstaten betekenen dat ze zich niet alleen van inmenging in het recht op eigendom moeten onthouden, maar ook (actief) moeten zorg dragen voor de bescherming van de eigendom van personen die onder hun rechtsmacht ressorteren. De inhoud van de verplichtingen draagt op eigen wijze bij aan de begrenzing van het recht op bescherming van eigendom. De positieve verplichtingen onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM moeten worden beoordeeld aan de hand van de eerste, algemene regel.³⁰¹

De vraag of de overheid maatregelen had moeten treffen voor de bescherming van eigendom van burgers is bijvoorbeeld aan de orde geweest in *Gustafsson/Zweden*.³⁰² De heer Gustafsson was juist eigenaar geworden van zomerrestaurant *Ihrebaden* in *Ihreviken*, toen hij in juli 1987 weigerde een overeenkomst met de vakbond voor hotel- en restaurantpersoneel (HRF) aan te gaan. Die overeenkomst zag op toetreding tot een collectieve arbeidsovereenkomst, die was gesloten tussen de vakbond voor hotel- en restaurantpersoneel en twee werkgeversverenigingen, waarvan Gustafsson geen lid was. Gustafsson had principieel bezwaar tegen het systeem van collectief onderhandelen en benadrukte dat zijn werknemers meer salaris ontvingen dan ze zouden ontvangen onder de collectieve arbeidsovereenkomst. Na de weigering van Gustafsson om toe te treden tot de collectieve overeenkomst, besloot HRF tot het boycotten van het restaurant, daarin gevolgd door verschillende andere bonden, hetgeen in 1988 leidde tot een aanvoerstop van leveranties door toeleveranciers, en daaropvolgend in 1991 tot de verkoop van zijn restaurant door Gustafsson. Ondertussen had hij de overheid al gevraagd HRF te dwingen tot het opheffen van de boycot, maar de overheid meende hier te maken te hebben met een privaat conflict en zag zodoende geen reden tot ingrijpen: *‘There is no provision in the law which authorises the Government to examine such disputes.’*³⁰³

Toen Gustafsson zijn zaak bij het EHRM neerlegde en klaagde over een schending van zijn recht op bescherming van eigendom overwoog het Hof:

*‘Admittedly, the State may be responsible under Article 1 (P1-1) for interferences with peaceful enjoyment of possessions resulting from transactions between private individuals (...). In the present case, however, not only were the facts complained of not the product of an exercise of governmental authority, but they concerned exclusively relationships of a contractual nature between private individuals, namely the applicant and his suppliers or deliverers. In the Court’s opinion, such repercussions as the stop in deliveries had on the applicant’s restaurant were not such as to bring Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) into play.’*³⁰⁴

301 EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02, NJ 2009, 229, § 172 (*Budayeva e.a./Rusland*).

302 EHRM (Grote Kamer) 25 april 1996, RJ&D ECHR 1996-II (*Gustafsson/Zweden*).

303 EHRM (Grote Kamer) 25 april 1996, RJ&D ECHR 1996-II, § 17 (*Gustafsson/Zweden*).

304 EHRM (Grote Kamer) 25 april 1996, RJ&D ECHR 1996-II, § 60 (*Gustafsson/Zweden*).

De overheid kan dus verantwoordelijk zijn voor schendingen van het recht op ongestoord genot van eigendom in de horizontale verhouding vanwege het nalaten die eigendom actief te beschermen.

In *Öneryildiz/Turkije* was opnieuw nalaten door de overheid om zorg te dragen voor bescherming van de eigendom (een van de) reden(en) voor eisers om hun zaak aan het EHRM voor te leggen. De Turkse staat had, ondanks kennis van het kort voor de explosie geconstateerde gevaar, niet kunnen voorkomen dat een methaanexplosie op een vuilnisbelt plaats had, die zowel letsel- en overlijdensschade als schade aan eigendommen met zich bracht. Het EHRM overwoog opnieuw dat een effectieve bescherming van het eigendomsrecht niet is gegeven met enkel het door de overheid onthouden van inmenging, maar dat actie door de overheid noodzakelijk kan zijn, *'particularly where there is a direct link between the measures an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions.'*³⁰⁵

Het EHRM kwam jaren later in *Budayeva e.a./Rusland* tot dezelfde overweging en zette de verplichting onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM af tegen die onder het recht op leven:

*'While the fundamental importance of the right to life requires that the scope of the positive obligations under Article 2 includes a duty to do everything within the authorities' power in the sphere of disaster relief for the protection of that right, the obligation to protect the right to the peaceful enjoyment of possessions, which is not absolute, cannot extend further than what is reasonable in the circumstances.'*³⁰⁶

Artikel 2 EVRM legt dus op de overheid verdergaande verplichtingen dan artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

4.3.11. Tussenconclusie

Het is duidelijk geworden hoe de artikelen 2 en 8 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol EVRM zich hebben ontwikkeld in de jurisprudentie van het EHRM. Die ontwikkeling gebeurt in twee stappen. In de eerste plaats bepaalt het EHRM of de belangen van eisers belangen zijn die bescherming vinden in EVRM-rechten. In de tweede plaats bepaalt het Hof of de inmenging in die belangen kan worden gerechtvaardigd. Het Hof toetst de inmenging daarvoor aan de beperkingsclausules bij de EVRM-rechten.

De uiteenzetting van deze rechten maakt duidelijk dat de rechten in Straatsburg vooral een publiekrechtelijke kant ontwikkelen die met name tot uitdrukking komt in de beoordeling van de inmengingen door het Hof. Het EVRM werkt dat ook in de hand, gezien de beperkingsclausules die het aanknopingspunt zijn voor de toetsing van de inmenging. Deze constatering leidt tot de tussenconclusie dat bij de toepas-

305 EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, nr. 48939/99, § 134 (*Öneryildiz/Turkije*). Later herhaald: EHRM 3 november 2009, nr. 38016/07, § 69 (*Sierpiński/Polen*).

306 EHRM (Grote Kamer) 20 maart 2008, nrs. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 en 15343/02, § 175 (*Budayeva e.a./Rusland*).

sing van EVRM-rechten in de privaatrechtelijke verhouding met name de vaststelling door het EHRM van de belangen die onder de verschillende rechten bescherming vinden, bruikbaar kan zijn.

4.4. HANDHAVING

4.4.1. Inleiding

Het doel van effectieve rechtsbescherming verlangt handhaving van de EVRM-rechten. Die handhaving moet in ten minste drie sferen door verschillende organen gebeuren: in de nationale private sfeer, in de nationale publieke sfeer, en in de (supranationale) Europese sfeer. In de eerste sfeer (de nationale private sfeer) heeft *civil society* een belangrijke taak. (Ex-)Voorzitter van het EHRM, Jean-Paul Costa onderstreepte de belangrijke rol van *civil society* in zijn rede bij de jaaropening 2011 en haakte daarmee aan bij wat een jaar eerder tijdens de Interlaken Conferentie aan de orde was geweest. Hij stelde:

*(...) the increasingly diverse nature of human rights violations should result in correspondingly diverse solutions to preventing and countering them. I attach importance to the role assigned by the Interlaken Conference to civil society. It called on the Committee of Ministers and the States Parties to consult with civil society "on effective means to implement the Action Plan". This is necessary. Alongside the Council of Europe, the Court and the States Parties, non-institutional entities have extremely important tasks to perform. They can contribute to teaching citizenship and tolerance and providing legal training to potential applicants; they can display vigilance and solidarity in the face of threats to our liberties from whatever source; and they can remind people that the Convention and the Court, despite their considerable power of attraction, cannot resolve all problems in life. It is therefore above all at national level that civil society must be active, but the Court is naturally open to dialogue.*³⁰⁷

In de tweede sfeer (de nationale publieke sfeer) is de staat in al zijn hoedanigheden (wetgever, bestuur en rechter) het orgaan dat voor de handhaving zorg draagt. Deze tweede sfeer is relatief belangrijk, als wordt bedacht dat het recht onder het EVRM primair door de lidstaten dient te worden gehandhaafd. Het zijn immers de lidstaten zelf die zich met het verdrag hebben verplicht zorg te dragen voor de handhaving van de fundamentele rechten die in het EVRM zijn opgenomen. Het uitgangspunt dat de handhaving door de lidstaten voorop moet staan, komt tot uitdrukking in het beginsel van subsidiariteit dat ook met enige regelmaat opduikt in de rechtspraak van het EHRM.

In de derde en laatste sfeer (de supranationale Europese sfeer) gebeurt de handhaving door drie organen gezamenlijk: het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Comité van Ministers van de Raad van Europa en de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa. Terwijl het EHRM in de context van het EVRM rechtspreekt,

³⁰⁷ Annual Report 2011 European Court of Human Rights, p. 43. Zie: Interlaken Declaration 2010, onder 2.

zien de laatste twee organen er op toe dat de uitspraken ten uitvoer worden gelegd,³⁰⁸ respectievelijk dat het nationale recht van de lidstaten het EVRM daadwerkelijk waarborgt.³⁰⁹ In deze paragraaf komt de handhaving van het EVRM in twee delen aan de orde. In § 4.4.2 wordt stilgestaan bij de rol van het EHRM als handhavend orgaan. In § 4.4.3 komt billijke genoegdoening als remedie onder het EVRM aan de orde.

4.4.2. De rol van het EHRM bij de handhaving van het EVRM

‘Why should we not say it loudly that every court in member states of the Council of Europe is in fact a court of the European Convention? (...) And bearing in mind the fact that judges are usually not eternal, I want to conclude by saying that for the long-term effectiveness of the system we should turn our attention not only at the direction of domestic remedies, but first and foremost at university education and professional training of those who apply European Convention in practice.’³¹⁰

~ Balcerzak, 2006

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is bevoegd om uitspraak te doen in interstatelijke zaken en zaken die individuele verzoekschriften betreffen.³¹¹ Het overgrote deel van de zaken die het EHRM in behandeling heeft en heeft gehad, betreft individuele verzoekschriften. De individuele verzoekschriftprocedure is sinds het inwerkingtreden van het Elfde Protocol verplicht onderdeel van het EVRM geworden. Tot dat moment gold dat staten zelf konden kiezen of ze het Hof rechtsmacht gaven.

De taak van het Hof als rechtsprekend orgaan is beperkt door het subsidiariteitsbeginsel. De lidstaten zelf komt als gezegd namelijk een belangrijke rol toe bij de handhaving van het EVRM. Zij hebben zich met het overeenkomen van het EVRM verbonden om de rechten in het EVRM te verzekeren. Het subsidiariteitsbeginsel brengt de belangrijke rol tot uitdrukking die staten is gegeven bij de uitleg en toepassing van het EVRM. Het subsidiariteitsbeginsel houdt in: *‘(...) that the task of ensuring respect for the rights enshrined in the Convention lies first and foremost with the authorities in the Contracting States rather than with the Court. The Court can and should intervene only where the domestic authorities fail in that task.’³¹²*

Subsidiariteit is een noodzakelijk beginsel. Voor die noodzakelijkheid zijn zeker vier redenen te noemen.³¹³ In de eerste plaats blijven de lidstaten zelf de belangrijkste actoren, aangezien de bevoegdheden van de (supranationale) handhavingsorganen niet verder strekken dan de verdragsgrondslagen toelaten. In de tweede plaats is het het EHRM niet toegestaan om direct in te grijpen in de lidstaten en is het dus gehouden de autonomie van de lidstaten te respecteren. Ten derde zijn de lidstaten beter in staat om zaken te beoordelen, vanwege *‘their direct and continuous contact with the*

308 Artikel 46 EVRM.

309 Artikel 52 EVRM. Zie: *Resolution (99) 50 on the Council of Europe Commissioner for Human Rights* 1999.

310 Balcerzak 2006, p. 25.

311 Artikel 33 en 34 EVRM.

312 *Interlaken follow-up. Principle of Subsidiarity* 2010, p. 2.

313 *Interlaken follow-up. Principle of Subsidiarity* 2010, p. 4.

vital forces of their countries.³¹⁴ En ten vierde kan het EHRM zijn functie alleen goed vervullen als de lidstaten inderdaad in de eerste plaats zelf de rechten handhaven, omdat het zich alleen zo kan concentreren op, en ook met de nodige snelheid kan reageren op de zaken waarin de meest ernstige schendingen aan de orde zijn.³¹⁵

Het Hof stelt het uitgangspunt ook met enige regelmaat aan de orde als redengeving waarom het niet ingaat op bepaalde klachten. Het deed dat voor het eerst met zoveel woorden in de zaak-*Handyside/Verenigd Koninkrijk*.³¹⁶ In die zaak was het de heer Handyside, uitgever, wiens uitgaven van *The Little Red Schoolbook* in beslag waren genomen vanwege de obscene inhoud van de boeken die waren bestemd voor scholieren van 12 jaar en ouder, die klaagde over schending van zijn recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM). Een cruciaal probleem dat partijen verdeeld hield, was ‘*how to determine whether the actual “restrictions” and “penalties” complained of by the applicant were “necessary in a democratic society”, “for the protection of morals”*’.³¹⁷ Het EHRM overwoog toen:

*‘The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (...). The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (...).’*³¹⁸

Het EHRM heeft met zijn rechtspraak van het EVRM een uniek mensenrechtenverdrag gemaakt.

4.4.3. Billijke genoegdoening

Een belangrijk begrip als het aankomt op handhaving onder het EVRM is ‘billijke genoegdoening’ (*just satisfaction*).³¹⁹ Artikel 41 EVRM is de grondslag voor het toekennen van billijke genoegdoening door het EHRM. Het Hof kent, indien nodig, zegt artikel 41 EVRM, billijke genoegdoening toe, ‘*indien het Hof vaststelt dat er een schending van het Verdrag of van de Protocollen daarbij heeft plaatsgevonden en indien het nationale recht van de betrokken Hoge Verdragsluitende Partij slechts gedeeltelijk*

314 *Interlaken follow-up. Principle of Subsidiarity* 2010, p. 4.

315 *Interlaken follow-up. Principle of Subsidiarity* 2010, p. 4.

316 EHRM (Plenair) 7 december 1976, nr. 5493/72, NJ 1978, 236 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*). En meer recent: EHRM (Grote Kamer) 13 juli 2012, nr. 16354/06, § 64 (*Mouvement Raëlien Suisse/Zwitserland*); EHRM 26 juni 2012, nr. 4819/10, § 35 (*Dušan Vojnović en Dragica Vojnović/Kroatie*) *admissibility decision*.

317 EHRM (Plenair) 7 december 1976, nr. 5493/72, NJ 1978, 236, § 47 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

318 EHRM (Plenair) 7 december 1976, nr. 5493/72, NJ 1978, 236, § 48 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

319 Recent is er een omvangrijke studie naar de werkwijze van het Hof onder artikel 41 EVRM verricht door *The Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences* (ETL), gesteund door *the European Centre of Tort and Insurance Law*. Zie: Fenyves, Karner, Koziol & Steiner 2011. Maar ook door Van Emmerik die het Straatsburgse schadevergoedingsrecht naast het Nederlandse plaatste: Van Emmerik 1997, i.h.b. hoofdstuk 5, p. 139-191.

rechtsherstel toelaat.³²⁰ Billijke genoegdoening kan volgens de rechtspraak van het EHRM beslag krijgen door de toekenning van compensatie, maar ook enkel met de vaststelling dat er sprake is (geweest) van een schending van een recht.³²¹ Overigens komen ook de kosten die zijn gemaakt ten behoeve van de procedure voor vergoeding in aanmerking.

De enkele vaststelling van een schending van een recht door het EHRM kan, onder omstandigheden, billijke genoegdoening zijn in de zin van artikel 41 EVRM.³²² Het Hof stelde dat voor het eerst in *Golder/Verenigd Koninkrijk*: ‘*The Court is of opinion that in the circumstances of the case it is not necessary to afford to the applicant any just satisfaction other than that resulting from the finding of a violation of his rights.*’³²³ Deze benadering heeft het Hof kritiek opgeleverd, omdat het niet heeft uitgelegd waarom de enkele vaststelling kan worden beschouwd als billijke genoegdoening. Die kritiek kwam onder andere uit eigen huis, namelijk van *Judge Bonello*, in zijn kritiek bijgestaan door *Judge Maruste*: ‘*I consider it wholly inadequate and unacceptable that a court of justice should “satisfy” the victim of a breach of fundamental rights with a mere handout of legal idiom.*’³²⁴ In dezelfde mening schrijft *Bonello* dat artikel 41 EVRM ook geen discretionaire bevoegdheid voor de rechter inhoudt, maar de rechter verplicht billijke genoegdoening toe te kennen als dat nodig is: ‘*The Court seems to feel authorised to deny just satisfaction to the victim on the strength of the “if necessary” condition.*’³²⁵ Er is volgens *Bonello* in ieder geval een noodzaak als het EHRM heeft vastgesteld dat de lidstaat een EVRM-recht heeft geschonden en het individu dat slachtoffer is van de schending onder nationaal recht geen mogelijkheid heeft om een vergoeding te verkrijgen. Het Hof is dan niet vrij om te beslissen of een vergoeding op zijn plaats is.

Een aantal redenen om geen vergoeding toe te kennen zijn door *Van Emmerik* uit de rechtspraak gefilterd, namelijk: dat eiser zelf geen vergoeding heeft gevraagd, dat de schade of de schending beperkt is, dat al op andere wijze aan de schade is tegevoetgekomen, dat causaal verband tussen schade en schending niet is bewezen, dat niet is bewezen dat er sprake is van immateriële schade, dat de rechtsschending nog niet is gepleegd, dat de schade deels is te wijten aan schuld van de benadeelde, dat eiser niet degene is die schade heeft geleden, en dat eisers klachten slechts gedeeltelijk gegrond zijn.³²⁶

320 Artikel 41 EVRM.

321 *Vande Lanotte & Haeck* 2005, p. 621 e.v.; *Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak* (eds.) 2006, p. 261 e.v.

322 Zie: *Józson* 2011.

323 EHRM (Plenair) 21 februari 1975, nr. 4451/70, NJ 1975, 462, m.nt. E.A. *Alkema (Golder/Verenigd Koninkrijk)*.

324 *Judge Bonello*, bijgestaan door *Judge Maruste*, in zijn *partly dissenting opinion* bij: EHRM (Grote Kamer) 25 maart 1999, nr. 31195/96, RJ&D ECHR 1999-II (*Nikolova/Bulgarije*). Zie: *Józson* 2011, p. 744, e.v.

325 *Judge Bonello*, bijgestaan door *Judge Maruste*, in zijn *partly dissenting opinion* bij: EHRM (Grote Kamer) 25 maart 1999, nr. 31195/96, RJ&D ECHR 1999-II (*Nikolova/Bulgarije*).

326 *Van Emmerik* 1997, p. 140-144.

4.5. CONCLUSIES

De beschrijving van de karakteristiek van het EVRM geeft aanleiding tot de volgende drie conclusies. In de eerste plaats wordt het recht onder het EVRM ontwikkeld aan de hand van abstracte beginselen, waaronder het beginsel van het redelijke evenwicht, van de evolutieve interpretatie, van de praktische en effectieve rechten, en van de appreciatiemarge. De beginselen fungeren als hulpnormen of uitgangspunten bij de uitleg en toepassing van de vage bepalingen die de rechten in het EVRM goeddeels zijn.

Een van de meest belangrijke beginselen voor de materiële vormgeving van de rechten – het ligt volgens het Hof besloten in het EVRM in zijn totaliteit – is het beginsel van het redelijke evenwicht. Het beginsel van het redelijke evenwicht helpt bij de begrenzing van het EVRM waar het aankomt op de vaststelling of een eenmaal vastgestelde inmenging in een beschermenswaardig belang kan worden gerechtvaardigd. Dit beginsel dat een zo belangrijke rol toekomt, is een op de publiekrechtelijke verhouding toegeschreven beginsel. Het beginsel van het redelijke evenwicht zegt immers dat er sprake moet zijn van een redelijk evenwicht tussen de behoeften uit het algemeen belang van de samenleving en de behoeften voor de bescherming van een individu's fundamentele rechten.³²⁷ De EVRM-rechten ontwikkelen in de Straatsburgse rechtspraak dus eerst en voornamelijk hun publiekrechtelijke kant.

In de derde en laatste plaats gebeurt de ontwikkeling van het EVRM casusgericht. Het is moeilijk om grip te krijgen op de grote hoeveelheid jurisprudentie van het EHRM, te meer omdat die (te) weinig blijk geeft van gezichtspunten of regels die meer zijn dan beginselen, en minder zijn dan toepassingen op de voorliggende casus. Het Hof begint zijn uitspraak niet zelden met algemene, nog abstracte uitwerkingen van de EVRM-rechten in kwestie die nog nauwelijks richting geven, en past de rechten dan al snel toe in het licht van de omstandigheden van het geval.

De drie conclusies in samenhang bezien, ontbreekt mijns inziens de ontwikkeling van meer toegespitste criteria of gezichtspunten onder de EVRM-rechten, voor groepen gevallen die minder omvangrijk zijn dan de gehele groep gevallen die binnen het beschermingsbereik van de rechten valt, en die anderzijds omvangrijker zijn dan het specifieke voorliggende geval. Een enkele keer heeft zich een dergelijk wenselijk tussenniveau ontwikkeld, zoals in het geval van huiselijk geweld waarin lidstaten de afweging moeten maken tussen bescherming van het leven van een slachtoffer van huiselijk geweld enerzijds en respect voor zijn privéleven anderzijds.³²⁸ Voor die afweging heeft het Hof lidstaten voorzien in een gezichtspuntencatalogus.

Een belangrijke vraag die bij dit laatste punt opkomt, is de vraag door welk orgaan een dergelijk tussenniveau zou moeten worden ontwikkeld. Ik zou denken dat dat in de eigen nationale rechtsorde moet gebeuren, niet in de laatste plaats omdat het maar de vraag is in hoeverre van het EHRM meer kan worden verwacht en mag

327 EHRM (Plenair) 7 juli 1989, nr. 14038/88, NJ 1990, 158, m.nt. E.A. Alkema, § 89 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*). En meer recent: EHRM (Grote Kamer), 27 mei 2008, nr. 26565/05, NJ 2008, 585, m.nt. E.A. Alkema, § 44 (*N./Verenigd Koninkrijk*).

328 § 4.3.8.4.

worden verwacht dan het nu doet. Dat Hof kan sowieso alleen voorzien in een beschermingsminimum, omdat het bij de ontwikkeling van het EVRM ermee rekening moet houden dat er bij het EVRM 47 lidstaten zijn aangesloten en het minimumniveau in alle 47 acceptabel en mogelijk moet zijn. En het is natuurlijk belangrijk nog eens te beseffen dat het de lidstaten zijn die zich hebben verplicht zorg te dragen voor het EVRM en dus ook in de eerste plaats aangewezen zijn om het EVRM te ontwikkelen.

5 RECHT AUF, DROIT À, RIGHT TO, REG OP: FUNDAMENTELE RECHTEN IN PERSPECTIEF

5.1. INLEIDING

Recht auf, right to, droit à, reg op: het zijn veelgebruikte uitdrukkingen in vier te onderscheiden rechtssystemen, waarmee in alle systemen door de gebruiker ervan pleegt te worden verkondigd dat hem een aanspraak toekomt, in de regel vergezeld van het object waar de aanspraak betrekking op heeft. Voor ieder recht, de fundamentele rechten inclusief, geldt dat de aanspraak die het recht in zich bergt, zonder waarde is als daarbij niet een actie ter beschikking staat ingeval het recht – op welke wijze en door wie ook – met voeten wordt getreden, of met voeten dreigt te worden getreden. *Ubi jus ubi remedium*, waar een recht is, is een remedie. Zowel in de Duitse, de Engelse,¹ de Franse, als de Zuid-Afrikaanse rechtsorde zijn daarom modi gevonden om de rechten in die ordes te verwerken, en daarmee te handhaven. Het zijn deze vier rechtsordes die centraal staan in dit onderzoek. De verantwoording voor de keuze van de vier systemen wordt in § 5.2 gegeven.

Naast de vier rechtsordes is in dit onderzoek ter inspiratie ook *soft law* geraadpleegd, in de zin van ontwerpen die voorliggen en tot doel hebben bij te dragen aan de harmonisatie van het recht van verschillende landen in Europa. De *soft law*-instrumenten die zijn onderzocht, zijn de *Principles of European Tort Law* (verder: PETL) en het *Draft Common Frame of Reference* (verder: DCFR). Deze (vooralsnog vrij wetenschappelijke, en niet werkelijk in de praktijk gebrachte²) ontwerpen inspireren omdat zij recent zijn tot stand gebracht, en daarmee een zeer moderne vertaling zijn van hetgeen wetenschappers uit verschillende Europese landen menen dat een gemeenschappelijk gedachtegoed is in het hier en het nu. Het is niet het streven naar eenwording dat aan het raadplegen van de *soft law* in dit onderzoek ten grondslag ligt, maar het streven naar een rechtvaardige wijze van handhaving van fundamentele rechten in het Nederlandse recht. Het is de verwachting geweest dat het onderzoeken van verschillende rechtsculturen en instrumenten evenzovele originele invalshoeken zou verschaffen. Vanzelfsprekend is daarbij in het oog gehouden dat

1 Lees: het recht van Engeland en Wales. Zie § 5.5.

2 Dat wil zeggen: op referenties in de rechtspraak na niet in de praktijk gebracht. Zie bijvoorbeeld: A-G Spier in zijn conclusie voor HR 2 juni 2006, JAR 2006/155, m.nt. mr. dr. M.S.A. Vegter (*Campen/Köpcke Global Trading*); P-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 8 december 2006, BIE 2007, 93 (*De Vries/De Boer*); P-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 1 april 2011, NJ 2011, 405, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Kremers/Van de Water*).

het resultaat van de projecten die tot de PETL en DCFR hebben geleid, noodzakelijk een compromis is. Immers: het ontwerpen van één instrument voor zoveel landen – het doel van de projectondernemers –, met participatie van zo een groot aantal landen met zo verschillende (rechts)culturen, betekent geven en nemen.³

Voor alle vier de rechtsordes, en ook wat betreft de *soft law*, is bezien op welke wijze fundamentele rechten en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht met elkaar zijn gelinkt. De uiteenzetting van deze benaderingen heeft als bron van inspiratie gediend bij de vormgeving van een theorie over de fundamentele rechten in het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Naast de gevonden benaderingen is ook gemeend dat het waardevol is de aan de benaderingen voorafgaande voorvragen te benoemen en de leidraden bij de benaderingen te expliciteren. Bij de drie thema's die de uitwerking zijn van het rechtsvergelijkende deel van deze studie, i.e. de voorvragen, benaderingen en leidraden, wordt in het volgende hoofdstuk stilgestaan.

Voor goed begrip van de uiteenzetting van de voorvragen, benaderingen en leidraden is, meen ik, eerst ten minste summier begrip noodzakelijk van de staatkundige inrichting van de systemen waaruit die benaderingen zijn gelicht. Het gaat dan in het bijzonder om de plaats die fundamentele rechten innemen in de rechtsorde en de bij de handhaving van de fundamentele rechten betrokken organen. In dit hoofdstuk wordt daarom stilgestaan bij de staatkundige inrichting van de onderzochte systemen, toegespitst op de positie en status van de fundamentele rechten, alsook op de procedure van de handhaving van die rechten.

De benadering van de fundamentele rechten in het recht heeft volgens velen zijn oorsprong in het publiekrecht. Waar wordt gesproken over de benadering van fundamentele rechten, wordt vaak teruggegrepen op de uitwerking van de fundamentele rechten in het publiekrecht. De benaderingen in het privaatrecht zijn zodoende sterk beïnvloed door het publiekrecht. De EVRM-rechten zijn bovendien rechten uit de Europese rechtsorde, die niet altijd gelijk en even sterk geïntegreerd onderdeel is van de nationale rechtsorde, wat maakt dat kennis van het staatsrecht van belang is.

In dit hoofdstuk worden vanwege de hiervoor besproken zaken, na de verantwoording van de keuze voor de verschillende systemen (§ 5.2), eerst kort, en voor zover noodzakelijk voor goed begrip van het verdere, de Duitse, Franse, Engelse en Zuid-Afrikaanse staatkundige organisaties belicht (§ 5.4, § 5.5, § 5.6 en § 5.7). Hier moet te meer bij worden stilgestaan, aangezien het gros van de geïnteresseerden in het aansprakelijkheidsrecht wordt verwacht niet al te zeer thuis te zijn in de staatkundige achtergrond van de systemen. Voor wie daarin wél thuis is, behoeft dit hoofdstuk niet noodzakelijk bestudering voor goed begrip van het verdere.

3 Bij het vormen van de PETL waren 20 wetenschappers uit 16 verschillende landen betrokken, bij het vormen van de DCFR maakten alleen al van de *Co-ordinating Group* 51 personen deel uit. Zie: *Principles of European Tort Law* 2005, p. XII; *DFCR (I)* 2009, p. 26.

5.2. DUITSLAND, FRANKRIJK, ENGELAND EN ZUID-AFRIKA: WAAROM?

Het Duitse, Franse, Engelse en Zuid-Afrikaanse recht fungeren, het was in de vorige paragraaf al kort aan de orde, als bron van inspiratie bij de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag. De keuze voor specifiek deze vier systemen heeft om de volgende redenen voor de hand gelegen. Wat betreft Duitsland kan eerst worden gezegd dat het land een rijke constitutionele traditie kent die na de Tweede Wereldoorlog een belangrijke renovatie heeft ondergaan. In 1951 is het *Bundesverfassungsgericht* opgericht. Dit constitutionele hof heeft de belangrijke taak om de nakoming van het *Grundgesetz* te bewaken. Het bestaan van een constitutioneel hof heeft de fundamentele rechten een duidelijke status gegeven binnen de Duitse rechtsorde, wat een voor dit onderzoek (hypothetisch) wenselijk feit is geweest.

Een vergelijking met het Duitse rechtssysteem heeft ook gezien het Duitse aansprakelijkheidsrecht voor de hand gelegen. In het Duitse systeem vindt bescherming plaats via de erkenning van zogenaamde rechtsgoederen. In de rechtsgoederen komen belangen tot uitdrukking die ook belangen zijn waarop bescherming in de fundamentele rechten terug te voeren is. Met de status van rechtsgoed hebben de belangen (ook) in het *Deliktsrecht* een bijzondere, van andere belangen afwijkende, positie.

Voor Engeland geldt, als tweede in dit onderzoek gekozen rechtssysteem, dat het bij het inwerkingtreden van het EVRM geen geschreven constitutie kende – en overigens nog altijd niet kent. Het Verenigd Koninkrijk, dat een monistische staat is in de zin dat internationale wetgeving naar nationaal recht moet worden omgezet om effect te sorteren, was door de ondertekening van het EVRM gehouden daar enigszins verandering in te brengen. De Engelsen hebben de EVRM-rechten een meer nauwomschreven status gegeven door ze met het aannemen van de *Human Rights Act 1998* (verder: *HRA 1998*) ‘thuis te brengen.’⁴ Deze *HRA 1998* heeft bovendien een nieuwe (schadevergoedings)actie met zich gebracht, voor het geval *public authorities* kan worden verweten dat die onvoldoende hebben zorg gedragen voor het handhaven van de in de *HRA 1998* opgenomen rechten. Het feit dat de Engelsen een bijzondere actie in hun rechtsorde hebben gecreëerd voor de handhaving van het EVRM, maakt het Engelse systeem tot een waardevol systeem voor dit onderzoek. Naast de introductie van de *HRA 1998* hebben de EVRM-rechten overigens ook de *common law* niet onaangetast gelaten. Van een aantal *torts* wordt gezegd dat die onder invloed van het EVRM aan belangrijke veranderingen onderhevig zijn geweest.⁵ Deze beide zaken (het bestaan van de *HRA 1998* en de veranderingen in de *torts*) samen hebben mij ertoe gebracht ook het Engelse recht te onderzoeken.

Het Franse systeem, ten derde, is geselecteerd omdat, net als in Duitsland, in Frankrijk ten aanzien van het inpassen van fundamentele rechten in het privaatrecht een boeiend samenspel waarneembaar is tussen verschillende rechters, onder wie óók rechters in een constitutioneel hof. In Frankrijk worden niet slechts de Europese mensenrechten tot de fundamentele rechten gerekend, maar juist ook de nationale

4 *Rights Brought Home 1997*.

5 Het recht op privéleven is bijvoorbeeld van invloed geweest op *defamation*. Mason 1998, p. 29. Zie § 6.3.4.3.2.

grondrechten, aangezien Frankrijk, net als Duitsland, zeer gehecht is aan zijn fundamentele rechten van nationale oorsprong. In de Franse literatuur is er bovendien juist enkele jaren geleden veel aandacht geweest voor het vraagstuk dat in dit onderzoek centraal staat. Het vraagstuk van het inpassen van de fundamentele rechten in het Franse aansprakelijkheidsrecht is recent grondig onderzocht. Het is overigens bij aandacht in de literatuur gebleven en er is in de aanloop naar wat een nieuw buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht moet worden, verder nauwelijks (expliciet) aandacht geweest voor het onderwerp.⁶

Ten slotte is Zuid-Afrikaans recht bestudeerd, omdat Zuid-Afrika sinds het inwerkingtreden van zijn tegenwoordige constitutie in 1996 op moderne wijze invulling probeert te geven aan het inlijven van fundamentele rechten in de rechtsorde. In Zuid-Afrika zijn fundamentele rechten, meer expliciet dan elders, een belangrijk fundament onder de gehele rechtsorde. Fundamentele rechten komen we in de Zuid-Afrikaanse privaatrechtelijke jurisprudentie dan ook in overvloed tegen. Ter illustratie van zowel de vooruitstrevendheid die uit de constitutie spreekt, alsook van het feit dat de fundamentele rechten ook doorwerken in het privaatrecht, dient de volgende overweging van het constitutionele hof in zijn uitspraak ter goedkeuring van de constitutie in 1996, waar het hof kwam te spreken over de bepaling die zegt dat ook natuurlijke personen en rechtspersonen aan de *Bill of Rights* gebonden zijn:

*'Objection was taken to this provision on the ground that it would impose obligations upon persons other than organs of state, that is, it permitted what has been referred to in South African jurisprudence and academic writing as the "horizontal application" of bills of rights. The objection was grounded, first on the basis that the horizontal application of fundamental rights is not universally accepted. That is so, but as stated above, the requirement of universal acceptance in CP II [Constitutional Principle II, JE] does not preclude the CA [Constitutional Assembly, JE] from including provisions in the NT which are not universally accepted.'*⁷

Zuid-Afrikaans recht biedt dus een frisse, originele kijk op de zaken (zoals *Justice Kriegler* zegt: '(...) *our Constitution is unique in its origins, concepts, and aspirations*'⁸) en is om die reden bij de andere systemen in het onderzoek gevoegd. Dat het geen inzichten kan verschaffen ten aanzien van de doorwerking van de EVRM-rechten, heeft niet aan de keuze voor Zuid-Afrikaans recht in de weg gestaan, omdat ook meer algemene beschouwingen inspireren en de andere stelsels bovendien alle drie wel kunnen voorzien in dergelijke ideeën. Wat dat laatste betreft zij overigens nog opgemerkt dat het Zuid-Afrikaanse Hof zijn blik ook naar buiten richt en niet zelden in zijn oordeelsvorming notitie maakt van, onder meer, Europese opvattingen.⁹

6 Zie: *Responsabilité civile: des évolutions nécessaires* 2009.

7 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 6 september 1996, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996* (CCT 23/96) [1996] ZACC 26, para 53.

8 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 15 mei 1996, *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* (CCT8/95) [1996] ZACC 10, para 127 per *Justice Kriegler*.

9 Het heeft daartoe overigens uitdrukkelijk de bevoegdheid gekregen in *article 39 1996 Constitution*, dat bepaalt: *'When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (...) c. may consider foreign law.'*

Het Duitse, Franse en Zuid-Afrikaanse systeem hebben gemeen dat de fundamentele rechten zijn opgeschreven in de nasleep van tijden waarin de rechten met voeten werden getreden. Terwijl in Duitsland de Tweede Wereldoorlog aanleiding is geweest voor het opstellen van de grondwet, was dat in Frankrijk de *Révolution* en in Zuid-Afrika de *apartheid*. Van het Verenigd Koninkrijk kan iets dergelijks niet zo recent worden gezegd: ‘*The constitutional arrangements for the United Kingdom have evolved in phases reflecting the political, social, and economic experiences of many centuries.*’¹⁰ Met die constatering wordt overigens meteen het feit verklaard dat de constitutie ongeschreven is.¹¹ Lange tijd terug gaat overigens wel de *Magna Charta*. Dit charter is een omslag geweest na een onderdrukkend bewind door Koning Jan zonder Land. Het geldt tegenwoordig als eerste declaratie van fundamentele rechten en is van grote symbolische betekenis.

Een extra reden om de drie Europese systemen in dit onderzoek te betrekken is het feit dat de drie systemen alle een andere juridische familie vertegenwoordigen. Het Franse systeem geldt als vertegenwoordiger van de Romanistische familie, het Duitse systeem als vertegenwoordiger van de Germaanse familie en het Engelse systeem als representant van de Anglo-Amerikaanse rechtstraditie.¹²

5.3. AANPAK EN PRESENTATIE

Literatuur, wetgeving en jurisprudentie zijn object van het rechtsvergelijkend onderzoek geweest. Een eerste aanknopingspunt voor het onderzoek is in ieder systeem gevonden in de rechtsgeleerde literatuur, in het bijzonder in handboeken. In de handboeken is gezocht naar benaderingen voor de handhaving van fundamentele rechten via de privaatrechtelijke regeling die in die vreemde systemen een functie vervult die gelijk is aan de functie die het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht vervult. In hoofdstuk 3 is geconcludeerd dat die functie eerst en voornamelijk een vergoedingsfunctie is.

De keuze om een eerste aanknopingspunt in de rechtsgeleerde literatuur te zoeken gaat terug op het idee dat zo meest betrouwbaar en gericht onderzoek kan worden verricht. Handboeken voorzien immers het beste in de informatie die noodzakelijk is voor goed begrip van de regels en de context van die regels in de vreemde systemen.

Wat de rechtsgeleerde literatuur betreft zijn zowel privaatrechtelijke alsook staatsrechtelijke handboeken geraadpleegd voor informatie over handhaving van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Terwijl de staatsrechtelijke handboeken hoofdzakelijk informatie verschaffen over de aard van fun-

Zie bijvoorbeeld: *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 13 juni 2012, *South African Transport and Allied Workers Union and Another v Garvas and Others* (CCT 112/11) [2012] ZACC 13, para 53. Daarbij komt het hof soms ook tot de conclusie dat de eigen *Bill of Rights* beter zelfstandig, en uitdrukkelijk niet langs de lijnen van het EVRM, wordt uitgelegd. Bijvoorbeeld: *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 29 mei 2008, *S v Shaik and Others* (CCT 86/07) [2008] ZACC 7, para 56-57.

10 Leyland 2007, p. 9.

11 Barnett 2011, p. 9.

12 Zweigert & Kötz 1998.

damentele rechten en de wijze waarop ze in rechtsverhoudingen kunnen worden toegepast, voorzien privaatrechtelijke handboeken in informatie over de plaatsing in specifieke privaatrechtelijke regelingen en de ontvankelijkheid van de privaatrechtelijke regelingen voor fundamentele rechten.

De aanknopingspunten in de literatuur hebben verrijkt met sleutelwoorden die via zoeksystemen hebben geleid naar meer en andersoortige literatuur dan de uiteenzettingen in handboeken. Ook de wetsbepalingen en jurisprudentieverwijzingen hebben via zoeksystemen op zich weer geleid naar (extra) literatuur en jurisprudentie.

Het rechtsvergelijkende onderzoek wordt in dit hoofdstuk en het volgende als volgt gepresenteerd. In dit hoofdstuk worden staatsrechtelijke karakteristieken geschetst van de onderzochte systemen, omdat begrip van die karakteristieken noodzakelijk is om de benaderingen goed te kunnen plaatsen. Begrip van de staatsrechtelijke karakteristieken wordt niet bekend verondersteld bij de niet-staatsrechtgeleerden. Een staatsrechtelijke karakteristiek van de Nederlandse rechtsorde ontbreekt, omdat is gemeend dat die wél bekend mag worden verondersteld.

De presentatie van de benaderingen die in de verschillende systemen zijn gevonden om fundamentele rechten te handhaven volgt in hoofdstuk 6. De benaderingen zijn gepresenteerd in verschillende categorieën. Die categorieën verschillen onderling in de wijze waarop de benaderingen aan de handhaving via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bijdragen. De benaderingen zijn op deze wijze gecategoriseerd omdat zo het verwantschap tussen benaderingen, maar ook de verschillen het meest in het oog springen.

5.4. STAATKUNDIGE KARAKTERISTIEKEN VAN DUITSLAND

5.4.1. De Duitse parlementaire democratie en haar rechtsorde

Duitsland is een *demokratischer und sozialer Bundesstaat* en bovendien een *Rechtsstaat*.¹³ De *Bundesstaat* is een federale staat die is samengesteld uit de verschillende Duitse *Länder*, de deelstaten, die tezamen de *Bundesrepublik Deutschland*, de Bondsrepubliek Duitsland, vormen.

De Duitse rechtsorde behelst *Privatrecht* en *Öffentliches Recht*.¹⁴ Tot de eerste hoort zowel het algemene burgerlijke recht als het *Sonderprivatrecht* (bijvoorbeeld handelsrecht en arbeidsrecht). Onder het *Öffentliches Recht* worden wel begrepen het *Strafrecht*, *Verwaltungsrecht*, *Prozessrecht* en *Staatsrecht*. Duitse rechtsbronnen zijn de *Verfassung*, *Gesetze*, *Rechtsverordnungen*¹⁵ en *Satzungen*. Deze volgorde van rechtsbronnen geeft ook de hiërarchische verhouding weer volgens welke de bronnen tot elkaar staan. Voor alle hier onderscheiden rechtsbronnen geldt dat die zowel in het *Bundesrecht* alsook in de rechtsordes van de verschillende *Länder* bestaan. Er

13 Artikel 20 I 1, 3 GG. Zie: Kloepfer, *Verfassungsrecht I*, § 7-10.

14 Röhl & Röhl 2008, § 52.

15 Vgl. Algemene Maatregelen van Bestuur.

is dus een *Bundesverfassung* (namelijk het *Grundgesetz* of GG) voor de *Bundesstaat* en er zijn (afzonderlijke) *Verfassungen* voor de verschillende *Länder*. Artikel 31 GG bepaalt dat het *Bundesrecht* altijd voor *Landesrecht* gaat.

In Duitsland heeft een lange *Theorienstreit* plaatsgehad over de vraag of het volkenrecht en het nationale recht samen deel uitmaken van één rechtsorde, ofwel dat de beide zelfstandige rechtsordes zijn.¹⁶ De Duitse rechtsorde wordt tegenwoordig wel als gematigd dualistisch beschouwd.¹⁷ Enerzijds geldt dat het nationale recht onafhankelijk van het volkenrecht werkt. Volkenrecht dient eerst tot nationaal recht te worden getransformeerd, voor het deel uitmaakt van dat nationale recht. Dat doet, anderzijds, niet aan af aan de gelding van het volkenrecht en de bindende kracht van de afspraken die staten zijn overeengekomen.¹⁸

Zoals er federaal en lager recht is, zijn er ook federale rechters en *Gerichte der Länder*.¹⁹ Het *Bundesverfassungsgericht* beslist in laatste instantie over zaken die de *Bundesverfassung* raken.²⁰ In civiele zaken is het *Bundesgerichtshof* rechter in laatste instantie.

Voordat de plaats en status van de fundamentele rechten meer uitgebreid aan de orde komen en de rechterlijke organisatie in het kader van de handhaving verder wordt toegelicht, wordt kort stilgestaan bij de oorsprong van de fundamentele rechten in Duitsland.

5.4.2. De oorsprong van de fundamentele rechten

Het Duitse *Grundgesetz* zoals dat vandaag bestaat is, aanpassingen nadien daargelaten, kort na de Tweede Wereldoorlog tot stand gebracht door de *Parlementarischen Rat*. De *Parlementarischen Rat* was de opdracht gegeven om te komen tot een *Grundgesetz*. Het was de bedoeling dat dit *Grundgesetz* een voorlopige zou zijn.²¹ Volgens democratische principes zou het uiteindelijk immers aan (een vertegenwoordiging van) de Duitse bevolking zijn om te komen tot een *Grundgesetz*.²² Het door de *Parlementarischen Rat* ontwikkelde *Grundgesetz* was tot 1990 geldend recht in de tien *Bundesländern* van de oude *Bundesrepublik* en werd op 3 oktober 1990 door toetreding van de DDR tot de *Bundesrepublik Deutschland* de *Verfassung Deutschlands*.²³

Het begrip ‘*Verfassung*’ wordt overigens in verschillende betekenissen gebruikt, onder meer ter aanduiding van het geheel der regelingen die tezamen de inrichting van de staat regelen, ofwel als ‘*der grundlegende, auf bestimmte Sinnprinzipien*

16 Kloepfer, *Verfassungsrecht* I, § 34 Rn 3, p. 1063.

17 Kloepfer, *Verfassungsrecht* I, § 34 Rn 14, p. 1066.

18 Kloepfer, *Verfassungsrecht* I, § 34 Rn 14, p. 1066. Artikel 27 WVV.

19 Artikel 92 GG.

20 Artikel 93 GG.

21 Artikel 146 GG. De Duitse grondrechtentraditie gaat overigens terug tot in de 18e eeuw. Zie: K. Stern, in: HStR V, § 108, Rn 21-29, p. 15 e.v.

22 Kloepfer, *Verfassungsrecht* I, § 1 Rn 100, p. 19.

23 Ipsen, *Staatsrecht* I, § 2 Rn 26, p. 8.

*ausgerichtete Strukturplan für die Rechtsgehalt eines Gemeinwesens.*²⁴ Hier wordt onder *Verfassung* in ieder geval het *Grundgesetz* begrepen.

5.4.3. De plaats en status van de fundamentele rechten in het rechtssysteem

Na de korte beschrijving van de oorsprong van het *Grundgesetz*, komen in deze paragraaf de plaats en status van de fundamentele rechten in het Duitse rechtssysteem aan de orde. De voor de Duitser meest levende fundamentele rechten, zijn de rechten in het *Grundgesetz*. Ofschoon Duitsland partij is bij het EVRM, worden in de Duitse rechtspraak vooral de *Grundrechte* toegepast en uitgekristalliseerd. Deze constatering zal niet verbazen als wordt beseft dat het *Bundesverfassungsgericht* slechts bevoegd is om zich uit te spreken over zaken betreffende de *Grundrechte*, en niet het EVRM.²⁵ Het EVRM betreft het wel, maar slechts in de context van de uitleg van de *Grundrechte*: ‘*Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt, eine Wirkung, die die Konvention indes selbst ausgeschlossen wissen will (Art. 60 EMRK)*’²⁶

De *Grundrechte* zijn bovendien belangrijker dan de EVRM-rechten, omdat die laatste qua rang en stand gelijk zijn aan *einfachen Bundesgesetz*. Artikel 59 I 2 GG bepaalt bovendien dat in Duitsland voor de ratificatie van verdragen (zoals het EVRM) toestemming nodig is op gelijke wijze als voor een *Bundesgesetz*. Die regel impliceert dat het verdrag de *Rang von einfachen Bundesgesetz* toekomt, aldus ook het *Bundesverfassungsgericht*.²⁷

In de zaak-Görgülü heeft het *Bundesverfassungsgericht* een belangrijke uitspraak gedaan ten aanzien van de verhouding tussen de *Grundrechte* en het EVRM.²⁸ Als uitgangspunt geldt, zoals eerder genoemd, dat de EVRM-rechten qua rang en stand onder de *Grundrechte* staan. Duitsland heeft zichzelf zo soevereiniteit voorbehouden. De soevereiniteit, onderstreept het *Bundesverfassungsgericht*, doet er niet aan af dat de Duitse rechter bij zijn beslissing het EVRM in aanmerking moet nemen. Het betekent wel – vanuit het oogpunt van nationaal recht – dat de Duitse rechter,

24 Hollerbach 1969, p. 46.

25 Zie bijvoorbeeld de bevoegdheidstoedelingen in Artikel 93 GG en Artikel 100 GG. En zie ook: *Bundesverfassungsgericht* 14 januari 1960, NJW 1960, 1243, p. 1244; *Bundesverfassungsgericht* 17 mei 1983, NJW 1983, 2762, p. 2765; *Bundesverfassungsgericht* 6 oktober 2004, NJW 2005, 1567, p. 1567. Zie: Chr. Grabenwarter, in: HGR VI/2, § 169 Rn 13, p. 39.

26 *Bundesverfassungsgericht* 26 maart 1987, BVerfGE 74, 358, p. 370; *Bundesverfassungsgericht* 29 mei 1990, BVerfGE 82, 106, p. 120; *Bundesverfassungsgericht* 14 november 1990, BVerfGE 83, 119, p. 128. Zie: Hoffmeister 2001, p. 371. Zie ook, deels toegespitst op de doorwerking van artikelen 8 en 10 EVRM: Giegerich 1999, p. 501-504.

27 *Bundesverfassungsgericht* 26 maart 1987, NJW 1987, 2427, p. 2427; *Bundesverfassungsgericht* 6 oktober 2004, NJW 2005, 1567, p. 1567. Zie: Mückl 2005, p. 407; Chr. Grabenwarter, in: HGR VI/2, § 169 Rn 13, p. 39.

28 *Bundesverfassungsgericht* 14 oktober 2004, BVerfGE 111, p. 307. Vgl. *Bundesverfassungsgericht* 4 mei 2011, NJW 2011, 1931. Zie in het bijzonder: Lübke-Wolff 2006. Zie voorts onder meer: A. Nußberger, in: HStR X, § 209 Rn 12 ff, p. 142 e.v.; Chr. Grabenwarter, in: HGR VI/2, § 169 Rn 12 ff, p. 39 e.v.

ingeval er conflict bestaat tussen de *Verfassung* en het EVRM, de *Verfassung* moet toepassen.²⁹

Bij de toepassing van het EVRM geldt dat regelgeving die na het inwerkingtreden van het EVRM in werking is getreden niet volgens de *lex-posterior*-regel EVRM-rechten opzijzet, omdat er van moet worden uitgegaan dat de wetgever niet in strijd heeft willen handelen met verdragsverplichtingen.³⁰ Het *Bundesverfassungsgericht* heeft als oplossing gevonden dat de latere wetgeving zo moet worden uitgelegd dat het door de mensenrechtelijke beugel kan.³¹

De *Grundrechte* treden dus meer op de voorgrond dan de EVRM-rechten. Het *Grundgesetz* wordt wel als *Verfassungsrecht* in formele zin aangeduid, terwijl de meeste bepalingen in het *Grundgesetz* bovendien onder het *materiële Verfassungsbegriff* zijn te brengen. Er wordt wel van *Verfassungsrecht* in formele zin gesproken ingeval regelgeving door een bijzonder *verfassungsgebenden Organ* tot stand is gebracht.³² Hoewel daarvan strikt genomen in Duitsland geen sprake is geweest, wordt het *Grundgesetz* wel de *Verfassung Deutschlands* genoemd. De materiële *Verfassung* is de verzameling regelgeving die de grondslag vormt voor de binding van het staatsgezag.³³ Veel van de bepalingen in het *Grundgesetz* vormen inderdaad de grondslag voor binding van het staatsgezag en zijn zo dus *Verfassungs*-bepalingen in materiële zin.

Het feit dat het *Grundgesetz* *Verfassungsrecht* in formele zin is, brengt voor het *Grundgesetz* een bijzondere status mee. Die bijzondere status betekent in de eerste plaats dat het *Grundgesetz* qua rang en stand aan de top van de regelgevingspiramide staat, voorrang heeft boven alle andere regelingen die door de staat zijn uitgevaardigd, en bovendien in aanmerking dient te worden genomen bij het uitleggen van andere rechtsnormen.³⁴ Het *Grundgesetz* geeft van zijn bijzondere status zelf bijvoorbeeld blijk in *Artikel 1 I 3 GG*. *Artikel 1 I 3 GG* zegt dat de wetgevende macht, het bestuur en de rechtspraak aan de op die bepaling volgende fundamentele rechten zijn gebonden als *unmittelbar geltendes Recht*.

De bijzondere status die het *Grundgesetz* als *Verfassungsrecht* toekomt, komt ook tot uitdrukking in het feit dat de formele *Verfassung* niet anders dan volgens een verzwaarde procedure, dat wil zeggen met instemming van tweederde meerderheid aan leden in de *Bundestag* en tweederde aan stemmen in de *Bundesrat*, kan worden gewijzigd.³⁵ De gewenste wijziging kan bovendien slechts een wijziging zijn die een uitdrukkelijke wijziging of aanvulling van de tekst inhoudt.³⁶

De bijzondere status van het *Grundgesetz* als formele *Verfassung* spreekt ten derde uit *Artikel 79 I 3 GG*. Dat artikellid behelst een verbod tot wijziging van een aantal genoemde artikelen. Een vanzelfsprekende uitzondering op dit verbod ligt

29 *Bundesverfassungsgericht* 14 oktober 2004, BVerfGE 111, p. 307, p. 318-319.

30 Zie: Chr. Grabenwarter, in: HGR VI/2, § 169 Rn 13 p. 39.

31 *Bundesverfassungsgericht* 26 maart 1987, NJW 1987, 2427, p. 2427.

32 Kloepfer, *Verfassungsrecht* I, § 1 Rn 107 p. 20.

33 Kloepfer, *Verfassungsrecht* I, § 1 Rn 108, p. 20.

34 Kloepfer, *Verfassungsrecht* I, § 1 Rn 118, p. 22.

35 *Artikel 79 I 2 GG*. Zie: Kloepfer, *Verfassungsrecht* I, § 1 Rn 120, p. 22.

36 *Artikel 79 I 1 GG*. Zie: Kloepfer, *Verfassungsrecht* I, § 1 Rn 121, p. 22-23.

in Artikel 146 GG, namelijk dat het *Grundgesetz* zijn geldigheid verliest op het moment dat in Duitsland een *Verfassung* van kracht wordt waartoe het Duitse volk in vrijheid heeft besloten. Die vrije keuze voor een eigen grondwet door het Duitse volk was de beoogde vervolgstap op de vaststelling van het *Grundgesetz* door de *Parlamentarischen Rat*. Het was immers de bedoeling dat een eigen gekozen grondwet de plaats in zou nemen van de huidige *Verfassung* die door de *Parlamentarischen Rat* is gemaakt.³⁷

Achter de Duitse *Grundrechte* gaat een objectief waardensysteem schuil. Dat waardensysteem is (juist) ook voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding van belang en komt daar via de regels van het privaatrecht tot uitdrukking. Het *Bundesverfassungsgericht* bepaalde dat in de bekende *Lüth*-zaak.

In de zaak-*Lüth* werd door Domnick-Film-Produktion GmbH en Herzog-Film GmbH een verbod gevorderd om Erich Lüth er van te weerhouden om bioscoop-eigenaren en filmverhuurders te sommeren de film *Unsterbliche Geliebte* niet in hun aanbod op te nemen en bovendien Lüth te verbieden het Duitse publiek op te roepen de film niet te bezoeken.³⁸ Lüth had ten tijde van het vorderen van het verbod reeds tot een boycot opgeroepen, en was daartoe gedreven door het feit dat de film was geproduceerd en geregisseerd door Veit Harlan. Harlan was ook regisseur en producent van de film *Jud Süß* geweest, welke film hem, in Lüths woorden, had gemaakt tot ‘*einer der wichtigsten Exponenten der mörderischen Judenhetze der Nazis*’.³⁹

Lüth werd door het *Landesgericht* in het ongelijk gesteld en kwam tegen het vonnis op bij het *Bundesverfassungsgericht*, omdat Lüth meende dat het *Landesgericht* met zijn veroordeling inbreuk had gemaakt op zijn recht op vrijheid van meningsuiting als in *Art. 5 I. 1 Satz 1 GG*, omdat hem was ontzegd om bepaalde uitingen te doen.⁴⁰ Aan de veroordeling lag § 826 *BGB* ten grondslag, in die zin dat de uitingen *unerlaubte Handlungen* zijn, vanwege strijd met de goede zeden.

Het *Bundesverfassungsgericht* zag zich voor de principiële vraag gesteld welke rol de grondrechten in de privaatrechtelijke verhouding toekomen. Het overwoog dat in de *Grundrechte* een objectief waardensysteem schuilgaat dat bijvoorbeeld tot uitdrukking komt via de voorschriften in het privaatrecht:

‘Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. (...) Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will (...), in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt (...). Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß

37 Zie ook: Kloepfer, *Verfassungsrecht I*, § 1 Rn 129, p. 24-25.

38 *Bundesverfassungsgericht* 15 januari 1958, BVerfGE 7, 198, p. 200 (*Lüth*).

39 *Bundesverfassungsgericht* 15 januari 1958, BVerfGE 7, 198, p. 200 (*Lüth*).

40 *Bundesverfassungsgericht* 15 januari 1958, BVerfGE 7, 198, p. 203 (*Lüth*).

*als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden. Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften.*⁴¹

In Duitsland geldt dus dat achter het gehele rechtssysteem een waardensysteem schuilgaat, welke waarden onder meer tot uitdrukking zijn gebracht in de regels van het privaatrecht.

5.4.4. Handhaving van fundamentele rechten op hoofdlijnen

In de vorige paragraaf is duidelijk geworden dat in Duitsland de *Grundrechte* een bijzondere en belangrijke plek toekomen in de rechtsorde en dat de achter die *Grundrechte* schuilgaande waarden ook via de regels van het privaatrecht tot uitdrukking komen. Op deze materiële uiteenzetting volgt in deze paragraaf een bespreking van de handhaving van fundamentele rechten op hoofdlijnen.

Het *Bundesverfassungsgericht* is in Duitsland het orgaan dat in laatste instantie rechtspreekt over grondrechtelijke kwesties. Het *Bundesverfassungsgericht* is kort na de Tweede Wereldoorlog opgericht en moet ook tegen de achtergrond van de Tweede Wereldoorlog worden begrepen; ‘*War besonders im Dritten Reich der Richter zu einem kleinen Justizbeamten degradiert worden, so wurde nun ein neuer Richtertyp geschaffen, der unabhängig von anderen Laufbahnen des öffentlichen Dienstes seine Funktion ausüben sollte.*’⁴² Meermalen wordt in verslagen van vergaderingen die aan het ontstaan van het *Grundgesetz* zijn voorafgegaan, gesproken van het *Bundesverfassungsgericht* als *Hüter der Grundrechte*.

Het *Bundesverfassungsgericht* komt op grond van het *Grundgesetz* en het *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* tal van bevoegdheden toe. Die bevoegdheden houden alle verband met het *Grundgesetz*.⁴³ Het hof buigt zich zo over verliezen van aanspraken op fundamentele rechten – bijvoorbeeld ingeval het recht op vrije meningsuiting wordt misbruikt in de strijd tegen het democratische staatsbestel⁴⁴ –, over de verenigbaarheid van een *Bundesgesetz* of *Landesgesetz* met het *Grundgesetz*,⁴⁵ maar bijvoorbeeld ook over de vraag of een regel van volkenrecht bestanddeel van het *Bundesrecht* is en of die regel directe rechten en verplichtingen voor personen in het leven roept.⁴⁶ De bevoegdheden van het *Bundesverfassungsgerecht* beperken zich

41 *Bundesverfassungsgericht* 15 januari 1958, BVerfGE 7, 198, p. 203-205 (Lüth).

42 Feldkamp 2008, p. 84.

43 Zie voor de bij de *Grundgesetz* gegeven taken: § 13 BVerfGG. Artikel 93 I 2 GG laat ruimte voor nieuwe taken bij eenvoudige *Bundesgesetze*. Hesse 1999, p. 280.

44 Artikel 18 GG jo. § 13 I 1 BVerfGG.

45 Artikel 100 I 1 GG jo. § 13 I 11 BVerfGG.

46 Artikel 100 I 2 GG jo. § 13 I 12 BVerfGG.

overigens tot het toepassen en uitleggen van nationaal *Verfassungsrecht*, waarmee de (directe) toepassing van bijvoorbeeld het EVRM is uitgesloten.⁴⁷

De verhouding tussen de verschillende nationale rechters in Duitsland is duidelijk: de Duitse rechters zijn *in einem Instanzenzug* met elkaar verbonden en het constitutionele hof is het laatste in rij voor zover het zaken betreft die de *Verfassung* aangaan.⁴⁸ Maar zo duidelijk als de interne verhouding tussen de nationale rechters in Duitsland is, zo onduidelijk is de verhouding tussen de beide Europese hoven (i.e. het EHRM en het Hof van Justitie van de Europese Unie) enerzijds, en de nationale anderzijds. De rol van het procesrecht wat betreft de regeling van die verhoudingen, is achtergebleven. En hoewel het materiële recht van steeds grotere waarde is geworden, kan dat recht volgens sommigen de verhoudingen niet afdoende uittekenen.⁴⁹ Zowel het *Grundgesetz*, als het EU-recht, als het EVRM claimt kennelijk het grootst mogelijke gezag, namelijk *Letztverbindlich* te zijn.⁵⁰ Het EHRM wint een strijd met de Duitse nationale rechter in die zin dat het bevoegd is om te bepalen dat beslissingen van het *Bundesverfassungsgericht* in strijd zijn met het EVRM. Het kan daarbij bovendien de Duitse staat een vergoedingsplicht voor de daardoor geleden schade opleggen.⁵¹

In de praktijk gaan het EHRM en het *Bundesverfassungsgericht* conflicten zo veel mogelijk uit de weg. Het *Bundesverfassungsgericht* probeert de *Verfassung* volgens Straatsburgse standaarden uit te leggen, maar behoudt zich daarbij wel een *Letztentscheidungsanspruch* voor en verdedigt soms slinks zijn eigen speelruimte of breidt die uit.⁵² Het EHRM, op zijn beurt, gunt de nationale hoven een zekere beoordelingsvrijheid – de in hoofdstuk 4 genoemde en toegelichte appreciatiemarge – maar is bevoegd om uitspraken van het *Bundesverfassungsgericht* in strijd met het EVRM te verklaren.⁵³

De verhouding tussen het *Bundesverfassungsgericht* en het EHRM zou, tot slot, in gevaar zijn gebracht (maar dat geldt evenzeer voor de verhoudingen tussen het EHRM en de andere lidstaten bij het EVRM) door de werklast waarmee EHRM te kampen heeft. Sinds de inwerkingtreding van het Elfde Protocol in 1998, dat de gang naar het EHRM heeft versoepeld, heeft zich in Straatsburg een voor het EHRM niet te verwerken massa aan klachten opgestapeld. De achterstand die het EHRM tegenwoordig heeft, doet de verhouding tussen het Duitse constitutionele hof en het EHRM geen goed: *‘Die schieren Zahlen veranschaulichen vielmehr das theoretische Potenzial an gegenläufigen Entscheidungen von BVerfG und EGMR.’*⁵⁴ De werkachterstand vergroot het risico dat het *Bundesverfassungsgericht* uitspraken doet die strijdig zijn met Straatsburgse beslissingen.

47 Knauff 2010, p. 234.

48 Knauff 2010, p. 534.

49 Knauff 2010, p. 537.

50 Knauff 2010, p. 538.

51 Artikel 35 EVRM.

52 Klein 2010, p. 224.

53 Knauff 2010, p. 539.

54 Klein 2010, p. 222.

5.4.5. Fundamentele normen en standaarden

5.4.5.1. Het objectieve waardensysteem

In het *Grundgesetz* zijn fundamentele rechten (de *Grundrechte*) opgenomen. Achter deze *Grundrechte* in het *Grundgesetz*, het is al kort aan de orde geweest, gaat een objectief waardensysteem schuil. Het waardensysteem heeft zijn middelpunt ‘in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde (...)’.⁵⁵ Het recht op vrije ontwikkeling van de persoonlijkheid en de menselijke waardigheid verzekert eenieder een autonome sfeer waarin hij of zij zijn persoonlijkheid kan ontwikkelen.⁵⁶ Ofschoon het de kern van het waardensysteem is, is het recht niet onbegrensd.⁵⁷

5.4.5.2. Fundamentele rechten in het Grundgesetz

De Duitse grondrechten binden *Gezetsgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung*.⁵⁸ De grondwet spreekt dus alleen over functies en niet zozeer over staatsorganen (bijvoorbeeld het parlement), maar het wordt aangenomen dat degenen die de functie van wetgever, bestuur of rechter dragen aan de grondrechten gebonden zijn.⁵⁹ Het zijn daarom niet alleen de overheidsorganen waaraan direct wordt gedacht (bijvoorbeeld de *Bund* en *Ländern*), die gebonden zijn aan de grondrechten, maar ook die organen wiens gezag is afgeleid van dat van deze eerste groep organen.⁶⁰

De Duitse doctrine is de bakermat van de zogenaamde *Drittwirkung*.⁶¹ In Duitsland wordt tegenwoordig algemeen aangenomen dat private personen in hun (rechts)verkeer met andere private personen aan grondrechten zijn gebonden.⁶² Over de wijze waarop die gebondenheid aan de grondrechten gestalte krijgt en welke inhoud die binding heeft, is volgens Rüfner nog geen overeenstemming bereikt.⁶³ Het debat spitst zich vaak toe op de vraag of sprake moet zijn van *unmittelbare* of *mittelbare Drittwirkung*, welke begrippen te begrijpen zijn als het in de Nederlandse doctrine ook veel gebruikte directe en indirecte horizontale werking.⁶⁴

5.4.5.3. Uitleg

Voor de interpretatie van de *Grundrechte* worden in Duitsland verschillende methoden gebruikt, waaronder in de eerste plaats de gebruikelijke methoden: de gram-

55 *Bundesverfassungsgericht* 15 januari 1958, BVerfGE 7, 198, p. 205 (Lüth). Zie ook: *Bundesverfassungsgericht* 5 juni 1973, BVerfGE 35, 202 (Lebach).

56 *Bundesverfassungsgericht* 5 juni 1973, BVerfGE 35, 202, p. 220 (Lebach).

57 *Bundesverfassungsgericht* 5 juni 1973, BVerfGE 35, 202, p. 220 (Lebach).

58 *Artikel 1 Abs. 3 GG*. Zie: W. Rüfner, in: HStR V, § 117 Rn 1, p. 526.

59 W. Rüfner, in: HStR V, § 117 Rn 1, p. 526.

60 W. Rüfner, in: HStR V, § 117 Rn 2, p. 527.

61 Onder veel meer: Leisner 1960; Nipperdey 1961; Canaris 1999.

62 W. Rüfner, in: HStR V, § 117 Rn 58, p. 551. Dit geldt te meer met betrekking tot de menselijke waardigheid (*Artikel 1 Abs. 1 GG*): K. Stern, in: Stern Staatsrecht IV/1, § 97, p. 104.

63 W. Rüfner, in: HStR V, § 117 Rn 58, p. 551.

64 W. Rüfner, in: HStR V, § 117 Rn 58, p. 551. Zie § 2.2.3.1.

maticale, teleologische en systematische. Van de gebruikelijke methoden worden de grondwetspecifieke uitlegmethoden (de *Verfassungsspezifische Auslegungsprinzipien*) onderscheiden.⁶⁵

Een eerste bijzondere grondwetspecifieke uitlegmethode is het *Prinzip der Einheit der Verfassung*. Het *Prinzip der Einheit der Verfassung* houdt het uitgangspunt in dat er bij de uitleg van fundamentele rechten rekening mee moet worden gehouden dat de *Verfassung* een eenheid vormt.⁶⁶ Daarbij geldt dat de ogen niet slechts gericht moeten zijn op de nationale fundamentele rechten, maar dat ook de Europese en internationale rechten deel uitmaken van het systeem dat een eenheid dient te vormen.⁶⁷ Dit eerste principe is volgens het *Bundesverfassungsgericht* meteen een heel belangrijk principe.⁶⁸

Een tweede grondwetspecifieke uitlegmethode is het *Prinzip der praktischen Konkordanz*. Volgens het *Prinzip der praktischen Konkordanz* geldt als uitgangspunt dat, als er sprake is van een botsing van fundamentele rechten, aan de bescherming van de door beide fundamentele rechten beschermde rechtsgoederen zodanig grenzen worden gesteld dat van beide rechtsgoederen zo veel mogelijk kan worden genoten.⁶⁹

Een derde uitlegmethode is het *Prinzip der integrierenden Wirkung*. Volgens dat principe verdienen die gezichtspunten voorrang die eenheidsscheppend en -behoudend werken.⁷⁰ Het principe is vooral aan de orde als het *Bundesverfassungsgericht* moet beslissen in zaken waarin het onderling rekening met elkaar houden door *Bund* en *Ländern* aan de orde is.

Het *Prinzip der funktionellen Richtigkeit* is een vierde grondwetspecifieke uitlegmethode en houdt in dat, voor zover de *Verfassung* de taakopvatting van staatsorganen regelt, deze organen bij de uitleg van de *Verfassung* niet buiten hun taakopvatting mogen treden.⁷¹

En ten slotte wordt de *Grundsatz der optimalen Verfassungswirksamkeit* of het *Prinzip der normativen Kraft der Verfassung* tot de grondwetspecifieke uitlegmethoden gerekend.⁷² De interpretatie van de *Verfassung* kan volgens deze bijdragen aan een toename van de normatieve kracht die van de *Verfassung* uit gaat.⁷³ Bij de uitleg van fundamentele rechten moet daarom die uitleg worden verkozen die de werking van de betreffende, in de grondrecht vervatte norm zo veel mogelijk gehandhaafd.⁷⁴

65 Kloepfer, *Verfassungsrecht*, § 1 Rn 162, p. 31-32; Maurer, *Staatsrecht I*, § 1 Rn 60 ff, p. 23-24; Hesse 1999, p. 27.

66 Kloepfer, *Verfassungsrecht*, § 1 Rn 163-166, p. 32; Maurer, *Staatsrecht I*, § 1 Rn 61, p. 23; Hesse 1999, p. 27.

67 Hesse 1999, p. 27.

68 *Bundesverfassungsgericht* 14 december 1965, BVerfGE 19, 206, p. 220.

69 Kloepfer, *Verfassungsrecht I*, § 1 Rn 167, p. 32-33. Maurer, *Staatsrecht I*, § 1 Rn 62, p. 23; Hesse 1999, p. 28.

70 Kloepfer, *Verfassungsrecht I*, § 1 Rn 168, p. 33; Maurer, *Staatsrecht I*, § 1 Rn 64, p. 23; Hesse 1999, p. 29.

71 Kloepfer *Verfassungsrecht I*, § 1 Rn 169, p. 33. Maurer, *Staatsrecht I*, § 1 Rn 63, p. 23; Hesse 1999, p. 28.

72 Kloepfer, *Verfassungsrecht I*, § 1 Rn 170, p. 33; Maurer, *Staatsrecht I*, § 1 Rn 65, p. 23; Hesse 1999, p. 29.

73 Kloepfer, *Verfassungsrecht I*, § 1 Rn 170, p. 33.

74 Kloepfer, *Verfassungsrecht I*, § 1 Rn 170, p. 33.

5.5. STAATKUNDIGE KARAKTERISTIEKEN VAN FRANKRIJK

5.5.1. De Franse democratische republiek en haar rechtsorde

Frankrijk is, volgens *article 1 Constitution*, een democratische republiek en eenheidsstaat: ‘*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.*’ Met de grondwetswijziging van 28 maart 2003 is besloten de eenheidsstaat te decentraliseren.⁷⁵ De drie belangrijkste eenheden zijn tegenwoordig de *régions*, *départements* en *communes*.⁷⁶ De verschillende territoriale eenheden komt de bevoegdheid toe om te beslissen over die zaken waarover het best op dat niveau kan worden besloten.⁷⁷

De Franse rechtsorde is een meervoudige rechtsorde en omvat *l'ordre judiciaire*, *l'ordre administratif*, *l'ordre juridique constitutionnel*, *le droit communautaire*, en *l'ordre juridique européen*. Aan het hoofd van alle ordes staat een eigen hoogste rechter.⁷⁸ Deze hoogste rechters zijn respectievelijk *la Cour de cassation*, *le Conseil d'État*, *le Conseil constitutionnel*, *la Cour de justice des Communautés européennes* en *la Cour européenne des droits de l'homme*. Met het *Tribunal des conflits* daar aan toegevoegd, zijn de hoogste Franse rechters compleet.

De *Cour de cassation* – hoofd van *l'ordre judiciaire* – houdt zich bezig met de berechting van geschillen die van privaatrechtelijke en strafrechtelijke aard zijn. Aan de *Conseil constitutionnel* is de taak opgedragen van de beoordeling van de regelmatigheid van verkiezingsaangelegenheden,⁷⁹ alsook van de beoordeling van grondwettigheid van wetgeving,⁸⁰ en van de beoordeling van de grondwettigheid van verdragen.⁸¹ Recent is aan de bevoegdheden van de *Conseil constitutionnel* een nieuwe bevoegdheid toegevoegd: de bevoegdheid om wetten *a posteriori* aan de *Constitution* te toetsen. De *Conseil constitutionnel* is daarmee nu ook hoeder van de fundamentele rechten in die zin dat hij vragen naar grondwettigheid van wetten door burgers in concrete zaken kan beoordelen.⁸²

De Franse rechtsorde is monistisch. Dat betekent dat verdragen waarbij Frankrijk partij is, direct in het Franse recht (dat wil zeggen zonder dat omzetting in nationale wetgeving noodzakelijk is) van toepassing zijn.

5.5.2. De oorsprong van de fundamentele rechten

De geschiedenis van de fundamentele rechten in Frankrijk gaat ten minste terug tot 1789 toen tijdens de Franse Revolutie een belangrijk document is afgekondigd: de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 25 août 1789* (verder: *Déclaration*). *Article 2* omsloot een aantal fundamentele rechten: ‘*Ces droits sont la liberté, la*

75 *Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.*

76 *Article 72 Constitution.*

77 *Article 72 Constitution.*

78 Morvan 1999, nr. 444.

79 *Articles 58, 59, 60 Constitution.*

80 *Article 61 Constitution.*

81 *Article 54 Constitution.* Zie: Luchoire 2007, p. 11.

82 *Article 61-1 Constitution.* Ingevoerd in 2008 : *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.*

propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression' – vrijheid, eigendom, veiligheid en verzet tegen onderdrukking.

De *Déclaration* is tot stand gekomen onder invloed van de Amerikaanse *Declaration of Independence*, die kort tevoren (in 1776) was afgekondigd. Zoals blijkt uit de preambule bij de *Déclaration* zijn de rechten niet *toegekend*, maar inherent aan het menselijk bestaan. De rechten zijn *droits naturels*⁸³ en aan de *Déclaration* lijkt zo de natuurrechttheorie ten grondslag te liggen.⁸⁴

De *Déclaration* heeft zich mettertijd ontwikkeld en heeft later plaats moeten maken voor een *Constitution*. De tegenwoordige constitutie is in werking getreden in 1958 en verwijst in haar preambule nog naar de *Déclaration*, maar ook naar de preambule van de constitutie uit 1946 en naar het charter betreffende milieuangelegenheden uit 2004.⁸⁵

5.5.3. De plaats en status van de fundamentele rechten in het rechtssysteem

Fundamentele rechten treffen we in de Franse rechtsorde in de eerste plaats aan in de *Constitution*. Verder liggen er rechten besloten in de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 16 août 1789*,⁸⁶ de preambule van de *Constitution 1946*,⁸⁷ *les lois de la République* voor *les principes fondamentaux*⁸⁸ en de rechten en verplichtingen in de *Charte de l'environnement de 2004* die via de preambule bij de *Constitution* deel uit maken van die *Constitution*.⁸⁹ Deze teksten zijn alle van constitutionele aard, omdat ze in de preambule bij de *Constitution 1958* zijn vermeld.⁹⁰ Het verdient daarbij opmerking dat niet alle bepalingen in die via de preambule aan de *Constitution 1958* toegevoegde documenten een constitutionele status toekomt. Zo worden vraagtekens gezet bij de status van *article 13* en *article 14 Déclaration*, die voor de burgers rechten en verplichtingen scheppen ten aanzien van belastingen. Het bestaan van uitzonderingen laat zich overigens gemakkelijk verklaren door het feit dat de *Déclaration* dateert van 1789.⁹¹

83 Preambule bij *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, gekend uit: Favoreu e.a. 2009, annex 1.

84 Verpeaux 2010, p. 20.

85 <www.legisfrance.gouv.fr>.

86 Vooreerst in: *Conseil constitutionnel* 27 december 1973, *Décision* n° 73-51 DC, JO 28 december 1973, p. 14004, overweging 2.

87 Vooreerst in: *Conseil constitutionnel* 19 juni 1970, *Décision* n° 70-39 DC, JO 21 juni 1970, p. 5806. Meer expliciet: *Conseil constitutionnel* 15 januari 1975, *Décision* n° 74-54 DC, JO 16 januari 1975, p. 671, overweging 10.

88 Vooreerst in: *Conseil constitutionnel* 16 juli 1971, *Décision* n° 71-44 DC, JO 18 juli 1971, p. 7114, overweging 2.

89 Vooreerst in: *Conseil constitutionnel* 19 juni 2008, JO 26 juni 2008, p. 10228, *text* n° 3, overweging 18 en 49.

90 *Conseil constitutionnel* 16 januari 1982, *Décision* n° 81-132 DC, JO 17 januari 1982, p. 299, overweging 15. Bevestigd in: *Conseil constitutionnel* 9 augustus 2012, *Décision* n° 2012-653 DC, p. 168. Zie ook: Luchaire 1980, p. 175-183.

91 Luchaire 1980, p. 175-177.

De fundamentele rechten uit de *Constitution* genieten in Frankrijk een bijzondere status.⁹² Voor die rechten geldt daarom in de eerste plaats een bijzondere wijzigingsprocedure, als in *Titre XVI Constitution*. In de tweede plaats komt de bijzondere status tot uitdrukking in de bevoegdheid van de *Conseil constitutionnel* op grond van *article 61 Constitution* om voorgenomen wetgeving a priori aan de *Constitution* toetsen.

Behalve fundamentele rechten spelen ook beginselen een belangrijke rol in het Franse recht. Een aantal beginselen is door de *Conseil constitutionnel* constitutionele status gegeven.⁹³ Een privaatrechtelijk beginsel met constitutionele status is het *principe de la réparation intégrale du préjudice subi* – het beginsel van volledige vergoeding van de geleden schade.⁹⁴

De Fransen weten zich behalve door de fundamentele rechten van nationale oorsprong ook door de EVRM-rechten beschermd. In het Franse monistische systeem komt het EVRM volgens *article 55 Constitution* een bijzondere status toe, in die zin dat het superieur is *à celle des lois*. Aan die status doet niet af dat *article 54 Constitution* bepaalt dat de *Conseil constitutionnel* kan beslissen dat regels van internationaal recht in strijd zijn met de *Constitution*. Een dergelijke beslissing brengt met zich dat de bepaling van internationaal recht niet eerder kan worden bekrachtigd dan nadat de *Constitution* is aangepast.⁹⁵ Het EVRM is overigens voor zijn ratificatie niet ter goedkeuring aan de *Conseil constitutionnel* voorgelegd, op het Zesde Protocol na. Het Zesde Protocol werd door de *Conseil constitutionnel* niet in strijd geacht met de *Constitution*.

De *Conseil constitutionnel* heeft zich in 1993 uitgesproken over de verhouding tussen nationale en internationale normen en meende toen dat de grondwettigheid van (in die zaak immigratie)regelgeving niet mag worden beoordeeld tegen een toetsingskader van, bijvoorbeeld, rechten uit internationale verdragen, maar moet worden getoetst aan de *Constitution*.⁹⁶ Later, in 1998, heeft de *Conseil constitutionnel* overwogen dat het rechtvaardig kan zijn om afstand te nemen van het (nationale) beginsel dat zaken die onlosmakelijk zijn verbonden met de uitoefening van nationale soevereiniteit niet aan personen zonder Franse nationaliteit en niet aan niet-Franse organen mag worden overgelaten. Dat afstand nemen zou zijn toegestaan voor zover dat noodzakelijk is om gevolg te geven aan internationale afspraken zoals die door Frankrijk zijn overeengekomen en voor zover dat geen effect heeft op de noodzakelijke voorwaarden voor het uitoefenen van de nationale soevereiniteit.⁹⁷

De *Conseil d'État* heeft in de zaak-*Sarran* over de relatie tussen internationaal verdragsrecht en (nationale) normen van constitutionele aard overwogen dat *article 55 Constitution* weliswaar inhoudt dat verdragsrecht een bijzondere status toekomt in

92 Luchaire 1980, p. 174-183.

93 Rousseau 2006, p. 468.

94 Luchaire 1982, p. 251.

95 *Article 54 Constitution*.

96 *Conseil constitutionnel* 13 augustus 1993, *Décision* n° 93-325 DC, overweging 2. Zie: Debet 2002, p. 61.

97 *Conseil constitutionnel* 5 mei 1998, *Décision* n° 98-399, overweging 15. Zie: Debet 2002, p. 61.

die zin dat het qua rang en stand boven andere regelgeving gaat (*‘Considerant que si l’article 55 de la Constitution dispose que “les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, des leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve (...)”*), maar dat dit niet geldt voor zover het bepalingen betreft van constitutionele aard (*‘(...) la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s’applique pas, dans l’ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle (...)’*).⁹⁸

Deze overweging van de *Conseil d’État* over de verhouding tussen internationaal recht en nationaal recht van constitutionele aard bracht de *Cour de cassation* er op zijn beurt toe in 2000 overeenkomstig te overwegen: *‘(...) que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s’appliquant pas dans l’ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle (...)’*.⁹⁹ Het verdient opmerking dat de beide hoogste rechters (i.e. de *Conseil d’État* en de *Cour de cassation*) onbesproken laten of van een dergelijke exclusiviteit van (nationale) constitutionele normen slechts sprake kan zijn als die normen reeds tot stand zijn gebracht vóór de inwerkingtreding van de internationale verdragsnormen, of dat daarvan ook sprake kan zijn als die constitutionele normen zijn gevormd nadat de Frankrijk zich (vrijwillig) aan de internationale normen heeft gebonden.¹⁰⁰

In 2009, tot slot, heeft de *Conseil constitutionnel* ten aanzien van de status van de *Constitution* nog eens overwogen: *‘Considérant, en second lieu, qu’en imposant l’examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d’une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l’ordre juridique interne (...)’*.¹⁰¹ Het constitutionele hof beslist daaropvolgend dat dit feit bepaalt dat de rechter éérst toekomt aan de behandeling van de argumenten die zien op de (non-)conformiteit van de wetgeving met de *Constitution* en pas daarna aan argumenten die zien op (non-)conformiteit van de wetgeving met regelingen van internationale aard.¹⁰² Daaraan doet niet af, zo gaat het de *Conseil constitutionnel* verder, dat het goed mogelijk is dat eerst wordt besloten dat geen sprake is van strijdigheid met de *Constitution*, terwijl daarna wordt besloten dat wél sprake is van strijdigheid met regelingen van Europese (Unie) origine.¹⁰³ Ardan & Mathieu menen, wellicht ingegeven door overwegingen als de laatstgenoemde, dat het internationaal en Europees recht langzaamaan terrein wint van de *Constitution*.¹⁰⁴

De status van het EVRM in de Franse rechtsorde is voor een deel af te leiden uit de rechtspraak waarin om constitutionele toetsing is verzocht. Lange tijd heeft gegolden dat het EVRM geen populair instrument was om als toetsingskader te gebruiken. Zo overwoog de *Conseil constitutionnel* in 1975 dat de toetsing van wetgeving aan het EVRM zijn bevoegdheid te buiten ging. Immers: *article 55 Constitution*

98 *Conseil d’État* 30 oktober 1998, 200286 200287 (Sarran). Zie: Debet 2002, p. 62.

99 *Cour de cassation* 2 juni 2000, N° de pourvoi 99-60274 (Fraisie). De overweging is later herhaald: *Cour de cassation* 20 januari 2009, N° de pourvoi 07-15882.

100 Debet 2002, p. 63.

101 *Conseil constitutionnel* 3 december 2009, *Décision* n° 2009-595 DC, overweging 14.

102 *Conseil constitutionnel* 3 december 2009, *Décision* n° 2009-595 DC, overweging 14.

103 *Conseil constitutionnel* 3 december 2009, *Décision* n° 2009-595 DC, overweging 14.

104 Ardan & Mathieu 2009, p. 96-97.

stond de *Conseil constitutionnel* toe te toetsen aan de *Constitution*, maar níét (met zoveel woorden) aan internationale verdragen. De *Conseil constitutionnel* hield het er daarom op dat de toetsing aan het EVRM niet mogelijk zou zijn. De aard van het EVRM, namelijk een verdrag dat afspraken inhield tussen lidstaten die daarbij partij waren (de reciprociteit), zou daaraan bovendien in de weg staan.¹⁰⁵

In de zaak waarin zo werd besloten stond nieuwe abortuswetgeving centraal (de *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*). Leden van de *Assemblée nationale* hadden, zoals *article 61 Constitution* hun toestond, de *Conseil constitutionnel* gevraagd zich uit te spreken over de grondwettigheid van de nieuwe, omstreden abortuswetgeving. Die wetgeving zou zwangere vrouwen toestaan om hun zwangerschap te beëindigen vanwege verdriet of op therapeutische basis. De *Conseil constitutionnel* kwam tot de conclusie dat er geen sprake was van ongrondwettigheid.¹⁰⁶

De overweging van het constitutionele hof, dat sprake was van reciprociteit en dat dat beginsel in de weg stond aan het door hem toetsen van wetgeving aan het EVRM, heeft er niet aan in de weg gestaan dat de *Cour de cassation* en later ook de *Conseil d'État* het EVRM is gaan toepassen.¹⁰⁷

Het feit dat in Frankrijk de eigen fundamentele rechten als superieur worden beschouwd, en ze qua rang en stand boven de Europese staan, wordt wel verklaard uit het idee dat in verschillende rechtsordes verschillende normenhiërarchieën kunnen gelden. De Franse rechtsorde wordt onderscheiden van de Europese. In de Europese orde geldt dan dat communautaire normen de boventoon voeren, maar in de Franse orde geldt dat daar de eigen constitutie superieur is.¹⁰⁸ Conflicten die dit onderscheid kan meebrengen, worden meestal vermeden door de rechters die de normen zo interpreteren dat ze verenigbaar zijn.¹⁰⁹

5.5.4. Handhaving van fundamentele rechten op hoofdlijnen

De grondslag voor de oprichting van de *Conseil constitutionnel* is bij de inwerking-treding van de nieuwe *Constitution* in 1958 gegeven. De *Conseil constitutionnel* is zo een, gezien de lange historie van het Franse constitutionele recht, recent orgaan dat in de eerste plaats is opgericht om toezicht te houden op het parlement.¹¹⁰

Over de aard van de *Conseil constitutionnel* bestaat geen consensus. Is de *Conseil constitutionnel* een politiek of een juridisch orgaan, of beide?¹¹¹ In de doctrine lijkt een meerderheid vóór de stelling te zijn dat de *Conseil constitutionnel* in elk geval een juridisch orgaan is. Die stelling wordt met drie redenen onderbouwd.¹¹² In de eerste

105 Dupré 2001, p. 316.

106 *Conseil constitutionnel* 15 januari 1975, *Décision* n° 74-54 DC.

107 *Cour de cassation* 3 juni 1975, N° de *pourvoi* 75-90687; *Conseil d'État* 21 december 1990 (*Confédération nationale des associations familiales catholiques*).

108 Ardan & Mathieu 2009, p. 96-97.

109 Ardan & Mathieu 2009, p. 97.

110 Rousseau 2006, p. 26.

111 Rousseau 2006, p. 53; Luchaire 1980, p. 33-56.

112 Rousseau 2006, p. 53; Luchaire 1980, p. 35. Anders bijvoorbeeld: oud-Minister van Binnenlandse

plaats is de *Conseil constitutionnel* een orgaan dat rechtspreekt. In de tweede plaats wordt de juridische aard van de *Conseil constitutionnel* afgeleid uit het bestaan van een conflict dat de interventie door een derde persoon rechtvaardigt. En als laatste argument wordt aangevoerd dat de uitspraken door de *Conseil constitutionnel* kracht van een rechterlijke uitspraak hebben.

Anderen zien de juridische aard van het orgaan niet, onder wie een oud-vicepresident van de *Conseil d'État*, die eens uitsprak: '*Je n'ai jamais pensé une seconde que le Conseil constitutionnel fut un organe juridictionnel; c'est un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il remplit.*'¹¹³ Overigens wordt wel gezegd dat de in 2008 nieuw gegeven bevoegdheid van de controle naar grondwettigheid van wetgeving áchteraf/a posteriori heeft bijgedragen aan de juridisering van de *Conseil constitutionnel*.¹¹⁴

De *Conseil constitutionnel* is tegenwoordig een *acteur fondamental* in het Franse wetgevingsproces.¹¹⁵ Het constitutionele hof wordt geacht (politieke) meerderheden die hun toevlucht nemen tot een radicale politiek te dwingen om hun wetgeving in te passen in het constitutionele kader. De *Conseil constitutionnel* is daartoe uitgerust met instrumenten die vooral een controle behelzen op wetgeving voordat die in werking treedt. Zo kunnen wetten ter toetsing aan de *Conseil* worden voorgelegd door de *Président*, de *Premier*, de voorzitter van de *Assemblée nationale*, de voorzitter van de *Sénate*, en zestig leden van elke Kamer.¹¹⁶

Aan de *Conseil constitutionnel* heeft de vraag voorgelegen of de beoordeling van de grondwettigheid van wetgeving niet juist ook de beoordeling van conformiteit met het EVRM moet inhouden. De *Conseil constitutionnel* heeft daarop overwogen, het was al eerder aan de orde, dat een dergelijke beoordeling zijn constitutionele taakomschrijving te buiten zou gaan. De *Conseil constitutionnel* heeft daarbij overigens ook opgemerkt dat andere rechters in de uitvoering van hun taak, gezien *article 55 Constitution* het EVRM juist wel in aanmerking moeten nemen. In dat artikel is bepaald dat verdragen qua rang en stand boven wetgeving staan.

Een nieuw orgaan dat zich, net zoals de *Conseil Constitutionnel*, hoofdzakelijk bezighoudt met de handhaving van fundamentele rechten, is de *défenseur des droits*: '*Unique en son genre, elle est chargée de veiller à la protection de vos droits et de vos libertés et de promouvoir l'égalité.*'¹¹⁷

De plannen voor de modernisering van de *Constitution* hebben in 2008 geleid tot het voorzien in een constitutionele grondslag voor dit nieuwe orgaan.¹¹⁸ De *défenseur des droits* is in 2011 aan de slag gegaan en heeft als taken op te komen voor de

Zaken en oud-lid van de *Conseil constitutionnel* Chatenet, die meent dat de *Conseil constitutionnel* een orgaan *sui generis* is, gekend uit Luchaire 1980, p. 35.

113 Bernard Chénot op 2 december 1977 tijdens een symposium in Aix-en-Provence. Zie: Rousseau 2006, p. 55.

114 Marais 2009, p. 233.

115 Rousseau 2006, p. 79.

116 *Article 61 Constitution*.

117 <www.defenseurdesdroits.fr>.

118 *Titre XI BIS Constitution*. Zie: <www.defenseurdesdroits.fr>.

rechten en vrijheden van individuen in relatie tot de overheid, op te komen voor het algemeen belang en de rechten van kinderen, te strijden tegen discriminatie en gelijkheid te bevorderen, en te waken over respect voor ethiek bij de veiligheidsdienst.

De *défenseur* heeft verschillende bevoegdheden om zijn taken te verwezenlijken. Hij kan bijvoorbeeld partijen voor de civiele, straf- of bestuursrechter bijstaan door zijn zienswijze te presenteren, en hij kan het bestuur aanbevelen sancties in te stellen tegen een persoon of rechtspersoon als die zich schuldig maakt aan discriminatie.

5.5.5. Fundamentele normen en standaarden

5.5.5.1. Fundamentele rechten in de Constitution

De nationale fundamentele rechten zijn in Frankrijk in verschillende regelingen opgeschreven.¹¹⁹ De verschillende documenten zijn – logisch – een weerslag van hun tijd en zijn geïnspireerd op verschillende politieke filosofieën. Voor de *Déclaration 1789* lijkt bijvoorbeeld een individualistische insteek te zijn gekozen (ze spreekt over de gemeenschap die tot doel heeft *la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme*),¹²⁰ terwijl van de *Constitution 1946* wel wordt gezegd dat die meer een sociale benadering is (de preambule bij de *Constitution 1946* spreekt van *les principes politiques, économique et sociaux*).¹²¹

De normen in de constitutie komt constitutionele status toe. Tot de normen met constitutionele status worden verder gerekend de fundamentele beginselen erkend in de wetten van de Republiek en als zodanig erkend door de *Conseil constitutionnel*. De normen worden samen wel aangeduid als *bloc de constitutionnalité*.¹²²

5.5.5.2. Uitleg

De *Conseil constitutionnel* gebruikt verschillende technieken om de constitutie uit te leggen. Rousseau licht een tweetal zaken uit die bijzondere aandacht verdienen. In de eerste plaats is dat de vraag of de rechter bij de interpretatie strikt aan de tekst is gebonden. Het is een klassieke vraag over de taak van de rechter die breder speelt dan ten aanzien van de constitutie. Het heeft de Franse doctrine in twee scholen verdeeld. De eerste school hangt de opvatting aan dat de rechter inderdaad strikt aan de tekst is gebonden en de interpretatie van de constitutie dus neerkomt op '*un simple acte de connaissance par lequel le juge constate la signification d'un texte*'.¹²³ Volgens de tweede school is de interpretatie een 'daad van de wil'; de rechter moet de betekenis van de wet kiezen, ontdekken en creëren.¹²⁴

119 Vaak samen aangeduid als *bloc de constitutionnalité*: Chantebout 2007, p. 557-558.

120 *Article II Déclaration 1789*.

121 Luchaire 1980, p. 183.

122 Chantebout 2007, p. 557-558.

123 Rousseau 2006, p. 146.

124 Rousseau 2006, p. 146.

Een tweede zaak die op bijzondere aandacht mag rekenen in de context van de interpretatie van de constitutie, is de proportionaliteitstest die door de *Conseil constitutionnel* sinds de jaren tachtig wordt gebruikt als manier om te beslissen of de inbreuk door de wetgever niet van zo'n aard is dat die de betekenis en strekking van een recht verstoort.¹²⁵

5.6. STAATKUNDIGE KARAKTERISTIEKEN VAN HET VERENIGD KONINKRIJK

5.6.1. De constitutionele monarchie die het Verenigd Koninkrijk is en haar rechtsorde

Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (kort: het Verenigd Koninkrijk) is een constitutionele monarchie. Aan het hoofd van de monarchie staat de koning(in), tegenwoordig Koningin Elizabeth II. Het Verenigd Koninkrijk bestaat uit vier geografische gebieden Engeland, Noord-Ierland, Schotland en Wales.

Binnen de grenzen van het Verenigd Koninkrijk zijn er verschillende rechtssystemen van kracht. In dit onderzoek is het recht van het Verenigd Koninkrijk bestudeerd en meer in het bijzonder het recht van Engeland en Wales.¹²⁶

De hoogste rechter in het Verenigd Koninkrijk is tegenwoordig het *Supreme Court*. Het *Supreme Court* functioneert als zodanig sinds oktober 2009 toen het het *House of Lords* heeft vervangen. Het *Supreme Court* spreekt kort gezegd recht in zaken waarin in beroep wordt gekomen tegen zaken uit Engeland en Wales, uit Schotland en uit Noord-Ierland.

Het Verenigd Koninkrijk is een dualistische staat. Het dualisme maakte de inwerkingtreding van de *Human Rights Act 1998* een noodzakelijke stap om de EVRM-rechten op nationaal niveau gevolgd te geven. Daarmee is niet gezegd dat de belangen die in het EVRM worden beschermd als zodanig niet al waren beschermd in de *common law*. Sterker nog: in begeleidende stukken bij de *HRA 1998* werd gesteld: *'The essential feature of the Human Rights Bill is that the United Kingdom will not be bound to give effect to the Convention rights merely as a matter of international law, but will also give them further effect directly in our domestic law.'*¹²⁷

5.6.2. De oorsprong van de fundamentele rechten

In Engelse literatuur vangt de bespreking van de geschiedenis van de fundamentele rechten in de regel aan met de *Magna Charta*, die een reactie was op het tirannieke bewind door *John Lackland, King of England* (Koning Jan zonder Land). Jan zonder Land was een ware tiran voor zijn onderdanen aan het einde van de 12^e en het begin van de 13^e eeuw. Eerst toen zijn broer Koning Richard het land had verlaten en hij de macht had gegrepen, en later toen hij, na de dood van zijn broer, het koningschap van zijn

125 Rousseau 2006, p. 150.

126 Barnett 2011, p. 16-17.

127 *Rights Brought Home* 1997, § 2.1.

broer had overgenomen.¹²⁸ Die tirannie kwam Jan duur te staan: op 15 juni 1215 tekende hij onder druk van Engelse baronnen de *Magna Charta* (de Grote Overeenkomst).

De *Magna Charta* legde de macht van de Koning aan banden en verzekerde zijn onderdanen bepaalde rechten. Het wordt daarmee wel beschouwd als een van de eerste mensenrechtenverdragen en wordt in één adem genoemd met de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten. Net als deze meer recente mensenrechtenregelingen houdt de *Magna Charta* rechten en vrijheden in om de zwakke burger tegen ongebreidelde overheidsmacht (of in het geval van de *Magna Charta* tegen de macht van Koning Jan) te beschermen.

De *Magna Charta* is tegenwoordig van weinig concrete, maar wel nog van symbolische waarde. Van groter praktisch belang is tegenwoordig nog de vier eeuwen na de *Magna Charta* uitgevaardigde *Bill of Rights 1689*. Toen *William III of Orange* (Willem de Derde van Oranje) in 1688 door het Engelse parlement het koningschap werd aangeboden en hij dat accepteerde, deed hij dat onder de in de *Bill of Rights* genoemde voorwaarden, die de basis zijn geweest voor de ontwikkeling van de parlementaire democratie met bepalingen als ‘*the pretended power of suspending (...) or executing laws by the Crown without parliamentary consent is illegal*’.¹²⁹ De *Bill of Rights* was afgekondigd door het parlement, hoewel wordt betwijfeld of het parlement daartoe werkelijk bevoegd was.¹³⁰

Na de *Bill of Rights* zijn er nog enkele andere constitutionele regelingen tot stand gekomen, zoals de *Act of Settlement 1700*, in welk document de troonsopvolging is geregeld, de *Treaty of Union 1706*, die de gebieden Engeland en Schotland onder bestuur van één parlement heeft gebracht, de *European Communities Act 1972*, met welke wet het Verenigd Koninkrijk is toegetreden tot wat tegenwoordig de Europese Unie heet, en de *Human Rights Act 1998*, met welke wet is beoogd de burgers in eigen land handvatten te geven voor de handhaving van de rechten en vrijheden die ze op grond van het EVRM toekomen. Naast de hier genoemde regelingen zijn er overigens meer die tot de constitutie worden gerekend.¹³¹

De Engelse constitutie bestaat tegenwoordig niet alleen uit geschreven documenten, zoals de *HRA 1998*, maar ook uit ongeschreven regels, de zogenaamde *constitutional conventions*. Het blijkt moeilijk om het begrip *constitutional conventions* eenduidig uit te leggen,¹³² maar voorbeelden helpen om een beeld te krijgen bij het begrip van de *constitutional conventions*. Een voorbeeld van een *constitutional convention* is het uitgangspunt dat *Members of Parliament* de rechtspraak niet zullen bekritisieren. Een ander voorbeeld is dat ministers leden zijn van ofwel het *House of Commons* ofwel het *House of Lords*, en ook dat rechters er geen actief politiek leven op na houden.¹³³

128 *Grote Winkler Prins*, deel 10, 1974, p. 311.

129 *Article I Bill of Rights 1689*.

130 Barnett 2011, p. 30.

131 Zie Barnett 2011, p. 33-34.

132 Vgl. definities van Dicey en Marshall & Moodie, gekend uit: Barnett 2011, p. 36.

133 Barnett 2011, p. 37.

De constitutie van het Verenigd Koninkrijk is dus een historische constitutie die niet op één moment is afgekondigd, maar is samengesteld uit in de loop der eeuwen tot stand gebrachte regelingen. Enige kennis van de geschiedenis van de fundamentele rechten is in het Verenigd Koninkrijk daarom des te meer van belang.

5.6.3. De plaats en status van de fundamentele rechten in het rechtssysteem

De inwerkingtreding van de *HRA 1998* heeft de fundamentele rechten een meer nauw omschreven en bijzondere status gegeven in het Engelse recht. Die bijzondere status komt tot uitdrukking in *section 3 HRA 1998*. Volgens dat artikel moet wet- en regelgeving zo worden uitgelegd dat het in overeenstemming is met de *Convention rights*. Daarbij komt het niet uitsluitend aan op de oorspronkelijke bedoeling van een *statutory provision*, maar ook op de zogenaamde *section 3 (1) intention*. In de *opinions* van de *Lords* voor *Ghaidan v Mendoza* zijn algemene uitgangspunten te ontdekken die leidend zijn bij de interpretatie van *statutes* onder *section 3 HRA 1998*.¹³⁴ De interpretatieruimte voor de Engelse rechter bij de toepassing van *section 3 HRA 1998* is in die zin begrensd dat de rechter aan een *statutory provision* niet een interpretatie mag geven die in strijd is met een fundamenteel aspect – een *fundamental feature* – van de regeling.

Voor zover een interpretatie in overeenstemming met *Convention rights* niet mogelijk is, kan de rechter tot een *declaration of incompatibility* beslissen. Een dergelijke verklaring verplicht de wetgever strikt genomen niet tot actie, maar het wordt aangenomen dat de wetgever moreel wel degelijk is gehouden actie te ondernemen. De *HRA 1998* is overigens niet *entrenched*. Dat wil zeggen dat de *HRA 1998* niet, zoals voor bijvoorbeeld de Nederlandse Grondwet geldt, op een bijzondere manier (bijvoorbeeld door een verzwaarde wijzigingsprocedure) in de rechtsorde ligt verankerd.¹³⁵

De fundamentele rechten lijken tegenwoordig ook in de rechtspraktijk te zijn doorgedrongen. In 1993 berichtte McLean nog alarmerend over het gebrek aan kennis bij de Engelse *personal injury lawyer* over het Europese mensenrechtensysteem:

*‘British lawyers whose practice and experience does not lie in the civil liberties field may simply dismiss the relevance of the Convention to cases of compensation for personal injury; or, whilst admitting its possible usefulness, they may be daunted by the prospect of having to keep abreast of developments in yet another field of law, and never make the attempt. They should be warned that, in some areas at least, the case-law of the Commission and Court is so well-established that they might be liable in negligence if they failed to consider their client’s remedy under the Convention.’*¹³⁶

134 Zie: *House of Lords* 21 juni 2004, *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] 3 WLR 113; Kavanagh 2009, p. 88-90.

135 Clayton & Tomlinson (eds.) 2009, nr. 3.02, p. 122.

136 Hampson 1993, p. 94.

Tien jaar later was van zo'n gebrek aan kennis – mogen we Lord Woolf geloven – geen sprake meer. Optimistisch sprak hij bij jaaropening voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in 2003 uit: '(...) *while previously a few experts in the United Kingdom were aware of the rich jurisprudence of this Court, now that jurisprudence is familiar to every Judge and competent lawyer in the country.*'¹³⁷

Tot de inwerkingtreding van de HRA 1998 moesten de *Convention rights* worden gezocht in *statutes, case law*, of bijvoorbeeld in de tekst van het EVRM. Als de rechten werden gevonden in *statutes of case law*, was een volgende vraag of die rechten een bijzondere status toekwam – een status zoals rechten in (geschreven) constituties vaak toekomt. En ingeval het EVRM uitweg bood, gold weer dat, wanneer het EVRM inderdaad dat geschonden belang in zich droeg, daarover niet voor de nationale rechter kon worden geklaagd.¹³⁸ Een procedure in Straatsburg was onoverkomelijk. Met de HRA 1998 is daaraan een einde gemaakt. De HRA 1998 heeft de Straatsburgse rechten in de Engelse rechtsorde gebracht en het slachtoffer van een rechtsschending handvatten geboden om tot de handhaving van zijn rechten te komen.

Het is de vraag of de HRA 1998 ook consequenties heeft voor de horizontale rechtsverhouding. *Section 3 (1) HRA 1998* bepaalt: '*So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.*' Het feit dat in de HRA 1998 slechts wordt gesproken over *primary legislation and subordinate legislation* en niet over *common law*, betekent volgens sommigen dat de *Convention rights* (in ieder geval) niet via de band van de HRA 1998 doorwerken in het privaatrecht.¹³⁹

Een grondslag voor de doorwerking van *Convention rights* in de private verhouding biedt *section 6 (1) HRA 1998*, aangezien ook rechters *public authorities* zijn en dus zijn gehouden zich overeenkomstig de *Convention rights* te gedragen.¹⁴⁰ Dat betekent dat rechters de *Convention rights* bij het rechtspreken in acht moeten nemen.¹⁴¹ Ofschoon de doorwerking van de *Convention rights* in het privaatrecht in de doctrine kort voor de inwerkingtreding van de HRA 1998 nog controversieel was,¹⁴²

137 Lord Woolf 2003. Rogers vraagt zich af hoeveel *lawyers* hiermee kunnen instemmen: Rogers 2003, p. 36.

138 Barnett 2011, p. 27.

139 Gajdosova & Zehetner 2010, p. 153.

140 *Section 6 (3)(a) HRA 1998*. Zie: Young 2011, p. 16.

141 Gajdosova & Zehetner 2010, p. 154.

142 Gajdosova & Zehetner 2010, p. 155; Beale & Pittam 2003, p. 132. Een voorstander van directe horizontale werking is Wade '(...) *in the intervening half-century a new culture of human rights has developed in the Western world, and the citizen can legitimately expect that his human rights will be respected by his neighbours as well as by his government.*': Wade 2000, p. 217. En ook Pattinson '*Section 3(1) of the Act requires all legislation – by implication, including the Act itself – to be interpreted as compatible with the Convention rights if it is possible to do so. (...) Now, since the rights of the Convention are, by their concept, horizontally applicable, it follows directly that to give effect to them is to make them horizontally effective.*': Pattinson 2002, p. 633-634. Een tegenstander is Buxton '*Despite the authority with which the contrary view has been expressed, it is clear that the H.R.A. does nothing to create private law rights*': Buxton 2000, p. 65.

lijkt enige doorwerking van *Convention rights* tegenwoordig via de rechtspraak te zijn verwezenlijkt.¹⁴³

In de eerste plaats heeft de *Lord Chancellor (Lord Irvine of Lairg)* groen licht gegeven voor de horizontale werking van de *HRA 1998*:

*'We also believe that it is right as a matter of principle for the courts to have the duty of acting compatibly with the convention not only in cases involving other public authorities but also in developing the common law in deciding cases between individuals. Why should they not? In preparing this Bill, we have taken the view that it is the other course, that of excluding convention considerations altogether from cases between individuals, which would have to be justified. We do not think that that would be justifiable; nor, indeed, do we think it would be practicable.'*¹⁴⁴

De benadering die de *Lord Chancellor* voorstaat, vindt haar grenzen in het bestaande recht:

*'In my view, the courts may not act as legislators and grant new remedies for infringement of convention rights unless the common law itself enables them to develop new rights or remedies. I believe that the true view is that the courts will be able to adapt and develop the common law by relying on existing domestic principles in the laws of trespass, nuisance, copyright, confidence and the like, to fashion a common law right to privacy.'*¹⁴⁵

De rechtspraak heeft vooral op het gebied van privacy grote ontwikkeling doormaakt. Die rechtspraak komt in hoofdstuk 6 aan de orde.

5.6.4. Handhaving van fundamentele rechten op hoofdlijnen

De *HRA 1998* is een regeling die is toegespitst op de publiekrechtelijke rechtsverhouding. De daarin geregelde zaken wat betreft de handhaving van fundamentele rechten zien ook alle op de handhaving in de publiekrechtelijke verhouding. Dit betekent dat een persoon die zich in zijn fundamentele rechten ziet aangetast en meent dat die inbreuk een *public authority* kan worden verweten, daarover bij de rechter kan klagen. *Public authority* is gedefinieerd als *'a court or tribunal, and any person certain of whose functions are functions of a public nature.'*¹⁴⁶

De rechter is op grond van *article 8 (1) HRA 1998* toegestaan *relief* of *remedy* toe te kennen. Overigens kan de rechter beslissen dat *primary legislation incompatible* is met *Convention rights*. Het kan beslissen tot een *declaration of incompatibility*.¹⁴⁷ Voor lagere regelgeving geldt dat de rechter een *declaration of incompatibility* kan

143 Clayton & Tomlinson (eds.) 2009, nr. 5.98, p. 271.

144 HL Deb vol 583 col 783.

145 HL Deb vol 583 col 785.

146 Section 6 (3) HRA 1998.

147 Section 4 (2) HRA 1998.

aannemen als *primary legislation* in de weg staat aan het wegnemen van de incompatibiliteit.¹⁴⁸

Zoals in de vorige paragraaf al werd besproken ziet de *HRA 1998* in de eerste plaats op de publiekrechtelijke verhouding. Over de vraag in hoeverre *Convention rights* via de band van de *HRA 1998* ook in het privaatrecht worden gehandhaafd, is in zoverre duidelijkheid dat er in ieder geval sprake is van enige vorm van indirecte horizontale werking van de *Convention rights*.¹⁴⁹ Er wordt ook verdedigd dat de benadering die op het gebied van privacy is verkozen in feite directe horizontale toepassing is.¹⁵⁰

5.6.5. Fundamentele normen en standaarden

5.6.5.1. De fundamentele rechten in de Human Rights Act 1998

Een aantal jaren geleden signaleerde Feldman de trend van de ontwikkeling van normenhierarchie in de constitutie.¹⁵¹ Volgens deze trend zou in het Verenigd Koninkrijk steeds meer worden vastgesteld welke normen boven andere zijn verheven. Deze trend zou in ieder geval met zich brengen dat een aantal normen in de constitutie een verheven status zouden krijgen. Bovendien zouden die normen steviger veranderd liggen in de constitutie.¹⁵² Een dergelijke ontwikkeling zou van het Verenigd Koninkrijk steeds meer een rechtsstaat maken, en het land verder verwijderden van de idee van de *parliamentary sovereignty* waar het historisch op is gebouwd.¹⁵³

5.6.5.2. Uitleg

Een belangrijk aanknopingspunt bij de interpretatie van fundamentele rechten door de Engelse rechter is de Straatsburgse jurisprudentie. Dit blijkt al uit overweging van Lord Bingham in zijn *opinion* voor *R (Ullah) v Secretary of State for the Home Department*:

‘In determining the present question, the House is required by section 2(1) of the Human Rights Act 1998 to take into account any relevant Strasbourg case law. While such case law is not strictly binding, it has been held that courts should, in the absence of some special circumstances, follow any clear and constant jurisprudence of the Strasbourg court (...). This reflects the fact that the Convention is an international instrument, the correct interpretation of which can be authoritatively expounded only by the Strasbourg court. From this it follows that a national court subject to a duty such as that imposed by section 2 should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law. It is indeed unlawful under section 6 of the 1998

148 Section 4 (4) HRA 1998.

149 Gajdosova & Zehetner 2010, p. 155.

150 T.D.C. Bennett 2010-I; Moreham 2007. Zie hoofdstuk 6.

151 Feldman 2006, p. 12.

152 Feldman 2006, p. 12.

153 Feldman 2006, p. 12.

*Act for a public authority, including a court, to act in a way which is incompatible with a Convention right. It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts, since the meaning of the Convention should be uniform throughout the states party to it. The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less.*¹⁵⁴

Deze overweging wordt wel aangehaald als *Ullah*-beginsel en is lange tijd het leidende beginsel geweest bij de interpretatie en toepassing van *Convention rights*. Met het *Ullah*-beginsel heeft Lord Bingham een terughoudende toepassing van de *HRA 1998* voorgestaan. Hij gaf daarvoor als reden dat het doel van de *HRA 1998* niet was geweest de bescherming onder de fundamentele rechten uit te breiden, maar om te voorzien in een actie in de eigen rechtsorde.¹⁵⁵

Alhoewel het *Ullah*-beginsel nog steeds een belangrijk uitgangspunt is, worden er ook vraagtekens gezet bij de houdbaarheid. Lord Kerr deed dat recent in *Ambrose v Harris*.¹⁵⁶ Aan de orde was de vraag of in een drietal zaken het recht op een eerlijk proces was geschonden, vanwege de beantwoording van vragen door eisers aan de politie zonder toegang tot juridisch advies. In het bijzonder was het de vraag of een persoon reeds recht heeft op juridische bijstand vóór hij wordt aangehouden. En als dat zo is, wat is dan het moment waarop het recht op juridische bijstand ontstaat? Het EHRM had al aangenomen dat er sprake was van schending van artikel 6 EVRM omdat een verdachte in hechtenis geen juridische bijstand had gehad, maar over een situatie als in *Ambrose v Harris* had het EHRM zich niet uitgesproken. Volgens het *Ullah*-beginsel zou dat betekenen dat de Engelse rechter dat dus ook niet deed, aangezien er geen ‘*clear and constant jurisprudence of the Strasbourg court*’ was die in de richting van bescherming zou wijzen. Maar Lord Kerr overwoog in zijn *opinion*:

‘I greatly doubt that Lord Bingham contemplated – much less intended – that his discussion of this issue should have the effect of acting as an inhibitor on courts of this country giving full effect to Convention rights unless they have been pronounced upon by Strasbourg. I believe that, in the absence of a declaration by the European Court of Human Rights as to the validity of a claim to a Convention right, it is not open to courts of this country to adopt an attitude of agnosticism and refrain from recognising such a right simply because Strasbourg has not spoken. There are three reasons for this, the first practical, the second a matter of principle and the third the requirement of statute.

It is to be expected, indeed it is to be hoped, that not all debates about the extent of Convention rights will be resolved by Strasbourg. As a matter of practical reality, it is

154 *House of Lords* 17 juni 2004, *R (Ullah) v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 26, para 20. Bevestigd in: *House of Lords* 5 mei 2005, *N v Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 AC 296, para 24. Clayton & Tomlinson (eds.) 2009, nr. 3.41, p. 137.

155 *House of Lords* 22 maart 2006, *R (SB) v Denbigh High School* [2007] 1 AC 100, para 29.

156 *Supreme Court* 6 oktober 2011, *Ambrose v Harris* [2011] UKSC 43. Zie: Andenas & Bjorge 2012. En ook: Clayton & Tomlinson (eds.) 2009, nr. 3.47-3.49, p. 140-143.

*inevitable that many claims to Convention rights will have to be determined by courts at every level in the United Kingdom without the benefit of unequivocal jurisprudence from ECtHR. Moreover, as a matter of elementary principle, it is the court's duty to address those issues when they arise, whether or not authoritative guidance from Strasbourg is available. The great advantage of the Human Rights Act is that it gives citizens of this country direct access to the rights which the Convention enshrines through their enforcement by the courts of this country. It is therefore the duty of this and every court not only to ascertain "where the jurisprudence of the Strasbourg court clearly shows that it currently stands" but to resolve the question of whether a claim to a Convention right is viable or not, even where the jurisprudence of the Strasbourg court does not disclose a clear current view. Finally, section 6 of the Human Rights Act leaves no alternative to courts when called upon to adjudicate on claims made by litigants to a Convention right. This section makes it unlawful for a public authority, including a court, to act in a way which is incompatible with a Convention right. That statutory obligation, to be effective, must carry with it the requirement that the court determine if the Convention right has the effect claimed for, whether or not Strasbourg has pronounced upon it.*¹⁵⁷

5.6.6. Politieke en maatschappelijke context

Dat men in het (politiek) Verenigd Koninkrijk niet onverdeeld gelukkig is met de nieuwe rol die de mensenrechten daar met het inwerkingtreden van de *Human Rights Act 1998* hebben gekregen en de bevoegdheid die het EHRM is gegeven, is een *understatement* en blijkt uit verschillende zaken. Die afwijzende stemming kan niet los worden gezien van de (juridische) praktijk van de fundamentele rechten in de Engelse *tort law* en verdient hier daarom kort bespreking.¹⁵⁸

Een illustratie van de stemming in het Verenigd Koninkrijk gaat al terug tot vóór de inwerkingtreding van de *HRA 1998*. Strikt genomen was een document als de *HRA 1998* noodzakelijk vanwege het Engelse dualistische systeem, maar het was niet werkelijk noodzakelijk, omdat toch ook voor de inwerkingtreding van de *HRA 1998* al werd verwezen naar of aangehaakt bij het EVRM. De fundamentele rechten werden in het Verenigd Koninkrijk al gehandhaafd zonder dat daar wetgeving voor nodig was. Door sommigen werd de 'incorporatie' van het EVRM via de *HRA 1998* dan ook gerechtvaardigd met de gedachte dat de Engelse *Lords* een voorbeeld zouden kunnen stellen voor Straatsburg. Het was ondenkbaar dat rechters van minder ontwikkelde landen in het Europees Hof het Verenigd Koninkrijk de les zouden lezen.

Illustratief voor de stemming in het Verenigd Koninkrijk is verder de opschudding die nu en dan ontstaat na veroordelingen van het Verenigd Koninkrijk door het EHRM. Zo was er de veroordeling door het EHRM in de zaak waarin het passief kiesrecht van gevangenen centraal stond.¹⁵⁹ Het Lagerhuis bleek te klein toen in

157 *Supreme Court* 6 oktober 2011, *Ambrose v Harris* [2011] UKSC 43, para 28-29.

158 Zie voor een uitgebreide bespreking met historisch verloop van de relatie van het Verenigd Koninkrijk met Straatsburg: Bates 2012.

159 EHRM 6 oktober 2005, RJ&D ECHR 2005-IX (*Hirst/Verenigd Koninkrijk No. 2*).

Straatsburg was besloten dat (ook) gevangenen in het Verenigd Koninkrijk stemrecht zou moeten toekomen.¹⁶⁰

Een andere publieke uiting van onvrede was er in een toespraak van *Prime Minister* Cameron op 15 augustus 2011, kort nadat het Verenigd Koninkrijk was opgeschrikt door rellende dieven die eerst in Londen de straat opgingen om te plunderen, te vernielen en op te stoken, om hun werkgebied vervolgens uit te breiden naar andere steden. In zijn toespraak stelde Cameron:

‘As we consider these questions of attitude and behaviour, the signals that government sends, and the incentives it creates...

... we inevitably come to the question of the Human Rights Act and the culture associated with it.

Let me be clear: in this country we are proud to stand up for human rights, at home and abroad. It is part of the British tradition.

But what is alien to our tradition – and now exerting such a corrosive influence on behaviour and morality...

... is the twisting and misrepresenting of human rights in a way that has undermined personal responsibility.

We are attacking this problem from both sides.

We’re working to develop a way through the morass by looking at creating our own British Bill of Rights.

And we will be using our current chairmanship of the Council of Europe to seek agreement to important operational changes to the European Convention on Human Rights.

But this is all frustratingly slow.

The truth is, the interpretation of human rights legislation has exerted a chilling effect on public sector organisations, leading them to act in ways that fly in the face of common sense, offend our sense of right and wrong, and undermine responsibility.’¹⁶¹

Op het moment is in het Verenigd Koninkrijk onderzoek gaande naar de vraag of de *HRA 1998* plaats zou moeten maken voor een *Bill of Rights*. In voorbereidende stukken is er in dit verband ook aandacht voor de vraag of de inwerkingtreding van een nieuwe *Bill of Rights* een stap terug moet zijn, namelijk naar de situatie vóór inwerkingtreding van de *HRA 1998*, toen Britten, vanwege het ontbreken van nationale rechtsmiddelen gedwongen met hun klachten ten aanzien van EVRM-schendingen naar Straatsburg moesten.¹⁶²

Van verschillende kanten wordt het EHRM in het Verenigd Koninkrijk overigens ook bijgestaan en verdedigd. Zo merkt Wagner op: *‘Leaving aside the fact that judges in Strasbourg are more democratically accountable than our local ones, the*

160 Zie over de *Hirst*-beslissing bijvoorbeeld het rapport van de *Ministry of Justice* in 2011 (!) toen de Engelsen zich nog beraadden op de te nemen stappen naar aanleiding van de beslissing in *Hirst/Verenigd Koninkrijk* (No. 2): *Responding to human rights judgments. Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government’s response to human rights judgments 2010-11* 2011, p. 18.

161 *Prime Minister* Cameron 2011.

162 *Commission on a Bill of Rights. A Second Consultation* 2012, p. 6.

*Human Rights Act only mandates our judges to “take into account” any Strasbourg judgment.*¹⁶³

5.7. STAATKUNDIGE KARAKTERISTIEKEN VAN ZUID-AFRIKA

5.7.1. De Zuid-Afrikaanse constitutionele democratie en haar rechtsorde

Zuid-Afrika is een constitutionele democratie. Het bestuur in Zuid-Afrika is gebaseerd op de wil van het volk, zegt de preambule bij de *Constitution of the Republic of South Africa*¹⁶⁴ – de Zuid-Afrikaanse constitutie. Die gedachte heeft praktisch vorm gekregen door het instellen van het *Parliament*, bestaande uit de *National Assembly* en de *National Council of Provinces*, waaraan de bevoegdheid is gegeven om wetgeving uit te vaardigen. Het laatste orgaan heeft een wisselende functie, afhankelijk van het type wetgeving dat wordt voorgelegd, en bestaat uit vertegenwoordigers van de verschillende *provinces*.¹⁶⁵ Het bestuur berust bij de *President*. Die is het staatshoofd en staat aan het hoofd van het *Cabinet*. De *President* wordt indirect gekozen, door de leden van de *National Assembly* en is afhankelijk van hun steun.¹⁶⁶

De Zuid-Afrikaanse rechtsorde kenmerkt zich door zijn hybride karakter. De rechtsorde is ontstaan onder invloed van – onder meer – (eerst) de Nederlanders die zich in 1652 in Zuid-Afrika vestigden en later de Engelsen die er een kolonie stichtten. Terwijl de eersten *Roman-Dutch law* introduceerden, dat was gebaseerd op *Roman law*, brachten laatstgenoemden met hun komst de invloed van de *common law* in. Van sommige delen van het huidige Zuid-Afrikaanse rechtssysteem is nog duidelijk dat die zijn terug te voeren op *Roman-Dutch law* en van andere juist dat die van *common law* oorsprong zijn. Niet zelden zijn elementen van beide in een rechtsfiguur te herkennen.

Een goed voorbeeld van een figuur met een gemengd karakter is de buitencontractuele aansprakelijkheid. Die figuur kent drie acties, die wel als de fundamenteën van het Zuid-Afrikaanse aansprakelijkheidsrecht worden beschouwd, namelijk de *actio legis Aquiliae* en de *actio iniuriarum* (die oorspronkelijk Romeins-Hollandse acties zijn, maar waarop de invloed van de *common law* tegenwoordig duidelijk zichtbaar is), en de *action for pain and suffering*.¹⁶⁷ De beïnvloeding van de Romeins-Hollandse acties door de *common law* in het aansprakelijkheidsrecht wordt niet door iedereen aangemoedigd vanwege het fundamenteel andere karakter van de *law of*

163 <Ukhumanrightsblog.com>.

164 Zuid-Afrika kent meerdere officiële talen, waaronder het Engels. Hier is er voor gekozen de begrippen zo veel mogelijk in het Engels over te brengen, omdat officiële Zuid-Afrikaanse documenten (in ieder geval) in het Engels zijn opgeschreven. Voor de titel is besloten te spreken van ‘*reg op*’, omdat dat onderscheidend werkt en op het eerste gezicht duidelijk maakt dat Zuid-Afrikaans recht een rol speelt.

165 Klug 2010, p. 155; De Waal 2004, p. 67-68.

166 De Waal 2004, p. 68-70.

167 De *action for pain and suffering*, onder invloed van Duits recht geaccepteerd, kan wel als derde fundament onder het aansprakelijkheidsrecht worden beschouwd. Vooreerst als zelfstandige actie geaccepteerd in *Hoffa NO v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd*: *Hoffa NO v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd* 1965 (2) SA 944 (C). Zie: Neethling, Potgieter & Scott 2008, p. 1-6.

torts. Terwijl de *law of torts* een casuïstische benadering is, laat het Zuid-Afrikaanse aansprakelijkheidsrecht zich (verder) kenmerken door een algemene regel. De flexibiliteit van de algemene regel die het Zuid-Afrikaanse aansprakelijkheidsrecht kenmerkt, wordt dan verkozen vanwege het vermogen om aan nieuwe individuele belangen bescherming te bieden.¹⁶⁸ Neethling, Potgieter & Visser stellen dat het Zuid-Afrikaanse recht, anders dan het Engelse recht, bijvoorbeeld in staat bleek het belang van privacy te erkennen.¹⁶⁹

De Zuid-Afrikaanse rechtspraak is hiërarchisch in twee lagen georganiseerd. Tot de top horen het *Constitutional Court*, het *Supreme Court of Appeal* en de *High Courts*. De tweede, lagere laag wordt gevormd door de lagere gerechten waartoe behoren de *Magistrates' Courts*.¹⁷⁰ Het *Constitutional Court* houdt zich in laatste instantie bezig met de zaken die de *Constitution* aangaan.

Voordat de plaats en status van de fundamentele rechten in de Zuid-Afrikaanse rechtsorde worden toegelicht, volgt eerst een beschrijving van de oorsprong van de fundamentele rechten in Zuid-Afrika.

5.7.2. De oorsprong van de fundamentele rechten

Deze korte geschiedenis van de fundamentele rechten in Zuid-Afrika vangt aan in 1909, het moment waarop vier koloniën in Zuid-Afrika bij *South Africa Act 1909* opgingen in de *Union of South Africa*, wat tegenwoordig de *Republic of South Africa* heet. Met de *South Africa Act 1909*, die onder grote invloed van (het systeem van) het Verenigd Koninkrijk tot stand was gekomen, werd de *Union of South Africa* een parlementaire democratie, dan nog zonder *Bill of Rights*.¹⁷¹

Enkele tientallen jaren na het ontstaan van de *Union of South Africa* deed de *apartheid* zijn intrede. De *apartheid* was de ideologie of het systeem volgens welke alle Zuid-Afrikanen tussen 1948 en 1990 naar ras gescheiden hebben geleefd en dat grote invloed heeft gehad op de maatschappij in al haar facetten, waaronder het juridische.¹⁷² De *apartheid* heeft niet van de ene op de andere dag Zuid-Afrika beheerst, maar heeft haar wortels in een lange periode waarin de idee leefde dat blanken superieur waren en waarin zich geleidelijk een rassenscheiding heeft voltrokken.¹⁷³

De *apartheid* kreeg gestalte door verschillende wetten, zoals de wet die gemengde huwelijken verbood (1949), de zogenaamde *Immorality Act*, die werd uitgebreid met het verbod op seksueel contact tussen blanken en andere Zuid-Afrikanen (1950).¹⁷⁴ In de beginjaren van de *apartheid* werd openlijk verzet gepleegd tegen de maatregelen die de *apartheid*-ideologie handen en voeten gaven. Zo vond bijvoor-

168 Neethling, Potgieter & Visser 2006, p. 4-5.

169 Neethling, Potgieter & Visser 2006, p. 4-5.

170 Du Bois 2004, p. 19-22.

171 Nthai 1998, p. 142.

172 Worden 2007, p. 105.

173 Worden 2007, p. 73 e.v.

174 Worden 2007, p. 105.

beeld in 1956 een massademonstratie plaats door 26000 vrouwen tegen het verplicht bij zich dragen van pasjes.¹⁷⁵

Een belangrijk moment in de *apartheid*-geschiedenis was het moment waarop de *Sharpeville shootings* plaatsvonden (21 maart 1960).¹⁷⁶ Een paniekerige politie, die zich overrompeld in de grote minderheid bevond tijdens een demonstratie in een *township* bij Sharpeville, opende het vuur op een groep demonstranten, waarbij 69 personen om het leven kwamen. Het incident veroorzaakte een toenemende politieke isolatie van Zuid-Afrika.¹⁷⁷

In 1961 verwerd de *Union of South Africa* tot *Republic of South Africa*. In dat jaar werd de constitutie via een amendement gewijzigd. Bij het amendement werd benadrukt dat er geen sprake kon zijn van het aannemen van een *Bill of Rights* aangezien ‘no suggestion was made as to how rights could be effectively guaranteed without sacrificing the sovereignty of Parliament.’¹⁷⁸ Zuid-Afrika verbrak met het aannemen van de nieuwe constitutie zijn banden met het Verenigd Koninkrijk en nam in de constitutie expliciet het beginsel van parlementaire soevereiniteit aan.

In het begin van de jaren tachtig werd de constitutie nog eens gewijzigd. Die wijziging betekende onder meer dat de *Indians* en *Coloureds* kiesrecht werd gegeven, maar er werd opnieuw nagelaten om een *Bill of Rights* aan de constitutie toe te voegen. Kort na deze toekenning van het kiesrecht aan de *Indians* en *Coloureds*, eind 1984, laaide het geweld door de zwarten uit woede en frustratie op. Het geweld deed de blanken beseffen dat het onmogelijk zou zijn om de *apartheid* eindelijk te laten voortduren.¹⁷⁹ De publicatie in 1988 van de *Constitutional Guidelines for a Democratic South Africa* door het *African National Congress* (verder: *ANC*), welke partij in 1912 was opgericht om de rechten van zwarten in Zuid-Afrika te versterken, betekende een belangrijke stap naar het einde van de *apartheid*. Het document diende als basis voor de *Harare Declaration*, waarin een jaar later de minimumuitgangspunten voor een constitutie na de *apartheid* werden vastgelegd. Tot die uitgangspunten hoorde ook het uitgangspunt om allen universeel erkende mensenrechten te doen genieten.¹⁸⁰

In september 1991 werd een vredesakkoord getekend en twee maanden later gingen officieel de onderhandelingen voor een interim-constitutie van start.¹⁸¹ In 1993 trad in Zuid-Afrika de interim-constitutie in werking, waarmee fundamentele rechten vooreerst deel uitmaakten van een Zuid-Afrikaanse constitutie. De (interim-) constitutie fungeerde als brug:¹⁸² ‘*What the bridge is from is a culture of authority.*’¹⁸³ En als dan duidelijk is dat de brug komt van een *culture of authority*, ‘*it is clear what it must be a bridge to. It must lead to a culture of justification – a culture in which every*

175 Worden 2007, p. 111.

176 Worden 2007, p. 118.

177 Worden 2007, p. 118.

178 Citaat van *Prime Minister* Verwoerd, gekend uit: Klug 2010, p. 12.

179 Currie & De Waal 2005, p. 4.

180 *Harare Declaration* 1989, artikel 16.5.

181 Zie meer uitgebreid: Ebrahim 1998.

182 *Postamble 1993 Constitution*, <www.constitutionalcourt.org.za>.

183 Mureinik 1994, p. 32.

*exercise of power is expected to be justified; in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in defence of its decisions, not the fear inspired by the force at its command.*¹⁸⁴ Of, zoals Justice Mahomed opmerkte: een constitutie is voor sommige staten een formalisering in een juridisch instrument van een historische consensus ten aanzien van waarden, maar in Zuid-Afrika is met de constitutie het verleden juist verworpen: *'The contrast between the past which it repudiates and the future to which it seeks to commit the nation is stark and dramatic.'*¹⁸⁵

De definitieve constitutie moest door het constitutionele hof worden goedgekeurd voor ze van kracht zou kunnen worden. De interim-constitutie hield daartoe 34 constitutionele beginselen in waaraan het constitutionele hof de definitieve constitutie zou moeten toetsen.¹⁸⁶ Met het inwerkingtreden van de definitieve constitutie hebben de beginselen hun betekenis verloren. Het *Constitutional Court* oordeelde in zijn *First Certification judgment* namelijk dat er niet kan worden geklaagd over een met de beginselen strijdige toepassing van de constitutie.¹⁸⁷

Met de op de interim-constitutie volgende, huidige constitutie die in 1996 in werking is getreden, zijn aan de *Bill of Rights* sociale fundamentele rechten toegevoegd. En het uitgangspunt van parlementaire soevereiniteit heeft plaats gemaakt voor het uitgangspunt van constitutionele superioriteit.¹⁸⁸

Het verdient opmerking dat er tijdens de *apartheid* door het ANC meermalen is aangedrongen op het aanvaarden van een *Bill of Rights*. De partij nam bijvoorbeeld reeds tijdens zijn jaarlijkse congres in 1923 een resolutie over een *Bill of Rights* aan.¹⁸⁹ De door de partij daarbij voorgestelde *Bill of Rights* zou – onder meer – een recht op eigendom van land voor alle Afrikanen hebben moeten inhouden, zonder dat die eigendom aan beperkingen onderhevig zou zijn: *'That all Africans have, as the sons of this soil, the God-given right to unrestricted ownership of the land in this, the land of their birth.'*¹⁹⁰ Op 16 december 1943 nam de *Annual conference of the African National Congress* een *Bill of Rights* aan. Deze *Bill of Rights* maakte deel uit van het rapport *Africans' claims in South Africa*, dat was opgesteld door een *Atlantic Charter Committee*. Deze commissie had de opdracht gekregen om *The Atlantic Charter* te analyseren en een *Bill of Rights* op te stellen.

In 1955 nam het ANC met *the South African Indian Congress, the Coloured People's Congress, the South African Congress of Trade Unions, en the Congress of Democrats* gezamenlijk het *Freedom Charter* aan.¹⁹¹ Met het *Freedom Charter* werd

184 Mureinik 1994, p. 32.

185 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 6 juni 1995, *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3, para 268 per Justice Mahomed.

186 *Schedule 4 Constitution*.

187 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 6 september 1996, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (First Certification judgment)* 1996 (4) SA 744 (CC), para 18.

188 Currie & De Waal 2005, p. 2.

189 *Resolutions of the Annual Conference of the African National Congress 1923*.

190 *Clause 2 1923 Bill of Rights*. Zie: *Resolutions of the Annual Conference of the African National Congress 1923*.

191 *Congress of the People 1955*.

beoogd politiek gevoel bij het zwarte deel van de bevolking aan te wakkeren. Het handvest behelste uitgangspunten voor de herinrichting van de Zuid-Afrikaanse samenleving. ‘*Gelijke rechten voor allen*’ was zo’n uitgangspunt. Met de publicatie van hun *Constitutional Guidelines for a Democratic South Africa* in 1988 werd ten slotte duidelijk dat het ANC voorstond de *Bill of Rights* van de constitutie deel uit te laten maken.¹⁹²

5.7.3. De plaats en status van de fundamentele rechten in het rechtssysteem

De fundamentele rechten nemen in Zuid-Afrika een belangrijke plaats in in het rechtssysteem. Ze maken als ‘*Bill of Rights*’ deel uit van de Zuid-Afrikaanse constitutie. De rechten zijn superieur en gelden als hoeksteen van de democratie: ‘*Hierdie Handves van Regte* [i.e. *Bill of Rights*, JE] is ’n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika.’¹⁹³

De invloed van de *Bill of Rights* strekt zich uit over de gehele rechtsorde. Het constitutionele hof overwoog namelijk:

*‘The entrenchment of fundamental rights and values in the Bill of Rights, however, enhances their protection and affords them a higher status in that all law, State actions, court decisions and even the conduct of natural and juristic persons may be tested against them and all private law rules, principles or norms, including those regulating the law of delict, are subjected to, and thus given content in the light of the basic values in the Bill of Rights.’*¹⁹⁴

De *Bill of Rights* bindt in de eerste plaats de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht bij de vervulling van hun taken.¹⁹⁵ *Section 8 (2) Constitution* bepaalt dat ook natuurlijke personen en rechtspersonen aan de fundamentele rechten zijn gebonden. Uit het artikellid blijkt niet met zoveel woorden aan welke rechten de natuurlijke personen en rechtspersonen gebonden zijn. Natuurlijke personen en rechtspersonen zijn namelijk aan de constitutie gebonden ‘*if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.*’ Deze open bepaling brengt voor het constitutionele hof een belangrijke uitlegtaak mee.¹⁹⁶ Het constitutionele hof besliste zelf overigens onder de interim-constitutie nog dat de *Bill of Rights* geen directe horizontale werking toekwam. *Justice Kentridge* overwoog: ‘*What I conclude is that Chapter 3 [i.e. de Bill of Rights, JE] does not have a general direct horizontal application but that it may and*

192 *African National Congress* 1988.

193 *Section 7 (1) Constitution*.

194 *Supreme Court of Appeal (Zuid-Afrika)* 27 september 2002, *Van Eeden v Minister of Safety and Security* 2003 1 SA 389 (SCA), para 12. De *Supreme Court of Appeal* verwijst overigens naar Neethling, Potgieter & Visser: Neethling, Potgieter & Visser.

195 *Section 8 (1) Constitution*.

196 *Motala & Ramaphosa* 2002, p. 321.

*should have an influence on the development of the common law as it governs relations between individuals.*¹⁹⁷

De rechten in de *Bill of Rights* zijn geen absolute rechten. *Section 36 Constitution* behelst een algemene grondslag voor de beperking van de fundamentele rechten. De bepaling zegt dat een recht in de *Bill of Rights* bij algemeen rechtsvoorschrift kan worden beperkt, voor zover die beperking redelijk en rechtvaardig is in een open en democratische samenleving, die is gebaseerd op waardigheid, gelijkheid en vrijheid, daarbij in acht genomen alle relevante factoren.¹⁹⁸ Tot die factoren worden in ieder geval gerekend: de aard van het recht, het belang bij het met de beperking gediende doel, de aard en omvang van de beperking, het verband tussen de beperking en haar doel, en de minder verregaande wijzen om het met de beperking voorgestane doel te bereiken.¹⁹⁹

5.7.4. Handhaving van fundamentele rechten op hoofdlijnen

Het *Constitutional Court* is een vrucht van de ontwikkeling van het *apartheid*-regime naar een democratische samenleving. Het constitutionele hof was in de overgangperiode de taak opgedragen om de constitutie zoals die zou worden samengesteld door de *Constitutional Assembly* te beoordelen tegen het licht van de principes zoals die waren overeengekomen in de tijdelijke constitutie van 1993. Het bestaan van een constitutioneel hof in de huidige Zuid-Afrikaanse rechtsorde is, aldus Klug, geen voorspelbare stap geweest in de overgang naar de nieuwe samenleving waarin afstand zou worden genomen van het *apartheid*-regime. Juist de rechtspraak, en het recht meer in algemene zin, waren immers (nauw) betrokken geweest bij de ontwikkeling van eerdere onderdrukkende regimes.²⁰⁰

In Zuid-Afrika zijn alle rechters bevoegd en verplicht om bij het rechtspreken op grond van de *common law* gevolg te geven aan de *Bill of Rights*.²⁰¹ Op de rechters rust een algemene verplichting om de *common law* in overeenstemming met de *Bill of Rights* te ontwikkelen. Het constitutionele hof heeft benadrukt dat er sprake is van een *algemene* verplichting en heeft daarmee willen aangeven dat de rechter niet in alle hem voorliggende zaken zelfstandig onderzoek hoeft te verrichten naar de vraag of de *common law* aanpassing behoeft.²⁰² De rechter dient de *common law* toe te passen of, zo nodig, in overeenstemming met de *Bill of Rights* te ontwikkelen ingeval nog niet is voorzien in wetgeving die gevolg geeft aan de rechten.²⁰³ Als het duidelijk is dat de *common law* voorbij bestaande precedents moet worden ontwikkeld, is de rech-

197 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 15 mei 1996, [1996] ZACC 10 (*Du Plessis and Others v De Klerk and Another*), para 62.

198 *Section 36 (1) Constitution*.

199 *Section 36 (1) Constitution*.

200 Klug 2010, p. 225.

201 *Section 8 (1) Constitution. Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 16 augustus 2001, *Carmichele v Minister of Safety and Security e.a.* (2001) AHRLR 208 (SACC 2001).

202 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 16 augustus 2001, *Carmichele v Minister of Safety and Security e.a.* (2001) AHRLR 208 (SACC 2001), para 39.

203 *Section 8 (2) Constitution*.

ter verplicht om in twee fasen onderzoek te verrichten.²⁰⁴ In de eerste fase dient de rechter te bezien of de *common law* in zijn huidige staat ontwikkeling behoeft gezien de doelen in *section 39 (2) Constitution*. En als dat inderdaad zo is, staat in de tweede fase de vraag centraal in hoeverre ontwikkeling noodzakelijk is gezien de doelstelling in *section 39 (2) Constitution*. Overigens is de bevoegdheid om wetgeving ongrondwettig te verklaren of gedragingen van het *Parliament* of de *President* in strijd met de *Constitution* te verklaren aan het constitutionele hof voorbehouden.²⁰⁵ Voor alle rechters geldt verder als uitgangspunt dat grote wetsaanpassingen aan de wetgever zijn en niet tot de taken van de rechter horen.²⁰⁶ Verder moet elke rechter die de *Bill of Rights* uitlegt en toepast, daarbij internationaal recht in aanmerking nemen en is elke rechter uitdrukkelijk bevoegd er ook andere rechtssystemen op na te slaan.²⁰⁷

Iedere persoon kan voor de rechter klagen over een inbreuk op rechten uit de *Bill of Rights*, of over dreiging daarvan, als het gaat om zijn eigen belang, om het belang van een ander die daar zelf niet voor kan opkomen, om het belang van een groep waar de klager deel van uit maakt of waarvoor het opkomt of om het algemeen belang. Verder kan een vereniging klagen over een inbreuk op of bedreiging van de rechten van haar leden.²⁰⁸ De rechter is in zo'n geval (discretionair) bevoegd om *appropriate relief* toe te kennen, waarover meer in § 6.3.6.2.

5.7.5. Fundamentele normen en standaarden

5.7.5.1. Waarden achter de constitutie

Fundamentele rechten maken in Zuid-Afrika als *Bill of Rights* deel uit van de *Constitution*.²⁰⁹ Aan die *Bill of Rights* ligt een aantal belangrijke waarden ten grondslag, namelijk de trits van waardigheid, gelijkheid en vrijheid,²¹⁰ maar ook de waarden van *Ubuntu*. Wat betreft de trits lijkt in het bijzonder de waardigheid erg belangrijk.²¹¹ Het constitutionele hof overwoog bijvoorbeeld:

'The rights to life and dignity are the most important of all human rights, and the source of all other personal rights in Chapter Three. By committing ourselves to a

204 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 16 augustus 2001, *Carmichele v Minister of Safety and Security e.a.* (2001) AHRLR 208 (SACC 2001), para 40.

205 *Section 167 (4) Constitution*.

206 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 16 augustus 2001, *Carmichele v Minister of Safety and Security e.a.* (2001) AHRLR 208 (SACC 2001), para 36.

207 *Section 39 Constitution*. Irrelevant is de aard van de Zuid-Afrikaanse rechtsorde wat betreft de doorwerking van internationaal recht in het algemeen (monistisch/dualistisch) nu dat voor de andere systemen geschiedt in het licht van de wijze waarop het EVRM doorwerkt, maar daarvan in Zuid-Afrika vanzelfsprekend geen sprake is.

208 *Section 38 Constitution*.

209 *Chapter 2 Constitution*.

210 *Section 1 (a) Constitution*.

211 Over menselijke waardigheid als fundamentele waarde onder de constitutie: Chaskalson 2000.

*society founded on the recognition of human rights we are required to value these two rights above all others.*²¹²

Maar ook:

*'The value of dignity in our Constitutional framework cannot therefore be doubted. The Constitution asserts dignity to contradict our past in which human dignity for black South Africans was routinely and cruelly denied. It asserts it too to inform the future, to invest in our democracy respect for the intrinsic worth of all human beings. Human dignity therefore informs constitutional adjudication and interpretation at a range of levels. It is a value that informs the interpretation of many, possibly all, other rights.'*²¹³

Naast de drie kernwaarden die aan de *Constitution* ten grondslag liggen, liggen aan de *Constitution* ook waarden van *Ubuntu* ten grondslag.²¹⁴ In de *postamble* bij de interim-constitutie werd *Ubuntu* aan de constitutie gelinkt. *Ubuntu* laat zich niet gemakkelijk definiëren en is overigens ook méér dan een juridisch fenomeen. Archbishop Desmond Tutu heeft *Ubuntu* als volgt omschreven:

*'A person with Ubuntu is open and available to others, affirming of others, does not feel threatened that others are able and good, based from a proper self-assurance that comes from knowing that he or she belongs in a greater whole and is diminished when others are humiliated or diminished, when others are tortured or oppressed.'*²¹⁵

Terwijl de menselijke waardigheid vooral op het individu lijkt te zijn gericht, ziet *Ubuntu* juist op het individu als onderdeel van een groep. *Ubuntu* wordt aangenomen sterk gerelateerd te zijn aan het (oorspronkelijke) Afrikaanse groepsleven. Daar zou het devies zijn: *'motho ke motho ba batho ba bangwe/umuntu ngumuntu ngabantu'*, oftewel *'a person can only be a person through others'*.²¹⁶

Op verschillende plaatsen in de jurisprudentie wordt *Ubuntu* genoemd.²¹⁷ Justice Madala stipte het bijvoorbeeld aan in zijn *opinion* voor *S v Makwanyane and Another*. In die zaak bevond het constitutionele hof de doodstraf ongrondwettig. Een belangrijke reden om de doodstraf in een rechtsorde uit te sluiten, betreft de onomkeerbaarheid en de daarmee komende onmogelijkheid van rehabilitatie. Rehabilitatie is daarentegen nu juist het doel van bestraffing. Justice Madala overwoog dat het doel van rehabilitatie overeenstemt met *Ubuntu*:

212 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 6 juni 1995, *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3, para 144 per Justice Chaskalson.

213 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 7 juni 2000, *Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others*, [2000] ZACC 8, para 35 per Justice O'Regan.

214 Vgl. recent over solidariteit: Cook 2012.

215 Tutu 2000, p. 35.

216 Mokgoro 1998, p. 16.

217 Zie een jurisprudentieoverzicht geordend naar rechtsgebied: T.W. Bennett 2011.

‘Our courts have found room for the exercise of ubuntu, as appears from the many cases where they have found that despite the heinousness of the offence and the brutality with which it was perpetrated, there were factors in the offenders’ favour, indicating that they were, in spite of the criminal conduct of which they were convicted, responsible members of society, and were worthy and capable of rehabilitation.’²¹⁸

Waarden van *Ubuntu* hebben Justice Madala er dus (mede) toe aangezet om in te zetten op rehabilitatie in plaats van de doodstraf.

5.7.5.2. Fundamentele rechten in de Bill of Rights

Tot het grote aantal rechten in de *Bill of Rights* horen onder meer het recht op gelijkheid, het recht op menselijke waardigheid, het recht op leven, het recht op vrijheid en veiligheid van de persoon, het verbod op (of recht om vrij te zijn van) slavernij en dwangarbeid, het recht op privacy, het recht op vrijheid van godsdienst, gedachten en mening, het recht op uitingsvrijheid, en het recht om te vergaderen, demonstreren, petities te organiseren en presenteren. Naast deze meer gevestigde rechten maken ook moderne rechten deel uit van de Zuid-Afrikaanse constitutie, waaronder het recht op toegang tot informatie die in het bezit is van de staat, het recht op een leefomgeving die de gezondheid of het welzijn niet schaadt, en – in het verlengde daarvan – het recht op bescherming van het milieu, voor de huidige en toekomstige (!) generaties door redelijke wetgeving en maatregelen.

De rechten in de *Bill of Rights* zijn aan beperkingen onderworpen, voor zover die beperkingen in overeenstemming zijn met *section 36 Constitution*, die bepaalt:

‘The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including a. the nature of the right; b. the importance of the purpose of the limitation; c. the nature and extent of the limitation; d. the relation between the limitation and its purpose; and e. less restrictive means to achieve the purpose.’

De *Bill of Rights* behelst ook sociaaleconomische rechten.²¹⁹ Daaronder zijn bijvoorbeeld begrepen: recht op adequate woonruimte, recht op toegang tot gezondheidszorg, voldoende voeding en water, en sociale zekerheid.²²⁰ In Zuid-Afrika wordt werkelijk via de rechter handhaving van deze rechten afgedwongen.²²¹ Dat gegeven moet

218 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 6 juni 1995, *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3, para 244 per Justice Madala. Zie: *Supreme Court of Appeal* (Zuid-Afrika) 24 november 1992, *S v Mbotshwa* (358/91) [1992] ZASCA 205; *Supreme Court of Appeal* (Zuid-Afrika) 25 september 1990, *S v Ramba* (586/89) [1990] ZASCA 102; *Supreme Court of Appeal* (Zuid-Afrika) 27 november 1992, *S v Ngcobo* (69/92) [1992] ZASCA 230; *Supreme Court of Appeal* (Zuid-Afrika) 25 november 1991, *S v Bosman* (336/91) [1991] ZASCA 159.

219 Zie: Liebenberg 2008.

220 *Section 26-27 Constitution*.

221 Een belangrijke eerste zaak waarin om handhaving van sociale rechten werd verzocht en het

vanzelfsprekend worden begrepen in de maatschappelijke context, die dadelijk, in § 5.6.6 aan de orde komt.²²²

Voor de handhaving van sociaaleconomische rechten is inspanning door de staat noodzakelijk. Terwijl vrijheidsrechten van de overheid in de eerste plaats onthouding van inmenging met de rechten vragen, is voor de verwezenlijking van de sociaaleconomische rechten noodzakelijk dat de overheid budget besteedt aan de implementatie. Als die rechten dan voor de rechter afdwingbaar zijn, brengt dat met zich dat de rechter zich moet uitspreken over de budgettering door de wetgever en het bestuur. Hij neemt dan plaats op de stoel van de wetgever. Het onderscheid is zeker tegenwoordig overigens niet meer zo hard, omdat onder veel vrijheidsrechten ook positieve verplichtingen voor de overheid zijn geformuleerd die even goed meebrengen dat de overheid budget besteedt aan de bescherming van de rechten.

In zijn *First Certification judgment* heeft het Zuid-Afrikaanse constitutionele hof het belangrijkste bezwaar tegen afdwingbare sociaaleconomische rechten verworpen en overwogen dat andere rechterlijke beslissingen, beslissingen die níét gaan over sociaaleconomische rechten, vaak óók consequenties hebben voor de inrichting van de begroting door de wetgevende en besturende macht.²²³ Het hof overwoog: ‘A court may require the provision of legal aid, or the extension of state benefits to a class of people who formerly were not beneficiaries of such benefits.’²²⁴

De fundamentele rechten hebben vanaf 1993 via de rechtspraak vorm gekregen. Omdat de rechten in de *Bill of Rights* die onderdeel was van de interim-constitutie grotendeels zijn overgenomen in de constitutie die in 1996 in werking is getreden, geldt dat de rechtspraak die tussen 1993 en 1996 is gevormd grotendeels nog van betekenis is bij de toepassing van de fundamentele rechten.²²⁵

5.7.5.3. Uitleg

De rechten in de *Bill of Rights* worden in laatste instantie uitgelegd door het Zuid-Afrikaanse constitutionele hof. Het hof legt de rechten in twee fasen uit. In de eerste plaats worden de rechten uit de *Bill of Rights* (ruim) geïnterpreteerd.²²⁶ In de tweede fase wordt beslist of de schending van het recht door de beugel van de algemene limiteringbepaling (§ 33 *Constitution*) kan.²²⁷ Interpretatie van fundamentele rechten

constitutionele hof eiser in het gelijk stelde, is de zaak *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others: Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 4 oktober 2000, *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19. Zie: Klug 2010, p. 132-146.

222 Zie ook: Wesson 2011; Pieterse 2007.

223 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 6 september 1996, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (First Certification judgment)* 1996 (4) SA 744 (CC), para 77.

224 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 6 september 1996, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (First Certification judgment)* 1996 (4) SA 744 (CC), para 77.

225 Currie & De Waal 2005, p. 5-6.

226 Currie & De Waal 2005, p. 165.

227 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 6 juni 1995, *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3, para 100. Dit twee-fasen-model is afgeleid van Canadees recht, zie: Currie & De Waal 2005, p. 165.

gebeurt vooral in de eerste fase, de tweede fase vraagt namelijk meer om een feitelijke beoordeling.²²⁸ Bij de toepassing in de tweede fase is de algemene beperkingsclausule in § 36 *Constitution* behulpzaam, waarin verschillende factoren zijn genoemd die de toepassing begeleiden. Wat betreft de uitlegmethoden kan onderscheid worden gemaakt tussen uitlegmethoden die al in de *Bill of Rights* besloten liggen en uitlegmethoden die door het constitutionele hof als uitlegmethoden zijn aangenomen.²²⁹

Een eerste uitlegmethode die het constitutionele hof heeft aangenomen, houdt in dat bij de interpretatie van de rechten de tekst van de bepalingen een belangrijke rol speelt.²³⁰ *Justice Kentridge* overwoog in een van de eerste uitspraken van het constitutionele hof namelijk:

*‘While we must always be conscious of the values underlying the Constitution, it is nonetheless our task to interpret a written instrument (...) If I may again quote S v Moagi, supra, at 184, I would say that a constitution “embodying fundamental rights should as far as its language permits be given a broad construction” (My emphasis).’*²³¹

Hoewel de overweging door *Justice Kentridge* een waarschuwing was tegen al te vrije interpretaties van de constitutie, nam hij tegelijk aan dat – voor zover de tekst dat toelaat – een ruime interpretatie op zijn plaats is (*generous interpretation*).²³² Een verklaring voor een ruime interpretatie is de vroegere miskennis van de rechten. Een andere verklaring is de twee-fasen-test waaraan een ruime uitleg inherent zou zijn.²³³

Een tweede uitlegmethode die het hof heeft aanvaard, betekent dat bij de uitleg van de constitutie moet worden teruggerepen op de waarden die er aan ten grondslag liggen, en van daaruit moet de uitleg worden gekozen die het meest doelmatig bescherming biedt aan deze waarden (*purposive interpretation*).²³⁴

Een derde uitlegmethode die het hof heeft aangenomen is de methode van de positieve verplichtingen (*positive obligations*).²³⁵ Het constitutionele hof heeft aangenomen dat rechten zo moeten worden geïnterpreteerd dat ze niet alleen onthoudingsverplichtingen inhouden, maar ook positieve verplichtingen behelzen.

228 Currie & De Waal 2005, p. 167. Interessant is de opmerking van Currie & De Waal dat de vraag of een schending (*limitation of a right*) redelijk of gerechtvaardigd is in een open en democratische samenleving, gebaseerd op menselijke waardigheid, gelijkheid en vrijheid, vaak vraagt om bewijs, in de zin van sociologische of statistische data, van het effect dat de wettelijke beperking heeft op de samenleving.

229 Klug 2010, p. 119; Currie & De Waal 2005, p. 146 e.v.; Motala & Ramaphosa 2002, p. 13 e.v., i.h.b. 18-35.

230 Motala & Ramaphosa 2002, p. 18-24.

231 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 april 1995, *S v Zuma and Others* (CCT5/94) [1995] ZACC 1. Zie ook: *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 26 mei 1999, *South African National Defence Union v Minister of Defence* (CCT27/98) [1999] ZACC 7, onder 28; *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 9 oktober 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* (CCT11/98) [1998] ZACC 15, onder 21; *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 27 november 1997, *Soobramoney v Minister of Health* (Kwazulu-Natal) (CCT32/97) [1997] ZACC 17, onder 16 e.v.

232 Klug 2010, p. 121-122; Currie & De Waal 2005, p. 147-148 en 150-153.

233 Klug 2010, p. 121.

234 Klug 2010, p. 121-124; Currie & De Waal 2005, p. 148-150; Motala & Ramaphosa 2002, p. 35-36.

235 Klug 2010, p. 124-125.

Naast de uitlegmethode die het hof heeft aangenomen, liggen in de bepalingen van de *Bill of Rights* ten minste drie soorten richtlijnen voor de uitleg van de fundamentele rechten besloten.²³⁶ In de eerste plaats geven sommige bepalingen zelf beperkingen of uitwerking, zoals § 16 *Constitution* respectievelijk § 35 (3) *Constitution*. De eerste bepaling beschermt het recht op vrijheid van meningsuiting en zegt dat onder het recht op vrijheid van meningsuiting niet is begrepen propaganda voor oorlog, aansporing tot dreigend geweld, en het bepleiten van haat. De tweede bepaling beschermt het recht op een eerlijk proces, waaronder is begrepen onder meer het recht om zodanig te worden geïnformeerd over de aanklacht dat het mogelijk is om er op te reageren en het recht op voldoende tijd en voorzieningen om verweer te kunnen voeren. Een tweede soort uitlegrichtlijnen die in de constitutie zelf liggen besloten, betreffen de bepalingen die zeggen welke bronnen de rechter bij de interpretatie kan gebruiken. Zo bepaalt § 39 (1) *Constitution* dat de rechter de onderliggende waarden bij de constitutie moet bevorderen, internationaal recht in acht moet nemen en buitenlandse rechtssystemen in aanmerking mag nemen.²³⁷ De derde soort uitlegrichtlijnen zijn de beginselen in de constitutie (*sets of principles*), waaronder de beginselen die de grondslag zijn voor de oprichting van overheidsorganen.²³⁸ Currie & De Waal stellen deze *basic principles* als volgt voor: ‘*They tie the provisions of the Constitution together and shape them into a framework that defines the new constitutional order.*’²³⁹

5.7.6. Politieke en maatschappelijke context

Law in the books vertelt niet half het verhaal over de verwezenlijking van fundamentele rechten in Zuid-Afrika vandaag de dag.²⁴⁰ De doelstelling van de handhaving van fundamentele rechten in Zuid-Afrika tegenwoordig, is niet los te zien van historische gebeurtenissen en actuele maatschappelijke problemen die al (te) kort aan de orde waren in § 5.6.2. Een vijftal thema’s geeft gezamenlijk een indruk van de context waarin de Zuid-Afrikaanse constitutie dient te worden beschouwd.²⁴¹ Het zijn de thema’s van de uitwassen van de *apartheid*, de recente sociale problemen, de veelheid aan rechtsbronnen in de Zuid-Afrikaanse rechtsorde, de *rights-based culture*, en het thema van het democratisch bestuur.

Eerst zijn er dus de uitwassen van de *apartheid*. Uit de *apartheid* is economische ongelijkheid voortgesproten die tegenwoordig bijvoorbeeld nog tot uitdrukking komt in de verdeling van land in Zuid-Afrika. Een andere uitwas van de *apartheid* is een gebrek aan verantwoordelijkheid, naar wordt aangenomen door een gebrek aan eerbied voor de wet. Het gebrek aan verantwoordelijkheid komt tot uitdrukking in de hoge criminaliteitscijfers in Zuid-Afrika.²⁴²

236 Klug 2010, p. 125.

237 Motala & Ramaphosa 2002, p. 36-39.

238 Klug 2010, p. 125; Currie & De Waal 2005, p. 7.

239 Currie & De Waal 2005, p. 7.

240 Currie & De Waal 2005, p. 1.

241 Klug 2010, p. 2. Vgl. Currie & De Waal 2005, p. 1.

242 Klug 2010, p. 2-3. Zie ook: Lewis 1995; Du Bois 2004; Davis, Marcus & Klaaren 1999; *Working together we can do more* 2010/2011.

Behalve de problemen die hun wortels hebben in het *apartheid*-regime, zijn er ook recente (sociale) problemen die niet altijd los kunnen worden gezien van het verleden. Een belangrijk sociaal probleem schuilt in de man/vrouw-verhouding en komt tot uitdrukking in verkrachtingen, maar ook in huiselijk geweld. Verder vormen de hoge criminaliteitscijfers, ze waren net al aan de orde, een sociaal probleem, net als het grote aantal hiv-besmettingen in Zuid-Afrika.²⁴³

De veelheid aan rechtsbronnen die in Zuid-Afrika van toepassing is, is ook onderdeel van de context van de constitutie. De constitutie erkent zowel *common law* als inheems recht en onderwerpt alle recht tegelijk aan de constitutie. Die erkenning in de constitutie dat Zuid-Afrika meer rechtsbronnen kent, noemt Klug *legal pluralism*. *Legal pluralism* doet vragen rijzen, stelt Klug, over de dominantie van elk afzonderlijke inzicht in de constitutie.²⁴⁴

Een volgend thema dat de context van de *Bill of Rights* bepaalt, is dat van de *rights-based culture*. In de strijd die aan het einde van de *apartheid* is voorafgegaan, is er veel en nadrukkelijk aandacht gericht op fundamentele rechten. De *Bill of Rights* behelst een breed scala aan rechten van verschillende aard, die alle *indivisible and enforceable* zijn, en kent bovendien ook veel moderne rechten: ‘*The 1996 Constitution’s Bill of Rights thus represents the highest aspirations of the global human rights movement (...)*’.²⁴⁵ Hiermee is beoogd te streven naar de bescherming van fundamentele rechten die (grotendeels) nog niet door iedereen worden genoten.²⁴⁶ De *Bill of Rights* brengt dus voor het grootste deel aspiraties tot uitdrukking.

Een laatste thema dat onderdeel is van de context van de constitutie, is dat van het democratisch bestuur. Met de strijd tegen de *apartheid* is beoogd een einde te maken aan het politieke systeem dat daarbij hoorde, om de weg vrij te maken voor een democratisch bestuur.²⁴⁷ De constitutie van 1996 heeft Zuid-Afrika tot een constitutionele democratie gemaakt, dat wil zeggen een democratie die is gebaseerd op een constitutie, de *1996 Constitution*.

5.8. CONCLUSIES

In dit hoofdstuk zijn de staatsrechtelijke karakteristieken van vier rechtssystemen uiteengezet. Het zijn de rechtssystemen die als bron van inspiratie dienen bij de vormgeving van de theorie die wordt uiteengezet in de hoofdstukken 7 en 8 en die het antwoord is op de centrale onderzoeksvraag. Enkele in het oogspringende en voor dit onderzoek interessante zaken worden er in deze slotparagraaf uitgelicht.

Eerst is voor de *Bundesrepublik Deutschland* uiteengezet wat zijn staatkundige karakteristieken zijn. In het Duitse rechtssysteem komen de eigen *Grundrechte* een belangrijke plaats toe. De bijzondere status van de eigen grondrechten hangt samen met de bevoegdheid van de Duitse constitutionele rechter, het *Bundesverfassungsgericht*

243 Klug 2010, p. 3.

244 Klug 2010, p. 3.

245 Klug 2010, p. 4.

246 Klug 2010, p. 4.

247 Klug 2010, p. 5.

dat zich beperkt tot deze grondrechten. Die constitutionele rechter heeft in de jonge jaren van zijn bestaan reeds gesteld dat in de *Grundrechte* een objectief waardensysteem schuilgaat, welk waardensysteem in het privaatrecht via de regelingen daar tot uitdrukking komt. Het is een voor dit onderzoek belangrijk gegeven. De Duitse rechter heeft, tot slot, voorzien in op de fundamentele rechten toegespitste uitlegmethoden.

Zoals in Duitsland, spelen ook in Frankrijk de eigen grondrechten (daar: *droits fondamentaux*) een belangrijke rol. Frankrijk kent net als Duitsland een constitutionele rechter (de *Conseil constitutionnel*), wiens bevoegdheid zich ook beperkt tot de toetsing aan de eigen fundamentele rechten. De *Conseil constitutionnel* heeft beslist dat lagere rechters wel aan het EVRM moeten toetsen. De *Conseil d'État* en de *Cour de cassation* toetsen ook aan het EVRM. In Frankrijk zijn enkele fundamentele rechten expliciet naar het privaatrecht vertaald en in de *Code civil* opgenomen.

Het Verenigd Koninkrijk kent een van de andere onderzochte rechtssystemen afwijkende constitutionele traditie, namelijk een met een samengestelde constitutie. De Engelsen hebben noodzakelijk verder gevolg gegeven aan het EVRM door het scheppen van de *Human Rights Act 1998*. Die wet kent een grondslag voor een bijzondere actie ingeval *public authorities* hun verplichtingen die uit de fundamentele rechten voortvloeien verzaken. De rechter kan, als dat *just* en *appropriate*, is compensatie toewijzen. Afgezien van deze recente publiekrechtelijke voorziening om fundamentele rechten te handhaven, wordt over verschillende *torts* wel gezegd dat die onder invloed van fundamentele rechten zijn veranderd.

Tot slot geeft de *Bill of Rights* in Zuid-Afrika blijk van grote ambities. De recente mensenrechtenverklaring is in verschillende opzichten een moderne verklaring. In de eerste plaats houdt deze een breed scala aan rechten in, waaronder sociaaleconomische, die in rechte afdwingbaar zijn. In de tweede plaats is de Zuid-Afrikaanse mensenrechtenverklaring ook in die zin een moderne verklaring dat het toepassingsgebied van de verklaring zich expliciet uitstrekt over de privaatrechtelijke verhouding. En een derde onderscheidende zaak is het zogenaamde idee van *Ubuntu* dat aan het Zuid-Afrikaanse constitutionele recht ten grondslag ligt en de brug slaat tussen het individu en de samenleving waarin die leeft. *Ubuntu* is, zoals de menselijke waardigheid, een principe dat aan de constitutie ten grondslag ligt, maar wordt, anders dan de menselijke waardigheid en andere beginselen, aangenomen juist op het individu als onderdeel van een groep te zijn gericht.

6

VOORVRAGEN, BENADERINGEN EN LEIDRADEN

6.1. INLEIDING

Na de staatsrechtelijke introductie van de rechtssystemen in hoofdstuk 5, staan in dit zesde hoofdstuk aansluitend de *voorvragen*, *benaderingen* en *leidraden* centraal die in de geïntroduceerde rechtssystemen zijn gevonden, en inspireren bij het vormgeven van de benadering voor het handhaven van fundamentele rechten via het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De drie thema's dragen bij aan de beantwoording van de vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, namelijk: op welke wijze zijn in Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, Zuid-Afrika, de PETL en de DCFR fundamentele rechten gelinkt aan het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht?

De benaderingen zijn de methoden in de vreemde rechtssystemen om de fundamentele rechten en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te verbinden en vormen dus samen de kern van deze uiteenzetting. In alle onderzochte rechtssystemen dragen verschillende benaderingen bij aan het handhaven van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Er kan dus niet worden gesproken van *dé* benadering in de desbetreffende rechtsorde.

Aan de uiteenzetting van de benaderingen gaat de opsomming van een aantal voorvragen vooraf. Uit de praktijk in de bestudeerde rechtssystemen blijkt dat aan de benaderingen (al of niet expliciete) keuzes zijn voorafgegaan die van belang zijn (geweest) voor de inrichting en verdere uitwerking van de benaderingen. Die keuzes worden hier gepresenteerd als voorvragen, om de reden dat onder bewustwording van die voorvragen duidelijk wordt dat een benadering in meer richtingen kan worden vormgegeven dan wellicht zonder de explicitering van de voorvragen voor mogelijk zou worden gehouden.

Het verdient opmerking dat, gezien de aard van het verrichte onderzoek, alleen de juridische voorvragen zijn geëxpliciteerd. Het mag voor zich spreken dat keuzes, ook in een juridische context, zelden of nooit enkel door juridische voorvragen worden beïnvloed. Aan keuzes in een juridische context liggen in de regel ook sociale, economische, beleids- en andere overwegingen ten grondslag. Vooropgesteld dat het belang van die keuzes niet onder doet voor de juridische keuzes, is gemeend dat het zoeken van die overwegingen het bestek van dit onderzoek te buiten gaat.

Na de voorvragen en de benaderingen worden in dit hoofdstuk tot besluit ook enkele leidraden genoemd. De leidraden helpen bij de verdere vormgeving en de praktische uitwerking van een gekozen benadering.

In dit hoofdstuk wordt met enige regelmaat naar het Nederlandse recht teruggekoppeld, wat de conclusies in de op dit hoofdstuk volgende hoofdstukken begrijpelijker maakt. Het Nederlandse recht wordt hier geïntegreerd behandeld en is grotendeels al in de hoofdstukken 2 en 3 aan de orde geweest.

In dit hoofdstuk komen in § 6.2 eerst de voorvragen aan de orde, op de voorvragen volgend worden de benaderingen toegelicht (§ 6.3) en tot slot worden leidraden toegelicht (§ 6.4). De besprekingen van de drie thema's worden alle afgesloten met een tussenconclusie. Het hoofdstuk wordt afgesloten met conclusies.

6.2. DE VOORVRAGEN

6.2.1. Inleiding

In deze paragraaf komen verschillende voorvragen aan de orde die behulpzaam kunnen zijn bij het kiezen en inrichten van een benadering voor de fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De eerste voorvraag heeft betrekking op de selectie van de beschermenswaardige rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding (§ 6.2.2). De tweede voorvraag gaat over het beschermingsniveau dat een private partij in een private rechtsverhouding moet worden geboden (§ 6.2.3). De derde voorvraag is de vraag of de fundamentele rechten moeten worden gehandhaafd buiten de klassieke rechtsgebieden om, via de klassieke rechtsgebieden of beide (§ 6.2.4). De laatste voorvraag betreft de vraag wat schade is (§ 6.2.5)

6.2.2. Voorvraag één: welke rechten?

6.2.2.1. Welke rechten?

De eerste voorvraag heeft betrekking op de selectie van de fundamentele rechten die in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht een rol moeten spelen. Alleen in het Zuid-Afrikaanse recht is uitdrukkelijk bepaald welke fundamentele rechten doorwerken in het privaatrecht, maar slechts in algemene bewoordingen. *Section 8 (2) 1996 Constitution* bepaalt namelijk: 'A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.' De bepaling maakt duidelijk dat fundamentele rechten in de *Bill of Rights* ook in de private verhouding werken, maar dat het niet wenselijk is dat ze daar onder alle omstandigheden functioneren. Of, en in hoeverre de *Bill of Rights* in een private verhouding moet

worden toegepast, hangt af van de aard van het recht en de aard van de verplichting van de normadressaat.¹

6.2.2.2. *Rechten met een uitgesproken publiekrechtelijke kant*

In geen enkele van de onderzochte rechtssystemen bestaan er fundamentele rechten die uitsluitend de privaatrechtelijke rechtsverhouding beheersen. De rechten die in de privaatrechtelijke rechtsverhouding worden toegepast zijn, anders gezegd, per definitie rechten die we ook in het publiekrecht tegenkomen.

In de praktijk is in de regel aangehaakt bij rechten die al op schrift zijn gesteld. Daarbij moet voor de Europese systemen in de eerste plaats worden gedacht aan de rechten in het EVRM. In Frankrijk en Duitsland spelen fundamentele rechten van nationale oorsprong een belangrijke rol naast de rechten in het EVRM. Zowel onder Frans als onder Duits recht hebben we het dan over publiekrechtelijke grondrechten. De rechten werken ook in het privaatrecht door en worden soms op het privaatrecht toegespitst geformuleerd.

Voor de in het publiekrecht uitgewerkte rechten geldt dat ze, qua toepassing, naar de privaatrechtelijke verhouding moeten worden vertaald. Er moet bovendien een keuze worden gemaakt welke rechten zich wel, en welke rechten zich niet lenen voor toepassing in de privaatrechtelijke verhouding. Het komt bijvoorbeeld logisch voor dat eenieder niet alleen tegen de overheid maar ook tegenover zijn buurman aanspraak zal willen maken op het recht op eerbiediging van zijn privéleven. Het is evenzeer aannemelijk dat hetzelfde niet opgaat voor het kiesrecht. Het is denkbaar dat aan ondernemingsvrijheid wel waarde wordt gehecht, maar niet zo veel dat die waarde het verdient in de vorm van een fundamenteel recht te worden gegoten.² Toch bestaat er weinig harde zekerheid over de fundamentele rechten in het privaatrecht.

In de drie Europese rechtssystemen zijn enkele privaatrechtelijke equivalenten van fundamentele rechten in het (geschreven) privaatrecht aangetroffen. In *article 9* van de Franse *Code civil* is het recht op respect voor het privéleven opgenomen, en § 823 *BGB* kent in Duitsland de expliciete bescherming van de rechtsgoederen leven, lichaam, gezondheid, (bewegings)vrijheid en eigendom. In het Engelse privaatrecht hebben enkele fundamentele rechten ook een duidelijk private uitwerking gekregen, maar daar hoofdzakelijk via rechtspraak.

Hoe directer de rol van het EVRM in het privaatrecht, des te belangrijker is het om te bedenken dat het de voor het privaatrecht specifieke rechten ontbeert. Maar belangrijker is denk ik nog om te discussiëren over de bijzondere uitleg die aan fundamentele rechten moet worden gegeven in de privaatrechtelijke context. Het mag duidelijk zijn dat de beperkingsclausules bij het EVRM zich maar moeilijk naar het privaatrecht laten vertalen.³

1 Zie § 5.6.3.

2 Vgl. artikel 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

3 Zie hoofdstuk 4.

6.2.2.3. Normatieve keuzes

De formulering van nieuwe fundamentele rechten voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding, of de uitwerking van bestaande fundamentele rechten voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding berust uiteindelijk op normatieve keuzes. Die keuzes zijn al gemaakt voor de publiekrechtelijke verhouding, dus ik meen dat dat ook mogelijk moet zijn voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding. De rechtspraak zou overigens tekort worden gedaan als daarbij niet wordt aangetekend dat daarmee al een belangrijke start is gemaakt in de rechtspraak. Die rechtspraak kan en moet als uitgangspunt dienen. Zo was ook bij het opstellen van het EVRM de gedachte leidend dat in de eerste plaats die rechten in het EVRM zouden moeten worden opgenomen, die al in de rechtsorde waren neergeaald en in de rechtsorde uitwerking hadden gekregen.⁴

Er kan vanzelfsprekend worden getwist over de rechtselectie. Er zijn wat dat betreft ten minste twee subvragen waarover discussie zou moeten worden gevoerd. De eerste vraag is of we ons zouden moeten beperken tot de (verdere) ontwikkeling van bescherming van primaire fundamentele rechten, zoals die in het EVRM, of dat we, naast de primaire fundamentele rechten, meer moderne rechten moeten uitwerken die bescherming bieden aan recente verworvenheden zoals een recht op toegang tot internet. De tweede vraag is of er ten aanzien van private partijen ook positieve verplichtingen kunnen worden geformuleerd en dus meer sociale rechten eveneens een rol kunnen spelen in de private verhouding.

Naast de twee subvragen kunnen ook criteria worden geformuleerd die behulpzaam zijn bij het onderscheiden van fundamentele rechten van andere rechten. Een eerste criterium is 'noodzakelijk voor de fysieke waarborg van het individu en zijn maatschappelijke leven'.⁵ Met dit criterium wordt bedoeld dat alleen als de schending van rechten betekent dat de fysieke waarborg van een individu of zijn maatschappelijke leven in het gedrang komt, de rechten fundamentele rechten zijn. Het criterium ligt ten grondslag aan de keuze voor de rechtsgoederen in het Duitse § 823 I BGB. Een tweede criterium is het criterium 'aard van het recht en aard van de verplichting die het recht veronderstelt', zoals dat spreekt uit de Zuid-Afrikaanse constitutie.⁶ Dit criterium staat er aan in de weg dat private personen aansprakelijk worden gehouden voor rechten die typisch publiekrechtelijk van aard zijn.

6.2.3. Voorvraag twee: EVRM-minimumbescherming of ...?

De tweede voorvraag luidt: als het EVRM het vertrekpunt blijft bij de bescherming van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding,⁷ is EVRM-minimumbescherming dan het gewenste beschermingsniveau of is het wenselijk om in verdergaande bescherming te voorzien? Het recht onder het EVRM zoals zich dat

4 Zie § 4.3.1.

5 Canaris 1983, p. 31.

6 Vgl. *Section 8 (2) 1996 Constitution* (Zuid-Afrika).

7 Zie § 2.2.2.2.

in de rechtspraak van het EHRM ontwikkelt, voorziet in minimumbescherming van de belangen waaraan de EVRM-rechten bescherming bieden. Die minimumbescherming is ook een minimumbescherming voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Het EHRM heeft zich in het verleden immers ook uitgesproken over conflicten waaraan een zuiver privaatrechtelijk geschil ten grondslag lag.⁸ Het staat de lidstaten vrij om de bescherming naar een hoger niveau te tillen.

De Engelse praktijk heeft aanleiding gegeven tot deze voorvraag.⁹ Onder Engels recht spelen de EVRM-rechten, net als onder Nederlands recht een belangrijke rol. In Engeland is de rechtspraak van het EHRM een belangrijk aanknopingspunt bij de interpretatie van de rechten. Daar geldt het zogenaamde ‘*no more, but certainly no less*’-principe, waarmee is gezegd dat de rechter de rechten niet zelfstandig breder mag interpreteren dan het EHRM doet. Als in Engeland een bredere uitleg wenselijk is, is het aan de wetgever voorbehouden om daar in te voorzien.

De EVRM-minimumbescherming ziet op twee zaken. In de eerste plaats, en daar is sprake van in Engeland, ziet de minimumbescherming op het beschermingsniveau dat wordt geboden onder de huidige EVRM-rechten. Het EHRM legt het EVRM uit en bepaalt daarmee welke belangen binnen de reikwijdte van de EVRM-rechten vallen en dus binnen het beschermingsbereik van het EVRM vallen. Het Hof bepaalt bovendien onder welke omstandigheden beperkingen ten aanzien van de EVRM-rechten moeten worden getolereerd. Door sommige belangen wél en andere níét als beschermenswaardig aan te merken, en door de toepassing en uitwerking van de beperkingsclausules, stelt het EHRM een minimumbeschermingsniveau vast.

De minimumbescherming ziet niet alleen op het beschermingsniveau onder de huidige EVRM-rechten, maar ook op de selectie rechten die het EVRM behelst. De samenstelling van de materiële rechten in het EVRM is kort na de Tweede Wereldoorlog, dat is meer dan zestig jaar geleden, gebeurd.¹⁰ Er is sprake van een minimumbescherming, omdat lidstaten ook verder kunnen gaan door zelf andere rechten dan de EVRM-rechten als fundamentele rechten te erkennen en zich voor te nemen zich ook voor de bescherming daarvan in te spannen.

Het is moeilijk om vast te stellen of in de onderzochte rechtssystemen méér bescherming wordt geboden dan de bescherming die de burgers genieten onder het EVRM, maar het staat wel vast dat de eigen fundamentele rechten in Frankrijk en Duitsland een belangrijke rol toekomen en dat die zelfstandig worden ontwikkeld.¹¹ De Straatsburgse jurisprudentie wordt in de ontwikkeling door de Franse en Duitse rechters wel meegenomen.

8 Zie § 2.2.3.2.

9 Zie § 4.2.2.

10 Op de rechten in de later toegevoegde protocollen na.

11 Zie § 5.4. en § 5.5.

6.2.4. Voorvraag drie: handhaving buiten de klassieke rechtsgebieden, daardóór of beide?

De derde voorvraag stelt de keuze aan de orde om handhaving van fundamentele rechten via de klassieke rechtsgebieden (van het privaatrecht of het publiekrecht) te regelen of daarvoor een bijzondere (de beide gebieden overstijgende?) regeling vorm te geven. Het ligt voor de hand om de bescherming van fundamentele rechten in de private verhouding te realiseren via een van de klassieke rechtsgebieden van het publiekrecht (namelijk via de band van de overheid) of privaatrecht, maar dat is niet noodzakelijk. Een derde manier is om een regeling te ontwerpen die geheel op zich staat en de hele rechtsorde overstrekt. Die regeling kan voorzien in een eigen actie om de rechten, in gewenste rechtsverhoudingen, te handhaven.

De Zuid-Afrikaanse *Bill of Rights* maakt bijvoorbeeld weliswaar deel uit van de (publiekrechtelijke) constitutie, maar staat in feite boven de regelingen van publiekrecht en privaatrecht. In Duitsland heeft de constitutionele rechter aangenomen dat aan de gehele rechtsorde een waardensysteem ten grondslag ligt dat in het publiekrecht in de grondrechten tot uitdrukking komt, maar dat ook het privaatrecht beïnvloedt.¹²

Een voordeel van een regeling voor de bescherming van fundamentele rechten die de rechtsorde overstijgt en overstrekt, is dat het teruggrijpen naar één regeling rechtseenheid in de hand werkt en de rechtsontwikkeling zich dus meer consequent voltrekt. Daar kan tegenin worden gebracht dat de naar hun aard verschillende rechtsgebieden om bij de aard aansluitende, en dus verschillende uitwerkingen vragen. De publiekrechtelijke beperkingsgronden zijn bijvoorbeeld niet geschikt om in het privaatrecht als toetsingskader te dienen bij de beoordeling van een rechtvaardiging voor inmengingen met fundamentele rechten. De beperkingsgronden zijn immers toegeschreven op de publiekrechtelijke verhouding met de overheid als gedaagde en diener van het algemeen belang. Toch moet men zich altijd afvragen of de andere aard van de rechtsverhouding in de weg staat aan een gelijke uitwerking van de fundamentele rechten in kwestie. Zoals in hoofdstuk 4 aan de orde is geweest, valt bijvoorbeeld moeilijk in te zien waarom een gekwetste derde als die door de overheid is gekwetst wel aanspraak kan maken op vergoeding van affectieschade, terwijl een gekwetste derde die door een private partij is gekwetst dat niet kan. Nog daargelaten de vraag of de derde in Nederland werkelijk zo sterk staat tegen de overheid, is hier maar mee gezegd dat het niet altijd per se rechtvaardig is, gezien de verschillende rechtsverhoudingen in het privaatrecht en het publiekrecht, in eigen regelingen te voorzien.

6.2.5. Voorvraag vier: wat is schade?

Een voorvraag met een andere achtergrond dan de andere voorvragen, is de vraag wat schade is. Terwijl de voorvragen die in de vorige paragrafen zijn genoemd zijn

¹² *Bundesverfassungsgericht* 15 januari 1958, BVerfGE 7, (198) 205 (Lüth). Zie § 5.4.3.

opgekomen uit de hoek van de fundamentele rechten, is de vraag wat schade is, een vraag die zijn oorsprong heeft in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De definitie van schade speelt een belangrijke rol bij het linken van de fundamentele rechten en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Schade is immers een noodzakelijke voorwaarde voor de inzetbaarheid van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Er moet eerst sprake zijn van schade of een dreiging van schade voor het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in beeld komt om bij te dragen aan de handhaving van de fundamentele rechten. Terwijl schade in het schadevergoedingsrecht het aanknopingspunt is bij de vaststelling van de omvang van de vergoeding, werkt het schadebegrip ook door in het aansprakelijkheidsrecht. Voor de vaststelling van aansprakelijkheid is immers noodzakelijk dat er schade is geleden.

Wat is schade? In hoofdstuk 3 is al vastgesteld dat in Nederland bij schade die op grond van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voor vergoeding in aanmerking komt in de eerste plaats moet worden gedacht aan vermogensschade. Immateriële schade moet worden vergoed voor zover de wet recht geeft op vergoeding daarvan. Artikel 6:106 lid 1 sub b BW fungeert sinds enkele jaren als aanknopingspunt voor de immateriële schade die een schending van een fundamenteel recht met zich brengt.¹³ Deze Nederlandse benadering van schade blijft erop gericht dat er een vergoeding wordt uitgekeerd die er in beginsel op is gericht tastbare schade met geld weg te nemen.¹⁴

De Engelse schadevergoedingspraktijk van de *nominal en exemplary damages* leert dat er naast de hier bedoelde schade ook andere aanknopingspunten zijn voor vergoeding. Geleden nadeel kan namelijk als *inuria sine damno* (i.e. nadeel zonder schade of verlies) worden benaderd. Nadeel is dan een overstijgend begrip, waarvan sprake kan zijn met tastbare schade en zonder tastbare schade.¹⁵

De handhaving gaat bij *nominal damages* schuil in de symbolische betaling van enkele ponden, maar dat is niet noodzakelijk.¹⁶ Lord Halsbury L.C. definieerde *nominal damages* als volgt:

*“Nominal damages” is a technical phrase which means that you have negatived anything like real damage, but that you are affirming by your nominal damages that there is an infraction of a legal right which, though it gives you no right to any real damages at all, yet gives you a right to the verdict or judgment because your legal right has been infringed.*¹⁷

13 Zie § 3.3.5.4.

14 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 33-35.

15 McGregor 2009, nr. 10-001, p. 413.

16 *House of Lords* 24 oktober 2002, *Grobbelaar v News Group Newspapers Ltd* [2002] UKHL 40. En: *House of Lords* 13 februari 1900, *The Mediana* [1900] A.C. 113 at 116. Citaat uit: McGregor 2009, p. 413. Zie: McGregor 2009, p. 416. Zie § 3.2.2.

17 *House of Lords* 13 februari 1900, *The Mediana* [1900] A.C. 113 at 116. Citaat uit: McGregor 2009, p. 413.

Een dergelijke vergoeding kan dus worden toegekend als er geen tastbare of feitelijke schade is geleden, maar wel nadeel is ondervonden. Maar ze kan ook worden toegekend als er wel feitelijke schade is geleden en aangetoond, maar de omvang niet kan worden bewezen.¹⁸

Een andere remedie is de *exemplary damages* (of *punitive damages*, *vindictive damages*, of *retributory damages*), waarbij de vergoeding ook niet aansluit bij schade. Bij deze vergoedingsactie speelt het gedrag van de benadeler een betrekkelijk grote rol. De vergoedingsactie wordt gerechtvaardigd door gedrag van de benadeler dat zodanig buitensporig is dat dat een bestraffende sanctie rechtvaardigt. Daarvan is sprake ingeval: '(i) of oppressive, arbitrary or unconstitutional acts by government servants; (ii) where the defendant's conduct had been calculated by him to make a profit for himself which might well exceed the compensation payable to the plaintiff; (iii) where expressly authorised by statute.'¹⁹

6.2.6. Tussenconclusie

De voorvragen leggen mogelijkheden bloot voor de vormgeving van benaderingen voor de handhaving van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Er zijn vier voorvragen benoemd, namelijk: 'welke rechten verdienen als fundamentele rechten een bijzondere positie in het privaatrecht, in het bijzonder het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht?', 'wat is het beschermingsniveau onder de rechten?', 'moet handhaving van fundamentele rechten vorm krijgen via klassieke rechtsgebieden of daarbuiten?', en 'wat is schade?'

6.3. DE BENADERINGEN

6.3.1. Inleiding

Na de bespreking van de voorvragen in de vorige paragraaf, wordt in deze paragraaf een zestal benaderingen toegelicht. De benaderingen zijn de methoden in de vreemde rechtssystemen om fundamentele rechten met het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te verbinden. Deze paragraaf is, gezien dit onderwerp, het zwaartepunt van dit hoofdstuk.

De benaderingen die hier aan de orde komen, zijn meer of minder toegespitst op het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Er zijn benaderingen die bijdragen aan de handhaving van fundamentele rechten in de gehele rechtsorde (en dus ook via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht), maar er zijn ook benaderingen die uitsluitend bijdragen aan de handhaving in het privaatrecht of uitsluitend aan de handhaving via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De benaderingen komen in dit hoofdstuk aan de orde op volgorde van de mate waarin

¹⁸ McGregor 2009, nr. 10-004-10-005, p. 414-415.

¹⁹ *House of Lords* 21 januari 1964, *Rookes v Barnard and Others* [1964] A.C. 1129 at 1131. McGregor 2009, nr. 11-017-11-032, p. 429-440.

ze op het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zijn toegespitst, te beginnen bij de meest generale.

Voor de verschillende benaderingen wordt aangegeven welke voor- en nadelen kleven aan de toepassing ervan in een rechtsorde. Het voordeel van de handhaving van fundamentele rechten wordt steeds buiten beschouwing gelaten, omdat juist dat argument voor zich spreekt in dit onderzoek. Het onderzoek is een zoektocht naar benaderingen die voorzien in de handhaving van fundamentele rechten. De benaderingen doen dat alle, ze zijn immers juist daarom geselecteerd.

De benaderingen die hier ter sprake komen, zijn achtereenvolgens de benadering van de constitutionele toetsing (§ 6.3.2), de benadering van de explicitering van beschermenswaardige belangen (§ 6.3.3), de interne benadering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (§ 6.3.4), de (secundaire) overheidsaansprakelijkheid (§ 6.3.5) en de schadevergoedingsactie vanwege met buitencontractuele aansprakelijkheid samenvallende acties en daarbij aanpalende acties (§ 6.3.6).

6.3.2. Benadering 1: constitutionele toetsing

6.3.2.1. Een nieuwe dimensie: rights-based constitutional review

‘Despite Grey’s characterisation of the relationship between judicial review and democracy as “a subject boring because people have repeatedly said what there is to be said about it”, there has recently been a resurgence of theoretical interest worldwide in debates concerning the democratic legitimacy of rights-based constitutional review.’²⁰

~ Lenta 2004

Constitutionele toetsing is een benadering voor de handhaving van fundamentele rechten die het gehele privaatrecht overstrekt. De benadering raakt op verschillende manieren aan het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan bijvoorbeeld tegen het licht van het constitutionele recht op (volledige) vergoeding van geleden schade worden beschouwd. Bovendien kunnen aansprakelijkheids- en schadevergoedingsregelingen of -beslissingen aan verschillende fundamentele rechten worden getoetst.

Constitutionele toetsing is als benadering aangetroffen in alle vier de bestudeerde buitenlandse rechtssystemen. De Duitse, Franse en Zuid-Afrikaanse rechtsordes kennen bovendien een constitutionele rechter die in laatste instantie rechtspreekt over de uitleg en toepassing van de constitutie.²¹

In deze paragraaf wordt eerst het idee van constitutionele toetsing verder toegelicht. Aansluitend wordt de staatsrechtelijke context beschreven waarvan constitutionele toetsing niet los kan worden gezien. Na de staatsrechtelijke context komt de constitu-

²⁰ Lenta 2004, p. 1.

²¹ Zie § 5.4.4, § 5.5.4 en § 5.7.4.

tionele toetsing in het privaatrecht aan de orde. Tot slot worden de argumenten vóór en tegen de benadering van de constitutionele toetsing op een rij gezet.

6.3.2.2. *Verschijningsvormen*

Constitutionele toetsing is een benadering die in de onderzochte rechtssystemen in verschillende verschijningsvormen opduikt, in haar hoedanigheid vaak sterk beïnvloed door de omstandigheden waaronder de toetsingsbevoegdheid is geïntroduceerd. Constitutionele toetsing is de toetsing van regelgeving en bestuurshandelen door de rechter aan documenten die bescherming bieden aan fundamentele rechten van de burger in de meest brede zin des woords. Daaronder is dus zowel toetsing aan een (nationale) constitutie of regeling van fundamentele rechten begrepen alsook toetsing aan een (internationaal) mensenrechtenverdrag. De focus ligt hier op de constitutionele toetsing aan fundamentele rechten, en dus niet aan andere bepalingen, bijvoorbeeld bepalingen die zien op de staatsinrichting, die deel uit maken van de constitutie.

Constitutionele toetsing omsluit ook toetsing van privaatrechtelijke regelgeving aan de constitutie – regelgeving die van toepassing is in de privaatrechtelijke rechtsverhouding. In deze zin is constitutionele toetsing van invloed op handhaving van fundamentele rechten in het privaatrecht. Constitutionele toetsing is steeds indirect van invloed op een horizontale rechtsverhouding, aangezien met constitutionele toetsing niet het privaatrechtelijk handelen op zich wordt getoetst. Beïnvloeding gebeurt, anders gezegd, via de band van de overheid.

Er zijn verschillende elementen die constitutionele toetsing vormgeven, waaronder de rechten die samen het toetsingskader vormen, het moment van toetsing (*ex ante* of *ex post*), de beschermde (rechts)persoon, het concreet of abstract toetsen (wordt de toets toegespitst op een bepaalde situatie of op een algemeenheid van gevallen), het gekozen beoordelingsmoment (*ex tunc* of *ex nunc*), het toetsingsorgaan, de rechtsgevolgen, en mogelijke ontvankelijkheidscriteria.

Een eerste element van constitutionele toetsing is het moment van toetsing. Een rechter kan *ex ante* of *ex post* toetsen.²² *Ex ante* toetsing is toetsing van wetgeving aan fundamentele rechten vóór de wetgeving in werking is getreden. De Franse regeling van de constitutionele toetsing illustreert het onderscheid tussen *ex ante* en *ex post* toetsing. *Article 61 Constitution* is in Frankrijk bijvoorbeeld een grondslag voor *ex ante* toetsing. Het is de Franse *Conseil constitutionnel* op grond van deze bepaling toegestaan om wetgeving op verzoek van een aantal in het artikel genoemde organen aan de *Constitution* te toetsen. Lange tijd was deze toetsingsbevoegdheid de kernaak van de *Conseil constitutionnel* en was deze constitutionele rechter zelfs geen *ex post* toetsingsbevoegdheid gegeven. Daarin is in 2008 met de modernisering van de *Constitution* verandering gebracht. Aan de *Constitution* is *article 61-1* toegevoegd, die de paradoxale situatie waarin door lagere rechters wel aan internationale ver-

22 Zie (strafrechtelijk ingestoken): Van der Woude 2010.

dragen werd getoetst, maar door de *Conseil constitutionnel* niet aan de *Constitution*, heeft weggenomen. Het artikel bepaalt dat de twee hoge Franse rechters, op verzoek van partijen, aan de *Conseil constitutionnel* vragen kunnen voorleggen met betrekking tot de grondwettigheid van wetgeving. In Nederland toetst de Raad van State overigens (vooraf) in de regel de houdbaarheid van wetsvoorstellen aan het EVRM.²³

De Franse constitutionele rechter is ook bevoegd om *ex post* te toetsen. De *ex post* toetsing is *concret* of *ouvert*. Dat betekent dat de rechter zich kan buigen over de grondwettigheid van het toepassen van wetgeving in concrete gevallen (*concret*), respectievelijk dat het alle burgers vrijstaat om vragen op te werpen die tot het uitoefenen van de bevoegdheid aanleiding kunnen zijn (*ouvert*).²⁴

Een tweede element van constitutionele toetsing betreft de (rechts)persoon die om constitutionele toetsing kan verzoeken. Constitutionele toetsing biedt in zijn *ex post* verschijningsvorm in de regel bescherming aan degene wiens belangen met de rechten worden beschermd: de (individuele) burger. Maar soms blijkt uit de constitutie dat ook andere organen of groepen personen om constitutionele toetsing kunnen verzoeken. Twee personen/organen zijn veelgenoemd: de (rechts)persoon die opkomt voor het algemeen belang en de groep als collectief. Het Zuid-Afrikaanse recht illustreert dit tweede element van constitutionele toetsing.

Section 38 van de Zuid-Afrikaanse constitutie bepaalt bijvoorbeeld dat als er sprake is van een vermeende rechtsschending, eenieder die opkomt voor zijn eigen belang zich tot de rechter kan wenden, net als eenieder die opkomt voor een anders belang indien diegene zelf niet in staat is om voor zijn belang op te komen, eenieder die opkomt als lid of in het belang van een groep personen, eenieder die opkomt voor het algemeen belang (*public interest*), en – tot slot – een vereniging die opkomt voor belangen van haar leden.

In de zaak *C and Others v Department of Health and Social Development, Gauteng and Others* was zo bijvoorbeeld het *Centre for Child Law* een van de eisers in een zaak waarin de grondwettigheid van wetgeving die uithuisplaatsing van kinderen regelt aan de orde was. Dit centrum was een rechtspersoon die als eiser optrad om het algemeen belang te dienen en ten behoeve van kinderen die zich in een gelijke situatie bevonden (of in een gelijke situatie kwamen) als die van de beide ouders die ook eiser in de zaak waren.²⁵

Een derde element van de constitutionele toetsing is het onderscheid naar algemene of op een zaak toegespitste toetsing. Twee bevoegdheden die de Duitse constitutionele rechter heeft, illustreren het onderscheid tussen deze beide typen toetsing, namelijk: de *Konkrete Normenkontrolle* en de *Abstrakte Normenkontrolle*.

Artikel 100 Abs. 1 GG regelt de *Konkrete Normenkontrolle*. Het artikel behandelt twee zaken. In de eerste plaats geeft het niet-constitutionele rechters, de zogenaamde

23 Zie: <www.raadvanstate.nl/onze_werkwijze/advisering/toetsingskader/juridische_toets/>.

24 Marais 2009, p. 233.

25 *Constitutional Court (Zuid-Afrika)* 11 januari 2012, *C and Others v Department of Health and Social Development, Gauteng and Others* (CCT 55/11) [2012] ZACC 1, para 7.

Fachgerichte, een *Prüfungskompetenz*; een toetsingsbevoegdheid. Die bevoegdheid bestaat eruit te bezien of *Gesetzen* in strijd zijn met hoger recht. Die eerste bevoegdheid wordt begrensd door de tweede in het artikellid geregelde zaak, te weten de *Vorlagepflicht*. De *Vorlagepflicht* is de verplichting om, indien de niet-constitutionele rechter tot strijdigheid met het *Grundgesetz* denkt te moeten besluiten, de toetsingsvraag aan een constitutioneel gerecht voor te leggen. Een rechter is dus niet zelf bevoegd om te beslissen tot strijdigheid van wetgeving met de grondwet, maar moet die beslissing aan de constitutionele rechter laten.²⁶ Die bevoegdheidsverdeling heeft zijn grondslag in ‘*der Autorität des Gesetzgebers im Verhältnis zur Rechtsprechung und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu verfassungsrechtlichen Fragen*.’²⁷ De *Vorlagepflicht* heeft alleen betrekking op formele, naconstitutionele wetgeving.²⁸

Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 GG regelt de tweede toetsingsvorm: de *Abstrakte Normenkontrolle*. Alleen de *Bundesregierung*, een *Landesregierung* of een vierde van de leden van de *Bundestag* kunnen het *Bundesverfassungsgericht* om *Abstrakte Normenkontrolle* verzoeken. Deze toetsingsvorm richt zich, anders dan de *Konkrete*, niet op de bescherming van een persoon in een specifieke situatie. Dat betekent dat de toets niet gebeurt in de context van een concreet beschermingsverzoek door een beschermeling, maar dat in bredere context dan de context van een specifiek geval wordt bezien of rechtsnormen al of niet in strijd zijn met de grondwet. Het doel van de *Abstrakte Normenkontrolle* is harmonie en duidelijkheid in het recht te brengen.²⁹

Wetgeving kan materieel of formeel worden getoetst, dat wil zeggen dat de regels zelf onderwerp van de toets kunnen zijn (materieel), maar dat ook de totstandkomingsprocedure onderwerp van de toets kan zijn (formeel). Franse rechtspositivisten menen bijvoorbeeld dat het vraagstuk van de grondwettigheid van een wet zich altijd laat terugvoeren tot een formele vraag.³⁰ Overigens menen deze positivisten ook dat de toetsing van de grondwettigheid door de constitutionele rechter altijd betrekking heeft op handelen door de organen die hun bevoegdheid aan de constitutie ontleen en dus geen betrekking heeft op het grondwetgevende orgaan zelf.³¹ Die laatste macht, de grondwetgever, is de ultieme openbaring van volkssoevereiniteit – ‘*la manifestation première et suprême de la souveraineté populaire*’.³² De grondwetgever staat ook boven de *Conseil constitutionnel*, die namelijk een bij constitutie ingesteld orgaan is. Dit inzicht maakt constitutionele toetsing democratisch gezien minder omstreden.

26 Sieckmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 100 Abs. 1 Rdnr. 2, p. 889.

27 *Bundesverfassungsgericht* 17 januari 1952, BVerfGE 6, 55, 63; *Bundesverfassungsgericht* 22 november 1967, NJW 1968, 99. Vgl. *Bundesverfassungsgericht* 21 december 1997, NJW 1998, 1699. Zie: Sieckmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art. 100 Abs. 1 Rdnr. 3, p. 889-890.

28 *Bundesverfassungsgericht* 27 september 2005, 2 BvL 11/02 u.a.

29 *Bundesverfassungsgericht* 17 januari 1989, BVerfGE 79, 311, 326-327. Kloepfer, Verfassungsrecht I, § 19 Rn 178-179, p. 668-669.

30 Rousseau 2006, p. 501.

31 Rousseau 2006, p. 502.

32 Rousseau 2006, p. 502.

Element vier is het beoordelingsmoment. Het beoordelingsmoment kan bij constitutionele toetsing, zoals ook bij veel andere juridische toetsen *ex nunc* of *ex tunc* gebeuren. In het eerste geval wordt een beslissing gegeven over de situatie zoals die op het moment van toetsen is, terwijl in het tweede geval een beslissing wordt gegeven over de situatie zoals die op een bepaald moment in het verleden was.

De toets kan ten vijfde worden uitgevoerd door een rechter die zich exclusief toelegt op constitutionele toetsing, maar ook door een rechter wier competentie veel breder is. In de Duitse, Franse en Zuid-Afrikaanse rechtsordes treffen we constitutionele hoven die zich hebben toegelegd op het toezicht houden op de handhaving van de rechten uit respectievelijk het *Grundgesetz*, de *Constitution*, en de *Constitution*.³³ In de Zuid-Afrikaanse constitutie is verder bepaald dat de gehele rechterlijke macht (net als overigens wetgever en bestuur) in de uitoefening van zijn taak aan de *Constitution* is gebonden. In het verlengde van deze benadering ligt die in de *HRA 1998*, waarin het de Engelse rechter wordt verplicht om voorkeur te geven aan een uitleg van wet- en regelgeving die in overeenstemming is met de *Convention rights*. In Engeland bestaat overigens geen constitutionele rechter.

Een zesde element dat constitutionele toetsing vormgeeft, is het gevolg dat constitutionele toetsing teweeg kan brengen. Als constitutionele toetsing door de rechter tot de conclusie leidt dat er sprake is van een praktijk die in strijd is met een of meer bepalingen in de constitutie, kan dat verschillende gevolgen hebben. Twee typen gevolgen moeten ten minste worden onderscheiden. In de eerste plaats is dat het gevolg van het in een individueel geval buiten toepassing laten van de constitutie, en in de tweede plaats is dat het generaal buiten toepassing laten van de constitutie. Het eerste gevolg is het minst omstreden, omdat daarmee het minst wordt ingegrepen op de geldigheid van de wet.

Tot slot is het element van de ontvankelijkheidscriteria genoemd, de ontvankelijkheid *ratione personae* maakt daar deel van uit. Het kan verschillende personen worden toegestaan om om constitutionele toetsing te verzoeken. Er kan een tweedeling worden gemaakt naar publiekrechtelijke organen en privaatrechtelijke (rechts)personen. De *ex ante* constitutionele toetsing gebeurt in Frankrijk bijvoorbeeld op verzoek van publiekrechtelijke organen, terwijl in veel gevallen *ex post* (dus na inwerking-treding van de wetgeving ten aanzien waarvan om constitutionele toetsing wordt verzocht) kan worden geklaagd door private (rechts)personen. Dat zijn in de regel individuele burgers, maar vaak ook belangengroeperingen die opkomen voor de belangen van bepaalde groepen of opkomen voor het algemeen belang (*public interest*).

33 Zie respectievelijk § 5.4.4, § 5.5.4 en § 5.7.4.

6.3.2.3. Een staatsrechtelijk vraagstuk pur sang

Constitutionele toetsing is een benadering die zich, afhankelijk van haar verschijningsvorm, mede uitstrekt over het privaatrecht, maar in de eerste plaats is constitutionele toetsing een staatsrechtelijk vraagstuk. Met de introductie van constitutionele toetsing gaat immers een fundamentele verandering in het staatsbestel gepaard. Terwijl in een parlementaire democratie het zwaartepunt bij het parlement ligt, moet het parlement in een staatsinrichting waar constitutionele toetsing wordt toegestaan een deel van zijn macht afstaan aan de rechter die voorziet in de controle op de naleving van de constitutie. Ik laat de staatsrechtelijke bezwaren tégen, en de beweegredenen vóór constitutionele toetsing kort de revue passeren omdat zij niet minder belangrijk zijn bij de afweging of constitutionele toetsing een wenselijk benadering is dan de argumenten die later nog aan de orde komen.

Een gewichtig en principieel argument tegen constitutionele toetsing is dat het indruist tegen het idee van democratie – tegen het idee dat een vertegenwoordiging van het volk het voor het zeggen heeft.³⁴ Als constitutionele toetsing namelijk zo is uitgewerkt dat de rechter kan beslissen dat wetgeving buiten toepassing moet blijven, hetzij wetgeving (algemeen) ongrondwettig kan verklaren, komt het zwaartepunt binnen de *trias politica* bij de rechter te liggen. En dat terwijl nu juist het parlement, anders dan de rechter, democratisch gelegitimeerd is.

Tegen dit argument wordt wel ingebracht dat het parlement in de rechtsordes waar constitutionele toetsing is toegestaan, zelf heeft ingestemd met de constitutionele toetsing. Dat neemt dan weer niet weg dat het feit dat het instemmen met constitutionele toetsing, niets zegt over de (democratische) uitwerking daarvan.³⁵ Constitutionele toetsing wordt soms ook democratisch gelegitimeerd met het argument dat via de constitutie in constitutionele toetsing wordt voorzien.³⁶ Aan dit argument wordt tegengeworpen dat niet het feit dat constitutionele toetsing bij constitutie is geregeld democratisch legitimeert, maar het al dan niet gerechtvaardigd zijn van de beslissing door de constitutionele wetgever om in constitutionele toetsing te voorzien.³⁷

De Engelse praktijk laat zien dat constitutionele toetsing aan een parlementair zwaartepunt niet in de weg hoeft te staan: *‘The solution adopted in the HRA (...) is a clever one and is said to reflect a delicate political compromise between “incorporating” Convention rights and retaining parliamentary sovereignty.*³⁸ In *section 3 HRA 1998* is namelijk bepaald dat de rechter wetgeving en lagere regelgeving zo moet begrijpen dat die in overeenstemming is met de *Convention rights*.³⁹ De rechter verkiest dan bijvoorbeeld uit twee mogelijke interpretaties dié interpretatie die niet strijdig is met

34 Zie: Lenta 2004.

35 Lenta 2004, p. 4.

36 Lenta 2004, p. 4.

37 Lenta 2004, p. 4.

38 Gajdosova & Zehetner 2010, p. 146.

39 Daarbij moet worden bedacht dat naast door de wetgever uitgevaardigde wet- en regelgeving ook rechtersrecht vanzelfsprekend een belangrijke rol in de rechtsorde toekomt.

Convention rights.⁴⁰ De Engelse parlementaire soevereiniteit blijft daarbij gewaarborgd, omdat de rechter wetgeving niet buiten beschouwing mag laten: ‘*In practice, this will prove a strong form of incorporation. As I have said, however, the Bill does not allow the courts to set aside or ignore Acts of Parliament.*’⁴¹ Section 3 HRA 1998 brengt dus een streven naar gezamenlijke toepassing van wetgeving en de *Convention rights* tot uitdrukking. Dat opgelegde streven geldt niet alleen voor de rechter, maar voor iedereen die op een zeker moment het recht moet uitleggen.⁴²

Als het niet mogelijk is om wetgeving in overeenstemming met de *Convention rights* uit te leggen, bepaalt section 4 HRA 1998 dat de rechter bevoegd is om tot een *declaration of incompatibility* te beslissen.⁴³ Met een dergelijke verklaring geeft de rechter een signaal af naar de wetgever, die op zijn beurt moet beslissen of aanpassing van wetgeving noodzakelijk is. Het is enerzijds denkbaar dat de wetgever zich in een dergelijk geval (zwaar) verplicht zal voelen om de betreffende wetgeving aan te passen, en anderzijds is het aannemelijk dat de rechter niet gemakkelijk geneigd is tot een *declaration of incompatibility* te beslissen.

Een belangrijk element in de beslissing door de rechter om al of niet conform uit te leggen volgens section 3 HRA 1998, is de herstellende functie van section 3 HRA 1998. Een benadeelde die meent dat wetgeving in strijd is met een of meer *Convention rights* is vaak niet geholpen met een beslissing van de rechter om te beslissen tot een *declaration of incompatibility*. Het biedt de benadeelde in het specifieke geval geen remedie. Kavanagh stelt dat onder omstandigheden de herstellende functie van section 3 HRA 1998 de doorslag kan geven om wettelijke bepalingen conform *Convention rights* te interpreteren, als blijkt dat een *declaration of incompatibility* de benadeelde in het individuele geval geen remedie biedt.⁴⁴ Kavanagh leest de herstellende aard van section 3 (1) HRA 1998 in de eerste plaats in Lord Steyn’s *opinion* voor *Ghaidan v Mendoza*, waarin Lord Steyn herhaaldelijk spreekt over section 3 (1) HRA als de *prime remedial measure of remedy*: ‘*What is necessary, however, is to emphasise that interpretation under section 3(1) is the prime remedial remedy and that resort to section 4 must always be an exceptional course. In practical effect there is a strong rebuttable presumption in favour of an interpretation consistent with Convention rights.*’⁴⁵

Aan de keuze van de rechter om wetgeving ofwel in overeenstemming met de *Convention rights* uit te leggen, dan wel tot een *declaration of incompatibility* te beslissen, liggen ook bredere beschouwingen ten grondslag ten aanzien van de positie die de rechter in het staatsbestel inneemt. Kavanagh plaatst die beschouwingen in de sleutel van de eerbiediging van de rol en taak van de wetgever en bestuur door de rechter (*deference*): ‘*The leading case law under the HRA is replete with judicial dicta to the effect that when adjudicating human rights issues, the courts should sometimes*

40 HL Deb 3 november 1997 vol. 582, col. 1230 (*Lord Chancellor*).

41 HL Deb 3 november 1997 vol. 582 (*Lord Chancellor*).

42 Wadham & Mountfield 2000, p. 3.

43 HC Deb 3 juni 1998, vol. 313, col. 421-422 (*The Secretary of State for the Home Department*).

44 Kavanagh 2009, p. 119. Zie: *House of Lords* 21 juni 2004, *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] 3 WLR 113, at 46. En ook: *House of Lords* 14 oktober 2004, *Sheldrake v Director of Public Prosecutions* [2004] UKHL 43, at 28.

45 *House of Lords* 21 juni 2004, *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] 3 WLR 113, at 50.

*defer to Parliament and other institutions of government.*⁴⁶ De rechter die constitutioneel toetst moet zich bewust zijn van de begrenzing van zijn functie. Welk van de beide instrumenten bij toepassing de wetgever/bestuur het meest eerbiedigt, is op voorhand niet te zeggen. Zo stelt Kavanagh dat, zuiver juridisch beschouwd, in een specifiek geval een conforme interpretatie meest activistisch kan voorkomen, terwijl een *declaration of incompatibility* in dat zelfde geval, vanuit een bredere politieke context beschouwd, juist als activistisch wordt gezien.⁴⁷ Daarbij speelt een rol dat een conforme interpretatie in de zin van *section 3 HRA 1998* voor een niet-jurist vaak onopgemerkt blijft, terwijl een *declaration of incompatibility* via de media vaker ook het grotere publiek bereikt.⁴⁸

Het bezwaar tegen constitutionele toetsing van het gebrek aan democratische legitimatie wordt versterkt door de stelling dat de bevoegdheid om constitutioneel te toetsen bij de bevoegde rechter een wetgevende taak legt die rivaliseert met die van de wetgever. Het idee dat de constitutionele rechter de constitutie toepast berust immers op een fictie; hij zal in de regel gedwongen zijn om recht te vormen.⁴⁹ De abstracte aard van fundamentele rechten dwingt de rechter in de regel tot rechtsvorming. Aan die abstracte aard kan ook niet worden tegemoetgekomen. Het is de kracht en de zwakte van het fundamentele recht.

Aan het democratie-argument kan worden tegengeworpen dat daarbij als uitgangspunt wordt genomen dat in een democratie een meerderheid het voor het zeggen heeft. Theoretisch is dat waar, maar in de praktijk functioneert de representatie niet optimaal.⁵⁰ Verkiezingen van de parlementen brengen al een beperking bij het realiseren van doelstellingen. Er dient bovendien over een zo groot aantal zaken door de democratische afspiegeling te worden beslist, dat ook dat feit een beperking met zich brengt. Een groot deel van de beslissingen zal zijn voorbereid door ambtenaren die werkzaam zijn in de verschillende ministeries (of in mindere mate voor leden van de parlementen), die daarmee (in welke mate en op welke wijze ook) hun invloed doen gelden. Parlementsleden zijn bovendien praktisch niet werkelijk onafhankelijk, ze hebben allen te maken met fractiediscipline. Al deze zaken maken dat sommigen verdedigen dat het idee van een democratie die steunt op bestuur door een democratisch gekozen meerderheid is achterhaald.⁵¹ De constitutionele rechtspraak is daarbij opgekomen als logisch complement dat ziet op de bescherming van minderheden.⁵²

In het verlengde van deze tegenwerping ligt een argument vóór constitutionele toetsing, welk argument voortkomt uit de politieke theorie van Jean-Jacques Rousseau. Ware democratie is volgens hem directe democratie, waarin burgers zich direct uitdrukken, dus niet via vertegenwoordigers. Wanneer de realiteit toch vertegenwoordiging vereist, geldt dat de wil van de vertegenwoordigers niet de wil van het

46 Kavanagh 2009, p. 167. Zie ook: p. 228 e.v.

47 Kavanagh 2009, p. 229-230.

48 Kavanagh 2009, p. 230.

49 Lenta 2004, p. 5.

50 Bovend'Eert & Kummeling 2004, p. 87-88. Vgl. Van der Pot-Elzinga & De Lange (m.m.v. Hoogers) 2006, p. 541 e.v.

51 Rousseau 2006, p. 504.

52 Rousseau 2006, p. 504.

volk is. Constitutionele toetsing betekent dat er permanente controle is op het werk van de volksvertegenwoordigers.⁵³ Hoewel dit wellicht niet een instrument is zoals Rousseau dat voor ogen zal hebben gestaan, wordt wel gezegd dat het een instrument van nieuwe democratie is, van constitutionele democratie.⁵⁴

Een constitutionele rechter kan ook op eigen wijze democratisch zijn – of dat nastreven te zijn. De *Conseil constitutionnel* heeft zich in 1982 als ‘*institution de la «société civile»*’⁵⁵ gepresenteerd in zijn uitspraak over de *Loi de nationalisation*, de wet waarmee de nationalisering van een groot aantal ondernemingen door de Franse overheid werd beoogd.⁵⁶ Het constitutionele hof heeft het wetsvoorstel tegen de achtergrond van twee artikelen in de *Déclaration* in het bijzonder bezien, en overwoog eerst dat *article 2 Déclaration* de overheid oplegt de mensenrechten te respecteren. Het overwoog verder dat in *article 17 Déclaration* de eigendom wordt beschermd. Dat laatste artikel stelt namelijk: ‘*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment et sous la condition d’une juste et préalable indemnité.*’⁵⁷ De *Conseil constitutionnel* heeft zich gepresenteerd als spreekbuis van het volk door te overwegen dat de bepalingen eerder onderwerp waren geweest van een aan het volk middels referendum voorgelegde wijziging van de constitutie, waar het volk toen juist tégen stemde.⁵⁸ En, omgekeerd, dat het volk, door via de referenda van 13 oktober 1946 en 28 september 1958 in te stemmen met de tekst die de *Déclaration 1789* constitutionele status gaf, juist wel met dié bepalingen heeft ingestemd.⁵⁹ De *Conseil constitutionnel* heeft beslist dat verschillende bepalingen in het wetsvoorstel in strijd zijn met de *Constitution*.⁶⁰

Tot slot is er nog het tegenargument dat de rechter zich (onwenselijk) hult in een politiek jasje als hij constitutioneel gaat toetsen, en zich dus gaat mengen in politieke kwesties. Tegen dat argument wordt ingebracht dat het niet steekhoudend is als wordt bedacht dat politieke vragen ook anders de rechter bereiken, of zoals Voûte stelt: ‘De rechter wordt dagelijks geconfronteerd met alle politieke strijdvragen, zoals stakingen, kraken, abortus, vreemdelingenrecht, Zuid-Molukkers, alternatieve gezinsvormen enz. Hij is derhalve gewikkeld in alle mogelijke politieke strijdvragen. Het is struisvogelpolitiek dit niet te willen zien.’⁶¹

Een belangrijke conclusie uit het voorgaande is denk ik dat de waarheid over het democratisch gehalte van de constitutionele toetsing in het midden ligt. Of constitutionele toetsing al of niet bijdraagt aan het verwezenlijken van uitgangspunten die aan een democratisch staatsbestel ten grondslag liggen, is in de eerste plaats afhan-

53 Rousseau 2006, p. 85.

54 Rousseau 2006, p. 85.

55 Rousseau 2006, p. 494.

56 *Conseil constitutionnel* 16 januari 1982, *Décision* n° 81-132 DC.

57 *Conseil constitutionnel* 16 januari 1982, *Décision* n° 81-132 DC, overweging 13.

58 *Conseil constitutionnel* 16 januari 1982, *Décision* n° 81-132 DC, overweging 14.

59 *Conseil constitutionnel* 16 januari 1982, *Décision* n° 81-132 DC, overweging 15.

60 *Conseil constitutionnel* 16 januari 1982, *Décision* n° 81-132 DC.

61 Handelingen I 1978/79, 31 p. 1115.

kelijk van de invulling van het begrip democratie, maar ook van de invulling van de taakomschrijving van de constitutionele rechter. Toch kan, denk ik, worden gezegd dat fundamentele bezwaren tegen constitutionele rechtspraak niet overtuigen om bij voorbaat van constitutionele toetsing af te zien, aangezien het daar tegenovergestelde idee van de parlementaire democratie waarin de wetgever het laatste woord heeft, in de praktijk moeilijk in staat is om te functioneren zoals dat op papier is voorgeschreven. Constitutionele toetsing als instrument om handhaving van fundamentele rechten in het privaatrecht te bevorderen wordt hier daarom verder uiteengezet, de staatsrechtelijke merites bij het vraagstuk daargelaten.

6.3.2.4. Constitutionele toetsing in het privaatrecht

Constitutionele toetsing van privaatrechtelijke wetgeving maakt dat fundamentele rechten indirect doorwerken in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Constitutionele toetsing is een manier om de geldigheid van het privaatrecht te toetsen. De *Conseil constitutionnel*, het Franse constitutionele hof, voorziet in laatste instantie in toetsing van privaatrecht aan de constitutie in Frankrijk. Constitutionele toetsing maakt dat, '*en effet, la Constitution est devenue, formellement et matériellement, la base du système juridique, en ce que les principes auxquels le Conseil a attribué la qualité constitutionnelle fondent les règles applicables dans les différentes branches du droit.*'⁶²

De bevoegdheid van de *Conseil constitutionnel* om wetgeving vóór inwerking-treding aan de constitutie te toetsen, stelt dat hof in staat om (grote) privaatrechtelijke onderwerpen constitutioneel te definiëren.⁶³ Rousseau meent dat ook de *obligations civiles* met de toetsingsrechtspraak van de *Conseil constitutionnel* constitutioneel worden gedefinieerd.⁶⁴ Daarbij moet worden bedacht dat deze vorm van constitutionalisering van het privaatrecht, zoals het wel wordt beschouwd, afhankelijk is van de zaken die de *Conseil constitutionnel* krijgt voorgelegd, en het slechts bestaat uit antwoorden op de voorgelegde vragen.⁶⁵ Een deel van de Franse rechtswetenschappers kan zich overigens niet in deze benadering vinden en meent dat de *Code civil* de werkelijke constitutie is.⁶⁶

De beslissing van de *Conseil constitutionnel* waarin het zogenaamde *pacte civil de solidarité* aan de orde was (i.e. het wetsvoorstel dat zou voorzien in de mogelijkheid om een variant op wat we in Nederland kennen als een samenlevingscontract of geregistreerd partnerschap aan te gaan), illustreert de constitutionele definiëring van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Aan de *Conseil constitutionnel* was door *député signataire de la première saisine* Goasguen een aantal (constitutionele) bezwaren bij het wetsvoorstel voorgelegd.⁶⁷ Een van die bezwaren hield in

62 Rousseau 2006, p. 473.

63 Rousseau 2006, p. 468.

64 Rousseau 2006, p. 468.

65 Rousseau 2006, p. 468.

66 Rousseau 2006, p. 469. Rousseau laat in het midden wie deze rechtswetenschappers zijn.

67 *Conseil Constitutionnel* 9 november 2009, *Décision* n° 99-419 DC.

dat met de uitvoering van het voorstel inbreuk zou worden gemaakt op het principe van bescherming van de menselijke waardigheid.⁶⁸ Het bezwaar zag in het bijzonder op de mogelijkheid om eenzijdig een einde te maken aan het contract, zonder dat er daarbij waarborgen zouden zijn voor de andere partner. Het ontbreken van waarborgen zou kenmerkend zijn voor verstoting, en mede in dat licht zou de regeling dus in strijd zijn met de menselijke waardigheid. Verder zou de regeling, die ook inhield dat een huwelijk het partnerschap brak, een schending van het gelijkheidsbeginsel betekenen. De *Conseil constitutionnel* kon zich in het bezwaar niet vinden en overwoog onder meer dat de overeenkomst waarin de regeling voorzag van een andere soort was dan het huwelijk, en dat de vergelijking met verstoting dus niet opging. Het hof meende dat met de aansprakelijkheidsregeling waarin de nieuwe wet voorzag, ook goed gevolg was gegeven aan de constitutionele verplichting om schade die door de schuld van een ander is veroorzaakt aan de schadelijder te vergoeden. De *Conseil constitutionnel* verwees naar *article 4 de la Déclaration de 1789* en bevestigde zodoende (opnieuw) dat de grondslag voor aansprakelijkheid een constitutionele is.⁶⁹

Een ander voorbeeld betreft de toetsing door de *Conseil constitutionnel* van de *Loi anti-Perruche*, die de hoofdrol speelde in de in hoofdstuk 4 genoemde zaken *Draon/Frankrijk* en *Maurice/Frankrijk*.⁷⁰ Met *Loi anti-Perruche* was beoogd een einde te maken aan de praktijk van de toewijzing van zogenaamde *wrongful-life-claims*.⁷¹ In *article 1 I* van de wet is bepaald:

Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

*Les dispositions du présent paragraphe I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation*⁷²

De wet bepaalt hier kort gezegd dat een persoon niet kan claimen schade te hebben geleden vanwege het enkele feit dat hij is geboren. Een persoon die door nalatig

68 *Conseil Constitutionnel* 9 november 2009, *Décision* n° 99-419 DC, overweging 64-71.

69 Zie: *Conseil constitutionnel* 22 oktober 1982, *Décision* n° 82-144 DC., i.h.b. overweging 3. Zie ook: Azzi 2007, p. 228.

70 *Conseil constitutionnel* 11 juni 2010, *Décision* n° 2010-2 QPC. Zie § 4.3.5 en § 4.3.10.2.4.

71 Cour de cassation 17 november 2000, N° de pourvoi 99-13701.

72 *Loi anti-Perruche*, loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.

medisch handelen vóór zijn geboorte gehandicapt is geraakt, kan alleen vergoeding voor zijn schade claimen, indien het nalatig handelen de handicap direct heeft veroorzaakt, heeft verergerd of aan genezing in de weg heeft gestaan. De ouders van een kind dat gehandicapt ter wereld komt, kunnen een vergoeding vorderen van de arts die *klaarblijkelijk* nalatig en er daarmee voor heeft gezorgd dat de handicap niet reeds tijdens de zwangerschap aan het licht is gekomen. Die vergoeding is uitdrukkelijk geen vergoeding voor de (extra) kosten van verzorging en opvoeding van het kind, maar alleen een vergoeding voor eigen schade van de ouders.

In 2010 heeft de *Conseil constitutionnel* zich uitgesproken over de houdbaarheid van de bepaling in het licht van de constitutie.⁷³ De *Conseil constitutionnel* besliste dat *article 6 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* (recht op gelijke behandeling) niet aan toepassing van de bepaling in de weg staat. De bepaling is in de eerste plaats namelijk geen volledige exonерatie voor artsen. Het parlement heeft bovendien overwogen dat, als nalaten door een arts inbreuk maakt op het recht van de moeder om met kennis van alle feiten te beslissen tot een abortus, het kind geen belang heeft bij compensatie voor de gevolgen van het nalatig handelen. In de derde plaats staat de bepaling alleen in de weg aan een claim door een met handicap ter wereld gekomen kind als het nalaten door de arts niet de oorzaak is van de handicap.

Ten aanzien van dat deel in de bepaling dat zegt dat de ouders alleen recht hebben op een vergoeding als er sprake is van *klaarblijkelijk* nalatig handelen, overweegt de *Conseil constitutionnel* dat het vereiste van *klaarblijkelijk* geen inbreuk maakt op *article 4 de la Déclaration de 1789* (vrijheid bestaat in de vrijheid om alles te doen, zo lang een ander niet wordt geschaad). Het parlement heeft de bedoeling gehad om de moeilijkheid die inherent is aan prenatale diagnostiek, gezien de staat van medische kennis en techniek op het moment van de diagnostiek, in zijn regeling mee te nemen om te voorkomen dat enkele vermoedens de basis zijn voor claims. In het licht van het doel, meent de *Conseil constitutionnel*, is de aanscherping van de vereisten voor aansprakelijkheid niet disproportioneel.

De rechtspraak van de *Conseil constitutionnel* wordt overigens wel een lappendeken genoemd waar het gaat om de beoordeling van de grondwettigheid van generieke uitzonderingen op het uitgangspunt van aansprakelijkheid voor bij een ander veroorzaakte schade.⁷⁴ Nu eens overweegt het hof dat het uitsluiten van (persoonlijke) aansprakelijkheid voor bepaalde groepen personen, ongeacht de aard of ernst van de gedraging, niet mogelijk is,⁷⁵ dan weer wordt een bij voorbaat uitsluiting van aansprakelijkheid toegestaan.⁷⁶

Constitutionele toetsing brengt, dus (ten minste) tweeërlei verandering in het privaatrecht. Eerst worden er normen toegevoegd aan de normen in het privaatrecht van andere aard en strekking. Het is daarbij de vraag hoe de normen zich qua rang en stand tot de normen verhouden die we reeds kennen in het privaatrecht. In de tweede

73 *Conseil constitutionnel* 11 juni 2010, *Décision* n° 2010-2 QPC.

74 Canivet 2008, p. 224-225.

75 *Conseil constitutionnel* 17 januari 1989, *Décision* 88-248.

76 Canivet 2008, p. 224-225.

plaats verandert de taakopvatting van de rechter in het privaatrecht, afhankelijk van de voorgestane uitwerking van constitutionele toetsing.

Meer specifiek voor het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is constitutionele toetsing een benadering die bijdraagt aan de verwezenlijking van fundamentele rechten door te voorkomen dat met de toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht fundamentele rechten worden geschonden. Ze voorziet immers in de mogelijkheid om het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht langs een fundamentele lat te leggen.

6.3.2.5. *Argumenten vóór*

Naast de staatsrechtelijke argumenten vóór en tegen toetsing,⁷⁷ is er ook een aantal meer op het privaatrecht toegesneden argumenten te bedenken die voor of tegen toetsing in die eigen context pleiten.⁷⁸ Een eerste argument dat pleit vóór het inlijven van de constitutionele toetsingsbevoegdheid in het privaatrecht is het argument dat constitutionele toetsing de eenheid in het recht bevordert. Het privaatrecht maakt deel uit van een meeromvattende rechtsorde. Het recht vormt een systeem waarin besloten is dat lagere regelgeving in overeenstemming moet zijn met hogere. Constitutionele toetsing maakt het in de bestudeerde rechtssystemen mogelijk om formele wetgeving, die in strijd is met de constitutie, (in het minst verregaande geval) buiten toepassing te laten en op die manier de eenheid terug te brengen.⁷⁹

Een tweede argument voor toetsing betreft de rechtszekerheid. Burgers moeten er op kunnen vertrouwen dat fundamentele rechten worden gerespecteerd en toegepast. Ervan uitgaande dat dat de rechten zijn die qua rang en stand het hoogst staan aangeschreven, kan het niet zo zijn dat lagere, daarmee strijdende wetgeving van toepassing is en die toepassing maakt dat aan de fundamentele rechten geen gevolg wordt gegeven.

Constitutionele toetsing past verder bij de open aard van het privaatrecht, die de rechter toch al noodzaakt tot rechtsvorming. Een belangrijk uitgangspunt in het privaatrecht is immers de vrijheid van partijen om hun leven naar eigen goeddunken in te richten. Dat brengt mee dat het privaatrecht die vrijheid veronderstelt en verder regels stelt waar de een met zijn handelen naar eigen goeddunken de vrijheid van de ander onrechtvaardig geweld kan aandoen.

Een volgend punt is dat de wetgever niet altijd kan voorzien hoe beoogde wetgeving in concrete gevallen uitwerkt. Hij zal altijd rekening (moeten) houden met fundamentele rechten, maar voor die gevallen waarin een niet voorziene toepassing van wetgeving een inbreuk op fundamentele rechten oplevert, biedt constitutionele toetsing een oplossing.

Een constitutionele rechter (hier in brede zin, waaronder zo alle rechters begrepen die constitutioneel toetsen) kan verder dienen als stabiele factor bij grote politieke

⁷⁷ Zie § 6.3.2.3.

⁷⁸ Zie : Emaus 2010.

⁷⁹ Vgl. W. Rűfner, in: HStR V, § 117 Rn. 60, p. 552. Vgl. de figuur van de grondwetsconforme interpretatie: Groenewegen 2006.

verandering. Zo heeft het in Zuid-Afrika gefunctioneerd toen het *apartheid*-regime werd gedwongen plaats te maken voor een nieuwe politiek.⁸⁰ Het heeft daar bovendien bijgedragen aan sociale coördinatie en nationale eenheid. Die zaken werden verstoord door de *apartheid*.⁸¹ Het is aannemelijk, gezien het verleden, dat een verstoring vanwege een grote politieke verandering niet slechts doorwerkt in de publiekrechtelijke verhouding, maar ook van betekenis is voor de privaatrechtelijke verhouding.

Constitutionele toetsing versterkt in Frankrijk de positie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, namelijk nu daar het recht op vergoeding van door een ander veroorzaakte schade deel uitmaakt van de constitutie en constitutionele toetsing bijdraagt aan de waarborging van dat recht.⁸² Het versterkt het rechtsgebied ook door het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht *ex ante* van constitutionele goedkeuring te voorzien.

Constitutionele toetsing creëert, tot slot, een dialoog tussen de constitutionele rechter en de andere rechters.⁸³ Die dialoog heeft zijn oorzaak in het feit dat constitutionele beginselen reeds aan het privaatrecht ten grondslag liggen en dus ook al door niet-constitutionele rechters zijn uitgewerkt en toegepast. Via de constitutionele rechter kunnen de beginselen eenduidig (voor zover dat rechtvaardig is) worden uitgelegd.

6.3.2.6. *Argumenten tegen*

Een eerste argument tegen constitutionele toetsing komt ook voort uit de rechtszekerheid. Ofschoon eenieder wordt geacht bekend te zijn met de normen in de constitutie, en behoort te weten dat die het hoogste recht zijn, is het even goed zo dat de burger er van uit mag gaan dat (meer concrete) wet- en regelgeving bindende kracht heeft. Constitutionele toetsing brengt tweërlei rechtsonzekerheid mee. De bevoegdheid om wetgeving in gerede gevallen buiten toepassing te laten, brengt op zich onzekerheid, maar het argument van rechtsonzekerheid ziet bovendien op de door de rechter te volgen weg ná het buiten toepassing laten van wetgeving.

Als de toetsing door de rechter tot de conclusie leidt dat toepassing van de formele wetgeving in het voorliggende geval inderdaad leidt tot een schending van een fundamenteel recht en de wettelijke regel dus buiten toepassing moet worden gelaten, is het niet op voorhand duidelijk tot welke oplossing de rechter zal komen voor de ontstane leemte. De rechter dient immers aan de hand van de zeer vaag geformuleerde fundamentele rechten te bezien welke oplossing passend is. Dat die oplossing vanzelf spreekt is een fictie.⁸⁴ Rechtszekerheid verlangt dus toepassing van positief recht, niet het buiten werking verklaren daarvan.⁸⁵

80 Lenta 2004, p. 30.

81 Lenta 2004, p. 30.

82 Luchaire 1982, p. 251.

83 Rousseau 2006, p. 474.

84 Lenta 2004, p. 5.

85 Wobst 1967, p. 81-82.

De rechter zal moeten voorzien in een oplossing die in overeenstemming is met de fundamentele rechten, maar die lijken als leidraad te vaag om tevoren zekerheid te bieden over de oplossing bij het buiten toepassing laten van wet- of regelgeving. Ook daarin schuilt rechtsonzekerheid. Maar zou niet moeten gelden 'beter rechtsonzekerheid dan onrechtszekerheid'?⁸⁶ Overigens zijn de fundamentele rechten als rechten geaccepteerd toen ze al lang in de rechtsordes waren neergedaald. Dat betekent dat er al rekening mee werd gehouden voor ze als rechten werden opgeschreven en dat er dus ook (ongeschreven) duidelijkheid bestaat over wat de rechten inhouden.

De argumenten voor en tegen constitutionele toetsing brengen mij tot de slotsom dat constitutionele toetsing belangrijk is. Constitutionele toetsing als benadering voorziet in een vangnet voor die gevallen waarin fundamentele belangen (dreigen te) worden veronachtzaamd.

6.3.3. Benadering 2: explicitering van beschermenswaardige belangen

6.3.3.1. *De explicitering van beschermenswaardige belangen*

De tweede benadering voor het linken van fundamentele rechten en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, is de benadering van de explicitering van beschermenswaardige belangen. Deze benadering houdt in zijn meest uitgedeelde vorm zoveel in als het uitdrukkelijk benoemen van de meest beschermenswaardige belangen in het privaatrecht. De opsomming die daarmee ontstaat, kan dienen als lijst van kernbelangen die niet in het gedrang mogen komen bij de toepassing van privaatrecht als daarvoor niet een voldoende rechtvaardiging bestaat. De explicitering van beschermenswaardige belangen is een aan de constitutie analoge figuur die in het privaatrecht dient als vangnet voor die gevallen waarin de fundamentele belangen (dreigen te) worden ondergesneeuwd en daarmee geschonden. Met de inlijving van deze benadering in de rechtsorde is de waarde van de toetsing aan de constitutie voor het privaatrecht sterk afgenomen, of: heeft de constitutionele toetsing op het privaatrecht toegespitst vorm gekregen.

De explicitering van beschermenswaardige belangen kan als benadering voor het handhaven van fundamentele rechten in het privaatrecht het gehele privaatrecht overstrekken, maar ook alleen in het vermogensrecht, of nog enger, in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht worden ingevoerd. Aan de explicitering kan meer inhoud worden gegeven door de belangen in het vat van een (fundamenteel) recht te gieten. Dan ontstaan volwaardige, aan de grondrechten analoge rechten. Een ander type explicitering is de verwijzingsbepaling die zelf niet zozeer de belangen inhoudt, maar slechts zegt dat bij de toepassing van het recht de aan eenieder toekomende fundamentele rechten in acht moeten worden genomen.

In deze paragraaf komen achtereenvolgens aan de orde enkele praktische verschijningsvormen van de explicitering van beschermenswaardige belangen om de figuur voor ogen te krijgen, het (theoretische) karakter van de explicitering, haar rechtsge-

86 Gekend uit: Parl. Gesch. Boek 6, p. 604.

volgen, en, tot slot, de argumenten vóór en tegen de inlijving van de benadering van de explicitering van de beschermenswaardige belangen in de rechtsorde.

6.3.3.2. *Verschijningsvormen*

Een eerste uitwerking van de explicitering van beschermenswaardige belangen treffen we in de Franse rechtsorde. Daar maakt de *Cour de cassation* sinds een jaar of twintig met grote regelmaat melding van *des principes généraux* en baseert daarop zijn argumentatie.⁸⁷ *Des principes généraux* zijn algemene beginselen die door de *Cour de cassation* (deels) lijken te zijn afgeleid uit jurisprudentie van de *Conseil constitutionnel* en zijn zo dus ook (afgeleiden van) constitutionele beginselen. De *Cour de cassation* zou met de beginselen hebben voorgestaan zijn beslissingen groot gezag en legitimiteit te geven door te refereren aan beginselen die ondanks hun onzekere rechtsgeldigheid, bijdragen aan de continuïteit, coherentie en duidelijkheid van het rechtssysteem.⁸⁸ De *Cour de cassation* werd daarbij extra aangemoedigd door het feit dat veel beginselen, zoals het beginsel van individuele vrijheid en het recht op eigendom, al door de *Conseil constitutionnel* waren aangenomen.⁸⁹

Een belangrijk verschil tussen een beginsel en een regel onder Frans recht schuilt in de algemeenheid van de formulering en daarmee het toepassingsgebied.⁹⁰ Terwijl een regel van toepassing is op de situaties die hij benoemt, worden beginselen gebruikt in situaties die naar hun aard juist heel verschillend kunnen zijn.⁹¹ Een beginsel wordt zo wel gezegd '*fécond en conséquences*' te zijn.⁹² Hoewel een beginsel in de regel dus een groter toepassingsbereik zal hebben dan een regel, moet er een minimumzekerheid bestaan over wat het inhoudt. De beginselen zijn behulpzaam bij het toepassen van dat recht.⁹³ Soms zijn beginselen terug te vinden in het geschreven recht, Gridel noemt het voorbeeld van *article 9 Code civil*, waarin het recht op respect voor het privéleven is opgenomen.⁹⁴

Gridel onderscheidt vier functies van de beginselen bij de toepassing van de wet. Een beginsel kan in de eerste plaats behulpzaam zijn bij het bepalen van het toepassingsgebied van een regel. Beginselen kunnen in de tweede plaats ook behulpzaam zijn bij het bepalen van de reikwijdte van de regel. In de derde plaats kunnen beginselen een oplossing tot uitdrukking brengen die niet als zodanig in de regels was uitgewerkt. Ten slotte kunnen beginselen oplossingen uitsluiten.⁹⁵

Een beginsel in het Franse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is het beginsel van volledige vergoeding van geleden schade.⁹⁶ Dat beginsel is aanvaard ter

87 Rousseau 2006, p. 468.

88 Rousseau 2006, p. 468.

89 Rousseau 2006, p. 468.

90 Gridel 2002, p. 229.

91 Gridel 2002, p. 229.

92 Portalis 1801, p. 17. Gekend uit: Gridel 2002, p. 229.

93 Gridel 2002, p. 229.

94 Gridel 2002, p. 229.

95 Gridel 2002, p. 231 e.v.

96 Gridel 2002, p. 229.

opvulling van een leemte in het geschreven recht en voorziet in een oplossing voor een steeds terugkerende vraag, namelijk: hoe wordt de schade berekend waarvoor aansprakelijkheid is aangenomen?⁹⁷

Los van de *principes* in Frankrijk, is daar in de *Code civil* in het eerste boek melding gemaakt van *des droits civil*. Deze kunnen ook worden beschouwd als expliciteringen van beschermenswaardige belangen in het privaatrecht. De *Code civil* vangt in de eerste titel van boek één reeds aan met de opsomming van een aantal civiele fundamentele rechten. Tot die rechten horen het recht op respect voor het privéleven,⁹⁸ het recht op respect voor de onschuldpresumptie,⁹⁹ en het recht op respect voor het lichaam.¹⁰⁰ Aan het recht op respect voor het privéleven is een rechterlijke actie verbonden, namelijk om passende maatregelen te gebieden als er een inbreuk plaatsvindt, zonder daarmee afbreuk te doen aan de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen. Deze actie is niet onderworpen aan de vereisten voor aansprakelijkheid.¹⁰¹

Ook in het Duitse *BGB* zijn bepalingen aan te wijzen die expliciteringen van beschermenswaardige belangen kunnen worden genoemd. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is § 823 I *BGB*. Een van de wijzen waarop de grondrechten in het *Deliktsrecht* zijn doorgedrongen, is door het uitbreiden van de subjectieve-rechten-catalogus via de *sonstige Rechte* in de zin van § 823 I *BGB*. § 823 I *BGB* is de grondslag voor aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een schending van zogenaamde rechtsgoederen door de benadeler. Tot de beschermde rechtsgoederen worden in ieder geval gerekend het leven, het lichaam, de gezondheid, de (bewegings)vrijheid en de eigendom, maar ook andere rechtsgoederen (*sonstige Rechte*) worden op grond van de bepaling beschermd.

De bescherming van rechtsgoederen in het *Deliktsrecht* is een wijze waarop de Duitse wetgever fundamentele belangen heeft gegarandeerd. In die context overwoog het *Bundesverfassungsgericht* ook:

‘In der Begründung der Verfassungsbeschwerde wird die besondere Qualität der deliktsrechtlichen Vorschriften zum Schutz von Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und anderer absoluter Rechte hervorgehoben: Das Deliktsrecht als gesetzlicher Schutz gegen die Verletzung dieser Rechtsgüter sei Grundlage jedweder Rechtsordnung der Kulturnationen und Bestandteil des Rechtsbewußtseins überhaupt; unterschiedslos – und diese Unterschiedslosigkeit sei seinem Charakter immanent – verpflichte es jedermann, stets und überall Eingriffe in geschützte Rechte Dritter zu unterlassen und für die Folgen schuldhafter Eingriffe einzustehen.’¹⁰²

Met de rechtsgoederen worden beschermenswaardige belangen geëxpliciteerd, en dat niet alleen. De explicitering van het beschermenswaardige belang is verpakt in

97 Gridel 2002, p. 233.

98 Article 9 CC.

99 Article 10 CC.

100 Article 16-1 CC.

101 Ancel 2001.

102 *Bundesverfassungsgericht* 11 oktober 1978, NJW 1979, 305, p. 306.

een recht. Of anders gezegd: aan de explicitering is een zekere bescherming gekoppeld.

De genoemde rechtsgoederen worden dus op bijzondere wijze beschermd. Voor die bijzondere bescherming kan tweeërlei rechtvaardiging worden gegeven. In de eerste plaats staan de rechtsgoederen in de hiërarchie van rechtsgoederen bovenaan, nu ze de belangrijkste beginselen zijn voor de fysieke waarborg van ieder individu en zijn maatschappelijke leven.¹⁰³ Deze rechtsgoederen zijn bovendien zo vanzelfsprekend en dus kenbaar, dat het relatief gemakkelijk is voor eenieder om zich te onthouden van inbreuken op die rechtsgoederen.¹⁰⁴

Er is overigens ook onderling nog sprake van een rangorde in rechtsgoederen. De gezondheid staat bijvoorbeeld in de regel hoger in rang dan de eigendom. Canaris illustreert de bijzondere positie van de gezondheid met het voorbeeld dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zich zelfs uitstrekt over gevallen waarin de schade was aangeboren en het rechtsgoed dus nooit schadevrij heeft bestaan.¹⁰⁵

Een laatste verschijningsvorm van de explicitering van beschermenswaardige belangen is te vinden in de *Draft Common Frame of Reference*, waarin *article I.-I:102 (2)* namelijk bepaalt: *They [the rules, JE] are to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and any applicable constitutional laws.*¹⁰⁶ Het belang van een explicitering wordt als volgt verwoord: *'This provision serves as a reminder that such overriding law may, for example, provide defences to liability not specifically mentioned in the rules.'* De *drafters* hebben hier niet gerefereerd aan een verdrag of ander specifiek document waarin de mensenrechten en fundamentele vrijheden zijn opgenomen, omdat het, merken de *drafters* op, onmogelijk is om al bij het opstellen van de *DCFR* voor de toekomst te voorzien welke instrumenten, wat de fundamentele rechten betreft, relevant zullen zijn.¹⁰⁷

De *human rights* in *article I.-I:102 (2) DCFR* worden door de *drafters* ook *overriding principles* genoemd. Ze maken deel uit van een groter geheel van *principles*, waartoe ook *justice, freedom, economic welfare, solidarity and social responsibility, establishing an area of freedom, security and justice*, et cetera, worden gerekend.¹⁰⁸

In de *Interim Outline Edition* van de *DCFR* werd nog de vraag opgeworpen in hoeverre de beginselen een plek zouden moeten krijgen in de *DCFR*.¹⁰⁹ In de *DCFR* zijn ze uiteindelijk geordend naar *underlying* en *overriding principles*. De *underlying principles* voorzien in argumenten ten aanzien van de intrinsieke waarde van specifieke regels en de *overriding principles* zijn hoofdzakelijk van waarde bij de (uitwendige) beoordeling van de *DCFR* als geheel. Voor sommige geldt overigens

103 Canaris 1983, p. 31.

104 Canaris 1983, p. 31.

105 Canaris 1983, p. 31. *Bundesgerichtshof* 20 december 1952, BGHZ 8, 243.

106 *DCFR (1)* 2009, p. 87.

107 *DCFR (1)* 2009, p. 87-88.

108 *DCFR (1)* 2009, p. 87-88.

109 *DCFR (Interim Outline Edition)* 2008, p. 9. Zie ook: p. 22-36.

ook dat ze sterk tot uitdrukking komen in de bepaalde delen van de *DCFR*. De *overriding principles* worden gekenmerkt door hun politieke aard.

De *human rights* zijn dus, hoewel daar volgens mij wel op af te dingen valt, *overriding principles* en komen denk ik zeker, behalve dat ze dienen ter beoordeling van de *DCFR*, ook als geheel tot uitdrukking in bepaalde delen van de *DCFR*. In het commentaar bij de *DCFR* wordt nog opgemerkt dat *human rights* een belangrijke rol hebben in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.¹¹⁰ Ten aanzien van de status van *article I.-I:102 (2) DCFR* merken de *drafters* op: ‘*Human rights requirements may, of course, have a direct and powerful effect of their own rights in relation to legislation or contracts which use the rules.*’¹¹¹

6.3.3.3. Karakter van de explicitering

Het karakter van de explicitering is niet eenduidig. De explicitering van een beschermenswaardig belang kan een blote explicitering zijn, dat wil zeggen een enkele constatering van een beschermenswaardig belang in het privaatrecht die niet is gekoppeld aan een regeling voor de bescherming van dat belang. Maar een explicitering kan ook een aangeklede explicitering zijn, dat is bijvoorbeeld een explicitering in de zin van een subjectief recht. Voor beter begrip van wat hier wordt genoemd de blote explicitering en de aangeklede explicitering en voor plaatsing van de beide typen expliciteringen in het grotere geheel van juridische bepalingen, kan een schema van Alexy behulpzaam zijn, waarin hij acht verschillende typen *Pflichten* onderscheidt. Het schema van Alexy is als volgt:¹¹²

Trede 1 >	<i>bindend</i>				<i>nicht bindend</i>			
Trede 2 >	<i>subjectiv</i>		<i>objektiv</i>		<i>subjectiv</i>		<i>objektiv</i>	
Trede 3 >	<i>def.</i>	<i>p.f.</i>	<i>def.</i>	<i>p.f.</i>	<i>def.</i>	<i>p.f.</i>	<i>def.</i>	<i>p.f.</i>
categorie:	1	2	3	4	5	6	7	8

def. = definitive *Pflichten*

p.f. = *prima facie* *Pflichten*

Pflichten kunnen volgens het schema van Alexy in drie treden worden uitgesplitst. Op trede één worden de *Pflichten* gesplitst naar de mate waarin ze bindend zijn. Niet-bindende *Pflichten* zijn *Pflichten* die niet in rechte kunnen worden vastgesteld, terwijl bindende *Pflichten*, tegengesteld, wel in rechte kunnen worden vastgesteld.¹¹³

Vervolgens worden de *Pflichten* op trede twee verder onderscheiden naar hun objectieve dan wel subjectieve aard. Objectieve *Pflichten* zijn *Pflichten* die geen aan-

¹¹⁰ *DCFR (I)* 2009, p. 8.

¹¹¹ *DCFR (I)* 2009, p. 88.

¹¹² Alexy 1990, p. 56.

¹¹³ Alexy 1990, p. 51-52.

spraak geven jegens andere rechtssubjecten. Het zijn, anders gezegd, *Pflichten* die, in het geval van de grondrechten, slechts op de overheid een niet door het individu af te dwingen verplichting leggen.¹¹⁴

Ten slotte worden de *Pflichten* op trede drie verder uitgesplitst naar regels en beginselen; *Regeln und Prinzipien*.¹¹⁵ Regels zijn die *Pflichten* die bij vervulling van gestelde voorwaarden een concrete maatregel gebieden, terwijl beginselen slechts zo veel als mogelijk dienen te worden nagestreefd; het zijn *Optimierungsgebote*. Een belangrijk verschil schuilt daarmee in de toepassing van de norm. Een regel wordt wel of niet toegepast, terwijl er zo veel mogelijk moet worden gestrééfd naar toepassing van een beginsel. Een beginsel kan daardoor in een bepaalde mate zijn verwezenlijkt.

De splitsing van de *Pflichten* via de drie genoemde treden leidt tot de in de figuur getekende onderverdeling. Subjectieve *Pflichten*, waarover hier verder wordt gesproken, zijn de *Pflichten* in de eerste twee categorieën, namelijk de *Pflichten* die in rechte binden en, vanzelfsprekend, subjectief van aard zijn.

Alexy laat zien dat ook beginselen (*Prinzipien*) zich dus laten categoriseren naar subjectieve en objectieve. Hij illustreert dat aan de hand van het subjectieve recht op vrijheid van meningsuiting. Alexy beschouwt het recht op vrijheid van meningsuiting als een subjectief recht met een beginselkarakter als wordt aangenomen dat eenieder, op grond van recht op vrijheid van meningsuiting, een zo vergaand mogelijk recht op uitingvrijheid toekomt.¹¹⁶ Een objectieve uitwerking van de vrijheid van meningsuiting is bijvoorbeeld het gebod (aan de overheid) om de bestaande diversiteit aan meningen binnen de omroep zo breed en volledig mogelijk tot uitdrukking te laten komen.¹¹⁷

Als het schema wordt toegepast op de blote explicitering en de aangeklede, moet de eerste explicitering tot de bindende, subjectieve beginselen worden gerekend en de tweede tot de bindende, subjectieve rechten.

6.3.3.4. *Rechtsgevolgen*

In de vorige paragraaf is opgemerkt dat onderscheid kan worden gemaakt tussen de blote explicitering en de explicitering waaraan concrete bescherming kan worden ontleend, bijvoorbeeld die in de hoedanigheid van een subjectief recht.

De in § 823 I 1 BGB beschermde rechten worden in Duitsland wel subjectieve rechten genoemd.¹¹⁸ Het algemeen persoonlijkheidsrecht dat daar als *sonstiges Recht* deel van uitmaakt, is een paraplubepaling of *Generalklausel*, in die zin dat daaronder meer nauwkeurige subjectieve rechten worden geplaatst, terwijl bijvoorbeeld het (subjectieve) recht op eigendom meer concreet is.

114 Alexy 1990, p. 53.

115 Alexy 1990, p. 54.

116 Alexy 1990, p. 56.

117 Alexy 1990, p. 56.

118 Röhl & Röhl 2008, p. 363. Het is overigens niet volledig helder wat met subjectieve rechten in het privaatrecht exact wordt bedoeld. Zie: Röhl & Röhl 2008, p. 365.

Aan de subjectieve rechten in § 823 I 1 BGB zijn concrete rechtsgevolgen verbonden. In dat artikel is aan de inbreuk op de subjectieve rechten het gevolg van de verplichting tot vergoeding van de daaruit ontstane schade verbonden. Het rechtsgevolg van de verplichting tot vergoeding van de geleden schade is maar één voorbeeld van een rechtsgevolg dat de explicitering meer zeggingskracht kan geven.

6.3.3.5. *Argumenten vóór*

De explicitering van de beschermenswaardige belangen kan een privaatrechtbrede benadering zijn voor de verwezenlijking van fundamentele rechten. Ze kan als een volwaardige aan de constitutie analoge figuur werken. Terwijl de constitutie (oorspronkelijk) dient ter bescherming van de fundamentele belangen in de publiekrechtelijke verhouding, kan een privaatrechtelijk equivalent op een voor het privaatrecht eigen wijze bijdragen aan de handhaving van de fundamentele rechten in de privaatrechtelijke verhouding. Een eerste argument dat pleit voor inlijving van deze benadering is hiermee gegeven. De explicitering van beschermenswaardige belangen voorziet in een beschermingswijze die is toegespitst op de privaatrechtelijke verhouding. Het is een eenvoudige manier om tegemoet te komen aan het eigen karakter van het privaatrecht.

Als de beschermenswaardige belangen als subjectieve rechten worden geformuleerd, kan daaraan privaatrechtbreed worden gerefereerd. Een privaatrechtbrede benadering brengt consistentie met zich, in die zin dat de fundamentele belangen over de volle breedte van het privaatrecht op gelijke wijze worden uitgelegd, en dat brengt ook mee dat in de verschillende deelgebieden in het privaatrecht steeds dezelfde belangen als fundamentele belangen worden erkend. Als de geschreven explicitering niet is toegespitst op een van de deelgebieden van het privaatrecht, moet steeds worden teruggegrepen naar de algemene explicitering en komen bij dat teruggrijpen ook de uitwerkingen voor de andere deelgebieden naar boven. De uitwerkingen voor de verschillende deelgebieden moeten steeds opnieuw worden vergeleken en er moet worden gezien of verschillen kunnen worden gerechtvaardigd.

In het verlengde van het vorige argument ligt het argument dat een privaatrechtbrede formulering en toepassing van subjectieve rechten meebrengt dat alle deelgebieden van het privaatrecht zich noodzakelijk openstellen voor de handhaving van rechten en dat dus niet wordt voorbijgezien aan toepassingsgebieden. In Nederland heeft de ontwikkeling van de constitutionalisering vooral plaatsgehad in het familierecht en het burgerlijk procesrecht, terwijl voor andere rechtsgebieden (voor het ene meer dan voor het andere) evengoed geldt dat invloed van fundamentele rechten meer rechtvaardigheid kan brengen.

6.3.3.6. *Argumenten tegen*

De explicitering van beschermenswaardige belangen is van vergelijkbare vage aard als de fundamentele rechten in grondwetten en verdragen. Deze vage benadering die de explicitering van beschermenswaardige belangen is, heeft als nadeel dat het voor

sommigen onvoldoende zeker kan zijn wanneer bijvoorbeeld de subjectieve rechten aan de uitvoering van andere privaatrechtelijke regelingen in de weg staan. Aan die vaagheid kan niet meer worden tegemoetgekomen dan door de formulering van leidraden en gezichtspunten voor de toepassing van de subjectieve rechten. In de vaagheid gaat mijns inziens echter tegelijk ook de kracht van de benadering schuil. Op het moment dat concrete rechtsnormen vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid tekortschieten, komen immers de fundamentele rechten om de hoek kijken. Toch is de vaagheid een belangrijk argument tegen deze benadering.

Een tweede argument tegen de inlijving van deze benadering, is dat beschermenswaardige belangen in het privaatrecht allang in de rechtspraak tot uitdrukking komen. Dat is ook zo en ik denk dat die rechtspraak van groot belang is bij de formulering van subjectieve rechten, zoals dat ook is gebeurd bij het opstellen van het EVRM. Een verankering in de wet zou een algemeen referentiepunt geven voor het privaatrecht. In de verschillende rechtsgebieden kan worden teruggegrepen op dezelfde rechten, zodat bij de toepassing daarvan rekening wordt gehouden met de toepassing in de andere rechtsgebieden. Een verankering in de wet geeft ook meer zekerheid, omdat de rechten dan niet meer door de rechter hoeven te worden gevonden in het ongeschreven recht, zoals dat is gebeurd bij de explicitering van het algemeen persoonlijkheidsrecht.

Een tegenargument is verder dat het voor de handhaving van fundamentele rechten in het privaatrecht niet noodzakelijk is om de rechten een plaats te geven in het Burgerlijk Wetboek, omdat de EVRM-rechten ook voldoende voorzien in aanknopingspunten voor een privaatrecht eigen benadering. Ik geloof daar niet in. Het EVRM is, zeker wat betreft zijn beperkingsclausules, erg toegespitst op de publiekrechtelijke rechtsverhouding. Het is mogelijk gebleken om in de EVRM-rechten aanknopingspunten te vinden voor toepassing ervan in het privaatrecht, maar de handhaving vergt een voor het privaatrecht eigen benadering in de ontwikkeling waarvan de rechter tot nog toe een grote en belangrijke rol heeft gespeeld. Die rechtspraak moet een belangrijke rol krijgen bij de ontwikkeling van de subjectieve rechten, want via de rechtspraak zijn al veel rechten in het privaatrecht neergedaald. Maar het komt mij vreemd voor te zeggen dat er geen reden meer is om voor het privaatrecht eigen rechten te formuleren. Een dergelijke redenering zou zo voor veel andere regels in het privaatrecht ook op kunnen gaan en zou betekenen ook die regels onnodig zijn opgeschreven. De meerwaarde van het op schrift stellen van voor het privaatrecht eigen rechten of ten minste de explicitering van belangen, schept juridische kaders en biedt zo zekerheid.

6.3.4. Benadering 3: de interne benadering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

6.3.4.1. De interne benadering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

In de vorige paragraaf is de benadering van de explicitering van beschermenswaardige belangen toegelicht, die zowel privaatrecht overstrekkend kan zijn, alsook op een van de deelgebieden van het privaatrecht toegespitst. In de vorige paragraaf is vooral de explicitering van belangen via (algemene) subjectieve rechten aan de orde geweest. In deze paragraaf staat de interne benadering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht centraal.

In de onderzochte rechtssystemen zijn verschillende manieren gevonden via welke fundamentele rechten zijn gelinkt met het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Hier komt eerst de Franse benadering aan de orde. In Frankrijk wordt het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht beschouwd als een katalysator voor in het privaatrecht onderontwikkelde fundamentele rechten.

6.3.4.2. ‘Un formidable facteur d’évolution du droit’¹¹⁹

‘La responsabilité délictuelle est un formidable facteur d’évolution du droit.’¹²⁰

~ Azzi 2007

Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan naar zijn aard goed als katalysator dienst doen voor onderontwikkelde, zich nog niet als zodanig in het privaatrecht gemanifesteerde fundamentele rechten.¹²¹ De regeling behelst immers een sanctie voor de schending van normen die bijvoorbeeld uit fundamentele rechten voortkomen. In de Franse rechtsorde geldt het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zo als katalysator van de persoonlijkheidsrechten. Er wordt wel gezegd dat de persoonlijkheidsrechten hun tegenwoordige erkenning en status in het civiele recht te danken hebben aan de katalyserende werking van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.¹²² Voor het recht op respect voor het privéleven geldt in het bijzonder dat dit, aangejaagd door het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, tegenwoordig met een eigen actie een meer nauw omschreven status heeft gekregen.¹²³

In de jaren zeventig was in de rechtspraak al lang gesproken over een recht op bescherming van het privéleven. Na de ontwikkeling van het recht op bescherming van het privéleven in de rechtspraak is het uiteindelijk door de wetgever in *article 9 Code civil* een plaats gegeven. *Article 9 Code civil* bepaalt: ‘*Chacun a droit au respect*

¹¹⁹ Azzi 2007, p. 231.

¹²⁰ Azzi 2007, p. 231.

¹²¹ Azzi 2007, p. 233 e.v. Lucas 2002, p. 290. Zie ook: Viney 1997, p. 238; Lepage 2007, p. 43.

¹²² Jourdain 2007, p. 52.

¹²³ *Article 9 CC.*

de sa vie privée. Het bepaalt verder dat het de rechter is toegestaan om, zonder afbreuk te doen aan het recht op vergoeding van geleden schade, iedere maatregel te gebieden die noodzakelijk is voor het voorkomen of beëindigen van inbreuken op het recht op respect voor het privéleven.

Na het inwerkingtreden van *article 9 CC* bleef men in de praktijk, de inwerking-treding ten spijt, verwijzen naar de algemene (aansprakelijkheids)regeling in *article 1382 CC*. Die praktijk was aanleiding voor de vraag of *article 9 CC* wel de verandering heeft gebracht die daarmee was beoogd. In de literatuur hebben zich in antwoord op die vraag twee scholen gevormd. De eerste school verdedigde de voordelen van het aansprakelijkheidsrecht, terwijl de tweede school de inbreng van de tekst van de bijzondere bepaling (*article 9 CC*) onderstreepte. De bijzondere bepaling zou het debat naar een ander vlak hebben gebracht.¹²⁴ Die discussie was van weinig praktisch belang voor de veroordeling tot het nemen van maatregelen om inbreuken te stoppen of te voorkomen, ten aanzien waarvan in de tweede regel is bepaald dat de rechter vrij is die maatregelen te gebieden die hij noodzakelijk acht om een inbreuk op het recht op privacy te voorkomen of te beëindigen. Het was wel onduidelijk of voor een veroordeling de vaststelling van '*faute*', '*dommage*' en '*relation de causalité*' noodzakelijk zou zijn.¹²⁵

In zijn uitspraak van 5 november 1996 heeft de *Cour de cassation* besloten dat de actie in *article 9 CC* een zelfstandige actie is.¹²⁶ In die zaak was de publicatie van ont-hullingen en beeldmateriaal van prinses Caroline van Monaco en de Franse acteur Vincent Lindon aan de orde. Met de publicatie was volgens de prinses sprake van in-breuk op haar recht op eerbiediging van haar privéleven en zij eiste onder meer schadevergoeding en koos als grondslag voor de vergoedingsverplichting *article 9 CC*. In het cassatieberoep kwam de benadeler op tegen een beslissing van de *Cour d'appel de Paris*, waarmee dat hof volgens de benadeler ten onrechte was voorbijgegaan aan de beginselen uit *article 1382 CC*, door tot de conclusie te komen dat sprake was van een inbreuk op het portretrecht van benadeelde en dat dat feit voldoende was voor het ontstaan van een schadevergoedingsverplichting. De *Cour de cassation* overwoog: '*Mais attendu que selon l'article 9 du code civil, la seule constatation de l'atteindre à la vie privée ouvre droit à réparation.*'¹²⁷ De enkele constatering van een inbreuk op het recht op privéleven leidt dus tot recht op herstel. De *Cour de cassation* oordeelde bovendien dat de appelrechter na een inbreuk op het recht te hebben geconstateerd, terecht ongebonden (i.e. *souverainement*) is overgegaan tot het ramen van de geleden schade.

Niet iedereen was met de uitspraak van de *Cour de cassation* overtuigd van de zelfstandigheid van de actie in *article 9 CC*. Jourdain stelt dat beginselen uit het aansprakelijkheidsrecht, al dan niet uitgesproken, van waarde blijven in de beslissing over het bestaan van een vergoedingsverplichting.¹²⁸ Evenzo blijven beginselen uit

124 Viney 1997, p. 237.

125 Viney 1997, p. 237.

126 *Cour de cassation* 5 november 1996, Bull. Civ. I, n° 378, JCP, 1997, II 22805, note J. Ravanas.

127 *Cour de cassation* 5 november 1996, Bull. Civ. I, n° 378, JCP, 1997, II 22805, note J. Ravanas.

128 Jourdain in zijn noot bij: *Cour de cassation* 5 november 1996, D. 1997, p. 290.

het schadevergoedingsrecht meespelen als de omvang van de vergoeding moet worden bepaald. Hoe immers, legt Laulom voor, komt de rechter die zich onthoudt van het schadevergoedingsrecht (anders) tot een oplossing?¹²⁹

De actie in *article 9 CC* is om verschillende redenen geen omvattende benadering voor de fundamentele rechten in brede zin.¹³⁰ In de eerste plaats heeft de regeling betrekking op een beperkt aantal fundamentele rechten, namelijk op de persoonlijkheidsrechten die in het verlengde liggen van het recht op privéleven en het portretrecht. Als andere persoonlijkheidsrechten worden geschonden zijn benadeelden nog altijd aangewezen op de algemene aansprakelijkheidsregeling.¹³¹ Verder blijft de toekenning van de door de benadeelde verzochte vergoeding afhankelijk van de door hem geleden schade. In zijn beslissing over de schadevergoeding neemt de rechter nog altijd belangrijke beginselen van het aansprakelijkheidsrecht mee.¹³² Het is volgens Jourdain dan ook te vroeg om te concluderen dat het aansprakelijkheidsrecht op dit gebied heeft afgedaan.¹³³

Met de uitspraak van de *Cour de cassation* is de (theoretische) onafhankelijkheid van de actie in *article 9 CC* bevestigd en is ook vast komen te staan dat de schade niet meer reëel hoeft te worden begroot. De *Cour d'appel de Paris* was immers terecht *souverainement* overgegaan tot het begroten van de schade. Daarmee is zoveel gezegd, meent Jourdain, dat ingeval een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht morele schade meebrengt, de rechter die schade dus *souverainement* mag begroten en dat de vergoeding dus (mede) een punitief karakter draagt.¹³⁴ Maar die constatering is geenszins onverenigbaar met het civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, zegt ook Jourdain. Naast de compensatiefunctie is er immers reeds vaker sprake van aansprakelijkheid met een punitief, en overigens ook een preventief karakter.¹³⁵

De actie op grond van *article 9 CC* is illustratief voor de ontwikkeling die Lambert-Faivre en Porchy-Simon constateren, namelijk de ontwikkeling van de wil om schadeveroorzakers gestraft te krijgen en de zoektocht in het civiele recht naar een vergoeding voor ondervonden nadeel.¹³⁶ Die ontwikkeling zou extra worden aangemoedigd door de grotere doeltreffendheid van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht vanwege de solvabiliteit van verzekeringen en van het garantiefonds.¹³⁷

Naast het feit dat het aansprakelijkheidsrecht een rol blijft spelen bij de handhaving van (al erkende) fundamentele rechten, ziet Viney ook een rol voor het aanspra-

129 Laulom in haar noot bij: *Cour de cassation* 5 november 1996, D. 1997, p. 404.

130 Jourdain 2007, p. 52.

131 Jourdain 2007, p. 52.

132 Jourdain 2007, p. 52.

133 Jourdain 2007, p. 52.

134 Jourdain in zijn noot bij: *Cour de cassation* 5 november 1996, D. 1997, p. 290.

135 Jourdain in zijn noot bij: *Cour de cassation* 5 november 1996, D. 1997, p. 290.

136 Lambert-Faivre & Porchy-Simon 2009, p. 42. Zie: Le Tourneau 2008, p. 411; Jourdain in zijn noot bij: *Cour de cassation* 5 november 1996, D. 1997, p. 290.

137 Lambert-Faivre & Porchy-Simon 2009, p. 42.

kelijkheidsrecht bij het formuleren van andere rechten die, zoals wel is gebeurd met het recht op respect voor het privéleven, nog niet zijn erkend of opgeschreven.¹³⁸

De eerste interne benadering in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht houdt dus in dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als katalysator kan werken ten dienste van onderontwikkelde fundamentele rechten. De fundamentele rechten kunnen zich via de band van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht goed ontwikkelen, omdat die regeling een ontwikkelde remedie behelst voor inbreuken op rechten. Tijdens het ontwikkelingsproces kan er een moment komen waarop de fundamentele rechten zich van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht afsplitsen en een eigen plek in het privaatrecht krijgen. *Article 9 CC* is een voorbeeld van het resultaat waartoe deze benadering kan leiden.

6.3.4.3. *Fundamentele rechten als bouwstenen bij een renovatie in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht*

6.3.4.3.1. Crisis in het Franse aansprakelijkheidsrecht

Een tweede interne benadering is ook geïnspireerd op het Franse recht en is een benadering die spiegelbeeldig is aan de vorige benadering. Zoals het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan helpen bij het formuleren en het verder uitwerken van rechten die later zelfstandig kunnen gaan, kunnen fundamentele rechten ook bijdragen aan het rooveren van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.¹³⁹ In Frankrijk wordt zo gesteld dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht met hulp van fundamentele rechten kan worden gered uit de crisissituatie waarin het verkeert. De crisis bestaat in de verbrokkeldheid en incoherenties in het aansprakelijkheidsrecht.¹⁴⁰

De crisis zou zijn oorzaak hebben in de definiëring van *des faits générateurs de responsabilité* – de aansprakelijkheid voortbrengende feiten.¹⁴¹ De veranderingen die de technologie en industrie voort hebben gebracht en voortbrengen, maken dat er in veel schadesituaties geen sprake meer is van een *faute*, en dat aansprakelijkheid daarom noodzakelijk moet worden gebaseerd op een *risque*.¹⁴² Hoewel er wordt aangenomen dat het *faute*-begrip in *article 1382 CC* onmisbaar is, wordt óók aangenomen dat het niet langer een toereikend vereiste in het aansprakelijkheidsrecht is.¹⁴³ De zoektocht naar nieuwe vereisten voor aansprakelijkheid zonder *faute*, in samenhang met de explosieve groei van bijzondere wetten ten behoeve van de vergoeding van nieuwe schades, heeft tot een verbrokkeling van het aansprakelijkheidsrecht geleid.¹⁴⁴

138 Viney 1997, p. 237.

139 Deze tweeledige beïnvloeding is ook gesignaleerd door Lucas in: Lucas 2002, p. 290.

140 Pichard 2006, p. 484.

141 Pichard 2006, p. 484.

142 Lucas 2002, p. 289.

143 Lucas 2002, p. 289.

144 Lucas 2002, p. 289.

Pichard heeft een oplossing voor de crisis gevonden voor die gevallen waarin sprake is van letselschade. Hij heeft die oplossing gevonden in 'rechten'.¹⁴⁵ Pichard heeft zich toegelegd op het onderzoeken van verschillende facetten van de frase '*le droit à*'. Als onderdeel van zijn onderzoek heeft hij de mogelijkheden van de frase in het privaatrecht uiteengezet.¹⁴⁶ Pichard onderscheidt in het privaatrecht eerst het "vrijwillige" recht op' van het "onvrijwillige" recht op'. Met de eerste doelt hij op de rechten die via het vrijwillig aangaan van verbintenissen ontstaan: '*il est l'expression de la volonté de fournir le bienfait*'.¹⁴⁷ Het tweede ziet op de bescherming van een belang: '*il est une atteinte à l'intérêt protégé par le droit à*'.¹⁴⁸ In Pichards omschrijving van de rol die rechten kunnen spelen om te voorzien in een nieuwe grondslag voor de vergoeding van letselschade speelt alleen het laatste type recht een rol. Pichard stelt dat de crisis in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht schuilgaat in het *faute*-vereiste en gebruikt het voorbeeld van de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen om aan te tonen dat *faute* niet meer voldoet als *fait generateur*. Bij de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen is het immers niet een *faute* die de grondslag is voor de vergoeding. Het is voor Pichard aanleiding om een nieuwe grondslag te zoeken in het recht op respect voor het lichaam als in *article 16-1 CC*. Dat artikel bepaalt: '*Chacun a droit au respect de son corps*.' Het is een bepaling zoals *article 9 CC*, namelijk een subjectief recht, dat niet zozeer een afweging van belangen in zich bergt, als wel de bescherming van het belang van de beschermeling onder het recht. Centraal staat daarom het *respect* en de tegenhanger van respect, i.e. de *schending*, is de *fait générateur*, de grondslag voor de veroordeling.¹⁴⁹ Om te kunnen spreken van een schending is het noodzakelijk dat de benadeler met zijn gedraging een schending heeft veroorzaakt.¹⁵⁰

Minder verregaand dan de fundamentele rechten een hoofdrol te geven in een revolutie naar een nieuw aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, wordt gesteld dat fundamentele rechten nieuwe inzichten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht brengen. Fundamentele rechten kunnen bijvoorbeeld worden gebruikt als grondslag voor aansprakelijkheid.¹⁵¹

6.3.4.3.2. Renovatie op het gebied van de privacybescherming in Engeland

Niet alleen in Frankrijk, maar ook in Engeland worden fundamentele rechten gebruikt voor de renovatie van (delen van) het aansprakelijkheidsrecht. Het fundamentele recht op bescherming van het privéleven is in het Verenigd Koninkrijk van grote invloed geweest op de ontwikkeling van verschillende acties die op eigen wijze bijdragen aan de bescherming van de privacy.¹⁵² Ofschoon het recht op bescherming

145 Pichard 2006, p. 492.

146 Pichard 2006, p. 492 e.v.

147 Pichard 2006, p. 492.

148 Pichard 2006, p. 481.

149 Pichard 2006, p. 495.

150 Pichard 2006, p. 495.

151 Lucas 2002, p. 286.

152 Arden 2010, p. 143-148.

van het privéleven geen *privacy tort* heeft voortgebracht, heeft de *tort of breach of confidence* zich zo ontwikkeld dat benadeelden bij privacyschendingen in deze *tort* bescherming vinden. Met de (expliciete) introductie van de *Convention rights* in het Engelse recht via de *HRA 1998*, heeft er zich verder in het kader van *defamation* een nieuw toetsingskader gevormd: ‘*Here the effect of human rights jurisprudence is not to be measured in terms of creating a new cause of action but in terms of re-shaping an old cause of action, namely defamation.*’¹⁵³

De rechtspraak die hierna aan de orde komt, geeft een beeld van de ontwikkeling van één *tort*, die van *breach of confidence*, door het opkomen van het recht op respect voor het privéleven. Daarbij moet worden bedacht dat er oorspronkelijk twee vereisten waren voor het ontstaan van een *duty of confidence*, namelijk: ‘*First, the information must be of a confidential nature. (...) The second requirement is that the information must have been communicated in circumstances importing an obligation of confidence.*’¹⁵⁴ Er was dus alleen sprake van een *duty of confidence* als de betreffende informatie van vertrouwelijke aard was en, constitutief, de informatie was gecommuniceerd onder omstandigheden die een verplichting tot vertrouwelijkheid schiepen.

Een eerste zaak die een rol heeft gespeeld in de ontwikkeling van de *tort of breach of confidence* is de zaak *Kaye v Robertson* die enkele jaren vóór de inwerkingtreding van de *HRA 1998* aan de orde was.¹⁵⁵ Kaye was een bekend acteur in het Verenigd Koninkrijk toen hem op 25 januari 1990 in zijn auto een ongeluk overkwam. Kaye’s auto werd in Londen getroffen door hout dat afkomstig was van een reclamebord langs de weg. Kaye’s hoofd werd door het object geraakt, als gevolg waarvan de acteur in het ziekenhuis moest worden opgenomen. Tijdens zijn verblijf in het ziekenhuis werd Kaye verrast door een journalist en fotograaf van *Sunday Sport* die in de gaten hadden dat er onder Kaye’s fans veel behoefte was aan informatie over diens toestand. Dat moeilijk kon worden volgehouden dat Kaye met het beantwoorden van de vragen (impliciet) had toegestemd in het bezoek, zo werd betoogd, bleek wel uit het feit dat de acteur een kwartier nadat de journalisten de kamer hadden verlaten geen besef meer had van het incident dat kort tevoren had plaatsgehad. Kaye probeerde via een vriend publicatie van het artikel te voorkomen en voerde daartoe aan dat er sprake zou zijn van *malicious falsehood, libel, passing off* en *trespass to the person*.

Hoe zeer de rechters die zich over Kaye’s verzoek hebben gebogen tot een volledig verbod van publicatie door gedaagden hadden willen beslissen, blijkt wel hun verzuchtingen over het ontbreken van een actie wegens schending van privacy. Lord Justice Glidewell overwoog: ‘*The facts of the present case are a graphic illustration of the desirability of Parliament considering whether and in what circumstances statutory provision can be made to protect the privacy of individuals.*’¹⁵⁶ Gevolgd door Lord Justice Bingham die overwoog:

153 Mason 1998, p. 29.

154 *High Court of Justice Chancery Division* 1 juli 1968, *Coco v A.N. Clark (Engineers) Limited* [1968] F.S.R. 415, p. 419-420.

155 *Court of Appeal (England and Wales)* 23 februari en 16 maart 1993, *Kaye v Robertson* [1991] F.S.R. 62.

156 *Court of Appeal (England and Wales)* 23 februari en 16 maart 1993, *Kaye v Robertson* [1991] F.S.R. 62, p. 66.

‘This case nonetheless highlights, yet again, the failure of both the common law of England and statute to protect in an effective way the personal privacy of individual citizens. (...) The defendants’ conduct towards the plaintiff here was “a monstrous invasion of his privacy.” If ever a person has a right to be let alone by strangers with no public interest to pursue, it must surely be when he lies in hospital recovering from brain surgery and in no more than partial command of his faculties. It is this invasion of his privacy which underlies the plaintiff’s complaint. Yet it alone, however gross, does not entitle him to relief in English law.’¹⁵⁷

Lord Justice Leggatt voegde zich tot slot bij de andere Lords met zijn overweging: *‘I agree with both judgments that have been delivered. In view of the importance of the topic I add a note about the way in which the common law has developed in the United States to meet the need which in the present case we are unable to fulfil satisfactorily.’¹⁵⁸*

Het Court of Appeal besliste dat de publicatie niet kon worden verboden, maar dat er slechts een kleine beperking kon worden opgelegd. Vermeldenswaard is dat de *tort of breach of confidence* niet aan de orde was, aangezien er geen sprake was van een vertrouwensrelatie tussen partijen.

Het Court of Appeal kon in *Kaye v Robertson* dus nog geen verbod van publicatie van een artikel over de gewonde acteur Kaye kon opleggen, maar met de inwerkingtreding van de HRA 1998 is verandering gekomen in dit type zaken. Het Court of Appeal ontwikkelde een begin van een nieuwe benadering in de zaak *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)*, namelijk door de actie in het licht van de verplichtingen van de Engelse rechter onder de HRA 1998 te zetten.¹⁵⁹

Toen op 18 en 19 november 2000 actrice Catherine Zeta-Jones en acteur Michael Douglas in het huwelijksbootje stapten, waren zij met *OK! Magazine* overeengekomen dat dat tijdschrift exclusief (foto)verslag van de gebeurtenis mocht uitbrengen. Alle maatregelen om te voorkomen dat ook anderen foto’s zouden nemen ten spijt, bleek *Hello!* ook een reportage in de planning te hebben. Toen Douglas, Zeta-Jones en *OK! Magazine* hier lucht van kregen, stapte het drietal naar de rechter en vorderde in kort geding een verbod van publicatie.

De rechter in eerste aanleg legde een publicatieverbod op, maar het Court of Appeal weigerde dit verbod in tweede instantie te bevestigen. Lord Justice Sedley overwoog in *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)*: *‘The courts have done what they can, using such legal tools as were to hand, to stop the more outrageous invasions of individuals’ privacy; but they have felt unable to articulate their measures as a discrete principle of law. Nevertheless, we have reached a point at which it can be said with confidence that the law recognizes and will appropriately protect a right of personal privacy.’¹⁶⁰*

Lord Justice Sedley gaf twee argumenten vóór zijn stelling dat men in Engeland op dat moment op het punt was gekomen dat het gerechtvaardigd was om te zeggen

157 Court of Appeal (England and Wales) 23 februari en 16 maart 1993, *Kaye v Robertson* [1991] F.S.R. 62, p. 70.

158 Court of Appeal (England and Wales) 23 februari en 16 maart 1993, *Kaye v Robertson* [1991] F.S.R. 62, p. 71.

159 Court of Appeal (England and Wales) 21 december 2000, *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)* [2001] Q.B. 967.

160 Court of Appeal (England and Wales) 21 december 2000, *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)* [2001] Q.B. 967.

dat het recht een recht op persoonlijke privacy zou moeten erkennen en beschermen, namelijk: ‘*First, equity and the common law are today in a position to respond to an increasingly invasive social environment by affirming that everybody has a right to some private space. Secondly, and in any event, the Human Rights Act 1998 requires the courts of this country to give appropriate effect to the right to respect for private and family life set out in Article 8 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.*’¹⁶¹ Of nu wél (zoals in de zaak *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)*) of géén (zoals in de zaak *Kaye v Robertson*) sprake is van een vertrouwensrelatie tussen partijen, duidelijk werd dat persoonlijke privacy *an sich* een beschermenswaardig belang is.¹⁶² Lord Justice Keene voegde nog toe dat er geen ‘*watertight division between the two concepts* [i.e. van privacy en *confidence*, JE]’ is, dat de verplichting voor de Engelse rechter om de HRA 1998 na te leven een verplichting inhoudt om artikel 8 EVRM mee te nemen bij de interpretatie van de *common law*, en dat beschouwingen over artikel 8 EVRM de Straatsburgse rechtspraak moeten reflecteren.¹⁶³

Lord Justice Keene sloot af met de overweging dat Douglas en Zeta-Jones met het wereldkundig maken van hun bruiloft zelf de balans tussen het belang van privacy enerzijds en het belang van uitingsvrijheid anderzijds hebben doen uitslaan ten voordele van de uitingsvrijheid – en dus van *Hello!*. Een bruiloft is een intieme gelegenheid en verdient daarom relatief veel bescherming, doch, als die intieme gelegenheid door betrokkenen zelf (deels) van zijn intimiteit wordt ontdaan, is dat een factor in de belangenafweging die, zoals in *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)* geschied, doorslaggevend kan zijn.¹⁶⁴

Na *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)* was een in deze context interessante zaak die van *Wainwright v Home Office*, waarin het *House of Lords* erg terughoudend was.¹⁶⁵ In *Wainwright v Home Office* was ‘*strip-searching*’ aan de orde van een moeder en haar zoon die een andere zoon in de gevangenis kwamen opzoeken.¹⁶⁶ Het fouilleren was op dusdanige wijze gebeurd dat moeder en zoon meenden dat er sprake was geweest van – onder meer – een schending van hun privacy. De HRA 1998 was op het moment dat eisers hun zaak startten nog niet in werking getreden en het *House of Lords* kwam tot de conclusie dat geen van beiden aanspraak op schadevergoeding toekwam, onder meer onder overweging dat er geen *tort of privacy* bestond. Lord Hoffmann maakte in zijn *leading opinion* voor *Wainwright v Home Office* namelijk duidelijk dat een belangrijk uitgangspunt moest zijn dat er een groot verschil be-

161 *Court of Appeal (England and Wales)* 21 december 2000, *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)* [2001] Q.B. 967, at 111.

162 *Court of Appeal (England and Wales)* 21 december 2000, *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)* [2001] Q.B. 967, at 126.

163 *Court of Appeal (England and Wales)* 21 december 2000, *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)* [2001] Q.B. 967, at 165-168.

164 *Court of Appeal (England and Wales)* 21 december 2000, *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)* [2001] Q.B. 967, at 168.

165 *House of Lords* 16 oktober 2003, *Wainwright v Home Office* [2003] UKHL 53. Zie ook: EHRM.

166 ‘*Strip searching is controversial because having to take off your clothes in front of a couple of prison officers is not to everyone’s taste.*’ Lord Hoffmann in: *House of Lords* 16 oktober 2003, *Wainwright v Home Office* [2003] UKHL 53, at 3.

staat tussen het kwalificeren van privacy als een waarde die ten grondslag ligt aan een rechtsregel, en privacy als regel op zichzelf.¹⁶⁷ Met kwalificatie van privacy als 'waarde' was de *common law* bekend, maar met de rol als grondslag voor een rechtsregel kon de *common law* zich niet verenigen: 'That is not the way the common law works.'¹⁶⁸ Een beginsel als *privacy* was volgens Lord Hoffmann te weinig zeggend om in specifieke gevallen regels uit af te kunnen leiden. Lord Hoffmann zag niets in het aanvaarden van 'some high level principle of privacy' en overwoog dat ook geenszins uit de Straatsburgse jurisprudentie zou blijken dat daarin zou moeten worden voorzien. De rechtspraak in de Verenigde Staten gaf ook aanleiding om aan te nemen dat een algemene actie niet werkt. Daar bleek het namelijk noodzakelijk om de algemene *privacy tort* op te splitsen in subacties. Het inwerkingtreden van de *HRA 1998* heeft een *privacy tort* ook minder noodzakelijk gemaakt, aangezien met de *HRA 1998* is voorzien in een nieuwe actie voor de schending van privacy door *public authorities*.¹⁶⁹ Een dergelijke overweging sluit aan bij het door Korycka uitgewerkte idee van *human rights* als *sceptic norms*. Mensenrechten zijn van een zodanige aard dat de beslissingen die rechters op grond daarvan nemen niet kunnen worden voorspeld.¹⁷⁰

Met de uitspraak van het *House of Lords* in de zaak *Campbell v MGN Limited* werd duidelijk dat *privacy* tegenwoordig een belang is dat wordt beschermd via de *tort of breach of confidence*:

*'This cause of action has now firmly shaken off the limiting constraint of the need for an initial confidential relationship. In doing so it has changed its nature. (...) In the case of individuals this tort, however labelled, affords respect for one aspect of an individual's privacy. That is the value underlying this cause of action.'*¹⁷¹

In gelijke zin Lord Hoffmann, die de nieuwe opvatting rechtvaardigde door een verandering van de waarde die aan de actie ten grondslag ligt:

*'As Sedley LJ observed in a perceptive passage in his judgment in Douglas v Hello! Ltd (...), the new approach takes a different view of the underlying value which the law protects. Instead of the cause of action being based upon the duty of good faith applicable to confidential personal information and trade secrets alike, it focuses upon the protection of human autonomy and dignity – the right to control the dissemination of information about one's private life and the right to the esteem and respect of other people.'*¹⁷²

167 *House of Lords* 16 oktober 2003, *Wainwright v Home Office* [2003] UKHL 53.

168 *House of Lords* 16 oktober 2003, *Wainwright v Home Office* [2003] UKHL 53, at 31.

169 *House of Lords* 16 oktober 2003, *Wainwright v Home Office* [2003] UKHL 53, at 34.

170 Korycka 2010, p. 161.

171 *House of Lords* 6 mei 2004, *Campbell v MGN Limited* [2004] UKHL 22, at 14-15.

172 *House of Lords* 6 mei 2004, *Campbell v MGN Limited* [2004] UKHL 22, at 51.

De Straatsburgse rechtspraak over artikel 8 en 10 EVRM fungeerde – in lijn met het *Ullah*-beginsel – als leidraad bij de overweging of er sprake was van een schending van artikel 8 EVRM door de publicatie van informatie.¹⁷³ *Lord Nicholls of Birkenhead*:

*‘The provisions of article 8, concerning respect for private and family life, and article 10, concerning freedom of expression, and the interaction of these two articles, have prompted the courts of this country to identify more clearly the different factors involved in cases where one or other of these two interests is present. Where both are present the courts are increasingly explicit in evaluating the competing considerations involved.’*¹⁷⁴

Daarbij aansluitend stelde *Lord Hope of Craighead*: *‘The jurisprudence of the European Court offers important guidance as to how these competing rights ought to be approached and analysed.’*¹⁷⁵ *Lord Hope of Craighead* voegde toe dat hij meent dat de inhoud van de *tort of breach of confidence* niet werkelijk is veranderd, maar dat de afweging scherper is geworden.¹⁷⁶

Een kritiek bij het overnemen van Straatsburgse kaders door de Engelse rechter is dat de rechter die kaders al te gemakkelijk overneemt zonder daarbij voorwaarden te stellen.¹⁷⁷ De rechter heeft daarbij de slachtoffers ook niet met *section 7 HRA 1998* weggestuurd, maar had dat wel gekund, namelijk met de boodschap dat zij een *public authority* op die grond hadden kunnen aanspreken voor het niet handhaven van EVRM-rechten.

De hiervoor besproken Engelse zaken zijn geen illustratie van een beweging die in meer algemene zin in de Engelse rechtspraak kan worden signaleerd. De rechters worden wel aangenomen te hebben voorzien in een oplossing voor een leemte die in *Kaye v Robertson* was gevonden. De *HRA 1998* heeft de ontwikkeling die al gaande was vergemakkelijkt en deze zaken laten dus zien wat mogelijk is geworden met de inwerkingtreding van de *HRA 1998*.¹⁷⁸

6.3.4.3.3. Bescherming van fundamentele rechten als functie

Een derde type interne benadering, tot slot, is de benadering die de bescherming van fundamentele rechten als functie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht beschouwt. De bescherming van de rechten wordt als functie in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht geïntroduceerd om de vergoedingsverplichting voor bepaalde (nieuwe) schades te voorzien van een grondslag.

De benadering laat zich illustreren aan de hand van de *Draft Common Frame of Reference*. In de *Interim Outline Edition* van de *Draft Common Frame of Reference*

173 Zie § 5.5.5.2.

174 *House of Lords* 6 mei 2004, *Campbell v MGN Limited* [2004] UKHL 22, at 16.

175 *House of Lords* 6 mei 2004, *Campbell v MGN Limited* [2004] UKHL 22, at 86.

176 *House of Lords* 6 mei 2004, *Campbell v MGN Limited* [2004] UKHL 22, at 86.

177 Arden 2010, p. 148.

178 Phillipson 2011, p. 163-164.

wordt wel gesproken over *de rules on non-contractual liability for damage*, die als functie hebben de bescherming van *human rights*.¹⁷⁹ De *drafters* hebben met de regels van het buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht (mede) beoogd te voorzien in de handhaving van fundamentele rechten. In de finale versie van de *DCFR* komt een overweging van gelijke strekking terug, en verwijst daarbij als voorbeeld naar *article VI.-2:203 DCFR*, waarin nadeel door een *infringement of dignity* als *legally relevant damage* is aangemerkt. Het lijkt de weg vrij te maken voor de vergoeding van integriteitsschade. Wat betreft de omvang van de vergoeding wordt in het commentaar door de *drafters* verwezen naar *VI.-6:101 (2) DCFR*. Dat artikel bepaalt dat *reparation* ‘best passend’ moet zijn, gezien de *injury suffered*. Dat noodzaakt onder meer tot ‘*a consideration of commensurability between the award and the damage* (...)’.¹⁸⁰

In de context van de bescherming van fundamentele rechten als functie verdienen ook de Engelse *torts actionable per se* vermelding vanwege de parallel die zich opdringt tussen deze private acties en de bescherming van fundamentele rechten als functie.¹⁸¹ De *torts actionable per se* onderscheiden zich van andere *torts* doordat *damage* niet hoeft te worden aangetoond, maar dat voldoende is dat de *tort* zich heeft voltrokken. Het doel van deze *torts* is, zoals het doel van de fundamentele rechten, de (positiefrechtelijke) bescherming van belangen die fundamenteel zijn in de Engelse samenleving.¹⁸² De *torts actionable per se* hebben met de *Convention rights* gemeen dat de focus ligt op de rechten van de benadeelde, dat schade geen centraal element in de actie is, dat verwijtbaarheid en het gedrag van de benadeler in de regel geen rol speelt, en dat rechten, in tegenstelling tot de rechtvaardigingsgronden vrij ruim worden geïnterpreteerd.¹⁸³

Een belangrijk verschil tussen de *torts actionable per se* en de *Convention rights* is het recht op vergoeding dat automatisch komt met aantonen van een *tort*, terwijl een vergoeding bij een schending van *Convention rights* kan worden toegekend als dat *necessary, just* en *appropriate* is. De vergoeding op grond van een *tort actionable per se* kan verschillend worden benaderd, hetgeen samenhangt met de functie van de *tort* en dus ook met het feit dat er niet noodzakelijk sprake is van schade.

Schadevergoeding kan de vorm hebben van *nominal, compensatory, aggravated, gain-based, exemplary* en (wellicht) *vindictory damages*.¹⁸⁴ *Vindictory damages* zijn recent opgekomen in smaad(*defamation*)zaken, maar zijn ook in de context van onterechte gevangenschap aan de orde geweest.¹⁸⁵ Het wordt aangenomen dat compensatie ook wrekend kan werken, dus spitst de discussie over de wenselijkheid van *vindictory damages* zich toe op de vraag of ook – naast compensatie – een extra

179 *DCFR (Interim Outline Edition)* 2008, p. 17.

180 *DCFR (4)* 2009, p. 3255.

181 Varuhas 2011, p. 232 e.v.

182 Varuhas 2011, p. 233. Zie: Murphy 2007, p. 4; Weir 2006, p. 16-17.

183 Varuhas 2011, p. 233-235.

184 Varuhas 2011, p. 236-237.

185 *Supreme Court* 23 maart 2011, *Lumba (WL) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12, para 97-101; *House of Lords* 23 april 2008, *Ashley & Anor v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 25, at 22-23; *House of Lords* 14 oktober 2004, *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41, at 87.

vergoeding ter wreking op zijn plaats kan zijn.¹⁸⁶ Een belangrijk bezwaar voor *Lord Dyson* bij toekenning van *vindictory damages* is de onzekerheid die de toewijzing zou meebrengen:

‘Undesirable uncertainty would result. If they were awarded here, then they could in principle be awarded in any case involving a battery or false imprisonment by an arm of the state. Indeed, why limit it to such torts? And why limit it to torts committed by the state? I see no justification for letting such an unruly horse loose on our law.’¹⁸⁷

Lady Hale stelt dat er in wezen niets is veranderd wat betreft de actie vanwege onterechte gevangenschap:

‘Left to myself, therefore, I would mark the false imprisonment in these cases with a modest conventional sum, perhaps £500 rather than the £1000 suggested by Lord Walker, designed to recognise that the claimant’s fundamental constitutional rights have been breached by the state and to encourage all concerned to avoid anything like it happening again. In reality, this may well be what was happening in the older cases of false imprisonment, before the assessment of damages became such a refined science.’¹⁸⁸

Wat hier verder van zij: het Engelse recht kent interessante, aan de fundamentele rechten parallele, privaatrechtelijke acties – de *tort actionable per se* – die als functie de bescherming van de belangen van de benadeelde hebben en in een remedie voorzien ongeacht of de benadeelde schade heeft geleden.

6.3.4.4. *Formeel – Constitutionalisering van het recht op de actie*

Fundamentele rechten en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht beïnvloeden elkaar dus wederzijds in die zin dat de een de ander aanjaagt en vice versa. Van deze meer algemene, interne benaderingen die zien op het over en weer elkaar beïnvloeden van twee generale ideeën (i.e. die van de bescherming van fundamentele rechten en van de schadevergoedingsverplichting vanwege een onrechtmatige daad), zijn concrete (interne) benaderingen te onderscheiden die zich laten categoriseren als formele en materiële.¹⁸⁹ In deze paragraaf worden eerst de concrete, formele benaderingen toegelicht.

De formele interne benadering is de benadering van de constitutionalisering van het recht op het instellen van de aansprakelijkheids- en schadevergoedingsactie. De

186 *Supreme Court* 23 maart 2011, *Lumba (WL) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12, at 100.

187 *Supreme Court* 23 maart 2011, *Lumba (WL) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12, at 101.

188 *Supreme Court* 23 maart 2011, *Lumba (WL) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12, para 217.

189 Zie: *Canivet* 2008, p. 215.

formele benadering moet worden gezien tegen het licht van het recht op toegang tot de rechter en het recht op een effectief rechtsmiddel, zoals die tot uitdrukking komen in de artikelen 6 en 13 EVRM. De Franse constitutionele rechter haakt in de regel aan bij *article 16 Déclaration*, dat bepaalt: ‘*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*’

De *Conseil constitutionnel* heeft in 1981 het recht om een aansprakelijkheids- en schadevergoedingsactie in te stellen van een constitutionele status voorzien toen aan hem het voorstel voor de *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* werd voorgelegd.¹⁹⁰ Met deze wet zou *les officiers de police judiciaire, les agents de police judiciaire* en *agents de police judiciaire* de bevoegdheid worden gegeven om, ter voorkoming van verstoring van de openbare orde of in het kader van een juridisch onderzoek, eenieder te vragen zich te identificeren. Die bevoegdheid zou ook inhouden dat personen voor identificatie meegenomen zouden kunnen worden naar een politiebureau, met het enkele doel om hun identiteit vast te stellen, en zonder noodzakelijk verdacht te worden van een strafbaar feit. Ze zouden overigens niet langer dan noodzakelijk, en niet langer dan zes uur, mogen worden vastgehouden.

De *Conseil constitutionnel* behandelde onder meer de vraag of de artikelen 76-78 van de betreffende wet waarin deze bevoegdheden waren geregeld, in strijd zouden zijn met de constitutie. Een belangrijke overweging die de *Conseil constitutionnel* tot de conclusie leidde dat deze artikelen *niet* in strijd waren met de constitutie, was de overweging dat ‘*il appartiendra aux autorités judiciaires et administratives de veiller à leur respect intégral ainsi qu'aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables.*’¹⁹¹ Het is dus aan de rechter en het bestuur om misstanden die mogelijk met deze bevoegdheden komen, te veroordelen en te onderdrukken, en om te voorzien in vergoeding van daardoor geleden schade.

De *Conseil constitutionnel* heeft zo een constitutioneel recht op vergoeding van de beperking in het recht op vrijheid die een dergelijke actie door de politie met zich brengt, erkend. En daarmee, meent Canivet, is met de uitspraak de buitencontractuele schadevergoedingsactie geconstitutionaliseerd.¹⁹² In 1986 heeft de *Conseil constitutionnel* de overweging nog eens herhaald in een beslissing waaraan wetgeving ten grondslag lag over hetzelfde onderwerp als de juist besproken identificatiewetgeving. De *Conseil constitutionnel* lijkt zijn benadering te hebben gegrond op *article 66 Constitution*, maar heeft dat niet met zoveel woorden overwogen.¹⁹³

Het recht op een schadevergoedingactie is meer expliciet als fundamenteel principe beschouwd, toen de *Conseil constitutionnel* in 2000, naar aanleiding van een aan hem voorliggend wetsvoorstel dat zag op de financiering van de sociale zekerheid voor het daaropvolgende jaar, zich moest uitspreken over de grondwettigheid van dat voorstel, en in het bijzonder over de grondwettigheid van artikel 53 van het wetsvoorstel waarmee was beoogd een fonds voor asbestslachtoffers te creëren.

190 *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, loi n° 81-82 du 2 février 1981.*

191 *Conseil constitutionnel* 20 januari 1981, *Décision n° 80-127 DC*, overweging 64.

192 Canivet 2008, p. 215.

193 Canivet 2008, p. 215.

Het voorstel voorzag werknemers die aan een beroepsziekte lijden als gevolg van de blootstelling aan asbest en personen die op Frans grondgebied aan asbest zouden zijn blootgesteld, in een gemakkelijke weg (namelijk via een fonds) om volledige schadevergoeding te verkrijgen. De aanvraag van een vergoeding via het fonds zou maximaal zes maanden in behandeling zijn en zou meebrengen dat automatisch afstand zou worden gedaan van het op andere wijze verkrijgen van een vergoeding voor dezelfde schade. De *Conseil constitutionnel* overwoog dat de laatste consequentie niet in strijd was met de constitutie, aangezien degene die een aanspraak heeft op vergoeding niet verplicht is om de nieuwe weg naar vergoeding te bewandelen, maar óók zijn heil kan zoeken in het reguliere aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.¹⁹⁴ Dat overwogen hebbende besloot de *Conseil constitutionnel* dat er dus geen sprake was van een schending van *article 16 Déclaration* – het recht op een effectief rechtsmiddel.¹⁹⁵

Een belangrijk, fundamenteel principe dat de formele kant van de aansprakelijkheids- en schadevergoedingsactie kleurt, is het gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel houdt kort gezegd in dat allen voor de wet gelijk zijn. In Frankrijk is het beginsel in de rechtspraak van de *Conseil constitutionnel* gelinkt met het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

Eind jaren tachtig werd aan de *Conseil constitutionnel* een wetsvoorstel voorgelegd waarin was bepaald: ‘*Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l’occasion des opinions ou votes émis par lui dans l’exercice de ses fonctions.*’¹⁹⁶ Deze parlementaire immuniteit bracht mee dat tegen parlamentsleden geen aansprakelijkheids- en schadevergoedingsactie zou kunnen worden ingesteld. De *Conseil constitutionnel* overwoog in zijn beoordeling van de grondwettigheid van de bepaling, dat in *article 2 Constitution* het recht op gelijke behandeling voor de wet wordt gewaarborgd en dat in het strafrecht geldt dat het gelijkheidsbeginsel in de weg staat aan een absolute uitzondering op een regel die van toepassing is op een aantal gelijksoortige strafbare acties.¹⁹⁷ Het hof kwam tot de conclusie dat het wetsvoorstel waarin zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke aansprakelijkheid werd uitgesloten, het constitutionele gelijkheidsbeginsel miskende en daarom ongrondwettig was.¹⁹⁸ Het gelijkheidsbeginsel speelt overigens ook een rol in het materiële aansprakelijkheidsrecht.¹⁹⁹

Constitutionalisering van de actie was tot slot in 2005 aan de orde toen de *Conseil constitutionnel* stelde:

‘*Considérant, en premier lieu, que si la faculté d’agir en responsabilité met en oeuvre l’exigence constitutionnelle posée par les dispositions de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 aux termes desquelles: «La liberté consiste à*

194 *Conseil constitutionnel* 19 december 2000, *Décision* 2000-437 DC, overweging 44.

195 *Conseil constitutionnel* 19 december 2000, *Décision* 2000-437 DC, overweging 44.

196 *Conseil constitutionnel* 7 november 1989, *Décision* n° 89-262 DC, overweging 3.

197 *Conseil constitutionnel* 7 november 1989, *Décision* n° 89-262 DC, overweging 8-9.

198 *Conseil constitutionnel* 7 november 1989, *Décision* n° 89-262 DC, overweging 10.

199 Von Bar 1995, p. 212-214.

*pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui», cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée.*²⁰⁰

De *Conseil constitutionnel* moest zich op dat moment uitspreken over de verenigbaarheid van *article 125* van de *Loi de sauvegarde des entreprises* met de constitutie. In *article 125* was bepaald dat schuldeisers, enkele omschreven uitzonderingen daargelaten, niet aansprakelijk konden worden gehouden voor geleden schade veroorzaakt door het feit dat zij financiële steun hadden verleend. Volgens bezwaarmakers zou de bepaling benadeelden zo goed als elke mogelijkheid voor aansprakelijkheidstelling ontnemen en geen rekening houden met het beginsel van aansprakelijkheid en recht op schadevergoeding. Na de overweging dat de wetgever uitdrukkelijk uitzonderingen heeft aangenomen op de beperkte aansprakelijkheid, bijvoorbeeld voor het geval de financier bij fraude geen actie heeft ondernomen, en de overweging dat de wetgever met de bepaling het algemeen belang dient, komt de *Conseil constitutionnel* tot de conclusie dat de bepaling niet in strijd is met de constitutie.²⁰¹

Ondanks de constitutionele wortels waaruit het aansprakelijkheidsrecht dus kennelijk is ontsprongen, maakt het karakter van de wortel niet dat op het beginsel van aansprakelijkheid voor veroorzaakte schade geen uitzonderingen mogelijk zijn. Het constitutionele karakter doet, met andere woorden, niet (absoluut) af aan de mogelijkheid om beperkingen in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht aan te nemen.

De formele benadering moet dus worden gezien tegen het licht van het recht op een actie, op een effectieve remedie en het recht op toegang tot de rechter. Het is de benadering die zegt dat het recht op een actie voor vergoeding van geleden schade een fundamenteel recht is, waaraan het gevolg is verbonden dat de door het recht beschermde actie niet al te gemakkelijk mag worden afgenomen. Een algemene uitzondering op de mogelijkheid om personen aansprakelijk te stellen voor door anderen bij hen veroorzaakte schade is ook bedenkelijk vanwege het (fundamentele) gelijkheidsbeginsel.

6.3.4.5. *Materieel – Constitutionalisering van het recht op (volledige) vergoeding van geleden schade*

6.3.4.5.1. Inleiding

Van de formele benadering wordt de materiële benadering onderscheiden. Fundamentele rechten kunnen in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht ook van invloed zijn doordat ze ingrijpen op de materiële vereisten voor aansprakelijkheid, of de materiële regels van het schadevergoedingsrecht. In deze paragraaf

200 *Conseil constitutionnel* 22 juli 2005, *Décision* 2005-522 DC, overweging 10.

201 *Conseil constitutionnel* 22 juli 2005, *Décision* 2005-522 DC.

komt eerst het aansprakelijkheidsrecht aan de orde en een paragraaf later wordt het schadevergoedingsrecht besproken.

6.3.4.5.2. Een rol voor fundamentele rechten in het aansprakelijkheidsrecht

*'It would make sense for human rights breaches to be remedied not only by provision of damages under the HRA – which is important to underline is perceived as a residual remedy – but also through orthodox tort law by means of the continuing evolution of the fair, just and reasonableness limb of the tort of negligence. Not only would this harmonised approach avoid the courts adopting a different response to the same factual circumstances – depending upon whether the remedy was based on the HRA or on the tort of negligence – but it would also encourage the process of weaving the Convention rights into domestic law, by developing tort law in line with the human rights considerations.'*²⁰²

~ Fairgrieve 2002

Fundamentele belangen hebben een duidelijke plaats in het Duitse (materiële) *Deliktsrecht*. Voor goed begrip van de wijze waarop de belangen daar worden beschermd, wordt eerst de opzet van het *Deliktsrecht* toegelicht. Het *Deliktsrecht* laat zich lezen als een drieluik. Dat drieluik bestaat uit § 823 I 1 BGB, § 823 I 2 BGB en § 826 BGB. De aandacht is hier hoofdzakelijk gericht op § 823 I 1 BGB, omdat in dat artikel de bescherming van fundamentele belangen (i.e. rechtsgoederen) is geregeld. Dit artikel van het drieluik is voor dit onderzoek het meest relevant, omdat die rechtsgoederen belangen inhouden die ook via fundamentele rechten worden beschermd en ze dus via de band van § 823 I 1 BGB toegespitst worden beschermd. Kort gezegd is in de andere artikelen van het drieluik van het *Deliktsrecht* de aansprakelijkheid voor schending van *Schutzgesetzes* (§ 823 I 2 BGB) geregeld en de aansprakelijkheid voor opzettelijk toegebrachte schade (§ 826 BGB). Voor de discussie over de verhouding tussen de drie artikelen zij verwezen naar commentaren en andere literatuur.²⁰³

Aansprakelijkheid op grond van § 823 I 1 BGB vereist *Tatbestand*, *Rechtswidrigkeit*, en *Schuld*.²⁰⁴ *Tatbestand* behelst datgene wat is verboden; in het geval van § 823 I 1 BGB is dat de inbreuk op een rechtsgoed, de *Rechtsgutverletzung*.²⁰⁵ Het *haftungsbegründender Tatbestand* wordt onderscheiden van het *haftungsausfüllender Tatbestand*. § 823 I 1 BGB laat zich omschrijven als *haftungsbegründender Tatbestand*. Het *haftungsausfüllender Tatbestand* komt in § 249 BGB tot uitdrukking, en vormt samen met het *haftungsbegründender Tatbestand* het *Gesamtatbestand*.²⁰⁶

Volgens het *Tatbestand* in § 823 I 1 BGB is een samenhang vereist tussen de handeling van de benadeler en de inbreuk op het in dat artikel genoemde recht of rechtsgoed. Deze samenhang wordt dogmatisch onderscheiden van de samenhang

202 Fairgrieve 2002, p. 302.

203 Soergel/Spickhoff vor § 823 Rz 12-16, p. 9-12.

204 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr. 1, p. 1739.

205 Van Dam 2006, p. 67-68.

206 Soergel/Spickhoff § 823 Rz 2, p. 47.

tussen de inbreuk op het in dat artikel genoemde recht of rechtsgoed en de schade.²⁰⁷ Drie criteria spelen bij de vaststelling van de samenhang tussen handeling en inbreuk een rol, namelijk *Äquivalenz*, *Adäquanz* en *Schutzzweck der Norm*.

Äquivalenz vereist dat de handeling en de schending in een *sine-qua-non*-verband tot elkaar staan; zou – met andere woorden – de schending níet hebben plaatsgehad wanneer de handeling niet zou zijn gepleegd? Het criterium van de *Adäquanztheorie* behelst de vraag of over het algemeen kon worden verwacht dat de handeling de inbreuk zou veroorzaken. Het criterium van de *Schutzzweck der Norm* stelt de vraag centraal of met de door de benadeler geschonden norm nu juist werd beoogd de geklaagde inbreuk te voorkomen. Het *Bundesgerichtshof* gebruikt, naast het criterium van de *Äquivalenz*, de criteria van de *Adäquanz* en *Schutzzweck der Norm* om na te gaan of er sprake is van voldoende samenhang tussen de handeling en schending om aansprakelijkheid te kunnen aannemen.²⁰⁸

Een tweede vereiste in § 823 I 1 BGB is het vereiste van *Rechtswidrigkeit*. Dit vereiste vraagt de vaststelling van onrechtmatigheid (in de zin van strijdigheid met het recht).²⁰⁹ *Rechtswidrigkeit* kan zien op de inbreuk op het recht(sgoed) (er is dan sprake van *Erfolgsunrecht*), maar ook op de schadeveroorzakende handeling (er is dan sprake van *Verhaltensunrecht*).²¹⁰ De *Lehre vom Erfolgsunrecht* houdt in dat het gevolg van de inbreuk op rechten en rechtsgoederen die bescherming vinden in § 823 I 1 BGB, met uitzondering van de *Rahmenrechten* (ook: *sonstige Rechte*), *Rechtswidrigkeit* impliceert. Het feit dat de schending van de rechten en rechtsgoederen *Rechtswidrigkeit* impliceert, betekent niet dat alle handelen dat tot een bepaald gevolg leidt, betekent dat er sprake is van *Rechtswidrigkeit*. Het betekent dat er een vermoeden van *Rechtswidrigkeit* bestaat, waarmee is gezegd dat de bewijslast niet bij de benadeelde ligt.²¹¹

Volgens de heersende opvatting wordt het vereiste van *Rechtswidrigkeit* uitgelegd als een compromis tussen *Verhaltens- en Erfolgsunrecht*. Deze opvatting heet de *Kombinationslehre*.²¹² Het compromis krijgt vorm door het onderscheid tussen directe en indirecte inbreuken op de rechtsgoederen. Directe inbreuken zijn zonder meer *Rechtswidrig*. Het gedrag heeft het beschermenswaardige recht(sgoed) direct in gevaar gebracht (ook wel genoemd: *gefährdungsbezogene Rechtswidrigkeit*).²¹³ Als de schending indirect door een handeling wordt veroorzaakt of het gevolg is van een nalaten, moet er óók een schending van een zorgvuldigheidsplicht worden vastgesteld, voor er sprake is van *Rechtswidrigkeit* (ook wel genoemd: *verbotsbezogene*

207 J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 51, p. 1340.

208 Zie voor in de praktijk te onderscheiden *Fallgruppen*: J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 52, p. 1340.

209 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr. 1, p. 1739; J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 59, p. 1346-1347.

210 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr. 4, p. 1740; J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 59, p. 1346-1347.

211 Soergel/Spickhoff vor § 823 Rz 9, p. 9.

212 J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 59, p. 1346-1347.

213 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr. 7, p. 1741.

Rechtswidrigkeit).²¹⁴ Ofschoon er, als gezegd, sprake is van een heersende opvatting die een compromis tussen beide typen *Rechtswidrigkeit* voorstaat, bestaat over veel vragen hieromheen onenigheid. Een belangrijk voorbeeld betreft de positie van de grens die de *mittelbaren* van de *unmittelbaren Eingriffen* scheidt.

Rechtswidrigkeit kan worden weggenomen door rechtvaardigingsgronden, *Rechtfertigungsgründe*. Relevante *Rechtfertigungsgründe* in het licht van dit onderzoek zijn de *Grundrechte*.²¹⁵ Het *Bundesgerichtshof* heeft de *Grundrechte* als *Rechtfertigungsgründe* aangemerkt in een zaak waarin de verstoreng van bouwplannen door een protest centraal stond. Eiser in de betreffende zaak had kort na de val van de Berlijnse muur in Duitsland het plan opgevat om een industriepark uit de grond te stampen. Tegen zijn plannen werd een burgerinitiatief geïnitieerd. Juist op het moment dat de bouw van het industriepark van start was gegaan, werd de bouw op 22 april 1991 en 23 april 1991 voor twee dagen onmogelijk gemaakt door demonstranten.

De door het aannemersbedrijf geleden schade vanwege het noodzakelijk stilleggen van de bouw werd op de oprichter van het park verhaald. De oprichter, op zijn beurt, probeerde de schade op de demonstranten te verhalen. Voor het *Bundesgerichtshof* stond de vraag ter discussie of de demonstranten verplicht waren de door de oprichter van het industriepark geleden schade te dragen. Het *Bundesgerichtshof* nam in de eerste plaats aan dat het *Tatbestand* was vervuld. Het kwam daarom toe aan de bespreking van het vereiste van *Rechtswidrigkeit* en overwoog: ‘*Allerdings wäre trotz der tatbestandlichen Verwirklichung eines Eingriffs in ein durch § 823I BGB geschütztes Rechtsgut die Rechtswidrigkeit dann ausgeschlossen, wenn das beanstandete Verhalten durch grundrechtlich geschützte Positionen, hier insbesondere durch die Ausübung des Rechts auf Versammlungsfreiheit i.S. von Art. 8 GG, gedeckt wäre.*’²¹⁶ *Rechtswidrigkeit* kan dus zijn uitgesloten, als het schadeveroorzakende gedrag van de benadeler in een fundamenteel recht is beschermd, namelijk in dit geval het recht op vergadervrijheid. Het *Bundesgerichtshof* overwoog dat in dit geval een beroep op het grondrecht niet gegrond was:

*‘Der Rahmen der verfassungsrechtlich geschützten Versammlungsfreiheit wird aber dort verlassen, wo nicht mehr die geistige Auseinandersetzung, die Artikulierung der gegensätzlichen Standpunkte im Meinungskampf und die Kundbarmachung des Protests als solche durchgeführt wird, sondern wo die Aktionen darauf angelegt sind, daß durch die zielgerichtete Ausübung von Zwang Dritte in rechtlich erheblicher Weise darin behindert werden sollen, ihre geschützten Rechtsgüter zu nutzen.’*²¹⁷

Het uitoefenen van de vergadervrijheid met als enige doel een derde in de uitoefening van zijn rechtsgoederen te belemmeren kan dus niet op bescherming rekenen.

214 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr. 7, p. 1741.

215 J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 60, p. 1347.

216 *Bundesgerichtshof* 4 november 1997, NJW 1998, 377, p. 380.

217 *Bundesgerichtshof* 4 november 1997, NJW 1998, 377, p. 380.

Het *Bundesgerichtshof* heeft het vonnis uiteindelijk vernietigd na de constatering van verschillende gebreken in het hoger beroep op andere punten, en heeft de zaak terug naar het hof verwezen.²¹⁸

Er is dus reeds sprake van *Rechtswidrigkeit* als het *Tatbestand* van § 823 I 1 BGB is vervuld, tenzij er sprake is van een schending van een *sonstiges Recht*. Als er sprake is van een schending van een *sonstiges Recht*, is er méér nodig. De benadeelde moet dan bewijzen dat er sprake is van *Rechtswidrigkeit*.

Een belangrijk *sonstiges Recht* is het algemeen persoonlijkheidsrecht. Uit het algemeen persoonlijkheidsrecht worden in Duitsland verschillende bijzondere persoonlijkheidsrechten aangenomen. Bijzondere persoonlijkheidsrechten zijn bijvoorbeeld het naamrecht (*Namensrecht*) en het portretrecht (*Recht am eigenen Bild*). Het persoonlijkheidsrecht kan ook worden geschonden door belediging (*Beleidigung*), aantasting van de privé sfeer (*Verletzung der Privatsphäre*), en door aantasting van de beschermenswaardige autonomie (*Autonomieschutz*).²¹⁹ Ook voor het algemeen persoonlijkheidsrecht en de bijzondere persoonlijkheidsrechten geldt dat *Rechtswidrigkeit* afzonderlijk moet worden vastgesteld (tenzij er sprake is van een *Rechtfertigungsgrund*). Deze vaststelling is het resultaat van een afweging van de belangen van de benadeelde en het algemeen belang.²²⁰ Het feit dat *Rechtswidrigkeit* nog niet is gegeven met de vaststelling van een inbreuk op het persoonlijkheidsrecht, wordt gerechtvaardigd door het feit dat in een open samenleving niet is te vermijden dat er zich voortdurend inbreuken voordoen.

De vaststelling van *Rechtswidrigkeit* bij de inbreuk op een of meer persoonlijkheidsrechten vergt een ‘*verfassungsrechtlich informierte Güterabwägung zwischen den Gewährleistungen der Art. 2 I und 5 GG*’. Het persoonlijkheidsrecht gaat terug op het recht op vrije ontwikkeling van de persoonlijkheid, en daar staat niet zelden tegenover het – ook grondwettelijk beschermde – recht op vrijheid van meningsuiting. Verschillende gezichtspunten spelen bij de belangenafweging een rol. Een eerste gezichtspunt is de ernst van de inbreuk. Een tweede gezichtspunt betreft de aard van de persoonlijkheids sfeer waarin de inbreuk heeft plaatsgehad. Een inbreuk op een onaantastbaar persoonlijkheidsrecht (in de *Intimsphäre*) betekent overigens direct *Rechtswidrigkeit*, zonder dat daarbij acht wordt geslagen op de aan de benadeelde en het algemeen belang gelinkte gezichtspunten.²²¹ Naast deze *Intimsphäre* zijn er ook de *Private-* en de *Individualsphäre* waar een inbreuk ook streng, maar minder streng wordt beoordeeld.²²²

Een ander gezichtspunt dat een rol speelt bij de vaststelling van *Rechtswidrigkeit* bij de inbreuk op een of meer persoonlijkheidsrechten is het gedrag van de benadeelde, in het bijzonder of die een bekend of politiek persoon is.²²³ Gezichtspunten

218 *Bundesgerichtshof* 4 november 1997, NJW 1998, 377, p. 382.

219 Kötz & Wagner 2010, p. 152-164.

220 J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 64, p. 1349.

221 J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 65, p. 1350.

222 J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006, § 823 Rn. 65, p. 1350.

223 J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 65, p. 1350.

die anderzijds meer aan de kant van de benadeler liggen zijn bijvoorbeeld het met de inbreuk voorgestane te bereiken doel, de aard van de inbreuk en de wijze waarop de inbreuk is gepleegd.²²⁴

Naast *Tatbestand* en *Rechtswidrigkeit* vereist § 823 I 1 BGB in de derde plaats dat er sprake is van *Schuld*, ook wel *Verschulden*, wat zich in *Vorsatz* of *Fahrlässigkeit* vertaalt.²²⁵ § 276 BGB, waarin *Verschulden* verder wordt uitgelegd, bepaalt dat van *Vorsatz* sprake is als ‘wetens en willens’ is gehandeld, terwijl van *Fahrlässigkeit* sprake is als de in het verkeer vereiste zorgvuldigheid niet in acht is genomen. *Vorsatz* impliceert subjectiviteit en *Fahrlässigkeit* een objectieve maatstaf. *Verschulden* is een criterium dat ziet op het *haftungsbegründenden Tatbestand* dat tot uitdrukking komt in § 823 I 1 BGB en niet op het *haftungsausfüllenden Tatbestand* – zoals dat in § 249 BGB tot uitdrukking komt.

Na de toelichting bij de drie vereisten voor aansprakelijkheid op grond van § 823 I 1 BGB, kunnen we verder stilstaan bij de benadering die het artikel is voor de handhaving van fundamentele rechten. Op grond van § 823 I 1 BGB is degene die *vorsätzlich* *oder fahrlässig* het leven, het lichaam, de gezondheid, de vrijheid, de eigendom of een ander recht *widerrechtlich* schendt, verplicht de schade die anderen daardoor lijden te vergoeden. Het artikel ziet op de aansprakelijkheid in geval van schending van rechtsgoederen en is door zijn uitwerking een goed voorbeeld van het handhaven van fundamentele rechten in het aansprakelijkheidsrecht. De aansprakelijkheid naar § 823 I 1 BGB neemt in die zin een bijzondere plaats in dat de meest beschermenswaardige belangen bescherming wordt geboden die zich duidelijk onderscheidt van de bescherming die aan andere belangen wordt geboden.²²⁶ Het gaat om belangen die ook vaak in de constructie van ‘recht’ bijzondere bescherming krijgen. Met de zinsnede ‘*ein sonstiges Recht*’ is aan het *Tatbestand* een ‘*Begriff mit generalklauselartiger Weite*’ toegevoegd.²²⁷ Een belangrijke uitwerking heeft de zinsnede ‘*ein sonstiges Recht*’ gekregen – het was zo-even aan de orde – met de aanvaarding van het algemeen persoonlijkheidsrecht als *sonstiges Recht* door het *Bundesgerichtshof* in de *Schacht*-zaak.²²⁸

Op 29 juni 1952 had verweerder in de zaak in zijn weekblad een artikel gepubliceerd met het bovenschrijft: ‘*Dr. H.S. & Co.*’ en de ondertitel ‘*Politische Betrachtung anlässlich der Gründung des neuen Bankhauses*’. In het artikel was de door Dr. S. in H. opgerichte *Außenhandelsbank* aan de orde. De bank werd in het artikel in verband gebracht met het politieke werk dat Dr. S. tijdens het nationaalsocialistische bewind en ook in de jaren na de Tweede Wereldoorlog zou hebben verricht. Dr. S. sommeerde zijn advocaat, eiser in deze zaak, daarop actie te ondernemen. Die laatste stuurde verweerder een brief waarin hij verzocht tot rectificatie in de zondagsuitgave.

224 J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 66, p. 1350.

225 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr. 36-41, p. 1752-1755.

226 Zie: J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 9, p. 1323.

227 Zie: J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006 § 823 Rn. 18, p. 1327.

228 *Bundesgerichtshof* 25 mei 1954, BGHZ 13, 334 (*Schacht*).

Beklaagde reageerde niet op het verzoek en rectificeerde niet, maar plaatste in plaats daarvan de brief van de advocaat als volgt in de rubriek ingezonden brieven:

‘Dr. H.S. & Co.
 An die ... (Anschrift der Zeitung)
 Ich vertrete die Interessen des Dr. H.S.
 1. Es ist unrichtig ...
 2. ...
 Dr. M., Rechtsanwalt²²⁹

Onder ‘1.’ was een deel van de oorspronkelijke brief weggelaten, namelijk dat deel dat korte stukken uit het Dr. S. betreffende *Nürnberg Urteil* bevatte. Advocaat M. stelde dat deze handelswijze inbreuk had gemaakt op zijn persoonlijkheidsrechten. Met het plaatsen van de brief in de rubriek lezersbrieven was ten onrechte, meende hij, de indruk gewekt dat de brief een mening van de schrijver (klager) verkondigde. Hij wilde geen politieke mening verkondigen, maar had de brief in zijn hoedanigheid als advocaat verzonden. Een advocaat moet er op kunnen vertrouwen, stelde eiser, dat de berichten die hij in functie namens cliënten verstuurt niet misleidend worden geopenbaard. Hij eiste een veroordeling tot publicatie van een bericht in de lezersrubriek waarin verweerder duidelijk zou maken dat hij géén lezersbrief had ingestuurd.

Het *Landgericht* wees de eis toe op grond van § 823 I 2 BGB jo. § 186, 187 StGB, maar het *Oberlandesgericht* verwierp de eis later. Het *Bundesgerichtshof* overwoog daarop ten aanzien van de aard van het algemeen persoonlijkheidsrecht:

‘Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art 1 GrundG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßig gewährleisteten Grundrecht angesehen werden.’²³⁰

Het *Bundesgerichtshof* stelde het *Landgericht* in het gelijk en besliste dat dit de eis terecht had toegewezen.²³¹ Daarbij was onder meer van belang dat niet duidelijk uit het gepubliceerde was gebleken dat de brief ging over een *namens* Dr. H.S. verzochte rectificatie. Het gepubliceerde leek een persoonlijke mening van klager uit te drukken.²³²

Het *Bundesverfassungsgericht* heeft de aanvaarding van het persoonlijkheidsrecht door het *Bundesgerichtshof* bevestigd met zijn beslissing dat deze praktijk niet in strijd is met de *Verfassung*.²³³ Het *Bundesverfassungsgericht* kwam in *Sorayabeschluß II* tot de conclusie dat er sprake was van een (toen inmiddels) rijke traditie van recht-

229 *Bundesgerichtshof* 25 mei 1954, BGHZ 13, 334, p. 335 (*Schacht*).

230 *Bundesgerichtshof* 25 mei 1954, BGHZ 13, 334, p. 338 (*Schacht*).

231 *Bundesgerichtshof* 25 mei 1954, BGHZ 13, 334, p. 341 (*Schacht*).

232 *Bundesgerichtshof* 25 mei 1954, BGHZ 13, 334, p. 340 (*Schacht*).

233 *Bundesverfassungsgericht* 14 februari 1973, NJW 1973, 1221 (*Sorayabeschluß II*).

spraak waarin het *Bundesgerichtshof* het algemeen persoonlijkheidsrecht erkent, en zag geen reden die ongrondwettig te verklaren:

‘Das BVerfG hat keinen Anlaß, dieser Rechtsprechung des BGH von Verfassungswegen entgegenzutreten. Das Wertsystem der Grundrechte findet seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde (...). Ihr gebührt Achtung und Schutz von seiten aller staatlichen Gewalt (Art. 1 und 2 I. 1 GG). Solchen Schutz darf vor allem die private Sphäre des Menschen beanspruchen, der Bereich, in dem er allein zu bleiben, seine Entscheidungen in eigener Verantwortung zu treffen und von Eingriffen jeder Art nicht behelligt zu werden wünscht (...). Diesem Schutzzweck dient im Bereich des Privatrechts auch die Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; sie füllt Lücken im Persönlichkeitsschutz aus, die hier trotz Anerkennung einzelner Persönlichkeitsrechte verblieben und im Laufe der Zeit aus verschiedenen Gründen immer fühlbarer geworden waren. Das BVerfG hat deshalb die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Rechtsprechung der Zivilgerichte nie beanstandet (...).’²³⁴

Het *Bundesverfassungsgericht* overwoog dat de menselijke persoonlijkheid het middelpunt vormt van het grondwettelijke waardesysteem en heeft in zijn overweging tot uitdrukking gebracht dat het belang daarvan zich over de privaatrechtelijke verhouding uitstrekt:

‘Sein Ziel ist es, der im Mittelpunkt der grundgesetzlichen Wertordnung stehenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde auch zivilrechtlich wirksamen Schutz zu gewährleisten und damit auf einem Teilgebiet des Rechts die Geltungskraft der Grundrechte zu verstärken. Daran müssen die verfassungsrechtlichen Einwände der Beschwerdeführer scheitern.’²³⁵

Het *BGB* is op deze manier, overwoog het *Bundesverfassungsgericht* in het *Sorayabeschluß*, met zijn tijd meegegaan. Een aanpassing van de wetgeving om deze weer in overeenstemming met de maatschappelijke opvattingen te brengen, was noodzakelijk:

‘Damit wurde eine Lücke im Blick auf die Sanktionen, die bei einer Verletzung dieses Persönlichkeitsrechts zu verhängen waren, sichtbar; ein Problem, dessen Bedeutung zur Zeit der Entstehung des BGB noch nicht abzusehen war, verlangte unter dem Einfluß eines geänderten Rechtsbewußtseins und der Wertvorstellungen einer neuen Verfassung dringlich nach einer Regelung, die dem Gesetz infolge der Enumerationsklausel des § 253 nicht zu entnehmen war.’²³⁶

234 *Bundesverfassungsgericht* 14 februari 1973, NJW 1973, 1221, p. 1223 (*Sorayabeschluß II*).

235 *Bundesverfassungsgericht* 14 februari 1973, NJW 1973, 1221, p.1226 (*Sorayabeschluß II*).

236 *Bundesverfassungsgericht* 14 februari 1973, NJW 1973, 1221, p. 1225 (*Sorayabeschluß II*).

Van belang was dat het *Bundesgerichtshof* door het beschermen van het algemeen persoonlijkheidsrecht in het Duitse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht had voorzien in de bescherming van het (juridisch) meest beschermenswaardige belang en dat in lijn was met de internationale rechtsontwikkeling:

‘Bei den Verhandlungen der Fachgruppe für Zivilrechtsvergleichung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Mannheim 1971 (...) konnte zudem festgestellt werden, daß die Rechtsprechung des BGH in dieser Frage einen Rechtszustand herbeigeführt hat, der weitgehend mit der internationalen Rechtsentwicklung übereinstimmt (...) Ein Ergebnis aber, das auf einem zivilrechtlich zumindest diskutablen, jedenfalls den Regeln zivilrechtlicher Hermeneutik nicht offensichtlich widersprechenden Wege gewonnen wurde, kann von der Verfassung her nicht beanstandet werden, wenn es gerade der Durchsetzung und dem wirksamen Schutz eines Rechtsgutes dient, das diese Verfassung selbst als Mittelpunkt ihres Wertsystems ansieht. Dieses Ergebnis ist “Recht” i.S. des Art. 20 I. 3 GG – nicht im Gegensatz, sondern als Ergänzung und Weiterführung des geschriebenen Gesetzes.’²³⁷

De bescherming van persoonlijkheidsrechten via de band van § 823 I 1 BGB is gebaseerd op fundamentele rechten in het *Grundgesetz*. Een voorbeeld biedt de bescherming tegen eerverlies of reputatieschade.

Toen in juni 1960 televisieomroepster A. van de *Sender Freies Berlin* (SFB) door de Verenigde Staten reisde, onderhield de omroepster contact met twee journalisten van weekblad *Stern*. Na terugkeer van de omroepster in Duitsland werd zij geïnterviewd door een journalist van *Stern* en werden opnames van haar aan de journalist gegeven. In de reportage ‘*Lächeln auf allen Kanälen*’ die drie afleveringen *Stern* besloeg, liet het blad zich kritisch uit over de televisieomroepsters van SFB, en in het bijzonder over A. Op 9 september 1963 beëindigde SFB de arbeidsovereenkomst met A.²³⁸

De kritiek door *Stern* uitte zich onder meer in grove beledigingen aan het adres van A., zoals: ‘*Die Klägerin passe “in ein zweitklassiges Tingeltangel auf der Reeperbahn”, sie sehe aus wie eine “ausgemolkene Ziege” und bei ihrem Anblick werde den Zuschauern “die Milch sauer”.*’²³⁹ De uitingen gingen, volgens het *Bundesgerichtshof*, ‘*das Maß einer erlaubten Kritik weit hinaus.*’²⁴⁰

Het *Bundesgerichtshof* overwoog dat het geschonden belang van A. een belang was in het privaatrecht dat werd beschermd via § 823 I 1 BGB:

‘Dem vom Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht gewonnenen Ergebnis ist zuzustimmen: Weder die Ansicht der Beklagten, die nach ihrer Ansicht verfehlt Personalpolitik des Senders öffentlich anzuprangern, noch das Auftreten der

237 *Bundesverfassungsgericht* 14 februari 1973, NJW 1973, 1221, p. 1226 (*Sorayabeschluß II*).

238 *Bundesgerichtshof* 5 maart 1963, GRUR 1963, 490, p. 490-491 (*Fernsehansagerin*).

239 *Bundesgerichtshof* 5 maart 1963, NJW 61, 902, p. 902 (*Fernsehansagerin*).

240 *Bundesgerichtshof* 5 maart 1963, NJW 61, 902, p. 902 (*Fernsehansagerin*).

Klägerin auf ihrer Auslandsreise rechtfertigte die geschehene schwere Beeinträchtigung der Ehre und des geschützten privaten Bereichs der Klägerin (§ 823 I 1 BGB).²⁴¹

Het *Bundesgerichtshof* stelde verder dat sinds 1900, toen het *BGB* in werking was getreden, grote technische en sociale ontwikkelingen hadden plaatsgehad die maakten dat de door de wetgever met het *BGB* voorgestane recht niet meer rechtvaardig was. Het *Bundesgerichtshof* overwoog daarom:

‘Mit der Anerkennung eines durch die Normen des Deliktsrechts geschützten “allgemeinen Persönlichkeitsrechts” setzte sich schließlich unter dem Einfluß der Werteentscheidung des Grundgesetzes (Art. 1 und 2) eine von der Konzeption des Gesetzgebers von 1900 grundsätzlich abweichende Auffassung über den Privatrechtsschutz ideeller Werte in der Rechtsprechung durch. Wird der Schutz der Würde des Menschen als vordringliche Aufgabe der Staatsgewalt und die Bindung des Richters an die Wertentscheidungen des Grundrechtskatalogs (insbesondere an Art. 2 GG) ernst genommen und nicht nur als Proklamation verstanden, so kann der Richter nicht mehr an die Entscheidung des Gesetzgebers von 1900 gebunden sein, die den immateriellen Schadenersatz derart einschränkt, daß er auch bei schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen entfällt.’²⁴²

In Duitsland is het beschermingsbereik van het *Deliktsrecht* aanzienlijk toegenomen door het aanvaarden van het bestaan van een algemeen persoonlijkheidsrecht dat zijn oorsprong heeft in het *Wertsysteem der Grundrechte* en – omgekeerd – heeft de bescherming van grondrechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht een hoge vlucht genomen door de bescherming van het algemeen persoonlijkheidsrecht via *Art. 823 I. 1 BGB*. Een verschil tussen het algemeen persoonlijkheidsrecht en de andere in *Art. 823 I. 1 BGB* beschermde rechtsgoederen, is dus dat bij een schending van het algemeen persoonlijkheidsrecht niet per definitie sprake is van *Rechtswidrigkeit*.

Het *Grundgesetz* is dus van grote invloed geweest op het *Deliktsrecht*. Het heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van het rechtsgebied door te inspireren tot het aannemen van een nieuw te beschermen rechtsgoed, het algemeen persoonlijkheidsrecht.²⁴³ Het *Grundgesetz* heeft het veel oudere *BGB* aangevuld met de maatschappelijk gewenste bescherming, waarover men het tijdens het ontwerpen van het *BGB* niet eens kon worden.

6.3.4.5.3. Een rol voor fundamentele rechten in het schadevergoedingsrecht

6.3.4.5.3.1. Fundamentele rechten en schadevergoedingsrecht

In de vorige paragrafen is stilgestaan bij de rol voor fundamentele rechten in het aansprakelijkheidsrecht. In deze paragraaf wordt aansluitend stilgestaan bij de rol voor

241 *Bundesgerichtshof* 5 maart 1963, NJW 61, 902, p. 902 (*Fernsehansagerin*).

242 *Bundesgerichtshof* 5 maart 1963, NJW 61, 902, p. 903 (*Fernsehansagerin*).

243 Soergel/Spickhoff vor § 823 Rz 22, p. 14.

fundamentele rechten in het schadevergoedingsrecht. Fundamentele rechten kunnen op ten minste twee manieren van invloed zijn op het schadevergoedingsrecht. In de eerste plaats is in sommige rechtsordes het recht op volledige vergoeding van schade geconstitutionaliseerd. In de tweede plaats geeft de inbreuk op fundamentele rechten aanleiding tot het overdenken van de begroting van de schadevergoeding. Dat is vooral aan de orde bij inbreuken op persoonlijkheidsrechten waar niet direct sprake is van op geld waardeerbare schade.

6.3.4.5.3.2. *Recht op volledige vergoeding*

De Franse constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht heeft een constitutionalisering van het recht op volledige vergoeding van schade meegebracht.²⁴⁴ Frankrijk kent geen vergoeding zoals de Engelse *exemplary damages* of *punitive damages*. Als er daarom sprake is van een (schade)vergoedingsverplichting, is er sprake van een verplichting om geleden schade volledig te vergoeden.²⁴⁵

6.3.4.5.3.3. *Immaterieel nadeel in het schadevergoedingsrecht*

Schade is moeilijk in een begrip te vangen, maar als daartoe een poging wordt gedaan, wordt er niet zelden aangeknoopt bij een op geld waardeerbare beschadiging. Een moeilijkheid die komt bij het beoordelen van op fundamentele rechten inbreukmakende handelingen of inbreukmakend nalaten volgens de regeling van het aansprakelijkheidsrecht, is het feit dat er niet altijd sprake is van een beschadiging waarbij kan worden aangeknoopt als een sanctionering op zijn plaats is.

Het Duitse schadevergoedingsrecht is via de gewenste sanctionering van inbreuken op het algemeen persoonlijkheidsrecht beïnvloed door fundamentele rechten. In Duitsland bestaat in geval van inbreuken op persoonlijkheidsrechten naast de schadevergoeding (*Schadenersatzanspruch*) ook de geldelijke vergoeding (*Geldentschädigunganspruch*).²⁴⁶ De geldelijke vergoeding dient in de eerste plaats ter genoegdoening: *‘Anders als beim Schmerzensgeldanspruch steht bei dem Anspruch auf eine Geldentschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund.’*²⁴⁷ Deze genoegdoeningsfunctie complementeert de (gebruikelijke) compensatiefunctie.²⁴⁸ De genoegdoeningsfunctie van het Duitse schadevergoedingsrecht is niet onomstreden vanwege haar vermeende punitieve aard.²⁴⁹

De geldelijke vergoeding is niet gebaseerd op, maar oorspronkelijk wel analoog aan § 253 Abs. 2 BGB (de grondslag voor de vergoeding van smartengeld). De gelde-

244 Zie § 6.3.4.4.

245 Quézel-Ambrunaz 2011, p. 195.

246 De schadevergoeding ziet op de vergoeding van geleden schade, de geldelijke vergoeding is een vergoeding voor inbreuken op ideële belangen. Zie: Erman/Klass, BGB, 13. Aufl., § 12, Rn. 306-312, p. 104-105.

247 *Bundesgerichtshof* 15 november 1994, NJW 1995, 861, p. 865 (*Caroline von Monaco*); *Bundesgerichtshof* 24 maart 2011, NZI 2011, 341, p. 343.

248 En soms ook een preventiefunctie: Erman/Klass, BGB, 13. Aufl., § 12, Rn. 314, p. 105.

249 Staudinger/Schiemann (2005), § 253 Rn 30, p. 284; Vgl. MünchKommBGB/Rixecker § 12, Rn. 222, p. 378.

lijke vergoeding gaat direct terug op Artikel 1, 2 Abs 1 GG: ‘Bei einer Entschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt es sich im eigentlichen Sinn nicht um ein Schmerzensgeld nach § BGB § 847 BGB [oud, JE], sondern um einen Rechtsbehelf, der auf den Schutzauftrag aus Art. GG Artikel 1 und GG Artikel 2 GG Artikel 2 Absatz I GG zurückgeht (...).’²⁵⁰ Voor het ontstaan van een aanspraak op een geldelijke vergoeding is vereist dat het om ‘einen schwerwiegenden Eingriff handelt und die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann.’ Of er sprake is van een zo ernstige inbreuk dat een geldelijke vergoeding op zijn plaats is, hangt af ‘von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner von Anlaß und Beweggrund des Handelnden sowie von dem Grad seines Verschuldens ab (...).’²⁵¹ Vereist is dus: een ernstige inbreuk op een persoonlijkheidsrecht, subsidiariteit en (ernstige) schuld.²⁵²

De rechter is vrij bevoegd om de omvang van de vergoedingsverplichting te bepalen. De omvang van de vergoedingsverplichting wordt bepaald aan de hand van wat de vereisten voor het bestaan van de vergoedingsverplichting zijn. Die vereisten fungeren dus als gezichtspunten, als leidraad bij de vaststelling van de omvang van de vergoedingsverplichting.²⁵³

6.3.4.6. Argumenten vóór

In de vorige paragrafen zijn verschillende benaderingen aangestipt die fundamentele rechten en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht met elkaar verbinden. Hoewel het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht naar zijn aard traditioneel al fundamentele belangen beschermt, zijn er ten minste twee argumenten om fundamentele rechten op bijzondere wijze met het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te verbinden. In deze paragraaf passeren de beide argumenten de revue die pleiten vóór een bijzondere benadering voor fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

Het eerste argument is het feit dat fundamentele rechten de meest beschermenswaardige belangen handen en voeten geven. Dat argument is te meer van belang als inbreuken op belangen niet leiden tot op geld waardeerbare schade. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is dan immers niet vanzelfsprekend een oplossing om aangedaan onrecht recht te zetten. In het aansprakelijkheidsrecht is schade een sleutelbegrip en dat maakt dat veel tastbare belangen, in tegenstelling tot de niet-tastbare, traditioneel al op stevige bescherming via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht mogen rekenen. De ontwikkeling van § 823 I BGB in

250 *Bundesgerichtshof* 15 november 1994, NJW 1995, 861, p. 864 (*Caroline von Monaco*). Zie ook: *Bundesgerichtshof* 14 februari 1958, NJW 1958, 827 (*Herrenreiter*); *Bundesgerichtshof* 19 september 1961, NJW 1961, 2059 (*Ginseng*). Zie: Erman/Klass, BGB, 13. Aufl., § 12, Rn. 313-320, p. 105-106; MünchKommBGB/Rixecker § 12, Rn. 221-233, p. 377-385; Staudinger/Schiemann (2005), § 253 Rn 29-30, p. 284-285.

251 *Bundesgerichtshof* 15 november 1994, NJW 1995, 861, p. 864 (*Caroline von Monaco*); *Bundesgerichtshof* 6 oktober 2009, NJW 2010, 1454, p. 1456; *Bundesgerichtshof* 20 maart 2012, NJW 2012, 1728, p. 1728.

252 Erman/Klass, BGB, 13. Aufl., § 12, Rn. 315, p. 105.

253 MünchKommBGB/Rixecker § 12, Rn. 226, p. 226.

het Duitse recht ondersteunt dit argument en is daarom in deze context interessant. Aanvankelijk was de bescherming in deze bepaling immers beperkt tot de rechtsgoederen leven, lichaam, gezondheid, vrijheid en eigendom. Een inbreuk op een van deze rechtsgoederen bracht in de regel tastbare schade mee en dus lag de inlijving in deze bepaling voor de hand. Die gedachte ging bij de voorbereiding van het *BGB* niet op voor persoonlijkheidsrechten en dus waren die ook niet in § 823 *I BGB* opgenomen. Uiteindelijk hebben ideeën zich met de komst van de informatiemaatschappij ontwikkeld, en mogen persoonlijkheidsrechten tegenwoordig ook rekenen op bescherming via de band van § 823 *I BGB*.

Een tweede argument om het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bijzonder in te richten op de handhaving van fundamentele rechten is dat het rechtvaardig is, gezien de aard van de belangen waarvan bescherming wordt voorgestaan, dat benadeelden in een betere bewijspositie worden gebracht dan zij in andere aansprakelijkheids- en schadevergoedingsituaties zouden hebben. Die bijzondere bewijspositie is in hoofdstuk 3 bij de behandeling van de Nederlandse inbreuk-op-een-recht-categorie aan de orde geweest, maar is in dit hoofdstuk ook in het Duitse recht, opnieuw in § 823 *I BGB*, gevonden. De ontwikkeling, via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, van het recht op privéleven heeft er in Frankrijk uiteindelijk voor gezorgd dat dit recht op een aan het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht verwante, maar lossere wijze wordt beschermd.

6.3.4.7. Argumenten tegen

Naast de argumenten vóór, zijn er ook ten minste twee argumenten tegen een bijzondere benadering van fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. In de eerste plaats is er kritiek dat het niets toevoegt. Die kritiek lijkt deels gegrond, maar vooral wat betreft de bescherming van de persoonlijkheidsrechten en het privéleven geven de rechtssystemen te denken dat een eigen benadering wenselijk is. Verschillende benaderingen in het Franse, Engelse en Duitse recht laten zien dat de meerwaarde (enkel of vooral) ligt op het gebied van de persoonlijkheidsrechten en het privéleven. De recente ontdekking en ontwikkeling van deze rechten wordt in verband gebracht met de ontwikkeling van de informatiemaatschappij. De persoonlijkheidsrechten zijn ook meteen heel fundamentele rechten omdat ze direct teruggaan op de menselijke waardigheid.

Een ander argument tegen een bijzondere benadering is dat fundamentele rechten zwaar het accent leggen op de belangen van de benadeelde. Dat is bijvoorbeeld moeilijk te rijmen met het Franse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht waar nu juist het gedrag van de benadeler een grote rol speelt bij de vaststelling of al of niet een schadevergoedingsverplichting bestaat.²⁵⁴ Maar ook in het algemeen geldt voor de verschillende aansprakelijkheidssystemen dat de vergoedingsverplichting het resultaat is van een afweging van de belangen van benadeelde en benadeler.

²⁵⁴ Viney 2006, p. 122.

6.3.4.8. *Tussenconclusie*

Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht biedt niet zelden al in zijn elementaire, traditionele vorm bescherming aan fundamentele rechten. In deze paragraaf is het vizier gericht op bijzondere benaderingen voor fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Een afweging van argumenten vóór en tegen een bijzondere benadering voor fundamentele rechten, leidt tot de conclusie dat de persoonlijkheidsrechten en het recht op eerbiediging van het privéleven, voor zover die bescherming bieden aan immateriële belangen, toegespitste bescherming verdienen. Voor de handhaving van deze rechten is een toegespitste benadering noodzakelijk gezien het sleutelbegrip ‘schade’ in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Verder gaan de belangen achter deze rechten direct terug op de menselijke waardigheid.

Bij de bestudering van de literatuur, rechtspraak en wetgeving op het gebied van de handhaving van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht valt op dat het hoofdzakelijk de persoonlijkheidsrechten zijn die op grote aandacht mogen rekenen. Het recht op bescherming van eigendom dat in hoofdstuk 1 is gepresenteerd als één van de fundamentele rechten die in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht worden beschermd, komt niet of slechts in de marge aan de orde. Een verklaring daarvoor kan zijn dat de bescherming van eigendom via het traditionele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (maar ook breder in het privaatrecht) voldoende is gewaarborgd.

6.3.5. **Benadering 4: (secundaire) overheidsaansprakelijkheid of: schadevergoeding door de overheid wegens schending van fundamentele rechten**

6.3.5.1. *Inleiding*

Handhaving van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht heeft zich niet in de laatste plaats in de publiekrechtelijke rechtsverhouding ontwikkeld. Dat ligt voor de hand als wordt bedacht dat fundamentele rechten verplichtingen op de overheid leggen om rechten te respecteren en beschermen. Het aansprakelijkheidsrecht biedt uitkomst bij de sanctionering van schendingen van de rechten.

Ofschoon in dit onderzoek het accent ligt op het civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, wordt in deze paragraaf ook stilgestaan bij de overheidsaansprakelijkheid vanwege nalaten. Het vizier is daarbij gericht op het Engelse recht, waar met de *HRA 1998* in een actie vanwege schendingen van *Convention rights* is voorzien. Die actie concurreert met de aansprakelijkheid volgens de *common law of torts*. Dit naast elkaar bestaan van twee acties is aanleiding om de overheidsaansprakelijkheid hier ook aan de orde te brengen. Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsacties tegen de overheid komen verder aan de orde omdat ze niet zelden worden ingesteld in situaties waaraan primair een privaatrechtelijk conflict ten grondslag ligt.

Als twee private partijen in een conflict zijn verwickeld en één van de beide partijen een fundamenteel recht van de ander heeft geschonden, kan onder omstandigheden worden verdedigd dat behalve de privaatrechtelijke benadeler, ook de overheid kan worden aangesproken vanwege het nalaten voldoende bescherming te bieden. In dergelijke gevallen wordt wel gesproken over secundaire overheidsaansprakelijkheid.

6.3.5.2. Overheidsaansprakelijkheid in het Verenigd Koninkrijk

6.3.5.2.1. Overheidsaansprakelijkheid via de band van de *common law of torts* en de HRA 1998

De *Human Rights Act 1998* heeft in het Verenigd Koninkrijk voorzien in een grondslag voor de vergoeding van schade veroorzaakt door handelen of nalaten door *public authorities* waarmee inbreuk is gemaakt op een van de in de *HRA 1998* genoemde *Convention rights*.²⁵⁵ In deze paragraaf staat de ontwikkeling van overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van fundamentele rechten in Engeland centraal, die met de inwerkingtreding van deze *HRA 1998* in 2000 een nieuwe dimensie heeft gekregen.²⁵⁶

De bespreking gebeurt in drie delen. In het eerste deel staat de aansprakelijkheid van overheidsorganen volgens de *tort of negligence* vóór inwerkingtreding van de *HRA 1998* centraal. Deze actie was tot 2000 een gebruikelijke weg om vergoeding voor (secundaire) overheidsaansprakelijkheid te vorderen. Het tweede deel behelst de aansprakelijkheid van overheidsorganen sinds inwerkingtreding van de *HRA 1998* besproken. In deel drie komen de beide acties samen.

6.3.5.2.2. Secundaire aansprakelijkheid van overheidsorganen volgens de *common law of torts* aan het einde van de 20^e eeuw

6.3.5.2.2.1. De *common law of torts* en overheidsorganen

In het eerste deel van de bespreking van de (secundaire) aansprakelijkheid van overheidsorganen voor door nalaten veroorzaakte schade, staat de *tort of negligence* centraal. De *tort of negligence* is de actie voor aansprakelijkheid vanwege nalaten in Engeland. Voor goed begrip van de overheidsaansprakelijkheid via de *tort of negligence* worden eerst drie zaken toegelicht die in belangrijke mate hebben bijgedragen aan de vormgeving van de *tort of negligence* en waarop in de bespreking later wordt teruggegrepen: *Donoghue v Stevenson*, *Anns v Merton London Borough Council* en *Caparo Industries v Dickman*.²⁵⁷

255 Section 8 HRA 1998.

256 Zie: Du Bois 2011; Arden 2010.

257 *House of Lords* 26 mei 1932, *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100; *House of Lords* 12 mei 1977, *Anns v Merton London Borough Council* [1977] UKHL 4; *House of Lords* 8 februari 1990, *Caparo Industries plc v Dickman & Ors* [1990] UKHL 2.

6.3.5.2.2.2. De tort of negligence in drie zaken

De eerste zaak die hier aan de orde komt is de zaak *Donoghue v Stevenson*.²⁵⁸ In *Donoghue v Stevenson* lag de vraag voor of Stevenson, producent van het flesje bier dat Donoghue tot zich had genomen, aansprakelijk kon worden gehouden voor de schade van Donoghue, die na het leeg drinken van het flesje tot de ontdekking kwam dat het bier de resten van een in staat van ontbinding verkerende slak bevatte. Donoghue hield daar gastro-enteritis en een shock aan over. Lord Atkin overwoog:

*'At present I content myself with pointing out that in English law there must be and is some general conception of relations, giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances. The liability for negligence whether you style it such or treat it as in other systems as a species of "culpa," is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay. But acts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be treated so as to give a right to every person injured by them to demand relief. In this way rules of law arise which limit the range of complainants and the extent of their remedy. The rule that you are to love your neighbour becomes in law you must not injure your neighbour; and the lawyer's question "Who is my neighbour?" receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who then in law is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.'*²⁵⁹

Lord Atkin introduceerde het *neighbour-principle* om vast te stellen of een persoon in voldoende nabijheid van het slachtoffer heeft verkeer om te mogen verwachten dat die een zorgplicht jegens het slachtoffer had. De verhouding tussen het slachtoffer en zijn buurman zou zich kenmerken door een *proximate relationship*, *proximate* niet uitsluitend zijnde fysieke nabijheid, maar ook anderszins nabijheid: *'I think that this sufficiently states the truth if proximity be not confined to mere physical proximity; but be used, as I think it was intended, to extend to such close and direct relations that the act complained of directly affects a person whom the person alleged to be bound to take care would know would be directly affected by his careless act.'*²⁶⁰ Bij de vaststelling of al dan niet sprake was van een *duty of care*, werd dus gehecht aan de voorzienbaarheid van de schade door de benadeler.

Volgens het *House of Lords* in *Donoghue v Stevenson* dient dus op het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis een *duty of care* te hebben bestaan, en dient die *duty of care* bovendien te zijn veronachtzaamd, om de benadeler in kwestie voor schade aansprakelijk te kunnen houden.

258 *House of Lords* 26 mei 1932, *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100.

259 *House of Lords* 26 mei 1932, *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100.

260 *House of Lords* 26 mei 1932, *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100.

Een tweede zaak die belangrijk is geweest voor de *tort of negligence* is de zaak *Anns v Merton London Borough Council*.²⁶¹ In *Anns v Merton London Borough Council* is enkele tientallen jaren na *Donoghue v Stevenson* aangenomen dat van een *duty of care* pas sprake kan zijn na de vaststelling van de eerder genoemde *proximity*, en nadat bovendien is bezien of er redenen zijn om tóch te besluiten dat in de gegeven omstandigheden voor het aannemen van aansprakelijkheid niet voldoende *proximity* heeft bestaan. *Lord Wilberforce* stelde:

*‘Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter—in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise (...).’*²⁶²

In *Anns v Merton London Borough Council* was situatie aan de orde die de nachtmerrie voor iedere huisbewoner is: *structural movements* van het huis hadden scheuren in de muren, verschuivingen van vloeren en andere zaken veroorzaakt. Eisers in de zaak waren *lessees* die met de eigenaar van het gebouw contracten voor lange tijd waren overeengekomen. Niet alleen de aannemers van de bouw werden aangesproken, maar ook de lokale autoriteiten vanwege het nalaten van voldoende controle op de bouwwerkzaamheden. Wat betreft die lokale autoriteiten nam het *House of Lords* aan dat die voor de schade aansprakelijk konden worden gehouden, waarbij onder meer van belang de positie was die de lokale autoriteiten innamen gezien de *Public Health Act 1936* en daarbij horende verordeningen. De *Public Health Act 1936* was in werking getreden met als doel de gezondheid en veiligheid van eigenaren en bewoners van gebouwen te garanderen. In het bijzonder was er aandacht voor de fundering van de nieuw te bouwen werken, aangezien die tijdens de bouw uit het zicht verdwijnt. Daarom is degene die voornemens is te bouwen verplicht om zijn plannen aan de lokale autoriteiten voor te leggen. Zoals gezegd is het onder meer de positie die de lokale autoriteiten zo innemen geweest die ertoe heeft geleid dat het *House of Lords* besloot dat de lokale autoriteiten konden worden aangesproken voor de schade bij de *lessees*.²⁶³

De derde zaak die de *tort of negligence* (mede) heeft vormgegeven is de zaak *Caparo Industries v Dickman*.²⁶⁴ In *Caparo Industries v Dickman*, overwoog *Lord Bridge* of

261 *House of Lords* 12 mei 1977, *Anns v Merton London Borough Council* [1977] UKHL 4.

262 *House of Lords* 12 mei 1977, *Anns v Merton London Borough Council* [1977] UKHL 4.

263 *House of Lords* 12 mei 1977, *Anns v Merton London Borough Council* [1977] UKHL 4.

264 *House of Lords* 8 februari 1990, *Caparo Industries plc v Dickman & Ors* [1990] UKHL 2.

Harwich dat drie stappen moeten worden onderscheiden bij de beoordeling van het al dan niet bestaan van een *duty of care*:

*‘What emerges is that, in addition to the foreseeability of damage, necessary ingredients in any situation giving rise to a duty of care are that there should exist between the party owing the duty and the party to whom it is owed a relationship characterized by the law as one of “proximity” or “neighbourhood” and that the situation should be one in which the court considers it fair, just and reasonable that the law should impose a duty of a given scope upon the one party for the benefit of the other.’*²⁶⁵

In *Caparo Industries v Dickman* was de overname door aandeelhouders van een onderneming aan de orde. Die overname was ingegeven door een studie van een door accountants gecontroleerde balans. De accountants werden voor de rechter gedaagd vanwege te rooskleurige voorstellingen van zaken in de boeken. Die lieten namelijk een flinke winst zien, in plaats van het werkelijke tekort. De *House of Lords* besliste: (...) *‘that auditors of a public company’s accounts owe no duty of care to members of the public at large who rely upon the accounts in deciding to buy shares in the company.’*²⁶⁶

De *tort of negligence* is met het door Lord Bridge in *Caparo Industries v Dickman* overwogene, verworden tot een actie die een drieledige test behelst: er moet sprake zijn van *foreseeability* van de schade, een relatie tussen de benadeler en de benadeelde die zich laat karakteriseren door zodanige *proximity* dat een *duty* van benadeler tot benadeelde kan worden aangenomen te hebben bestaan, en tot slot moet het *fair, just and reasonable* zijn om een *duty of care* aan te nemen.²⁶⁷

6.3.5.2.2.3. Aansprakelijkheid van overheidsorganen via de band van de *tort of negligence*

Met *Donoghue v Stevenson*, *Anns v Merton London Borough Council* en *Caparo Industries v Dickman* is de *tort of negligence* ingeleid en wordt in deze paragraaf toegekomen aan de (secundaire) aansprakelijkheid van overheidsorganen aan het einde van de vorige eeuw. Het wordt duidelijk dat de Engelse rechter terughoudend was in het aannemen van een *duty of care* voor overheidsorganen die hun functie uitoefenen, en dat overigens ook nog steeds is: *‘Under English law a claim for negligence does not lie against a public authority in respect of the exercise of its statutory functions because the public authority owes no duty of care.’*²⁶⁸ In verschillende zaken is de openbare orde als argument genoemd om bepaalde aansprakelijkheidsclaims buiten de deur te houden. Het openbare orde-argument kan via de *fair, just and reasonable*-formule aan aansprakelijkheid in de weg staan.²⁶⁹

²⁶⁵ *House of Lords* 8 februari 1990, *Caparo Industries plc v Dickman & Ors* [1990] UKHL 2.

²⁶⁶ *House of Lords* 8 februari 1990, *Caparo Industries plc v Dickman & Ors* [1990] UKHL 2.

²⁶⁷ Zie meer uitgebreid: Van Dam 2006, p. 90 e.v.

²⁶⁸ Arden 2010, p. 148.

²⁶⁹ Arden 2010, p. 148.

De eerste zaak die hier aan de orde komt, is de zaak *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* die in 1987 onder het *House of Lords* was.²⁷⁰ In deze zaak stond de dood van een jonge vrouw, Jacqueline Hill, centraal, die op 17 november 1980 door Peter Sutcliffe, naar zijn daden en de plaats waar hij ze verrichte ook wel de *Yorkshire Ripper* genoemd, om het leven was gebracht. De moeder van Jacqueline Hill claimde vergoeding bij de politie op grond van *negligence* voor *loss of expectation of life* en *pain and suffering*.

Het *House of Lords* besloot in de eerste plaats dat er geen sprake kon zijn van aansprakelijkheid van de politie voor de schade door Hill geleden, aangezien een *duty of care* bij de politie jegens Hill niet kon worden aangenomen. Hill liep immers niet méér risico om slachtoffer te worden van de seriemoordenaar, die het overigens had voorzien op jonge vrouwen, dan andere jonge vrouwen. Met andere woorden: *‘Miss Hill cannot for this purpose be regarded as a person at special risk simply because she was young and female.’*²⁷¹ Het *House of Lords* had hiermee kunnen volstaan, maar heeft niet nagelaten te overwegen dat er nog een reden aan aansprakelijkheid van de politie in de weg stond, namelijk: *public policy*.²⁷² Lord Keith of Kinkel overwoog dat, anders dan door sommigen werd verdedigd, van de politie niet behoefde te worden verwacht dat die uit vrees voor aansprakelijkheid haar werk beter zou doen. Sterker: van tijd tot tijd zou de aansprakelijkheidsvrees er (omgekeerd) toe kunnen leiden dat de politie haar werk zou doen *‘in a detrimentally defensive frame of mind.’*²⁷³ Het zou, tot slot, niet altijd volledig helder zijn of de politie inderdaad nalatigheid kon worden verweten, zodat, ingeval zou worden aangenomen dat de politie aansprakelijk kon zijn, daarnaar mogelijk onderzoek moest worden verricht. Dat onderzoek zou *‘time, trouble and expense (...)’* betekenen.²⁷⁴ Het zou ertoe leiden dat de politie significant zou worden afgeleid van haar hoofdtaak van het onderdrukken van criminaliteit.²⁷⁵

Na *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* is aansprakelijkheid van de politie opnieuw aan de orde geweest in *Osman v Ferguson*.²⁷⁶ Ahmed Osman en zijn moeder klaagden over nalatigheid van de politie, na een lange geschiedenis van stalking en bedreiging door Paget-Lewis, leerkracht van Osman, die was uitgemond in een schietpartij waarbij vader Osman om het leven was gekomen. Ahmed Osman zelf was ook betrokken bij het incident en was gewond geraakt. Paget-Lewis, die was geobsedeerd door Ahmed Osman en zich op een zeker moment in al zijn obsessie voor Ahmed Osman *Paul Ahmet Yildirim Osman* liet noemen, was reeds lange tijd door verschillende instanties in de gaten gehouden, toen hij op 7 maart 1988 Ahmed en

270 *House of Lords* 28 april 1987, *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1987] UKHL 12.

271 *House of Lords* 28 april 1987, *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1987] UKHL 12.

272 *House of Lords* 28 april 1987, *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1987] UKHL 12.

273 *House of Lords* 28 april 1987, *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1987] UKHL 12.

274 *House of Lords* 28 april 1987, *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1987] UKHL 12.

275 *House of Lords* 28 april 1987, *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1987] UKHL 12. Voor een analyse van deze argumentatie: Asser/Vranken 2005, p. 48-61. En meer recent: McIvor 2010; Lord Bingham of Cornhill 2010, i.h.b. p. 9-10.

276 *Court of Appeal (England and Wales)* 7 oktober 1992, *Osman v Ferguson* [1992] EWCA Civ 8. De zaak wordt overigens van groot belang voor het Engelse recht door behandeling ervan in Straatsburg.

zijn vader aanviel. Tijdens zijn arrestatie bracht hij uit: ‘*why didn’t you stop me before I did it, I gave you all the warning signs?*’ Het is die boodschap waarover ook Osman en zijn moeder zich voor de rechter beklaagden.

De politie had volgens Osman en zijn moeder op veel punten nagelaten actie te ondernemen waar zij dat wel had moeten doen:

‘The principal particulars of negligence alleged against the second defendant in the statement of claim are as follows: failing to apprehend Paget-Lewis prior to the shootings on 7th March 1988; failing to interview Paget-Lewis (other than in relation to minor road traffic offences) prior to the shootings on 7th March 1988; failing to search Paget-Lewis’s home prior to the shootings on 7th March 1988; failing prior to the shootings on 7th March 1988 to charge Paget-Lewis with any offence more serious than not possessing an MOT certificate and/or driving without due care and attention; failing to trace Paget-Lewis through car hire company records, and failing, as a direct consequence of that failure, to link the theft of the shotgun on 17th January 1988 with Paget-Lewis.’²⁷⁷

Lord Justice McCowan trok in de zaak een vergelijking met verschillende andere zaken om te bezien of er sprake was van een *duty of care* van de politie jegens Osman. Een eerste zaak die hij betrok was de zaak *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd*. In *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd* stond een incident centraal dat zich nabij Brownsea Island had voltrokken, waar op het moment van het incident een groep *Borstal trainees* (jeugdigen in een jeugdgevangenis/opvoedingsgesticht) onder supervisie van *Borstal officers* te werk was gesteld.²⁷⁸

In het holst van de nacht waren zeven personen uit de groep *Borstal trainees* ontsnapt en op een boot te water gegaan. De boot die de ontsnapt in beweging hadden gebracht kwam in aanvaring met een boot van de *Dorset Yacht Company*. De boot van de *Dorset Yacht Company* raakte beschadigd en de eigenaar probeerde zijn schade door de aanvaring, maar ook door gedrag van de *trainees* na de aanvaring, te verhalen op de *Home Office*. Lord Diplock overwoog ten aanzien van de vraag of er sprake was van een *duty of care*:

‘I should therefore hold that any duty of a Borstal officer to use reasonable care to prevent a Borstal trainee from escaping from his custody was owed only to persons whom he could reasonably foresee had property situated in the vicinity of the place of detention of the detainee which the detainee was likely to steal or to appropriate and damage in the course of eluding immediate pursuit and recapture.’²⁷⁹

Het is deze overweging die meewoog in het oordeel in de *Osman*-zaak: ‘*This means that the group of persons to whom the duty was owed was limited to the owners of boats moored in the vicinity.*’²⁸⁰ Ook de beslissing in *Hill v Chief Constable of West Yorkshire*

277 *Court of Appeal (England and Wales)* 7 oktober 1992, *Osman v Ferguson* [1992] EWCA Civ 8.

278 *House of Lords* 6 mei 1970, *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd* [1970] UKHL 2.

279 *House of Lords* 6 mei 1970, *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd* [1970] UKHL 2.

280 *Court of Appeal (England and Wales)* 7 oktober 1992, *Osman v Ferguson* [1992] EWCA Civ 8.

kwam in de *Osman*-zaak aan de orde. Terwijl er in *Hill* juist géén sprake was van *proximity*, overwoog *Lord Justice McCowan* dat zonder twijfel kon worden vastgesteld dat *Osman* en zijn familie aan een zodanig bijzonder risico waren blootgesteld dat het hen in een bijzondere verhouding tot de politie had gebracht.

Dat hieraan niet afdoet dat aansprakelijkheid van de politie in zaken als deze ongewenst is, is gebleken toen het laatste argument van de *Osmans* advocaat aan de orde kwam: ‘*Mr. Hendy’s final point is that, if the class of victim is sufficiently proximate (as he says the victims here were) and sufficiently small, the public policy argument may not apply. I cannot accept this submission. Lord Keith plainly treats public policy as a separate point which is not reached at all unless there is a duty of care. If Mr. Hendy were right, public policy would not be a separate argument at all because if a plaintiff were proved to be sufficiently proximate and a member of a sufficiently small class, public policy would not arise.*’²⁸¹ *Lord Justice McCowan* bekrachtigde het hoger beroep en vernietigde het vonnis in eerste aanleg.²⁸²

Op *Osman v Ferguson* volgende een beslissing door het *Court of Appeal* in de *Hampshire*-zaak, waarin opnieuw een overheidsorgaan werd aangesproken, hier de brandweer.²⁸³ Kort gezegd is ‘*the golden rule in fire-fighting in sprinklered buildings*’²⁸⁴ dat de brandweer een werkende sprinklerinstallatie in een brandend gebouw laat aanstaan tot het vuur volledig is gedoofd. In de *Hampshire*-zaak was dat niet gebeurd en had het vuur dus meer schade aan kunnen richten dan zou zijn gebeurd als de installatie niet eerder op gezag van *Station Officer Mitchell* zou zijn uitgezet.

In de zaak is door de rechter vooropgesteld dat, op het moment dat de brandweer op de plaats van een brand aankomt, die in de regel handelt in een context waarin zich reeds gevaar heeft verwezenlijkt en dat de brandweer voor de verwezenlijking van dat gevaar vanzelfsprekend niet in hoeft te staan. Maar het zou even vanzelfsprekend zijn dat de brandweer wel verantwoordelijk kan worden gehouden voor het gevaar dat daarbij ontstaat door nalatig handelen in de uitoefening van zijn functie.

281 *Court of Appeal (England and Wales)* 7 oktober 1992, *Osman v Ferguson* [1992] EWCA Civ 8.

282 Dat met de *Osman*-zaak niet is gezegd dat het onwenselijk is de politie ook in andere zaken te onthouden van aansprakelijkheid blijkt bijvoorbeeld *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire*. Het zijn dan, zoals *Lord Justice Stuart-Smith* in *Capital & Counties Plc v Hampshire County Council* wel overweegt, zaken waarin de politie in de uitoefening van haar taak zelf gevaren creëert, welke gevaren zich verwezelijken en schade veroorzaken. Het *House of Lords* moest in *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire* beslissen over de aansprakelijkheid van de politie die op 15 april 1989 bij een voetbalwedstrijd tussen Liverpool en Nottingham Forest verkeerde beslissingen had genomen bij het in goede banen leiden van supporters naar de tribunes van het stadion. De beslissingen door de politie veroorzaakten een ramp; 96 personen lieten het leven. Overigens was de grote vraag in de zaak niet de vraag óf de politie kon worden aangesproken, maar door wie en voor welke schade. Onder de eisers was bijvoorbeeld *Denise Hough*, die haar broer verloor bij de ramp en, terwijl ze wist dat haar broer in het stadion aanwezig zou zijn en bovendien wist voor welke tribune hij een ticket had, via de televisie werd geconfronteerd met het ongeval. Zie: *House of Lords* 28 november 1991, *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire* [1991] UKHL 5.

283 *Court of Appeal (England and Wales)* 14 maart 1997, *Capital & Counties Plc v Hampshire County Council* [1997] EWCA Civ 3091. Zie: *Vranken* 2005, p. 48-61. En meer recent: *McIvor* 2010.

284 *Court of Appeal (England and Wales)* 14 maart 1997, *Capital & Counties Plc v Hampshire County Council* [1997] EWCA Civ 3091.

Bij de beoordeling van het bestaan van een *duty of care* van de politie jegens eisers, kwam (volgens het derde criterium van de *tort of negligence*) de vraag aan de orde of het *fair, just and reasonable* is om de brandweer een *duty of care* op de leggen. Als uitgangspunt is aangenomen dat fouten moeten worden gesanctioneerd en dat er gegronde reden moet zijn om op dat uitgangspunt een uitzondering te maken. Verder is overwogen dat niet valt in te zien dat het idee van eventuele aansprakelijkheid de zorg die de brandweer in acht neemt, zou veranderen. Civiele rechtspleging zou bovendien bijdragen aan het boven tafel krijgen van tekortkomingen. Tegenover het argument dat de vergoeding ten laste komt van de maatschappij en ten koste gaat van belangrijke zaken als gezondheidszorg, staat het argument dat de vergoeding ten bate komt van 'the individual householder.' De rechter was niet bang voor *floodgates*, gezien de geschiedenis van de aansprakelijkheid van de brandweer. Het feit dat de brandweer tijd moet investeren in een aansprakelijkheidszaak zou nooit per se aan aansprakelijkheid van de brandweer in de weg mogen staan. De angst voor massaclaims zou niet alleen immuniteit van de brandweer, maar van de hele overheid betekenen. Ten slotte zou de brandweer zich kunnen verzekeren. De argumenten die deze beslissing over de aansprakelijkheid van de brandweer droegen, zijn argumenten die zijn gebaseerd op aannames die tegenovergesteld zijn aan die in de *Hill*-zaak.²⁸⁵

De rechter onderscheidde vervolgens die situaties waarin de hulpverlener met zijn gedrag een risico doet ontstaan of een risico doet vergroten, van de situaties waarin dat kennelijk minder duidelijk het geval is en waar het aannemen van aansprakelijkheid verwacht wordt onwenselijke gevolgen met zich te brengen, en besliste: 'In our judgment there is no doubt on which side of the line a case such as the Hampshire case falls. It is one where the defendants, by their action in turning off the sprinklers, created or increased the danger. There is no ground for giving immunity in such a case.'²⁸⁶ Er was geen aanleiding de brandweer aansprakelijkheid te onthouden.

Kort na de *Hampshire*-zaak werd het Verenigd Koninkrijk verrast door een uitspraak van het EHRM in de hiervoor besproken zaak *Osman v Ferguson* (in Straatsburg *Osman v Verenigd Koninkrijk*) waarin het overwoog dat de uitspraak in strijd was met artikel 6 EVRM.²⁸⁷ Het EHRM overwoog dat het feit dat *public interest considerations* per se de doorslag zouden geven, er aan in de weg stond dat een individuele burger de door hem aangebrachte gronden afgewogen zou zien tegen *public interest considerations*. Het Hof noemde als gronden in *Osman v Verenigd Koninkrijk*: 'the alleged failure to protect the life of a child', 'their view [i.e. eisers] that that failure was the result of a catalogue of acts and omissions which amounted to grave negligence as opposed to minor acts of incompetence', 'that the police had assumed responsibility

285 Zie een beschouwing over de tegengestelde argumentatie in deze zaken: Asser-Vranken, Vervolg 2005, p. 48 e.v.

286 *Court of Appeal (England and Wales)* 14 maart 1997, *Capital & Counties Plc v Hampshire County Council* [1997] EWCA Civ 3091.

287 EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1998, NJ 2000, 134 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*). Het EHRM meende er geen sprake was van strijdigheid met artikel 2 EVRM, namelijk de plicht van de politie om zorg te dragen voor de bescherming van het leven van Osman en zijn vader. Zie: Gearty 2001; Monti 1999.

for their safety’, en ‘the harm sustained was of the most serious nature.’²⁸⁸ En het Hof besliste: ‘For the Court, these are considerations which must be examined on the merits and not automatically excluded by the application of a rule which amounts to the grant of an immunity to the police. In the instant case, the Court is not persuaded by the Government’s argument that the rule as interpreted by the domestic court did not provide an automatic immunity to the police.’²⁸⁹

De Straatsburgse uitspraak heeft in het Verenigd Koninkrijk op veel aandacht mogen rekenen vanwege het feit dat het EHRM zei dat er in feite sprake was van een immuniteit van de politie en dat die immuniteit een inbreuk op artikel 6 EVRM betekende.²⁹⁰ Het lijkt erop dat de uitspraak vooral van invloed is geweest in de directe jaren na het wijzen ervan door het EHRM. Zoals Wright observeerde: ‘The response of English courts to the Osman decision was to refuse to strike out cases, preferring instead that they should go to full trial, where argument on the merits can take place and proper consideration can be given to the public policy arguments that “pull in the other direction” (ie in favour of liability).’²⁹¹ Maar niet veel later trad de HRA 1998 in werking en wees het EHRM *Z. v Verenigd Koninkrijk* waarin het terugkwam op het in *Osman v Verenigd Koninkrijk* overwogene; twee ontwikkelingen die hebben geleid naar de huidige stand van zaken die kort gezegd is dat de restrictieve benadering terug is, zoals Arden als volgt omschrijft: ‘The law of England and Wales that public bodies should not in general owe a duty of care in the performance of statutory powers has not been qualified so as to provide a remedy where Convention rights have been violated. (...) The disappointed litigant will then be confined to his statutory remedy for violation of Convention rights.’²⁹² De terughoudende benadering mag dan wel terug zijn, maar wel met gelijk de komst van een nieuwe grondslag voor overheidsaansprakelijkheid, namelijk in het bijzondere geval er sprake is van een inbreuk op een of meer *Convention rights*. In de volgende paragraaf wordt deze laatste schadevergoedingsactie op grond van de HRA 1998 toegelicht.

288 EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1998, NJ 2000, 134, § 151 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

289 EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1998, NJ 2000, 134, § 152 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*).

290 Zie: Gearty 2001, Monti 1999.

291 Wright 2001, p. 113. In gelijke zin: Bailey & Bowman: ‘Finally, it is now clear that the difficulties in this area are not to be resolved by the creation or recognition of an wide ranging immunity from suit for the benefit of public authorities.’ Bailey & Bowman 2000, p. 132. En: Winfield/Jolowicz/Rogers: ‘In response to *Osman v UK*, which is discussed below, the English courts became much less ready to strike out claims for negligence at the initial stage on the ground that there could be no duty of care, particularly in cases of claims alleging failure by public bodies in child protection functions.’ Winfield/Jolowicz/Rogers 2010, p. 75. En: McIvor: ‘The English legal approach to police negligence liability continues to be excessively restrictive.’ McIvor 2010, p. 150. Zie ook: Rogers 2003, p. 46-53, over ‘The Uncertain Shadow of *Osman*’.

292 Arden 2010, p. 153. In gelijke zin Mullender: ‘But a decade on from the House’ decision in *Barrett*, negligence law (as it applies to public bodies) looks much as it did before the European Court’s decision in *Osman* and the coming into force of the Human Rights Act.’ Mullender 2009, p. 384. Vgl. Winfield/Jolowicz/Rogers 2010, p. 78-80. Kritisch over deze benadering is Lord Bingham of Cornhill: ‘If economy were all, the present law has its virtue. But if a member of the public whom a public service exists to serve suffers significant injury or loss through the culpable fault or reprehensible failure of that service to act as it should, is it not consistent with ethical, and, perhaps, democratic principle that the many, responsible for funding the service, should bear the cost of compensating the victim?’ Lord Bingham of Cornhill 2010, p. 15.

6.3.5.2.3. Remedies in de *Human Rights Act 1998*

De rechtspraak op het gebied van de aansprakelijkheid van overheidsorganen onder de *common law* vóór 1998 laat dus zien dat het niet altijd gemakkelijk was om schadevergoeding te verkrijgen vanwege *negligence*, in het bijzonder niet vanwege nalaten door de politie, maar ook in andere zaken werden (om redenen van *public policy*) aansprakelijkheidsclaims wel geweigerd. Met zijn uitspraak in de zaak *Osman* heeft het EHRM die Engelse praktijk bekritiseerd. Kort voor de Straatsburgse uitspraak in *Osman* had *Labour* een wetsvoorstel gepresenteerd voor een *Human Rights Act* die zou voorzien in – onder meer – remedies vanwege schendingen van *public authorities*. De wet zou aansluiten bij de Straatsburgse praktijk en het daarmee voor Engelsen mogelijk maken dichterbij dan Straatsburg te klagen over vermeende inbreuken op *Convention rights*; ‘*Our aim is a straightforward one. It is to make more directly accessible the rights which the British people already enjoy under the Convention. In other words, to bring those rights home.*’²⁹³

De HRA 1998 is uiteindelijk in oktober 2000 in werking getreden en bepaalt dat het voor *public authorities unlawful* is om zich te gedragen in strijd met bepaalde, in het voorstel aangewezen *Convention rights*.²⁹⁴ Tot de zogenaamde *public authorities* moeten in ieder geval worden gerekend de centrale overheid, de lokale overheid, de politie, immigratiefunctionarissen, gevangenen, gerechten, en, voor zover in de uitoefening van publieke taken die vroeger door de overheid waren uitgevoerd, de daarvoor verantwoordelijke ondernemingen. Een voorbeeld van dat laatste type is het nutsbedrijf.²⁹⁵

Aan de keuze om met de *Human Rights Act* slechts te voorzien in remedies tegen *public authorities* en niet ook tegen private partijen ligt ten grondslag het idee dat dit voldoende is om individuele burgers een alternatief voor de weg naar Straatsburg te bieden: ‘*We decided, first of all, that a provision of this kind should apply only to public authorities, however defined, and not to private individuals. That reflects the arrangements for taking cases to the convention institutions in Strasbourg.*’²⁹⁶ Daarbij wordt overigens opgemerkt dat met de *Bill* is beoogd te voorzien in een wijde kring van *public authorities* ‘*so as to provide as much protection as possible to those who claim that their rights have been infringed.*’²⁹⁷

De Engelse wetgever heeft met *section 8 HRA 1998* voorzien in een grondslag voor remedies in die gevallen waarin *public authorities unlawful* hebben gehandeld.²⁹⁸ In het eerste lid van het artikel is bepaald: ‘*In relation to any act (or proposed act) of a public authority which the court finds is (or would be) unlawful, it may grant such relief or remedy, or make such order, within its power as it considers just and appropriate.*’ In het artikel is verder bepaald dat *damages* slechts door die gerechten kunnen worden toegewezen, die daar in *civil proceedings* ook toe bevoegd zijn en dat als uitgangspunt

293 *Rights Brought Home 1997*, § 1.19.

294 *Section 6 HRA 1998*.

295 *Rights Brought Home 1997*, § 2.2.

296 HL Deb 3 november 1997 vol 582 (*Lord Chancellor*).

297 HL Deb 3 november 1997 vol 582 (*Lord Chancellor*).

298 Zie: Varuhas 2011; Clayton & Tomlinson (eds.) 2009, nr. 21.13-21.90, p. 1934-1963.

heeft te gelden dat alleen in die gevallen *damages* worden toegekend, waarin de rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, van overtuigd is dat de toekenning ervan noodzakelijk is om te voorzien in *just satisfaction*. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren ook andere wijzen waarop in herstel of een remedie is voorzien. Bij de toekenning van het recht op en bij de berekening van de omvang van de vergoeding – ten slotte – moet volgens het vierde lid van *section 8 HRA 1998* rekening worden gehouden met de beginselen zoals het EHRM die toepast als het beoordeelt of een vergoeding op grond van artikel 41 EVRM dient te worden toegewezen.²⁹⁹ De toekenning van schadevergoeding op grond van *section 8 HRA 1998* is een discretionaire bevoegdheid voor de rechter, en dat maakt de remedie van een andere aard dan de vergoedingsverplichting volgens de *common law*.³⁰⁰

Section 8 HRA 1998 is een alternatief voor een schadevergoedingsactie op grond van *tort law* voor die gevallen waarin de overheid wordt verweten dat die heeft nagelaten om actie te ondernemen, dat nalaten bovendien een fundamentele rechtsinbreuk betekent en dat daardoor schade is ontstaan. Naar aanleiding van *Van Colle v Chief Constable of Hertfordshire* werd over *section 8 HRA 1998* wel gesproken als een *refreshment*.³⁰¹ Deze zaak illustreert hier samen met *Greenfield v Secretary of State for the Home Department* en *Anufrijeva v London Borough of Southwark* de praktijk onder *section 8 HRA 1998*.³⁰²

In *Greenfield v Secretary of State for the Home Department* stond centraal de veroordeling van Greenfield vanwege een drugsdelict dat hij zou hebben gepleegd terwijl hij een straf uitzat in de gevangenis HM Prison Doncaster.³⁰³ Greenfield meende dat zijn veroordeling niet in de haak was en klaagde over een schending van artikel 6 EVRM. Hij stelde dat hij niet was gehoord door een *independent and impartial tribunal* en dat hem het recht op bijstand was ontnomen. Na de verwerpingen van Greenfields klachten in eerste en tweede instantie, erkende de gedaagde *Secretary of State* nadien, gezien een beslissing van het EHRM die intussen was geweest, dat er inderdaad geen sprake was geweest van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Het *House of Lords* kwam daarom direct toe aan de behandeling van de vraag of Greenfield recht zou hebben op *damages*.³⁰⁴ Hoewel hier sprake was van een strafrechtelijk ingestoken zaak, doet daar aan niet af dat *Lord Bingham* of *Cornhill* voor de overheidsaansprakelijkheid op grond van de *HRA 1998* in het algemeen belangrijke overwegingen heeft gedaan:

299 *Section 8 HRA 1998*.

300 *Court of Appeal (England and Wales)* 16 oktober 2003, *Anufrijeva v London Borough of Southwark* [2003] EWCA Civ 1406, at 50; Clayton & Tomlinson (eds.) 2009, nr. 21.07-21.21.11, p. 1931-1933.

301 Spencer 2008, p. 15.

302 Zie ook: Clayton & Tomlinson 2009, nr. 21.35-21.45, p. 1941-1946. En: McGregor 2009, nr. 43-020 e.v., p. 1736 e.v.

303 *House of Lords* 16 februari 2005, *Greenfield v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 14.

304 *House of Lords* 16 februari 2005, *Greenfield v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 14, at 1.

'The Convention has always, however, made provision for affording just satisfaction to the injured party.

(...)

Article 41 is not one of the articles scheduled to the 1998 Act, but it is reflected in section 8 of the Act

*(...) In deciding whether to award damages, and if so how much, the court is not strictly bound by the principles applied by the European Court in awarding compensation under article 41 of the Convention, but it must take those principles into account. It is, therefore, to Strasbourg that British courts must look for guidance on the award of damages.'*³⁰⁵

Lord Bingham heeft de status van *section 8 HRA 1998* verhelderd en heeft de vereisten voor toekenning van *damages* op een rijtje gezet, waarbij een belangrijke rol spelen: de vereisten van *unlawfulness* van de gedraging door de *public authority*, van noodzakelijkheid van de *damages* in het bereiken van *just satisfaction*, en van redelijkheid en geschiktheid van de toekenning van *damages*. Lord Bingham stelde dat een rechter vanzelfsprekend niet gehouden is tot het toekennen van een vergoeding als niet aan de vereisten is voldaan, en dat het andersom moeilijk is om *damages* te weigeren als wél aan de vereisten is voldaan. Verder is de rechter, merkte Lord Bingham op, niet strikt gebonden aan de beginselen zoals het EHRM die onder artikel 41 EVRM vaststelt.

Lord Bingham heeft in *Greenfield v Secretary of State for the Home Department* bij de beslissing of schadevergoeding was aangewezen zelf uitgebreid stilgestaan bij de rechtspraak van het EHRM onder artikel 41 EVRM en heeft beslist dat, anders dan Greenfield stelde, voor de hoogte van de vergoeding moet worden aangesloten bij de Straatsburgse rechtspraak:

*'First, the 1998 Act is not a tort statute. Its objects are different and broader. (...) Secondly, the purpose of incorporating the Convention in domestic law through the 1998 Act was not to give victims better remedies at home than they could recover in Strasbourg but to give them the same remedies without the delay and expense of resort to Strasbourg. (...) Thirdly, section 8(4) requires a domestic court to take into account the principles applied by the European Court under article 41 not only in determining whether to award damages but also in determining the amount of an award. (...) They are not inflexibly bound by Strasbourg awards in what may be different cases. But they should not aim to be significantly more or less generous than the Court might be expected to be, in a case where it was willing to make an award at all.'*³⁰⁶

Deze benadering (tegenwoordig: *mirror approach*), dat niet de *common law*-standaarden, maar de Straatsburgse leidend zijn bij de vaststelling van de omvang van de

305 *House of Lords* 16 februari 2005, *Greenfield v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 14, at 6.

306 *House of Lords* 16 februari 2005, *Greenfield v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 14, at 19.

vergoeding, betekent op het moment dat een vergoeding via *section 8 HRA 1998* in de regel lager zal zijn dan een vergoeding via de *common law*.³⁰⁷

In *Van Colle v Chief Constable of the Hertfordshire Police* is het uitgangspunt van de verschillende benaderingen onder de *HRA 1998* en *tort law* bevestigd. In de zaak stond de vraag naar aansprakelijkheid van de *Chief Constable of Hertfordshire* centraal. De *Chief Constable of Hertfordshire* werd verweten actie te hebben nagelaten om de dood van Giles Van Colle te voorkomen.³⁰⁸

Giles Van Colle (25) was in Mill Hill werkzaam als opticien in zijn eigen zaak toen hij in september 1999 Lee Jordan in dienst nam als *technician/dispenser*. Lee Jordan heette eigenlijk Ali Amelzadah, maar trad dikwijls onder een andere naam naar buiten. Amelzadah was anderen bijvoorbeeld ook bekend als Daniel Brougham. Die laatste naam wordt in de uitspraken gebruikt en wordt daarom ook hier gebruikt.

Op een zeker moment liet zijn moeder Van Colle weten dat Broughams *national security number* niet correct was volgens de belastingdienst. Brougham, op zijn beurt, liet aan Van Colle weten dat er sprake moest zijn van een misverstand, maar reageerde na verder doorvragen door Van Colle agressiever. Kort voor Kerstmis 1999 meldde Brougham zich ziek bij werkgever Van Colle en hij verscheen sindsdien nooit meer op zijn werk bij Van Colle. Van Colle schreef hem nog een brief waarin hij vroeg om vergoeding voor een defecte installatie waarvan hij meende dat het Broughams schuld was dat die defect was, maar kreeg daar geen reactie op. Na een aanhouding vanwege een vermeende diefstal bij Southern Counties werden in Broughams garage gestolen goederen gevonden, waaronder ook zaken die aan Van Colle toebehoorden.

Verskillende incidenten vonden daaropvolgend plaats om getuigen in de diefstal-zaak (waaronder Van Colle) van hun getuigenis te weerhouden. Een aantal incidenten had betrekking op Van Colle. Op 9 november werd Van Colle gebeld en kreeg hij te horen: *'Give Alpha Optical a call and get them to drop the charges you motherfucker ... Do you hear me? Do you hear me?'*³⁰⁹ Dat telefoontje was voor *Detective Constable* Ridley de aanleiding om te besluiten Brougham vast te zetten vanwege intimidatie van getuigen. *DC* Ridley had daartoe op 23 november eerst een afspraak met Van Colle om zijn verklaring op te nemen, waarna hij Brougham zou aanhouden. Maar zo ver kwam het niet: in de avond van 22 november werd Van Colle door Brougham doodgeschoten.³¹⁰

De ouders van Van Colle vorderden schadevergoeding van de politie vanwege nalatig handelen en claimden vergoeding van eigen schade, alsook van de schade die hun zoon Giles Van Colle had geleden. In eerste instantie werd schadevergoeding aan de beide ouders van Van Colle toegewezen op grond van *section 8 HRA*

307 Varuhas 2011, p. 225.

308 *Court of Appeal (England and Wales)* 24 april 2007, *Van Colle v Chief Constable of the Hertfordshire Police* [2007] EWCA Civ 325.

309 *Court of Appeal (England and Wales)* 24 april 2007, *Van Colle v Chief Constable of the Hertfordshire Police* [2007] EWCA Civ 325, at 38.

310 *Court of Appeal (England and Wales)* 24 april 2007, *Van Colle v Chief Constable of the Hertfordshire Police* [2007] EWCA Civ 325.

1998. Het ging om £ 15.000 vanwege *distress* die Giles Van Colle in de weken tot zijn dood had geleden en £ 35.000 vanwege hun (de ouders') eigen *grief and suffering*. De *Chief Constable* kwam daartegen in beroep gekomen en meende dat er geen sprake kon zijn van een vergoedingsverplichting en dat, zover daarvan volgens het *Court of Appeal* al sprake kon zijn, de omvang niet redelijk was, want te hoog. Omdat de *Chief Constable* niet apart was opgekomen tegen het feit dat er een vergoeding was toegekend aan de ouders vanwege hun eigen schade, heeft het *Court of Appeal* dit punt *for possible future consideration* gelaten.

Het *Court of Appeal* nam in de beroepszaak in de eerste plaats aan, rekening houdend met appellants klacht, *'that the judge's approach to the facts did not reflect the difference between (as he put) the perspective available to her as the Judge and that which presents itself to a busy police officer'*, de politie *'should have known that there was a real risk to his [Van Colle's, JE] life and that the risk was and would remain immediate until the date of Brougham's trial.'*³¹¹ Het nam verder aan dat er een verplichting voor de politie bestond om Van Colle te beschermen en dat, als de politie aan haar verplichting zou hebben voldaan, er een redelijke mogelijkheid zou zijn geweest dat Van Colle's dood zou zijn voorkomen.³¹²

Het *Court of Appeal* besliste dat bij het bepalen van de omvang van de vergoeding niet moet worden aangehaakt bij de regels op het gebied van het schadevergoedingsrecht, maar bij de Straatsburgse rechtspraak. *Van Colle v Chief Constable of Hertfordshire Police* *refreshes*, aldus Spencer, het Engelse remedierecht op onderdelen die buiten het bereik van andere instrumenten liggen.³¹³

De laatste zaak die hier de schadevergoedingspraktijk onder de *HRA 1998* illustreert, is de zaak *Anufrijeva v London Borough of Southwark*.³¹⁴ In deze zaak was vermeend slecht bestuur aan de orde. Eisers waren allen naar Engeland gekomen om asiel aan te vragen. De klachten van eisers zagen alle op het slecht uitoefenen van hun publieke taken door overheidsorganen bij het toekennen van bepaalde aanspraken die eisers zouden toekomen.

Lord Woolf wijdde in de zaak een uitgebreide beschouwing aan de schadevergoedingspraktijk en zette die af tegen de *common law* vergoedingsverplichting via *tort of contract*. De vergoedingsverplichting in de *HRA 1998* verschilt op ten minste vijf punten van de schadevergoedingsregelingen in de *common law*. In de eerste plaats is de vergoeding een remedie voor *'unlawful acts of public authorities identified by section 6(1)'*. Punt twee is dat de vergoedingsverplichting een discretionaire bevoegdheid voor de rechter is en dus niet per se ontstaat met het vervullen van vereisten.³¹⁵ Ten derde moet de vergoedingverplichting noodzakelijk zijn om billijke

311 *Court of Appeal (England and Wales)* 24 april 2007, *Van Colle v Chief Constable of the Hertfordshire Police* [2007] EWCA Civ 325, at 94.

312 *Court of Appeal (England and Wales)* 24 april 2007, *Van Colle v Chief Constable of the Hertfordshire Police* [2007] EWCA Civ 325, at 96.

313 Spencer 2008, p. 15.

314 *Court of Appeal (England and Wales)* 16 oktober 2003, *Anufrijeva v London Borough of Southwark* [2003] EWCA Civ 1406.

315 *Court of Appeal (England and Wales)* 16 oktober 2003, *Anufrijeva v London Borough of Southwark*

genoegdoening te bereiken. De rechter moet in de vierde plaats principes die het EHRM heeft ontwikkeld meewegen bij de vraag of een vergoeding aangewezen is en bij de vaststelling van de omvang van de vergoeding. Als vijfde, laatste punt heeft *Lord Woolf* gesteld dat de vergoedingsverplichting in de *HRA 1998* zich van de *common law* onderscheidt in die zin dat *exemplary damages* niet kunnen worden toegekend.³¹⁶

6.3.5.2.4. *Common law* en *HRA 1998*: *Chief Constable of the Hertfordshire Police v Van Colle*; *Smith v Chief Constable of Sussex Police*

Een belangrijke uitspraak, tot slot, is de uitspraak door het *House of Lords* in de samengevoegde zaken *Van Colle* (zie § 6.3.5.2.3) en *Smith*. In de beide zaken hielden de benadeelden de politie verantwoordelijk voor nalaten om *Giles Van Colle* respectievelijk *Stephen Paul Smith* te beschermen tegen geweld door derden. *Van Colle* kwam te overlijden, *Smith* raakte ernstig gewond. De ouders van *Van Colle* hielden de politie verantwoordelijk en baseerden hun claim op *sections 6 HRA 1998* en *section 7 HRA 1998*, en verweten de politie een schending van de artikelen 2 en 8 EVRM. *Smith* claimde vergoeding op grond van de *common law of torts* en bracht geen actie onder de *HRA 1998* aan.

Zo lag dus aan het *House of Lords* de vraag voor naar ontvankelijkheid van de politie voor schadevergoedingsclaims op grond van de *common law* en op grond van de *Human Rights Act 1998*.³¹⁷ In de eerste zaak, *Van Colle*, besliste het *House of Lords* dat de aansprakelijkheid van de politie moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven zoals die door het EHRM in de zaak-*Osman* zijn uiteengezet. Om te beslissen of op de politie een beschermingsverplichting rustte, moet dus worden vastgesteld ‘*that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.*’³¹⁸

In de zaak-*Smith* overwoog het *House of Lords* (*Lord Bingham* of *Cornhill* uitgezonderd) dat op de politie geen *duty of care* rust en werd aansluiting gezocht bij het *core-principle* dat was geformuleerd in de zaak-*Hill* (zie § 6.5.3.2.3.3). Kort gezegd zou de politie voldoende gemotiveerd zijn om zijn taak naar behoren uit te voeren. Het vooruitzicht van potentiële claims zou juist drukkend werken en de politie te voorzichtig te werk doen gaan. Bovendien zou tijd en geld verloren gaan aan onderzoek naar nalatig handelen door de politie. Anders dan *Lord Bingham* of *Cornhill*,

[2003] EWCA Civ 1406, at 50.

316 *Court of Appeal (England and Wales)* 16 oktober 2003, *Anufrijeva v London Borough of Southwark*

[2003] EWCA Civ 1406, at 55.

317 *House of Lords* 30 juli 2008, *Chief Constable of the Hertfordshire Police v Van Colle*; *Smith v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 50, at 2.

318 Citaat van het EHRM in de zaak-*Osman* door *Lord Bingham* of *Cornhill* in: *House of Lords* 30 juli 2008, *Chief Constable of the Hertfordshire Police v Van Colle*; *Smith v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 50, at 29.

die overwoog ‘that “there is a strong case for developing the common law action for negligence in the light of Convention rights”³¹⁹, overwoog Lord Hope of Craighead: ‘In cases brought under sections 6 and 7 of the Human Rights Act 1998 where the article 2 positive obligation is said to have been breached by a public authority, the relevant principle is that described by the Strasbourg court in *Osman*. But in my opinion the common law, with its own system of limitation periods and remedies, should be allowed to stand on its own feet side by side with the alternative remedy.’³²⁰

De uitspraak van het *House of Lords* in de samengevoegde zaken *Van Colle* en *Smith* en het naast elkaar bestaan van twee acties voor de sanctionering van fundamentele rechtsschendingen door de overheid in het Engelse recht doet verschillende vragen rijzen. Een belangrijke vraag is de vraag naar een rechtvaardiging voor de keuze om de overheidsaansprakelijkheid op grond van de *law of torts* niet te ontwikkelen in het spoor van de *Human Rights Act 1998*.³²¹

Du Bois zoekt een rechtvaardiging voor deze keuze in het verschil in rechtvaardigheid waarop de beide routes zien. Terwijl de *common law of torts* is ingesteld vanuit het idee van *corrective justice*, liggen aan de *HRA 1998* meer verdelende – *distributive* – gedachten ten grondslag: ‘*The[se] divergences between tort law and human rights law are not accidental. They exist because while human rights law is designed to supervise the exercise of authority, tort law serves to resolve conflicts among right-holders.*’³²² De bilaterale verhouding in de *common law of torts* zou er aan in de weg staan dat voldoende kan worden tegemoetgekomen aan het idee dat de overheid is belast met het bestuur over gemeenschapsgelden. Du Bois stelt vast dat de beide systemen complementair werken en dat, met dat in het achterhoofd, de integriteit van de beide systemen moet worden gewaarborgd.³²³

6.3.5.2.5. *Rabone v Pennine Care NHS Foundation Trust*: een nieuwe dimensie

Aan de overheidsaansprakelijkheid via de band van de *HRA 1998* in Engeland is recent een nieuwe dimensie toegevoegd met de uitspraak van het *Supreme Court* in de zaak-*Rabone v Pennine Care NHS Foundation Trust*.³²⁴ In deze zaak was de zelfmoord van eisers’ dochter, Melanie Rabone, aan de orde. Melanie leed aan een depressie en werd door het psychiatrisch ziekenhuis, waar zij vanwege haar depressie vrijwillig verbleef, toegestaan het ziekenhuis twee dagen en nachten te verlaten. Melanie pleegde in deze tijd zelfmoord. De ouders van Melanie claimden als erfgenamen schade-

319 *House of Lords* 30 juli 2008, *Chief Constable of the Hertfordshire Police v Van Colle; Smith v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 50, at 58.

320 *House of Lords* 30 juli 2008, *Chief Constable of the Hertfordshire Police v Van Colle; Smith v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 50, at 82.

321 De vraag wordt beantwoord door Du Bois in: Du Bois 2011.

322 Du Bois 2011, p. 602.

323 Du Bois 2011, p. 608.

324 *Supreme Court* 8 februari 2012, *Rabone v Pennine Care NHS Foundation* [2012] UKSC 2. Zie ook hierna gewezen: EHRM 13 maart 2012, nr. 2694/08 (*Reynolds/Verenigd Koninkrijk*). En ook: Andenas 2012; Tettenborn 2012.

vergoeding vanwege nalaten op grond van de *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934* en claimden vergoeding van eigen (immateriële) schade vanwege het schenden van artikel 2 EVRM door het ziekenhuis. Ze verweten het ziekenhuis te hebben nagelaten haar positieve verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM na te komen. Meer concreet verweten ze het psychiatrisch ziekenhuis niet voldoende maatregelen te hebben getroffen om Melanie er van te weerhouden zelfmoord te plegen. Het was voor eisers onmogelijk om hun eigen schade vanwege het overlijden van Melanie vergoed te krijgen op grond van de *Fatal Accidents Act 1976* (hun dochter was namelijk ouder dan 18 jaar), maar de *HRA 1998* bood uitkomst.

In de uitspraak-*Rabone v Pennine Care NHS Foundation Trust* besliste het *Supreme Court* dat de ouders van Melanie Rabone recht hadden op vergoeding van door hun zelf geleden (immateriële) schade vanwege het overlijden van hun dochter. Een belangrijke horde die het *Supreme Court* daartoe moest nemen was te beslissen dat er niet alleen een positieve (beschermings)verplichting (*operational duty*) op de overheid rust ingeval het leven van een persoon wordt bedreigd door een derde (zoals bijvoorbeeld in *Osman, Van Colle en Smith*), maar óók in een geval als dat van Melanie, waarin een persoon een bedreiging vormt voor zichzelf: ‘*I am in no doubt that the trust owed the operational duty to her (i.e. Melanie) to take reasonable steps to protect her life from the real and immediate risk of suicide.*’³²⁵ Daarbij speelde mee, aldus Lady Hale, dat Rabone juist was opgenomen in het ziekenhuis met het doel te voorkomen dat zij zelfmoord zou plegen en ook om verbetering te brengen in haar mentale gezondheid.³²⁶ Belangrijk was ook dat het mogelijk zou zijn geweest Melanie, ondanks haar vrijwillige opname, te verhinderen het ziekenhuis te verlaten.

De nieuwe dimensie die door het *Supreme Court* met de beslissing in de zaak-*Rabone* aan de overheidsaansprakelijkheid op grond van de *HRA 1998* is toegevoegd, onderstreept nog eens de mogelijkheden die de *HRA 1998* biedt als de *common law* geen remedie geeft en geeft extra aanleiding tot discussie. Tettenborn uit drie zorgen bij deze uitspraak. In de eerste plaats moet de toepassing van het EVRM door de rechter terughoudend gebeuren, gezien de verhouding waarin de rechter in een democratie staat tot de wetgever: ‘*A claim to a human right, it is easy to forget, is a claim to a right to bypass democracy: to be accorded a benefit at the behest of a judge notwithstanding the decision of an elected government not to grant it.*’³²⁷ Tettenborn meent ten tweede dat het *Supreme Court* met de uitspraak in de zaak-*Rabone* van de actie op grond van artikel 2 EVRM een verlengstuk maakt van *tort law*, terwijl dat door het EHRM uitdrukkelijk wordt vermeden en artikel 2 EVRM overigens ook niet is bedoeld om te voorzien in een consistent *law of negligence*: ‘*The tort of negligence, being bound to provide a general protection, must aim within reason at universality and consistency. (...) By contrast, the fault-based remedies demanded by art. 2 of the ECHR are essentially gap-filling and exceptional (...).*’³²⁸ En in de derde plaats brengt de zaak-*Rabone* volgens Tettenborn verwarring in de *wrongful death*-sfeer. Soms zal

325 *Supreme Court* 8 februari 2012, *Rabone v Pennine Care NHS Foundation* [2012] UKSC 2, at 34.

326 *Supreme Court* 8 februari 2012, *Rabone v Pennine Care NHS Foundation* [2012] UKSC 2, at 105.

327 Tettenborn 2012, p. 330.

328 Tettenborn 2012, p. 330.

op grond van artikel 2 EVRM een claim tegen de overheid kunnen worden ingesteld, terwijl dat in andere zaken niet mogelijk zal zijn.³²⁹

6.3.5.2.6. Tussenconclusie

De Engelse benadering voor schadevergoeding via de *HRA 1998* is een benadering die in de eigen context van het Engelse recht werkt en daarop is afgestemd, maar desalniettemin waardevolle informatie verschaft als benadering voor (secundaire) overheidsaansprakelijkheid vanwege fundamentele rechtsschendingen. Het Engelse recht laat een praktijk zien van een bijzondere grondslag voor vergoeding als het gaat om fundamentele rechtsschendingen door overheidsorganen, naast de grondslag in de *common law of torts*. De schadevergoedingsregeling in *section 8 HRA 1998* reflecteert de Straatsburgse benadering via artikel 41 EVRM en loopt daarom niet altijd in de pas met de vergoedingsverplichtingen volgens de *common law*.

6.3.5.3. Argumenten vóór

Er is in de eerste plaats een aantal argumenten dat pleit vóór een bijzondere benadering van de (secundaire) overheidsaansprakelijkheid. Een eerste argument gaat terug op het verschil in aard van de publiekrechtelijke verhouding en de privaatrechtelijke verhouding en houdt in dat de toepassing van algemene regels van privaatrecht – hier het aansprakelijkheidsrecht – op publiekrechtelijke geschillen, de privaatrechtelijke regels geweld aan zou doen in die zin dat ze door de toepassing op de niet-privaatrechtelijke geschillen worden aangetast.³³⁰

Een tweede argument voor een bijzondere benadering voor secundaire overheidsaansprakelijkheid is dat de grondslag van de schadevergoedingsactie vraagt om een andere benadering dan de benadering die het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is. Dat is namelijk een benadering die is toegespitst op de vraag waar het rechtvaardig is om de vrijheid van een individu te beperken ten gunste van de bescherming van belangen van andere individuen. Du Bois signaleert een gevaar als die vraag ook wordt beantwoord als individuen hun rechten gehandhaafd willen, in het bijzonder jegens de overheid, omdat *tort law* zich laat karakteriseren door zijn bilaterale structuur en die structuur zich moeilijk leent als kader voor de beoordeling van vermeende fundamentele rechtsschendingen door overheidsorganen:

‘The fundamental importance to the common law of tort of the distinction between acts and omissions reveals its concern with “negative” rights, with liberties, rather than claims to benefits. In treating this distinction as insignificant, human rights law (at least in its European variant) shows itself to be concerned instead with what ties people together into a political community: the management of their common resources by the state and its constituent authorities. Given its bilateral structure, tort law is not a suitable vehicle for determining whether liability should be imposed for

329 Tettenborn 2012, p. 331.

330 *Monetary Remedies in Public Law* 2004, p. 84.

*breaches of rights and duties that derive specifically from public authorities' character as such.*³³¹

Stevens brengt tegen opvattingen als deze in dat de *tort of negligence* vaak verwarrend wordt gebruikt om de verschillende aard van *tort law* met een rechtenbenadering te benadrukken.³³² ‘*The “tort of negligence” is the cuckoo in the nest*’, stelt Stevens, die daarmee wil zeggen dat de *tort of negligence* niet past in zijn context van de *law of torts*, omdat de meeste *torts* hun samenhang ontleen aan het recht waaraan ze zijn gerelateerd.³³³ Het is daarom niet correct om de *law of torts* met de *tort of negligence* te vereenzelvigen of de *tort of negligence* te gebruiken in een beschrijving van de *law of torts*. Stevens staat daarom een rechtenbenadering voor de *law of torts* voor en stelt daarmee een andere benadering van de *tort of negligence* voor. Hij stelt voor om rechten als startpunt van een coherent aansprakelijkheidsrecht te nemen en meent dat de theorie waarop dat recht is gebaseerd een theorie moet zijn die de rechten uitlegt.³³⁴

6.3.5.4. Argumenten tegen

Ten minste drie argumenten tegen een bijzondere regeling voor (secundaire) overheidsaansprakelijkheid vanwege fundamentele rechtsschendingen kunnen uit de Engelse praktijk worden opgemerkt: in de eerste plaats is het voor rechters een te grote opgave om de rechtspraak van het EHRM goed te doorgronden en daar grip op te krijgen, in de tweede plaats werkt een actie die niet aansluit bij het schadevergoedingsrecht onder *tort law* inconsistentie en incoherentie in het schadevergoedingsrecht in de hand, en het is ten derde niet nodig om een zelfstandige actie te creëren, omdat *tort law* in staat is te voorzien in een actie voor de handhaving van fundamentele rechten.³³⁵

Het eerste argument tegen een zelfstandige benadering voor (secundaire) overheidsaansprakelijkheid die aanhaakt bij het recht onder de fundamentele rechten, is dat de Engelse rechters moeilijkheden ondervinden bij de interpretatie van Straatsburgse rechtspraak. De *Law Commission* signaleerde in deze context een gebrek aan theorievorming onder het EVRM: ‘*Perhaps the most striking feature of the Strasbourg case-law, to lawyers from the United Kingdom, is the lack of clear principles as to when damages should be awarded and how they should be measured.*’³³⁶ Het is een belangrijk argument met het oog op een in Nederland te ontwikkelen benadering, omdat het EVRM in Nederland ook een belangrijk aanknopingspunt is bij de bescherming van fundamentele rechten.³³⁷ Het argument moet anderzijds ook worden

331 Du Bois 2011, p. 607.

332 Stevens 2007, p. 296.

333 Stevens 2007, p. 296.

334 Stevens 2007, p. 300.

335 Varuhas 2011.

336 *Damages under the HRA 1998 2000*, p. 19. En ook: *Court of Appeal (England and Wales) 16 oktober 2003, Anufrijeva v London Borough of Southwark* [2003] EWCA Civ 1406, at 52.

337 Zie hoofdstuk 2.

gerelativeerd gezien de ontwikkeling sinds de signalering door de *Law Commission* heeft doorgemaakt.³³⁸

De interpretatie van het EVRM is noodzakelijk, omdat in Engeland als uitgangspunt geldt dat de schadevergoedingsverplichting in *section 8 HRA 1998* de vergoedingsverplichting in artikel 41 EVRM reflecteert. De rechters moeten niet aanhaken bij het schadevergoedingsrecht dat zich in *tort law* heeft ontwikkeld, maar de rechtspraak van het EHRM als uitgangspunt nemen.

Een tweede argument om géén bijzondere benadering voor de (secundaire) overheidsaansprakelijkheid te ontwikkelen, is dat het inconsistentie in de hand werkt als er geen aansluiting wordt gezocht bij het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, maar als er wordt aangesloten bij de benadering die het EHRM voor artikel 41 EVRM heeft uitgewerkt.³³⁹ Als aan twee zaken vergelijkbare feitencomplexen ten grondslag liggen, is het onwenselijk als oplossingen voor de zaken die aan de hand van verschillende benaderingen worden gegeven anders zijn. Dit argument kan mij niet overtuigen, omdat de grondbeginselen waarop de beide acties zijn gebouwd fundamenteel van elkaar verschillen. Als een feitencomplex in een specifiek geval zo is dat beide regelingen erop van toepassing zijn, komt het mij voor dat het aan de benadeelde is de voor hem meest gunstige actie te kiezen. Wellicht is aan de vereisten van een actie op grond van een fundamentele rechtsschending gemakkelijk voldaan, maar is er in het (traditionele) aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht meer te halen.

En ten derde stellen verschillende auteurs dat de belangrijkste functie van de vergoedingsverplichting volgens de *HRA 1998* vindicatie van rechten is, en dat dat ook een functie is die door de *law of torts* wordt uitgeoefend, namelijk in het bijzonder door *vindictory torts* als *trespass, battery, false imprisonment* en *defamation*.³⁴⁰ Zoals net al werd aangestipt heeft Stevens een nieuwe benadering voor het aansprakelijkheidsrecht uitgewerkt, die van het aansprakelijkheidsrecht een coherente regeling maakt. Die benadering is nota bene een rechtenbenadering. Stevens legt ook uit dat de toegenomen populariteit van de *tort of negligence* en de gebruikelijke uitleg van de *law of torts* aan de hand van de *tort of negligence* niet wegneemt dat de *tort of negligence* een uitzondering is in het Engelse aansprakelijkheidsrecht en andere *torts* zich juist rond rechten concentreren.³⁴¹ Wat hier van verder zij, zou dit argument denk ik moeilijk opgaan als we spreken over het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Daar is, denk ik, de schadevergoedingsverplichting altijd de uitkomst van een afweging van factoren in de sfeer van de benadeelde en in de sfeer van de benaderer. Een dergelijke afweging heeft dus een heel andere insteek dan die zoals in de Engelse *HRA 1998*.

338 Zie onder meer de uitgebreide analyse van artikel 41 EVRM door *The Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences* (ETL), gesteund door *the European Centre of Tort and Insurance Law*. Zie: Fenyves, Karner, Koziol & Steiner 2011.

339 Voor Engels recht aangetoond door Varuhas: Varuhas 2011, p. 241-245.

340 Varuhas 2011, p. 233.

341 Stevens 2007. In gelijke zin: Varuhas 2011, p. 232. Expliciet anders Hickman: 'The common law has traditionally preferred to define unlawfulness by reference to duties, and not rights.' Hickman 2002, p. 19.

6.3.6. Benadering 5: de aangrenzende en met de civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsactie samenvallende actie

6.3.6.1. Inleiding

Als vijfde en laatste benadering voor het linken van fundamentele rechten en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht komt de aangrenzende en met de civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsactie samenvallende actie aan de orde.

In deze paragraaf wordt eerst de actie van de adequate genoegdoening in het Zuid-Afrikaanse recht toegelicht (§ 6.3.6.2), in welk kader ook de verklaring voor recht wordt besproken. In de tweede plaats komen de gebods- en verbodsacties aan de orde (§ 6.3.6.3), en tot slot wordt stilgestaan bij de zelfstandige civiele actie uit de Franse *Code civil* die al eerder is genoemd (§ 6.3.6.4).

6.3.6.2. Adequate genoegdoening in Zuid-Afrika

Section 38 Constitution van de Zuid-Afrikaanse constitutie voorziet in de mogelijkheid voor slachtoffers van constitutionele rechtsschendingen om *appropriate relief* (adequate genoegdoening) te vorderen. Omdat de Zuid-Afrikaanse constitutie ook in private rechtsverhoudingen geldt, verdient deze remedie van adequate genoegdoening hier bespreking als een benadering voor de verwezenlijking van fundamentele rechten die aan de civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsactie grenst. Vooraf moet worden opgemerkt dat de adequate genoegdoening een complementaire remedie is, en alleen mag worden toegepast als er geen andere actie voorhanden is.³⁴² Een dergelijke andere actie is bijvoorbeeld een delictuele schadevergoedingsactie. Die kan er bijvoorbeeld aan in de weg staan dat een vergoeding op grond van *section 38 Constitution* wordt toegekend.³⁴³

Adequate genoegdoening in de zin van *section 38 Constitution* kent ten minste vier verschijningsvormen, namelijk: *declarations of invalidity*, *declarations of rights*, *interdictory relief* en *damages*.³⁴⁴ De *declaration of invalidity* is kort gezegd de verklaring door de rechter dat een wet, een wetsbepaling, een gedraging van een persoon of orgaan in strijd is met de constitutie.³⁴⁵ De *declaration of rights* is verwant aan de *declaration of invalidity* maar kan, anders dan de *declaration of invalidity*, worden gegeven als er geen wetsbepaling of gedraging in strijd is met de constitutie. Een *declaration of rights* bindt verder alleen partijen, terwijl de *declaration of invalidity* eenieder bindt.³⁴⁶ *Interdictory relief* is een rechterlijk verbod of gebod en kan zijn *interim relief* (een verbod of gebod in afwachting van een rechterlijke uitspraak), *final interdicts* (bijvoorbeeld een definitieve beslissing om iets niet te mogen doen),

342 Currie & De Waal 2005, p. 190-191.

343 Zie: *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6.

344 Currie & De Waal 2005, p. 199 e.v.

345 *Section 172 Constitution*.

346 Currie & De Waal 2005, p. 213-214.

en *structural interdict*. *Structural interdict* is de veroordeling om de rechtsschending recht te zetten. Deze remedie is niet onomstreden vanwege de rol die het constitutionele hof bekleedt als de overheid is betrokken. Het hof verzoekt namelijk de overheid haar verplichtingen na te komen en later verslag te doen van de wijzen waarop zij dat heeft gedaan.³⁴⁷

Appropriate relief is gericht op de bescherming en de handhaving van de *Constitution*.³⁴⁸ Het constitutionele hof heeft in *Fose v Minister of Safety and Security* wat betreft *appropriate relief* nog onder *section 7* van de *interim Constitution* de bakens uitgezet, maar daaraan doet niet af dat de daar overwogen uitgangspunten ook onder de huidige constitutie onverminderd door de gerechten in aanmerking worden genomen en gelden.³⁴⁹ Hier wordt daarom eerst stilgestaan bij *Fose v Minister of Safety and Security*.

In *Fose v Minister of Safety and Security* werd door Fose geklaagd over mishandeling door de *South African Police Force*, die onder de verantwoordelijkheid van de *Minister of Safety and Security* handelt. Fose stelde dat de *South Africa Police Force* zijn recht op menselijke waardigheid had geschonden, net zoals zijn recht op vrijheid en veiligheid, zijn recht op privacy en zijn recht om gearresteerd en gevangen gehouden te worden op een manier die overeenstemt met het bepaalde in *Section 25 (1) and Section 25 (2) of the Constitution*.³⁵⁰ Fose vorderde naar aanleiding van de mishandeling op verschillende gronden schadevergoeding.

Fose vorderde op grond van de *law of delict* vergoeding voor *pain and suffering* (50000 Rand³⁵¹), voor *loss of enjoyment of the amenities of life and shock* (50000 Rand), voor *contumelia* (10000 Rand), voor *past and future medical expenses* (20000 Rand). Hij vorderde daarenboven onder de noemer '*constitutional damages*' nog eens 200000 Rand.³⁵² Van dat laatste bedrag werd wel gezegd dat het ook '*an element of punitive damages*' zou inhouden, en het werd beoogd een vergoeding te zijn voor dezelfde feiten en omstandigheden als de eerste vorderingen op grond van de *law of delict*. Fose onderstreepte dat naar zijn mening '*the common law does not provide a remedy sufficient to accentuate the importance of human rights violations*'.³⁵³ Het constitutionele hof lag de vraag voor of Fose aanspraak kon maken op *constitutional damages*, ter

347 Currie & De Waal 2005, p. 217-218.

348 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, § 19.

349 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6. Zie ook: *Constitutional Court* (Zuid-Afrika), 17 februari 1998, *City Council of Pretoria v Walker* [1998] ZACC 1, onder 95; *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 21 februari 2002, *Belperto School Governing Body and others v The Premier of the Western Cape Province and Another* [2002] ZACC, 2, onder 180; *Supreme Court of Appeal* (Zuid-Afrika) 30 mei 2007, *Tswelopele Non-Profit Organisation and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality* [2007] ZASCA, 70.

350 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 12.

351 1 Rand is ongeveer 0,09 Euro.

352 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 13.

353 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 16.

vindicatie van zijn rechten en als punitieve vergoeding, náást de vergoeding op grond van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.³⁵⁴

Justice Ackermann stelde in zijn *opinion* het volgende voorop:

*‘Appropriate relief will in essence be relief that is required to protect and enforce the Constitution. Depending on the circumstances of each particular case the relief may be a declaration of rights, an interdict, a mandamus or such other relief as may be required to ensure that the rights enshrined in the Constitution are protected and enforced. If it is necessary to do so, the courts may even have to fashion new remedies to secure the protection and enforcement of these all important rights.’*³⁵⁵

De rechter is dus vrij in zijn keuze voor de remedie die moet voorzien in adequate genoegdoening. Hij moet daarbij óók de belangen van anderen in ogenschouw nemen. Het Canadese *Charter of Rights and Freedoms* spreekt expliciet van een *appropriate and just remedy*, waarbij *appropriate* is uitgelegd als betrekking hebbend op de belangen van de eiser en juist als betrekking hebbend op de belangen van alle anderen die door de toekenning van de genoegdoening worden geraakt.³⁵⁶ Hoewel de Zuid-Afrikaanse constitutie alleen spreekt van *appropriate relief*, doet dat er niet aan af dat ook daarbij de belangen van allen die worden geraakt moeten worden meegewogen: *‘It can hardly be argued, in my view, that relief which was unjust to others could, where other available relief meeting the complainant’s needs did not suffer from this defect, be classified as appropriate.’*³⁵⁷

Justice Ackermann overwoog dat het gevaarlijk is om scherp onderscheid te maken tussen publiekrecht en privaatrecht, aangezien de beide rechtsgebieden naar elkaar zijn toegegroeid. Vandaag de dag zijn enerzijds publieke taken overgenomen door private partijen, en worden (anderzijds) privaatrechtelijke rechtsbeginselen soms toegepast op *state institutions*: *‘Suffice it to say that it could be dangerous to attach consequences to or infer solutions from concepts such as “public law” and “private law” when the validity of such concepts and the distinctions which they imply are being seriously questioned.’*³⁵⁸

Justice Ackermann stelde in antwoord op de centrale vraag voorop dat niet valt in te zien waarom *damages* niet kunnen worden toegewezen als *appropriate relief* als dat noodzakelijk is voor de bescherming en handhaving van de fundamentele rechten. Het zou vreemd zijn, aldus *Justice Ackermann*, dat in andere gevallen wel *damages* kunnen worden toegewezen, maar bij een schending van de *Supreme Law* niet.³⁵⁹

354 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 66.

355 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 19.

356 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 38.

357 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 38.

358 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 57. Zie: Van der Walt 2000; Van der Walt 2000-II.

359 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6,

De centrale vraag die voorlag is, tot slot, als volgt beantwoord. Wat betreft de reden van de vindicatie stelt Justice Ackermann dat een extra vergoeding niet noodzakelijk is en hij overweegt dat overigens ook als een benadeelde géén schade zou hebben geleden, niet is in te zien waarom die per se recht zou hebben op *damages*. Wat hem betreft zou kunnen worden volstaan met een *declaratory order* en kostenveroordeling.³⁶⁰

Voor een punitieve vergoeding was geen plaats: *‘Nothing has been produced or referred to which leads me to conclude that the idea that punitive damages against the government will serve as a significant deterrent against individual or systemic repetition of the infringement in question is anything but an illusion. Nothing in our own recent history, where substantial awards for death and brutality in detention were awarded or agreed to, suggests that this had any preventative effect. To make nominal punitive awards will, if anything, trivialise the right involved.’*³⁶¹ Relief in de zin van *constitutional damages* is dus afgewezen als punitieve remedie.

Er is wel plaats voor *constitutional damages* als dat noodzakelijk is voor vindicatie van rechten, maar in het specifieke geval van *Fose v Minister of Safety and Security* was van een noodzaak geen sprake. Er kon immers aanspraak worden gemaakt op vergoeding van de geleden schade via de *law of delict*. De remedie op grond van *section 8 Constitution* is dus van aanvullende aard.

De aanvullende functie van *appropriate relief* onder *section 8 Constitution* is ook als zodanig omschreven door Justice Mokgoro en Justice Sachs, die in *Belporto School Governing Body and others v The Premier of the Western Cape Province and Another* overwogen:

*‘In addition to the declaration, the court may proceed to provide additional appropriate relief. Sometimes a declaration of invalidity may not be sufficient, or appropriate on its own. The constitutional defect might lie in the incapacity of the common law or legislation to respond to the demands of the Bill of Rights. Section 8(3) then requires that the court should develop a suitable remedy.’*³⁶²

In *Belporto School Governing Body and others v The Premier of the Western Cape Province and Another* stond kort gezegd de discussie centraal over de strijdigheid met enkele bepalingen in de constitutie van de procedure in onderwijshervormingen na het einde van het *apartheid*-regime.

Een volgende belangrijke zaak in de context van *section 8 Constitution* is de zaak *Hofmann v South African Airways*.³⁶³ Die zaak zag op de weigering door South

onder 60.

360 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 68.

361 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 71.

362 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 21 februari 2002, *Belporto School Governing Body and others v The Premier of the Western Cape Province and Another* [2002] ZACC, 2, onder 180.

363 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 28 september 2000, *Hoffmann v South African Airways* [2000] ZACC 17.

African Airways om personen die met het hiv-virus leven als cabinepersoneel aan te nemen. Het was de vraag of een dergelijke praktijk in strijd was met een of meer fundamentele rechten in de *Bill of Rights*. De zaak was te meer gecompliceerd, zo moet worden vooropgesteld, gezien zijn maatschappelijke context waarover in § 5.6.6 al is gesproken, namelijk dat hiv-besmettingen een groot probleem zijn in Zuid-Afrika.

Na de conclusie dat de praktijk in strijd was met het recht op gelijke behandeling (*section 9 Constitution*), kwam het constitutionele hof toe aan het geëiste *appropriate relief* en overwoog dat de bevoegdheid van de rechter om *appropriate relief* toe te kennen moet worden gelezen in de het licht van *section 172(1)(b) Constitution*, dat zegt dat het de rechter is toegestaan elk *just and equitable* bevel uit te vaardigen:

‘Thus construed, appropriate relief must be fair and just in the circumstances of the particular case. Indeed, it can hardly be said that relief that is unfair or unjust is appropriate. As Ackermann J remarked, in the context of a comparable provision in the interim Constitution, “[i]t can hardly be argued, in my view, that relief which was unjust to others could, where other available relief meeting the complainant’s needs did not suffer from this defect, be classified as appropriate.” Appropriateness, therefore, in the context of our Constitution, imports the elements of justice and fairness.’³⁶⁴

Justice Ngcobo paste deze benadering zo toe dat hij in de context van ‘werk’ stelde rekening te moeten houden met zowel de belangen van de werknemer als de belangen van de werkgever. Hij overwoog dat het mogelijk is dat in andere gevallen ook de belangen van de maatschappij moeten worden meegewogen.

Bij de afweging met betrekking tot de beslissing over *appropriate relief*, die volgt op de vaststelling van de belangen, gelden als richtsnoer ‘*the objective, first, to address the wrong occasioned by the infringement of the constitutional right*’, ‘*second, to deter future violations*’, ‘*third, to make an order that can be complied with*’ en ‘*fourth, of fairness to all those who might be affected by the relief.*’³⁶⁵ Steeds moeten daarbij ook de aard van het recht dat is geschonden en de aard van de schending een rol spelen. Het constitutionele hof heeft de *but/for*-test voor de vaststelling van causaal verband ook een rol gegeven, namelijk als vraag die vooraf gaat aan de vraag welke vorm van *appropriate relief* geschikt is. Het hof vroeg zich in *Hofmann v South African Airways* af: ‘*Would the appellant have been employed but for the unfair discrimination?*’³⁶⁶ Met het uitgangspunt dat de (rechts)schending zo veel mogelijk moet worden hersteld, heeft het hof beslist dat de meest voor de hand liggende vorm van *relief* in *Hofmann v South African Airways* is een gebod tot het in dienst nemen van Hofmann. En dat is gebeurd.

364 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 28 september 2000, *Hoffmann v South African Airways* [2000] ZACC 17, onder 42.

365 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 28 september 2000, *Hoffmann v South African Airways* [2000] ZACC 17, onder 45.

366 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 28 september 2000, *Hoffmann v South African Airways* [2000] ZACC 17, onder 46.

De *appropriate-relief*-remedie is in *Dendy v University of the Witwatersrand and Others* nog verder uitgewerkt door het *High Court*.³⁶⁷ In die zaak kwam het onderscheid tussen een actie op grond van de *law of delict* en een actie op grond van de constitutie meer uitgebreid aan de orde.³⁶⁸ Dendy had namelijk schadevergoeding gevorderd vanwege een schending van zijn *constitutional rights*, die de aantasting van zijn waardigheid in de zin van *section 10 Constitution* tot gevolg had gehad, dan wel op grond van de *common law*. Dendy had kort gezegd gesolliciteerd naar een hoogleraarpost, maar zijn sollicitatie was afgewezen en daarmee was naar zijn mening op verschillende wijzen inbreuk gemaakt op zijn waardigheid.

In deze zaak is het uitgangspunt herhaald dat eerder al in *Fose* en *Hofmann* was vastgesteld, namelijk dat schadevergoeding in de *law of delict* de primaire remedie is, terwijl het doel van de constitutionele remedie niet in de eerste plaats vergoeding van schade, maar vindicatie van rechten is:

*'It is apparent from the above dicta that the nature of an appropriate remedy is determined by its object and its ability effectively to deal with the wrong occasioned by the infringement of the constitutional right. This immediately brings into focus the distinction between delictual and constitutional remedies. In delict, an award of damages is the primary remedy, its aim being to afford compensation in respect of the legal right or interest that has been infringed. The purpose of a constitutional remedy is to vindicate guaranteed rights and prevent or deter future infringements. In this context an award of damages is a secondary remedy to be made in only the most appropriate cases.'*³⁶⁹

Het *High Court* vermeldde in zijn uitspraak de opvatting van academici dat de *actio iniuriarum*, waarmee is beoogd te voorzien in genoegdoening voor '*wrongful and intentional injury to personality*', kan worden opgerekt om ook te voorzien in schadevergoeding wegens schendingen van grondrechten.³⁷⁰ '*The actio iniuriarum appears to be flexible enough to accommodate new claims for damages including, where appropriate, claims arising from violations of fundamental constitutional rights.*'³⁷¹ Eiser had zijn vordering vergelijkbaar onderbouwd, maar de rechter zag geen heil in een ontwikkeling via de *law of delict*, en zag voornamelijk problemen in gevallen waarin sprake is van schendingen van fundamentele rechten met een reikwijdte die groter is dan de reikwijdte van de privaatrechtelijke equivalenten:

'The problem lies with those infringements of fundamental rights that extend beyond the recognised ambit of the law of delict and which do not meet the requirements

367 *High Court* (Zuid-Afrika) 5 april 2005, *Dendy v University of the Witwatersrand and Others* [2005] ZAGPHC 39.

368 *High Court* (Zuid-Afrika) 5 april 2005, *Dendy v University of the Witwatersrand and Others* [2005] ZAGPHC 39.

369 *High Court* (Zuid-Afrika) 5 april 2005, *Dendy v University of the Witwatersrand and Others* [2005] ZAGPHC 39, onder 20.

370 Neethling, Potgieter & Visser 2006, p. 5.

371 *High Court* (Zuid-Afrika) 5 april 2005, *Dendy v University of the Witwatersrand and Others* [2005] ZAGPHC 39, onder 22.

*of delictual liability. Such as for example the rights to equality, religion, belief and opinion, assembly, demonstration, freedom of expression, association and movement, access to information and administrative justice rights.*³⁷²

De constitutionele remedie in *section 38* van de Zuid-Afrikaanse constitutie voorziet dus in een zelfstandige grondslag voor schadevergoeding, maar lijkt een klein toepassingsgebied beschoren. In de eerste plaats is vastgesteld dat *section 38 Constitution* pas mag worden toegepast als het Zuid-Afrikaanse recht niet anders in een remedie voorziet om fundamentele rechten te vindiceren. Als de remedie al mag worden toegepast, ligt het niet voor de hand dat een vergoeding wordt toegewezen. De mediëring van de rechtsschendingen is namelijk toekomstgericht, zodat een belangrijke vraag is of een vergoeding eraan bijdraagt dat schendingen worden voorkomen. Preventie is dus een belangrijke functie van de toekenning van schadevergoeding op grond van *section 38 Constitution*.³⁷³

In *Fose v Minister of Safety and Security* overwoog de constitutionele rechter dat de rechters in het kader van *section 38 Constitution* wellicht ook nieuwe remedies moeten ontwikkelen om de bescherming en handhaving van de fundamentele rechten te garanderen.³⁷⁴ Het leidt Van der Walt & Midgley tot de conclusie dat de toepassing van constitutionele beginselen tot een aantal veranderingen kan leiden, waartoe volgens hen ook hoort de ontwikkeling van nieuwe remedies. In *Mineworkers Investment Co (Pty) Ltd v Modbane* heeft het constitutionele hof bijvoorbeeld al aangenomen dat excuses kunnen worden opgelegd. Maar er zijn meer mogelijkheden om de remedies te ontwikkelen. Een daarvan is bijvoorbeeld door het erkennen van remedies die vergelijkbaar zijn met die uit de *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*.³⁷⁵ Tot de remedies in die wet horen verschillende gespecificeerde geboden, zoals ‘*an order to make specific opportunities and privileges unfairly denied in the circumstances, available to the complainant in question*’ en ‘*an order for the implementation of special measures to address the unfair discrimination, hate speech or harassment*’.³⁷⁶

6.3.6.3. Gebods- en verbodsacties

Gebods- en verbodsacties zijn middelen waarmee wordt gestreefd naar een rechterlijke veroordeling tot een doen (gebodsactie) of nalaten (verbodsactie). De acties zijn van groot belang in de context van de handhaving van fundamentele rechten. In die context staat immers voorop dat schendingen van de rechten, vanwege de aard van die rechten meer nog dan het geval is bij andere rechtsschendingen, moeten wor-

372 High Court (Zuid-Afrika) 5 april 2005, *Dendy v University of the Witwatersrand and Others* [2005] ZAGPHC 39, onder 23.

373 Constitutional Court (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 17.

374 Constitutional Court (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC, 6, onder 19.

375 Van der Walt & Midgley 2005, p. 27.

376 *Section 21 (2) Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*.

den voorkomen. De gebods- en verbodsacties bieden het daarvoor benodigde instrumentarium.

In Zuid-Afrika kunnen gebods- en verbodsacties *appropriate relief* zijn in de zin van *section 8 Constitution*. In de zaak *Hofmann v South African Airways* besloot het Zuid-Afrikaanse constitutionele hof dat de beste remedie na een rechtsschending een gebod tot het in dienst nemen van het slachtoffer was. Aan de orde was daar de afwijzing van een sollicitatie door Hofmann, vanwege het feit dat hij met hiv leefde. Toen het hof had geconstateerd dat in die zaak sprake was van een schending van het recht op gelijke behandeling vanwege het afwijzen van de sollicitatie om genoemde reden, overwoog het: *'An order of instatement, which requires an employer to employ an employee, is a basic element of the appropriate relief in the case of a prospective employee who is denied employment for reasons declared impermissible by the Constitution.'*³⁷⁷ Overigens kunnen vanzelfsprekend en ook in de ogen van het Zuid-Afrikaanse hof in het voorliggende geval, ondanks de feitelijke mogelijkheid om de rechtsschending te herstellen, redenen van rechtvaardigheid aan een gebod in de weg staan.³⁷⁸

In het Verenigd Koninkrijk is een belangrijke uitspraak gewezen in de zaak *Greene v Associated Newspapers* over de verbodsactie in de Engelse *common law*, waarin de vraag ter sprake kwam of de toen heersende leer van de *'real prospect of success'* ten aanzien van de verbodsactie in geval van *defamation* onder meer vanwege de in werking getreden *Human Rights Act* aan de kant kon worden gezet voor het makkelijker te bewijzen *'more likely than not'*.³⁷⁹ Aan de orde was daar een (voorgenomen) publicatie door *The Mail on Sunday* over Greene, een vrouw, zo zei *The Mail on Sunday*, die zich *one of Cherie Blair's closest friends* mocht noemen en die de Blairs bovendien als bemiddelaar zou hebben bijgestaan bij de aankoop van onroerend goed in Londen. Maar ook een vrouw, meende *The Mail on Sunday*, die bereid zou zijn Peter Foster, in de woorden van Greene een veroordeeld fraudeur, bij te staan bij de ontwikkeling van zijn onderneming in dieetpillen.³⁸⁰ Greene wilde publicatie van het artikel waarin zij aan Foster werd gelinkt voorkomen en verzocht de rechter zulks te verbieden. Zij bepleitte dat de regel uit *Bonnard v Perryman* moest worden weggezet voor het door *Lord Nicholls* overwogene in *Cream Holdings v Banerjee*.³⁸¹

In de eerste (eeuwenoude) zaak was overwogen *'that claimants will be unable to obtain an interim injunction to restrain the publication of an allegedly defamatory statement unless it is plain that the plea of justification is bound to fail.'*³⁸² In eerste in-

377 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 28 september 2000, *Hoffmann v South African Airways* [2000] ZACC 17, onder 50.

378 *Constitutional Court* (Zuid-Afrika) 28 september 2000, *Hoffmann v South African Airways* [2000] ZACC 17, onder 53.

379 *Court of Appeal (England and Wales)* 5 november 2004, *Greene v Associated Press* [2004] EWCA Civ 1462.

380 *Court of Appeal (England and Wales)* 5 november 2004, *Greene v Associated Press* [2004] EWCA Civ 1462, at 5 e.v.

381 *House of Lords* 14 oktober 2004, *Cream Holdings v Banerjee* [2004] UKHL 44.

382 *Court of Appeal (England and Wales)* 5 november 2004, *Greene v Associated Press* [2004] EWCA Civ 1462, at 20 e.v.

stantie overwoog de rechter dat daarvan in ieder geval geen sprake was. Greene kon volgens de rechter overigens wél voldoen aan de minder stringente test uit *Cream Holding v Banerjee*, die inhield: ‘As to what degree of likelihood makes the prospects of success “sufficiently favourable”, the general approach should be that courts will be exceedingly slow to make interim restraint orders where the applicant has not satisfied the court he will probably (“more likely than not”) succeed at the trial.’³⁸³ De beslissing ten aanzien van de rechtsvraag was daarom van het grootste belang voor Greene. De rechter meende dat hij gehouden was de regel uit *Bonnard v Perryman* toe te passen nu die in latere zaken – óók in *Cream Holdings v Banerjee* – was bevestigd.³⁸⁴ Ook het *Court of Appeal* wees het af, maar kwam daarvoor toe aan een bespreking van de vraag of de HRA 1998 verandering in de *Bonnard v Perryman*-praktijk kon brengen. Het argument van Greene wat dat betreft was enerzijds gestoeld op *section 12 (3) HRA 1998* en anderzijds op *section 6 HRA 1998*.

Section 12 (3) HRA 1998 houdt in: ‘No such relief is to be granted so as to restrain publication before trial unless the court is satisfied that the applicant is likely to establish that publication should not be allowed.’ Het *section 12*-argument deed de rechter snel af: ‘This language does not suggest that Parliament intended within this very section to whittle down a defendant’s right to freedom of expression in a case like this (...).’³⁸⁵ *Section 6 HRA 1998* werd meer uitgebreid behandeld. Met name kwam ook Straatsburgse rechtspraak aan bod. Als uitgangspunt gold volgens het hof met verweerder dat ‘scoops (...) are the lifeblood of the newspaper industry’ en dat ‘stale news is no news at all.’³⁸⁶ De rechter maakte een groot en belangrijk onderscheid tussen die zaken waarin met de publicatie van een tekst *confidentiality* op het spel staat, *national security* in het geding is of wanneer gevreesd wordt voor verlies van reputatie.³⁸⁷ Terwijl de schade die met de publicatie in de eerste twee gevallen wordt aangericht niet meer is te herstellen, geldt dat juist niet in het laatste geval en dat deed de rechter dan ook beslissen om niet af te wijken van de toets die hij aanlegde bij de beoordeling van het al dan niet verbieden van een publicatie.³⁸⁸ Gezien het belang bij het verbod in de onderhavige zaak en het grote gewicht bij persvrijheid, wees het *Court of Appeal* het beroep af.

383 *House of Lords* 14 oktober 2004, *Cream Holdings v Banerjee* [2004] UKHL 44 at 22. *Court of Appeal (England and Wales)* 5 november 2004, *Greene v Associated Press* [2004] EWCA Civ 1462, at 20 e.v.

384 *Court of Appeal (England and Wales)* 5 november 2004, *Greene v Associated Press* [2004] EWCA Civ 1462, at 32 e.v.

385 *Court of Appeal (England and Wales)* 5 november 2004, *Greene v Associated Press* [2004] EWCA Civ 1462, at 59 e.v.

386 *Court of Appeal (England and Wales)* 5 november 2004, *Greene v Associated Press* [2004] EWCA Civ 1462, at 75 e.v.

387 *Court of Appeal (England and Wales)* 5 november 2004, *Greene v Associated Press* [2004] EWCA Civ 1462, at 78 e.v.

388 *Court of Appeal (England and Wales)* 5 november 2004, *Greene v Associated Press* [2004] EWCA Civ 1462, at 82 e.v.

6.3.6.4. Een zelfstandige civiele actie: droit au respect de sa vie privée

In § 6.3.3.2 is opgemerkt dat in het eerste hoofdstuk van de Franse *Code civil* melding is gemaakt van een aantal *droits civils*. In *article 9 CC*, dat het recht op privéleven waarborgt, is bovendien een bijzondere, zelfstandige actie opgenomen die inhoudt dat – zonder afbreuk te doen aan de vergoeding van schade – de rechter alle maatregelen kan gebiedend die hij noodzakelijk acht om een inbreuk op dat recht te voorkomen of te stoppen. De actie is oorspronkelijk het resultaat van rechtspraak op dit gebied van de *Cour de cassation*, maar is tegenwoordig een bij wet geregelde, zelfstandige civiele actie. Bij de toepassing van de actie is de rechter expliciet niet gebonden aan de beginselen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.³⁸⁹

In Frankrijk is een ontwikkeling vastgesteld naar het verzelfstandigen van subjectieve rechten, waaronder dan wordt begrepen het zelfstandig functioneren van subjectieve rechten door het feit dat de subjectieve rechten ook acties behelzen voor het geval ze met voeten worden getreden. Er wordt wel gepleit voor het loslaten van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bij de toepassing van deze actie, omdat wordt gemeend dat het toepassen van de (algemene) regels voor aansprakelijkheid zou betekenen dat subjectieve rechten een groot deel van hun bruikbaarheid zouden verliezen. Liever zou het niet meer noodzakelijk zijn dat de harde eisen van het aansprakelijkheidsrecht – te weten *de la faute, du préjudice et du lien de causalité* – dienen te worden toegepast in zaken waarin subjectieve rechten zijn geschonden.³⁹⁰ De *Cour de cassation* heeft een belangrijke stap in die richting gedaan onder *article 9 CC*, nu hij meent dat – zoals ook eerder aangestipt – de actie die op grond van dat artikel is gegeven losstaat van die op grond van *article 1382 CC*.

De *Cour de cassation* zag zich in 1996 vooreerst gedwongen uitspraak te doen over de verhouding tussen de actie op grond van *article 9 CC* en het algemene aansprakelijkheidsrecht, als tot uitdrukking gebracht in *article 1382 CC*. Aan die uitspraak lag ten grondslag een zaak waarin weekblad *Z.* in maart 1992 een artikel publiceerde met foto's en onthullingen over een vermeende relatie tussen Prinses Caroline van Monaco en filmacteur Vincent Lindon.

In de zaak voor de cassatierechter kwam het weekblad op tegen een beslissing van de *Cour d'appel Paris*, waarin dat hof naar de mening van het weekblad ten onrechte was voorbijgegaan aan de beginselen uit *article 1382 CC*. Nadat het hof had geconcludeerd dat er sprake was van een schending van het portretrecht van de prinses, had het gemeend dat dat voldoende was om te concluderen tot een herstelverplichting – i.e. *réparation*. De *Cour d'appel* had zonder werkelijke motivatie het weekblad veroordeeld tot een schadevergoeding van 80000 franc.

De *Cour de cassation* overwoog: '*Mais attendu que selon l'article 9 du code civil, la seule constatation de l'atteindre à la vie privée ouvre droit à réparation.*'³⁹¹ De *Cour de cassation* stelde bovendien dat de appelrechter na een schending van het recht te

389 *Cour de cassation* 5 november 1996, Bull. Civ. I, n° 378, JCP, 1997, II 22805, note J. Ravanas.

390 Azzi 2007, p. 240.

391 *Cour de cassation* 5 november 1996, Bull. Civ. I, n° 378, JCP, 1997, II 22805, note J. Ravanas.

hebben geconstateerd, terecht ongebonden (*souverainement*) was overgegaan tot het ramen van de geleden schade.

De *Cour de cassation* heeft met zijn beslissing de onafhankelijkheid van *article 9 CC* en haar actie ten opzichte van het reguliere aansprakelijkheidsrecht onderstreept.³⁹² Goubeaux meent dat die verzelfstandiging betekent dat *la faute* en *le préjudice* zijn aangenomen met een simpele verwijzing naar het aangehaalde recht.³⁹³ Een *faute* is aangenomen met de vaststelling van een schending van het recht en *préjudice* is gegeven met het niet respecteren van iemands persoonlijkheid; er is dan namelijk in ieder geval sprake van morele schade.

Als is aangenomen dat een recht op *réparation* komt met de enkele schending van een recht, komt daarmee de belangrijke vraag op hoe een vergoeding wordt berekend. *Article 9 CC* blijkt het antwoord daarop niet in zich te hebben, het houdt wat dat betreft geen regeling in, terwijl de *Cour de cassation* – anderzijds – juist wel uitdrukkelijk afstand heeft genomen van de uitgangspunten in het algemene aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bij toepassing van *article 9 CC*.³⁹⁴ Daargelaten de zelfstandigheid van *article 9 CC*, zal men niet anders kunnen dan aan te knopen bij de regels van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voor de berekening van de schadevergoeding.³⁹⁵

Niet alleen voor de berekening van de vergoeding van *préjudice* vanwege een schending van het recht op privéleven, maar ook ingeval er sprake is van botsende rechten, lijkt het ordinaire aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht beter in staat een oplossing te bieden dan *article 9 CC*. In geval van botsende rechten rijst de vraag welke inbreuken op het recht op respect voor het privéleven kunnen worden gerechtvaardigd. Als wordt teruggevallen op het aansprakelijkheidsrecht, is een oplossing dat die inbreuken die *fautive* zijn, niet kunnen worden toegestaan (niet kunnen worden gerechtvaardigd).³⁹⁶ Uit het hier vastgestelde falen van *article 9 CC* gezien haar onmogelijkheid om te voorzien in een regeling voor het vaststellen van de schadevergoeding en haar onmogelijkheid om vast te stellen wanneer inbreuken niet kunnen worden toegestaan, blijkt dat de onafhankelijkheid van de actie in *article 9 CC* beperkt is. Desalniettemin heeft het artikel een belangrijke symbolische betekenis.³⁹⁷

In de Franse doctrine wordt benadrukt dat de situatie van het bestaan van *article 9 CC* en de daarin opgenomen, zelfstandige actie van *article 9 CC*, zoals die juist is uiteengezet, een artificieel karakter draagt, omdat alleen het recht op privéleven op een dergelijke wijze in de *Code civil* gestalte heeft gekregen en benadeelden bij een inbreuk op bijvoorbeeld het portretrecht nog altijd zijn aangewezen op *article*

392 Laulom in haar noot bij: *Cour de cassation* 5 november 1996, D. 1997, p. 403-404.

393 Goubeaux 2007, p. 52-53 en p. 475.

394 Laulom in haar noot bij: *Cour de cassation* 5 november 1996, D. 1997, p. 404.

395 Azzi 2007, p. 241.

396 Laulom in haar noot bij: *Cour de cassation* 5 november 1996, D. 1997, p. 405.

397 Azzi 2007, p. 241. Laulom in haar noot bij: *Cour de cassation* 5 november 1996, D. 1997, p. 405.

1382 CC.³⁹⁸ Bij het creëren van een zelfstandige actie in geval van schending van fundamentele rechten moet goed worden bezien voor welke rechten die een waarborg biedt of, anders, aan welke rechten een dergelijke actie wordt gehangen. Dat geldt des te meer indien die actie een bijzondere vergoedingsactie is die afwijkt van een bestaande algemene vergoedingsactie zoals die van het reguliere aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

Als Le Tourneau spreekt over de verbroekeling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, komt ook de rol die het aansprakelijkheidsrecht heeft (gehad) bij de opkomst van subjectieve rechten aan de orde. Le Tourneau meent wat dat betreft dat, hoewel naar het onderwerp veel onderzoek is verricht, niet voldoende naar voren is gebracht dat met de bevestiging van het bestaan van een subjectief recht zelfstandige bescherming tegen alle schade wordt beoogd, hetgeen niet alleen leidt tot het veranderen, maar zelfs ook tot het verdringen van het aansprakelijkheidsrecht.³⁹⁹ Le Tourneau laat er geen twijfel over bestaan dat dat zijns inziens niet de richting is waar het naar toe zou moeten: *‘En regard des droits toujours plus ambitieux dont l’individu se pense bardé, la vie fait de lui une victime permanente et toute atteinte à ses prétendus droits, toute déconvenue, lui est préjudice réparable.’*⁴⁰⁰

Het aannemen van schade vanwege de schending betekent een verdunning van het begrip *préjudice*. Dat begrip speelt niet langer de regulerende rol die het toekwam. De belangenafweging is daarvoor in de plaats gekomen. Die belangenafweging is een afweging tussen (enerzijds) de belangen waarvan het geschonden recht bescherming beoogt te bieden, en (anderzijds) de belangen die een inbreuk op dat recht rechtvaardigen. Als tegenover het geschonden recht echter niet een beschermd recht of beschermde vrijheid staat, komt uit de actie als die in *article 9 CC* voort, dat het niet is toegestaan om de behoefte aan schadeloosstelling te beteugelen. Een en ander met het gevaar dat het begrip *préjudice* rigoureuus verandert.⁴⁰¹

Le Tourneau dringt aan op een nauwkeurige definiëring van schade, in het bijzonder op een definiëring van het onderscheid tussen *préjudice* en *dommage*. Er wordt wel van *dommage* gesproken waar het gaat over de inbreuk (de inbreuk op het lichaam, op zaken, op het gevoel), terwijl van *préjudice* wordt gesproken als het gaat over *het gevolg van* de inbreuk (de gevolgen voor de persoon van het slachtoffer, voor zijn bezittingen, en voor zijn ‘zijn’). Dit onderscheid naar inbreuk en gevolg van de inbreuk maakt het mogelijk om een ander onderscheid te heroverwegen, namelijk tussen herstel en vergoeding (naar tegenwaarde). Slechts het eerste geval vervult werkelijk de (oorspronkelijke) functie van het aansprakelijkheidsrecht, namelijk de functie van het herstellen van een verstoord evenwicht. De laatste actie, de vergoeding, biedt het slachtoffer een remedie als werkelijke reparatie niet mogelijk is. Er wordt niet voldaan aan de herstelfunctie van het aansprakelijkheidsrecht, maar zijn

398 Azzi 2007, p. 248.

399 Le Tourneau 2008, p. 409.

400 Le Tourneau 2008, p. 410.

401 Le Tourneau 2008, p. 411.

normatieve functie wordt door vergoeding wel vervuld.⁴⁰² Er is dan sprake van morele genoegdoening.

6.3.6.5. Argumenten vóór en tegen

De verschillende acties die juist zijn voorbijgekomen en benaderingen zijn die grenzen aan of samenvallen met de inzet van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, zijn divers van aard, maar hebben gemeen dat het benaderingen zijn die meer dan het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht aansluiten bij de aard van het recht onder het EVRM, of het recht van fundamentele rechten. De adequate genoegdoening in Zuid-Afrika en de zelfstandige civielrechtelijke actie in *article 9 CC* in Frankrijk zijn ook beide ontwikkeld vanuit de hoek van de fundamentele rechten. De nauwe aansluiting bij de aard van het fundamentele-rechtenrecht is een belangrijk argument om liever op zo een bijzondere, alternatieve benadering in te zetten dan op het traditionele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

Een argument tegen de inzet van alternatieve remedies voor de handhaving van fundamentele rechten is het verlies van eenheid in het privaatrecht, maar dat kan niet werkelijk een argument tegen zijn, aangezien deze alternatieve acties op andere grondslagen berusten dan de grondslagen onder het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Deze gedachte wordt verder uitgewerkt in hoofdstuk 7, waar de keuze voor een nieuwe, aan het aansprakelijkheidsrecht verwante figuur wordt toegelicht.

6.4. LEIDRADEN UIT DE BENADERINGEN VOORTVLOEIEND

6.4.1. Inleiding

Naast het feit dat verschillende mechanismen bestaan om fundamentele rechten met het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te linken, zijn ook leidraden te beschrijven die bij het linken in acht moeten worden genomen. Er wordt hier kort een aantal leidraden uiteengezet zoals die aan het licht zijn gekomen bij het bestuderen van de vreemde rechtsstelsels, te beginnen bij de leidraad voor de situatie waarin eigen vergoedingssystemen aan schendingen van fundamentele rechten worden gekoppeld.

6.4.2. Doel: rechtshandhaving

Een van de belangrijkste uitgangspunten bij het vinden van een benadering om fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te plaatsen, is die zoals verwoord door *Justice Nkabinde* in *Governing Body of the Juma Masjid Primary School and Others v Essay N.O. and Others*, namelijk dat met de indaling van fundamentele rechten in het privaatrecht niet is beoogd af te doen aan de private

⁴⁰² Le Tourneau 2008, p. 411.

autonomie (sterker: het recht op private autonomie is naar mijn mening juist een zeer belangrijk in het privaatrecht te respecteren recht), noch om private partijen te belasten met plichten zoals de staat die heeft bij de bescherming van de *Bill of Rights*. Het moet voorop staan dat het doel is om private partijen te verplichten zich te onthouden ‘to interfere with or diminish the enjoyment of a right.’⁴⁰³ Die *rights* zijn van een status zoals de grondrechten dat zijn in het publiekrecht, maar komen niet een-op-een met die publiekrechtelijke grondrechten overeen.

Zoals Dürig meent kan het feit dat wetgever, bestuur en rechter aan de grondrechten zijn gebonden en verplicht zijn voor de handhaving daarvan in te staan, in Duitsland op grond van *Artikel 1 I 3 GG*, niet betekenen dat private partijen daarmee zonder meer op gelijke wijze als de overheid zijn gehouden zich van schendingen van grondrechten van anderen te onthouden; ‘*Den was sich für den Staat als (verfassungs-)gesetzliches Verbot darstellt (...), braucht für Private untereinander noch längst kein solches zu sein.*’⁴⁰⁴ Zo zijn er rechten die naar hun aard meer publiek zijn dan andere. Het recht op gelijke behandeling is er daar een van. Tegenwoordig is dat een recht dat ook in het privaatrecht in toenemende mate een rol heeft, maar daarmee is niet gezegd dat alle private partijen altijd zijn gehouden op gelijke wijze als de overheid andere private partijen gelijk te behandelen. Het is dus belangrijk goed en meer precies voor ogen te hebben wat het doel is van het handhaven van fundamentele rechten.

Naar mijn mening is het doel te voorzien in de handhaving van die rechten die, enerzijds, zo een belangrijke rol hebben in de ontwikkeling van de persoon en van een dergelijke invloed zijn op de persoon in de maatschappij, dat dat respect door private partijen rechtvaardigt, terwijl daar anderzijds bij moet worden bedacht dat is bezien of een dergelijk respect van private partijen mag worden verwacht en dus een proportionele inbreuk inhoudt op de handhaving van hun recht op vrijheid. Er moet met andere woorden voor worden zorg gedragen dat een zogenaamde *status socialis* wordt beschermd, of liever wordt verwerkelijkt.⁴⁰⁵

Het doel van rechtshandhaving is een belangrijke leidraad bij de ontwikkeling van de benadering voor de verwezenlijking van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, waarbij dus geldt dat rechtshandhaving niet alleen een doel is dat aan de actie door de benadeelde ten grondslag kan liggen, maar ook aan het verweer van de benadeler ten grondslag kan liggen.

6.4.3. Mate van doorwerking en evenwicht

Een tweede leidraad bij de ontwikkeling van de benadering voor de verwezenlijking van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is dat het belangrijk is in het oog te houden in welke mate fundamentele rechten doorwerking vragen. De uitwerking van een benadering draagt consequenties voor de

403 *Constitutional Court (Zuid-Afrika)* 11 april 2011, *Governing Body of the Juma Masjid Primary School and Others v Essay N.O. and Others*, [2011] ZACC 13, onder 58.

404 Dürig 1956, p. 162.

405 Dürig 1956, p. 165.

mate van doorwerking in zich. In de kern betekent de leidraad dat de verwezenlijking van fundamentele rechten voor de een niet mag leiden tot het tenietgaan van het genot van fundamentele belangen door een ander. In Zuid-Afrika geldt zo: *‘a recognition that the complete horizontal application of the Bill of Rights to all private situations is not feasible, and would destroy the core of individual freedom. (...) There should be a personal realm in which people cannot be coerced to subscribe to national or universal values. (...) However, where a group has oppressive features within their practices which harm other, the Bill of Rights may apply in a horizontal manner.’*⁴⁰⁶

6.5. CONCLUSIES

De rechtsvergelijkende studie heeft verrijkt met voorvragen, benaderingen en uitgangspunten ten aanzien van de wijze waarop het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan worden gelinkt aan fundamentele rechten, en meer in het bijzonder de wijze waarop het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (beter) kan bijdragen aan de handhaving van fundamentele rechten. De studie inspireert bij het vinden van een antwoord op de vraag hoe fundamentele rechten kunnen worden gehandhaafd via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De verschillende bestudeerde rechtsstelsels hebben in benaderingen voorzien voor de handhaving van fundamentele rechten in de context van hun eigen (staats)rechtelijke tradities.

Hoewel de vormgeving van de benadering voor de handhaving van fundamentele rechten via de band van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in de context van de eigen systemen is ingestoken en dus verschilt, hebben de systemen gemeenschappelijk dat de benadering voor de fundamentele rechten in belangrijke mate is ontwikkeld met betrekking tot de persoonlijkheidsrechten. In een debat over constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht spelen de persoonlijkheidsrechten vaak een grote rol.

Zo groot de rol van de persoonlijkheidsrechten, zo klein de rol van het eigendomsrecht in de discussie over de doorwerking fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Literatuur, rechtspraak en wetgeving in de verschillende onderzochte rechtssystemen hebben gemeen dat waar het gaat over de doorwerking van fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht hoofdzakelijk over persoonlijkheidsrechten en nauwelijks over het eigendomsrecht wordt gesproken. Die onderbelichting van het eigendomsrecht kan mogelijk worden verklaard door de bescherming waarop het eigendomsrecht al in het traditionele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (en ook breder in het privaatrecht) mag rekenen.

De benaderingen laten verder zien dat de insteek voor de bescherming van fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht niet alleen binnen dat rechtsgebied moet worden gezocht, maar dat een privaatrechtbrede benadering ook van invloed is op het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en ook wenselijk is om fundamentele rechten geïntegreerd onderdeel te laten uitmaken

406 Motala & Ramaphosa 2002, p. 323.

van het privaatrecht in meest brede zin. Een notie van beschermenswaardige belangen, op welke wijze ook vormgegeven, voorziet in een centraal referentiepunt voor de privaatrechtelijke fundamentele rechten dat bij de ontwikkeling van die rechten ervoor kan zorgen dat de eenheid in uitleg bewaard blijft. De benadering van constitutionele toetsing is bovendien een privaatrechtbrede back-up voor de bescherming van fundamentele rechten.

7 | EVRM, AANSPRAKELIJKHEID EN SCHADEVERGOEDING

7.1. INLEIDING

De karakterschetsen van het huidige Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht¹ en het recht onder het EVRM,² en het verslag van het rechtsvergelijkende onderzoek naar benaderingen in vreemde rechtsstelsels,³ hebben geleid naar een antwoord op de centrale onderzoeksvraag, die luidt:

Op welke wijze kan het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bijdragen aan de handhaving van fundamentele rechten – in het bijzonder van het recht op leven (als in artikel 2 EVRM), het recht op eerbiediging van een privé-, familie- en gezinsleven (als in artikel 8 EVRM), en het recht op bescherming van eigendom (als in artikel 1 Eerste Protocol EVRM)?⁴

In dit hoofdstuk en het volgende wordt het tweeledige antwoord op de centrale onderzoeksvraag toegelicht. Voordat het eerste deel van het antwoord in dit hoofdstuk wordt uiteengezet, wordt de vergelijking die is gemaakt tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in zijn huidige vorm en het recht onder het EVRM op basis van de karakterschetsen in de hoofdstukken 3 en 4 geëxpliciteerd. Die vergelijking heeft een drietal conclusies opgeleverd die hier aan de orde komen.

De vergelijking tussen het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM brengt fundamentele verschillen tussen de beide regelingen aan het licht. De verschillen doen er niet aan af dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht aanknopingspunten biedt voor de remediëring van fundamentele rechtsschendingen volgens een op die rechtsschendingen toegespitste benadering. En de aanknopingspunten doen er weer niet aan af dat er ook goede redenen zijn om naast de onrechtmatige daad een nieuwe bron van verbintenissen in het Nederlandse burgerlijk recht te introduceren die voorziet in de remediëring van fundamentele rechtsschendingen. De nieuwe bron van verbintenissen, die ik de *fundamentele rechtsschending* noem, komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

1 Zie hoofdstuk 3.

2 Zie hoofdstuk 4.

3 Zie de hoofdstukken 5 en 6.

4 Zie hoofdstuk 1.

De uiteenzetting in dit hoofdstuk moet dus worden beschouwd als het eerste deel van het tweeledige antwoord op de centrale onderzoeksvraag. De belangrijkste conclusies die volgen uit het in de vorige hoofdstukken uiteengezette, komen hier aan de orde. In § 7.2 worden de belangrijkste argumenten vóór constitutionalisering van het privaatrecht, en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht meer in het bijzonder, nog eens aangestipt. In de daaropvolgende § 7.3 worden de conclusies die de vergelijking tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM hebben opgeleverd, geëxpliciteerd. Het wordt duidelijk dat de beide regelingen teruggaan op fundamenteel andere beginselen die verklaren waarom het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zoals het tegenwoordig functioneert niet bij uitstek geschikt is om te voorzien in een regeling voor de handhaving van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Het wordt echter ook duidelijk dat het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht anderzijds wel aanknopingspunten biedt voor de remediëring van schendingen van fundamentele rechten. Deze aanknopingspunten worden in § 7.3.6 opgesomd en toegelicht. Na de aanknopingspunten worden twee belangrijke conclusies uit de rechtsvergelijking toegelicht (§ 7.4). In § 7.5 wordt verduidelijkt waarom een toegespitste benadering binnen het aansprakelijkheidsrecht en náást de onrechtmatige daad op zijn plaats is voor de handhaving van fundamentele rechten. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie die het eerste deel is van het antwoord op de centrale onderzoeksvraag (§ 7.6).

7.2. CONSTITUTIONALISERING VAN HET PRIVAATRECHT EN HET AANSPRAKELIJKHEIDS- EN SCHADEVERGOEDINGSRECHT IS WENSELIJK

In hoofdstuk 2 is de wenselijkheid van constitutionalisering van het privaatrecht in brede zin en de wenselijkheid van constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het bijzonder onderbouwd. Daarbij is vooropgesteld dat onder constitutionalisering in dit onderzoek is verstaan de verankering van fundamentele rechten in dat rechtsgebied. Constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht betekent – in het verlengde van constitutionalisering van het privaatrecht – de inzet van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voor de handhaving van fundamentele rechten. De conclusie is dat constitutionalisering van het privaatrecht en juist ook van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wenselijk is. In deze paragraaf komen de volgens mij belangrijkste argumenten vóór die conclusie opnieuw aan de orde, omdat ze het vertrekpunt bij het antwoord op de centrale onderzoeksvraag ondersteunen.

Een eerste, praktisch argument vóór constitutionalisering van het privaatrecht is dat constitutionalisering noodzakelijk is gezien de verplichtingen die staten hebben op grond van het EVRM om zorg te dragen voor de bescherming – óók in privaatrechtelijke verhoudingen – van de meest beschermenswaardige belangen van eenieder die op hun grondgebied ressorteert. Het is niet omstreden te zeggen dat A het recht op leven van B moet respecteren, net als zijn recht op eerbiediging van het

familielevens, privélevens, maar ook de eigendom. Het is wel de vraag hoe de bescherming in rechte vorm moet krijgen. Een belangrijke drempel daarbij is de tekstuele vormgeving van de fundamentele rechten die tegenwoordig nog vooral op het publiekrecht zijn toegeschreven. Dat doet er niet aan af dat fundamentele rechten in de privaatrechtelijke rechtspraak al met grote regelmaat worden uitgelegd en toegepast en dat daar dus al een belangrijk aanknopingspunt is voor verdere ontwikkeling van de constitutionalisering van het privaatrecht. Het is aan de lidstaten de handhaving verder vorm te geven.

Een tweede argument is dat fundamentele rechten het privaatrecht verrijken vanwege hun vage aard enerzijds en toespitsing op specifieke belangen anderzijds. Vaak wordt als bezwaar tegen horizontale werking van fundamentele rechten en verdere constitutionalisering van het privaatrecht gesteld dat via privaatrechtelijke wetgeving reeds is voorzien in oplossingen voor conflicten die uiteindelijk teruggaan op de bescherming van fundamentele belangen. Dat is ook zo, maar het privaatrecht kan niet uitputtend voorzien in dergelijke oplossingen en het is daarom de vraag of fundamentele rechten ook meer direct een rol kunnen en moeten spelen in de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Dat wil zeggen: of zij ook in hun meest simpele vorm als rechten, en dus zonder dat deze rechten via privaatrechtelijke wetgeving in toegespitste regelingen zijn vervat, van invloed kunnen zijn op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Fundamentele rechten overstrekken gezien hun vage aard het gehele (privaat)recht en kunnen daarom goed als vangnet dienen voor de gevallen waarin niet in een oplossing is voorzien. Tot die laatste gevallen horen ook de conflicten die weliswaar onder het toepassingsgebied van een specifieke regeling vallen, maar waarbij de toepassing van die regeling onrechtvaardig uitpakt. In het privaatrecht fungeren open normen als redelijkheid en billijkheid en goede trouw op vergelijkbare wijze. Fundamentele rechten onderscheiden zich in die zin van andere open normen in het privaatrecht dat zij belangen expliciteren.

Een derde, belangrijk argument voor constitutionalisering van het privaatrecht ligt in het verlengde van het vorige en is dat fundamentele rechten bijdragen aan meer rechtvaardige oplossingen in specifieke casus. Zoals Lindenbergh eerder heeft gesteld kunnen essentiële waarden en belangen gemakkelijk ondergesneeuwd raken in een privaatrecht dat op gebaande paden voortgaat.⁵

Constitutionalisering van het privaatrecht is dus wenselijk. Op die conclusie voortbouwend is onderzocht of constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wenselijk is. Verschillende argumenten hebben tot de conclusie geleid dat het voor de hand ligt juist ook het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te constitutionaliseren.

Vóór constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht spreekt dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht naar zijn aard een open systeem is, en als zodanig in het privaatrecht fungeert als regeling om een onrechtvaardige toestand ten einde te brengen. De open norm van de strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid lijkt een voor de hand liggend aanknopingspunt

5 Lindenbergh 2010-II, p. 376.

voor de toetsing van gedrag dat een rechtsschending en daarmee een ontstane onrechtvaardige toestand teweeg heeft gebracht. Voor de onrechtmatigedaadcategorie inbreuk op een recht geldt hetzelfde, waarbij echter moet worden opgemerkt dat de zelfstandige betekenis van die categorie in de rechtsgeleerde literatuur niet onomstreden is.⁶

Bij de wenselijkheid van constitutionalisering moet worden bedacht dat het noodzakelijk is dat de constitutionalisering op een consequente en heldere wijze gebeurt. Fundamentele rechten dragen gezien hun vage aard het gevaar in zich om te verworden tot argumenten waarvan in specifieke gevallen niet kan worden voorspeld of die gewicht in de schaal zullen leggen.

7.3. HET HUIDIGE NEDERLANDSE AANSPRAKELIJKHEIDS- EN SCHADEVERGOEDINGSRECHT EN HET RECHT ONDER HET EVRM: EEN VERGELIJKING

7.3.1. De opzet van de vergelijking

In de hoofdstukken 3 en 4 zijn karakteristieken van het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM beschreven. Deze beide beschrijvingen zijn gedaan aan de hand van de vijf sleutelthema's *grondbeginselen*, *grondslag*, *rechtsregel*, *criteria* en *handhaving*. De eerste vier thema's hebben betrekking op het materiële recht, terwijl het thema *handhaving* de beschrijving van de processuele verwezenlijking van het materiële recht is. Zoals in hoofdstuk 1 is gesteld, hebben de sleutelthema's een spilfunctie in de ontwikkeling van de regelingen zoals wij die tegenwoordig kennen. De grondbeginselen en de grondslag worden beschouwd als wezenlijke, aan het ontstaan van de regel ten grondslag liggende ideeën die te abstract zijn voor de directe toepassing ervan in de rechtspraktijk. De rechtsregel is dat niet. De rechtsregel is een op de grondslag gebaseerde regel die door criteria is afgebakend. Bij de toepassing van de regel is van belang dat steeds acht wordt geslagen op de grondbeginselen en de grondslag, zodat de regeling blijft beantwoorden aan de onderliggende kernwaarden die voortkomen uit de ideeën over rechtvaardigheid op een zekere plaats op een zeker moment. Het teruggaan op de grondbeginselen is ook noodzakelijk als de vraag rijst of rechtsregels zich lenen voor een fundamenteel bredere toepassing dan in de rechtspraktijk al is gebeurd. De aanpassing van een regel aan nieuwe ideeën over rechtvaardigheid vraagt om een herbezinning op de grondbeginselen en grondslagen, zodat duidelijk wordt of het noodzakelijk is om vanuit de kern een nieuwe regeling op te trekken, ofwel dat kan worden volstaan met de aanpassing van de bestaande regeling aan de veranderde ideeën vanuit de huidige grondbeginselen en grondslagen. Het ontwikkelen van regelingen uit grondbeginselen en grondslagen maakt het recht consistent en rechtvaardig.⁷

6 Zie meer uitgebreid § 3.3.4.2. Zie ook onder meer: K.J.O. Jansen 2007, p. 226; C.H.M. Jansen 2009, p. 25; Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 47, p. 47.

7 Zie § 1.5.2.

De karakteristieken die aan de hand van de sleutelthema's zijn uiteengezet, voorzien in een typering van de beide regelingen. Die typeringen worden eerst expliciteerd (§ 7.3.2). Na de typeringen worden drie conclusies beschreven die uit de vergelijking tussen de beide karakteristieken volgen.

Een eerste conclusie is dat de grondbeginselen, die het karakter van de regelingen verhelderen, laten zien dat het karakter van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in zijn huidige vorm fundamenteel verschilt van het karakter van het recht onder het EVRM (§ 7.3.3). In de tweede plaats leidt de vergelijking tot de conclusie dat de regelingen als overeenkomst hebben dat ze beide kaders scheppen voor de beoordeling van gedrag, maar dat moeilijk valt in te zien dat de onrechtmatige daad in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht optimaal in de handhaving van EVRM-rechten kan voorzien (§ 7.3.4). Tot slot brengt het thema handhaving zoals dat tegenwoordig in de Nederlandse juridische literatuur ten aanzien van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht aan de orde is, het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht dichterbij het recht onder het EVRM (§ 7.3.5).

7.3.2. Het aansprakelijkheidsrecht en het recht onder het EVRM als centrale, open, juridisch-normatief kaderscheppende regelingen

Het buitencontractuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht schept voor handelen en nalaten van burgers in hun sociale omgeving het juridisch-normatieve kader, dat het antwoord in zich draagt op de vraag of, als er door handelen of nalaten schade is ontstaan, dat handelen en nalaten rechtens aanvaardbaar is, voor zover het handelen of nalaten niet wordt beheerst door tussen partijen overeengekomen afspraken. Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt vaak in samenhang gelezen met de regels van het schadevergoedingsrecht en is daarom in dit onderzoek ook zo bezien, maar het doet ook apart van het schadevergoedingsrecht dienst. Het aansprakelijkheidsrecht is bijvoorbeeld ook een beoordelingskader voor die gevallen waarin niet een vergoeding voor geleden schade wordt gevorderd, maar een verklaring voor recht gewenst is, of, als er sprake is van dreigende schade, een verbod of gebod wordt verlangd waarmee schade kan worden voorkomen.

Het aansprakelijkheidsrecht is zo een centrale, open, juridisch-normatief kaderscheppende regeling in het burgerlijk recht. Het aansprakelijkheidsrecht is een regeling met een algemene strekking, omdat het een regeling is met een relatief abstracte grondslag die zich laat toepassen op een groot aantal casusposities waaraan uiteenlopende feitencomplexen ten grondslag liggen. Het schept een kader voor de beoordeling van schadeveroorzakend handelen of nalaten uit juridisch-normatief perspectief; met de regels is met andere woorden vastgesteld welk schadeveroorzakend handelen of nalaten (wettelijk) wordt gesanctioneerd. Het is een centrale regeling, omdat het op casus kan worden toegepast, nu eens met het doel onwenselijk gedrag tot stoppen te brengen, dan weer met het doel vergoeding te verkrijgen voor schade die is toegebracht door ongeoorloofd handelen. Het kan anders gezegd van toepassing zijn op toekomstig gedrag en gedrag dat werkelijk is gebeurd.

Het feit dat het aansprakelijkheidsrecht een regeling is met een breed bereik, doet er niet aan af dat ook deze kaderscheppende regeling begrensd is. Een belangrijke grens gaat schuil in het in de regeling centraal staande sleutelbegrip *schade*. Niet alleen is schade *an sich* een van de constitutieve criteria voor het ontstaan van een vergoedingsverplichting op grond van de onrechtmatige daad, schade is ook onderdeel van de andere constitutieve criteria. Het criterium van de relativiteit vereist bijvoorbeeld dat de met de gedraging of het nalaten geschonden norm moet strekken tot bescherming tegen de *schade* zoals de benadeelde die heeft geleden.

Het sleutelbegrip schade beperkt de inzetbaarheid van de regeling bij de handhaving van fundamentele rechten zo, dat er altijd sprake moet zijn van (dreigend) schadeveroorzakend handelen of nalaten voordat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan worden toegepast. Die conclusie wordt weer gerelativeerd door de constatering in hoofdstuk 3 dat het schadebegrip ruim wordt geïnterpreteerd en daaronder tegenwoordig niet alleen materiële schade, maar ook immateriële schade is begrepen. Een aantasting in de persoon door een ernstige inbreuk op een zeer fundamenteel recht is geaccepteerd als schade die voor vergoeding in aanmerking komt en dat maakt dat het aansprakelijkheidsrecht ook een beoordelingskader kan zijn voor gedrag dat schade meebrengt die enkel bestaat uit de (ernstige) inbreuk op een (zeer) fundamenteel recht.

Het aansprakelijkheidsrecht is een complexe regeling waarin de overheveling van de (volledige) schade van de benadeelde naar de benadeler centraal staat. De regeling is bipolair; de schadevergoedingsverplichting is immers het resultaat van een afweging van de belangen van benadeelde en benadeler. Een onrechtmatige gedraging is niet voldoende om de schadevergoedingsverplichting te doen ontstaan, net zo min als geleden schade dat is. In de afweging die aan de vergoedingsplicht ten grondslag ligt, ligt besloten dat de geschonden norm ook moet strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden (artikel 6:163 BW) en dat de onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend. Het beoordelingskader dat de constitutieve criteria van het aansprakelijkheidsrecht scheppen, is dus een kader waarin een afweging centraal staat.

Het recht onder het EVRM is ook een centrale, open, juridisch-normatief kaderscheppende regeling. Ook het recht onder het EVRM scheidt (indirect) een normatief kader voor de beoordeling van een persoons gedragingen in zijn sociale omgeving. Het recht onder het EVRM staat primair een ander doel voor dan het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, namelijk het voorkomen van rechtsschendingen, en indien onmogelijk, het stoppen of goedmaken van rechtsschendingen.

Het recht onder het EVRM is begrensd. Terwijl het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht een belangrijke grens kent in het daar centraal staande sleutelbegrip *schade*, vindt het recht onder het EVRM een belangrijke grens in het daar centraal staande sleutelbegrip *rechtsschending*. Het recht onder het EVRM is geconcentreerd rond de rechtsschending. Daarbij staat voorop dat rechtsschendingen niet zijn toegestaan.

Het recht onder het EVRM voorziet, net als het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, in een beoordelingskader voor gedrag. Dat beoordelingskader is onder het EVRM toegespitst op de publiekrechtelijke rechtsverhouding. Het accent ligt in dit beoordelingskader, vergeleken met het beoordelingskader van het aansprakelijkheidsrecht, meer op de bescherming van de fundamentele belangen van de beschermeling onder de rechten. Het staat voorop dat de beschermeling recht heeft op handhaving van zijn rechten, ténzij er goede redenen zijn die maken dat de beschermeling een inmenging had te dulden. De constatering dat een inmenging onder omstandigheden gerechtvaardigd is maakt ook dat er uiteindelijk altijd een afweging zal worden gemaakt, maar wel een afweging aan de hand van andere criteria dan die de onrechtmatige daad vormgeven, en niet met de (primaire) bedoeling schade vergoed te krijgen.

Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM zijn dus in die zin nauw verwant dat ze beide voorzien in een abstract beoordelingskader voor gedrag. Het ene systeem vanuit de gedachte dat een persoon niet met door een ander veroorzaakte schade mag blijven zitten, en het andere systeem vanuit de gedachte dat een persoon niet in zijn meest beschermenswaardige belangen mag worden aangetast. De centrale vraag die in het aansprakelijkheidsrecht is ‘wie draagt de schade?’, terwijl de centrale vraag in het recht onder het EVRM is ‘is er sprake van een schending van een fundamenteel recht?’. De beide systemen zijn dus ondanks hun verwantschap systemen van een ander kaliber.

Na de typering van de beide systemen in deze paragraaf, wordt in de volgende paragrafen een drietal bijzondere conclusies uiteengezet en toegelicht, te beginnen met de conclusie ten aanzien van de focus die de grondbeginselen reflecteren.

7.3.3. Grondbeginselen & focus

Het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM gaan terug op grondbeginselen. Deze elementaire beginselen zijn voor het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht de *vereffenende rechtvaardigheid* (die in de structuur van de actie een belangrijke rol heeft), en de beginselen *leef betamelijk, berokken een ander geen schade, geef ieder het zijne en ieder draagt zijn eigen schade*. Deze beginselen concentreren zich duidelijk rond één begrip dat zo een sleutelbegrip is in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht: schade. De focus in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht ligt op de beslissing of het al of niet gerechtvaardigd is schade van de benadeelde naar de benadeler over te hevelen.

Het recht onder het EVRM is te herleiden tot de grondbeginselen *eenieder heeft recht op respect voor zijn waardigheid en eenieder heeft recht op respect voor zijn vrijheid*. Deze beginselen komen tot uitdrukking in en liggen ten grondslag aan de verschillende EVRM-rechten die meer concrete grondslagen zijn voor actie als een schending van de waardigheid of fundamentele vrijheid dreigt of is gebeurd. De

grondbeginselen bij het EVRM geven inzicht in de focus van het recht onder het EVRM. Die focus ligt namelijk op de bescherming van fundamentele rechten die direct zijn te herleiden tot de menselijke waardigheid en fundamentele vrijheid.

Omdat er geen bijzondere grondslag is voor de remediëring van fundamentele rechtsschendingen in het privaatrecht, ligt het voor de hand aansluiting te zoeken bij het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, omdat dit in het privaatrecht bij uitstek de regeling is voor de sanctionering van gedrag, zonder dat al te specifiek is voorzien onder welke omstandigheden die regeling van toepassing is. Toch kan de onrechtmatige daad volgens mij niet voorzien in een allesomvattende rechtshandhavende actie. De grondbeginselen en de focus leiden deze conclusie in, maar de conclusie komt nog beter tot uitdrukking in de beoordelingskaders die in de beide regelingen liggen besloten. De grenzen van een optimale handhavingsactie in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht gaan namelijk voorbij de grenzen van het toepassingsgebied van de onrechtmatige daad.

7.3.4. De beoordelingskaders

Een tweede conclusie die uit de vergelijking van de beide regelingen kan worden getrokken, is de conclusie dat in de beide regelingen een gedragsbeoordeling ligt besloten, maar dat het beoordelingskader voor die gedragsbeoordeling anders is in het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, dan in het recht onder het EVRM. De invulling van het beoordelingskader hangt samen met de focus die de grondbeginselen uitdragen.

Het beoordelingskader volgt uit de constitutieve criteria die samen de rechtsregel vormen.⁸ De constitutieve criteria in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zijn, zoals uiteengezet in hoofdstuk 3, de onrechtmatige daad, toerekening, schade, causaal verband en relativiteit. Het beoordelingskader dat uit deze criteria ontstaat is sterk gericht op de beoordeling van het gedrag van de benadeler. Dat gedrag moet rechtvaardigen dat de schade van de benadeelde naar de benadeler wordt overgeheveld.

Het recht onder het EVRM is juist sterk georiënteerd op de beschermenswaardige belangen van de potentieel benadeelde. Die focus op de beschermenswaardige belangen komt tot uitdrukking in het beoordelingskader onder het EVRM. Het zijn de verschillende rechten die als beoordelingskader fungeren. Als er sprake is van een beschermenswaardig belang en van een inmenging in dat belang, is dat voldoende voor remediëring, tenzij de inmenging kan worden gerechtvaardigd. De meeste fundamentele rechten zijn geen absolute rechten, wat betekent dat een inmenging onder omstandigheden kan worden gerechtvaardigd door omstandigheden die in clausules aan de rechten zijn toegevoegd. De focus in het beoordelingskader op de belangen van de beschermeling wordt gerechtvaardigd door de aard van de belangen, namelijk de meest beschermenswaardige die direct teruggaan op de menselijke waardigheid en fundamentele vrijheid.

⁸ Zie § 3.3. en § 4.3.

Het beoordelingskader uit artikel 6:162 BW kan worden gebruikt om met artikel 6:162 BW te voorzien in remediëring van fundamentele rechtsschendingen in privaatrechtelijke verhoudingen, maar de grenzen van de onrechtmatige daad als grondslag voor een remedie raken in zicht als de feiten in een bepaalde situatie niet kwalificeren als rechtsfeiten in de zin van artikel 6:162 BW. Dat dat zo is, is onvermijdelijk en blijkt ook concreet uit twee situaties. De eerste situatie is de situatie waarin wel wordt gesproken over een onrechtmatige daad die bij naasten van de benadeelden 'affectieschade' veroorzaakt. Een persoon die lijdt onder het feit dat een andere persoon met wie hij een nauwe, affectieve relatie onderhoudt, komt te overlijden, heeft geen recht op vergoeding van wat wel wordt genoemd affectieschade. Terwijl sommigen menen dat de wet daarvoor geen grondslag biedt (artikel 6:162 BW schiet tekort en de artikelen 6:107 en 6:108 BW bieden voor deze schadepost geen grondslag), menen anderen dat de weg naar artikel 6:162 BW door het bepaalde in de artikelen 6:107 en 6:108 BW is geblokkeerd. Wat hier van zij, een persoon die door toedoen van een benaderer door het wegvallen van een familielid in zijn recht op respect voor zijn familie- en gezinsleven is aangetast, staat met lege handen als hij voor een remedie is aangewezen op het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

De tweede situatie waarin artikel 6:162 BW mijns inziens tekortschiet is die gevallen waarin er sprake is van een schending van de integriteit van een persoon, zonder dat die persoon (geestelijke of lichamelijke) letsel heeft geleden. Daarbij kan worden gedacht aan de situatie van seksueel misbruik, maar ook aan de schending van andere persoonlijkheidsrechten dan de lichamelijke integriteit. Weliswaar wordt artikel 6:162 BW tegenwoordig soms aangewend om te voorzien in een remedie, maar dat neemt niet weg dat het doel van de actie voor de benadeelde nooit het verkrijgen van schadevergoeding zal zijn. Een benadeelde wil in een dergelijk geval handhaving van zijn rechten, bescherming in zijn meest beschermenswaardige belangen.

Uit de eerste situatie volgt dat een argument om te voorzien in een op rechtshandhaving gerichte actie, is dat de onrechtmatige daad zijn grenzen heeft bereikt en niet voorziet in een oplossing waar dat, uit het oogpunt van handhaving van fundamentele rechten, wenselijk is. Een ander argument volgt uit de tweede situatie, namelijk dat het recht onder het EVRM van een ander kaliber is dan het huidige buitencontractuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Het doel van een actie op grond van het EVRM is rechtshandhaving, terwijl het (primaire) doel van een actie op grond van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is het verkrijgen van een schadevergoeding.

7.3.5. De inzet op handhaving in de Nederlandse rechtsgeleerde literatuur in het licht van het recht onder het EVRM

Een interessante discussie in de Nederlandse rechtsgeleerde literatuur is de discussie over de inzet van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voor de handhaving van aanspraken. Deze ontwikkeling is de derde en laatste conclusie die uit de

vergelijking tussen het (huidige) aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM wordt getrokken.

Het is onomstreden dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bijdraagt aan rechtshandhaving. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voorziet immers naar zijn aard in de handhaving van een bepaalde toestand. De consensus over de handhaving die vanzelf komt met de toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht laat onverlet dat er discussie is over de vraag of het wenselijk is om handhaving als functie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te accepteren. Als handhaving als functie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wordt geaccepteerd zou dat betekenen dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wordt ingezet voor rechtshandhaving.

Deze discussie is interessant omdat de inzet op rechtshandhaving het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht dichterbij het recht onder het EVRM brengt. Een belangrijk uitgangspunt bij het EVRM is immers dat fundamentele rechten effectief worden genoten; dat de rechten worden *gehandhaafd*. De verzekeringsverplichting die de staten zijn overeengekomen met het EVRM vergt volgens het EHRM ook dat de staten ervoor zorg dragen dat de rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding worden genoten. Het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan door de overheid worden gebruikt om aan die verplichting te voldoen, te meer als wordt ingezet op rechtshandhaving.

7.3.6. Aanknopingspunten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voor de sanctionering van schendingen van fundamentele rechten

7.3.6.1. Aanknopingspunten

Het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht biedt concrete aanknopingspunten voor de remediëring van fundamentele rechten. Die aanknopingspunten worden in deze paragraaf toegelicht. De remediëring van fundamentele rechtschendingen via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht vergt dat de rechtsschendingen worden ingepast in het toetsingskader van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. In de eerste plaats (en meest belangrijk) is het daarvoor noodzakelijk dat de benadeelde schade heeft geleden. Verder moet het schendende gedrag als onrechtmatig gedrag kwalificeren dat bovendien aan de dader kan worden toegerekend. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij drie voor de hand liggende aanknopingspunten voor de handhaving van fundamentele rechten via het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, te weten: de inbreuk op een recht als onrechtmatige daad, de strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid als onrechtmatige daad, en schade die volgens het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voor vergoeding in aanmerking komt.

7.3.6.2. De onrechtmatigedaadcategorie inbreuk op een recht

Een eerste aanknopingspunt voor de handhaving van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan eenvoudig worden gevonden in de onrechtmatigedaadcategorie inbreuk op een recht.⁹ De inbreuk op een recht is in de rechtsgeleerde literatuur aldoor onderwerp van discussie geweest. De discussie spitst zich toe op de vraag of de enkele inbreuk op een (subjectief) recht voldoende is om te spreken van een onrechtmatige daad of dat daarvoor altijd meer nodig is. Er wordt door sommigen wel aangenomen dat naast de rechtsinbreuk moet worden vastgesteld dat is gehandeld in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. De inbreuk op een recht is dan geen zelfstandige onrechtmatigedaadcategorie. Sieburgh, die de opvatting voorstaat dat de inbreuk op een recht onder omstandigheden een zelfstandige onrechtmatigedaadcategorie vormt, meent dat een subjectief recht zonder waarde is als dit niet op deze manier wordt beschermd.¹⁰ Anderen, onder wie Van Dam, menen dat voor persoonlijke aansprakelijkheid uiteindelijk altijd beslissend is of iemand zich maatschappelijk onzorgvuldig heeft gedragen.¹¹

Verskillende varianten van de inbreuk op een recht als zelfstandige categorie zijn in hoofdstuk 3 de revue gepasseerd.¹² De varianten hebben gemeen dat de begrenzing ervan problemen oplevert. Het vaststellen van de zelfstandigheid gaat samen met vage overwegingen, als 'het schenden van een subjectief recht moet als kern van de gewraakte gedraging in het oog springen', of 'de inbreuk moet worden gebruikt voor gevallen waarin de gedraging zelf de inbreuk is', waarmee wordt beoogd de gevallen waarin de rechtsinbreuk gevolg is te scheiden van de gevallen waarin de handeling zelf de rechtsinbreuk is.

Het belang van de rechtsinbreuk als zelfstandige onrechtmatigedaadcategorie gaat schuil in de bewijspositie van de benadeelde, voor wie een rechtsinbreuk gemakkelijker is te bewijzen dan strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Dat voordeel in combinatie met de waarde van de bescherming van subjectieve, als ook van fundamentele rechten, is naar mijn mening voldoende reden om de inbreuk op een recht als zelfstandige categorie te handhaven. Die categorie moet dan wel zo worden vormgegeven dat het voldoende duidelijk is welke gedragingen worden beschouwd als inbreuk op een recht. Het criterium moet dus zo worden uitgelegd, dat het voldoende onderscheidend vermogen heeft, om de bruikbaarheid niet teniet te doen. Ik denk daarom, met C.H.M. Jansen, dat de rechtsinbreuk moet worden beperkt tot de gevallen waarin de inbreuk op het recht als kern van de gewraakte handeling in het oog springt.¹³ Oftewel: het moet de onbevooroordeelde derde, die toeziet op het zich voltrekken van de handeling, duidelijk zijn dat er sprake is van een inbreuk op een recht. Er kan naar mijn mening wel worden aangenomen dat, als er sprake is van een inbreuk op een fundamenteel recht, die inbreuk eerder in het oog zal springen en zo

9 Zie § 3.3.4.2.

10 Sieburgh 1997, p. 631. Zie § 3.3.4.2.3.

11 Van Dam 1989, p. 94.

12 Zie § 3.3.4.2.

13 Zie C.H.M. Jansen 2009, p. 25. Zie § 3.3.4.2.3.

gemakkelijker onder de categorie zal worden geschaard dan wanneer er sprake is van een inbreuk op een niet-fundamenteel recht.

Het Duitse recht inspireert, vanuit het oogpunt van de handhaving van fundamentele rechten, tot een variatie op de inbreuk op een recht in de zin van artikel 6:162 BW.¹⁴ In het Duitse recht geniet een viertal rechtsgoederen bijzondere bescherming via § 823 I BGB, dat de grondslag is voor aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een schending van de rechtsgoederen. De in § 823 I BGB genoemde rechtsgoederen zijn leven, gezondheid, vrijheid en eigendom. Andere rechten (waaronder persoonlijkheidsrechten) worden ook op grond van de bepaling beschermd. Voor de expliciet genoemde rechtsgoederen geldt in die zin een bijzondere bescherming dat een schending ervan reeds een grondslag voor aansprakelijkheid voor ontstane schade oplevert.

Voor de bijzondere bescherming worden twee argumenten genoemd. In de eerste plaats staan de rechtsgoederen in hiërarchie bovenaan: bescherming ervan is noodzakelijk voor de fysieke waarborg van ieder individu en zijn maatschappelijke leven. Een tweede argument is dat de rechtsgoederen vanzelfsprekend en kenbaar zijn. Dat maakt het voor eenieder relatief gemakkelijk zich van inmenging in de rechtsgoederen te onthouden. De onrechtmatigedaadcategorie inbreuk op een recht in het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zou uitsluitend van toepassing kunnen zijn op nader genoemde rechten, zoals – naar Duits voorbeeld – het recht op leven, het recht op gezondheid, het recht op vrijheid en het recht op eigendom.

7.3.6.3. De onrechtmatigedaadcategorie strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid

De meest recente onrechtmatigedaadcategorie, de strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid, fungeert in het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als een belangrijke categorie.¹⁵ Deze onrechtmatigedaadcategorie behelst een open norm en geeft ruimte voor het bestaan van schadevergoedingsverplichtingen vanwege gedragingen of nalaten in strijd met ongeschreven normen.

De open norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid biedt, net als de onrechtmatigedaadcategorie inbreuk op een recht, een aanknopingspunt voor de remediëring van schendingen van fundamentele rechten. De onrechtmatigedaadcategorie strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid biedt een toetsingskader aan de hand waarvan schendend handelen of nalaten als onrechtmatige daad kan worden beoordeeld.

Het toetsingskader op grond waarvan wordt vastgesteld of in een specifieke situatie maatschappelijk onzorgvuldig is gehandeld, laat zich gemakkelijk toespitsen op de situaties waarin een (vermeende) schending van fundamentele rechten aan de orde is. De onrechtmatigedaadcategorie strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid kan op die manier bijdragen aan betere beantwoording door het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht van fundamentele rechtsschendingen.

¹⁴ Zie § 6.3.3.2.

¹⁵ Zie § 3.3.4.3.

Deze benadering laat zich illustreren aan de hand van het toetsingskader dat Van Dam heeft uitgewerkt voor die gevallen waarin moet worden beoordeeld of transnationale ondernemingen aansprakelijk kunnen worden gehouden voor betrokkenheid bij mensenrechtenschendingen.¹⁶ Van Dam stelt voorop dat twee vragen moeten worden beantwoord om te kunnen vaststellen of er sprake is van strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. In de eerste plaats moet de vraag worden beantwoord of er kennis was of had behoren te zijn over het risico op mensenrechtenschendingen. Een vervolgvraag is de vraag of, gegeven dat er kennis was over het risico, er voldoende maatregelen zijn getroffen om te voorkomen dat het risico zich zou verwezenlijken of om reeds geleden nadeel te herstellen.¹⁷ Een onderneming moet dus een juiste afweging hebben gemaakt tussen zorg en risico. De toespitsing van het toetsingskader op de toepassing bij fundamentele rechtsschendingen komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de beantwoording van de vraag of er voldoende voorzorgsmaatregelen zijn getroffen. Die afweging wordt gemaakt aan de hand van de gezichtspunten *aard van de verwachte schade, mate van waarschijnlijkheid dat het risico zich verwezenlijkt, aard van de gedraging en het daarmee te genieten voordeel*, en de *mate van bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen*. Van Dam stelt dat ten aanzien van de mate van bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen geldt dat maatregelen niet gemakkelijk te bezwaarlijk of te kostbaar zijn als de afweging wordt gemaakt in het kader van mensenrechtenschendingen.¹⁸

De onrechtmatigedaadcategorie strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid biedt dus een tweede aanknopingspunt voor een bijzondere benadering voor de handhaving van fundamentele rechten via het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

7.3.6.4. *Schade*

Een sleutelbegrip in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is *schade*. Schade kan vermogensschade, maar ook ander nadeel zijn; ander nadeel alleen voor zover de wet recht geeft op vergoeding daarvan.¹⁹ Het is goed denkbaar dat de schending van een fundamenteel recht vermogensschade meebrengt. Die vermogensschade laat zich dus gemakkelijk in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht een plaats geven.

Voor het andere nadeel geldt dat de Hoge Raad in twee arresten heeft aanvaard dat de aantasting in de persoon op andere wijze dan door het oplopen van lichamelijk letsel of door aantasting in de eer of goede naam – als in artikel 6:106 lid 1 sub b BW – kan zijn de inbreuk op een fundamenteel recht.²⁰ Er moet dan, volgt uit *Baby*

16 Van Dam 2011.

17 Van Dam 2011, p. 244 e.v.

18 Van Dam 2011, p. 246.

19 Artikel 6:95 BW.

20 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*); HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 m.nt. JBMV (*Oosterpark*). Zie § 3.3.5.4.

Kelly, sprake zijn van een ingrijpende aantasting van een zeer fundamenteel recht.²¹ Voordien gold als uitgangspunt dat er alleen sprake zou kunnen zijn van een aantasting in de persoon op andere wijze als daarbij sprake was geestelijk letsel. De Hoge Raad heeft recent onderstreept dat weliswaar de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer kunnen maken dat er sprake kan zijn van een persoonsaantasting op andere wijze, maar dat het uitgangspunt moet zijn dat er óók sprake is van geestelijk letsel.²²

Een interessante opvatting in deze context is die van Verheij die de rechtshandhavende functie van het schadevergoedingsrecht onderscheidt van de compensatiefunctie. Dit onderscheid heeft consequenties voor het aanknopingspunt voor de te betalen vergoeding, in het bijzonder als er geen sprake is van (andere) schade. Verheij meent dat ook als er geen (andere) schade is dan het morele nadeel vanwege de rechtsschending, en er dus geen aanknopingspunt is voor schadevergoeding, het toch noodzakelijk is in een remedie te voorzien. Die remedie is vaak, bij gebrek aan beter, een geldsom. Een recht zou waardeloos zijn als er geen mogelijkheid is om het te handhaven. De te betalen geldsom dient dan niet om te compenseren, want schade is er immers niet, maar om een recht te handhaven. Dat betekent voor de remedie van de verplichting tot betaling van een geldsom dat moet worden losgelaten dat de geldsom per definitie (*schade*)vergoeding is: 'Rechtshandhaving in de hier bedoelde zin betekent dat het privaatrecht voldoende middelen moet aanreiken om te reageren op schending van een bepaald recht.'²³ Voor de omvang volgt hieruit dat als aanknopingspunt geldt wat nodig is voor de handhaving. In paragraaf 8.5.5.3.4 komen parameters aan de orde aan de hand waarvan de omvang moet worden vastgesteld.

7.4. INSPIRATIE UIT DEN VREEMDE

7.4.1. Voorvragen, benaderingen en leidraden

De rechtsvergelijkende studie heeft voorzien in voorvragen, benaderingen en leidraden die inspiratie hebben geboden in de aanloop naar het antwoord op de centrale onderzoeksvraag. Die inspiratie ligt verweven in dit hoofdstuk en ook in het volgende. Een tweetal conclusies wordt in deze paragraaf uitgewerkt. In de eerste plaats is dat de conclusie dat de benadering voor de handhaving van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht niet los kan worden gezien van de brede benadering voor de handhaving van fundamentele rechten in het privaatrecht (§ 7.4.2). Een tweede conclusie die volgt uit de rechtsvergelijkende studie is dat bij de handhaving van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht de nadruk pleegt te liggen op de handhaving van persoonlijkheidsrechten (§ 7.4.3).

21 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.8. Zie § 3.3.5.4.

22 HR 29 juni 2012, JA 2012, 147, m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 3.5.

23 Verheij 2002, p. 531.

7.4.2. De benadering in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in de context van de privaatrechtbrede benadering voor de verwezenlijking van fundamentele rechten

Een belangrijke conclusie die uit de rechtsvergelijkende studie voortvloeit, is de conclusie dat de benadering in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voor de handhaving van fundamentele rechten niet los kan worden gezien van de benadering voor de handhaving van fundamentele rechten in het privaatrecht in brede zin. Handhaving van fundamentele rechten in de context van de privaatrechtelijke rechtsverhouding vraagt mijns inziens méér dan het voorzien in de handhaving van fundamentele rechten in deelgebieden van het privaatrecht. Het vraagt om een expliciete benadering voor fundamentele rechten in het privaatrecht. Een expliciete benadering is de benadering in Zuid-Afrika, waar in de constitutie is bepaald dat fundamentele rechten in de privaatrechtelijke verhouding doorwerken, voor zover mogelijk gezien de aard van de rechten en de aard van de verplichtingen.

Constitutionele toetsing is een benadering die de explicitering van een privaatrechtbrede benadering ondersteunt. Constitutionele toetsing is de toetsing van overheidshandelen aan documenten die bescherming bieden aan fundamentele rechten van de burger in de meest brede zin des woords. Daaronder is dus zowel toetsing aan een (nationale) constitutie of regeling van fundamentele rechten begrepen alsook toetsing aan een (internationaal) mensenrechtenverdrag. Constitutionele toetsing in het privaatrecht betekent dus ook dat de toepassing en ontwikkeling van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan worden getoetst aan fundamentele rechten. Constitutionele toetsing in het privaatrecht moet vooral bestaan omdat fundamentele rechten, zijnde rechten die qua rang en stand het hoogst staan aangeschreven, moeten worden gerespecteerd en toegepast.

7.4.3. Focus op persoonlijkheidsrechten

Een tweede conclusie die uit de rechtsvergelijkende studie volgt, is de signalering dat ontwikkeling van benaderingen voor de verwezenlijking van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht vooral gebeurt op het gebied van de persoonlijkheidsrechten. Een ontwikkeling in Frankrijk is bijvoorbeeld de verzelfstandiging van de schadevergoedingsverplichting vanwege een schending van het recht op respect voor het privéleven in *article 9 CC*.²⁴ Een ontwikkeling in Duitsland is de ontwikkeling van de bescherming van persoonlijkheidsrechten via de band van § 823 I 1 BGB.²⁵ En een ontwikkeling in Engeland is de ontwikkeling van de *tort of breach of confidence*.²⁶

Bij de rechtsvergelijkende studie heeft literatuur voor alle systemen als eerste aanknopingspunt gediend bij het onderzoeken van de benaderingen voor handhaving van fundamentele rechten via de regelingen die in de vreemde systemen een

24 Zie § 6.3.4.2 en § 6.3.6.4.

25 Zie § 6.3.4.5.2.

26 Zie § 6.3.4.3.2.

functie vervullen die vergelijkbaar is met de functie van het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Voor alle rechtssystemen geldt dat de focus in de onderzochte literatuur ligt op de persoonlijkheidsrechten, en dat het eigendomsrecht anderzijds zwaar onderbelicht blijft. Dat doet er mijns inziens niet aan af dat het eigendomsrecht een fundamenteel recht is dat juist ook in de privaatrechtelijke verhouding een grote rol heeft. Een verklaring voor de onderbelichting moet mijns inziens worden gezocht in de alternatieve instrumenten die het burgerlijk recht biedt voor de handhaving van het eigendomsrecht en het feit dat voor handhaving van het eigendomsrecht schadevergoeding vaak de ultieme remedie is. Het verdient daarbij opmerking dat eigendom in de zin van het Nederlandse burgerlijk recht niet gelijk is aan eigendom in de zin van het recht onder het EVRM.²⁷

In de Duitse literatuur is het eigendomsrecht wel in verband gebracht met de handhaving van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Een benadering waarbij het eigendomsrecht wel expliciet een plek heeft, is in de Duitse bepaling § 823 I 1 BGB. Eigendom wordt daar als rechtsgoed op bijzondere wijze beschermd. De enkele schending van een rechtsgoed is kort gezegd een grondslag voor aansprakelijkheid.

7.5. TOT SLOT: EEN OP DE FUNDAMENTELE RECHTEN TOEGESPITSTE BENADERING IS GEWENST

Het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht biedt aanknopingspunten voor de handhaving van fundamentele rechten. Het bestaan van die aanknopingspunten doet er niet aan af dat er goede redenen zijn om het aansprakelijkheidsrecht te voorzien van een nieuwe figuur die verwant is aan de onrechtmatige daad en het bestaande schadevergoedingsrecht gebruikt als remedie voor de sanctionering van rechtsschendingen. Het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voorziet mijns inziens niet in een ultieme remedie voor de handhaving van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke verhouding. Het toepassingsgebied van de onrechtmatige daad is begrensd en het feit dat het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht van een heel ander kaliber is dan het recht onder het EVRM maakt dat het voor de hand ligt te voorzien in een actie voor rechtshandhaving. Daarvoor zijn ten minste drie redenen te noemen, die tegelijk redenen zijn om te voorzien in een zelfstandige rechtsgrond voor de remediëring van fundamentele rechtsschendingen.

De eerste reden voor een zelfstandige rechtsgrond voor remediëring van de fundamentele rechtsschending is dat de focus in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht primair ligt op compensatie, terwijl fundamentele rechten vragen om handhaving en, mogelijk, maar niet per se, om de betaling van een geldsom door de benadeler aan de benadeelde. En als rechtshandhaving vraagt om de betaling van een geldsom zal die geldsom niet altijd ter compensatie, maar soms ook puur voor handhaving van rechten zijn.

²⁷ Zie § 4.3.10.2.1.

De tweede reden om in het aansprakelijkheidsrecht te voorzien in een bijzondere actie voor rechtshandhaving is dat begrenzing van het onrechtmatigedaadsrecht er toe leidt dat in gevallen waarin rechtshandhaving gewenst is, in de onrechtmatige daad geen grondslag ligt voor een remedie. De grenzen van het onrechtmatigedaadsrecht zijn begrijpelijk gezien de grondbeginselen en grondslag waarop het onrechtmatigedaadsrecht is gefundeerd, maar dat doet er niet aan af dat er een leemte bestaat ten aanzien van de handhaving van fundamentele rechten.

De derde reden om de remediëring van fundamentele rechten niet uitsluitend via de onrechtmatige daad te regelen is dat de ernst van de situatie bij een fundamentele rechtsschending rechtvaardigt dat de constatering van de fundamentele rechtsschending *eo ipso* voldoende is voor een remedie. Daarbij moet worden bedacht dat in het privaatrecht, net zoals in het publiekrecht, de fundamentele rechten geen absoluut karakter dragen en dus ook in de privaatrechtelijke rechtsverhouding een inmenging gerechtvaardigd kan zijn. In het volgende hoofdstuk wordt verduidelijkt wat de rechtvaardigingsgrond is.²⁸

7.6. CONCLUSIES

De vergelijking tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM leidt tot de conclusie dat de beide regelingen verwantschap vertonen, maar op punten fundamenteel verschillen. Afgezien van de toepassing van het recht onder het EVRM die beperkt is tot de publiekrechtelijke verhouding, geeft het recht onder het EVRM ook het beeld van een regeling waarin de focus ligt op de bescherming van de meest beschermenswaardige belangen via fundamentele rechten. De focus in het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht ligt bij de handhaving van een toestand en is gecentreerd rond het begrip schade.

Het antwoord op de vraag op welke wijze het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan bijdragen aan de handhaving van fundamentele rechten is een terughoudende benadering binnen de grenzen van die regeling in de huidige vorm. Dat wil zeggen dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht vooral een remedie biedt in gevallen waarin met schadevergoeding kan worden voorzien in een adequate remedie voor de schending van een recht. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is zó anders dan het recht onder het EVRM, dat het mijns inziens voor de hand ligt om een aan de onrechtmatige daad verwante figuur te creëren die voorziet in een toetsingskader voor situaties waarin een of meer fundamentele rechten zijn geschonden. De ernst van de situatie van de schending van een fundamenteel recht rechtvaardigt namelijk dat het aantonen van een (dreigende) rechtsschending reeds voldoende is voor een remedie. De figuur die zo ontstaat is de *fundamentele rechtsschending*. De fundamentele rechtsschending wordt in het volgende hoofdstuk uitgewerkt.

²⁸ Zie § 8.5.2.5.

8 | DE FUNDAMENTELE RECHTSSCHENDING

‘De dichter Miroslav Holub schrijft in zijn gedicht “Korte beschouwing over kaarten” over een troep soldaten die hopeloos verdwaalt in de Alpen. Gelukkig blijkt een van hen een kaart op zak te hebben, die de weg terug naar hun kampement wijst. Daar aangekomen bestudeert een officier de gebruikte kaart. Het blijkt een kaart van de Pyreneeën te zijn. Zo komen ook gedichten en de meeste uitvindingen tot stand: langs de dwaalwegen van de geest.’

~ Bernlef 2008

8.1. INLEIDING

De gedachte dat fundamentele belangen op bijzondere bescherming mogen rekenen is de afgelopen dertig jaar ook in het privaatrecht steeds meer gemeengoed geworden. Fundamentele belangen zijn bijzondere belangen, niet zelden onstoffelijke belangen, die teruggaan op de menselijke waardigheid en fundamentele vrijheid.¹ Fundamentele belangen zijn met de inwerkingtreding van het EVRM (opnieuw) in de belangstelling gekomen. De rechten in het EVRM staan de bescherming van fundamentele belangen voor. Het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is in staat om aan de bijzondere bescherming van deze fundamentele rechten bij te dragen, maar in het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat het meer voor de hand ligt om in het aansprakelijkheidsrecht een nieuwe, aan de onrechtmatige daad verwante en bij het schadevergoedingsrecht aansluitende figuur te introduceren: *de fundamentele rechtsschending*.²

In dit hoofdstuk wordt de fundamentele rechtsschending geïntroduceerd als nieuwe bron van verbintenissen, namelijk als bron die een verbintenis tot rechtzetting in het leven roept. De fundamentele rechtsschending sluit aan bij de door de Hoge Raad geaccepteerde uitleg van de fundamentele rechtsschending als aantasting in de persoon in het schadevergoedingsrecht.

1 Zie § 4.2.1.

2 Vgl. Van Buitenen die een duidelijk en inzichtelijk beleid voorstaat, maar bij voorkeur aanhaakt bij een van de in de rechtspraak al gehanteerde methoden, in: Van Buitenen 2011, p. 160.

Aan de aanvaarding van de fundamentele rechtsschending als nieuwe figuur in het burgerlijk recht gaan drie stappen vooraf die hier eerst aan de orde komen. De eerste stap behelst een meer expliciete erkenning van fundamentele rechten in het privaatrecht dan tegenwoordig het geval is. Stap twee houdt in dat rechtshandhaving als uitgangspunt in het aansprakelijkheidsrecht wordt verkozen. En stap drie zegt dat moet worden ingezet op de voorkóming van schendingen, in plaats van op de sanctionering daarvan.

In dit hoofdstuk worden eerst drie stappen gepresenteerd die moeten worden gezet voordat de fundamentele rechtsschending in het burgerlijk recht, meer in het bijzonder in het aansprakelijkheidsrecht, kan worden opgenomen (§ 8.2, § 8.3, § 8.4). Op de presentatie van deze stappen volgt de toelichting bij de figuur van de fundamentele rechtsschending (§ 8.5). Na de uitleg van de fundamentele rechtsschending komen de handhaving van de fundamentele rechtsschending alsook twee leidraden bij de uitvoering van de fundamentele rechtsschending aan de orde (§ 8.6 en § 8.7). Tot slot wordt in § 8.8 aan de hand van de drie casus die in de inleiding zijn geïntroduceerd, geïllustreerd welke veranderingen de nieuwe figuur praktisch teweegbrengt.³ Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie die het tweede deel van het antwoord op de centrale onderzoeksvraag is. Voor een toelichting op de wenselijkheid van een bijzondere benadering wordt naar hoofdstuk 7 terugverwezen.

8.2. STAP ÉÉN: ERKENNING STAAT VOOROP

8.2.1. Welke rechten?

De introductie van een benadering waarmee wordt beoogd fundamentele rechten bijzondere bescherming te bieden, vraagt dat eerst komt vast te staan op welke rechten die benadering betrekking heeft. Het is met andere woorden de vraag welke rechten zó fundamenteel zijn, dat het gerechtvaardigd is om in een bijzondere benadering te voorzien voor het geval die rechten worden geschonden of dreigen te worden geschonden.

Voor de bescherming van fundamentele belangen in het privaatrecht wordt in de regel teruggegrepen op de rechten in het EVRM.⁴ De rechten in het EVRM worden gebruikt om de beschermenswaardige belangen onder woorden te brengen en het beschermingsbereik van rechten vast te stellen.⁵ Dat laatste is een ingewikkelde exercitie als wordt aangehaakt bij de rechtspraak van het EHRM, omdat dat Hof niet bevoegd is om zich (direct) uit te spreken over geschillen in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Toch gebeurt dat vaak en voor sommige deelgebieden binnen het privaatrecht is die onderneming gemakkelijker dan voor andere. Met name de deelgebieden waarin sprake is van veel dwingendrechtelijke bepalingen, en waar de

3 Zie § 1.1.

4 Zie hoofdstuk 2.

5 Zie § 2.2.2.2.

overheid dus een grote rol heeft, lenen zich er goed voor. Het familierecht is een goed en bekend voorbeeld van een dergelijk rechtsgebied.

Met Koekkoek ben ik van mening dat de toepassing van fundamentele rechten in het privaatrecht beter kan, of eigenlijk niet anders kan dan door het ontwikkelen van uitwerkingen van fundamentele rechten die zijn toegespitst op de privaatrechtelijke verhouding. Koekkoek stelt: 'De algemene formulering van het grondrecht doet evenwel niet eraan af dat te onderscheiden is of het als staatsrechtelijk, strafrechtelijk of burgerrechtelijk voorschrift moet worden toegepast, omdat deze rechtsnormen met de andere normen op een bepaald rechtsgebied een juridisch eenheid dienen te vormen.'⁶

Het is goed mogelijk dat privaatrechtelijke uitwerkingen hun oorsprong hebben in rechten in het EVRM. Het EVRM biedt welkome aanknopingspunten bij de ontwikkeling van de privaatrechtelijke uitwerkingen, maar vaak niet meer dan dat. Treffend is de overweging van Nieuwenhuis, die voor het recht op eerbiediging van het privéleven overweegt: '*For the time being it may be useful to borrow the concept of privacy from the European Convention, but at the end of the day private law must stand on its own two feet and must be able to articulate the fundamental rights to privacy on its own terms. When the house is built the scaffolding must be removed.*'⁷

Nehmelman stelt dat er met de huidige uitlegmethode, waarin de publiekrechtelijke uitwerking als aanknopingspunt of soms als uitgangspunt dient, sprake is van 'een bedenkelijke precedentwerking voor de publiekrechtelijke werking van grondrechten'.⁸ Hij meent bovendien dat het tot uitgangspunt nemen van de publiekrechtelijke uitleg in het privaatrecht, de privaatrechtelijke werking omstreden maakt.⁹ Een belangrijk kenmerk van de publiekrechtelijke uitwerking is dat het algemeen belang daar in de regel een belangrijke rol speelt. De overheid heeft in de publiekrechtelijke verhouding immers per definitie een rol en geldt als behartiger van het algemeen belang. Kenmerkend voor de privaatrechtelijke verhouding is juist dat personen in beginsel niet gehouden zijn om rekening te houden met het algemeen belang. Eenieder mag naar eigen goedgevoelen handelen.

De typische identiteit van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke verhouding kan op verschillende manieren expliciet worden uitgedragen.¹⁰ Het expliciet uitdragen van de eigen identiteit van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke verhouding kan bijdragen aan de legitimiteit van de toepassing van fundamentele rechten in het privaatrecht. Een eerste manier is door de rechten, meer of minder toegespitst, in het burgerlijk recht te codificeren. Zoals Nehmelman stelt, kunnen specifieke rechten worden gecodificeerd, maar kan een fundamenteel recht ook in zijn totaliteit worden gecodificeerd.¹¹ Specifieke rechten zijn rechten die te herleiden zijn tot meer algemene (paraplu)rechten. In hoofdstuk 4 is bijvoorbeeld al aan

6 Koekkoek 1985, p. 20.

7 Nieuwenhuis 2006, p. 8. In gelijke zin: Nehmelman 2011, p. 26.

8 Nehmelman 2011, p. 26.

9 Nehmelman 2011, p. 26.

10 Zie Nehmelman 2011, p. 26-27.

11 Nehmelman 2011, p. 26.

de orde geweest dat onder het recht op eerbiediging van het privéleven (het fundamentele recht in zijn totaliteit) onder meer zijn begrepen het recht op geestelijke en lichamelijke integriteit (een specifiek recht), het recht op persoonlijke autonomie of zelfbeschikking (een specifiek recht), het recht op persoonlijke ontwikkeling (een specifiek recht), en het recht op het aangaan en ontwikkelen van relaties met derden (een specifiek recht).¹²

Explicitering kan dus vorm krijgen door codificatie van fundamentele rechten in het privaatrecht. In Frankrijk zijn enkele fundamentele rechten in de *Code civil* gecodificeerd. Het recht op eerbiediging van het privéleven, het recht op respect voor de onschuldpresumptie, en het recht op respect voor het lichaam maken deel uit van de *Code civil. Article 9 CC* (recht op eerbiediging van het privéleven) is bovendien meteen een grondslag voor remediëring van schendingen van het recht op eerbiediging van het privéleven.¹³ In Duitsland zijn voor het *Deliktsrecht* zogenaamde rechtsgoederen (belangen waarvan ik zou willen aannemen dat die ook door fundamentele rechten worden beschermd) geëxpliciteerd die op bijzondere bescherming in het *Deliktsrecht* kunnen rekenen. Het betreft de rechtsgoederen leven, lichaam, gezondheid, (bewegings)vrijheid en eigendom.¹⁴ In de *DCFR* brengt een verwijzingsbepaling fundamentele rechten expliciet binnen.¹⁵

Een ander manier om de eigen aard van de fundamentele rechten in het privaatrecht expliciet uit te dragen, is door fundamentele rechten in het privaatrecht te begrijpen als persoonlijkheidsrechten die, net als de publiekrechtelijke fundamentele rechten, kunnen worden herleid tot het algemeen persoonlijkheidsrecht.¹⁶ Deze benadering heeft in Duitsland een grote ontwikkeling doorgemaakt en is ook te ontdekken in de rechtspraak van de Hoge Raad.¹⁷

In dit onderzoek heeft een drietal fundamentele rechten bijzondere aandacht gekregen, namelijk het recht op leven, het recht op respect voor het privé-, familie- en gezinsleven, en het recht op ongestoord genot van eigendom. De keuze voor deze rechten is ingegeven door het idee dat de belangen waaraan deze rechten bescherming bieden, de belangen zijn die in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht centraal staan.¹⁸ De conclusies dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht maar ten dele kan voorzien in de bescherming van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding en dat de introductie van een nieuwe figuur voor de handhaving van fundamentele rechten dus wenselijk is, kan naar mijn mening aanleiding zijn om de deur ook open te houden voor belangen die hun bescherming niet in de hier onderzochte rechten vinden.

12 Zie § 4.3.9.2.1.

13 Zie § 6.3.6.4.

14 Zie § 6.3.4.5.2.

15 Zie § 6.3.3.2.

16 Nehmelman 2011, p. 27; Nehmelman 2002. Zie ook: HR 24 april 1994, NJ 1994, 608, m.nt. WH-S, r.o. 3.2 (*Valkenhorst*); HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, m.nt. EJD, r.o. 5.10 (*Parool/Van G.*).

17 Zie § 3.3.5.4 en § 6.3.4.5.2.

18 Zie § 1.3.2.

De praktijk moet uitwijzen voor welke belangen de fundamentele rechtschending nog meer van waarde kan zijn. De wetenschap kan daarbij behulpzaam zijn door het formuleren van de criteria die leidend zijn bij het onderscheiden van fundamentele rechten van andere rechten. Een belangrijk criterium is naar mijn mening het criterium ‘noodzakelijk voor de fysieke waarborg van het individu en zijn maatschappelijke leven.’¹⁹ Met dit criterium wordt bedoeld dat alleen als de schending van rechten betekent dat de fysieke waarborg van een individu of zijn maatschappelijke leven in het gedrang komt, de rechten fundamentele rechten zijn. Een tweede criterium moet mijns inziens zijn het criterium ‘aard van het recht en aard van de verplichting die het recht veronderstelt’.²⁰ Met dit criterium moet worden voorkomen dat private personen aansprakelijk worden gehouden voor rechten die typisch publiekrechtelijk van aard zijn. Deze criteria bevestigen mijns inziens in ieder geval dat het recht op leven, het recht op eerbiediging van een privé-, familie- en gezinsleven, en het recht op bescherming van eigendom als fundamentele rechten kwalificeren.

8.2.2. Rechtsvinding, uitleg en toepassing van fundamentele rechten in het privaatrecht

De strekking van vage bepalingen zoals fundamentele rechten wordt in niet te onderschatten mate bepaald door rechtsvinding, uitleg en toepassing van de bepalingen. En dat is een gecompliceerde opdracht, stelt ook Nieuwenhuis die de vinger op de zere plek legt: ‘Maar de rechter staat voor de niet geringe opgave om de flexibiliteit en verfijning van het privaatrecht te verzoenen met de zelden tot het compromis geneigde postulaten van de grondrechten.’²¹ Toch is er ten onrechte weinig aandacht voor sommige onderdelen van de rechtsvinding, zoals voor de weging van belangen, rechten en kansen, constateert ook Nieuwenhuis: ‘Als deze intellectuele verwaarlozing berust op de gedachte dat buiten regeltoepassing in strikte zin slechts plaats is voor irrationele factoren, zoals de “sprong” van Scholten en “de door ervaring geschoolde intuïtie” van Bregstein, is sprake van misverstand.’²² De rechtspraak waarin de horizontale werking van fundamentele rechten een rol speelt overziend, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat fundamentele rechten onvoldoende eenduidig worden toegepast in de context van de privaatrechtelijke rechtsverhouding.²³

Bij de ontwikkeling van de wijze waarop fundamentele rechten worden toegepast, staat voorop dat fundamentele rechten in het privaatrecht niet zelden in de context van een belangenafweging worden uitgelegd. Voor de private rechtsverhouding wordt vaak aangenomen dat het recht op private vrijheid voor de verweerder per definitie zal moeten worden meegewogen in een beslissing over een vermeende

19 Canaris 1983, p. 31. Zie § 6.3.3.2.

20 Vgl. *Section 8 (2) 1996 Constitution* (Zuid-Afrika). Zie § 6.2.2.1.

21 Nieuwenhuis 2007-II, p. 220.

22 Nieuwenhuis 2005, p. 481.

23 Zie § 2.2.2.2.

(dreigende) rechtsschending, aangezien het doen of nalaten door de verweerder het gevolg is van de uitoefening van die vrijheid.²⁴

Gedachtevorming over eenduidige toepassing van fundamentele rechten betekent zo gedachtevorming over de belangenafweging. Enkele jaren geleden heeft Gerards, na de constatering dat toetsing van een belangenafweging door (vooral de Straatsburgse) rechters op veel punten beter kan, verschillende punten behandeld waarop in die context winst kan worden behaald. Gerards heeft haar uiteenzetting toegespitst op de toetsing van de rechterlijke belangenafweging in de publiekrechtelijke rechtsverhouding. Deze uiteenzetting van verbeterpunten is volgens mij ook goed bruikbaar in het Nederlandse privaatrecht, in het bijzonder in die gevallen waarin een rechter fundamentele belangen moet afwegen. De punten komen hier daarom aan de orde.

In de eerste plaats moeten de betrokken belangen worden gedefinieerd. De rechter moet een actieve houding aannemen, en kan weliswaar afdaan op wat partijen stellen, maar moet ook doorvragen als die stellingen niet voldoende informatie inhouden om de belangen te kunnen definiëren. Voor een goede afweging is het vervolgens zaak om de betrokken belangen qua abstractiegraad 'naar elkaar toe te halen.'²⁵ Gerards stelt dat immers, naarmate belangen algemener zijn geformuleerd, er vaak meer waarde aan wordt gehecht.²⁶ Het naar elkaar toe halen van de belangen maakt de afweging daarom meer waardeneutraal.²⁷

Als de belangen qua abstractiegraad naar elkaar toe zijn gehaald, rijst de vraag of de belangen eerst afzonderlijk moeten worden gewogen, of dat de belangen direct ten opzichte van elkaar moeten worden gewogen. Gerards bepleit het eerste, en weegt de belangen afzonderlijk, om aansluitend het gewicht van de belangen te vergelijken. Wat betreft het gewicht is het eenvoudiger het gewicht niet te zoeken in het vastgestelde belang, maar het gewicht te zoeken in de ernst van de aantasting en de grootte van het belang bij de verwezenlijking van de doelstellingen en belangen. Dat laatste gewicht laat zich kennelijk gemakkelijker vaststellen dan de intrinsieke waarde van de betrokken belangen.²⁸

De benadering van Gerards heeft een aantal belangrijke voordelen en ik zie wat dat betreft een parallel met het idee van Van Boom dat de rechter er goed aan zou doen om, in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in gevallen waarin sprake is van structurele fouten die aan schades ten grondslag liggen, casusoverstijgende normen te formuleren.²⁹ In de eerste plaats draagt de explicitering van de belangen in Gerards' aanpak een objectieve beoordeling van de voorliggende zaak uit.

24 Nieuwenhuis 2007-II, p. 220; Nehmelman 2011, p. 27.

25 Gerards 2006, p. 28.

26 Gerards 2006, p. 28.

27 Gerards 2006, p. 29.

28 Vlg. Nieuwenhuis die de beide activiteiten achtereenvolgens ziet gebeuren: 'Het gebod voor de *balancing act* die de rechtsvinder moet uitvoeren, indien hij wordt geconfronteerd met twee botsende grondrechten, is tweevoudig: *generaliseer*, bepaal het soortelijk gewicht van elk van beide grondrechten; *concretiseer*, stel vast hoe zwaarwegend de inbreuk in het concrete geval is, als we het grondrecht met het lichtste soortelijk gewicht op het offerblok leggen.' Nieuwenhuis 2007-II, p. 237.

29 Van Boom 2003. Zie ook: § 3.3.4.3.4.

De beslissing van de rechter die op die afweging is gebaseerd kan beter worden beoordeeld, aangezien de stappen zijn uitgesplitst. De aanpak brengt ten tweede mee dat er voor de toekomst meer duidelijkheid komt over belangen en normen die de fundamentele rechten in zich bergen en scheidt zo meer rechtszekerheid.³⁰

8.2.3. Status van de rechten

Er moet dus duidelijkheid komen over de rechten die in het privaatrecht fundamentele rechten zijn en de belangen die op bijzondere bescherming kunnen rekenen. In het publiekrecht is die bijzondere bescherming niet alleen vormgegeven door de rechten in de wet te expliciteren, maar ook door die rechten vervolgens een bijzondere status toe te kennen. Publiekrechtelijke fundamentele rechten zijn niet zelden boven andere rechten verheven vanwege de aard van de belangen waaraan ze bescherming bieden. Die belangen zijn de meest beschermenswaardige, en direct terug te voeren op de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid.³¹ Een aantasting in deze belangen brengt een aantasting van de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid met zich.

De bijzondere status van fundamentele rechten komt in het publiekrecht op een aantal manieren tot uitdrukking. De bijzondere status komt in de eerste plaats tot uitdrukking in de verzwaarde procedure die in de regel is gemeoid met de aanpassing van geschreven bepalingen van de rechten. Dat geldt zowel voor de regelingen van nationale aard,³² alsook voor het recht onder het EVRM. Bij een verzwaarde wijzigingsprocedure kan worden gedacht aan de vereiste instemming met de wijziging van een grotere meerderheid dan de absolute meerderheid, maar ook aan de tussentijdse raadpleging van het volk via parlementsverkiezingen gedurende de procedure van wijziging. Voor het EVRM geldt bijvoorbeeld, *stricto sensu*, een opzegtermijn van zes maanden, maar veel belangrijker is het feit dat het EVRM een verdrag is met een groot aantal lidstaten, die worden ingelicht, en de politieke confrontatie waar een opzegging toe leidt.³³ Mogelijk zal zelfs, vanwege de nauwe verbondenheid tussen EU-recht en het recht onder het EVRM, opzegging van het lidmaatschap van de EU noodzakelijk zijn.³⁴

De bijzondere status van fundamentele rechten moet in het privaatrecht naar mijn mening vooral tot uitdrukking komen in de tweede manier waarop fundamentele rechten een bijzondere status hebben, te weten door de bijzondere acties waarmee de bescherming van de rechten wordt voorgestaan.³⁵ Bijzondere acties kunnen vorm krijgen als species van bestaande, breder toepasbare acties, maar ook als acties die alleen gelden ten aanzien van de fundamentele rechten.

30 De Lange 1991, p. 23.

31 Zie § 4.2.3.

32 Zie § 5.4.3, § 5.5.3, § 5.6.3, § 5.7.3.

33 Artikel 58 EVRM.

34 Rodrigues 2011, p. 12. Rodrigues spreekt van de stugheid van de mensenrechtenverdragen 'als waarborg ter bescherming van de fundamentele en democratische waarden binnen de internationale gemeenschap.'

35 Vgl. Nehmelman 2011, p. 23.

Als de bijzondere acties vorm krijgen als species van breder toepasbare acties, moet het bij de toespitsing van de actie voor de handhaving van fundamentele rechten duidelijk zijn dat de belangen die fundamentele rechten in zich dragen zeer gewichtige belangen zijn. De toepassing van de onrechtmatige daad voor de handhaving van EVRM-rechten vraagt bijvoorbeeld om een bijzondere invulling van de criteria. Eén van die criteria is ‘hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt’ als in artikel 6:162 lid 2 BW. Bij de invulling van deze open norm geldt dat er aan de betrachte zorgvuldigheid door de benadeler significant hogere eisen moeten worden gesteld als het handelen een fundamentele rechtsschending tot gevolg kan hebben.³⁶

Een bijzondere actie die alleen geldt ten aanzien van fundamentele rechten is de fundamentele rechtsschending die in dit hoofdstuk wordt geïntroduceerd. Voor een dergelijke, nieuwe actie is plaats ingeval de gewenste handhaving van fundamentele rechten via de bestaande acties niet of niet volledig kan worden bereikt. In hoofdstuk 7 is geconcludeerd dat er in het burgerlijk recht reden is om aan te nemen dat daarvan sprake is.

8.3. STAP TWEE: RECHTSHANDHAVING ALS UITGANGSPUNT

Een tweede stap die moet worden gezet vóór de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht kan worden geïntroduceerd, is het accepteren van rechtshandhaving als functie van het burgerlijk recht in brede zin. Rechtshandhaving betekent hier het afdwingen van bescherming van (fundamentele) subjectieve rechten, en dus niet zozeer het afdwingen van recht in brede zin (volgens de algemene definitie van rechtshandhaving). Rechtshandhaving wordt tegenwoordig al door veel rechtswetenschappers beschouwd als functie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.³⁷ In het verlengde van die opvatting, die ik ook aanhang, ligt de fundamentele rechtsschending waarmee juist rechtshandhaving wordt voorgestaan.

Rechtshandhaving als functie is het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht niet vreemd. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en de fundamentele rechtsschending zullen daarom overlappen waar het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wordt ingezet voor rechtshandhaving of al van zichzelf rechtshandhaving meebrengt. De fundamentele rechtsschending wijkt ook op belangrijke punten van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht af (het zal verderop in dit hoofdstuk bij de toelichting bij de fundamentele rechtsschending worden verduidelijkt). De fundamentele rechtsschending heeft als uitgangspunt dat een rechtsschending op zich voldoende is om tot actie te komen. Schade is geen noodzakelijke voorwaarde voor een actie op grond van de fundamentele rechtsschending.

³⁶ Zie § 7.3.6.3.

³⁷ Zie onder meer: Verheij 2002; Van Boom 2006; Keirse 2009. Anders: J. Kortmann & Sieburgh 2009.

8.4. STAP DRIE: VOORKOMING VAN SCHENDINGEN GAAT VÓÓR SANCTIONERING

De derde stap die aan de introductie van de fundamentele rechtsschending voorafgaat, is de verplaatsing van de focus in de tijd: zoals in het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht steeds meer wordt ingezet op het voorkomen van schade, moet bij de fundamentele rechtsschending voorop staan dat het voorkomen van een rechtsschending gaat vóór de sanctionering van voltrokken rechtsschendingen. Dit is een belangrijk uitgangspunt in het recht onder het EVRM, en moet ook bij de handhaving van rechten tussen burgers onderling het uitgangspunt zijn. Ofschoon in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in zijn huidige vorm het belang van het voorkomen van foutief (daar: schadeveroorzakend) gedrag al wordt onderkend, geldt voor fundamentele rechten het voorkomen van rechtsschendingen te meer als uitgangspunt, vanwege de aard van de rechten en dus de ernst van de (te voorkomen) rechtsschending.

De inzet op het voorkomen van rechtsschendingen vereist het bestaan van acties of remedies die de rechtsschending effectief kunnen voorkomen. Die acties of remedies hoeven niet per se juridisch van aard te zijn, maar kunnen ook feitelijke acties of remedies zijn. Het vizier is in dit onderzoek gericht op de juridische acties, waarmee geenszins is gezegd dat die belangrijker of effectiever zijn dan andere acties. Sterker: niet zelden wordt aangenomen dat juridische acties kostbaar en emotioneel belastend zijn.

Het voorkomen en sanctioneren van rechtsschendingen via de figuur van de fundamentele rechtsschending maakt dat de gedragsbeoordeling twee kanten op werkt. Als toekomstig gedrag wordt beoordeeld, wordt gezien of een remedie op zijn plaats is om een schending te voorkomen. Als begaan gedrag wordt beoordeeld, wordt gezien of een remedie op zijn plaats is om rechtzetting te bereiken. Dat is niet anders dan in het aansprakelijkheidsrecht in zijn huidige vorm dat zich als centraal systeem temidden van de (schade)voorkomende sancties en de (schade)herstellende sancties bevindt.³⁸ Aan de hand van de criteria in het huidige aansprakelijkheidsrecht kan immers reeds toekomstig gedrag worden beoordeeld, maar kan ook begaan gedrag worden beoordeeld.

8.5. DE FUNDAMENTELE RECHTSSCHENDING IN HET NEDERLANDSE BURGERLIJK RECHT

8.5.1. De fundamentele rechtsschending: een nieuwe bron van verbintenissen in het burgerlijk recht en grondslag voor schendingvoorkomende remedies

De uiteenzetting van het stappenplan in de vorige paragrafen maakt de weg vrij voor de introductie van de figuur van de fundamentele rechtsschending. De fundamentele

³⁸ Zie de hoofdstukken 3 en 7.

rechtsschending moet in het Nederlandse burgerlijk recht functioneren als een nieuwe bron van verbintenissen. Het roept een verbintenis in het leven tot rechtzetting en is de grondslag voor toewijzing van schendingvoorkomende remedies. Deze nieuwe bron van verbintenissen draagt bij aan de handhaving van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding.

De fundamentele rechtsschending wordt omschreven als de ongerechtvaardigde inmenging in de meest beschermenswaardige belangen van individuen die worden beschermd in subjectieve rechten. De fundamentele rechtsschending is, net als de onrechtmatige daad, een open en centrale regeling, die zich laat binden aan preventief werkende remedies, alsook aan sanctionerende remedies. Bij de keuze voor de remedies staat steeds voorop dat met de fundamentele rechtsschending rechtshandhaving wordt beoogd.

De fundamentele rechtsschending roept gemakkelijk associatie op met de onrechtmatigedaadcategorie 'inbreuk op een recht' in artikel 6:162 lid 2 BW, temeer nu de fundamentele rechtsschending als nieuwe bron van verbintenissen een plaats krijgt naast de onrechtmatige daad. De fundamentele rechtsschending is echter uitdrukkelijk niet uit deze onrechtmatigedaadcategorie voortgevloeid. 'Schending' in 'fundamentele rechtsschending' vloeit voort uit de in het recht onder het EVRM ook gebruikelijke term '*breach*' of 'schending'. Het onderscheid tussen de fundamentele rechtsschending en de inbreuk op een recht in artikel 6:162 lid 2 BW wordt verder verduidelijkt in § 8.5.3. In § 8.5.3 staan de uitwerking en afbakening van de fundamentele rechtsschending centraal.

8.5.2. Vertrekpunt: impressie van een wettelijke grondslag

Hoewel ik met Ribbius meen dat 'de schrijver van een proefschrift nog te ver van de praktijk [staat] en nog te onbekend [is] met de eischen, welke aan een praktische wet te stellen zijn',³⁹ meen ik dat het hier noodzakelijk is éérst een impressie van een wettelijke grondslag te geven, omdat niet beter kan worden omschreven wat het karakter van de fundamentele rechtsschending is dan aan de hand van een (ontwerp-)rechtsregel. De (ontwerp-)rechtsregel wordt nader toegelicht in § 8.5.4, in welke paragraaf de uitwerking en afbakening van de fundamentele rechtsschending aan de orde komen.

De (ontwerp-)rechtsregel bepaalt dat eenieder die inbreuk maakt op een anders fundamentele recht of fundamentele vrijheid of dreigt daarop inbreuk te maken, zijn gedraging moet staken, tenzij het plegen van de inbreuk noodzakelijk en redelijk is ter bescherming of uitoefening van zijn eigen fundamentele recht of fundamentele vrijheid. In de wettelijke grondslag komt verder tot uitdrukking dat degene wiens fundamentele recht of vrijheid is geschonden, recht heeft op rechtzetting.

³⁹ Ribbius 1906, p. 259.

8.5.3. Het karakter van de fundamentele rechtsschending

Het karakter van de fundamentele rechtsschending laat zich omschrijven aan de hand van de grondslag onder de regeling, het vertrekpunt bij de regeling en de toets die de regeling in zich draagt. De fundamentele rechtsschending berust op de grondslag: 'Ieder individu ziet zich jegens een ander beschermd in zijn meest beschermenswaardige belangen, die voortkomen uit de menselijke waardigheid en fundamentele vrijheid, en respecteert een anders meest beschermenswaardige belangen.' De grondslag en de daarop gebouwde rechtsregel dragen uit dat met de fundamentele rechtsschending de bescherming van fundamentele belangen wordt voorgestaan, anders dan wat primair met het onrechtmatigedaadsrecht wordt voorgestaan. De grondslag van het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht geeft immers te kennen dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in zijn huidige vorm in de kern ziet op het herstel van schade via het vermogen van de benadeelde, als er schade is ontstaan door actie of nalaten van een derde.⁴⁰ De grondslag van de fundamentele rechtsschending wijkt ook af van de grondslag van het recht onder het EVRM die immers niet zo expliciet een grondslag is voor een verplichting in de privaatrechtelijke rechtsverhouding.⁴¹

De grondslag onder de fundamentele rechtsschending is tweeledig. Enerzijds draagt deze de verplichting uit om een anders belangen te respecteren, en anderzijds draagt deze het recht uit op bescherming tegen schendende gedragingen van derden. Uit de grondslag is zo al af te leiden dat de rechtsregel die daarop wordt gebouwd, net als de onrechtmatige daad, een bipolair karakter draagt. Zoals iemand onder het onrechtmatigedaadsrecht eiser, maar ook gedaagde kan zijn, geldt dat ook voor de fundamentele rechtsschending.

Het karakter van de fundamentele rechtsschending laat zich in de tweede plaats omschrijven aan de hand van het vertrekpunt bij de toepassing van de rechtsregel. Het vertrekpunt bij de toepassing van de fundamentele rechtsschending ligt bij de benadeelde. De situatie waarin benadeelde en benadeler zich bevinden wordt beoordeeld vanuit het perspectief van de benadeelde. Dat wil zeggen dat wordt vastgesteld of de benadeelde in zijn rechten is aangetast.

Het vertrekpunt onderscheidt de fundamentele rechtsschending van de onrechtmatige daad. Terwijl het vertrekpunt bij de toepassing van de fundamentele rechtsschending bij de benadeelde ligt, staat bij de toepassing van de onrechtmatige daad immers de gedraging van de benadeler centraal. De fundamentele rechtsschending vereist dat er sprake is van een schending van het recht van de benadeelde. De onrechtmatige daad vereist dat er sprake is van een onrechtmatige gedraging door de benadeler.

Naast de grondslag en het vertrekpunt bij de toets is de toets *an sich* ook kenmerkend voor de fundamentele rechtsschending. Ook de toets onderscheidt de fundamentele

40 Zie § 3.2.5.

41 Zie § 4.2.3.

rechtsschending van de onrechtmatige daad. Het vertrekpunt leidt de toets al in. Het vertrekpunt zegt dat de toestand van de benadeelde als vertrekpunt wordt gekozen. Die toestand behelst de rechtsfeiten waaraan het recht een gevolg koppelt. Een rechtzettingsverplichting ontstaat als er een rechtsschending is gepleegd en een rechtsschending wordt vastgesteld door te bezien of er een zodanige inbreuk is gemaakt op een of meer fundamentele rechten van de benadeelde dat die in zijn waardigheid of vrijheid is aangetast. Deze toets is fundamenteel anders dan de toets in het onrechtmatigedaadsrecht. In het onrechtmatigedaadsrecht is het vertrekpunt de gedraging door de benadeler en behelst de toets een afweging van de verschillende factoren die van invloed zijn op het antwoord op de vraag of het rechtvaardig is de schade niet door de benadeelde, maar door de benadeler te laten dragen.⁴²

Zoals de onrechtmatige daad is de fundamentele rechtsschending een open en centrale regeling die zich laat koppelen aan preventief werkende en sanctionerende remedies. Bij de fundamentele rechtsschending ligt de nadruk, gezien de aard van de rechten en de impact die een schending steeds meebrengt, méér nog dan in het onrechtmatigedaadsrecht, bij de koppeling aan de preventief werkende remedies.

De rechtvaardiging om een persoon te voorzien in een remedie jegens de schender van een fundamenteel recht ligt niet, zoals bij de onrechtmatige daad, bij schadeveroorzakend doen of nalaten, maar ligt in het feit dat de schender de grens van respect voor fundamentele rechten van een ander heeft overschreden.

8.5.4. Uitwerking & afbakening

8.5.4.1. Inmenging in beschermenswaardig belang, aantasting in de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid, en rechtvaardigingsgrond

Een wettelijke grondslag voor de fundamentele rechtsschending vraagt om een heldere afbakening gezien de verwantschap met de actie op grond van de onrechtmatige daad en meer nog gezien de positie van de benadeler en benadeelde onder deze figuur. Een tweetal criteria bakent de fundamentele rechtsschending af en werkt de fundamentele rechtsschending tegelijk verder uit. Het zijn de criteria *inmenging in beschermenswaardig belang* en *aantasting in de waardigheid of fundamentele vrijheid*. Een *rechtvaardigingsgrond* voorziet de benadeler van een verweer.

De eerste afbakening gebeurt via het criterium *inmenging in een beschermenswaardig belang*. Dit criterium vereist een beoordeling van de belangen die door de gedraging van de benadeler (dreigen te) worden geschonden. De belangen moeten belangen zijn die binnen het beschermingsbereik van een of meer fundamentele rechten vallen (§ 8.5.4.2).

Voor een schending is verder een *aantasting in de waardigheid of fundamentele vrijheid* vereist. Het is noodzakelijk dat de benadeler zodanig in zijn belangen is aangetast dat de gedraging van de schender een aantasting in de waardigheid of

⁴² Zie § 3.3.4.

fundamentele vrijheid van het slachtoffer oplevert. Pas dan is er sprake van een fundamentele rechtsschending (§ 8.5.4.3).

De rechtvaardigingsgrond kan de benadeler bevrijden van een tegen hem opgelegde remedie vanwege een (dreigende) inbreuk op een recht (§ 8.5.4.4).

8.5.4.2. *Beschermenswaardige belangen*

De fundamentele rechtsschending vereist in de eerste plaats dat er een inmenging is geweest in één van de meest beschermenswaardige belangen van de benadeelde. Dié subjectieve rechten die in het privaatrecht tot de fundamentele rechten horen, brengen een aantal belangen in zich. Deze belangen zijn de meest beschermenswaardige belangen.

Het is bij de toepassing van dit criterium enerzijds noodzakelijk dat de belangen van de benadeelde worden gedefinieerd en anderzijds is het noodzakelijk dat de fundamentele rechten worden uitgelegd zodat duidelijk wordt aan welke belangen ze bescherming bieden. Wat dat laatste betreft geldt voor die fundamentele rechten die ook deel uit maken van het EVRM dat in de rechtspraak van het EHRM een eerste aanknopingspunt ligt bij de uitleg van de fundamentele rechten. In zijn rechtspraak heeft het EHRM bijvoorbeeld beslist dat de belangen waaraan het recht op eerbiediging van het privéleven bescherming biedt zijn het belang bij respect voor de geestelijke en lichamelijke integriteit, de persoonsinformatie, de (veilige) leefomgeving, persoonlijke autonomie of zelfbeschikking, persoonlijke ontwikkeling, het aangaan en ontwikkelen van relaties met anderen, en elementen in de persoonlijke sfeer zoals naam, geslachtsidentificatie en seksuele geaardheid.⁴³

8.5.4.3. *Schending in het licht van de grondbeginselen*

Een tweede criterium dat de fundamentele rechtsschending afbakt is de aantasting in de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid. Er kan pas sprake zijn van een fundamentele rechtsschending als de inmenging in het beschermenswaardige belang zodanig is dat die een aantasting in de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid van het slachtoffer van de rechtsschending oplevert. Deze afbakening gaat terug op de grondbeginselen waarop het recht onder het EVRM berust, namelijk dat eenieder wordt beschermd in zijn waardigheid en fundamentele vrijheid. De vaststelling van de aantasting in de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid is een belangrijke stap in de afbakening van de fundamentele rechtsschending. Belangen kunnen snel als zeer beschermenswaardig gelden en een inmenging is ook gemakkelijk vastgesteld. Het is daarom dat (cumulatief) vereist is dat de inmenging zodanig is dat die een aantasting in de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid veroorzaakt.

⁴³ Zie § 4.3.9.2.1.

Menselijke waardigheid wordt hier in ruime zin uitgelegd.⁴⁴ Menselijke waardigheid in ruime zin is een grondbeginsel onder het EVRM en ligt als zodanig ten grondslag aan alle rechten in dat verdrag.⁴⁵ Menselijke waardigheid kan ook eng worden geïnterpreteerd. Het fungeert dan als zodanig als grondrecht. Van een dergelijke uitleg is hier dus geen sprake. Het grondbeginsel menselijke waardigheid functioneert hier als begrenzingsinstrument.⁴⁶

8.5.4.4. Rechtvaardigingsgrond

Fundamentele rechten genieten zelden absolute bescherming. Fundamentele rechten worden ook onder de fundamentele rechtsschending niet absoluut beschermd. Een rechtvaardigingsgrond bepaalt namelijk dat een inmenging in een fundamenteel recht die bovendien een aantasting in de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid oplevert, onder omstandigheden geen fundamentele rechtsschending is. Bij de keuze voor de invulling van de rechtvaardigingsgrond heeft als uitgangspunt gegolden dat een rechtvaardigingsgrond ten minste van gelijk gewicht moet zijn als de inmenging in het fundamentele recht van de benadeelde die voor de benadeelde een aantasting in zijn menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid betekent. Als rechtvaardigingsgrond voor de schending van een anders fundamentele recht geldt daarom de bescherming of uitoefening van een fundamenteel recht of fundamentele vrijheid door de schender.

De rechtvaardigingsgrond moet als volgt worden uitgelegd. De gedraging door de benadeler die de inmenging heeft veroorzaakt moet noodzakelijk zijn geweest voor de bescherming of voor het genot van zijn eigen fundamentele rechten of vrijheden. De noodzakelijkheid grijpt terug op de menselijke waardigheid en de fundamentele vrijheid. Er is sprake van een noodzaak als een benadeler, indien het hem verboden zou zijn zich te gedragen zoals hij heeft gedaan, zodanig in een van zijn fundamentele rechten wordt geraakt, dat hij in zijn menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid wordt aangetast.

De rechtvaardigingsgrond is dus spiegelbeeldig aan de vereisten voor de fundamentele rechtsschending. Een belangrijke basis voor de rechtvaardigingsgrond zal de handelingsvrijheid zijn.⁴⁷ De handelingsvrijheid is echter geenszins de enige denkbare basis voor een rechtvaardigingsgrond. Evenzeer kan de benadeler bijvoorbeeld aanvoeren dat zijn schendende gedraging noodzakelijk was ter bescherming van zijn recht op leven. Er moet dan vervolgens worden vastgesteld of de gedraging ook noodzakelijk was om een aantasting in zijn waardigheid of vrijheid te voorkomen.

Als er inderdaad sprake is geweest van een inmenging in een fundamenteel recht, zodanig dat de benadeelde in zijn waardigheid of vrijheid is aangetast, en de

44 Menselijke waardigheid kan ook enger worden uitgelegd als grondrecht *an sich*; deze uitleg wordt hier niet aangehangen.

45 Zie § 4.2.1. En meer uitgebreid over de verschillende verschijningsvormen: *Voorstudie Menselijke waardigheid* 2010. En ook: Gerards 2011, p. 45.

46 Vgl. Gerards 2011, p. 45.

47 Zie § 8.2.2.

benadeler bovendien de rechtvaardigingsgrond succesvol kan invoeren, staat de rechter voor de opgave een afweging te maken tussen het belang van de benadeelde en het belang van de benadeler en moet hij beoordelen of er sprake is van een fundamentele rechtsschending. Deze afweging door de rechter moet worden gedaan aan de hand van de toetsingsformule van Gerards die aan de orde is geweest in § 8.2.2.

8.5.4.5. *De positie van de fundamentele rechtsschending in het burgerlijk recht*

De fundamentele rechtsschending is als bron van verbintenissen het meest nauw verwant aan de onrechtmatige daad. De fundamentele rechtsschending is echter van een ander kaliber dan de onrechtmatige daad. Ondanks het feit dat de beide bronnen van verbintenissen bronnen van een ander kaliber zijn, bestaat de mogelijkheid van samenloop. De feiten die maken dat kan worden gesproken van een onrechtmatige daad, kunnen namelijk tegelijk als een fundamentele rechtsschending kwalificeren.

Een belangrijk verschil tussen de fundamentele rechtsschending en de onrechtmatige daad betreft de toepassing en de gevolgen ervan. Zoals in de voorgaande paragrafen is uiteengezet, wordt de fundamentele rechtsschending toegepast als er sprake is van een situatie waarin een persoon zich in zijn fundamentele rechten ziet aangetast. De onrechtmatige daad wordt toegepast als er schade is geleden. Als dus een benadeelde schade heeft geleden, kan die op grond van de onrechtmatige daad zijn schade vergoed krijgen als aan alle criteria die de onrechtmatige daad inhoudt is voldaan. Als er tegelijk sprake is van een fundamentele rechtsschending, kan dat reden zijn voor de benadeelde ook op grond van de fundamentele rechtsschending een actie in te stellen. Bij het instellen van die laatste actie echter kan het doel van de benadeelde niet zijn schadevergoeding te verkrijgen, want daarvoor bestaat nu juist typisch de onrechtmatige daad. Anderzijds kan het wel zo zijn dat de rechtzetting op grond van de fundamentele rechtsschending betaling van een geldsom betekent, maar die geldsom dient expliciet niet tot vergoeding van geleden schade. Het hangt af van de omstandigheden van het geval wat nodig is om rechtzetting te bereiken.

De fundamentele rechtsschending brengt de meest in het oog springende verandering in situaties waarin op het moment voor de benadeelden die in fundamentele rechten zijn aangetast geen actie in rechte ter beschikking is. Een belangrijk voorbeeld is het geval waarin naasten in hun recht op respect voor hun familie- en gezinsleven worden aangetast of het geval waarin een persoon in zijn geestelijke of lichamelijke integriteit is aangetast zonder daarbij letsel te hebben opgelopen. De onrechtmatige daad biedt geen uitweg, de grenzen van de onrechtmatige daad zijn bereikt, maar een actie in rechte is wenselijk gezien het feit dat de benadeelden slachtoffer van fundamentele rechtsschendingen zijn. Een fundamentele rechtsschending overigens ook aan de orde zijn in situaties waarin het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht al voorziet in schadevergoeding als remedie voor een schadeveroorzakende gedraging. In een dergelijk geval zal het niet per se noodzakelijk zijn de benadeler te veroordelen tot betaling van een geldsom vanwege de schending, maar kan ook worden volstaan met een verklaring voor recht als daarmee rechtzetting wordt bereikt.

8.5.5. Remedies

8.5.5.1. Remedies ter voorkoming en ter sanctionering

Ubi jus ibi remedium – waar een recht is, is een remedie. De fundamentele rechtsschending creëert een rechtsplicht om geen fundamentele rechtsschending te plegen. Deze rechtsplicht kan voor de rechter op grond van artikel 3:296 BW worden afgedwongen. De fundamentele rechtsschending schept een verbintenis tot rechtzetting als fundamentele rechten zijn geschonden. Voor het rechtzetten kan een verplichting tot betaling van een geldsom noodzakelijk zijn.

Verschillende remedies geven fundamentele rechten dus de tanden die noodzakelijk zijn voor de handhaving van fundamentele rechten.⁴⁸ Deze remedies staan hier centraal. Aan de orde komen achtereenvolgens de remedies ter voorkoming van schendingen, de belangrijkste remedies voor de verwezenlijking van fundamentele rechten, en de remedies ter sanctionering van schendingen.

8.5.5.2. Remedies ter voorkoming van schendingen

Het zwaartepunt bij de fundamentele rechtsschending ligt bij de voorkoming van het zich voltrekken van een rechtsschending. Alleen zo worden fundamentele rechten werkelijk genoten. De eerste remedies liggen al besloten in artikel 3:296 BW: de gebods- en verbodsactie.⁴⁹ In hoofdstuk 6 is deze remedie aan de orde geweest.⁵⁰

Er zijn ten minste twee aspecten die de toepassing lastig maken, Lindenbergh heeft daar eerder op gewezen.⁵¹ De rechter die moet beslissen over het toe- of afwijzen van een verbod of gebod, zal zich in de eerste plaats moeten afvragen of de belangen die gediend zijn met de toewijzing voldoende zwaar zijn om met het opleggen van een gebod of verbod de vrijheid van gedaagde te schenden. Daarvan zal immers per definitie sprake zijn. Het gegeven van de schending van de vrijheid tegenover de mogelijke schending van eisers' belangen, maakt de afweging bij voorbaat lastig. In de tweede plaats moet de rechter beslissen of het gebod of verbod noodzakelijk is voor de handhaving van de rechten, en dat ligt in de lijn van het vorige knelpunt. Voordat een schendende gebeurtenis plaatsheeft, is het niet altijd gemakkelijk te zeggen hoe zeker het intreden van die gebeurtenis is. Dat zal zekerder zijn naarmate er in het verleden feiten zijn die aanleiding geven om te denken dat een schendende gebeurtenis zal plaatshebben. Het is aan eiser die onder woorden te brengen.

Bij de bespreking van de karakteristiek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is al opgemerkt dat de rechter gedrag moet beoordelen dat feitelijk nog niet heeft plaatsgehad. Een dergelijke beoordeling is ingewikkeld, maar mogelijk als wordt bedacht dat de rechter zowel achteraf als vooraf gedragsnormen formuleert die ook voordat ze onder woorden worden gebracht bestaan. Als de rechter

48 Zie ook uitgebreid over remedies in het burgerlijk recht bij schendingen van fundamentele rechten: Lindenbergh 2011.

49 Lindenbergh 2011, p. 79.

50 Zie § 6.3.6.3.

51 Lindenbergh 2011, p. 80.

de gedragsnormen achteraf onder woorden moet brengen, loopt hij het gevaar verblind te zijn door het feit dat het gedrag in de praktijk een fundamentele rechtsschending heeft opgeleverd. De rechter loopt in de tegengestelde situatie, als hij de normen vooraf onder woorden moet brengen, het gevaar het gedrag van de mogelijk toekomstig schender gemakkelijk te licht te beoordelen, omdat de gevolgen van de schending voor het slachtoffer nog niet zichtbaar zijn, maar het ingrijpen in de vrijheid van de mogelijk toekomstig schender des te zichtbaarder.⁵² Het is bovendien zichtbaar dat dat een ernstige schending is. Mijns inziens is hier de eerder genoemde rechtvaardigingsgrond bruikbaar, volgens welke de schending aan de zijde van de (potentiële) schender zodanig ernstig moet zijn dat deze ook een schending van een fundamenteel recht ervaart die een aantasting in zijn waardigheid of vrijheid betekent. De moeilijkheden mogen er niet aan in de weg staan dat de gebods- en verbodsactie voldoende praktische toepassing krijgen. De actie is de enige remedie die een rechtsschending kan voorkomen.

Aangenomen mag worden dat de verbods- en gebodsacties gemakkelijker toepasbaar zijn ingeval een schending van een fundamenteel recht dreigt, aangezien de impact van die dreigende schending mag meewegen bij de beoordeling van het verzoek om een gebod of verbod.

8.5.5.3. Remedies ter sanctionering van schendingen

8.5.5.3.1. Twee aanknopingspunten

Er zijn niet zelden twee aanknopingspunten voor sancties ingeval een schending van een fundamenteel recht heeft plaatsgehad, namelijk de aanknopingspunten van feitelijk nadeel en van moreel nadeel.⁵³ Er is sprake van feitelijk nadeel als het slachtoffer van een rechtsschending schade heeft geleden. Feitelijk nadeel is op geld waardeerbaar, namelijk door een vergelijking te trekken tussen de feitelijke situatie direct voor de rechtsschendende gebeurtenis plaatsvond en de situatie direct daarna.

Moreel nadeel is nadeel dat bestaat in een geschokt rechtsgevoel. Aangenomen mag worden dat een fundamentele rechtsschending altijd gepaard gaat met een geschokt rechtsgevoel. De aard van de rechten en de impact die een schending van die rechten meebrengt, zijn hiervan de oorzaak. Moreel nadeel laat zich slecht op geld waarderen en is daarom ook niet per se weggenomen met de uitkering van een geldbedrag. De betaling van een geldsom is vaak wel de enige mogelijkheid om aan het geschokte rechtsgevoel tegemoet te komen.

⁵² Lindenbergh 2011, p. 80.

⁵³ Het begrip schade wordt hier vermeden, vanwege zijn associatie met het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het feit dat schade het als sleutelbegrip heeft moeten afleggen tegen de rechtsschending.

8.5.5.3.2. Van aanknopingspunt naar remedie

Het aanknopingspunt voor de remedie bij de fundamentele rechtsschending is het morele nadeel. Stevens' omschrijving van de verplichting om goed te maken wat iemand is aangedaan, past hier: *'This obligation to correct, both in morality and law, takes the form of achieving the next best to the wrong not having been committed.'*⁵⁴ De remedie moet in de eerste plaats het morele nadeel dat met een rechtsschending komt, wegnemen – het moet rechtzetten. Het morele nadeel is immers waar de fundamentele rechtsschending een remedie voor beoogt te bieden. Het al of niet wegnemen van feitelijk nadeel kan van invloed zijn op het voortbestaan van het morele nadeel. Soms zal het wegnemen van feitelijk nadeel ook het wegnemen van moreel nadeel betekenen. Verschillende remedies die kunnen bijdragen aan het rechtzetten zijn denkbaar. Het recht onder het EVRM en het Engelse recht in het bijzonder hebben geïnspireerd tot de remedies van de verklaring voor recht en de verplichting tot betaling van een geldsom.

8.5.5.3.3. Remedie I: verklaring voor recht

De eerste remedie is de verklaring voor recht.⁵⁵ We kennen deze figuur in het Nederlandse recht al in artikel 3:302 BW, dat bepaalt dat de rechter op vordering van een bij een rechtsverhouding betrokken persoon een verklaring voor recht omtrent die rechtsverhouding kan uitspreken. In het recht onder het EVRM geldt dat er reeds sprake kan zijn van billijke genoegdoening als het EHRM heeft vastgesteld dat er sprake is (geweest) van een rechtsschending.⁵⁶

De verklaring voor recht draagt bij aan rechtzetting door de erkenning in rechte van aangedaan moreel nadeel. Toch lijkt de effectiviteit van de remedie in het licht van de handhaving van fundamentele rechten omstreden. *Judge Bonello* overweegt bijvoorbeeld: *'Finding a violation of a fundamental right is no comfort for the Government [lees: schender, JE]. Stopping there is no comfort for the victim. A moral thirst for justice is hardly different from a physical thirst for water. Hoping to satisfy a victim of injustice with cunning forms of words is like trying to quench the thirst of a parched child with fine mantras.'*⁵⁷ Of zoals *Lindenbergh* stelt: *'Het is een gedachte die een zekere aantrekkingskracht heeft vanwege haar symboolwerking, zij het dat in het voorbeeld van de kok [i.e. het klassieke voorbeeld van de kok die schadevergoeding van een zwerver vorderde vanwege het feit dat de zwerver de heerlijke geuren uit zijn keuken opsnoof. De kok moest genoeg nemen met het geluid van rinkelende geldstukken, JE] de symboliek vooral ten doel had de eiser te kijk te zetten; een gedachte die ten aanzien van de schending van fundamentele(r) rechten minder aanspreekt.'*⁵⁸

54 Stevens 2007, p. 336.

55 Zie: Shelton 2005, p. 255 e.v.; Lindenbergh 2011, p. 83 e.v.

56 Zie § 4.4.3.

57 *Judge Bonello*, bijgestaan door *Judge Maruste*, in zijn *partly dissenting opinion* bij: EHRM (Grote Kamer) 25 maart 1999, nr. 31195/96, RJ&D 1999-II (*Nikolova/Bulgarije*).

58 Lindenbergh 2011, p. 84.

Het komt mij wenselijk voor dat de verklaring voor recht alleen een voldoende remedie is als daarvoor bijzondere, gegronde redenen zijn in het licht van de omstandigheden van het geval. Daarbij kan worden gedacht aan de situatie waarin het slachtoffer van de schending zelf alleen een verklaring voor recht wenst, maar ook aan de situatie waarin schade op grond van de onrechtmatige daad volledig voor vergoeding in aanmerking komt. Een andere situatie waarin het rechtvaardig kan zijn om een verklaring voor recht als een voldoende remedie te beschouwen, is de situatie waarin een rechtsschending heeft plaatsgehad, maar het slachtoffer zichzelf tegelijk aan wettelijke overtredingen heeft schuldig gemaakt.⁵⁹ Maar in beginsel geldt voor een verklaring voor recht: *'It is the beginning of remedies, not the end.'*⁶⁰

8.5.5.3.4. Remedie II: verplichting tot betaling van een geldsom

Zoals al aan de orde is geweest, is de verplichting tot betaling van een geldsom niet altijd een passende en voor de hand liggende remedie voor een fundamentele rechtsschending. Toch zal de betaling van een geldsom, bij gebrek aan een betere remedie, vaak de aangewezen remedie zijn.

In de eerste plaats is de betaling van een geldsom een remedie als de rechtsschending tot feitelijk nadeel heeft geleid. De geldsom is dan echter bedoeld om schade te compenseren en dus zal de grondslag voor die verplichting niet de fundamentele rechtsschending (kunnen) zijn, maar de onrechtmatige daad. De onrechtmatige daad blijft dus exclusief de grondslag voor de verplichting tot vergoeding van schade. De onrechtmatige daad is daar immers juist op gericht. Niet zelden zal, als er sprake is van schade die is ontstaan door de rechtsschending, ook aan de andere vereisten voor een schadevergoedingsverplichting op grond van artikel 6:162 BW zijn voldaan. Als dat zo is, heeft een benadeelde in beginsel recht op volledige vergoeding van de geleden schade. De kous is daarmee af, tenzij – gezien de rechtsschending – ook betaling van een geldsom noodzakelijk is om recht te zetten.

De betaling van een geldsom is dus een remedie als de rechtsschending tot moreel nadeel heeft geleid. Daarvan is per definitie sprake bij een gepleegde rechtsschending, het was al eerder aan de orde. Als herstel niet mogelijk is en er geen betere, in het licht van de rechtshandhaving, remedie is, dient de betaling van een geldsom als vangnet.

De omvang van de te betalen geldsom vanwege een fundamentele rechtsschending is niet gelijk aan een aantasting in het vermogen van het slachtoffer van de schending, de betaling van de geldsom op grond van de fundamentele rechtsschending dient

59 Zie Józson 2011, p. 748-749. Józson refereert daarbij onder meer aan: EHRM (Grote Kamer) 27 september 1995, nr. 18984/91, A-324 (*McCann e.a./Verenigd Koninkrijk*). In de zaak was aan de orde de doding door de autoriteiten van drie mannen die betrokken waren bij de voorbereiding van terroristische aanslagen. Die betrokkenheid stond aan een toewijzing door het EHRM van de door eisers gevorderde vergoeding in de weg.

60 Shelton 2005, p. 268.

immers niet ter compensatie van geleden schade. Er zijn twee mogelijkheden wat betreft de omvang van de te betalen geldsom. In de eerste plaats is het denkbaar dat een kleine (symbolische) geldsom volstaat. Het is reeds aan de orde geweest dat soms met een verklaring voor recht kan worden volstaan ter rechtzetting van een rechtsschending. Voor die gevallen kan ook worden overwogen om een symbolische (lees: geringe) geldsom toe te kennen. Verder kan, zoals dat ook is overwogen onder de remedie van de verklaring voor recht, de symbolische geldsom vooral dienst doen als dat uitdrukkelijk de wens van het slachtoffer van de schending is.

Ten tweede is het mogelijk dat rechtshandhaving alleen wordt bereikt door betaling van een substantieel bedrag. Het is mijns inziens te overwegen om ook substantiële geldsommen toe te staan in geval van rechtsschendingen. Zoals in § 8.2.3 aan de orde is geweest, genieten fundamentele rechten een bijzondere status gezien de belangen waaraan ze bescherming bieden. Die bijzondere status kan alleen gestalte krijgen in remedies effectief rechtzetten. Als de betaling van een geldsom het laatste middel is om de rechten te handhaven, moet de geldsom wel voldoende substantieel zijn om werkelijk van handhaving te kunnen spreken. Verheij heeft al duidelijk gemaakt dat die geldsom substantieel kan zijn, omdat deze een ander doel dient dan de compensatie voor geleden schade.

Het feit dat de geldsom dient ter handhaving van fundamentele rechten, rechtvaardigt dat het qua omvang afwijkt van de schadevergoedingen – geldsommen die ter compensatie dienen. Dat onderscheid is vooral van belang in de context van de abstracte vergoedingen voor geleden immaterieel nadeel. De schadebegroting gebeurt daar abstract en dat werkt een vergelijking tussen die vergoedingen en de geldsommen vanwege rechtshandhaving in de hand. De verschillende functies die de vergoedingen en de geldsommen dienen, maken echter dat er geen sprake is van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling.

Kellner en Durant noemen twee factoren die de verplichting tot betaling van een substantiële geldsom rechtvaardigen in de context van het publiekrecht. De eerste factor houdt in dat een rechtsschending met de betaling van een geldsom nooit adequaat kan worden hersteld, en dus (factor twee) moet de geldsom qua omvang voldoende zijn om de staat én andere lidstaten er van te weerhouden verdere schendingen te plegen.⁶¹ Een geldsom kan volgens Kellner en Durant niet voorzien in compensatie en wat hen betreft heeft de te betalen geldsom daarom meer een preventieve functie. De omvang van de te betalen geldsom moet adequaat zijn om staten (hier: private partijen) er van te weerhouden in de toekomst vergelijkbare schendingen te plegen.

De te betalen geldsom vanwege de fundamentele rechtsschending dient dus niet ter compensatie van geleden schade en is geen schadevergoeding. Het is dus ook niet mogelijk om de omvang te relateren aan de omvang van de schade. Een nieuw referentiekader voor de vaststelling van de omvang van de te betalen geldsom kan wor-

61 Kellner & Durant 2011, p. 500.

den gevonden in parameters. Er zijn ten minste drie parameters aan te wijzen die van belang zijn bij de vaststelling van de omvang van de te betalen geldsom.⁶²

Een eerste voor de hand liggende parameter is de aard van het geschonden recht. Moreel nadeel mag worden aangenomen groter te zijn naarmate een recht is geschonden dat de bescherming van een hoger gewaardeerd belang voorstaat. Zo spreekt het EHRM wel over het recht op leven en het verbod van foltering als meest essentiële rechten in het EVRM, en zet het die nadrukkelijk af tegen andere rechten zoals het recht op genot van eigendom. Een tweede parameter is de aard van de schending. Daarbij zijn van belang de wijze waarop de schending is gepleegd en de ernst daarvan, alsmede de duur van de schending, en intensiteit van de schending.⁶³ Een derde parameter ligt in het verlengde van de vorige, en betreft de mate van schuld en opzet. Ik zou als hypothese willen aannemen dat opzet bij de toebrenging van een rechtsschending moreel nadeel vergroot. Het ligt tot slot voor de hand dat de rechter bij de vaststelling van de omvang van de te betalen geldsom een vergelijking trekt met zaken waarin gelijke rechten zijn geschonden en de gepleegde rechtsschendingen qua aard dicht in de buurt komen van de aan de orde zijnde rechtsschending, maar even goed met te betalen geldsommen in zaken waarin andere rechten zijn geschonden. De vergelijking van de omvang van de geldsommen moet er voor zorgen dat er een coherent systeem ontstaat. Zoals Verheij ook stelt, tot slot, is er geen plafond dat het omvangniveau begrenst. De rechter moet immers een geldsom van een zodanige omvang toekennen als noodzakelijk is voor de handhaving van de rechten.

De invulling van de remedie van de verplichting tot betaling van een geldsom zoals die hier is voorgesteld, vraagt om nader onderzoek. In dat onderzoek moet de vraag centraal staan hoe de verplichting tot schadevergoeding zich verhoudt tot de verplichting tot betaling van een geldsom op grond van de fundamentele rechtsschending. In ieder geval moet de rechtspraak van het EHRM onder artikel 41 EVRM daarbij object van onderzoek zijn. Die rechtspraak bevat informatie over verschillende vormen van vergoedingen en verplichtingen tot betaling van een geldsom vanwege schending van EVRM-rechten.⁶⁴

8.5.5.3.5. Remedie III: remedies die de schender tot doen of laten verplichten

‘Vaak vormt geld bij het verwezenlijken van menselijke belangen op z’n best een onvolkomen alternatief en op z’n slechts een armzalig zwaktebod’,⁶⁵ dat stellen Van Zeeland, Kamminga & Barendrecht, en ik sluit mij graag bij hen aan. In het bijzonder in de context van de fundamentele rechtsschending waar fundamentele belangen moeten worden beschermd, geldt dat die bescherming zó vorm moet krijgen, dat het best recht wordt gedaan aan de fundamentele belangen. Dat wordt niet altijd bereikt door de betaling van een geldsom. Na de verklaring voor recht en de betaling van een

62 Lindenbergh 2011, p. 92.

63 Vgl. Oliphant & Ludwichowska 2011, p. 400.

64 Zie: Kissling & Kelliher 2011.

65 Van Zeeland, Kamminga & Barendrecht 2003, p. 827.

geldsom worden hier daarom tot slot de veroordelingen die de schender tot doen of laten verplichten als remedies bij de fundamentele rechtsschending genoemd.⁶⁶ Bij 'doen' kan aan alle mogelijke acties worden gedacht met de bedoeling aan de schendende gedraging een eind te maken of die te herstellen. Bij 'laten' moet worden gedacht aan het laten van de schendende gedraging.

In hoofdstuk 3 zijn bij de bespreking van de context van het burgerlijk wetboek waarin het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht functioneert twee acties genoemd die de gedachte illustreren dat een doen een remedie kan zijn om rechten te handhaven. Het gaat om de rectificatie en excuses. De rechtsplicht tot excuses heeft vroeger werkelijk deel uitgemaakt van het (oud) Burgerlijk Wetboek, en is enkele jaren geleden in de literatuur opnieuw onder de aandacht gebracht.⁶⁷

In de onderzochte vreemde rechtssystemen komen ook verschillende remedies voor die de schender tot een doen of een nalaten verplichten. Deze remedies zijn in het kader van dit onderzoek niet onderzocht. Het rechtsvergelijkende deel van het onderzoek is immers toegespitst op de benaderingen die in de vreemde rechtssystemen zijn getroffen voor het linken van fundamentele rechten met het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Daarbij zijn als vertrekpunt de handboeken in de vreemde rechtssystemen gekozen en is van daaruit rechtspraak en literatuur gezocht en onderzocht. Deze remedies zijn niet in het bijzonder gelinkt aan de rechtssystemen. Dat wil niet zeggen dat hier niet een aanknopingspunt ligt voor verder onderzoek. Onderzoek in deze richting is denk ik te meer wenselijk, omdat de remedie in het licht van het uitgangspunt van rechtshandhaving belangrijk is.⁶⁸

8.6. HANDHAVING

Het ligt voor de hand de burgerlijke rechter aan te wijzen als bevoegde instantie voor de handhaving van de rechten, aangezien deze de aangewezen rechter is om in deze rechtsverhoudingen geschillen te beslechten en er geen reden is om daarvan af te wijken. De handhaving van de rechten door de burgerlijke rechter werkt ook rechtseenheid in de hand. De burgerlijke rechter is ook op andere terreinen dan het terrein van fundamentele rechten bevoegd recht te spreken en is dus goed in staat fundamentele rechten in het burgerlijk recht te integreren. Dat gebeurt nu al, maar met de fundamentele rechtsschending gebeurt dat versterkt, namelijk volgens een op fundamentele rechten toegespitste wijze.

Het oog valt in deze context ook nog op het College voor de rechten van de mens dat recent een start heeft gemaakt met de uitvoering van de hem opgedragen taak. Minister Donner heeft bij de behandeling van het wetsvoorstel de facto uitgesloten dat een private partij die bescherming zoekt van een fundamenteel recht tegen

⁶⁶ Voor de schadevergoeding bepaalt artikel 6:103 BW reeds dat de rechter op vordering van de benadeelde ook kan veroordelen tot toekenning van een vergoeding anders dan in geld. Zie: Lindenberg 2011, p. 86.

⁶⁷ Zie § 3.5.

⁶⁸ Zie § 1.4.

een andere private partij daarvoor terecht kan bij het College voor de rechten van de mens. Dat College kan in een dergelijk geval de private persoon alleen doorverwijzen naar de instantie waar hij wel moet zijn, namelijk de rechter.⁶⁹ Daargelaten de wenselijkheid van de behandeling van privaatrechtelijke kwesties door het College voor de rechten van de mens, lijkt mij dat eerst moet worden gezien hoe het College door een beperkte groep rechtzoekenden, namelijk de rechtzoekenden in het publiekrecht, wordt ontvangen. Dat zou voor mij reden zijn om later te bezien of het wenselijk zou zijn dat het College hier ook een taak krijgt. Ik denk dat de redenen voor de uitbreiding van de bevoegdheid van het College vooral zouden moeten worden gezocht in de lagere drempel tot het College in vergelijking met de rechter, en de eenheid die het College rechtsgebied overstijgend kan scheppen in de uitleg van fundamentele rechten.

8.7. LEIDRADEN

Bij de toepassing van de fundamentele rechtsschending gelden ten minste twee leidraden. In de eerste plaats moet worden bedacht dat rechten niet alleen aanspraken, maar ook verplichtingen scheppen. ‘*No man is an Island*,’⁷⁰ schreef Lord Bingham eens, waarmee hij de kern van deze leidraad raakt. De verplichtingen moeten, gezien de inzet op de voorkoming van rechtsschendingen, een belangrijke plaats hebben in de rechtsorde. Dat betekent in de eerste plaats dat ze zoveel mogelijk moeten worden geëxpliciteerd. Van Booms benadering voor de structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht zou hier naar mijn mening ook van pas komen.⁷¹ Niet valt in te zien wat zijn benadering zo op de onrechtmatige daad toegespitst doet zijn dat die zich niet leent voor toepassing in andere gevallen waarin personen van bepaald gedrag moeten worden weerhouden en het recht ziet op de bescherming van belangen tegen handelen door derden. Ik meen dan ook dat de benadering bij uitstek ook kan worden toegepast bij de fundamentele rechtsschending waar er dus extra aandacht moet zijn voor de explicitering van de verplichtingen, te meer als er wordt gesignaleerd dat bepaalde gedragingen structureel fundamentele rechtsschendingen veroorzaken.

Als tweede leidraad geldt dat nadrukkelijk niet alle belangen in het privaatrecht worden beschermd via de constructie van fundamentele rechten. Het vinden en definiëren van fundamentele rechten moet zorgvuldig gebeuren, gezien de bijzondere status van de rechten en de rechtsgevolgen die deze status in het bijzonder met de introductie van de fundamentele rechtsschending meebrengt. Een zorgvuldige toepassing is overigens geen terughoudende toepassing. Als private partijen in fundamentele rechten worden geraakt, moet hun een remedie ter beschikking staan.

69 Kamerstukken I 2011/12, 7, p. 22.

70 Lord Bingham in: *House of Lords* 11 december 2003, *Attorney General's Reference No 2 of 2001* [2003] UKHL 68.

71 Van Boom 2006.

8.8. TER ILLUSTRATIE: DRIE CASUS

8.8.1. Van onrechtmatige daad naar fundamentele rechtsschending

Het is tijd aan de hand van de drie zaken die in hoofdstuk 1 de confrontatie tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht met het EVRM hebben geïllustreerd, te illustreren wat de meerwaarde is van de fundamentele rechtsschending. Het zijn de zaken *Gedwongen Aidstest*, *Taxibus* en *Oosterpark*. Voor de onderliggende feitencomplexen wordt terugverwezen naar hoofdstuk 1.⁷²

8.8.2. *Gedwongen Aidstest*

In de eerste zaak die in hoofdstuk 1 is geïntroduceerd, de *Gedwongen Aidstest*-zaak, was de vordering van eiseres aan de orde tot het gedwongen ondergaan van een aidstest door haar verkrachter. Eiseres noemde als grondslag van haar vordering schadevergoeding in natura.⁷³ De president van de Rechtbank Amsterdam overwoog in eerste aanleg dat er sprake was van een botsing tussen beide partijen toekomstige grondrechten (er werd wel gesproken over het recht op lichamelijke integriteit en bescherming van de persoonlijke levenssfeer als in de artikelen 10 en 11 Grondwet en 8 EVRM) en besliste tot toewijzing van de vordering en uitvoerbaar bij voorraad verklaring van het vonnis.⁷⁴

Het Hof Amsterdam overwoog dat van een botsing geen sprake was, omdat de bij eiseres gepleegde rechtsinbreuk (de verkrachting) op het moment van het vragen van de voorziening in het verleden lag.⁷⁵ Het hof meende dat de belangen van de beide partijen tegen elkaar moesten worden afgewogen, en kwam, anders dan de president van de rechtbank, tot de conclusie dat het belang van verkrachter X zwaarder woog.⁷⁶ Artikel 11 Grondwet noopte namelijk tot terughoudendheid bij het toestaan van inbreuken op dat recht.⁷⁷ Het Hof Amsterdam vernietigde het vonnis wat betreft het gebod en dat was voor eiseres reden om haar zaak aan de Hoge Raad voor te leggen.⁷⁸

Het cassatiemiddel behelsde kort samengevat de rechtsklacht dat het hof ten aanzien van de botsende grondrechten tot een verkeerde belangenafweging was gekomen. De Hoge Raad liet in het midden of eiseres zich op een grondrecht kon beroepen, maar besliste dat uit de regeling van de onrechtmatige daad voortvloeide dat zij er recht op had dat de gevolgen van de jegens haar gepleegde onrechtmatige daad zo veel mogelijk zouden worden beperkt, dan wel door een schadevergoeding in passende vorm zouden worden goedge maakt. Het verweer van verkrachter X slaagde niet. De Hoge Raad overwoog te dien aanzien namelijk:

72 Zie § 1.1.

73 HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB, r.o. 3.1 (*Gedwongen Aidstest*).

74 Rb. Amsterdam 11 juli 1991, KG 1991, 242, onder 8.

75 Hof Amsterdam 5 maart 1992, KG 1992, 126, onder 5.4.

76 Hof Amsterdam 5 maart 1992, KG 1992, 126, onder 5.10-5.15.

77 Hof Amsterdam 5 maart 1992, KG 1992, 126, onder 5.14.

78 HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB, r.o. 3.1 (*Gedwongen Aidstest*).

‘(...) dat eiseres, zoals de president terecht heeft geoordeeld, recht had op medewerking van X in de vorm van een door deze te ondergaan bloedonderzoek. Te dier zake kon X zich ook niet met succes op zijn aan art. 11 Gr.w ontleende grondrecht op de onaantastbaarheid van zijn lichaam beroepen, nu dit recht zijn grenzen vindt in de bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. In elk geval tussen burgers onderling kan een zodanige beperking in beginsel worden gegrond op art. 1401, zulks mede aan de hand van de in dat artikel besloten liggende normen die het in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht te nemen. In het licht van het hiervoor overwogene moet hier een dergelijke beperking worden aanvaard. Het belang van eiseres bij het door X te ondergaan bloedonderzoek weegt immers in verhouding tot het door X ingeroepen, door diens grondrecht beschermde belang voldoende zwaar om deze beperking te rechtvaardigen. Voorts is die beperking, die in het kader van de voormelde normen voor de hand ligt, met voldoende scherpthe uit die normen af te leiden.’⁷⁹

De Hoge Raad heeft hier dus een (grondwettelijke) belangenafweging in de sleutel van de onrechtmatige daad geplaatst. Het resultaat van de afweging was dat gedaagde X een inbreuk op zijn grondrecht moest dulden aangezien hij op grond van artikel 1401 BW en de daarin besloten liggende zorgvuldigheidsnormen verplicht was om de schade van eiseres zo veel mogelijk te beperken, dan wel door een schadevergoeding in passende vorm goed te maken.⁸⁰ De hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad wekt sterk de indruk dat de Hoge Raad zich bij de horizontale toepassing van de grondrechten – zwak uitgedrukt – heeft laten inspireren door de wijze waarop een publiekrechtelijke belangenafweging globaal vaak vorm krijgt. De Hoge Raad sprak over het recht dat ‘zijn grenzen vindt in de bij of krachtens de wet te stellen beperkingen’,⁸¹ en overwoog bovendien dat de beperking met voldoende scherpthe uit de normen was af te leiden.

Het arrest legt twee knelpunten bloot. In de eerste plaats moet de beoordeling van de botsing van fundamentele rechten plaatsvinden in de bestaande kaders van de grondrechten en met de onrechtmatige daad gezamenlijk. Die noodzakelijke inpassing in deze kaders is gewrongen, omdat de beantwoorde rechtsvraag (gewrongen in de wettelijke kaders) niet de te beantwoorden rechtsvraag was. De rechtsvraag die had moeten worden beantwoord was niet: had eiseres Q recht op beperking van haar schade die uit een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad voortvloeide, of stond daaraan in de weg dat verkrachter X, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht had op onaantastbaarheid van zijn lichaam, zoals artikel 11 Grondwet dat biedt? De vraag was in deze zaak eigenlijk: dient het recht op lichamelijke integriteit van Q in dit geval boven het recht op lichamelijke integriteit van X te worden gesteld, en dient dus X gedwongen een aidstest te ondergaan? Het is met andere woorden gewrongen om de publiekrechtelijke beperkingsclausule te gebrui-

79 HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB, r.o. 3.2 (*Gedwongen Aidstest*).

80 HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB, r.o. 3.2 (*Gedwongen Aidstest*).

81 HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB, r.o. 3.2 (*Gedwongen Aidstest*).

ken als toetsingskader voor de beoordeling van de schendingen van fundamentele rechten in een privaatrechtelijke verhouding.

Deze vraag kan naar mijn mening beter worden beantwoord in het kader van de fundamentele rechtsschending dat in dit hoofdstuk is uiteengezet, dan in het kader van de Grondwet en de onrechtmatige daad gezamenlijk. Eiseres Q zou in dit geval haar vordering tot rechtzetting kunnen baseren op de fundamentele rechtsschending, en die zou haar volgens mij worden toegekend. In de eerste plaats zou daarbij worden vastgesteld dat de lichamelijke integriteit een beschermenswaardig belang is en dat er sprake is van een schending van dat belang. Het mag worden aangenomen dat de verkrachting een aantasting in de waardigheid van eiseres betekent. Als daarmee de inmenging vaststaat, komt het verweer van verkrachter X als rechtvaardigingsgrond aan de orde. De inmenging in het recht op lichamelijke integriteit van eiseres Q is noodzakelijk voor de bescherming van het recht op lichamelijke integriteit van X. Er is sprake van een inmenging in het recht van X en wel zodanig dat het een aantasting in zijn waardigheid oplevert. De rechter moet dan een belangenafweging maken.

Een uitwerking van de belangenafweging met inachtneming van de punten die Gerards voor de belangenafweging bij botsende rechten heeft gegeven, maakt de afweging door de rechter meer inzichtelijk, en dus beter aanvaardbaar. Als de belangen naar een gelijk niveau worden getrokken, komt het mij voor dat de vordering moet worden toegewezen, omdat het belang van Q zwaarder weegt dan dat van X. We spreken dan immers over het belang dat de dader van een verkrachting heeft bij de eerbiediging van zijn recht op lichamelijke integriteit tegen het ondergaan van een aidstest waarvan hij de uitslag niet hoeft te vernemen, nadat hij het recht op lichamelijke integriteit van zijn slachtoffer op grove wijze heeft geschonden, tegenover het belang van het slachtoffer van een verkrachting bij het niet voor de tweede keer te hoeven ondergaan van een aidstest, vanwege haar door een verkrachter in gevaar gebrachte gezondheidstoestand.

Het arrest illustreert de wenselijkheid van de gebodsactie als remedie bij de fundamentele rechtsschending. In dit geval kon het recht van het slachtoffer op lichamelijke integriteit (op de best mogelijke manier) worden gehandhaafd door toewijzing van het gebod om een aidstest te ondergaan.

8.8.3. *Taxibus*

De tweede zaak die in hoofdstuk 1 de confrontatie tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het recht onder het EVRM heeft geïllustreerd, is de *Taxibus*-zaak.⁸² Een belangrijke vraag in het licht van dit onderzoek, betrof de vraag of moeder V., die kort na een ongeval dat haar dochtertje was overkomen, op de plaats van het ongeval werd geconfronteerd met haar dochtertje, recht zou hebben op vergoeding van affectieschade. Moeder V. betoogde dat, voor zover het Nederlandse recht daarvoor geen grondslag bood, dat recht buiten toepassing moest worden gelaten, gezien artikel 8 EVRM. De Hoge Raad ging niet in het betoog van moeder V.

82 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).

mee en meende dat het niet aan hem was de schadevergoedingsregeling verder uit te breiden.

Zoals ik de fundamentele rechtsschending voorstel, zou die kunnen voorzien in een verplichting tot betaling van een geldsom door de taxichauffeur aan de moeder. In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat er sprake is van een beschermenswaardig belang van moeder V., namelijk het belang van het familie- en gezinsleven. De rechtspraak van het EHRM onder artikel 8 EVRM biedt op dit punt als uitgangspunt bij de uitleg vooral een aanknopingspunt bij de vaststelling of sprake is van een familie- en gezinsleven. De uitleg die het Hof op dat punt geeft is aan de orde geweest in hoofdstuk 4 en houdt in dat de vraag of er sprake is van een familie een feitelijke vraag is naar het al of niet bestaan van nauwe, persoonlijke banden tussen personen. Het lijkt geen twijfel dat er in dit geval sprake is van familielevens tussen moeder en dochter. Er is bovendien sprake van een inmenging die zo ernstig is dat die een aantasting in de menselijke waardigheid van moeder V. tot gevolg heeft. Er kan eenvoudig worden aangenomen dat de ontwrichting van het familieleven van moeder V. door de aanrijding door de taxichauffeur moeder V. in haar menselijke waardigheid heeft aangetast.

De fundamentele rechtsschending biedt dus een grondslag voor een remedie, en de meest voor de hand liggende is hier de betaling van een geldsom. Het is rechtvaardig de benadeelde te voorzien van een remedie jegens de benadeler, omdat de benadeler met het begaan van de fundamentele rechtsschending een grens heeft overschreden. Een voor de hand liggende remedie is de verplichting tot betaling van een geldsom, die een bedrag is ter handhaving van het recht van moeder V.

8.8.4. *Oosterpark*

Ten derde is in hoofdstuk 1 de *Oosterpark*-zaak aan de orde geweest.⁸³ In deze zaak was, anders dan in de andere twee zaken, de overheid gedaagde. In deze zaak heeft de Hoge Raad aangenomen dat de persoonsaantasting in de zin van artikel 6:106 BW (in ieder geval) een grondslag is voor schadevergoeding zonder dat vast hoeft komen te staan dat er sprake is van psychisch letsel. De omstandigheden, namelijk de aard en de ernst van de nalatigheid, die leidden tot een zeer ernstige schending van de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning maakten dat kon worden gesproken van een aantasting in de zin van artikel 6:106 BW. De *Oosterpark*-zaak toont zo de ontvankelijkheid van het schadevergoedingsrecht voor de handhaving van fundamentele rechten.

Dit arrest dient verder ter illustratie van de vaststelling dat de fundamentele rechtsschending die in dit hoofdstuk is behandeld, er hier niet aan te pas komt. De beoordeling van het gedrag of nalaten door de overheid moet gebeuren volgens de toetsingskaders die daarvoor in het EVRM en de Grondwet zijn geschapen. Het is goed verdedigbaar dat met de introductie van de fundamentele rechtsschending, die een vereenvoudigde route naar remediëring van rechtsschendingen is, er ook

83 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391, m.nt. JBMV (*Oosterpark*). Zie § 1.1.

zo'n route moet komen voor de rechtsschendingen die door de overheid worden gepleegd. Die route moet geen plaats krijgen in het privaatrecht, maar kan in een analoge regeling in het publiekrecht worden uitgewerkt.

8.9. CONCLUSIES

*'Er zijn niet maar wetgevingen na elkaar, die met elkaar niets te maken hebben, geheel los van elkaar staan, maar de nieuwe wet wordt gemaakt met het materiaal door de oude verschaft.'*⁸⁴

~ Scholten, 1919

De fundamentele rechtsschending die in dit hoofdstuk als tweede deel van het antwoord op de centrale onderzoeksvraag is gepresenteerd, is nauw verwant aan de onrechtmatige daad, waarin immers de 'bezonken wijsheid van vele eeuwen' schuilgaat.⁸⁵ De fundamentele rechtsschending is net als de onrechtmatige daad een centrale, open, juridisch-normatief kaderscheppende regeling die een grondslag biedt voor zowel schendingvoorkomende als schendingsanctionerende remedies.

In dit hoofdstuk is de fundamentele rechtsschending voorgesteld als een rechtsregel met twee constitutieve criteria: *inmenging met een beschermenswaardige belang en aantasting in de waardigheid of fundamentele vrijheid*. Een rechtvaardigingsgrond is gevonden in de gedraging die noodzakelijk en redelijk is ter bescherming van zijn fundamentele recht of vrijheid door de benadeler. De rechtvaardigingsgrond is gekozen omdat de onrechtvaardigheid van de schending van een fundamenteel recht alleen kan worden weggenomen door een belang dat van gelijke waarde is als het belang bij de bescherming van het fundamentele recht. In het privaatrecht is dat het belang bij de bescherming van een fundamenteel recht waarin de benadeler wordt geraakt als die zijn actie niet mag uitvoeren.

⁸⁴ Scholten 1919, p. 266.

⁸⁵ Meijers 1954, p. 7.

SAMENVATTING

Constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als wenselijk gegeven

Constitutionalisering van het privaatrecht is al enige decennia geleden aangevangen. Na uitgebreide discussie in de rechtsgeleerde literatuur over de wijze waarop de constitutionalisering wenselijk gestalte krijgt, lijkt vandaag de dag de (tussen)conclusie gerechtvaardigd dat fundamentele rechten het privaatrecht op verschillende wijzen van constitutionele fundamentele voorzien. Wetgever en rechter werken ieder op hun eigen manier en binnen hun functieomschrijving mee aan de constitutionalisering van het privaatrecht. De begrippen directe en indirecte horizontale werking zijn leidend bij de kwalificatie van de manier waarop constitutionalisering zich ontwikkelt.

Constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is ook wenselijk. Constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wordt in deze dissertatie uitgelegd als de verankering van fundamentele rechten in dat rechtsgebied. Constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht staat niet op zich, maar komt met constitutionalisering van het privaatrecht in brede zin. Het is niet alleen wenselijk om fundamentele rechten een expliciete, meer nauw omschreven plaats te geven in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, maar het is ook wenselijk fundamentele rechten – breder – in het privaatrecht te verankeren. Verschillende argumenten ondersteunen die stellingen.

Een eerste, belangrijk argument voor de stellingen gaat terug op de aard van fundamentele rechten, namelijk zijnde rechten waarmee de bescherming van de meest beschermenswaardige belangen van burgers wordt voorgestaan. Fundamentele rechten zijn rechten die 'de normatieve uitgangspunten voor de beoordeling van het maatschappelijk verkeer' bevatten. Het valt zo bezien niet in te zien waarom de bijzondere bescherming van de belangen die met de rechten wordt voorgestaan zou zijn beperkt tot de publiekrechtelijke verhouding. Dat valt nog minder in te zien als fundamentele rechten onder de streep tot een andere, meer rechtvaardige uitkomst leiden dan op grond van de toegespitste privaatrechtelijke wetgeving. Een nieuw perspectief, meen ik met Lindenbergh, kan op de gebaande paden van het privaatrecht aanleiding zijn een andere afslag te kiezen. Een derde en laatste belangrijk argument is het argument dat private partijen elkaars vrijheid dienen te respecteren en dat niet valt in te zien waarom die fundamentele vrijheid niet op de meest effectieve manier

mag worden beschermd. Fundamentele rechten zijn weliswaar relatief open bepalingen, maar dat is ook noodzakelijk gezien de functie die ze vervullen. Een voordeel van fundamentele rechten boven andere open bepalingen in het privaatrecht is dat fundamentele rechten uitdrukken aan welke belangen ze bescherming bieden.

Bezwaren tegen constitutionalisering van het privaatrecht komen goeddeels voort uit de tekstuele bepalingen van fundamentele rechten. Fundamentele rechten zijn tekstueel niet zelden zo geformuleerd dat in de tekst moeilijk concrete aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor toepassing ervan in de privaatrechtelijke rechtsverhouding. De tekstuele bepalingen bieden daarentegen juist wel concrete aanknopingspunten voor toepassing in de publiekrechtelijke verhouding. Die aanknopingspunten worden gevonden in beperkingsclausules die deel uitmaken van de bepalingen en die regels stellen voor de gevallen waarin moet worden beslist of de inmenging in het beschermde belang door de overheid gerechtvaardigd is gebeurd.

Het tweede lid van artikel 8 EVRM is zo'n beperkingsclausule en illustreert dit. Deze clausule bepaalt namelijk onder welke voorwaarden inmenging *van enig openbaar gezag* is gerechtvaardigd. Die voorwaarden zijn vervolgens ook specifiek toegeschreven op de publiekrechtelijke verhouding. De onbruikbaarheid van de op de publiekrechtelijke verhouding toegespitste beperkingsclausules doet er voor mij niet aan af dat de fundamentele belangen zoals die in de bepalingen zijn verwoord – namelijk in artikel 8 EVRM het belang bij respect voor het privéleven, het familie- en gezinsleven, de woning en correspondentie – óók in de privaatrechtelijke rechtsverhouding beschermenswaardige belangen zijn. Dat geldt te meer als wordt bedacht dat fundamentele rechten teruggaan op de menselijke waardigheid en fundamentele vrijheid. Het is belangrijk daarbij te beseffen dat fundamentele rechten in het privaatrecht een eigen uitwerking behoeven, maar de open aard staat er niet aan in de weg dat de rechten kunnen en moeten worden verankerd in het privaatrecht. Het privaatrecht is overigens ook niet onbekend met open normen. Fundamentele rechten hebben als gezegd als voordeel boven andere open normen in het privaatrecht dat zij informatie verschaffen over de belangen waarvan ze bescherming voorstaan.

Het ligt voor de hand bij de constitutionalisering van het privaatrecht de focus (ook) op het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te leggen, omdat die regeling naar haar aard een open systeem is, en als zodanig in het privaatrecht functioneert als regeling om een onrechtvaardige toestand ten einde te brengen. De open norm van de zorgvuldigheid biedt een voor de hand liggend aanknopingspunt in het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht voor het insluiten van situaties waarin een ontstane onrechtvaardige toestand het gevolg is van de schending van een of meer fundamentele rechten. Het onrechtmatiggedaadsrecht voorziet in de grondslag voor de in het privaatrecht belangrijke remedie van de schadevergoeding.

De aard van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en de aard van het recht onder het EVRM

In de dissertatie staat de vraag centraal op welke wijze het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan bijdragen aan de handhaving van EVRM-

rechten, waarbij als uitgangspunt is aangenomen dat constitutionalisering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wenselijk is. Het is met andere woorden de vraag hoe de handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wenselijk vorm krijgt. De beantwoording van de centrale onderzoeksvraag gaat terug op de aard van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en de aard van het recht onder het EVRM. Vijf sleutelthema's vormen handvatten bij de beschrijving van de aard van de beide regelingen.

Het zijn de sleutelthema's van de *grondbeginselen*, de *grondslag*, de *rechtsregel*, de *criteria*, en de *handhaving*. Grondbeginselen zijn losse beginselen, ideeën, normatieve uitgangspunten. De grondbeginselen zijn fundamenten voor een grondslag. De grondslag geeft een duidelijke morele houding ten aanzien van een bepaalde situatie. De grondslag is echter te vaag om als regel in de praktijk te worden toegepast. Het ontbeert nog aan verdere afbakening, aan criteria. Een grondslag is de basis voor een rechtsregel die zich juist wel leent voor praktische toepassing, omdat de grondslag door normatieve keuzes is afgebakend. De rechtsregel houdt criteria in die zijn toepassingsgebied afbakenen.

Bij de beschrijving van het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht moet worden vooropgesteld dat het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht hier in onderlinge samenhang, als één regeling zijn bestudeerd. Dat is zo gebeurd, omdat is gemeend dat daarmee is aangesloten bij de rechtspraktijk, waarin het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht vaak samen functioneren.

De karakteristiek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zoals wij dat in zijn huidige vorm kennen, laat zien dat de regeling is gebaseerd op de grondbeginselen die alle uitgangspunten zijn waarin op enige wijze *schade* voorkomt. De grondbeginselen *ieder draagt zijn eigen schade, berokken een ander geen schade, leef betamelijk en geef ieder het zijne* dragen de grondslag onder het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, die zich laat lezen als: *degene die een ander benadeelt en zodoende de rechtvaardigheid geweld aandoet, is gehouden het met zijn actie of nalaten gekomen nadeel te herstellen*. Op de grondslag onder het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is de regel gebaseerd die wij tegenwoordig lezen in artikel 6:162 BW en daarop aansluitend de regels in afdeling 6.1.10. De rechtsregel bewerkstelligt een evenwicht en laat veel meer factoren in de afweging toe dan de bescherming van de belangen van de benadeelde. Een centraal element is schade. Niet alleen is schade op zichzelf één van de constitutieve criteria voor het ontstaan van een vergoedingsverplichting op grond van de onrechtmatige daad, schade is ook onderdeel van de andere constitutieve criteria. Het criterium van de relativiteit vereist bijvoorbeeld dat de met de gedraging of het nalaten geschonden norm moet strekken tot bescherming tegen de *schade* zoals de benadeelde die heeft geleden.

De karakteristiek van het recht onder het EVRM legt verschillen met het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bloot. Die verschillen zijn fundamenteel en gaan terug op de grondbeginselen en grondslag onder de systemen. Anders dan bij het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zijn de grondbeginselen onder het recht onder het EVRM menselijke waardigheid en fundamentele vrij-

heid. Uit deze grondbeginselen is een regeling gebouwd die primair is gericht op de bescherming van fundamentele rechten. De schending van fundamentele rechten is op zich voldoende voor actie op grond van het recht onder het EVRM. Zoals schade een centraal element in de regeling van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is, is de rechtsschending dat in het recht onder het EVRM.

De rechtsschending wordt in het recht onder het EVRM in twee stappen vastgesteld. De eerste stap is de vaststelling van een inmenging in een beschermenswaardig belang onder het EVRM. Het belang van de benadeelde moet een belang zijn dat wordt beschermd door een of meer EVRM-rechten. Als daarvan sprake is, wordt de inmenging feitelijk vastgesteld. De tweede stap behelst de beoordeling van de inmenging aan de hand van het toetsingskader dat door de beperkingsclausules bij de EVRM-rechten wordt gevormd. Die beperkingsclausules in het EVRM zijn toegeschreven op de publiekrechtelijke verhouding. In de vorige paragraaf is dat al geïllustreerd aan de hand van het tweede lid van artikel 8 EVRM. Deze constatering maakt dat in de rechtspraak van het EHRM maar beperkt aanknopingspunten zijn te vinden voor de ontwikkeling van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Die aanknopingspunten zijn vooral te vinden in de rechtspraak waar de beschermenswaardige belangen worden vastgesteld.

Benaderingen in vreemde rechtssystemen

De wenselijke benadering voor de handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is niet alleen gezocht in de aard van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en de aard van het recht onder het EVRM, maar ook over de landsgrenzen. In vier vreemde rechtssystemen zijn vijf benaderingen gevonden voor het linken van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht met het recht onder het EVRM. Die benaderingen hebben bijgedragen aan de gedachtevorming over de vormgeving van de handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De benaderingen zijn niet allemaal toegespitst op het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, maar werken soms privaatrechtbreed.

De eerste benadering, constitutionele toetsing, is een benadering die privaatrechtbreed werkt en daarom óók van invloed is op het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Constitutionele toetsing betekent hier de toetsing van regelgeving door de rechter aan documenten die bescherming bieden aan fundamentele rechten van de burger in de meest brede zin des woords. Daaronder is dus zowel toetsing aan een (nationale) constitutie of regeling van fundamentele rechten begrepen alsook toetsing aan een (internationaal) mensenrechtenverdrag.

Constitutionele toetsing brengt (ten minste) tweërlei verandering in het privaatrecht. Eerst worden er normen toegevoegd aan de normen in het privaatrecht van andere aard en strekking dan de normen in het privaatrecht. Het is daarbij de vraag hoe de normen zich qua rang en stand verhouden tot de (andere) normen in

het privaatrecht. In de tweede plaats verandert de taakopvatting van de rechter in het privaatrecht, afhankelijk van de voorgestane uitwerking van constitutionele toetsing.

Constitutionele toetsing is wenselijk. Een belangrijk argument vóór constitutionele toetsing in het privaatrecht is dat de wetgever niet altijd kan voorzien hoe beoogde wetgeving in concrete gevallen uitwerkt. Hij zal altijd rekening (moeten) houden met fundamentele rechten, maar voor die gevallen waarin een niet voorziene toepassing van wetgeving een schending van fundamentele rechten oplevert, biedt constitutionele toetsing een oplossing. Burgers moeten er verder op kunnen vertrouwen dat fundamentele rechten worden gerespecteerd en toegepast. Ervan uitgaande dat dit de rechten zijn die qua rang en stand het hoogst staan aangeschreven, kan het niet zo zijn dat lagere, daarmee strijdende wetgeving van toepassing is en die toepassing maakt dat aan de fundamentele rechten geen gevolg wordt gegeven.

De tweede benadering is de explicitering van beschermenswaardige belangen in het privaatrecht, bijvoorbeeld het Burgerlijk Wetboek. De explicitering van beschermenswaardige belangen is een aan de constitutie analoge figuur die in het privaatrecht als vangnet dient voor die gevallen waarin de fundamentele belangen (dreigen te) worden ondergesneeuwd en daarmee geschonden. Terwijl de constitutie (oorspronkelijk) dient ter bescherming van de fundamentele belangen in de publiekrechtelijke verhouding, kan een privaatrechtelijk equivalent op een voor het privaatrecht eigen wijze bijdragen aan de handhaving van de fundamentele rechten in de privaatrechtelijke verhouding. Dat is ook meteen een belangrijk voordeel van de benadering. In het verlengde van dit eerste voordeel ligt het argument dat een privaatrechtbrede formulering en toepassing van subjectieve rechten meebrengt dat alle deelgebieden van het privaatrecht zich noodzakelijk openstellen voor de handhaving van rechten en dat dus niet wordt voorbijgezien aan toepassingsgebieden.

De derde benadering is de interne benadering van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De interne benadering is een verzamelnaam voor verschillende manieren waarop fundamentele rechten en (specifiek) het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht met elkaar worden gelinkt. Een manier is bijvoorbeeld het gebruik van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als katalysator bij de ontwikkeling van zelfstandige acties in het privaatrecht voor de bescherming van fundamentele rechten. In Frankrijk is het recht op bescherming van het privéleven bijvoorbeeld via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht bekend geworden als zeer beschermenswaardig belang. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht heeft als katalysator gefungeerd bij de ontwikkeling van het recht op bescherming van het privéleven dat tegenwoordig in *article 9 Code civil* zelfstandig (i.e. onafhankelijk van de Franse equivalent van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht) functioneert.

Een andere manier waarop fundamentele rechten en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht met elkaar zijn gelinkt, is door de bescherming van fundamentele rechten als functie van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te erkennen. Dat is gebeurd in de *Interim Outline Edition* van de *Draft Common Frame*

of *Reference* waarin wordt gesproken over *de rules on non-contractual liability for damage*, die als functie hebben de bescherming van *human rights*.

Een belangrijk argument om het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te ontwikkelen om beter bescherming te bieden aan fundamentele rechten is dat het rechtvaardig is, gezien de aard van de belangen waarvan bescherming wordt voorgestaan, dat benadeelden in een betere bewijspositie worden gebracht dan zij in andere aansprakelijkheids- en schadevergoedingssituaties zouden hebben. In de verschillende onderzochte rechtssystemen is geconstateerd dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht een logische en voor de hand liggende regeling is om bij aan te knopen voor de bescherming van fundamentele rechten in het privaatrecht. Tegelijk echter heeft het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in alle systemen veranderingen ondergaan om de bescherming te verbeteren.

Benadering vier is de secundaire overheidsaansprakelijkheid of schadevergoeding door de overheid wegens schending van fundamentele rechten. Er is sprake van secundaire aansprakelijkheid, als de overheid aansprakelijk wordt gehouden voor schade die niet zou zijn ontstaan als er zich niet ook in de privaatrechtelijke verhouding een conflict zou hebben voorgedaan.

Het vizier is daarbij in het bijzonder gericht op het Engelse recht, waar met de *Human Rights Act 1998 (HRA 1998)* in een actie vanwege schendingen van *Convention rights* door *public authorities* is voorzien. De *HRA 1998* heeft in het Verenigd Koninkrijk voorzien in een grondslag voor de vergoeding van schade veroorzaakt door handelen of nalaten door *public authorities* waarmee een van de in de *HRA 1998* genoemde *Convention rights* is geschonden. *Section 8 HRA 1998* biedt een alternatief voor een schadevergoedingsactie via *tort law* voor die gevallen waarin de overheid wordt verweten dat die heeft nagelaten om actie te ondernemen, dat nalaten bovendien een fundamentele rechtsschending betekent en door dat nalaten schade is ontstaan. De toekenning van schadevergoeding op grond van *section 8 HRA 1998* is een discretionaire bevoegdheid voor de rechter, en dat maakt de remedie van een andere aard dan de vergoedingsverplichting volgens de *common law*.

Een belangrijk argument voor een bijzondere benadering voor secundaire overheidsaansprakelijkheid vanwege schendingen van fundamentele rechten, is dat de grondslag van de schadevergoedingsactie vraagt om een andere benadering dan de benadering die het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is.

De vijfde en laatste benadering is die van de aangrenzende en met de civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsactie samenvallende actie. Drie benaderingen in de vreemde rechtssystemen kunnen een alternatief zijn voor, of aanvulling op de bescherming van fundamentele rechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, namelijk: de actie van de adequate genoegdoening in het Zuid-Afrikaanse recht, de gebods- en verbodsacties, en tot slot de zelfstandige civiele actie uit de Franse *Code civil* die al eerder is genoemd.

De verschillende benaderingen zijn volgens mij alle wenselijke benaderingen. De belangrijkste argumenten die hier aan de orde zijn geweest zijn daarom niet toevallig de argumenten die spreken vóór deze benaderingen. De benaderingen vullen elkaar aan en dragen alle bij aan de bescherming van fundamentele rechten in het privaatrecht. Voor zover de benaderingen elkaar niet aanvullen, maar beconcurreren, geldt mijns inziens dat wenselijk een tussenoplossing wordt gevonden. De interne benadering (i.e. de bescherming van fundamentele rechten specifiek via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht) en de alternatieve benadering (i.e. de zelfstandige bescherming van fundamentele rechten) zijn de concurrerende benaderingen. Met de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag in de volgende paragrafen wordt duidelijk dat er een tussenoplossing wordt gevonden in een nieuwe, aan de onrechtmatige daad verwante figuur in het aansprakelijkheidsrecht. Die figuur is nauw verwant aan de onrechtmatige daad, maar functioneert daar los van en werkt dus naast de onrechtmatige daad in het aansprakelijkheidsrecht.

Handhaving van het EVRM via het huidige Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

De vergelijking tussen de aard van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en de aard van het recht onder het EVRM, alsook de in de onderzochte vreemde rechtssystemen gevonden benaderingen voor het linken van het EVRM en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, hebben naar een tweeledige conclusie geleid. Het eerste deel van de tweeledige conclusie zegt dat het niet wenselijk is om de oplossing voor de handhaving van fundamentele rechten exclusief in het onrechtmatigedaadsrecht te zoeken. Die conclusie kan niet worden gelezen zonder het tweede deel van het tweeledige antwoord, namelijk dat een nieuwe grondslag in het aansprakelijkheidsrecht naast de onrechtmatige daad meer rechtstreeks en op de EVRM-rechten toegespitst kan worden ingezet voor de handhaving van EVRM-rechten.

De vergelijking tussen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in zijn huidige vorm en het recht onder het EVRM heeft geleid tot het eerste deel van de conclusie, namelijk dat het niet wenselijk is om de oplossing voor de handhaving van fundamentele rechten exclusief in het onrechtmatigedaadsrecht te zoeken. Een belangrijk punt in de vergelijking is de constatering dat de grondslagen onder de beide regelingen wezenlijk anders zijn. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in de eerste plaats steunt op de grondbeginselen *leef betamelijk, berokken een ander geen schade, geef ieder het zijne en ieder draagt zijn eigen schade*. De grondbeginselen maken duidelijk dat schade in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zoals dat nu is ingericht een centraal element is.

Het recht onder het EVRM in de tweede plaats steunt op de grondbeginselen van de *menselijke waardigheid* en *fundamentele vrijheid*. Die laatste grondbeginselen hebben van het recht onder het EVRM een systeem gemaakt dat is gericht op de voorkoming van rechtsschendingen en, waar dat niet meer mogelijk is, op de sanctionering daarvan. Centraal staat dus fundamentele belangenbescherming. Het

huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is, anders dan het recht onder het EVRM, meer gericht op het via het vermogen van de benadeelde en benaderer herstellen van een onrechtvaardige toestand die bestaat uit het veroorzaken van schade door benaderer bij benadeelde. Centraal staat dus schade en de correlatieve relatie tussen benadeelde en benaderer.

Hoewel het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht laat zien dat het centrale element van de schade in ruime zin wordt begrepen en ook immateriële schade omvat, en dat bovendien bij de toepassing van de criteria ruimte is om rekening te houden met het feit dat fundamentele rechten zijn geschonden, stellen de criteria van de onrechtmatige daad een grens. De criteria onrechtmatige daad, toerekening, schade, causaal verband en relativiteit werpen een drempel op die binnen het onrechtmatigedaadsrecht goed is te verklaren, maar die er aan in de weg staat dat er in bepaalde gevallen een remedie voorhanden is, terwijl een remedie noodzakelijk is voor de handhaving van rechten.

Wat mij betreft rechtvaardigt de aard van fundamentele rechten een nieuwe grondslag in het aansprakelijkheidsrecht náást de onrechtmatige daad, die een toegepitste benadering is voor de handhaving van fundamentele rechten: de *fundamentele rechtsschending*. De juist genoemde overwegingen leiden tot de conclusie dat de verschillende grondslagen onder het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in zijn huidige vorm en het recht onder het EVRM bij vervlechting van de beide systemen aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht noodzakelijk maken. Met de aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht ontstaat er een nieuwe grondslag die de figuur van de fundamentele rechtsschending draagt.

De fundamentele rechtsschending

De fundamentele rechtsschending draagt als figuur in het burgerlijk recht bij aan de handhaving van fundamentele rechten in de privaatrechtelijke rechtsverhouding. De fundamentele rechtsschending is de ongerechtvaardigde inmenging in de meest beschermenswaardige belangen van individuen die worden beschermd in subjectieve rechten. De fundamentele rechtsschending is, net als de onrechtmatige daad, een centrale regeling die zich laat binden aan schendingvoorkomende remedies, alsook aan schendingsanctionerende remedies. Anders dan de regeling van de onrechtmatige daad, die een antwoord is op de centrale vraag 'wie draagt de schade?', is de fundamentele rechtsschending een antwoord op de centrale vraag 'wordt een persoon in zijn waardigheid of fundamentele vrijheid aangetast?' De nadruk ligt, gezien de aard van de rechten en de impact die een schending zo per se meebrengt, méér nog dan in het onrechtmatigedaadsrecht, bij de binding aan remedies sterk bij de preventief werkende remedies. De rechtvaardiging om een persoon te voorzien in een remedie jegens de schender van een fundamenteel recht ligt niet bij schadeveroorzakend doen of nalaten, maar in het feit dat de schender met zijn handeling die de fundamentele rechtsschending heeft veroorzaakt, de grens van respect voor fundamentele rechten van een ander heeft overschreden.

De fundamentele rechtsschending moet in het Nederlandse burgerlijk recht een rol vervullen die dus nauw verwant is aan de rol van de onrechtmatige daad. Terwijl men in de onrechtmatige daad een grondslag vindt voor de vergoeding van schade, biedt de fundamentele rechtsschending een grondslag voor de handhaving van rechten. Voor de handhaving kan de betaling van een geldsom noodzakelijk zijn, maar die geldsom is nooit een schadevergoeding. De geldsom is een remedie ter rechtzetting van een rechtsschending.

De rechtsregel die de uitwerking is van de fundamentele rechtsschending houdt een tweetal constitutieve vereisten in. Het eerste vereiste is de inmenging in een belang van de benadeelde dat is beschermd in een of meer fundamentele rechten, i.e. de inmenging in een fundamenteel recht. Het tweede vereiste is de door de inmenging veroorzaakte aantasting in de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid.

Het eerste vereiste vraagt om een vaststelling van de belangen die door fundamentele rechten worden beschermd en de vaststelling van door de benadeelde gestelde belangen, zodat kan worden beslist of er sprake is van een inmenging in een fundamenteel recht. Het tweede vereiste begrenst de bescherming op grond van de fundamentele rechtsschending verder, namelijk doordat moet worden vastgesteld dat de inmenging in het recht zo ernstig was dat die bij de benadeelde een aantasting in de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid heeft bewerkstelligd.

De rechtsregel houdt ook een rechtvaardigingsgrond in. Die rechtvaardigingsgrond zegt dat de benadeler niet aansprakelijk is als de inmenging noodzakelijk was voor de bescherming van zijn eigen recht of in de uitoefening van een van zijn rechten of vrijheden. Het is bovendien noodzakelijk dat een verbod op de handeling door de benadeler voor hem een zodanige inbreuk op zijn recht of vrijheid zou betekenen dat die een aantasting in de menselijke waardigheid of fundamentele vrijheid zou betekenen. Bij de keuze voor deze rechtvaardigingsgrond heeft als vertrekpunt gegolden dat alleen dié omstandigheden een inmenging kunnen rechtvaardigen, die ten minste van gelijk gewicht zijn als de belangen van de benadeelde.

Als de rechter beslist dat er sprake is van een (in beginsel) ongerechtvaardigde schending, maar ook van een terecht beroep door de benadeler op de rechtvaardigingsgrond, is het aan de rechter de botsende belangen af te wegen. De rechter moet dat doen met behulp van de toetsingsformule zoals die door Gerards is geïntroduceerd en die volgens mij ook geschikt is voor deze privaatrechtelijke afweging.

Volgens deze formule moeten de betrokken belangen in de eerste plaats worden gedefinieerd. De rechter moet een actieve houding aannemen, en kan weliswaar afgaan op wat partijen stellen, maar moet ook doorvragen als die stellingen niet voldoende informatie inhouden om de belangen te kunnen definiëren. Voor een goede afweging is het vervolgens zaak om de betrokken belangen qua abstractiegraad 'naar elkaar toe te halen'. Gerards stelt dat immers, naarmate belangen algemener zijn geformuleerd, er vaak meer waarde aan wordt gehecht. Het naar elkaar toe halen van de belangen maakt de afweging daarom meer waardenutraal, aldus Gerards.

Als de belangen qua abstractiegraad naar elkaar toe zijn gehaald, rijst de vraag of de belangen eerst afzonderlijk moeten worden gewogen, ofwel de belangen direct

Samenvatting

ten opzichte van elkaar moeten worden gewogen. Gerards bepleit het eerste, en weegt de belangen afzonderlijk, om aansluitend het gewicht van de belangen te vergelijken. Wat betreft het gewicht is het eenvoudiger het gewicht niet te zoeken in het vastgestelde belang, maar het gewicht te zoeken in de ernst van de aantasting en de grootte van het belang bij de verwezenlijking van de doelstellingen en belangen. Dat laatste gewicht laat zich kennelijk gemakkelijker vaststellen dan de intrinsieke waarde van de betrokken belangen.

SUMMARY

The desirability of constitutionalising liability and damages law

The constitutionalisation of private law started several decades ago. Following extensive debates in legal academic literature regarding the manner in which constitutionalisation should be realised, it now seems justified to draw the (preliminary) conclusion that fundamental rights provide private law with a constitutional foundation in various ways. The legislator and the courts, each in their own way and within their own job description, have worked to advance the constitutionalisation of private law. The concepts of direct and indirect horizontal effect are leading in the qualification of how constitutionalisation has developed.

The law governing liability and damages should also be constitutionalised. This PhD thesis interprets constitutionalisation of liability and damages law as providing fundamental rights with a statutory basis in this branch of law. Constitutionalisation of liability and damages law is not an isolated phenomenon, but is part of the constitutionalisation of private law in a broader sense. It would not just be desirable to give fundamental rights an explicit, more specifically defined position in liability and damages law, but also to give fundamental rights a – broader – statutory basis in private law. There are various arguments to support these propositions.

The first, important argument to support these propositions is based on the nature of fundamental rights: they are rights that support the protection of citizens' interests that most deserve protection. Fundamental rights are rights that contain 'the normative basic principles that serve to assess society'. Looking at it from this perspective, it is difficult to see why the specific protection of the interests as supported by these rights should be restricted to public-law relationships. Second, this is even more difficult to see if on balance fundamental rights have a different, fairer result than the more specific private-law legislation. I believe, with Lindenbergh, that a new perspective on the 'beaten tracks' of private law may be reason to take a different turn. The third and final important argument is that private parties are to respect each others' freedom and that it is difficult to see why their fundamental freedom should not be protected in the most effective way possible. It is true that fundamental rights are relatively open provisions, but they are necessarily so in view of their function. The advantage of fundamental rights over other open provisions in private law is that fundamental rights express which interests they serve to protect.

Objections against constitutionalisation of private law mainly originate from the textual provisions of fundamental rights. Relatively often, the formulation of fundamental rights is of such nature that it is difficult to find concrete clues in the text as to their application in private-law relationships. However, the textual provisions *do* include concrete clues for their application in public-law relationships. These clues are found in the restrictive clauses that are part of the provisions and that serve to determine how to assess the cases which need a decision on whether the government's interference in the protected interest was justified.

The second paragraph of Article 8 ECHR is such a restrictive clause and serves as a good example, since it sets out the conditions on which interference *by a public authority* is justified, which are subsequently specified further to cover the public-law relationship. I believe that the fact that the restrictive clauses are not very useful, being geared towards the public-law relationship, does not alter the idea that the fundamental interests as expressed in the provisions – in Article 8 ECHR: the right to respect for private and family life, the home and correspondence – are interests that deserve protection in the private-law relationship as well. This is all the more true when considering that fundamental rights are based on human dignity and fundamental freedom. It is important to realise that in private law fundamental rights need specific accommodation, but their open nature does not prevent these rights from deserving and needing a statutory basis in private law. Private law itself also includes open norms. As described, the advantage of fundamental rights over other open norms in private law is that they convey information regarding the interests that they aim to protect.

In the constitutionalisation of private law it is rather natural to (also) focus on liability and damages law, since these regulations are by nature an open system, and as such in private law serve to put an end to unfair situations. The open norm of due care is an obvious starting point in current liability and damages law to cover situations where an unfair situation that has arisen is the consequence of the violation of one or more fundamental rights. The law on liability for unlawful acts provides the basis for the remedy of damages, which is important in private law.

The nature of liability and damages law and the nature of ECHR law

This PhD thesis focuses on how Dutch liability and damages law can contribute to the enforcement of ECHR rights, assuming as a starting point that liability and damages law should be constitutionalised. In other words, the question is how ECHR rights should be enforced through liability and damages law. The answer to this central research question needs reference to the nature of liability and damages law and the nature of ECHR law. There are five key themes that support the description of the nature of both sets of regulations.

These themes are the *basic principles*, the *basis*, the *legal rule*, the *criteria*, and *enforcement*. *Basic principles* are individual principles, ideas, normative starting points that in themselves are no more and no less than propositions. The basic principles are the foundations for a *basis*. The basis expresses a clear moral attitude

with respect to a certain situation, but it is too vague to be applied as a rule in actual practice, lacking further definition; lacking criteria. A basis is the foundation for a *legal rule*, which *does* serve practical application, since the basis has been defined by normative choices. The legal rule includes *criteria* that define its field of application.

When describing current liability and damages law it must be emphasised that liability law and the law of damages have been studied in mutual coherence, as one set of regulations. This choice was made because I believe that this ties in with legal practice, where liability law and the law of damages often go hand in hand.

The characteristics of liability and damages law, as we currently know it, show that the regulations are based on basic principles that all constitute starting points that in some way include *harm*. The basic principles *each shall bear his own damage, not to injure another, to live honestly and to give to each one that which belongs to him* support the basis of liability and damages law, which reads as follows: *any person who disadvantages another, thus acting contrary to fairness, is obliged to remedy the disadvantage caused by their act or omission*. The basis for current liability and damages law serves as foundation for the rule that we nowadays read in Article 6:162 of the Dutch Civil Code and further in the rules in Part 6.1.10. The legal rule ensures a good balance and allows the weighing of many more factors than just the protection of the disadvantaged party's interests. One of the core elements is harm, which is not just one of the independent constitutive criteria resulting in a compensation obligation based on the unlawful act, but also is a component in the other constitutive criteria. The relativity criterion requires, for example, that the norm violated by the act or omission concerned serves to protect from the *harm* as actually suffered by the disadvantaged party.

The characteristics of ECHR law reveal differences with liability and damages law that are fundamental and refer to the basic principles and basis of the two systems. Contrary to current liability and damages law, the basic principles in ECHR law are human dignity and fundamental freedom. These basic principles have resulted in regulations that are primarily aimed at protecting fundamental rights. Violation of fundamental rights in itself will warrant action based on ECHR law. In the way that 'harm' is a core element in liability and damages law regulations, 'violation of rights' is a core element in ECHR law.

In ECHR law, the violation of rights is established in two steps. The first step is to establish interference in an interest that qualifies for protection under the ECHR. The disadvantaged party's interest must be an interest that is protected by one or more ECHR rights. If this is true, this means that interference can actually be established. The second step is to assess this interference using the assessment framework constituted by the restrictive clauses accompanying the ECHR rights. These restrictive clauses in the ECHR are specific for the public-law relationship, which was illustrated above based on the second paragraph of Article 8 ECHR. This means that the European Court of Human Rights' case law only includes limited clues to support the development of fundamental rights in the private-law relationship. These clues are mainly found in the case law establishing the interests deserving protection.

Approaches in foreign legal systems

The search for the appropriate approach to enforce ECHR rights through liability and damages law was not just conducted in the nature of liability and damages law and the nature of ECHR law, but also abroad. In four foreign legal systems I found five approaches to connect liability and damages law with ECHR law. These approaches contributed to my ideas on how to go about enforcing ECHR through liability and damages law. They are not all specific to liability and damages law, but sometimes cover the entire field of private law.

The first approach, constitutional assessment, is an approach that affects the entire field of private law and therefore also influences liability and damages law. Constitutional assessment here means assessment of rules and regulations by the courts based on documents that protect citizens' fundamental rights in the most comprehensive meaning of the word, therefore also including a (national) constitution, regulations regarding fundamental rights, and (international) human rights treaties.

Constitutional assessment will introduce (at least) two changes in private law. First, new norms will be introduced, in addition to the private-law norms, with a nature and purpose that differ from private-law norms. The question is how these new norms will relate to (other) private-law norms. Second, this will entail a change in how private-law courts view their tasks, depending on the desired results of constitutional assessment.

Constitutional assessment is desirable. An important argument in favour of constitutional assessment in private law is that the legislator cannot always foresee how legislation will work out in actual practice. The legislator will always (have to) consider fundamental rights, but for cases in which non-foreseen application of legislation results in a violation of fundamental rights, constitutional assessment can be the solution. Moreover, citizens must be able to rely on their fundamental rights being respected and applied. Assuming that these rights are highest in rank, it would be unacceptable for lower-level contradictory legislation to still apply, resulting in fundamental rights being left unprotected.

The second approach is making interests deserving protection explicit in private law, e.g. in the Dutch Civil Code. Making interests deserving protection explicit is a concept that is analogous to the Constitution and that in private law serves to cover any cases in which the fundamental interests are (at risk of being) snowed under and therefore violated. Whereas the Constitution (originally) serves to protect the fundamental interests in the public-law relationship, a private-law equivalent can contribute, in a private-law specific manner, to the enforcement of the fundamental rights in the private-law relationship, which is also an important advantage of this approach. Following this first advantage is the argument that formulation and application of personal rights throughout the field of private law entails that all branches of private law are necessarily subject to the enforcement of rights and that no fields of application can accidentally be disregarded.

The third approach is the internal approach of liability and damages law. This is an umbrella term for various ways in which fundamental rights and (specifically) liability and damages law are actively interconnected. One way is by using liability and damages law as a catalyst in the development of independent actions in private law for the protection of fundamental rights. In France, for example, the right to the protection of the right to private and family life has become known as a highly protection-worthy interest through liability and damages law. Liability and damages law worked as a catalyst in the development of the right to protection of private and family life which nowadays has an independent position in *article 9 CC* (i.e. independent from the French equivalent of liability and damages law).

Another way in which fundamental rights and liability and damages law have been interconnected is by acknowledging the protection of fundamental rights as a function of liability and damages law. This was done in the *Interim Outline Edition of the Draft Common Frame of Reference* which refers to the ‘rules on non-contractual liability for damage’, serving to protect ‘human rights’.

An important argument in favour of developing liability and damages law in order to better protect fundamental rights is that it is fair, in view of the nature of the interests that are to be protected, for disadvantaged parties to have a better case than they would have had in other situations of liability and damages. In the various legal systems that I studied I found that liability and damages law is a logical and straightforward set of regulations to accommodate the protection of fundamental rights in private law, but at the same time liability and damages law underwent changes in all systems in order to improve this protection.

The fourth approach is secondary government liability or compensation of damages by the government because of violation of fundamental rights. Secondary liability occurs when the government is held liable for harm that would not have been caused if a conflict had not occurred in the private-law relationship as well.

This is especially inspired by English law, whose Human Rights Act 1998 provides for an action for violations of Convention rights by public authorities. The United Kingdom’s HRA 1998 introduced a basis for compensation of harm caused by any act or omission by public authorities violating any of the Convention rights listed in the HRA 1998. Section 8 HRA 1998 offers an alternative for an action for damages through tort law for cases where the government is accused of having failed to take action, which failure constituted a fundamental rights violation and has caused harm. Awarding damages based on Section 8 HRA 1998 is a discretionary power for the court, which makes the remedy different from the compensation obligation under common law.

An important argument in favour of a special approach for secondary government liability because of violations of fundamental rights, is that the basis of the action for damages requires an approach that is different from the usual approach of liability and damages law.

The fifth and final approach is that of the adjacent action coinciding with the civil action for liability and damages. Three approaches as found in the foreign legal systems may be an alternative for, or supplement to, the protection of fundamental rights through liability and damages law: the action of appropriate relief in South African law, the action requesting a court order or prohibition, and finally the aforementioned French *Code Civil*'s independent civil-law action.

I believe that the various approaches are all desirable, and the main arguments as discussed are therefore not coincidentally the arguments that support these approaches. The approaches are complementary and all contribute to the protection of fundamental rights in private law. Insofar as the approaches are not complementary but competitive, I believe that a compromise should be found. The internal approach (i.e. the protection of fundamental rights specifically through liability and damages law) and the alternative approach (i.e. the independent protection of fundamental rights) are competitive. The answer to the central research question in the following sections reveals that a compromise is found in a new legal concept, related to the unlawful act in liability law. This concept is closely related to the unlawful act, but operates independently and therefore works next to the unlawful act, in liability law.

Enforcing the ECHR through current Dutch liability and damages law

The comparison of the nature of liability and damages law and the nature of ECHR law, and also the approaches – found in the foreign legal systems as studied – that serve to interconnect the ECHR and liability and damages law, have resulted in a conclusion in two parts. The first part of this conclusion states that we should not look for the solution regarding the enforcement of fundamental rights in the liability for unlawful acts law only, a conclusion that cannot be read without the second part of the two-part answer, which is that a new basis in liability law – in addition to the unlawful act – can be used more directly and more specifically geared towards ECHR rights in order to enforce ECHR rights.

The comparison between ECHR law and liability and damages law as it currently stands has resulted in the first part of the conclusion, which is that we should not look for the solution regarding the enforcement of fundamental rights in the liability for unlawful acts law only. An important point in the comparison is the observation that the bases in the two sets of regulations are essentially different. Liability and damages law, on the one hand, is based on the basic principles of *to live honestly, not to injure another, to give to each one that which belongs to him and each shall bear his own damage*. The basic principles reveal that harm is a core element in liability and damages law as it is currently structured.

ECHR law, on the other hand, is based on the basic principles of *human dignity and fundamental freedom*. These basic principles have made ECHR law a system that aims to prevent rights violations and, where no longer possible, to sanction violations. Protection of fundamental interests is therefore the core element. Current liability and damages law, as opposed to ECHR law, more specifically aims to remedy

an unfair situation which consists of harm caused by the disadvantaging party on the disadvantaged party, through the property of the disadvantaged party and the disadvantaging party. Harm and the correlative relationship between disadvantaged and disadvantaging party are therefore the core elements.

Although current liability and damages law shows that the core element of harm has a broad interpretation and also includes non-pecuniary damage, and that moreover the application of the criteria is sufficiently wide to take into account the fact that fundamental rights have been violated, the criteria of the unlawful act result in a clear definition. The criteria of unlawful act, attribution, harm, causal connection and relativity create a barrier that is easily explained in the law governing liability for unlawful acts, but which in certain cases prevents access to a remedy, whereas a remedy is necessary for the enforcement of rights.

I believe that the nature of fundamental rights justifies a new basis in liability law in addition to the unlawful act, creating a specific approach to enforce fundamental rights: *the breach of a fundamental right*. The above considerations lead to the conclusion that the difference between the bases of liability and damages law as it is currently structured and of ECHR law will necessitate adaptation of liability law when the two systems are intertwined. Adaptation of liability law creates a new basis to support the concept of the breach of a fundamental right.

The concept of a breach of a fundamental right

As a concept in civil law, the breach of a fundamental right contributes to the enforcement of fundamental rights in the private-law relationship. The breach of a fundamental right is the unjustified interference in individuals' most protection-worthy interests that are protected in personal rights. Like the unlawful act, the breach of a fundamental right is a central set of regulations that also includes remedies designed to prevent harm, and remedies to impose fines in the event of breach. As opposed to the regulations governing the unlawful act, which answer the central question of 'Who bears the damage?', the fundamental rights breach answers the central question of 'Is a person affected in their dignity or fundamental freedom?'. In view of the nature of the rights and the consequent impact automatically caused by a breach, there is strong emphasis – more than in liability for unlawful acts law – on preventive remedies, where remedies are concerned. The justification of providing a person with a remedy vis-à-vis the party causing the breach of a fundamental right is not in the act or omission causing harm, but in the fact that this party, by their act that caused the fundamental rights breach, has crossed the line of respect for another person's fundamental rights.

In Dutch civil law therefore, the breach of a fundamental right is to fulfil a role that is closely related to that of the unlawful act. Whereas the unlawful act provides a basis for the compensation of harm, the breach of a fundamental right provides a basis for the enforcement of rights.

The legal rule that regulates the fundamental rights breach includes two constitutive requirements. The first requirement is the interference in an interest of the disadvantaged party which is protected in one or more fundamental rights, i.e. interference in a fundamental right. The second requirement is that the interference has affected human dignity or fundamental freedom.

To satisfy the first requirement, the interests that are protected by fundamental rights need to be established and the interests as claimed by the disadvantaged party also need to be established, in order to decide whether interference with a fundamental right has occurred. The second requirement further restricts the protection based on the fundamental rights breach, because it needs to be established that the interference was so serious that it affected the disadvantaged party's human dignity or fundamental freedom. This will at least apply when a person has been affected in the very substance of their right.

The legal rule also includes a justification ground, stating that the disadvantaging party is not liable if the interference was necessary to protect their own right or to exercise one of their rights or freedoms. To invoke this justification, it is also necessary that the prohibition of the disadvantaging party's action would cause such breach of their own right or freedom that this would result in their own human dignity or fundamental freedom being affected. In the choice to include this justification the starting point was that only circumstances that are at least as weighty as the interests of the disadvantaged party may justify interference.

If the court rules that an (in principle) unjustified breach has occurred, but that the disadvantaging party has rightly invoked the justification, it is up to the court to weigh the conflict of interests. The court should do so using the assessment formula as introduced by Gerards, which I believe would also be suitable in this private-law consideration.

This formula states that the interests involved should first be defined. The court should take an active stance, meaning that it can process the parties' statements, but also needs to continue to ask questions if these statements do not offer sufficient information to define the interests involved. To ensure effective deliberations the court will then have to 'approximate' the interests involved concerning their degree of abstraction. After all, Gerards states, the more general the formulation of the interests, the higher the value that is usually attached to them. Approximating the interests will therefore make the consideration more neutral regarding values, Gerards states.

After approximating the interests as to their degree of abstraction, the question arises whether they should first be weighed individually, or whether they should immediately be weighed in comparison to each other. Gerards argues in favour of the former, and weighs the interests individually, before comparing the weight of the interests with each other. As to weight, it is easier to detect the weight in the severity of the extent to which the interest has been affected and the interest's significance in the realisation of purposes and interests, rather than in the established interest itself. The former is apparently easier to establish than the intrinsic value of the interests involved.

VERKORT AANGEHAALDE EN GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Boeken en artikelen

Abas 2007

P. Abas, 'Aantasting in een persoonlijkheidsrecht als verondersteld in art. 6:106 lid 1 BW', *NTBR* 2007, 24, p. 186-198.

Akandji-Kombe 2007

J.F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights* (Human rights handbooks, No. 7), Belgium: Council of Europe 2007, <www.echr.coe.int>.

Alexy 1990

R. Alexy, 'Grundrechte als subjektive Rechte un als objektive Normen', *Der Staat* 1990, p. 49-68.

Alkema 1978

E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Alkema 1995

E.A. Alkema, 'De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies', in: E.A. Alkema, H.A. Groen, P.J. Wattel & J. Naeyé, *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1995-1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-129.

Alleweldt 2006

R. Alleweldt, *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit* (serie Jus Publicum 151), Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Ancel 2001

J.-P. Ancel, 'La protection de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation', in: *Rapport Annuel de la Cour de cassation 2000*, La documentation Française 2001, <www.courdecassation.fr>.

Andenas 2012

M. Andenas, 'Leading from the front: human rights and tort law in Rabone and Reynolds', *LQR* 2012, p. 323-327.

Andenas & Bjorge 2012

M. Andenas & E. Bjorge, 'Ambrose: is the Ullah principle wrong?', *LQR* 2012, p. 319-323.

Ardant & Mathieu 2009

Ph. Ardant & B. Mathieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris: LGDJ 2009.

Arden 2010

M. Arden, 'Human rights and civil wrongs: tort law under the spotlight', *PL* 2010, p. 140-159.

Asser-Hartkamp 3-I* 2011

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011.

Asser-Scholten II 1933

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel – Zakenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1933.

Asser-Scholten 1934

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1934.

Asser-Vranken, Vervolg 2005

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Algemeen deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Aswegen 1995

A. van Aswegen, 'The Implications of a Bill of Rights for the Law of Contract and Delict', *SAJHR* 1995, p. 50-69.

Atiyah 1997

P.S. Atiyah, *The Damages Lottery*, Oxford: Hart Publishing 1997.

Azzi 2007

T. Azzi, 'Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs', *RTD Civ.* 2007, p. 227-252.

Bailey & Bowman 2000

S.H. Bailey & M.J. Bowman, 'Public Authority Negligence Revisited', *CLJ* 2000, p. 85-132.

Balcerzak 2006

M. Balcerzak, 'State of Developments from the ECHR Perspective. Guaranteeing the Long-Term Effectiveness of the ECHR: the Importance of Effective Remedies', in: *Directorate General of Human Rights, The improvement of domestic remedies with particular emphasis on cases of unreasonable length*

of proceedings. Workshop held at the initiative of the Polish Chairmanship of the Council of Europe's Committee of Ministers, Strasbourg: Council of Europe 2006.

Von Bar 1995

Ch. von Bar, 'Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die wetseuropäischen Deliktsrechte' (Ernst-Rabel-Vorlesung 1994), *RabelsZ* 1995, p. 203-228.

Barak 2003

A. Barak, 'Constitutional Human Rights in Private Law', in: D. Friedmann & D. Barak-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 13-42.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

Barkhuysen 2011

T. Barkhuysen, 'Smartengeld bij schending van mensenrechten', *NJB* 2011, 11, p. 667.

Barkhuysen & Lindenbergh (eds.) 2006

T. Barkhuysen & S.D. Lindenbergh (eds.), *Constitutionalisation of Private Law* (Constitutional Law Library volume 2), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006.

Barkhuysen, Van Emmerik & Loof (red.) 2009

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^{ste} verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009.

Barkhuysen, Van Emmerik & Ploeger 2005

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2005), Deventer: Kluwer 2005.

Barnett 2011

H. Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, London: Routledge 2011.

Baron & Hershey 1988

J. Baron & J.C. Hershey, 'Outcome Bias in Decision Evaluation', *JPSP* 1988, 54, p. 569-579.

Bates 2010

E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Bates 2012

E. Bates, 'British sovereignty and the European Court of Human Rights', *LQR* 2012, p. 382-411.

Beer 2006

J.M. Beer, 'Vergoeding van personenschade en het EVRM', *AA* 2006, 4, p. 259-264.

Beitz 2009

C.R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Bell 2002

J. Bell, 'Introduction', in: D. Fairgrieve, M. Andenas & J. Bell (ed.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London: British Institute of International and Comparative Law 2002.

T.W. Bennett 2011

T.W. Bennett, 'Ubuntu: an African equity', *PER/PELJ* 2011, p. 30-61.

T.D.C. Bennet 2010-I

T.D.C. Bennet, 'Horizontality's new horizons – re-examining horizontal effect: privacy, defamation and the Human Rights Act: Part 1', *Ent. L.R.* 2010, p. 96-104.

T.D.C. Bennet 2010-II

T.D.C. Bennet, 'Horizontality's new horizons – re-examining horizontal effect: privacy, defamation and the Human Rights Act: Part 2', *Ent. L.R.* 2010, p. 145-149.

Van den Berg 2000

P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2000.

Berka 2011

W. Berka, 'Human Rights and Tort Law', in: A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol & E. Steiner, *Tort Law in the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights* (Tort and Insurance Law 30), Berlin: De Gruyter 2011, p. 237-288.

Bernhardt 1988

R. Bernhardt, 'Thoughts on the interpretation of human-rights treaties', in: F. Matscher & H. Petzold (ed.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1988.

Biesheuvel 1981

M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (I)', *NJCM-Bulletin* 1981, p. 147-169.

Biesheuvel 1981-II

M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (II)', *NJCM-Bulletin* 1981, p. 205-225.

Biesheuvel 1986

M.B.W. Biesheuvel, 'Burgerlijk recht en grondrechten: "een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang"', in: J.L.M. Elders & M.B.W. Biesheuvel, *Burgerlijk recht en grondrechten*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1986, p. 41-63.

Biesheuvel 1995

M.B.W. Biesheuvel, 'Fundamentele rechten in burgerlijke zaken. Het preadvies van prof. mr. H.A. Groen', *NJB* 1995, 22, p. 822-823.

- Lord Bingham of Cornhill 1998
Lord Bingham of Cornhill, 'Tort and Human Rights', in: P. Cane & J. Stapleton (ed.), *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*, Oxford: Clarendon Press 1998, p. 1-12.
- Lord Bingham of Cornhill 2010
Lord Bingham of Cornhill, 'The Uses of Tort', *JETL* 2010, p. 3-15.
- Bloembergen 1965
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.
- Boesjes 1973
J. Boesjes, 'De horizontale werking van grondrechten', *NJB* 1973, 29, p. 905-916.
- Du Bois 2004
F. Du Bois, 'Introduction: History, System and Sources', in: C.G. van der Merwe & J.E. du Plessis (eds.), *Introduction to the law of South Africa*, The Hague: Kluwer Law International 2004, p. 1-53.
- Du Bois 2011
F. Du Bois, 'Human rights and the tort liability of public authorities', *LQR* 2011, 127, p. 589-609.
- Boogaard & Uzman 2012
G. Boogaard & J. Uzman, "'Wie zijn zij, dat zij dit mogen doen?' Over de legitimatie van Straatsburgse rechtspraak", 2012, <openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/19404>.
- Bossuyt 2007
M. Bossuyt, 'Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations', *HRLJ*, 2007, vol. 28, no. 9-12.
- Boukema 1966
P.J. Boukema, *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland: een rechtsvergelijkende studie* (diss. VU Amsterdam), Amsterdam: Polak en Van Gennep 1966.
- Bovend'Eert & Kummeling 2004
P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse Parlement*, Deventer: Kluwer 2004.
- Van Boom 2003
W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (rede Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
- Van Boom 2006
W.H. van Boom, *Effacious Enforcement in Contract and Tort* (rede Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
- Van Buitenen 2011
V. van Buitenen, 'Aan de leiband van de Europese rechter?', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2011-5, p. 154-161.

Brunner 1996

C.J.H. Brunner, *De normen van het privaatrecht* (rede Groningen), Deventer: Kluwer 1996.

Brunner 1997

C.J.H. Brunner, 'Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht', in: P. Abas e.a., *J.L.P. Cahen bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 63-70.

Burkens 1976

M.C. Burkens, 'Grondrechten in een nieuwe grondwet', *NJB* 1976, 21, p. 701-716.

Buxton 2000

R. Buxton, 'The Human Rights Act and Private Law', *LQR* 2000, p. 48-65.

Prime Minister Cameron 2011

Prime Minister Cameron, 'PM's speech on the fightback after the riots' (speech, Oxfordshire, 15 August 2011), <www.number10.gov.uk/news/pms-speech-on-the-fightback-after-the-riots>.

Canaris 1983

C.-W. Canaris, 'Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten', in: C.-W. Canaris & U. Diederichsen (red.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1983.

Canaris 1999

C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin: Walter de Gruyter 1999.

Cane 1997

P. Cane, *The anatomy of tort law*, Oxford: Hart Publishing 1997.

Cane 2006

P. Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

Canivet 2008

G. Canivet, 'Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle', in: M. Fabre-Magnan (e.a.), *Liber Amicorum: Études offertes à Geneviève Viney*, Paris: LGDJ 2008, p. 213-228.

Carss-Frisk 2003

M. Carss-Frisk, *The right to property. A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights* (Human rights handbooks, No. 4), Duitsland: 2003, <www.echr.coe.int>.

Chantebout 2007

B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, Paris: Sirey 2007.

Chaskalson 2000

A. Chaskalson, 'Human Dignity as a Foundational Value of our Constitutional Order' (The Third Bram Fischer Lecture delivered at the Johannesburg Civic Theatre, 18 May 2000), *SAJHR* 2000, p. 193-205.

Cherednychenko 2006

O. Cherednychenko, 'Towards the control of private acts by the European Court of Human Rights', *MJ* 2006, 2, p. 195-218.

Cherednychenko 2007

O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions* (diss. Utrecht), München: Sellier. European Law Publishers 2007.

Cherednychenko 2007-II

O.O. Cherednychenko, 'Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?', *Utrecht Law Review* 2007, 2, <www.utrechtlawreview.org>.

Cherednychenko 2008

O.O. Cherednychenko, 'Grondrechten en het contractenrecht: een pleidooi voor constitutionalisering met mate', *NTBR* 2008, 30, p. 221-231.

Christoffersen 2009

J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights* (International Studies in Human Rights Volume 99), Leiden: Martinus Nijhoff 2009.

Clayton & Tomlinson (eds.) 2009

R. Clayton & H. Tomlinson (eds.), *The Law of Human Rights. Volume I*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Cockrell 1997

A. Cockrell, 'The South African Bill of Rights and the "Duck/Rabbit"', *MLR* 1997, p. 513-537.

Coleman 1992

J.L. Coleman, *Risks and wrongs*, Cambridge: Cambridge University Press 1992.

Collignon-Smit Sibinga 2010

A.F. Collignon-Smit Sibinga, 'Fundamentele rechten in de personenschadepraktijk', *TVP* 2010, 4, p. 103-106.

Collignon-Smit Sibinga & Mewa 2011

A.F. Collignon-Smit Sibinga & S.V. Mewa, 'Fundamentele rechten in de personenschadepraktijk', *L&S* 2011, 1, p. 9-17.

Cook 2012

K. Cook, 'Solidarity as a basis for human rights: Part 1: legal principle or mere aspiration? Part One: Legal Principle or Mere Aspiration?', *EHRLR* 2012, p. 504-515.

Currie & De Waal 2005

I. Currie & J. de Waal, *The Bill of Rights Handbook*, Lansdowne: Juta 2005.

D. – vertaling Spruit, Feenstra & Bongenaar (red.) 1994

Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling II. Digesten 1-10 (onder redactie van J.E. Spruit, R. Feenstra & K.E.M. Bongenaar), Zutphen: Walburg Pers 1994.

Van Dam 1989

C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidnorm bij aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Van Dam 2006

C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Van Dam 2011

C. van Dam, 'Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms. On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights', *JETL* 2011, p. 221-254.

Davis, Marcus & Klaaren 1999

D.M. Davis, G.J. Marcus & J. Klaaren, 'The administration of justice, law reform and jurisprudence', *Ann. Surv. S. African L.* 1999, p. 728-764.

DCFR (I) 2009

Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 1*, Munich: Sellier 2009.

DCFR (IV) 2009

Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Volume 4*, Munich: Sellier 2009.

DCFR (Interim Outline Edition) 2008

Study Group on a European Civil Code & Research Group on EC Private Law, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, Munich: Sellier 2008.

Debet 2002

A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris: Dalloz 2002.

Deschamps & Smessaert 2005

K. Deschamps & H. Smessaert, 'De lexicalisatie van rechtsnormen', *TREMA* 2005, p. 525-529.

Diederichsen 1998

U. Diederichsen, 'Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht. Ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre', *Archiv für die civilistische Praxis* 1998, p. 171-260.

Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak (eds.) 2006

P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006.

Dijkshoorn 2011

W. Dijkshoorn, 'De leer van de redelijke toerekening: back to the eighties', *AVeS* 2011, 30, p. 257-268.

Doyle 1990

W. Doyle, *The Oxford history of the French revolution*, Oxford: Oxford University Press 1990.

J. Drion 1947

J. Drion, 'Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad', *WPNR* 1947, 3992, 3993, 3994, 3995, 3996.

H. Drion 1969

H. Drion, 'Civielrechtelijke werking van de grondrechten', *NJB* 1969, 25, p. 585-594.

C. Drion 2011

C. Drion, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', *NJB* 2011, 22, p. 1441-1443.

Drzemczewski 1983

A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Oxford: Clarendon Press 1983.

Dupré 2001

C. Dupré, 'France', in: R. Blackburn & J. Polakiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 313-334.

Dürig 1956

G. Dürig, 'Grundrechte und Zivilrechtsprechung', in: Th. Maunz (red.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung* (Nawiasky-bundel), München: Isar Verlag 1956, p. 157-190.

Ebrahim 1998

H. Ebrahim, *The Soul of a Nation: Constitution-Making in South Africa*, Cape Town: Oxford University Press.

Elders 1986

J.L.M. Elders, 'Burgerlijk recht en grondrechten: "een integratieve benadering"', in: J.L.M. Elders & M.B.W. Biesheuvel, *Burgerlijk recht en grondrechten* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 1986), Lelystad: Koninklijke Vermande 1986, p. 7-40.

Elders & Biesheuvel 1986

J.L.M. Elders & M.B.W. Biesheuvel, *Burgerlijk recht en grondrechten* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 1986), Lelystad: Koninklijke Vermande 1986.

Emaus & Giesen 2007

J. Emaus & I. Giesen, 'Limitering van aansprakelijkheid in het personenvervoer in het licht van artikel 1 Eerste Protocol EVRM', *VR* 2007, 11, p. 369-375.

Emaus 2010

J.M. Emaus, 'Op jacht naar de opperste gerechtigheid. Een civielrechtelijk pleidooi voor constitutionele toetsing' (pre-essay Jonge NJV 2010), *NJB* 2010, p. 2758-2765.

Emaus 2011

J.M. Emaus, 'Geen actie, reactie? Over de handhaving van positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM', *L&S* 2011, p. 28-40.

Emaus 2011-II

J.M. Emaus, 'Proportionele aansprakelijkheid: vooruitgang in het (burgerlijk) contractenrecht?', *Contracteren* 2011, Special, p. 16-19.

Emaus & Keirse 2011

J.M. Emaus & A.L.M. Keirse, 'EVRM & Privaatrecht. Een bespreking van de preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht', *NTBR* 2011, 9, p. 497-504.

Van Emmerik 1997

M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten: rechtspraktijk onder het EVRM vergeleken met die in Nederland* (diss. Leiden) (Stichting NJCM-boekerij 29), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997.

Engelhard 2009

E.F.D. Engelhard, 'Handhaven van en door het privaatrecht', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 11-48.

Engelhard & Van Maanen 2008

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel* (monografieën BW A-15), Deventer: Kluwer 2008.

Erman/Klass, BGB, 13. Aufl

N. Klass, 'Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht', in: *Erman Bürgerliches Gesetzbuch. I*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2011, Anh. § 12, p. 19-107.

Ethica Nicomachea – vertaling R.W. Thuijs 1954

Aristoteles, *Ethica Nicomachea* (vertaald door R.W. Thuijs), Antwerpen: De Nederlandsche Boekhandel 1954.

Fairgrieve 2002

D. Fairgrieve, 'Pushing back the boundaries of public authority liability: tort law enters the classroom', *PL* 2002, p. 288-308.

Fairgrieve, Andenas & Bell (eds.) 2002

D. Fairgrieve, M. Andenas & J. Bell (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London: British Institute of International and Comparative Law 2002.

Favoreu e.a. 2009

L. Favoreu e.a., *Droit constitutionnel*, Paris: Dalloz 2009, annex 1.

Feldkamp 2008

M.F. Feldkamp, *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Die Entstehung des Grundgesetzes*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2008.

Feldman 2006

D. Feldman, 'Reform and reformation: is there (still) a UK constitution?', 2006, <www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/download/reform-and-reformation-is-there-still-a-uk-constitution/3281/doc>.

- Fenyves, Karner, Koziol & Steiner 2011
A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol & E. Steiner, *Tort Law in the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights* (Tort and Insurance Law 30), Berlin: De Gruyter 2011.
- Ferreira 2009
N. Ferreira, 'Fundamental Rights, Constitutional Principles, and the Law of Torts: *Tortfeasors v. Tort Victims*', in: A. Colombi Ciacchi, C. Godt, P. Rott & L.J. Smith (red.), *Haftungsrecht im dritten Millennium – Liability in the third Millennium: Liber Amicorum Gert Brüggemeier*, Baden-Baden: Nomos 2009, p. 49-84.
- Flynn 2005
D. Flynn, 'What's wrong with rights? Rethinking human rights and responsibilities', *Australian Social Work* 2005, p. 244-256.
- Forder 1992
C.J. Forder, 'Positieve verplichtingen in het kader van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden', *NJCM-Bulletin* 1992, 17-6, p. 611-637.
- Friedmann & Barak-Erez (eds.) 2003
D. Friedmann & D. Barak-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2003.
- De Gaay Fortman 2012
B. de Gaay Fortman, 'Human Rights as *Regulae Iuris*: An Inquiry into the Dialectics of Legality versus Legitimacy', *ERPL* 2012-2, p. 409-424.
- Gai Inst.* – vertaling Spruit & Bongenaar 1994
Gaius, *De instituten van Gaius* (vertaald door J.E. Spruit & K.E.M. Bongenaar), Zutphen: Walburg Pers 1994.
- Gajdosova & Zehetner 2010
J. Gajdosova & J. Zehetner, 'England', in: G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi & G. Comandé, *Fundamental Rights and Private Law in the European Union. Volume I: A Comparative Overview*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.
- Gearty 2001
C.A. Gearty, 'Unravelling *Osman*', *MLR* 2001, p. 159-190.
- Gerards 2006
J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (rede Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.
- Gerards 2008
J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten* (Publikaties van de Staatsrechtkring. Staatsrechtconferenties 12), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.
- Gerards 2011
J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Gerards 2011-II

J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten* (rede Nijmegen), Nijmegen: 2011.

Gerards 2011-III

J.H. Gerards, 'De waarde van een Europees mensenrechtenhof', *RdW* 2011, 2, p. 65-73.

Gerards 2011-IV

J. Gerards, 'Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?', *NJB* 2011, 10, p. 608-612.

Gerards & Senden 2009

J. Gerards & H. Senden, 'The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights', *International Journal of Constitutional Law* 2009, p. 619-653.

Giegerich 1999

T. Giegerich, 'Schutz der Persönlichkeit und Medienfreiheit nach Artt. 8, 10 EMRK im Vergleich mit dem Grundgesetz', *RabelsZ* 1999, p. 471-506.

Giesen 2005

I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (rede Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Giesen 2007

I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: W.J. Witteveen, I. Giesen & J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2007-1), Deventer: Kluwer 2007.

Giesen 2009

I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 307-329.

Goubeaux 2007

G. Goubeaux, *Droit civil: personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés*, Paris: LGDJ 2007.

De Graaf & De Haas 1984

F. de Graaf & M.J.O.M. de Haas, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk', *NJB* 1984, p. 1353-1358.

Chr. Grabenwarter, in: HGR VI/2

Chr. Grabenwarter, 'Nationale Grundrechte und Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention', in: D. Merten & H.-J. Papier, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VI/2, Europäische Grundrechte II, Universelle Menschenrechte*, Heidelberg: Müller 2009, § 169.

McGregor 2009

H. McGregor, *McGregor on Damages* (The Common Law Library), London: Sweet & Maxwell 2009.

Grgiæ, Mataga, Longar & Vilfan 2007

A. Grgiæ, Z. Mataga, M. Longar & A. Vilfan, *The right to property under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols* (Human rights handbooks, No. 10), Belgium: 2007, <www.echr.coe.int>.

Gridel 2002

J.-P. Gridel, 'La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé', *D.* 2002, p. 228-236.

Groen 1995

H.A. Groen, 'De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken', in: E.A. Alkema, H.A. Groen, P.J. Wattel & J. Naeyé, *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1995-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 131-173.

Groenewegen 2006

F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Grosheide 2001

F.W. Grosheide, *Karakteristiek van het privaatrecht* (Ars Aequi cahiers 10), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.

Grosheide 2001-II

F.W. Grosheide, 'Constitutionalisering van het burgerlijk recht?', *Contracteren* 2001, 3, p. 48-49.

Grosheide 2006

F.W. Grosheide, *Vooruitgang in het burgerlijk recht?* (rede Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Grosskopf 2003

O. Grosskopf, 'Horizontal Equality and the Law of Torts', in: D. Friedmann & D. Barak-Erez (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 357-372.

Grote Winkler Prins, deel 10, 1974

Grote Winkler Prins. Encyclopedie in twintig delen, deel 10, Amsterdam: Elsevier Nederland B.V. 1974.

W.E. Haak 2004

W.E. Haak, 'De taak van de Hoge Raad in Europa en in het Koninkrijk', *NJB* 2004, 17, p. 881-888.

K.F. Haak 2005

K.F. Haak, *De exceptie van de redelijkheid en billijkheid in het personenvervoer*, Den Haag: Boom Juridische uitgever 2005.

Hampson 1993

F.J. Hampson, 'The European Convention on Human Rights and Compensation for Personal Injury', in: S.A.M. McLean (ed.), *Compensation for Damage. An international perspective*, Aldershot: Dartmouth 1993.

- Harris, O'Boyle, Bates & Buckley (eds.) 2009
D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbick: Law of the European Convention on Human Rights*, New York: Oxford University Press 2009.
- Hartkamp 2000
A.S. Hartkamp, 'On European Freedoms and National Mandatory Rules: The Dutch Judiciary and the European Convention on Human Rights', *ERPL* 2000, p. 111-124.
- Hartlief 1997
T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (rede Leiden), Deventer: Kluwer 1997.
- Hartlief 2003
T. Hartlief, 'Het recht op smartengeld: burgerwacht of schaamlap?', in: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink, L. Reurich & G.J.M. Verburg (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties* (BW-krant jaarboek 19), Deventer: Kluwer 2003, p. 119-137
- Hartlief 2003-II
T. Hartlief, 'Affectieschade: vergoeden of erkennen?', *NTBR* 2003, p. 72-82
- Hartlief 2008
T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008, 34, p. 237
- Hartlief & Van Maanen 1995
T. Hartlief & G.E. van Maanen, *Hoe werkt de onrechtmatige daad? Of het Paard van de professor en andere aangrijpende verhalen* (Ars Aequi Cahiers Privaatrecht Deel 5), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.
- Hartlief & Stolker (red.) 1999
T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999.
- Hendriks 1999
A.C. Hendriks, 'Grondrechten en hun betekenis voor de horizontale relaties', in: A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten* (monografieën sociaal recht 20), Deventer: Kluwer 1999, p. 45-67.
- Hesse 1999
K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C.F. Müller 1999.
- Hickman 2002
T.R. Hickman, 'Tort Law, Public Authorities and the HRA 1998', in: D. Fairgrieve, M. Andenas & J. Bell (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London: British Institute of International and Comparative Law 2002, p. 17-53.
- Hijink 2011
M. Hijink, 'Achter websites bloeit een levendige reclamehandel', *NRC Handelsblad* 21 juni 2011.
- Hilhorst 1987
M.T. Hilhorst, *Verantwoordelijkheid voor toekomstige generaties* (diss. Amsterdam, VU), Kampen: Kok 1987.

Van der Hoeven 1958

J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht: enkele opmerkingen over de betekenis en de functie van de grondwet in het geheel der constitutionele verhoudingen* (diss. UvA Amsterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1958.

Hoffmeister 2001

F. Hoffmeister, 'Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und Ihre Bedeutung in Deutschland', *Der Staat* 2001, p. 350-381.

Hofmann/Drion/Wiersma 1959

L.C. Hofmann, H. Drion & K. Wiersma, *Het Nederlandse verbintenissenrecht: de algemene leer der verbintenissen*, Groningen: Wolters 1959.

Hofmann (ed.) 2011

D. Hofmann (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.

Hollerbach 1969

A. Hollerbach, 'Ideologie und Verfassung', in: W. Maihofer, *Ideologie und Recht*, Frankfurt am Main: Klostermann 1969, p. 37-61.

Honoré 1999

T. Honoré, *Responsibility and Fault*, Oxford: Hart Publishing 1999.

Hulsman 1965

L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht*, Deventer: Kluwer 1965.

Hulst, Van Wees, Uijtttenbroek & Akkermans 2008

J.E. Hulst, K.A.P.C. van Wees, E.M. Uijtttenbroek & A.J. Akkermans, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008, 6772.

Iambert-Faivre & Porchy-Simon 2009

Y. Iambert-Faivre & S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Paris: Dalloz 2009.

Ipsen, Staatsrecht I

J. Ipsen, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2009.

Jacobs/White/Ovey 2010

R.C.A. White & C. Ovey, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2010.

N. Jansen 1997

N. Jansen, 'Die Abwägung von Grundrechten', *Der Staat* 1997, p. 27-54.

K.J.O. Jansen 2007

K.J.O. Jansen, 'Het subjectieve element van de onrechtmatigheid. Over de structuur van art. 6:162 BW', *NTBR* 2007, 6, p. 222-228.

C.H.M. Jansen 2009

C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen* (monografieën BW B45), Deventer: Kluwer 2009.

Jourdain 2007

P. Jourdain, 'Les droits de la personnalité à la recherche d'un modèle: la responsabilité civile', *Gaz. Pal.* 2007, p. 52.

Jowell & Cooper 2002

J. Jowell & J. Cooper, *Understanding Human Rights Principles*, Oregon: Hart Publishing 2002.

Józson 2011

M. Józson, 'Satisfaction by Finding a Violation', in: A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol & E. Steiner, *Tort Law in the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights* (Tort and Insurance Law 30), Berlin: De Gruyter 2011, p. 741-770.

jurisPK-BGB

H. Rüßmann, *jurisPraxisKommentar BGB. Band 2.3. Schuldrecht. Teil 3: §§ 631 bis 853*, Saarbrücken: juris GmbH 2006.

Kavanagh 2009

A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.

Keirse 2003

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen) (serie Recht en Praktijk 127), Deventer: Kluwer 2003.

Keirse 2009

A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 95-104.

Keirse 2009-II

A.L.M. Keirse, *Wat zou een schuldeiser zijn zonder schuldenaar? Een introductie van de schadevoorkomingsplicht* (rede Utrecht) (nog te verschijnen).

Keirse 2009-III

A.L.M. Keirse, *The Dutch report 2009. Anxious adventures on 'affection damage'* (Annual Conference on European Tort Law 2009).

Keirse 2010

A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak! Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2010* (Letselschadereeks 21), Den Haag: SDU 2010.

Keirse 2010-II

A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: A.L.M. Keirse & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2010), Deventer: Kluwer 2010, p. 9-105.

Keirse 2011

A.L.M. Keirse, 'Een verklaring voor recht als mijlpaal. Over Jeffrey, Chipshol en het belang bij de civiele rechtspleging', *WPNR* 2011, 6903.

Keirse 2011-II

A.L.M. Keirse, 'EVRMering van (letsel)schaderecht', *L&S* 2011, 1, p. 58.

Kellner & Durant 2011

M. Kellner & I.C. Durant, 'Causation', in: A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol & E. Steiner, *Tort Law in the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights* (Tort and Insurance Law 30), Berlin: De Gruyter 2011, p. 449-500.

Kelsen 1957

H. Kelsen, *What is justice?*, Berkeley: University of California Press 1957, p. 110-136.

Kilkelly 2003

U. Kilkelly, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights* (Human rights handbooks, No. 1), Duitsland: 2003, <www.echr.coe.int>.

Kissling & Kelliher 2011

C. Kissling & D. Kelliher, 'Compensation for Pecuniary and Non-Pecuniary Loss', in: A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol & E. Steiner, *Tort Law in the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights* (Tort and Insurance Law 30), Berlin: De Gruyter 2011, p. 579-723.

Klein 2010

O. Klein, 'Straßburger Wolken am Karlsruher Himmel. Zum geänderten Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte seit 1998', *NVwZ* 2010, 221.

Kloepfer, Verfassungsrecht I

M. Kloepfer, *Verfassungsrecht I. Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht*, München: Beck 2011.

Klug 2010

H. Klug, *The Constitution of South Africa. A Contextual Analysis* (Constitutional Systems of the World series), Oxford: Hart Publishing 2010.

Knauff 2010

M. Knauff, 'Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte', *DVBl* 2010, p. 533-542.

Koekkoek 1985

A.K. Koekkoek, *De onderlinge verhouding van grondrechten* (Calvinistische Juristen Vereniging 1985), Enschede: 1985.

Kooijmans/Brus, Blokker & Senden 2008

P.H. Kooijmans, M.M.T.A. Brus, N.M. Blokker & L.A.J. Senden, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2008.

Korff 2006

D. Korff, *The right to life. A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights* (Human rights handbooks, No. 8), België: 2006, <www.echr.coe.int>.

C.A.J.M. Kortmann 1983

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983*, Deventer: Kluwer 1983, i.h.b. p. 43-49.

- C.A.J.M. Kortmann 1984
C.A.J.M. Kortmann, 'Horizontale werking van grondrechten?', *De Nederlandse Gemeente* 1984, 15/16, p. 301-302.
- C.A.J.M. Kortmann 1996
C.A.J.M. Kortmann, 'Zijn grondrechten subjectieve rechten?'; in:
S.C.J.J. Kortmann, *Op recht: bundel opstellen, aangeboden door prof. mr. A.V.M. Struycken (etc.)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996.
- C.A.J.M. Kortmann 2008
C.A.J.M. Kortman, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.
- C.N.J. Kortmann 2006
C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht) (serie Recht en Praktijk 145), Deventer: Kluwer 2006.
- J. Kortmann 2009
J. Kortmann, *The Tort Law Industry* (rede UvA Amsterdam), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2009.
- J. Kortmann & Sieburgh 2009
J. Kortman & C. Sieburgh, 'Rechtshandhaving door het privaatrecht', in:
A. Scheltema e.a., *Preadviezen 2009* (preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- Korycka 2010
M. Korycka, 'The Principles of Law, the Test of Coherence and Political Morality', in: M. Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2010, p. 161-168.
- Kötz & Wagner 2010
H. Kötz & G. Wagner, *Deliktsrecht*, München: Verlag Franz Vahlen 2010.
- Kratochvíl 2011
J. Kratochvíl, 'The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights', *NQHR* 2011, p. 324-357.
- Kroes 1998
M. Kroes, *Werking en doorwerking van grondrechten* (diss. Leiden), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1998.
- J. Lange/Schmidbauer in: jurisPK-BGB, 3. Aufl. 2006
J. Lange & K. Schmidbauer, '§ 823', in: H. Rüßmann, *juris PraxisKommentar. BGB. Band 2.3. Schuldrecht*, Saarbrücken: juris GmbH 2006, p. 1320-1424.
- De Lange 1991
R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. UvA Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
- Lankhorst 1992
G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.
- Larenz 1991
K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin: Springer-Verlag 1991.

Lawson 1995

R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de "fair balance"-test – deel I', *NJCM-Bulletin* 1995, 20-5, p. 558-573.

Lawson 1995-II

R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de "fair balance"-test – deel II', *NJCM-Bulletin* 1995, 20-6, p. 727-750.

Lawson 1996

R. Lawson, 'Adieu les travaux! Het afgenomen belang van de *travaux préparatoires* voor de uitleg van het EVRM', *NJCM-Bulletin* 1996, p. 61-74.

Lazare 2004

A. Lazare, *On Apology*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Leijten 1975

J.C.M. Leijten, 'Het fluorideringsarrest', in: H.U. Jesserun d'Oliveira e.a. (red.), 't *Exempel dwinght*, Zwolle 1975, p. 289-315.

Leisner 1960

W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, München: Beck 1960.

Lenta 2004

P. Lenta, 'Democracy, rights disagreements and judicial review', *SAJHR* 2004, p. 1-31.

Lepage 2007

A. Lepage, 'L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la «matrice» des droits de la personnalité?', *Gaz. Pal.* 2007, 139, p. 43.

Letsas 2004

G. Letsas, 'The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR', *EJIL* 2004, p. 279-305.

Letsas 2009

G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, New York: Oxford University Press 2009.

Van Leuven 2009

N. van Leuven, *Contracten en mensenrechten: een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2009.

Lewis 1995

A. Lewis, 'At Home Abroad; Revolution by Law', *The New York Times* 13 January 1995.

Leyland 2007

P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, Oxford: Hart Publishing 2007.

Liebenberg 2008

S. Liebenberg, 'The application of socio-economic rights to private law', *TSAR* 2008, p. 464-480.

Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007

W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht* (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2007), Deventer: Kluwer 2007.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Lindenbergh 1999

S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1665-1707.

Lindenbergh 2003

S.D. Lindenbergh, 'Doeleinden en effecten van civielrechtelijke sancties', in: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink, L. Reurich & G.J.M. Verburg (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties* (BW-krant jaarboek 19), Deventer: Kluwer 2003, p. 9-20.

Lindenbergh 2004

S.D. Lindenbergh, 'De invloed van fundamentele rechten in het personenschaderecht', *TVP* 2004, 4, p. 110-114.

Lindenbergh 2004-II

S.D. Lindenbergh, 'Doorwerking van grondrechten en mensenrechten in het vermogensrecht', *NbBW* 2004, 2, p. 26-30.

Lindenbergh 2004-III

S.D. Lindenbergh, 'Constitutionalisering van het contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 2004, p. 977-986.

Lindenbergh 2006

S.D. Lindenbergh, 'The Constitutionalisation of Private Law in the Netherlands', in: T. Barkhuysen & S.D. Lindenbergh (eds.), *Constitutionalisation of Private Law* (Constitutional Law Library volume 2), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 1-8.

Lindenbergh 2007

S.D. Lindenbergh, 'Beperking van aansprakelijkheid bij personenschade van de reiziger, techniek en tendens', *AV&S* 2007, 3, p. 88-93.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2008-II

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld: tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2008-III

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten: de rechter heeft zijn werk gedaan en de wetgever moet de klus afmaken', *AV&S* 2008, 36, p. 255-263.

Lindenbergh 2010

S.D. Lindenbergh, 'Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood (?)', *NJB* 2010, 24, p. 1530-1532.

Lindenbergh 2010-II

S.D. Lindenbergh, 'Fundamental rights in private law. Anchors or goals in a globalizing legal order?', in: M. Faure & A. van der Walt, *Globalization and Private Law, The Way Forward*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 367-382.

Lindenbergh 2011

S.D. Lindenbergh, 'Deel 2 Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (preadvies van Vereniging voor Burgerlijk Recht 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 71-114.

Loucaides 2007

L.G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights. Collected Essays* (Nijhoff Law Specials volume 70), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2007.

Lucas 2002

O. Lucas, 'Droits de l'homme/ Responsabilité civile. La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les fondements de la responsabilité civile', *JCP G* 2002 I 111.

Luchaire 1980

F. Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, Paris: Economica 1980.

Luchaire 1982

F. Luchaire, 'Les fondements constitutionnels du droit civil', *RTD Civ.* 1982, p. 245-328.

Luchaire 2007

F. Luchaire, 'Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme', *Gaz. Pal.* 2007, 163.

Lucy 2007

W. Lucy, *Philosophy of Private Law* (Clarendon Law Series), Oxford: Oxford University Press 2007.

Van Maanen 1999

G.E. van Maanen, 'Een arrest dat shockeert: HR 9 oktober 1998', *NTBR* 1999, p. 47-49.

Van Maanen 2011

G.E. van Maanen, 'Deel 1 De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (preadvies van Vereniging voor Burgerlijk Recht 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 10-70.

Van Maanen & De Lange 2005

G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad* (monografieën privaatrecht deel 3), Deventer: Kluwer 2005.

Van Maanen & Lindenbergh 2011

G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (preadvies van Vereniging voor Burgerlijk Recht 2011), Deventer: Kluwer 2011.

Mahoney 1990

P. Mahoney, 'Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin', *HRLJ* 1990, p. 57-88.

Mak 2008

C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (diss. UvA Amsterdam), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008.

Marais 2009

A. Marais, 'L'introduction du contrôle de constitutionnalité a posteriori: une réforme espérée mais une réforme manquée?', *RDC* 2009, p. 233.

Maris 1969

A.G. Maris, 'Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?', in: A.G. Maris & J.M. Polak, *Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 1969-I), Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 9-67.

Marshall 2008

J. Marshall, 'A right to personal autonomy at the European Court of Human Rights', *EHRLR* 2008, 3.

Mason 1998

A. Mason, 'Human Rights and the Law of Torts', in: P. Cane & J. Stapleton (ed.), *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*, Oxford: Clarendon Press 1998, p. 13-34.

Mathieu 2006

B. Mathieu, *The right to life in European constitutional and international case-law*, Council of Europe Publishing 2006.

Matscher & Petzold 1988

F. Matscher & H. Petzold, *Protecting human rights: the European dimension: studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1988.

Maurer, Staatsrecht I

H. Maurer, *Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, München: Beck 2010.

Mbongo 2008

P. Mbongo, 'Droit au juge et prééminence du droit. Bréviaire processualiste de l'exception d'inconstitutionnalité', *D.* 2008, p. 2089-2096.

McIvor 2010

C. McIvor, 'Getting Defensive about Police Negligence: the Hill Principle, the Human Rights Act 1998 and the House of Lords', *CLJ* 2010, p. 133-150.

Meijers 1948

E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel I. De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.

Meijers 1954

E.M. Meijers, *Toelichting op Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, Eerste Gedeelte (Boek 1-4)*, 's-Gravenhage 1954.

- Mendelts 2002
P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechten claims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.
- Van der Merwe & Du Plessis (eds.) 2004
C.G. van der Merwe & J.E. du Plessis, *Introduction to the Law of South Africa*, The Hague: Kluwer Law International 2004.
- Meuwissen 1968
D.H.M. Meuwissen, *De Europese Conventie en het Nederlandse recht* (diss. UvA Amsterdam), Leiden: Sijthoff 1968.
- Meuwissen 1984
D.H.M. Meuwissen, *Grondrechten*, Utrecht: Het Spectrum 1984.
- Mokgoro 1998
J.Y. Mokgoro, 'Ubuntu and the Law in South Africa', *PER/PELJ* 1998, p. 15-26.
- Molengraaff 1887
W.L.P.A. Molengraaff, 'De "oneerlijke concurrentie" voor het forum van den Nederlandschen rechter', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 371-435.
- Monti 1999
G. Monti, 'Osman v. Uk – Transforming English Negligence Law into French Administrative Law?', *ICLQ* 1999, 48, p. 757-778.
- Moreham 2008
N.A. Moreham, 'The right to respect for private life in the European Convention on Human Rights: a re-examination', *EHRLR* 2008, p. 49-79.
- Moreham 2007
N.A. Moreham, 'Privacy and horizontality: relegating the common law', *LQR* 2007, p. 373-378.
- Morvan 1999
P. Morvan, *Le principe de droit privé* (diss. Paris II), Paris: LGDJ Diffuseur 1999.
- Motala & Ramaphosa 2002
Z. Motala & C. Ramaphosa, *Constitutional Law. Analysis and cases*, Cape Town: Oxford University Press 2002.
- Mowbray 2004
A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2004.
- Mowbray 2010
A. Mowbray, 'A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights', *HRLR* 2010, p. 308-311.
- Mücl 2005
S. Mücl, 'Kooperation oder Konfrontation – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte', *Der Staat* 2005, p. 403-431.

Mullender 2009

R. Mullender, 'Negligence, Human Rights & Public Bodies', *LQR* 2009, p. 384-388.

MünchKommBGB/Rixecker

R. Rixecker, 'Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht', in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. Allgemeine Teil. 1. Halbband: §§ 1-240*, München: Beck 2006, § 12.

Mureinik 1994

E. Mureinik, 'A bridge to where? Introducing the interim Bill of Rights?', *SAJHR* 1994, p. 31-48.

Murphy 2007

J. Murphy, *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Myjer 2004

B.E.P. Myjer, *Straatsburg zit er niet voor zweetvoeten; over de nog immer toenemende werkdruk van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, over het Veertiende Protocol en over mensenrechten waar ze thuishoren* (rede Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Neethling, Potgieter & Scott 2008

J. Neethling, J.M. Potgieter & T.J. Scott, *Case Book on the Law of Delict. Vonnisbundel oor die Deliktereg*, Cape Town: Juta 2008.

Neethling, Potgieter & Visser 2006

J. Neethling, J.M. Potgieter & P.J. Visser, *Law of Delict*, Durban: LexisNexis 2006.

Nehmelman 2002

R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht: een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Nederland en Duitsland* (diss. Utrecht), Utrecht: Instituut voor Staats- en Bestuursrecht Universiteit Utrecht 2002.

Nehmelman 2011

R. Nehmelman, 'Private vrijheid! Over de werking van grondrechten in het privaatrecht', *L&S* 2011, 1, p. 18-27.

Nieskens-Ispording 1999

B.W.M. Nieskens-Ispording, 'Het vermogensrecht, de Hoge Raad en de emoties van Van Maanen', *NTBR* 1999, 5, p. 137.

Nieuwenhuis 1976

J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *RMThemis* 1976, p. 494-515.

Nieuwenhuis 2000

J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', *RMThemis* 2000, 6, p. 203-211.

Nieuwenhuis 2005

J.H. Nieuwenhuis, 'Appels en peren', *NTBR* 2005, p. 481-482.

Nieuwenhuis 2006

J.H. Nieuwenhuis, 'Fundamental rights talk. An enrichment of legal discourse in private law?', in: T. Barkhuysen & S.D. Lindenberg (eds.), *Constitutionalisation of Private Law* (Constitutional Law Library volume 2), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 1-8.

Nieuwenhuis 2007

J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 2007.

Nieuwenhuis 2007-II

J.H. Nieuwenhuis, 'Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk?', *RMThemis* 2007, 6, p. 227-240.

Nieuwenhuis 2008

J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden. Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2008.

Nieuwenhuis 2008-II

J.H. Nieuwenhuis, *Hoe is begrip van het burgerlijk recht mogelijk?* (Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 71 no. 6), Amsterdam: KNAW Press 2008.

Nipperdey 1961

H.C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld: Scherpe 1961.

Van Nispen 1978

C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

Van Nispen 2003

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (monografieën nieuw BW A11), Deventer: Kluwer 2003.

Ndungane 1998

N. Ndungane, 'A new faith for new South Africans', *Mail & Guardian* 20 februari 1998.

Nthai 1998

S.A. Nthai, 'A Bill of Rights for South Africa: An historical overview', *Consultus* 1998, p. 142-147.

A. Nußberger, in: HStR X

A. Nußberger, 'Europäische Menschenrechtskonvention', in: J. Isensee & P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band X. Deutschland in der Staatengemeinschaft*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 2012, § 209.

Okpaluba 2001

C. Okpaluba, 'Of "Forging New Tools" and "Shaping Innovative Remedies": Unconstitutionality of Legislation Infringing Fundamental Rights Arising From Legislative Omissions in the New South Africa', *Stellenbosch Law Review*, 2001, p. 462-483.

Oliphant & Ludwichowska 2011

K. Oliphant & K. Ludwichowska, 'Damage', in: A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol & E. Steiner, *Tort Law in the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights* (Tort and Insurance Law 30), Berlin: De Gruyter 2011, p. 397-447.

Van Oven 1932

J.C. van Oven, 'Onrechtmatigheid en schuld', *WPNR* 1932, 3278, 3279, 3280.

Overkleeft-Verburg 1982

G. Overkleeft-Verburg, 'Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer', in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns, *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet, aangeboden aan mr H.J.M. Jeukens in verband met zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool Tilburg (Jeukens-bundel)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 221-248.

Pape 2011

S.B. Pape, *Warnings and product liability. Lessons learned from cognitive psychology and ergonomics* (diss. Rotterdam), 2011.

Parl. Gesch. Boek 6

Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht door C.J. van Zeben & J.W. Du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, Deventer: Kluwer 1981.

Patrick Glenn 2010

H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Pattinson 2002

S.D. Pattinson, 'Horizontal applicability and horizontal effect', *LQR* 2002, 118, p. 623-646.

Phillipson 2011

G. Phillipson, 'Privacy', in: D. Hoffman (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 136-164.

Pichard 2006

M. Pichard, *Le droit à. Étude de législation française*, Paris: Economica 2006.

Pieterse 2007

M. Pieterse, 'Indirect Horizontal Application of the Right to have Access to Health Care Services', *SAJHR* 2007, p. 157-179.

Pitlo/Gerver e.a., Het systeem 1995

P.H.M. Gerver, H. Sorgdrager, R.H. Stutterheim & T.R. Hidma, *Mr. A. Pitlo. Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Ploeger 2005

H.D. Ploeger, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het nationale civielrechtelijke perspectief', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht* (preadviezen VBR 2005), Deventer: Kluwer 2005, p. 103-120.

Popelier 2006

P. Popelier, 'Legitimate expectations and the law maker in the case law of the European Court of Human Rights', *EHRLR* 2006, p. 10-24.

Portalis 1801

J.-É.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801; Bordeaux: Éditions Confluences 2004, <classiques.uqac.ca>.

Van der Pot-Elzinga & De Lange (m.m.v. Hoogers) 2006

D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (m.m.v. H.G. Hoogers), Deventer: Kluwer 2006.

Principles of European Tort Law 2005

European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien: Springer-Verlag 2005.

Pronk 2011

D.A. Pronk, 'Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht bij overlijden door een fout van de overheid verenigbaar met het EVRM?', in: S.D. Lindenbergh & I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht* (Jonge Meesters), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 29-47.

Quézel-Abrunaz 2011

C. Quézel-Abrunaz, 'Compensation and Human Rights (from a French Perspective)', *NUJS L. Rev.* 2011, 189, p. 189-203.

Ribbius 1906

H.R. Ribbius, *De omvang van de te vergoeden schade bij niet-nakoming van verbintenissen en bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1906.

Rijnhout 2012

R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken. Een rechtsvergelijkende studie naar de artikelen 6:107 en 6:108 BW in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht en schadevergoedingsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Rodrigues 2011

P.R. Rodrigues, *De grenzen van het vreemdelingenrecht* (rede Leiden), 2011.

Roelvink 1994

H.L.J. Roelvink, 'Omgestoten wijnglazen en andere ongelukjes', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp & W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB. Brunner-Bundel. Opstellen, op 15 april 1994 aangeboden aan prof. mr. C.J.H. Brunner ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1994, p. 325-333.

Rogers 2003

W.V.H. Rogers, 'Tort Law and Human Rights: A New Experience', in: H. Koziol & B.C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2002* (Tort and Insurance Law Yearbook 2002), Wien: Springer-Verlag, 2003, p. 35-64.

Röhl & Röhl 2008

K.F. Röhl & H.C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2008.

Rousseau 2006

D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris: Montchrestien 2006.

Rt Hon Lord Scott of Foscote 2007

Rt Hon Lord Scott of Foscote, 'Damages', *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* 2007, 4, p. 465-473.

W. Rüfner, in: HStR V

W. Rüfner, 'Grundrechtsadressaten', in: J. Isensee & P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band V. Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 2000, § 117.

Rutten 1953

L.E.H. Rutten, 'Het onrechtmatigheids-criterium "inbreuk op eens anders recht"', *WPNR* 1953, 4311, 4312, 4313.

Schaub 2009

M.Y. Schaub, 'Handhaving van consumentenrecht', in: E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé & M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 149-172.

Van der Schee 2011

E.V. van der Schee, 'Raak vergoeden: de betekenis van het gemeenschapsrechtelijke effectiviteitsbeginsel voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht met betrekking tot particulieren', in: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenbergh (red.), *Rake remedies, opstellen over handhaving van rechten, naleving van plichten en sanctionering van verkeerd gedrag in het privaatrecht* (Jonge Meesters), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Scheltema & Scheltema 2008

M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Schirmeister 2003

F.C. Schirmeister, 'Punitive Damages: Amerikaanse lessen voor Nederland?', in: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink, L. Reurich & G.J.M. Verburg (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties* (BW-krant jaarboek 19), Deventer: Kluwer 2003, p. 139-159.

Scholten 1911

P. Scholten, 'Burgerlijk onrecht. Aansprakelijkheid van de overheid – Wenschelijke wetswijziging. Een nabetrachting naar aanleiding van de debatten in de Juristenvereniging van 1910, tevens een beschouwing over het Ontwerp betreffende de onrechtmatige daad', *WPNR* 1911, 2149, 2151, 2152, 2156, 2157, 2158.

Scholten 1919

P. Scholten, 'Een nieuw leerboek. Inleiding tot het burgerlijk recht door mr. J. Ph. Suyling, 1^e stuk, 1^e ged. Haarlem, De Erven F. Bohn, 1918', in: *WPNR* 1919, 2586.

- Schutte 2004
C.B. Schutte, *The European Fundamental Right of Property* (Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus', nieuwe reeks nr. 9), Deventer: Kluwer 2004.
- Schwitters 2012
R.J.S. Schwitters, 'Aansprekend aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2012, p. 1390-1396.
- Shelton 2004
D.L. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press 2004.
- Sieburgh 1997
C.H. Sieburgh, 'Wat is een rechtsinbreuk?', *NJB* 1997, p. 628-635.
- Sieburgh 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen) (serie Recht en Praktijk 112), Deventer: Kluwer 2000.
- Sieburgh 2011
C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie tussen Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-I), Deventer: Kluwer, p. 187-242.
- Sieckmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III
J.-R. Sieckmann, 'Artikel 100', in: H. v. Mangoldt, F. Klein & Chr. Starck, *Kommentar zum Grundgesetz: GG Band 3: Artikel 83 bis 146*, München: Vahlen 2010.
- Sillen 2010
J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht' (pre-essay Jonge NJV 2010), *NJB* 2010, p. 2742-2748.
- P.H. Smits 1938
P.H. Smits, 'Iets over de vraag der relativiteit van de onrechtmatigheid bij onrechtmatige daad in verband met de door den Hoogen Raad onderscheiden onrechtmatigheidsvormen (I-V)', *WPNR* 1938, 3586, 3587, 3589, 3590, 3591.
- P.H. Smits 1940
P.H. Smits, 'Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare beteekenis voor de onrechtmatige daad (I-III)', *WPNR* 1940, 3688, 3689, 3690.
- J.M. Smits 2003
J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 2003.
- J.M. Smits 2006
J.M. Smits, 'Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View', in: T. Barkhuysen & S.D. Lindenbergh (eds.), *Constitutionalisation of Private Law* (Constitutional Law Library volume 2), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 9-22.
- J.M. Smits 2009
J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Snijders 2011

G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht, algemeen deel* (monografieën BW A26a), Deventer: Kluwer 2011.

Soergel/Spickhoff

A. Spickhoff (red.), *Soergel. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 12. Schuldrecht 10*, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer 2005.

Spencer 2008

J.R. Spencer, 'Tort Law bows to the Human Rights Act', *CLJ* 2008, p. 15-17.

Starck 1947

B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* (diss. Paris), Paris: L. Rodstein 1947.

Starmer 1999

K. Starmer, *European Human Rights Law*, London: LEG 1999.

Starmer 1999

K. Starmer, 'Positive obligations under the Convention', in: K. Starmer, *European Human Rights Law*, London: LEG 1999, p. 193-210.

Starmer 2002

K. Starmer: 'Positive obligations under the Convention', in: J. Jowell & J. Cooper, *Understanding Human Rights Principles*, Oregon: Hart Publishing 2002, p. 139-160.

Staudinger/Schiemann (2005)

G. Schiemann, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadenersatzrecht)*, Berlin: Sellier – de Gruyter 2005.

Steiner 2011

E. Steiner, 'Just Satisfaction under Art 41 ECHR: A Compromise in 1950 – Problematic Now', in: A. Fenyves, E. Karner, H. Koziol & E. Steiner, *Tort Law in the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights* (Tort and Insurance Law 30), Berlin: De Gruyter 2011, p. 3-26.

K. Stern, in: HStR V

K. Stern, 'Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte', in: J. Isensee & P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band V. Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 2000, § 108.

K. Stern, in: Stern Staatsrecht IV/1

K. Stern, 'Die Würde des Menschen', in: K. Stern, M. Sachs & J. Dietlein, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band IV/1. Die einzelnen Grundrechte*, München: Verlag C.H. Beck 2006, § 97.

Stevens 2007

R. Stevens, *Torts and Rights*, Oxford: Oxford University Press 2007.

Stoll 1993

H. Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, Heidelberg: Müller Juristischer Verlag 1993.

Sudre 1995

F. Sudre, 'Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme', *RTDH* 1995.

Tettenborn 2012

A. Tettenborn, 'Wrongful death, human rights, and the Fatal Accidents Act', *LQR* 2012, p. 327-331.

Thorbecke 1848

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, Leiden: Van den Heuvel 1848.

Thorbecke 1867

W. Thorbecke, *Verbintenis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1867.

Tjittes 1996

R.P.J.L. Tjittes, 'Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid', in: W. Konijnenbelt & R.P.J.L. Tjittes, *De administratieve rechter als schadevergoedingsrechter/Herbezinning op de grondslagen van de overheidsaansprakelijkheid* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 11), Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 33-58.

Le Tourneau 2008

Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris: Dalloz 2008.

Travaux Préparatoires ECHR I

Preparatory Commission of the Council of Europe, Committee of Ministers, Consultative Assembly, *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires', Volume I*, The Hague: Martinus Nijhoff 1975.

Tshoose 2009

C.I. Tshoose, 'The Emerging Role of the Constitutional Value of Ubuntu for Informal Social Security in South Africa', *Afr. J. Leg. Stud.* 2009, p. 12-19.

Tulkens 2011

F. Tulkens, 'Seminar "What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?"', in: *Dialogue between judges, European Court of Human Rights*, Council of Europe, 2011, <www.coe.int>.

Tutu 2000

D. Tutu, *No Future Without Forgiveness*, London: Rider 1999.

Uessler 2008

C. Uessler, *Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadenersatzrecht* (Inaugural-Dissertation Münster), 2008, <miami.uni-muenster.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-4532/diss_uessler.pdf>.

Uniken Venema-Zwalve, *Common Law & Civil Law* 2008

W.J. Zwalve, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Vande Lanotte & Haec (eds.) 2004

J. VandeLanotte & Y. Haec (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar. Volume I*, Antwerpen: Intersentia 2004.

Vande Lanotte & Haeck (eds.) 2004-II

J. Vande Lanotte & Y. Haeck (eds.) *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar. Volume II*, Antwerpen: Intersentia 2004.

Vande Lanotte & Haeck (eds.) 2005

J. Vande Lanotte & Y. Haeck (eds.), *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2005.

Varuhas 2011

J.N.E. Varuhas, 'Damages: private law and the HRA – never the twain shall meet?', in: D. Hofmann (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 223-248.

Verheij 1998

A.J. Verheij, 'Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade', *RMThemis* 1998, 10, p. 339-350.

Verheij 1998-II

A.J. Verheij, "'Wrongful Birth'", *VR* 1998, 12, p. 353-356.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (monografieën Privaatrecht deel 4), Deventer: Kluwer 2005.

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Verhey 2009

L.F.M. Verhey, 'Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^{ste} verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 517-536.

Verpeaux 2010

M. Verpeaux, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris: PUF 2010.

Viney 1997

G. Viney, 'Chronique. Responsabilité civile', *JCP G* 1997, I.

Viney 2008

G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, Paris: LGDJ 2008.

Visser 't Hooft 1999

H.Ph. Visser 't Hooft, *Justice to future generations and the environment*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1999.

Vlemminx 2002

F.M.C. Vlemminx, *De autonome rechtstreekse werking van het EVRM. De Belgische en Nederlandse rechtspraak over verzekeringsplichten ingevolge het EVRM* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 62), Deventer: Kluwer 2002.

Vlemminx 2002-II

F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

De Vos 2008

B.J. de Vos, 'Testamentary Freedom, Despotism and Fundamental Rights: A Critical Case Study on Drittwirkung', *ERPL* 2008, p. 801-825.

De Vos 2010

B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten: een kritiek* (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010.

De Waal 2004

J. de Waal, 'Constitutional Law', in: C.G. van der Merwe & J.E. du Plessis (eds.), *Introduction to the Law of South Africa*, The Hague: Kluwer International Law 2004.

Wade 2000

H.W.R. Wade, 'Horizons of horizontality', *LQR* 2000, p. 217-224.

Wadham & Mountfield 2000

J. Wadham & H. Mountfield, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, London: Blackstone Press 2000.

MünchKommBGB/Wagner

G. Wagner, '§ 823', in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III §§ 705-853*, München: Beck 2009.

Walster 1966

E. Walster, 'Assignment of Responsibility for an Accident', *JPS* 1966, 3, p. 73-79.

Van der Walt 2000

J.W.G. van der Walt, 'Die toekoms van die onderskeid tussen die publiekreg en die privaatreë in die lig van die horisontale werking van die grondwet (deel 1)', *TSAR* 2000, p. 416-427.

Van der Walt 2000-II

J.W.G. van der Walt, 'Die toekoms van die onderskeid tussen die publiekreg en die privaatreë in die lig van die horisontale werking van die grondwet (deel 2)', *TSAR* 2000, p. 605-618.

Van der Walt & Midgley 2005

J.C. van der Walt & J.R. Midgley, *Principles of Delict*, Durban: LexisNexis Butterworths 2005.

Weinrib 1992

E.J. Weinrib, 'Thinking about Tort Law', *VULR* 1992, 3, p. 717-722.

Weinrib 1995

E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge: Harvard University Press 1995.

Weinrib 2002

E.J. Weinrib, 'Corrective Justice in a Nutshell', *University of Toronto Law Journal* 2002 (52), p. 349, e.v.

Weir 2006

T. Weir, *An Introduction to Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Wesson 2011

M. Wesson, 'Reasonableness in Retreat? The Judgment of the South African Constitutional Court in *Mazibuko v. City of Johannesburg*', *HRLR* 2011, p. 1-16.

Wiarda 1981

G.J. Wiarda, 'Extensieve en restrictieve verdragstoepassing door het Europees Hof voor de rechten van de mens; een middenkoers?', in: H. Franken, A. Heijder, C.F. Rüter & E.M. Enschedé (red.), *Ad Personam. Opstellen aanboden aan Prof. Mr. Ch. J. Enschedé ter gelegenheid van zijn zeventigste verjaardag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Wiarda 1986

G.J. Wiarda, *Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughouding bij de toepassing van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens* (rede Rotterdam), 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij 1986.

Wiarda 1999

G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (bewerkt en van nabeschouwing voorzien door T. Koopmans), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van der Wiel 2007

B.T.M. van der Wiel, 'Kroniek algemeen deel aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2007, 29, p. 175-191.

Wiggers-Rust 2000

L.F. Wiggers-Rust, 'Jaarvergadering Vereniging voor Burgerlijk Recht 1999: "Gaat het in het Burgerlijk Recht alleen om geld?"', *NTBR* 2000, 4.

Wijnakker 2010

C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *VR* 2010, p. 313-315.

Wildhaber 2004

L. Wildhaber, 'The European Court of Human Rights in Action', *RLR* 2004, 21, p. 83-82.

Winfield/Jolowicz/Rogers 2010

W.V.H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, London: Sweet & Maxwell 2010.

Wobst 1967

H. Wobst, *Verfassungswidrige Gesetze und Normenkontrolle* (diss. Würzburg), Würzburg: 1967.

Wolfsbergen 1946

A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946.

Lord Woolf 2003

Lord Woolf, *Opening of the judicial year European Court of Human Rights: Strasbourg: 2003*, <www.judiciary.gov.uk>.

Worden 2007

N. Worden, *The Making of Modern South Africa. Conquest, Apartheid, Democracy*, Oxford: Blackwell 2007.

Van der Woude 2010

M. van der Woude, 'Grondwettelijke toetsing van strafwetgeving in de Nederlandse veiligheidscultuur' (pre-essay Jonge NJV 2010), *NJB* 2010, p. 2749-2757.

Wright 2001

J. Wright, *Tort Law & Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2001.

Van Zeeland, Kamminga & Barendrecht 2003

C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga & J.M. Barendrecht, 'Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan', *NJB* 2003, 16.

Young 2011

A.L. Young, 'Mapping horizontal effect', in: D. Hofmann (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 16-47.

Zweigert & Kötz 1998

K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press 1998.

Rapporten

African National Congress 1943

African National Congress, *Africans' Claims in South Africa*, Bloemfontein: ANC Annual Conference 16 december 1943, <www.sahistory.org.za>.

African National Congress 1988

African National Congress, *Constitutional Guidelines for a Democratic South Africa*: 1988, <anc.org.za>.

Annual Report 2001 European Court of Human Rights

Annual Report 2001 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2002, <www.coe.int>.

Annual Report 2002 European Court of Human Rights

Annual Report 2002 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2003, <www.coe.int>.

Annual Report 2003 European Court of Human Rights

Annual Report 2003 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2004, <www.coe.int>.

Annual Report 2004 European Court of Human Rights

Annual Report 2004 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2005, <www.coe.int>.

Annual Report 2005 European Court of Human Rights

Annual Report 2005 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2006, <www.coe.int>.

- Annual Report 2006 European Court of Human Rights*
Annual Report 2006 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2007, <www.coe.int>.
- Annual Report 2007 European Court of Human Rights*
Annual Report 2007 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2008, <www.coe.int>.
- Annual Report 2008 European Court of Human Rights*
Annual Report 2008 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2009, <www.coe.int>.
- Annual Report 2009 European Court of Human Rights*
Annual Report 2009 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2010, <www.coe.int>.
- Annual Report 2010 European Court of Human Rights*
Annual Report 2010 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2011, <www.coe.int>.
- Annual Report 2011 European Court of Human Rights*
Annual Report 2011 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg: 2012, <www.coe.int>.
- Brighton Declaration 2012*
High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration, <www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>.
- Commission on a Bill of Rights. A Second Consultation 2012*
Commission on a Bill of Rights. A Second Consultation, July 2012, <www.justice.gov.uk>.
- Congress of the People 1955*
Congress of the People, *The Freedom Charter*, 1955, <www.sahistory.org.za>.
- Conseil constitutionnel 2011*
Conseil constitutionnel, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Tables d'analyses au 1 août 2011*, <www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Tables/tables_analytiques.pdf>.
- Damages under the HRA 1998 2000*
The Law Commission and the Scottish Law Commission, *Damages under the Human Rights Act 1998. Report on a Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, oktober 2000, <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc266_damages_under_the_human_rights_act_1998.pdf>.
- Dialogue between judges 2011*
Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2011, <www.coe.int>.

- Grondrechten evaluatie-onderzoek. Documentatierapport (6) 1991*
Tj. Gerbranda & M. Kroes, *Grondrechten evaluatie-onderzoek. Documentatierapport (6)*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1991.
- Grondwet 1983 en de horizontale werking van grondrechten 1985*
Grondwet 1983 en de horizontale werking van grondrechten 1985. Een literatuuronderzoek naar de invloed van de grondwetswijziging van 1983 op het leerstuk van de horizontale werking van grondrechten (samensteller A.I.F.M. van de Ven), 's-Gravenhage 1985.
- Harare Declaration 1989*
Declaration of the OAU Ad-hoc Committee on Southern Africa on the question of South Africa (Harare Declaration), Harare: 1989, <www.anc.org.za>.
- Interlaken Declaration 2010*
High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, *Interlaken Declaration*, Interlaken: 2010, <www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/interlaken_declaration_en.pdf>.
- Interlaken follow-up. Principle of Subsidiarity 2010*
Interlaken follow-up. Principle of Subsidiarity (note by the Jurisconsult), 2010, <www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D932C687-6805-4C0B-8828-EE7862873D0D/0/Interlaken_followup__Subsidiarity.pdf>.
- Monetary Remedies in Public Law 2004*
Public Law Team Law Commission, *Monetary Remedies in Public Law. A Discussion Paper*, 11 oktober 2004, <www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/Monetary_Remedies_Paper.pdf>.
- De Nederlandse Grondwet geëvalueerd 2009*
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, W.J.M. Voermans e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker of verdwijnpunt? Een onderzoek uitgevoerd door de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid en het Departement Bestuurskunde van de Faculteit Sociale Wetenschappen van de Universiteit Leiden in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.
- Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*
Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, <www.rijksoverheid.nl>, 2010.
- Resolution (99) 50 on the Council of Europe Commissioner for Human Rights 1999*
Resolution (99) 50 on the Council of Europe Commissioner for Human Rights, 7 May 1999, <wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=458513&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

Resolutions of the Annual Conference of the African National Congress 1923
Resolutions of the Annual Conference of the African National Congress,
May 28-29, 1923, <www.sahistory.org.za>.

Responding to human rights judgments. Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments 2010-11 2011
Responding to human rights judgments. Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's response to human rights judgments 2010-11, September 2011, <www.justice.gov.uk>.

Responsabilité civile: des évolutions nécessaires 2009
Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) par le groupe de travail (2) relatif à la responsabilité civile, rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. A. Anziani & L. Béteille au nom du groupe de travail sur la responsabilité civile.

Rights Brought Home 1997
Rights Brought Home: The Human Rights Bill, CM 3782, 1997, <www.archive.official-documents.co.uk/document/hoffice/rights/rights.htm>.

Slachtoffers en aansprakelijkheid 2007
R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans & N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Terreinverkenning, Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht, Vrije Universiteit Amsterdam, WODC, 2007.*

Toelichting Meijers I 1954
E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting. Eerste gedeelte (boek 1-4),* 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1954.

Tweede rapport Staatscommissie Cals/Donner 1969
J.M.L.Th. Cals & A.M. Donner e.a., *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de kieswet,* 's-Gravenhage: Ministerie van Binnenlandse Zaken 1969.

Working together we can do more 2010/2011
Working together we can do more, <www.gov.za>; South African Police Service, *Crime Report 2010/2011,* <www.saps.gov.za>.

RECHTSPRAAK

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 27 juni 1968, nr. 2122/64, A-7 (*Wemhoff/Duitsland*)
EHRM (Plenair) 23 juli 1968, nr. 1474/62 e.a., A-6 (*Belgische Taal*)
EHRM (Plenair) 21 februari 1975, nr. 4451/70, NJ 1975, 462
(*Golder/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 6 februari 1976, nr. 5614/72, NJ 1977, 2, m.nt. E.A. Alkema, P. Zonderland
(*Swedish Engine Drivers' Union/Zweden*)
EHRM (Plenair) 8 juni 1976, nr. 5100/71 e.a., NJ 1978, 223 (*Engel e.a./Nederland*)
EHRM (Plenair) 7 december 1976, nr. 5493/72, NJ 1978, 236
(*Handyside/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72, A-26 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM (Plenair) 6 september 1978, nr. 5029/71, A-28 (*Klass e.a./Duitsland*)
EHRM (Plenair) 26 april 1979, nr. 6538/74, NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema
(*The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk-I*)
EHRM (Plenair) 13 juni 1979, nr. 6833/74, NJ 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema
(*Marckx/België*)
EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73, NJ 1980, 376, m.nt. E.A. Alkema
(*Airey/Ierland*)
EHRM (Plenair) 13 augustus 1981, nr. 7601/76 e.a., A-44
(*Young, James and Webster/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM (Plenair) 22 oktober 1981, nr. 7525/76, A-45 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM (Plenair) 23 september 1982, nr. 7151/75; 7152/75
(*Sporrong and Lönnroth/Zweden*)
EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80 (*X en Y/Nederland*)
EHRM (Plenair) 21 februari 1986, nr. 8793/79, A-98 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*)
EHRM (Plenair) 17 oktober 1986, nr. 9532/81, NJ 1987, 945, m.nt. E.A. Alkema
(*Rees/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 24 november 1986, nr. 9063/80, A-109 (*Gillow/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM (Plenair) 18 december 1986, nr. 9697/82, NJ 1989, 97, m.nt. E.A. Alkema
(*Johnston e.a./Ierland*)
EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander/Zweden*)
EHRM (Plenair) 7 juli 1989, nr. 14038/88, NJ 1990, 158, m.nt. E.A. Alkema
(*Soering/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM (Plenair) 7 juli 1989, nr. 10454/83 (*Gaskin/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 21 februari 1990, nr. 9310/81, A-172 (*Powell en Rayner/Verenigd Koninkrijk*)

- EHRM (Plenaire) 27 september 1990, nr. 10843/84, NJ 1995, 678
(*Cossey/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM (Plenaire) 25 maart 1992, nr. 13343/87, NJ 1995, 679, m.nt. E.A. Alkema
(*B./Frankrijk*)
- EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, NJ 1993, 400, m.nt. E.J. Dommering
(*Niemietz/Duitsland*)
- EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87, 36 (*Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 22 februari 1994, nr. 16213/90, NJ 1996, 12, m.nt. E.A. Alkema
(*Burghartz/Oostenrijk*)
- EHRM 26 mei 1994, nr. 16969/90, NJ 1995, 247 (*Keegan/Ierland*)
- EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91, NJ 1995, 248, m.nt. J. de Boer
(*Kroon e.a./Nederland*)
- EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90 (*Lopez Ostra/Spanje*)
- EHRM 9 december 1994, nr. 13427/87
(*Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis/Griekenland*)
- EHRM (Grote Kamer) 27 september 1995, nr. 18984/91, A-324
(*McCann/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 20 november 1995, A-332 (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België*)
- EHRM (Grote Kamer) 25 april 1996, RJ&D ECHR 1996-II (*Gustafsson/Zweden*)
- EHRM (Grote Kamer) 25 september 1996, RJ&D ECHR 1996-IV
(*Buckley/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 22 april 1997, nr. 21830/93, NJ 1998, 235 m.nt. J. de Boer
(*X, Y en Z/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 19 februari 1998, nr. 158/1996/777/978 (*Kaya/Turkije*)
- EHRM 24 februari 1998, nr. 153/1996/772/973, NJ 1999, 691 (*Botta/Italië*)
- EHRM 25 maart 1998, RJ&D ECHR 1998-II (*Kopp/Zwitserland*)
- EHRM 9 juni 1998, RJ&D ECHR 1998-III, NJ 1999, 283 (*L.C.B./Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1998, RJ&D ECHR 1998-VIII; NJ 2000, 134
(*Osman/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 25 maart 1999, nr. 31195/96, RJ&D ECHR 1999-II
(*Nikolova/Bulgarije*)
- EHRM (Grote Kamer) 29 april 1999, RJ&D ECHR 1999-III
(*Chassagnou e.a./Frankrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1999, RJ&D ECHR 1999-VII
(*Brumărescu/Roemenie*)
- EHRM (Grote Kamer) 16 februari 2000, nr. 27798/95 (*Amann/Zwitserland*)
- EHRM (Grote Kamer) 4 mei 2000, nr. 28341/95 (*Rotaru/Roemenie*)
- EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, RJ&D ECHR 2000-XI (*Kudla/Polen*)
- EHRM 16 januari 2001, nr. 35730/97 (*Offerhaus and Offerhaus/Nederland*),
inadmissibility decision)
- EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 27238/95, AB 2002, 32, m.nt. J. Gerards
(*Chapman/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 24882/94 (*Beard/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 24876/94 (*Coster/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 25289/94 (*Lee/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, nr. 25154/94 (*Jane Smith/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 6 februari 2001, nr. 44599/98, NJ 2001, 549 (*Bensaid/Verenigd Koninkrijk*)

- EHRM 3 april 2001, nr. 27229/95 (*Keenan/Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM (Grote Kamer) 10 mei 2001, nr. 29392/95, EHRC 2001, 46, m.nt. Brems
 (*Z. e.a./Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM (Grote Kamer) 12 juli 2001, nr. 25702/94 (*K. en T./Finland*)
 EHRM (Grote Kamer) 17 januari 2002, RJ&D ECHR 2002-I; EHRC 2002, 22
 (*Calvelli en Ciglio/Italië*)
 EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99 (*Mikulić/Kroatië*)
 EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM 19 maart 2002, RJ&D ECHR 2002-II (*Sabuktekin/Turkije*)
 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, NJ 2004, 543, m.nt. E.A. Alkema
 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM 13 juni 2002, RJ&D ECHR 2002-IV (*Anguelova/Bulgarije*)
 EHRM (Grote Kamer) 10 juli 2002, RJ&D ECHR 2002-VII
 (*Gratzinger en Gratzingerova/Tsjechië*)
 EHRM (Grote Kamer) 11 juli 2002, nr. 28957/95, RJ&D ECHR 2002-VI
 (*Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM (Grote Kamer) 13 februari 2003, nr. 42326/98, NJ 2003, 587, m.nt.
 S.F.M. Wortmann (*Odièvre/Frankrijk*)
 EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97, EHRC 2003, 61, m.nt. Gerards
 (*Van Kück/Duitsland*)
 EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, nr. 36022/97 (*Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM (Grote Kamer) 9 oktober 2003, nr. 48321/99 (*Slivenko/Letland*)
 EHRM 13 januari 2004, nr. 36983/97, NJ 2005, 113, m.nt. J. de Boer (*Haas/Nederland*)
 EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2004, nr. 53924/00, NJ 2006, 52, m.nt. E.A. Alkema
 (*Vo/Frankrijk*)
 EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, nr. 48939/99, NJ 2005, 210, m.nt.
 E.A. Alkema (*Öneryildiz/Turkije*)
 EHRM 13 juli 2004, NJ 2005, 208, m.nt. J. de Boer, nr. 69498/01
 (*Pla en Puncernau/Andorra*)
 EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99 (*Bubbins/Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM 24 mei 2005, nr. 25660/94 (*Suheyla Aidin/Turkije*)
 EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*)
 EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2005, RJ&D ECHR 2005-VI (*Jahn e.a./Duitsland*)
 EHRM (Grote Kamer) 6 juli 2005, RJ&D ECHR 2005-VII; EHRC 2005, 97
 (*Nachova e.a./Bulgarije*)
 EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, EHRC 2005, 112 (*Draon/Frankrijk*)
 EHRM (Grote Kamer) 6 oktober 2005, NJ 2006, 464, m.nt. P.J. Boon
 (*Maurice/Frankrijk*)
 EHRM 6 oktober 2005, RJ&D ECHR 2005-IX (*Hirst/Verenigd Koninkrijk No. 2*)
 EHRM 6 oktober 2005, nr. 28299/95 (*Nesibe Haran/Turkije*)
 EHRM 7 maart 2006, nr. 6339/05, RvdW 2006, 466 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM (Grote Kamer) 12 april 2006, RJ&D ECHR 2006-VI
 (*Stec e.a./Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM 27 juni 2006, nr. 11562/05; EHRC 2006, 103 (*Byrzykowski/Polen*)
 EHRM 11 juli 2006, nr. 33244/02 (*Gavella/Kroatië*)
 EHRM 26 september 2006, nr. 35349/05 (*Fleri Soler en Camilleri/ Malta*)

- EHRM (Grote Kamer) 18 oktober 2006, nr. 46410/99; NJ 2007, 415, m.nt. E.A. Alkema (*Üner/Nederland*)
- EHRM 7 december 2006, nr. 29514/05, EHRC 2007, 40, m.nt. Koops (*Van der Velden/Nederland*), *admissibility decision*
- EHRM (Grote Kamer) 11 januari 2007, nr. 73049/01, NJ 2008, 534, m.nt. Ch. Gielen (*Anheuser-Busch Inc/Portugal*)
- EHRM (Grote Kamer) 10 april 2007, nr. 6339/05, NJ 2007, m.nt. J. de Boer (*Evans/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 31 mei 2007, nr. 7510/04; EHRC 2007, 85 (*Kontrova/Slowakije*)
- EHRM 10 juli 2007, nr. 2113/04 (*Schneider/Luxemburg*)
- EHRM (Grote Kamer) 4 december 2007, nr. 44362/04, NJ 2008, 363, m.nt. E.A. Alkema (*Dickson/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, nr. 43546/02, NJ 2008, 456, m.nt. E.A. Alkema (*E.B./Frankrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 29 januari 2008, nr. 13229/03, 2008, 50 m.nt. Woltjer (*Saadi/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02, NJ 2009, 229 (*Budayeva e.a./Rusland*)
- EHRM 13 mei 2008, nr. 19009/04 (*McCann/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 27 mei 2008, nr. 26565/05, NJ 2008, 585, m.nt. E.A. Alkema (*N./Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 24 juni 2008, nr. 44587/98 (*Isaak/Turkije*)
- EHRM 9 oktober 2008, nr. 68216/01 (*Albekov e.a./Rusland*);
- EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, nr. 34503/97, RJ&D ECHR 2008 (*Demir en Baykara/Turkije*).
- EHRM (Grote Kamer) 4 december 2008, nrs. 30562/04 and 30566/04, NJ 2009, 410, m.nt. E.A. Alkema (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 11 december 2008, nr. 21539/02 (*Trapeznikova/Rusland*)
- EHRM 15 januari 2009, nr. 25385/04 (*Medova/Rusland*)
- EHRM 15 januari 2009, nr. 46598; NJ 2009, 544 (*Branko Tomašić e.a./Kroatië*)
- EHRM 10 februari 2009, nr. 25198/02 (*Iordachi/Moldavië*)
- EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02; NJ 2010 345 (*Opuz/Turkije*)
- EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2009, nr. 32772/02, NJ 2010, 126, m.nt. E.A. Alkema (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz/Zwiterland-II*)
- EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00, EHRC 2009, 115, m.nt. Brems (*Zavoloka/Letland*)
- EHRM (Grote Kamer) 17 september 2009, nr. 10249/03, EHRC 2009, 123 (*Scoppola/Italië II*)
- EHRM 29 september 2009, nr. 18324/04 (*Galev e.a./Bulgarije*), *admissibility decision*
- EHRM 3 november 2009, nr. 38016/07 (*Sierpiński/Polen*)
- EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04; RvdW 2010, 738 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*)
- EHRM 23 maart 2010, nr. 4864/05; EHRC 2010, 68 (*Oyal/Turkije*)
- EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, NJ 2011, 214, m.nt. E.A. Alkema (*Depalle/Frankrijk*)
- EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34078/02 (*Brosset-Triboulet e.a./Frankrijk*)
- EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, EHRC 2010, 95 (*Schalk en Kopf/Oostenrijk*)
- EHRM 2 september 2010, nr. 17185/02 (*Fedina/Oekraïne*)
- EHRM 14 september 2010, nr. 2668/07; EHRC 2010, 137 (*Dink/Turkije*)
- EHRM (Grote Kamer) 2 november 2010, nr. 3976/05 (*Şerife Yiğit/Turkije*)

- EHRM 9 november 2010, nr. 42980/04 (*Stoyanovi/Bulgarije*)
 EHRM (Grote Kamer) 16 november 2010, nr. 24768/06, NJ 2011, 589, m.nt.
 P.C.E. van Wijmen (*Perdigão/Portugal*)
 EHRM 25 november 2010, nr. 75726/01 (*Lyubov Efimenko/Oekraïne*)
 EHRM 14 december 2010, nr. 67545/09 (*Ternovszky/Hongarije*)
 EHRM (Grote Kamer) 16 december 2010, nr. 25579/05, NJ 2011, 216, m.nt.
 E.A. Alkema (*A. B. en C./Ierland*)
 EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*)
 EHRM (Grote Kamer) 24 maart 2011, nr. 23458/02, EHRC 2011, 87
 (*Giuliani en Gaggio/Italië*)
 EHRM 26 mei 2011, nr. 27617/04 (*R.R./Polen*)
 EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 23459/03, EHRC 2011, 137, m.nt. J.P. Loof
 (*Bayatyan/Armenië*)
 EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 55721/07, EHRC 2011, 156 m.nt.
 M. den Heijer (*Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM 20 september 2011, nr. 8000/08 (*A.A./Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM (Grote Kamer) 3 november 2011, nr. 57813/00, EHRC 2012, 38, m.nt.
 B. van Beers (*S.H. e.a./Oostenrijk*)
 EHRM 8 november 2011, RJ&D ECHR 2011 (*V.C./Slowakije*)
 EHRM (Grote Kamer) 17 januari 2012, nr. 36760/06 (*Stanev/Bulgarije*)
 EHRM (Grote Kamer) 7 februari 2012, nrs. 40660/08 and 60641/08
 (*Van Hannover/Duitsland-II*).
 EHRM 14 februari 2012, nr. 9296/06 (*Shumkova/Rusland*)
 EHRM 16 februari 2012, nr. 23944/04 (*Eremiašova en Pechova/Tsjechië*)
 EHRM 13 maart 2012, nr. 2694/08 (*Reynolds/Verenigd Koninkrijk*)
 EHRM 10 april 2012, nr. 19986/06 (*Ilbeyi Kemaloglu en Meriye Kemaloglu/Turkije*)
 EHRM 29 mei 2012, nr. 42150/09 (*Bjedov/Kroatië*)
 EHRM (Grote Kamer) 7 juni 2012, nr. 38433/09
 (*Centro Europa 7 S.R.L. en Di Stefano/Italië*)
 EHRM (Grote Kamer) 26 juni 2012, nr. 9300/07 (*Herrmann/Duitsland*)
 EHRM (Grote Kamer) 26 juni 2012, nr. 26828/06 (*Kurić e.a./Slovenie*)
 EHRM 26 juni 2012, nr. 4819/10 (*Dušan Vojnović en Dragica Vojnović/Kroatië*),
admissibility decision
 EHRM (Grote Kamer) 13 juli 2012, nr. 16354/06
 (*Mouvement Raelien Suisse/Zwitserland*)

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

- ECRM 12 juli 1977, nr. 6959/75, D.R. 10, p. 100 (*Bruggeman en Scheuten/Duitsland*)
 ECRM 13 december 1979, D.R. 18, 154 (*X/Oostenrijk*), *admissibility decision*
 ECRM 13 mei 1980, nr. 8416/78, D.R. 19, p. 244 (*X/Verenigd Koninkrijk*)
 ECRM 4 oktober 1990, nr. 12633/87 (*Smith Kline en French Laboraties/Nederland*)
 ECRM 20 november 1995, nr. 19589/92
 (*British-American Tobacco Company Ltd/Nederland*)
 ECRM 2 maart 1997, nr. 21780/93 (*TV/Finland*)

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG 9 maart 1978, nr. C-106/77, NJ 1978, 656

(*Administratie van de Staatsfinanciën/Simmenthal*)

HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99, NJ 2002, 43 (*Courage/Crehan*)

HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-295/04 e.a., NJ 2007, 34, m.nt. Mok (*Manfredi*)

Nederland

HR 6 april 1883, W. 4901 (*Notaris*)

HR 29 juni 1883, W. 4927 (*Cornelissen/Reuter*).

HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*)

HR 11 december 1931, NJ 1932, p. 157, m.nt. P. Scholten

(*Aeilkema/Hooite Meursing e.a.*)

HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568 (*Tandarts*)

HR 24 februari 1960, NJ 1960, 483

HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*)

HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801, m.nt. MS (*Gemeenteraadslid*)

HR 27 januari 1984, NJ 1984, 803, m.nt. CJHB

HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928, m.nt. EEA (*Edamse bijstandsmoeder*)

HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 (*Naaktfoto*)

HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891, m.nt. EEA (*Maimonides*)

HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361, m.nt. CJHB (*De Lage Landen/De Bourbon-Parma*)

HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794, m.nt. CJHB (*Politie-inval*)

HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, m.nt. CJHB

(*Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen/Boulogne*)

HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CJHB (*Gedwongen Aidstest*)

HR 24 april 1994, NJ 1994, 608, m.nt. WH-S (*Valkenhorst*)

HR 21 oktober 1994, NJ 1996, m.nt. CJHB (*Blijf van m'n Lijf/Multi Magazines*)

HR 9 december 1994, NJ 1996, 403, m.nt. CJHB (*Zwiepende tak*)

HR 6 januari 1995, nr. 15549, NJ 1995, 422, m.nt. EJD (*Parool/Van G.*)

HR 13 juni 1997, NJ 1998, 361, m.nt. EJD (*PDA/Grubben*)

HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, m.nt. ARB (*Baby Joost*)

HR 2 maart 2001, LjN AB0377, NJ 2001, 649 (*Stichting M./P.*)

HR 18 januari 2002, NJ 2002, 168 (*Interplant/Oldenburger*)

HR 1 februari 2002, LjN AD6627, NJ 2002, 122 (*Van Straaten c.s./Brandts c.s.*)

HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*)

HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 (*TFS e.a./NS e.a.*)

HR 6 februari 2004, RvdW 2004, 31

HR 12 maart 2004, NJ 2009, 549 (*XS4ALL/Ab.Fab*)

HR 9 april 2004, NJ 2004, 308 m.nt. DA (*D./Achmea*)

HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*)

HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105, m.nt. C.J.H. Brunner (*Jetblast*)

HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391, m.nt. JBMV (*Oosterpark*)

HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*)

HR 2 september 2005, NJ 2006, 291

HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*)

HR 2 juni 2006, JAR 2006/155, m.nt. mr. dr. M.S.A. Vegter
 (*Campen/Köpcke Global Trading*)
 HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529, m.nt. C.C. van Dam (*DNB/Vie d'Or*)
 HR 10 november 2006, NJ 2008, 491, m.nt. J.B.M. Vranken
 (*Astrazeneca e.a./Menzis e.a.*)
 HR 8 december 2006, BIE 2007, 93 (*De Vries/De Boer*)
 HR 13 april 2007, JA 2007, 93, m.nt. G.E. van Maanen (*Iranese vluchteling*)
 HR 18 januari 2008, NJ 2008, 274 (*Van G./Hemelrijk*)
 HR 15 mei 2009, NJ 2009, 372, m.nt. EJD (*Vereniging tegen de kwakzalverij/Sickesz*)
 HR 9 juli 2010, JA 2011, 5 (*Vuurwerkramp Enschede*)
 HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*)
 HR 17 december 2010, NJ 2012, 155, m.nt. T. Hartlief
 (*Hoogheemraadschap Amstel/gemeente de Ronde Venen*)
 HR 24 december 2010, NJ 2011, 251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*)
 HR 1 april 2011, NJ 2011, 405, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Kremers/Van de Water*)
 HR 11 november 2011, AB 2012, 79, m.nt. S.A.J. Munneke
 HR 29 juni 2012, JA 2012, 147, m.nt. S.D. Lindenbergh

ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Van Vlodrop*)

Hof Amsterdam 5 maart 1992, KG 1992, 126
 Hof Amsterdam 6 augustus 1998, VR 1998, 183
 Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, NJ 2003, 249 (*Baby Kelly*)
 Hof Amsterdam 12 augustus 2004, JA 2004, 7 (*NS/Baardman*)
 Hof Arnhem 27 juni 2006, JA 2006, 119 (*Allianz/X*)
 Hof Amsterdam 10 augustus 2006, NJF 2006, 573
 Hof Amsterdam 7 oktober 2008, NJF 2008, 456
 Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, LJV BL7588
 Hof Amsterdam 21 mei 2010, NJF 2010, 308
 Hof 's-Hertogenbosch 28 september 2010, LJV BX6555

Ktg. Assen 26 november 1984, gekend uit: Arr. Rb. Assen 25 maart 1986, NJ 1987, 15
 (*Maris/Stichting Woningbeheer Assen*)
 Arr. Rb. Assen 25 maart 1986, NJ 1987, 15 (*Maris/Stichting Woningbeheer Assen*)
 President Rb. Amsterdam 8 februari 1990, KG 1990, 89
 Rb. Amsterdam 11 juli 1991, KG 1991, 242
 President Rb. Assen 22 februari 2000, KG 2000, 78
 Rb. 5 december 2001, NJK 2002, 5
 Rb. Groningen 22 januari 2003, NJ 2003, 169
 Rb. Haarlem (voorzieningenrechter) 21 maart 2003, AB 2003, 234, m.nt. Vermeulen
 (*Kledingverbod op bijzondere school*)
 Rb. Arnhem 25 februari 2005, NJF 2005, 155
 Rb. Utrecht (voorzieningenrechter) 22 september 2005, NJF 2005, 421
 Rb. Amsterdam (voorzieningenrechter) 9 maart 2006, NJF 2006, 251
 Rb. Maastricht 3 mei 2006, NJF 2006, 326
 Rb. 's-Gravenhage 17 januari 2007, JA 2007, 119
 Rb. Dordrecht 15 augustus 2007, LJV BB3957

Rb. Assen 25 juni 2008, NJF 2008, 339
Rb. Groningen (voorzieningenrechter) 7 november 2008, NJF 2008, 516
Rb. Alkmaar 25 juni 2009, NJF 2009, 467
Rb. Groningen 22 juli 2009, Prg. 2009, 143
Rb. Amsterdam (voorzieningenrechter) 28 augustus 2009, NJF 2009, 398
Rb. Zutphen 28 oktober 2009, LJN BK4464
Rb. Dordrecht (voorzieningenrechter) 18 februari 2010, NJF 2010, 119
Rb. Breda 3 januari 2011, JA 2011, 27

Duitsland

Bundesverfassungsgericht 17 januari 1952, BVerfGE 6, 55
Bundesverfassungsgericht 15 januari 1958, BVerfGE 7, 198 (*Lüth*)
Bundesverfassungsgericht 14 januari 1960, NJW 1960, 1243
Bundesverfassungsgericht 14 december 1965, BVerfGE 19, 206
Bundesverfassungsgericht 22 november 1967, NJW 1968, 99
Bundesverfassungsgericht 14 februari 1973, NJW 1973, 1221 (*Sorayabeschuß II*)
Bundesverfassungsgericht 5 juni 1973, BVerfGE 35, 202 (*Lebach*)
Bundesverfassungsgericht 11 oktober 1978, NJW 1979, 305
Bundesverfassungsgericht 17 mei 1983, NJW 1983, 2762
Bundesverfassungsgericht 26 maart 1987, BVerfGE 74, 358
Bundesverfassungsgericht 17 januari 1989, BVerfGE 79, 311
Bundesverfassungsgericht 29 mei 1990, BVerfGE 82, 106
Bundesverfassungsgericht 14 november 1990, BVerfGE 83, 119
Bundesverfassungsgericht 21 december 1997, NJW 1998, 1699
Bundesverfassungsgericht 6 oktober 2004, NJW 2005, 1567
Bundesverfassungsgericht 14 oktober 2004, BVerfGE 111, 307
Bundesverfassungsgericht 27 september 2005, 2 BvL 11/02 u.a.
Bundesverfassungsgericht 4 mei 2011, NJW 2011, 1931

Bundesgerichtshof 20 december 1952, BGHZ 8, 243
Bundesgerichtshof 25 mei 1954, BGHZ 13, 334 (*Schacht*)
Bundesgerichtshof 14 februari 1958, NJW 1958, 827 (*Herrenreiter*)
Bundesgerichtshof 19 september 1961, NJW 1961, 2059 (*Ginseng*)
Bundesgerichtshof 5 maart 1963, GRUR 1963, 490 (*Fernsehansagerin*)
Bundesgerichtshof 15 november 1994, NJW 1995, 861 (*Caroline von Monaco*)
Bundesgerichtshof 4 november 1997, NJW 1998, 377
Bundesgerichtshof 6 oktober 2009, NJW 2010, 1454
Bundesgerichtshof 24 maart 2011, NZI 2011, 341
Bundesgerichtshof 20 maart 2012, NJW 2012, 1728

Engeland

House of Lords 13 februari 1900, *The Mediana* [1900] AC 113
House of Lords 26 mei 1932, *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100
House of Lords 21 januari 1964, *Rookes v Barnard and Others* [1964] AC 1129
House of Lords 6 mei 1970, *Home Office v Dorset Yacht Co Ltd* [1970] UKHL 2

- House of Lords* 12 mei 1977, *Anns v Merton London Borough Council* [1977] UKHL 4
House of Lords 28 april 1987, *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1987] UKHL 12
House of Lords 8 februari 1990, *Caparo Industries plc v Dickman & Ors* [1990] UKHL 2
House of Lords 28 november 1991, *Alcock and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others* [1992] 1 AC 310
House of Lords 3 december 1998, *White and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others* [1998] UKHL 45
House of Lords 25 november 1999, *Macfarlane and Another v Tayside Health Board* [1999] 3 WLR 1301
House of Lords 24 oktober 2002, *Grobbelaar v News Group Newspapers Ltd* [2002] UKHL 40
House of Lords 16 oktober 2003, *Wainwright v Home Office* [2003] UKHL 53
House of Lords 11 december 2003, *Attorney General's Reference No 2 of 2001* [2003] UKHL 68
House of Lords 6 mei 2004, *Campbell v MGN Limited* [2004] UKHL 22
House of Lords 17 juni 2004, *R (Ullah) v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 26
House of Lords 21 juni 2004, *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] 3 WLR 113
House of Lords 14 oktober 2004, *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41
House of Lords 14 oktober 2004, *Sheldrake v Director of Public Prosecutions* [2004] UKHL 43
House of Lords 14 oktober 2004, *Cream Holdings v Banerjee* [2004] UKHL 44
House of Lords 16 februari 2005, *Greenfield v Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL14
House of Lords 5 mei 2005, *N v Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 AC 296
House of Lords 22 maart 2006, *R (SB) v Denbigh High School* [2007] 1 AC 100
House of Lords 23 april 2008, *Ashley & Anor v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 25
House of Lords 30 juli 2008, *Chief Constable of the Hertfordshire Police v Van Colle; Smith v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 50
- Supreme Court* 23 maart 2011, *Lumba (WL) v Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 12
Supreme Court 6 oktober 2011, *Ambrose v Harris* [2011] UKSC 43
Supreme Court 8 februari 2012, *Rabone v Pennine Care NHS Foundation* [2012] UKSC 2
- Court of Appeal (England and Wales)* 7 oktober 1992, *Osman v Ferguson* [1992] EWCA Civ 8
Court of Appeal (England and Wales) 23 februari en 16 maart 1993, *Kaye v Robertson* [1991] FSR 62
Court of Appeal (England and Wales) 14 maart 1997, *Capital & Counties Plc v Hampshire County Council* [1997] EWCA Civ 3091
Court of Appeal (England and Wales) 21 december 2000, *Douglas v Hello! Ltd (No. 1)* [2001] QB 967

Court of Appeal (England and Wales) 16 oktober 2003, *Anufrijeva v London Borough of Southwark* [2003] EWCA Civ 1406

Court of Appeal (England and Wales) 5 november 2004, *Greene v Associated Press* [2004] EWCA Civ 1462

Court of Appeal (England and Wales) 24 april 2007, *Van Colle v Chief Constable of the Hertfordshire Police* [2007] EWCA Civ 325

High Court of Justice Chancery Division 1 juli 1968, *Coco v A.N. Clark (Engineers) Limited* [1968] FSR 415

Frankrijk

Conseil constitutionnel 19 juni 1970, *Décision* n° 70-39 DC, JO 21 juni 1970, p. 5806

Conseil constitutionnel 16 juli 1971, *Décision* n° 71-44 DC JO 18 juli 1971, p. 7114

Conseil constitutionnel 27 december 1973, *Décision* n° 73-51 DC, JO 28 december 1973, p. 14004

Conseil constitutionnel 15 januari 1975, *Décision* n° 74-54 DC, JO 16 januari 1975, p. 671

Conseil constitutionnel 20 januari 1981, *Décision* n° 80-127 DC, JO 22 januari 1981, p. 308

Conseil constitutionnel 16 januari 1982, *Décision* n° 81-132 DC, JO 17 januari 1982, p. 299

Conseil constitutionnel 22 oktober 1982, *Décision* n° 82-144 DC, JO 23 oktober 1982, p. 3210

Conseil constitutionnel 17 januari 1989, *Décision* 88-248 DC, JO 18 januari 1989, p. 754

Conseil constitutionnel 7 november 1989, *Décision* n° 89-262 DC, JO 11 november 1989, p. 14099

Conseil constitutionnel 13 augustus 1993, *Décision* n° 93-325 DC, JO 18 augustus 1993, p. 11722

Conseil constitutionnel 5 mei 1998, *Décision* n° 98-399, JO 12 mei 1998, p. 7092

Conseil constitutionnel 19 december 2000, *Décision* 2000-437 DC, JO 24 december 2000, p. 20576

Conseil constitutionnel 22 juli 2005, *Décision* 2005-522 DC, JO 27 juli 2005, p. 12225

Conseil constitutionnel 19 juni 2008, *Décision* 2008-564 DC, JO 26 juni 2008, p. 10228

Conseil constitutionnel 9 november 2009, *Décision* n° 99-419 DC, JO 16 november 1999, p. 16962

Conseil constitutionnel 3 december 2009, *Décision* n° 2009-595 DC, JO 11 december 2009, p. 21381

Conseil constitutionnel 11 juni 2010, *Décision* n° 2010-2 QPC, JO 12 juni 2010, p. 10847

Conseil constitutionnel 9 augustus 2012, *Décision* n° 2012-653 DC, JO 11 augustus 2012, p. 13283

Conseil d'Etat 21 december 1990 Confédération nationale des associations familiales et catholique Confédération nationale des associations familiales et catholique Confédération nationale des associations familiales et catholiques Confédération nationale des associations familiales et catholiques (*Confédération nationale des associations familiales catholiques*)
Conseil d'Etat 30 oktober 1998, 200286 200287 (Sarran)

Cour de cassation 3 juni 1975, N° de pourvoi 75-90687
Cour de cassation 5 november 1996, Bull. Civ. I, n° 378, JCP, 1997, II 22805
Cour de cassation 2 juni 2000, N° de pourvoi 99-60274 (Fraisie)
Cour de cassation 17 november 2000, N° de pourvoi 99-13701
Cour de cassation 20 januari 2009, N° de pourvoi 07-15882

Zuid-Afrika

Constitutional Court (Zuid-Afrika) 5 april 1995, *S v Zuma and Others* (CCT5/94) [1995] ZACC 1
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 6 juni 1995, *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 15 mei 1996, *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* (CCT8/95) [1996] ZACC 10
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 6 september 1996, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996* (CCT 23/96) [1996] ZACC 26
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 6 september 1996, *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (First Certification judgment)* 1996 (4) SA 744 (CC)
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 6 juni 1995, *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 5 juni 1997, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] ZACC 6
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 27 november 1997, *Soobramoney v Minister of Health* (Kwazulu-Natal) (CCT32/97) [1997] ZACC 17
Constitutional Court (Zuid-Afrika), 17 februari 1998, *City Council of Pretoria v Walker* [1998] ZACC 1
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 9 oktober 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* (CCT11/98) [1998] ZACC 15
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 26 mei 1999, *South African National Defence Union v Minister of Defence* (CCT27/98) [1999] ZACC 7
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 7 juni 2000, *Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others*, [2000] ZACC 8
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 28 september 2000, *Hoffmann v South African Airways* [2000] ZACC 17
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 4 oktober 2000, *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19
Constitutional Court (Zuid-Afrika) 16 augustus 2001, *Carmichele v Minister of Safety and Security e.a.* (2001) AHRLR 208 (SACC 2001)

- Constitutional Court (Zuid-Afrika)* 21 februari 2002, *Belporto School Governing Body and others v The Premier of the Western Cape Province and Another* [2002] ZACC 2
- Constitutional Court (Zuid-Afrika)* 29 mei 2008, *S v Shaik and Others* (CCT 86/07) [2008] ZACC 7
- Constitutional Court (Zuid-Afrika)* 11 april 2011, *Governing Body of the Juma Masjid Primary School and Others v Essay N.O. and Others*, [2011] ZACC 13
- Constitutional Court (Zuid-Afrika)* 11 januari 2012, *C and Others v Department of Health and Social Development, Gauteng and Others* (CCT 55/11) [2012] ZACC 1
- Constitutional Court (Zuid-Afrika)* 13 juni 2012, *South African Transport and Allied Workers Union and Another v Garvas and Others* (CCT 112/11) [2012] ZACC 13
- Supreme Court of Appeal (Zuid-Afrika)* 25 september 1990, *S v Ramba* (586/89) [1990] ZASCA 102;
- Supreme Court of Appeal (Zuid-Afrika)* 25 november 1991, *S v Bosman* (336/91) [1991] ZASCA 159.
- Supreme Court of Appeal (Zuid-Afrika)* 24 november 1992, *S v Mbotshwa* (358/91) [1992] ZASCA 205
- Supreme Court of Appeal (Zuid-Afrika)* 27 november 1992, *S v Ngcobo* (69/92) [1992] ZASCA 230
- Supreme Court of Appeal (Zuid-Afrika)* 27 september 2002, *Van Eeden v Minister of Safety and Security* 2003 1 SA 389 (SCA)
- Supreme Court of Appeal (Zuid-Afrika)* 30 mei 2007, *Tswelopele Non-Profit Organisation and Others v City of Tshwane Metropolitan Municipality* [2007] ZASCA 70
- High Court (Zuid-Afrika)* 5 april 2005, *Dendy v University of the Witwatersrand and Others* [2005] ZAGPHC 39

TREFWOORDENREGISTER

A

Abstrakte Normenkontrolle 223-4
apartheid 173, 200-2, 210-11, 234
appreciatiemarge 112, 114-16, 122-4, 151, 160, 167
appropriate relief 133, 205, 291-5, 298

B

belangen, onstoffelijke 86-7, 325
belangenafweging 24, 28, 79, 113, 250, 261, 302, 329-30, 348-50
beschadiging 76, 85-6, 267
beschermenswaardige belangen, explicitering van 221, 235-41, 243
beschermingsniveau 214, 216-17, 220
billijke genoegdoening 92, 164-6, 281-2, 342
bipolariteit 63-4, 68
Boesjes 9, 19-20, 33-4, 40

C

confidence, tort of breach of 194, 248-52, 321
constitutionele toetsing 186, 221-6, 228-30, 232-5, 306, 321
Convention rights 192-6, 225-7, 248, 253, 270-1, 279-80
correspondentie 107, 111, 137, 148-9

D

damages
 constitutional 292, 294
 vindictory 253-4
DCFR (Draft Common Frame of Reference) 169-70, 213, 238-9, 253, 328
delict, law of (Zuid-Afrika) 203, 292, 294, 296
Deliktsrecht (Duitsland) 171, 237, 258, 266, 328
discriminatie 8, 20, 30, 115, 147, 189

E

effectief rechtsmiddel 7, 133, 255-6
eigendom 1, 5, 8, 37, 40, 73, 106-8, 151-7, 159-62, 202, 236-8, 269-70, 318, 322, 328-9
 artikel 1 Eerste Protocol EVRM 5, 8, 102, 106-7, 109-11, 120, 126, 151-7, 159-62, 307
Erfolgsunrecht 259
Ethica Nicomachea 53-4, 56, 64
excuses 96-9, 297, 346

F

familie- en gezinsleven 3, 5, 8, 102, 106-7, 111, 114, 137, 144, 147-51, 307, 315, 329, 339, 351
 artikel 8 EVRM 2-3, 5, 8, 23, 26, 28, 31, 33, 106-8, 110-11, 126-8, 137-43, 145-51, 250, 350-1
faute 110, 244, 246-7, 300-1
fundamentele rechten
 absolute 108, 111, 113, 204, 314
 beschermingsbereik van 42, 105
 botsing van 21-2, 182, 349
 doorwerking van 5, 9, 11-12, 21-2, 25, 27, 35, 39, 305
 handhaving van 48, 312
 horizontale werking van 9, 16-18, 21, 26, 28-9, 32, 34-6, 38-9, 41, 45, 309, 329
 niet-notstandsfeste 108, 137, 152
 notstandsfeste 108-9, 126
 relatieve 108, 111
 sociaaleconomische 18, 20, 38-9, 207-8
 status van 49, 331
 verankering van 16-17
fundamentele rechtsschending 286, 288-90, 307, 318-19, 322-3, 325-6, 328-30, 332-48, 350-2

G

gebod, rechterlijk 240, 291, 295, 297-8, 311, 330, 340-1, 348, 350
gedragsnormen 73, 79-80, 340-1
gelijkheidsbeginsel 46, 231, 256-7
genoegdoening, adequate 291, 293, 303
gezichtspunten 23-4, 69, 87, 131, 150, 167, 242, 261, 268
grondbeginselen 10-13, 52, 54, 56-63, 80, 93, 101-2, 105, 290, 310-11, 313-14, 323, 337-8
grondslag
 huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 52
 recht onder het EVRM 102, 335
Grondwet 2, 4, 6-7, 14, 18, 20-1, 25, 28-33, 40, 42, 90, 348-51
Grundrechte 46, 176-9, 181, 212, 260, 264, 266

H

huiselijk geweld 131, 167, 211
 hulpnorm 13, 113-16, 123, 150, 167
Human Rights Act 1998 171, 190-9, 212, 225-8, 248-52, 270-1, 279-90, 298-9

I

immuniteit 278-9
 internationaal recht 114, 117, 122-4, 152, 185-6, 205, 210
 interpretatie EVRM (zie: uitlegmethoden constitutie)
 autonome 112, 117-18, 148, 152, 181
 evolutieve 117, 122, 124, 167
 kern van het recht 119
 praktische en effectieve rechten 119, 167
 IVBPR (Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten) 6, 191
 IVRK (Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind) 6, 31

K

Konkrete Normenkontrolle 223

L

leefomgeving 138, 141-3, 207, 337
 Leer Smits 71, 75
 leven 5, 8, 97, 102, 106, 108-9, 111, 114, 125-37, 144, 149, 162, 307-8, 318, 328-9
 artikel 2 EVRM 5, 8, 102, 106, 109, 120, 125-30, 133, 135-6, 143, 150-1, 162, 278, 287-8, 307
 lichamelijke integriteit 2, 21, 76, 91, 97, 138-9, 315, 328, 337, 339, 348-50

M

maatschappelijke onzorgvuldigheid (zie: zorgvuldigheidsnorm) 73-5, 77, 80
 menselijke waardigheid 8, 29, 37, 101-2, 105, 181, 204-7, 212, 231, 269-70, 296, 313-14, 331, 335-8, 350-2
 Molengraaff 70, 75, 77-8

N

nadeel (zie: schade)
 feitelijk 55, 57, 85-7, 93, 98, 341-3
 normatief 57, 85-7, 98
negligence, tort of 271-5, 278-80, 287, 289-90
 normadressaat 26, 38, 43, 65, 106-7, 125, 215
 normbepaling 112, 114-15
 normtoepassing 112, 114-15

O

ongeborene 126-7
open normen 15, 21, 35, 38-9, 41, 43, 46-7, 78-9, 95, 309, 318, 332
openbare gezagsdragers 128-30
overheidsaansprakelijkheid 26, 62, 65-8, 221, 270-1, 279, 281, 286-90

P

persoonlijke levenssfeer 4, 23, 28, 81, 91, 348
persoonlijkheidsrecht, algemeen 91, 240, 242, 261-7, 328
persoonlijkheidsrechten 4, 29, 46, 76, 90-2, 243, 245, 261, 263, 265, 267-70, 305, 315, 318, 320-2
persoonsaantasting 90, 92, 320, 351
PETL (Principles of European Tort Law) 169-70, 213
portretrecht 244-5, 261, 300-1
positieve verplichtingen 6-7, 29, 105, 113, 115, 128-30, 149, 151, 161, 208-9, 216, 287
préjudice 231, 300-2
privacy 24, 28-9, 32, 141, 194-5, 200, 207, 244, 247-8, 250-1, 292, 327
privacy tort 248, 251
privéleven 5, 8, 22, 28, 106-7, 111, 114, 137-40, 142-51, 215, 236-7, 243-8, 269-70, 300-1, 327-9
artikel 8 EVRM 2-3, 5, 8, 23, 26, 28, 31, 33, 106-8, 110-11, 126-8, 137-43, 145-51, 250, 350-1
proportionaliteit 113, 116
proximity 272-4, 277

R

Raad van Europa 6, 103-4, 106, 123, 141, 151, 163
Rechtfertigungsgründe 260
rechtsgoed 72-3, 171, 182, 216, 237-8, 258-60, 262, 266, 269, 318, 322, 328
rechtshandhaving 73, 87, 92, 95, 97-8, 303-4, 315-16, 320, 322-3, 326, 332, 343-4, 346
rechtsinbreuk 37, 48, 70-6, 87, 90, 310, 317-18, 334
rechtsplicht 77-8, 98, 340, 346
rechtsvinding 329
rechtsvorming 47, 228, 233
Rechtswidrigkeit 259-62, 266
rechtszekerheid 44, 49, 122, 124, 233-4, 331
rechtvaardigingsgrond 28, 71, 74-5, 80, 128, 253, 260, 323, 336-9, 341, 350, 352
rechtzetting 325, 333-4, 339-40, 342, 344, 350
rectificatie 96-7, 99, 262, 346
relativiteit 56, 61, 82-4, 312, 314

remedies

- constitutionele 296-7
- effectieve 36-7, 133, 257
- schendingsanctionerende 340-1
- schendingvoorkomende 333-4, 340

S

- schade (zie: nadeel) 25-7, 56-73, 76-90, 93-4, 98-9, 155-8, 166, 218-21, 244-6, 255-7, 267-8, 270-7, 311-14, 318-20, 343-4
 - immateriële (zie: persoonsaantasting) 2-4, 86, 90, 92, 133-7, 166, 219, 312
 - letsel 83, 162, 247
 - materiële 2, 4, 32, 312
 - morele 136, 245, 301
 - psychische 58
 - sleutelbegrip 312
 - vermogens- 63, 85, 90, 92, 219, 319
- schadebegrip 57, 85, 219
- schadevoorkomingsplicht 51, 61, 63, 80
- sleutelthema's 10-12, 14, 51, 101, 310-11
- smartengeld 87, 92, 267
- sonstiges Recht* 261-2
- subjectief recht 66, 71-4, 76-7, 80, 97, 106, 109, 239-43, 247, 300, 302, 317, 332, 334, 337
- subsidiariteit 115-16, 163-4, 268

T

- Tatbestand* 258, 260-2
- toerekening 48, 56, 61, 67, 82-3, 314
- tort law* (Engeland en Wales) 46, 54-5, 58, 171, 197, 200, 212, 248-54, 258, 270-4, 278, 281-90, 321
- torts actionable per se* 253
- travaux préparatoires ECHR* 104, 106

U

- Ubuntu* 205-7, 212
- uitlegmethoden constitutie (zie: interpretatie EVRM) 182, 209-10, 327
- Ullah-beginsel 196, 252
- UVRM (Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens) 18, 191

V

- verbod, rechterlijk 63, 95, 291, 297-8, 340-1
- vereffenende rechtvaardigheid 52-8, 60, 63, 93, 313
- vermogensbestanddelen 153-4
- vermogensrechten, absolute 76
- vrijheid van meningsuiting 8, 23-4, 32, 81, 91, 98, 165, 178, 210, 240, 261

W

Wet bescherming persoonsgegevens 28, 32

woning 2-4, 91, 107, 111, 137, 142, 148, 154-5, 158-9, 351

WVV (Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht) 116-17, 175

Z

zelfbeschikking 29, 87, 127, 138, 143-4, 328, 337

zelfbeschikkingsrecht 91-2

zelfdoding 127-8, 143-4, 286-7

zorgvuldigheidsnorm (zie: maatschappelijke onzorgvuldigheid) 68, 77, 79, 349

CURRICULUM VITAE

Jessy Emaus is op 5 mei 1985 geboren te Enschede. Zij heeft zowel haar bachelor (Rechtsgeleerdheid, 2004-2006) als haar master (Legal Research, 2006-2008) aan de Universiteit Utrecht afgerond. Aan het einde van het bachelorprogramma raakte zij in de ban van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en schreef zij haar afstudeerwerk over het Wetsvoorstel Affectieschade. De master Legal Research sloot zij af met een scriptie over proportionele werkgeversaansprakelijkheid. In het kader van de master Legal Research heeft Jessy Emaus verder onderzoek verricht op het gebied van de limieten in het vervoersrecht in het licht van het EVRM en op het gebied van publieke contracten. Naast haar studie heeft Emaus het recht in de praktijk gebracht als vrijwilliger bij Stichting Acta Rechtshulp. Zij deed dat bovendien als student-stagiaire bij Houthoff Buruma en gedurende twee jaar als student-assistent staatsrecht bij de vakgroep Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht.

Jessy Emaus is tegenwoordig als junior docent-onderzoeker werkzaam bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht. Zij is verbonden aan de Ius Commune Onderzoekschool. Jessy Emaus is voorts als redactiesecretaris verbonden aan het tijdschrift *Contracteren* en als redactielid aan het tijdschrift *Letsel & Schade*. Emaus trad in 2010 op als pre-essayist voor de Jonge NJV tijdens het eerste Jonge NJV Seminar, is als buitengriffier werkzaam geweest voor het Gerechtshof Arnhem en heeft als lid deelgenomen in de promovendiraad van de faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie van de Universiteit Utrecht en PrOUt, het Promovendi Overleg Utrecht.

