Constitutionele interpretatie : een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid

Citation for published version (APA):

Janssen, H. L. (2003). *Constitutionele interpretatie : een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Sdu Uitgevers. <https://doi.org/10.26481/dis.20030207hj>

Document status and date:

Published: 01/01/2003

DOI:

[10.26481/dis.20030207hj](https://doi.org/10.26481/dis.20030207hj)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 26 Apr. 2023

Constitutionele interpretatie

Constitutionele interpretatie

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de
reikwijdte van het recht op persoonlijkheid

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus, Prof.dr. A.C. Nieuwenhuijzen Kruseman,
volgens het besluit van het College van Decanen, in het openbaar te verdedigen op
vrijdag 7 februari 2003 om 14.00 uur

door

HELEEN LOUISE JANSSEN

Promotor:

Prof.mr. A.W. Heringa

Beoordelingscommissie:

Prof.mr. L.F.M. Verhey (voorzitter)

Prof.mr. C. Flinterman (Universiteit Utrecht)

Dr. J.G.C. Schokkenbroek (Council of Europe)

Prof.mr. F.A.M. Stroink

Prof.dr. B.E.F.M. de Witte

© 2003 Sdu Uitgevers BV, Den Haag

Omslagontwerp: Villa Y, Den Haag

Van deze studie is een handelsuitgave verschenen bij Sdu Uitgevers BV onder
ISBN: 90 5409 366 8

Inhoud

Hoofdstuk 1

Algemene inleiding

1.1	Vaststelling van de reikwijdte van grondrechten	1
1.1.1	De wetsanalogie	6
1.1.2	De rechtsanalogie	7
1.1.3	Het constitutionele spanningsveld	9
1.2	Vraagstelling	11
1.2.1	Rechtsvinding in het licht van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever	11
1.2.2	Consistentie van rechtspraak en coherentie van rechtsnormen	13
1.2.3	Vraagstelling	14
1.3	Plan van aanpak	14
1.4	Afbakening	15

Hoofdstuk 2

Structuur en reikwijdte van het recht op persoonlijkheid

2.1	Definitie van het recht op persoonlijkheid	17
2.1.1	Inleiding: op zoek naar een werkdefinitie	18
2.1.2	Geen sluitende definitie	19
2.1.3	Elementen van het recht op persoonlijkheid	21
2.1.4	Het recht op persoonlijkheid is een amorf concept	24
2.1.5	Omschrijving van een werkdefinitie van het recht op persoonlijkheid	25
2.2	Het constitutioneelrechtelijke begrippenkader	26
2.2.1	Inleiding	26
2.2.2	Constitutie	27
2.2.3	Grondwet	28
2.2.4	Grondrechten	29
2.3	Verenigde Staten: de Constitutie en de Amendementen	31
2.3.1	Het Vierde en het Vijfde Amendement	33
2.3.2	Het Negende Amendement	35
2.3.3	Het Veertiende Amendement: 'due process' en 'liberty'	36
2.3.4	'Privacy' in de rechtspraak	40
2.4	Duitsland: het Grundgesetz	41
2.4.1	Art. 79 lid 3 Grundgesetz: de Eeuwigheidsclausule	42
2.4.2	Art. 1 lid 1 Grundgesetz: menselijke waardigheid	44
2.4.3	Art. 2 lid 1 Grundgesetz: vrije ontplooiing van de persoonlijkheid	45
2.4.4	Het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht'	47
2.4.5	Privaatrechtelijke notie van het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht'	50
2.5	Europese Unie: het Verdrag van de Europese Unie	51
2.5.1	Het EU-Verdrag: grondwet en grondrechten	51

INHOUD

2.5.2	Het EU-Handvest van fundamentele rechten	55
2.5.3	Het Gemeenschapsrecht en het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens	56
2.6	Raad van Europa: het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens	57
2.6.1	Het EVRM: grondwet en grondrechten	57
2.6.2	Art. 8 EVRM: het recht op 'privé-leven'	58
2.6.3	Derdenwerking van Art. 8 EVRM	61
2.7	Nederland: de Grondwet	61
2.7.1	Art. 10 Grondwet: eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer	62
2.7.2	Art. 11 Grondwet: het recht op lichamelijke onschendbaarheid	63
2.7.3	Art. 8 EVRM: het recht op eerbiediging van 'privé-leven'	64
2.7.4	Het 'algemene persoonlijkheidsrecht'	64
2.7.5	Privaatrechtelijk begrip van het 'recht op persoonlijkheid'	65
2.8	Slot	66

Hoofdstuk 3

Constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever

Werkwijze van de rechter in de ontvankelijkheidsfase en de toetsingsfase

3.1	Inleiding	69
3.1.1	De constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever	69
3.1.2	De rechterlijke taakopvatting	70
3.2	De werkwijze van het Amerikaanse Hooggerechtshof	72
3.2.1	Federale rechtsmacht van het Hof	72
3.2.2	De rechtsgang naar het Hof: het certiorari-systeem	75
3.2.3	Overige ontvankelijkheidscriteria	76
3.2.4	De rechterlijke taakopvatting van het Hof	78
3.2.5	De uitspraak	82
3.2.6	Checks van de wetgever op de rechtsmacht van het Hof	84
3.3	De werkwijze van het Duitse Federale Constitutionele Hof	87
3.3.1	Federale rechtsmacht van het Hof	87
3.3.2	Ontvankelijkheidscriteria	91
3.3.3	De uitspraak	92
3.3.4	Checks van de wetgever op de rechtsmacht van het Hof	96
3.3.5	Rechterlijke taakopvatting van het Hof	98
3.4	De werkwijze van het Europese Hof van Justitie van de EG	102
3.4.1	Internationale rechtsmacht met federale trekken	102
3.4.2	Ontvankelijkheidscriteria	105
3.4.3	De uitspraak	110
3.4.4	Checks van de wetgever op de rechtsmacht van het Hof	112
3.4.5	Rechterlijke taakopvatting van het Hof	113
3.5	De werkwijze van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens	115
3.5.1	Rechtsmacht van het Hof	115
3.5.2	Ontvankelijkheidscriteria	116
3.5.3	De uitspraak	117

3.5.4	Checks van de verdragswetgever op de rechtsmacht van het Hof	119
3.5.5	Rechterlijke taakopvatting van het Hof	120
3.6	De werkwijze van de Hoge Raad	123
3.6.1	Rechtsmacht van de Hoge Raad	123
3.6.2	Ontvankelijkheidscriteria	126
3.6.3	De uitspraak	127
3.6.4	Checks van de wetgever op de rechtsmacht van de Hoge Raad	129
3.6.5	Rechterlijke taakopvatting van de Hoge Raad	130
3.7	Conclusies en slot	132
3.7.1	Inleiding	132
3.7.2	Rechterlijk mandaat en ontvankelijkheid	133
3.7.3	Ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden en constitutionele verhouding	134
3.7.4	Uitspraakbevoegdheden in het licht van de rechterlijke taakopvatting	135
3.7.5	Verticale begrenzingen van rechterlijke bevoegdheden	136
3.7.6	Wijziging van de grondwet of het verdrag	136
3.7.7	Benoeming en samenstelling van de rechterlijke instanties	137
3.7.8	Beperking van de rechtsmacht van de rechter	138
3.7.9	Slot: de rechterlijke taakopvatting	138

Hoofdstuk 4

Constitutionele interpretatie

Deel A

Rechtsvindingsmethoden bij de uitleg van grondwet en verdrag

4.1	Inleiding	141
4.1.1	Opzet	143
4.1.2	Rechtsvindingsfase, ontvankelijkheidsfase en toetsingsfase	144
4.2	De noodzaak van constitutionele rechtsvinding	145
4.2.1	'Constitutionele' rechtsvinding	145
4.2.2	Leemte of open textuur van de normen gelieerd aan het recht op persoonlijkheid	146
4.2.3	'Moeilijke gevallen'	151
4.2.4	Het forum: wie moet worden overtuigd van de rechtsvinding?	153
4.3	Het interpretatiedebat in de verschillende rechtsstelsels	157
4.3.1	Verenigde Staten	157
4.3.2	Duitsland	164
4.3.3	Europese Gemeenschappen	172
4.3.4	Raad van Europa	181
4.3.5	Nederland	190
4.3.6	Slot: het interpretatiedebat in de stelsels vergeleken	194
4.4	De analogie	200
4.4.1	De analoge redeneerwijze	200
4.4.2	Inductie in de analoge redenering	203

INHOUD

4.4.3	Wetsanalogie: een voorbeeld uit de jurisprudentie	204
4.4.4	Rechtsanalogie: een voorbeeld uit de jurisprudentie	205
4.5	Enkele kanttekeningen bij de analoge redenering	207
4.5.1	Algemene opmerkingen naar aanleiding van de gegeven voorbeelden	207
4.5.2	Analogie ter invulling van systematische, teleologische en dynamisch-evolutieve uitleg	207
4.5.3	Bedenkingen tegen de analoge redeneerwijze	209

Deel B

Grondslagen van de normen in de wetsanalogie en de rechtsanalogie

4.6	Het rechtskarakter van de in de analogie betrokken normen	216
4.6.1	Inleiding	216
4.6.2	Rechtsnormen	217
4.6.3	Rechtskarakter van het recht op persoonlijkheid	223
4.7	Gezag en gelding van rechtsnormen	224
4.7.1	Inleiding	224
4.7.2	Gelding van rechtsnormen: de grens van het recht	226
4.7.3	Hart en Dworkin: vaststelling van geldigheid van rechtsnormen door de rechter	230
4.7.4	Legitimatie van rechtsnormen in de rechtspraak: precedentwerking	232
4.8	Slot	239
4.8.1	Inleiding	239
4.8.2	De juridische status van het rechtsbeginsel en van de norm van hoger recht	241
4.8.3	De juridische status van het resultaat van de extensieve interpretatie en van het nieuw gepositieerde recht	241
4.8.4	Constitutioneelrechtelijke bezwaren tegen de analogie in de rechtsvinding	242

Hoofdstuk 5

Analoge rechtsvinding in de jurisprudentie van het Amerikaanse Hooggerechtshof

5.1	Inleiding	245
5.2	Rechtsontwikkeling door het Amerikaanse Hooggerechtshof	247
5.3	Ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid met analoge redeneringen	251
5.3.1	Inleiding	251
5.3.2	Toegang tot het gebruik van voorbehoedsmiddelen	251
5.3.3	Het recht op abortus	258
5.3.4	Vrije keuze van huwelijkspartner	262
5.3.5	Het recht familiebetrekkingen te vestigen en te onderhouden	265
5.3.6	Seksuele voorkeur	270
5.3.7	Hulp bij zelfdoding	273

5.4	Bevindingen	275
5.4.1	Inleiding	275
5.4.2	Ontwikkeling van de grondslag voor de normen van hoger recht	276
5.4.3	Het recht op persoonlijkheid: bevindingen in interpretatie en reikwijdte	277
5.4.4	De analoge redenering	281
5.4.5	Terminologie	287

Hoofdstuk 6

Analoge rechtsvinding in de jurisprudentie van het Duitse Federale Constitutionele Hof

6.1	Inleiding	289
6.2	Rechtsontwikkeling door het Duitse Federale Constitutionele Hof	290
6.2.1	Constituerende uitspraken van het Hof over Art. 1 lid 1 en Art. 2 lid 1 GG	290
6.2.2	Grenzen aan het recht op persoonlijke ontplooiing ex Art. 2 lid 1 GG	296
6.2.3	Constitutioneel recht en privaatrecht	298
6.3	Ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid met analoge redeneringen	299
6.3.1	Inleiding	299
6.3.2	Het recht op zelfbeschikking	299
6.3.3	Het recht alleen te worden gelaten en het recht op resocialisatie	305
6.3.4	Het recht op abortus	307
6.3.5	Het recht op het eigen beeld en het gesproken woord	311
6.3.6	Het recht op 'informationele zelfbeschikking'	313
6.3.7	Het recht de biologische afstamming te kennen	317
6.3.8	Aspecten van de geestelijke, fysieke en seksuele integriteit	321
6.4	Bevindingen	323
6.4.1	Inleiding	323
6.4.2	Ontwikkeling van de grondslag voor de normen van hoger recht	324
6.4.3	Het recht op persoonlijkheid: bevindingen in interpretatie en reikwijdte	325
6.4.4	De analoge redenering	327
6.4.5	Terminologie	332

Hoofdstuk 7

Analoge rechtsvinding in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG

7.1	Inleiding	335
7.2	Rechtsontwikkeling door het Hof van Justitie van de EG	335
7.3	Ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid met analoge redeneringen	338
7.3.1	Het recht op 'privé-leven'	338
7.3.2	Het recht op medische zelfbeschikking	341

INHOUD

7.3.3	Het recht op de naam	344
7.3.4	Erkenning van de transseksuele en homoseksuele identiteit	346
7.4	Bevindingen	353
7.4.1	Ontwikkeling van de grondslag voor de normen van hoger recht	353
7.4.2	Het recht op persoonlijkheid: concretisering	354
7.4.3	De analoge redenering	355
7.4.4	Terminologie	356

Hoofdstuk 8

Analoge rechtsvinding in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de Mens

8.1	Inleiding	359
8.2	Rechtsontwikkeling door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens	359
8.3	Ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid met analoge redeneringen	361
8.3.1	Geestelijke en fysieke integriteit	361
8.3.2	Seksuele oriëntatie en seksuele identiteit	365
8.3.3	Culturele identiteit	369
8.3.4	Bescherming van bedrijfsmatige activiteiten	372
8.3.5	Persoonlijke identiteit	377
8.3.6	Aspecten van de leefomgeving	381
8.3.7	Hulp bij zelfdoding	385
8.3.8	Het recht op menselijke waardigheid als grondslag voor opheffing van strafrechtelijke immuniteit	386
8.3.9	Het recht op leven als grondslag voor afwijzing van een beroep op de wet bij verdediging van de staat	388
8.4	Bevindingen	391
8.4.1	Ontwikkeling van de grondslag voor de normen van hoger recht	392
8.4.2	Het recht op persoonlijkheid: concretisering	394
8.4.3	De analoge redenering	396
8.4.4	Terminologie	397

Hoofdstuk 9

Analoge rechtsvinding in de jurisprudentie van de Hoge Raad

9.1	Inleiding	399
9.2	Ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid met analoge redeneringen	400
9.2.1	Het recht op fysieke integriteit	400
9.2.2	Hulp bij zelfdoding	401
9.2.3	Verplichtingen van de werkgever jegens de werknemer	404
9.2.4	Het medisch inzagerecht	407
9.2.5	Het geestelijk welzijn van het individu	410
9.2.6	Het recht om de biologische afstamming te kennen	411
9.2.7	Het recht na boetedoening niet te worden geconfronteerd met beschuldigingen	415
9.2.8	Een recht op beroepsmatige ontplooiing	416

9.3	Bevindingen	417
9.3.1	Inleiding	417
9.3.2	Ontwikkeling van de grondslag voor de normen van hoger recht	418
9.3.3	De analoge redenering	419
9.3.4	Terminologie	420
Hoofdstuk 10		
Bevindingen en conclusies		
10.1	Inleiding	423
10.2	Het recht op persoonlijkheid in Grondwet en Verdrag	427
10.2.1	Recht op persoonlijkheid: positiveringen in Grondwet en Verdrag	427
10.2.2	Reikwijdte van de Grondwettelijke en Verdragsbepalingen	428
10.2.3	Reikwijdte van de ongeschreven rechten	429
10.2.4	Beperkingsmogelijkheden	430
10.3	De analogie levert steeds een grondrechtelijke extensie op	431
10.3.1	Technisch-juridische en analoge rechtsvinding	433
10.3.2	Rationalisatie achteraf	434
10.3.3	Bestendiging	435
10.4	De rechterlijke houding naar de analoge redeneermethode	436
10.4.1	Aanvaarding of afwijzing van de analoge redeneermethode	436
10.4.2	Constitutioneelrechtelijke bezwaren tegen de analoge redeneermethode	440
10.5	De rechterlijke taakopvatting in constitutionele interpretatie	441
10.5.1	Rechterlijke terughoudendheid of activisme	441
10.5.2	De constitutionele verhouding en de variatie in hantering van de analogie	442
10.5.3	Uitgangspunt: voorkeur voor een 'terughoudende' taakopvatting	446
10.6	De analogie als strategie om netelige kwesties in de constitutionele verhoudingen te omzeilen	447
	Summary	451
	Lijst van verkort aangehaalde literatuur	459
	Jurisprudentie	475
	Zakenregister	485
	Dankwoord	493
	Curriculum vitae	495

Hoofdstuk 1

Algemene inleiding

1.1 Vaststelling van de reikwijdte van grondrechten

Een rechter die gevraagd wordt, een oordeel te geven over de grondwettigheid van overheidsingrijpen dient steeds vast te stellen welke de reikwijdte is van het grondrecht waarop de individuele aanspraak is gebaseerd. Concrete geschillen dwingen de rechter te komen tot vaststelling van betekenis en reikwijdte van het ingeroepen grondrecht. Vanwege het feit dat grondrechten veelal vage normen inhouden, lijkt bij interpretatie vaak de noodzaak te bestaan om bij de oplossing van voorgelegde geschillen terug te vallen op aan de constitutie ten grondslag liggende rechtsbeginselen, of althans op normen die als onderdeel worden gezien van die constitutie. Teneinde de reikwijdte van het grondrecht vast te stellen, bepaalt de rechter aan de hand van 'onderliggende' structuren van of 'natuurrechtelijke noties' boven de grondwet, welke individuele aanspraken grondrechtelijke bescherming dienen te verkrijgen. Dit fenomeen doet zich onder meer voor bij de interpretatie van het hier te onderzoeken Duitse *Grundgesetz*, de Nederlandse *Grondwet* en de Amerikaanse *Constitution* met de *Bill of Rights*, alsmede bij de interpretatie van bepalingen in het Europees Gemeenschapsverdrag (*EG-Verdrag*) en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (*EVRM*). Deze 'grondwetten' zullen worden onderzocht op de mate waarin de rechter voor de vaststelling van de reikwijdte van de constitutionele bepalingen soms terugvalt op normen die ten grondslag liggen aan of in rangorde staan boven de constitutie. Die normen worden hierna aangeduid als 'normen van hoger recht'.

De notie 'normen van hoger recht' vormt een overkoepelend begrip van 'rechtsbeginselen' en 'andere beginselachtige normen'; het is een soort vergaarbak van alle 'hogere' rechtsnormen. Bij 'andere beginselachtige normen' kan worden gedacht aan hogere normen die in een samenleving op een bepaald tijdstip gelden, maar die niet zijn gepositieerd in wetgeving of rechtspraak. 'Rechtsbeginselen' bezitten de juridische kwaliteit van positivering wel; op dat punt onderscheiden zij zich aldus van die andere categorie normen. Met 'normen van hoger recht' wordt aldus in het midden gelaten met welk type norm we precies te maken hebben – met een rechtsbeginsel of een 'ander-soortige beginselnorm' – indien wordt gesteld dat de rechter de betekenis van een grondrecht tracht te achterhalen aan de hand normen van hoger recht.¹ Het begrip norm

1 Er had eveneens voor een andere benaming voor deze notie – bijvoorbeeld fundamentele notie of ongeschreven rechtsbeginsel – kunnen worden gekozen; doorslaggevend was het uitgangspunt dat begrippen die een bepaalde dogmatiek vooropstellen werden afgewezen. 'Fundamenteel recht' zou bijvoorbeeld sterk kunnen wijzen in de richting van materiële grondrechtsnoties, terwijl in het begrip 'fundamentele noties' een relatie met 'rechtsnormen' ontbreekt. Met de keuze voor 'norm van hoger recht' kan een open benadering naar de wijze waarop de rechter 'recht vindt' in het kader van constitutionele interpretatie worden gehandhaafd. Het is bovenal een pragmatische benadering van de hogere normen. Beantwoording van de vraag of de rechter zich nu op de juiste rechtsnorm beroept staat niet centraal in dit boek; het doel van dit boek is veeleer gelegen in het zichtbaar maken van het fenomeen rechts-

van 'hoger' recht doet overigens vermoeden dat het steeds om normen gaat die zich in letterlijke of in overdrachtelijke zin 'boven de constitutie' bevinden. Wanneer de rechter in de rechtsvinding bijvoorbeeld steunt op natuurrechtelijke noties, zou er van normen die zich 'boven' de constitutie bevinden sprake kunnen zijn. Omgekeerd verlaat de rechter zich ook op rechtsbeginselen die 'ten grondslag liggen' aan de constitutie. In dergelijke gevallen ligt het minder voor de hand om te spreken van een 'norm van hoger recht'. Toch worden ook normen, die 'ten grondslag liggen' aan de constitutie geacht te vallen onder de 'norm van hoger recht'.²

De vaststelling van de reikwijdte van grondrechten aan de hand van 'normen van hoger recht' manifesteert zich in de regel in uiteenlopende interpretatiemethoden en redeneerwijzen. In dit boek zal met name de hantering van twee redeneervormen in de rechtsvinding worden uitgediept, te weten de wetsanalogie en de rechtsanalogie. Deze redeneermethoden worden in de rechtspraak gebruikt voor de vaststelling van de inhoud en reikwijdte van wetten; in dit opzicht vormen de grondrechten geen uitzondering. Een analogie kan noodzakelijk zijn wanneer een individuele aanspraak wordt gebaseerd op een grondwettelijke bepaling, die zich niet direct lijkt te lenen voor toepassing op de aanspraak in concreto. Toepassing van de grondwetsbepaling kan bijvoorbeeld problematisch zijn omdat de bepaling niet of niet voldoende specifiek geschreven is voor toepassing in het voorliggende geschil. Er kan in een dergelijk geval sprake zijn van een leemte, al zal in het geval van de interpretatie van grondrechten eerder sprake zijn van een vage norm waarvan niet duidelijk is of de reikwijdte zover strekt dat deze de voorliggende individuele aanspraak kan dekken. Ook kan er sprake zijn van afwezigheid van heldere voorwaarden voor toepassing in een concreet geschil. De ingeroepen constitutionele bepaling schrijft bijvoorbeeld niet voor hoe de bepaling moet worden toegepast. Door afwezigheid van toepassingscriteria die een indicatie geven van bescherming van bepaalde gedragingen of van rechtsgevolgen lijkt de bepaling zelf een beginselachtige uiting te zijn. Dit fenomeen doet zich bij grondrechten voor, en hangt in hoge mate samen met de wijze waarop veel grondrechtelijke bepalingen geformuleerd zijn. Zij hebben vaak het karakter van een vage norm. Het Duitse *Grundgesetz* (GG) opent met een fraai voorbeeld van een grondwetsbepaling die een vage norm inhoudt:

Art. 1 lid 1 GG: 'Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt'.

De bepaling expliciteert bijvoorbeeld niet een specifieke groep geadresseerden of concrete gevallen en geeft geen nadere regels voor toepasselijkheid. Een juridische consequentie bij de toepasbaarheid van deze regel is evenmin geformuleerd. Art. 1 lid 1 GG draagt het karakter van een vage norm, en voor de toepassing ervan zal de rechter eerst aan de hand van de reikwijdte moeten bepalen, in welke mate de individuele aanspraak bescherming dient te verkrijgen onder Art. 1 lid 1 GG. Bij andere constitutionele bepalingen doet dit verschijnsel, afwezigheid van nadere regels voor toepasselijkheid, zich

vinding met normen die niet of niet zichtbaar zijn gepositieerd in wet of rechtspraak.

2 Zie voor verantwoording van het begrip 'norm van hoger recht' par. 4.6.

eveneens voor. Ondanks de afwezigheid van heldere toepassingscriteria blijkt de rechter soms toch bereid, individuele aanspraken in te lezen in Art. 1 lid 1 GG.³ 'Menschenwürde' houdt volgens het Duitse Federale Constitutionele Hof het volgende in:

'Dem Menschen kommt in der Gemeinschaft ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch zu; deshalb widerspricht es der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen [...] oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt [...].'⁴

De vraag die in dit verband rijst is niet alleen, in welke gevallen de Duitse rechter de toepasselijkheid en de beschermingsomvang van het fundamentele recht op 'menselijke waardigheid' vaststelt, maar vooral ook waarop die vaststelling is gebaseerd. Welke argumenten voert de rechter aan, om te komen tot de kwalificatie van de individuele aanspraak onder het recht op 'Menschenwürde'? De consequentie van de erkenning van een individuele aanspraak als grondrecht is dat deze aanspraak 'grondrechtelijke bescherming' verkrijgt. Met grondrechtelijke bescherming wordt in dit verband bedoeld op een mate van rechtsbescherming van een aanspraak, waarbij aan een inbreuk op een recht in het algemeen zware eisen worden gesteld. De preciezere betekenis van en de criteria voor 'grondrechtelijke bescherming' verschillen in de stelsels. De idee van 'grondrechtelijke bescherming van een individuele aanspraak' lijkt in de onderzochte stelsels echter een gemeenschappelijkheid te kennen, in die zin dat een eventuele inbreuk op een aanspraak die grondrechtelijke bescherming geniet in beginsel enkel met zwaarwegende redenen kan worden gerechtvaardigd. De vaststelling van betekenis en reikwijdte van het grondrecht is daarmee van groot belang in het gehele rechterlijke besluitvormingsproces, omdat in het geval van erkenning van de individuele aanspraak in beginsel hoge eisen worden gesteld aan de rechtvaardiging van de inbreuk op het grondrecht middels wetgeving in formele zin of andere besluiten.

Het Veertiende Amendement uit de Amerikaanse Bill of Rights kent eveneens een bepaling, waarvan de termen en condities van de toepassing nog vastgesteld dienen te worden omdat dat artikel die niet nader specificceert. De reikwijdte van dit Amendement is niet eenduidig; desondanks is de Amerikaanse rechter bereid geweest een aantal individuele aanspraken in te lezen in het Veertiende Amendement, dat luidt:

'No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law [...]'.⁵

Een voorwaarde van toepasselijkheid van het Veertiende Amendement die in deze formulering is terug te vinden is bijvoorbeeld de categorie geadresseerden, die aanspraak kan maken op rechtsbescherming: enkel Amerikaanse staatsburgers kunnen aanspraak maken op 'privileges', terwijl het leven, de vrijheid of het eigendom van om het even welk individu worden beschermd. In deze bepaling is echter niet helder wat begrepen dient te worden onder het begrip 'liberty'. Ook het bereik van de term 'property' is niet

3 Zie bijvoorbeeld *Ausweis aus generalpräventiven Gründen*, 50 BVerfGE 166, 175 (1979).

4 *KPD-Verbotsurteil*, 5 BVerfGE 85, 204 (1956).

af te leiden uit de formulering. In de rechtspraak zijn de contouren van deze begrippen langzaam maar zeker wat duidelijker geworden, maar volledige scherpte van de grenzen van 'liberty' en 'property' is nog niet bereikt. Vraag is, of dat laatste ook wenselijk of zelfs mogelijk is. De Amerikaanse rechter moet, evenals zijn Duitse collega ter zake van Art. 1 GG, vaststellen welke de omvang is van het begrip 'liberty'; in dat verband bepaalt hij of de aanspraak van de klager onder dat begrip te brengen is.

Vaststelling van betekenis en reikwijdte van het grondrecht geschiedt aan de hand van interpretatie- of uitlegmethoden. Enkele gangbare uitlegmethoden – tekstuele en wets-historische interpretatie – blijken niet altijd de gewenste resultaten voort te brengen in constitutionele interpretatie. Tekstuele interpretatie, één van de meest gehanteerde interpretatiemethoden in de rechtspraak, leent zich bijvoorbeeld niet goed voor de vaststelling van de reikwijdte van het Duitse constitutionele begrip 'Würde des Menschen'. De tekst biedt nauwelijks concreet houvast om te bezien of een individueel belang bescherming van dit grondwetsartikel kan genieten. Hantering van enkel historische interpretatie leidt in sommige gevallen tot niet-toepasselijkheid van de geschreven grondrechtelijke norm, terwijl dat niet als wenselijk wordt gezien. Afgezien van de vraag of dat de juiste interpretatiemethode is, wordt dat resultaat kennelijk in menig opzicht door de rechter niet bevredigend gevonden. Zo werd bijvoorbeeld met het aanbreken van het digitale tijdperk aan de hand van geschillen bijvoorbeeld eerst duidelijk, welke repercussies het opslaan en bewaren van privacygevoelige gegevens kon hebben op het privé-leven van het individu. Het Duitse Federale Constitutionele Hof zag zich begin jaren tachtig gedwongen om de mate waarin de staat gegevens van haar burgers kan opslaan en verwerken, aan banden te leggen. Geklaagd werd over een inbreuk op het recht op privé-leven. Federale wetgeving, die medewerking van de burgers verplichtte in de vorm van het moeten overleggen van privé-gegevens, werd door het Duitse Hof niet op alle punten in overeenstemming beoordeeld met het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht'.⁵ Indien deze rechter de ingeroepen grondrechtsnorm strikt tekstueel geïnterpreteerd zou hebben, dan had hij nauwelijks bescherming kunnen bieden aan de individuele aanspraak: de Duitse Grondwet bevat namelijk geen expliciete bepaling ter zake van een 'allgemeines Persönlichkeitsrecht', een recht op privé-leven, of meer specifiek een recht om niet mee te hoeven werken aan een census of aan het vergaren van gegevens van burgers.⁶ De wetgever heeft kennelijk niet gekozen voor expliciete vastlegging van een recht op privé-leven of een meer specifiek toegesneden recht. Vraag is dan op welke wijze de Duitse rechter de aanspraak op grondrechtsbescherming construeert, en hoe hij daarbij rekening houdt met de grondwetgever.

Een ander voorbeeld van interpretatie aan de hand van normen die niet zijn geëxpliciteerd in de Grondwet is te vinden in de rechtspraak van het Amerikaanse Hoogge-

5 *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1 (1983).

6 Art. 10 GG beschermt het brief-, post en telefoongeheim. Hieronder valt niet respect voor het privé-leven van het individu in ruimere zin. Ook kan worden gesteld dat een toegesneden bepaling ontbrak vanwege het feit dat de gevolgen van technologische ontwikkelingen nog niet waren verdisconteerd in een (grond)wettelijke norm omdat die ontwikkelingen niet te waren voorzien.

rechtshof. Naar de letter van de Amerikaanse Bill of Rights bestaat er geen grondrecht op abortus, en kan gerust worden gesteld dat de Amerikaanse grondwetgever uit 1787 niet de intentie had om zwangerschapsafbreking te rekenen tot de grondwettelijk beschermde aanspraken van het individu. Had het Amerikaanse Hooggerechtshof een zuiver tekstuele interpretatie van het recht op 'liberty' aangehouden, dan zou vaststelling van de precieze omtrekken van dat recht niet direct naar voren komen. De rechter koos voor een systematische benadering van de individuele aanspraak, waardoor erkenning van het recht op abortus wel mogelijk werd geacht.⁷ Een systematische interpretatie kan, wanneer dat aangewezen is, wat vaker leiden tot toepasbaarheid van vage grondwetsbegrippen in concrete gevallen: de rechter beziet dan in welke context de ingeroepen norm moet worden opgevat.⁸ Daarnaast hebben de rechters in wisselende mate ook de dynamisch-evolutieve interpretatiemethode gehanteerd. De bewoordingen worden dan uitgelegd in het licht van 'present day conditions'.⁹ De teleologische, systematische en dynamisch-evolutieve methoden hebben, in vergelijking met de tekstuele en de historische methoden, vaker geleid tot extensieve interpretatie van de reikwijdte van grondrechten.¹⁰

Naast de hiervoor aangehaalde interpretatiemethoden is ook een aantal redeneerwijzen te onderscheiden, waarbij in dit boek de aandacht in het bijzonder uitgaat naar de analoge redenering. In de analoge redenering wordt er vanuit gegaan dat een bestaande rechtsregel die bedoeld is voor een ander, maar vergelijkbaar geval, wordt toegepast op een concreet geval dat eigenlijk niet door de betreffende regel wordt bestreken. De analoge redenering is een instrument waarmee een bepaalde toepassing of 'lezing' van een rechtsregel wordt gerechtvaardigd. Redeneerwijzen zijn in dit verband te onderscheiden van interpretatiemethoden, al zijn het geen strikt gescheiden werkwijzen. De redeneerwijze is een vehikel waarmee de keuze voor de inhoudelijke argumenten, die worden aangevoerd om te pleiten voor het hanteren van een bepaalde interpretatiemethode, wordt gerechtvaardigd. Als redeneerwijze kan de analogie een bijdrage leveren in alle interpretatiemethoden, zowel in de methoden die een tekstuele uitleg van het grondrecht geven, als in de methoden die een historische benadering of een dynamisch-evolutieve invulling van de rechtsnorm bepleiten. Hieronder zal een aantal voorbeelden uit de rechtspraak worden geschetst die aantonen dat de analoge redenering kan leiden tot extensieve interpretatie en in sommige gevallen zelfs kan leiden tot schepping van nieuwe rechtsnormen door de rechter. In dit verband wordt een onderscheid gemaakt tussen een wetsanaloge redenering en een rechtsanaloge redenering, die kort zullen worden toegelicht.

7 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); zie par. 5.3.3 voor de uitwerking van deze uitspraak.

8 Bij de teleologische interpretatiemethode geschiedt de uitleg van de wet in het licht van het doel en de functie van de daarin geformuleerde normen waarbij rekening moet worden gehouden met de actuele maatschappelijke context, terwijl bij de systematische methode de betekenis van de formulering van een rechtsnorm nader wordt vastgesteld door te wijzen op het recht als systeem (Pontier 1998, p. 32-36).

9 Deze interpretatiemethode ligt in het verlengde van de teleologische interpretatiemethode.

10 Met extensieve interpretatie wordt op verruiming van het toepassingsgebied van een regel, terwijl restrictieve interpretatie wijst op een inperking van het toepassingsbereik van een regel.

1.1.1 De wetsanalogie

Indien de rechter zich geconfronteerd ziet met een aanspraak die niet direct kan worden gekwalificeerd onder een 'bestaand' grondrecht, kan de rechter stellen dat een norm van hoger recht een extensieve lezing van dat bestaande grondrecht rechtvaardigt. De kwalificatie lijkt op het moment dat de individuele aanspraak wordt gedaan op dat grondrecht op het eerste gezicht niet passend, omdat het grondrecht bijvoorbeeld nog niet dermate extensief is uitgelegd in de jurisprudentie, of omdat de grondwetgever het voorliggende geschil niet heeft meegenomen in de gevallen waarvoor de grondrechtelijke bepaling geschreven is. Een belangrijk aspect van een wetsanalogie is, dat de rechter voor de kwalificatie van de aanspraak aanknoopt bij een bestaand grondwetsartikel. Dit in tegenstelling tot de rechtsanalogie: de rechter kan in een dergelijk geval niet aanknopen bij een bestaande grondrechtsbepaling. Er is in dat geval geen grondrechtsartikel waaronder de individuele aanspraak eventueel kan worden gekwalificeerd. Daarover hierna meer; hier volgt eerst een voorbeeld van de wetsanaloge redenering.

Een voorbeeld van een wetsanaloge redenering is te vinden in de zaak *Niemietz t. Duitsland*.¹¹ Aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) werd de volgende individuele aanspraak voorgelegd: verdienen professionele activiteiten en bedrijfspanden grondwettelijke bescherming onder het aspect 'woning' ex Art. 8 lid 1 EVRM?¹² Niemietz, een advocaat met een kantoor aan huis, werd verdacht van het anoniem versturen van een smaadbrief. Teneinde de identiteit van de afzender vast te stellen, doorzocht de politie het kantoor van deze advocaat. De advocaat riep het recht op onschendbaarheid van de woning in, maar het EHRM kwalificeerde de aanspraak van Niemietz niet onder het begrip 'woning'. Het begrip 'privé-leven' ex Art. 8 lid 1 bood in de optiek van het Hof betere aanknopingspunten voor eventuele grondrechtelijke bescherming van de aanspraak van Niemietz. Het Hof accepteerde zijn aanspraak in een analoge redenering. Art. 8 lid 1 leek onvoldoende specifiek toegesneden op de aanspraak, maar de aanspraak kon echter met hantering van een nieuwe lezing van het recht op privé-leven evenwel worden gekwalificeerd onder Art. 8 EVRM:

'Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings'.¹³

De reikwijdte van het in Art. 8 EVRM gepositieerde begrip 'privé-leven' werd vastgesteld met behulp van een nieuwe benadering, namelijk die waarin het privé-leven wordt opgevat als een sfeer waarin het individu relaties moet kunnen vestigen en ontwikkelen. Dat recht, relaties te vestigen en te ontwikkelen met andere individuen wordt in dit verband opgevat als een rechtsnorm die voortvloeit uit het recht op privé-leven. Het recht op privé-leven verkrijgt hierdoor in sterke mate het karakter van een norm van hoger recht, waaruit nieuwe rechtsnormen kunnen worden geconcretiseerd. Het

11 *Niemietz t. Duitsland*, EHRM 16 december 1992, Serie A vol. 251-B.

12 Art. 8 lid 1 luidt: 'Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie'.

13 *Niemietz t. Duitsland*, par. 29.

Hof oordeelde vervolgens dat het begrip 'privé-leven' de aanspraak van Niemietz kon herbergen; Art. 8 EVRM omvat aldus niet alleen het enge begrip 'privé-leven' in die zin dat enkel activiteiten die zich afspelen in de huiselijke sfeer daartoe dienden te worden gerekend, maar dat eveneens activiteiten buitenshuis binnen de strekking van 'privé-leven' vallen. De activiteiten buitenshuis moeten, willen zij onder het begrip 'privé-leven' begrepen worden, wel te maken hebben met het vestigen en ontwikkelen van relaties. Tot het vestigen en ontwikkelen van die relaties konden, aldus het Hof, in enkele gevallen eveneens professionele activiteiten behoren:

'since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world'.¹⁴

Via de norm van hoger recht – hier het recht op privé-leven – sloeg het Hof een brug tussen enerzijds de individuele aanspraak op constitutionele bescherming van een deel van professionele activiteiten, en anderzijds het erkende recht op afscherming van het persoonlijke leven binnenshuis. Beide vloeien als het ware logisch voort uit het recht op privé-leven, al is de eerstgenoemde component nog niet eerder in de rechtspraak opgeworpen. De erkenning van Niemietz' aanspraak onder Art. 8 geschiedde op basis van de aanname dat vestiging en ontwikkeling van relaties behoren tot het domein van het privé-leven. De analogie is in dit verband gelegen in de aanname van de rechter, dat er naast een 'binnenleven' waarvan reeds werd aangenomen dat dat bescherming verdient, ook een 'buitenleven' bestaat dat in sommige gevallen grondrechtsbescherming dient te genieten. Afwijzing van vergelijkbaarheid van binnen- en buitenleven in sommige gevallen, aldus het Hof, zou neerkomen op ongelijke behandeling van gelijke gevallen: het had eerder geschillen inzake afluisteractiviteiten in de privé-woning (het 'binnenleven') beoordeeld waarbij eveneens professionele activiteiten (dat valt onder het zogenoemde 'buitenleven') werden geobserveerd.

1.1.2 De rechtsanalogie

Het tweede fenomeen, de rechtsanalogie, is in veel opzichten nauw verwant aan de wetsanalogie; ook daar wordt geredeneerd aan de hand van aan de grondwet ten grondslag liggende normen van hoger recht. Een aantal aanspraken op grondwettelijke bescherming werd aan de rechter voorgelegd waarbij de individueelrechtelijke aanspraak in het geheel niet kon worden aangeknoopt bij een grondrechtelijke bepaling uit de Grondwet of uit het Verdrag. Waar Niemietz nog een beroep deed op het begrip 'woning' ex Art. 8 EVRM, zijn er in de rechtspraak enkele gevallen bekend waarin geen enkele grondwettelijke bepaling zich leende voor het inlezen van de door het individu geclaimde aanspraak. Individuen die zich bijvoorbeeld voor de Amerikaanse rechter beriepen op een recht te kiezen voor abortus, of voor de Nederlandse rechter op een recht de identiteit van de biologische ouders te kunnen vernemen, konden zich in geen van beide gevallen beroepen op bestaande grondrechtelijke bepalingen, omdat die over deze onderwerpen niets of niets vergelijkbaars hadden vastgelegd. De individuele aan-

¹⁴ Niemietz t. Duitsland, par. 29.

spraak leende zich in deze gevallen met andere woorden niet voor kwalificatie onder één van de grondrechtelijke bepalingen, zoals in *Niemietz t. Duitsland* wel – zij het indirect – het geval was.

Ondanks de onmogelijkheid, de aanspraak in te lezen in één van de grondwetsbepalingen acht de rechter het soms blijkbaar aangewezen om aan deze individuele aanspraken grondrechtelijke bescherming toe te kennen. De oplossing wordt eveneens gevonden via een analoge redenering, maar op een iets andere wijze dan hiervoor onder *Niemietz* werd beschreven. De rechter verheft nu niet een grondrechtelijke bepaling (zoals Art. 8 EVRM in *Niemietz*), maar een norm van hoger recht tot uitgangspunt in zijn analoge redenering. Een fraai voorbeeld van de rechtsanaloge redenering is te vinden in *Valkenhorst* van de Hoge Raad.¹⁵ In deze zaak claimde een kind het recht, te weten wie zijn biologische vader was. De moeder had geweigerd het kind mede te delen wie de verwekker was. De instelling waar het kind ter wereld was gekomen, weigerde eveneens inzage in de gegevens te verstrekken die het in staat zouden kunnen stellen van de afstamming kennis te nemen. Het kind had de laatste hoop op de instelling gevestigd, omdat de moeder reeds was overleden. In de Nederlandse Grondwet of andere wet is echter geen bepaling opgenomen ter zake van het recht op dergelijke kennisneming van de afstamming; evenmin kent de Grondwet een bepaling waarbij à la *Niemietz* zou kunnen worden aangeknoopt. Een toepasbare bepaling ontbrak aldus, maar aan de hand van het ‘algemene persoonlijkheidsrecht’ bouwde de Hoge Raad een redenering op waaruit als het ware logisch volgde dat een aanspraak, de biologische afstamming te kunnen kennen, grondrechtelijke bescherming dient te verkrijgen:

‘Uitgangspunt voor de beoordeling van het middel is dat het aan grondrechten als het recht op het 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.’

Dit ‘algemene persoonlijkheidsrecht’ heeft in sterke mate het karakter van een norm van hoger recht en niet van een rechtsregel, hetgeen af te leiden valt uit een tweetal aspecten. Nadere concretisering voordat toepassing kan plaatsvinden is noodzakelijk; het kent immers geen voorwaarden voor toepassing of een specificatie van de rechtsgevolgen die van toepassing zijn bij schending van het recht.¹⁶ Daarnaast ligt het persoonlijkheidsrecht, aldus de Hoge Raad, ‘ten grondslag’ aan verscheidene in de Grondwet opgenomen individuele rechten waardoor er een hiërarchie of rangorde in het stelsel van rechtsnormen wordt aangebracht. De Hoge Raad onderscheidt enkele geschreven en ongeschreven rechtsnormen, en stelt dat die voortvloeien uit het algemene persoonlijkheidsrecht. ‘Ongeschreven grondrechten’ kunnen een grondslag vormen voor individuele aanspraken. Het recht, kennis te kunnen nemen over de afstamming is één voorbeeld van een ongeschreven recht. Uit de norm van hoger recht – het persoon-

¹⁵ *Valkenhorst*, HR 15 april 1994, NJ 1994/608.

¹⁶ De voorwaarden voor toepassing en de rechtsgevolgen zijn niet weergegeven in het ‘algemene persoonlijkheidsrecht’; het is niet gecodificeerd en tot *Valkenhorst* een ongeschreven en onbenoemd recht gebleven.

lijkheidsrecht – vloeien enerzijds de gepositieerde rechten op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting voort, en anderzijds het tot dan toe nog niet eerder genoemde recht op kennis van de afstamming.

Hier doet zich wederom een analogie voor: het recht kennis te kunnen nemen van de afstamming wordt binnen het grondrechtelijke normenkader op hetzelfde niveau geplaatst als de vrijheid van meningsuiting en recht op privé-leven. Deze rangschikking wordt gerechtvaardigd door aan deze normen ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht. *Niemietz* kent zoals boven al werd gesteld, eveneens de structuur van de analogie. De analogie in *Niemietz* heeft tot op zekere hoogte echter een ander karakter dan de analogie in de *Valkenhorst*. In *Niemietz* werd het aanknopingspunt voor de vergelijking gevormd door een geschreven recht, namelijk het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM; in *Valkenhorst* bleek het aanknopingspunt voor de vergelijking een norm van hoger recht van 'het algemene persoonlijkheidsrecht'. In *Valkenhorst* blijkt de norm van hoger recht de enige factor die het bestaan van het recht om de biologische afstamming te kennen, legitimeerde.

1.1.3 *Het constitutionele spanningsveld*

Een belangrijke overeenkomst tussen de twee analogieën is dat grondrechtelijke normen van hoger recht de rechter in beide functies een instrument aanreiken, om tot een uitleg van grondrechtelijke bepalingen dan wel van concretisering van ongeschreven rechten te komen. In dit boek zullen de beide analogieën bij de analyse van de rechtspraak waar mogelijk worden onderscheiden. Dat wil overigens niet zeggen, dat de redeneermethoden in de praktijk van de rechtspraak ook consequent worden gescheiden. Rechters geven lang niet altijd expliciet aan of en vanuit welke optiek zij analoog redeneren. Evenmin geven zij inzage in de kwestie of de norm van hoger recht, zoals hiervoor het 'algemene persoonlijkheidsrecht' zoals gepositieerd in *Valkenhorst*, wel een norm is die behoort tot het positieve recht. Dat is in elk geval in één opzicht wat bevreemdend: de analoge wijze van constructie van rechtsnormen heeft tot gevolg dat de rechter nieuwe reikwijdten van bestaande normen toevoegt en in sommige gevallen zelfstandig nieuwe rechtsnormen bedenkt.¹⁷ In dit verband wordt in de interpretatie dan ook wel een onderscheid gemaakt tussen 'rechtsvinding' en 'rechtsvorming'. Over rechtsvorming wordt gesproken indien rechtsvinding leidt tot toevoeging van een nieuwe betekenis van de bestaande rechtsnormen. Uitspraken van rechters waarin een nieuwe betekenis wordt toegekend kunnen een aanvulling vormen op het positieve recht; de rechter beperkt zich dan niet alleen tot het opsporen van rechtsnormen en toepassing ervan, maar levert ook een bijdrage aan de 'vorming' van het recht.¹⁸ Een

17 Zo werd in *Niemietz* een nieuwe reikwijdte gegeven aan de rechtsregel inhoudende het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM; deze reikwijdte is als 'nieuw' aan te merken vanuit het gezichtspunt, dat het niet eerder was voorgekomen dat de daar opgeworpen individuele aanspraak werd erkend en dat het evenmin voor de hand lag, dat deze daaronder zou vallen. In *Valkenhorst* werd daarnaast een nieuwe rechtsregel toegevoegd aan het arsenaal van erkende grondrechten, namelijk het recht van het individu, kennis van de afstamming te kunnen vernemen.

18 Tak 1994, p. 267 e.v. en Pontier 1998, p. 10. In de jurisprudentieanalyse wordt de aandacht met name

scherpe scheiding tussen beide activiteiten, rechtsvinding en rechtsvorming, is niet te geven; eerder is sprake van een glijdende schaal.

Tegen de achtergrond van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever zijn rechtsvinding en rechtsvorming niet geheel spanningsvrij: in het kader van de verdeling van werkzaamheden tussen rechter en wetgever roept zij een spanning op omdat het scheppen van nieuwe rechtsnormen en het aanbrengen van een hiërarchie in de normen in beginsel tot de activiteiten van de wetgever. In dit verband bestaat er in sommige gevallen zware kritiek op de wets- en rechtsanaloge redenering. Met name op de rechtsanaloge redeneerwijze is in de literatuur en in *dissentings* bij rechterlijke uitspraken forse kritiek geuit.¹⁹ Centraal in de kritiek van commentatoren staat dat de rechter zelf aan het wetgeven is geslagen, en dat de rechter wanneer hem dat belijft wetgeving buiten toepassing kan verklaren of vernietigen. De kritiek lijkt zich te verharder naarmate het geschil zich in een hogere instantie bevindt: er lijkt dan weinig correctie meer mogelijk van de rechterlijke uitspraak, terwijl een grondrechtsschending door de hoogste rechter in beginsel vernietiging van formele wetgeving met zich meebrengt. De hier te onderzoeken rechters hebben soms vergaande bevoegdheden, maar dat wil niet zeggen dat die bevoegdheden in door de rechter bedachte constructies naar believen kunnen worden toegepast. Vraag is, hoe de rechters in de te onderzoeken rechtsstelsels omgaan met deze constitutionele spanningsverhouding, en op welke wijze zij invulling geven aan de 'rechterlijke taakopvatting'.

Er rijzen eveneens vragen over de legitimiteit van de analoge redenering. De vraag of, alsmede de wijze waarop de individuele aanspraak in het voorliggende geschil in de reeks van vergelijkingsgevallen moet worden ingepast, is in zeer hoge mate afhankelijk van de waardering van de rechter. Dat hangt sterk samen met het gezichtspunt dat de rechter hanteert bij zijn vergelijking die de analogie met zich meebrengt. De vraag naar de waardering van de te vergelijken gevallen hangt nauw samen met de aard van de analoge redeneerwijze. De rechter dient namelijk de te vergelijken gevallen te kiezen aan de hand waarvan hij tot de rechtvaardiging van zijn lezing van het grondrecht concludeert. De vergelijking biedt het belangrijkste aanknopingspunt op basis waarvan de rechter de individuele *aanspraak* zal erkennen als *recht*. Wanneer hij nu kiest voor een vergelijkbaarheid van een reeks gevallen die op een hoog abstractieniveau een norm van hoger recht kennen, zal erkenning van een individuele aanspraak eerder voor de hand liggen dan wanneer de vergelijkbaarheid van de reeks gevallen op een concreet niveau wordt gezocht.

gericht op uitspraken die zouden kunnen worden aangemerkt als rechtsvormend, in die zin dat naar uitspraken werd gezocht waarin bestaande rechtsnormen extensief worden uitgelegd of zelfs nieuwe rechtsnormen worden toegevoegd. In dit boek wordt de rechterlijke activiteit die betrekking heeft op het opsporen van de toepasselijke norm in beginsel steeds worden aangeduid als 'rechtsvinding'.

19 In het Amerikaanse Hooggerechtshof, het Duitse Federale Constitutionele Hof en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt gestemd over de gewenste uitkomst van een concrete zaak. Een gewone meerderheid is voldoende om de uitkomst te bepalen. Voor de tegenstemmers is het mogelijk om de opvatting over de zaak te geven in een 'dissenting opinion' (zie respectievelijk par. 3.2.5, 3.3.3 en 3.5.3).

Omgekeerd kan worden gesteld dat een vergelijking van beide aanspraken niet aangewezen is vanuit de gedachte dat het gebruik van voorbehoedmiddelen in het kader van familiebetrekkingen en gezinsplanning past, terwijl seksuele voorkeur daar haaks op staat. Beide aanspraken bewegen zich evenwel onder een aanspraak op seksualiteit, maar zijn niet vergelijkbaar onder een norm van de 'familiebetrekking' of de 'gezinsplanning', die wordt geacht ten grondslag te liggen aan een recht op toegang tot voorbehoedmiddelen.²⁰ In dit geval hebben we te maken met een vergelijking op concreet niveau, die kan leiden tot de vaststelling dat seksuele voorkeur niet en gebruik van voorbehoedmiddelen wel onder privacy wordt beschermd. Er is dan geen sprake van een analogie; vergelijkbaarheid onder de norm van hoger recht – in casu een recht op persoonlijke autonomie – wordt dan afgewezen. Afwijzing van vergelijkbaarheid van de casus zal meestal niet leiden tot oprekking van bestaande normen.²¹

Problematisch lijkt nu te zijn dat er geen algemene eenduidige richtlijnen bestaan voor het niveau waarop moet worden gezocht naar vergelijkbare gevallen om de 'juiste' rechtvaardiging vast te kunnen stellen.²² In de analoge redenering maakt de rechter een keuze voor de te hanteren norm waaronder vergelijking zal plaatsvinden, en waardeert hij het vergelijkingsmateriaal in het licht van die norm. Een *waardering* door de rechter komt in het kader van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever kan in beginsel een spanningsverhouding creëren. Uitgangspunt is dat rechter het recht 'vindt' op basis van hetgeen de wetgever heeft neergelegd in het positieve recht. Wanneer de rechter de analoge redeneermethode hanteert voor de vaststelling van de reikwijdte van een grondwetsbepaling of voor de positivering van een 'ongeschreven' grondrecht zoals in *Valkenhorst*, neemt het element van autonome rechtsvinding toe.²³ Een bepaalde mate van autonome rechtsvinding wordt, mits beoefend binnen de grenzen van de rechterlijke taakopvatting, niet altijd als afkeurenswaardig aangemerkt. Vraag is welke de grenzen van die rechterlijke taakopvatting zijn.

1.2 Vraagstelling

1.2.1 *Rechtsvinding in het licht van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever*

Rechterlijke interpretatie van grondrechtsnormen wordt in de te onderzoeken stelsels soms als problematisch ervaren: deze normen wekken vanwege hun vage karakter de indruk een vergaarbak te zijn waaronder naar believen allerlei soorten aanspraken zouden kunnen worden erkend. Een scherpe kritiek op de hantering van vage normen in de jurisprudentie werd als volgt verwoord:

20 Het Amerikaanse Hooggerechtshof koos in *Bowers v. Hardwick* voor deze benadering, en niet voor de hiervoor genoemde vergelijking onder de norm van hoger recht met een hoog abstractiegehalte.

21 Hierop voortbordurend kan worden gesteld, dat de norm van hoger recht in beginsel steeds een hoog abstractiegehalte kent.

22 Kaufman 1982, p. 36.

23 Wiarda 1999, p. 116.

HOOFDSTUK I

‘Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist der Tummelplatz richterlichen Dezisionismus und verstößt deshalb gegen das oberste Prinzip des Rechtsstaats, gegen die Gewaltenteilung. Mit ihm und der Menschenwürde läßt sich im Grunde alles – und damit gar nichts – begründen’.²⁴

Ramm legt in zijn kritiek op rechtsvinding met vage normen het constitutionele knelpunt bloot. De rechter verschaft zichzelf met een vage norm zoals hier het ‘allgemeines Persönlichkeitsrecht’ in de interpretatie een soort ‘carte blanche’ waarmee nagenoeg alle wetgeving in formele zin kan worden onderworpen aan rechterlijke toetsing.²⁵ In de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever wordt dat in principe als onwenselijk ervaren. Daarnaast leidt het gebruik van bepaalde rechtsvindingstechnieken die de rechter tot zijn beschikking heeft soms tot kritiek; over hantering van de dynamisch-evolutive interpretatie wordt bijvoorbeeld wel gezegd dat deze de rechter bij uitstek ruimte biedt om zijn eigen opvatting in een juridisch jasje te verpakken.²⁶ De analoge redenering is in de optiek van sommigen een fraaie redeneertruc langs welke allerlei rechten gecreëerd kunnen worden omdat er geen richtlijnen of maatstaven bestaan voor de waardering aan de hand waarvan de vergelijking wordt voltrokken. De analoge redenering stelt, zo luidt een veel geuite kritiek op deze wijze van constitutionele interpretatie, de rechter bij uitstek in staat zijn persoonlijke opvatting te verpakken in een subjectief recht, dat legitiem lijkt – maar het wellicht niet is. Dat hangt samen met de hiervoor gesignaleerde afwezigheid van maatstaven die de rechter kunnen leiden tot het juiste niveau van vergelijking. Deze kritiek wordt in de verschillende stelsels in wisselende mate geuit, al lijkt het debat hierover in de Verenigde Staten het meest fel in vergelijking met de andere onderzochte rechtsstelsels. Het recht op toegang tot een rechter, of het recht op abortus zijn voorbeelden van individuele aanspraken die in de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof via een rechtsanaloge redenering werd verheven tot grondrecht: een geschreven of ongeschreven grondrecht bleek niet voorhanden, waarna de rechter zelf. Harde kritiek op de analoge redeneerwijze werd geuit door de rechters, die in hun *dissenting* of *concurring* de tekstuele of historische interpretatiemethoden ter vaststelling van de reikwijdte van grondrechten vooropstelden. Rechter Rehnquist, die zich in de minderheid bevond, liet zich zeer kritisch uit ten aanzien van het door meerderheid in het Hof gepositieveerde recht op toegang tot een rechter:

‘The “fundamental constitutional right of access to the courts” which the Court announces today is created virtually out of whole cloth with little or no reference to the Constitution from which it is supposed to be derived’.²⁷

24 Ramm 1989, p. 1595.

25 Het ‘allgemeines Persönlichkeitsrecht’ is een concept waaruit rechten worden afgeleid, en dat tot ontwikkeling is gekomen in de Duitse rechtspraak.

26 Zie bijvoorbeeld Tribe die zich juist afzet tegen de benadering als zou het recht op persoonlijkheid (in de Verenigde Staten wordt de discussie onder het begrip ‘privacy’ gevoerd) een leeg begrip zijn waarin normatieve richting ontbreekt: het is volgens Tribe juist geen ‘grab-bag of unrelated goodies’ (Tribe 1988, p. 1303).

27 Rechter Rehnquist, *dissenting* bij *Bounds v. Smith*, 430 U.S. 817 (1977).

De meerderheid in het Hooggerechtshof refereerde niet aan een grondwettelijke bepaling uit de Bill of Rights waarvan interpretatie had kunnen leiden tot een extensieve interpretatie van een positief recht. De meerderheid in het Hof had zijn redenering daarentegen aangeknoopt bij een aantal beginselachtige noties – normen van hoger recht – die werden afgeleid uit opmerkingen in *dissentings* en uit obiter dicta uit de jurisprudentie. Vraag is of deze bronnen voldoende grondslag bieden voor erkenning van de in het geding zijnde individuele aanspraken. De kritiek op extensieve constitutionele rechtsvinding of op rechtsvinding die leidt tot positivering van nieuwe rechtsnormen door de rechter blijkt niet gering, hetgeen samenhangt met de hiervoor gesignaleerde bezwaren die samenhangen met constitutioneelrechtelijke uitgangspunten. Interpretatie van grondwettelijke bepalingen dient rationeel en controleerbaar te zijn.

1.2.2 *Consistentie van rechtspraak en coherentie van rechtsnormen*

In de rechtspraak van de te onderzoeken stelsels tekent zich een aantal hoofdlijnen af ter zake van de regels bij rechtsvinding met normen van hoger recht. De interpretatie van het recht behoort objectief en controleerbaar te zijn, en terug te voeren op juridische argumentatie. Respect voor juridische argumentatie in het rechtsvindingsproces houdt idealiter onder meer in dat de rechter de bestaande normenhiërarchie respecteert en dat hij een consequente terminologie hanteert ter zake van de rechtsnormen die hij benut in het rechtsvindingsproces. Dit komt de transparantie van het rechterlijke besluitvormingsproces ten goede. Het is echter onvermijdelijk dat de rechter bij uitleg van bestaand recht of schepping van nieuw recht zelf een schematische ordening aanbrengt in het geldende recht.²⁸ Er bestaat reeds een constitutionele normenhiërarchie, waarmee de rechter bij zijn interpretatie rekening dient te houden. Deze normenhiërarchie dwingt de rechter op bepaalde wijze om te gaan met normen, zodat hij de coherentie van die normen niet verstoort. Idealiter hanteert de rechter de verschillende soorten normen op dusdanige wijze, dat in de constitutionele normenhiërarchie geen innerlijke tegenstrijdigheden ontstaan.

Welke de bijdrage van de rechter is in dit verband is de vraag: in welke mate vertroebelt de rechter in de onderzochte rechtspraak de bestaande normenhiërarchie – of levert hij in de onderzochte jurisprudentie juist een bijdrage aan de coherentie van dat systeem? De eis van consistentie in de rechtsvinding geldt ook voor de individuele uitspraak. In het bijzonder zal worden gelet op de consistentie van de gevolgde redenering in de individuele uitspraak, alsmede op de wijze waarop de individuele uitspraak past in het geheel van de jurisprudentie. Ook komen empirische bevindingen aan bod over de vraag in welke mate de analogie als rechtsvindingsmethode in de onderzochte con-

28 Rozemond 1998, p. 41. Zie ook het hiervoor gegeven voorbeeld bij *Niemietz t. Duitsland* waarin het EHRM de rechtsregel van het recht op privé-leven splitste in enerzijds de algemeen aanvaarde categorie aanspraken op een afgeschermd leven waarin het individu ongestoord zichzelf moet kunnen zijn, en anderzijds een 'nieuwe' categorie aanspraken die te maken hebben met een recht op privé-leven in de meer openbare sfeer. Hierdoor lijkt het alsof de rechter een 'tussenlaag' heeft gecreëerd: de binnen- en de buitenwereld zijn twee specificaties van het recht op privé-leven waaronder concrete aanspraken kunnen worden gekwalificeerd.

stitutionele rechtspraak leidt tot voorspelbaarheid van erkenning van individuele aanspraken.²⁹

1.2.3 *Vraagstelling*

Samenvattend worden onderdeel 1.2.1 en 1.2.2 ondergebracht in drie centrale vragen:

1. Wat is de aard en de omvang van de analoge redeneermethode op het terrein van het recht op persoonlijkheid?
2. Hoe kunnen variaties in hantering van de analogie worden verklaard?
3. In hoeverre hangt de rechterlijke bereidheid, een nieuwe individuele aanspraak te aanvaarden onder het systeem van grondrechtelijke bescherming, samen met de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever? Welke functie komt de analoge redenering in dit verband toe?

1.3 **Plan van aanpak**

Deze vraagstelling laat zien dat de kern van dit boek is gelegen in jurisprudentieanalyse. Doelstelling is allereerst om een fenomeen te beschrijven, en daarbij na te gaan hoe de rechterlijke redenering met 'normen van hoger recht' verloopt en of er vaste lijnen in de rechtspraak op het terrein van het recht op persoonlijkheid te onderkennen zijn. De vraag naar de analoge redeneerwijze wordt niet primair vanuit theoretisch of normatief perspectief onderzocht; er wordt niet gezocht naar de ideale rechterlijke rechtsvinding en evenmin naar een beoordeling van de analoge redenering. De benadering is eerst en vooral empirisch. De aandacht gaat daarbij vooral uit naar de wijze van redeneren, en niet zozeer naar de materiele betekenis die een rechterlijke uitspraak heeft voor een bepaald beginsel of grondrecht. In beginsel is dan elke rechterlijke uitspraak die een wets- of rechtsanaloge redenering bevat ter vaststelling van de reikwijdte van grondrechten relevant en dient in het onderzoek te worden betrokken.

Het aantal rechterlijke uitspraken, waarin de analogie voor de vaststelling van de reikwijdte of voor de positivering van nieuwe rechten wordt gehanteerd, is in beginsel te overzien. In beginsel is getracht, een volledig beeld van de redeneringen in de rechtspraak te geven op het terrein van het recht op persoonlijkheid. De uitspraken zijn veelal aanleiding geweest voor rechterlijk ingrijpen in wetgeving die in strijd werd geacht met grondrechten alsmede in horizontale verhoudingen. De keuze voor een meer empirische benadering – hoe redeneert de rechter? Welke factoren zijn van invloed op de redenering? – houdt niet in dat een waardering van de wets- en rechtsanaloge rechtsvindingsmethoden geheel wordt vermeden. Er wordt niet enkel vanuit een vooropgezet theoretisch normatief kader gewerkt, waaraan de bevindingen worden getoetst en geëvalueerd.

²⁹ Het ligt echter uitdrukkelijk niet in de bedoeling, een normatieve theorie omtrent een ideale (analoge) redeneerwijze te ontwikkelen.

Het boek is als volgt opgebouwd. In het tweede hoofdstuk wordt een beeld geschetst van de te onderzoeken rechtsnormen op het terrein van het recht op persoonlijkheid in de grondwetten en verdragen. Het derde hoofdstuk behandelt de rechtsmacht van de verschillende rechters: daarin wordt nagegaan welke de rechtsmacht is, hoe de rechters omgaan met vragen van ontvankelijkheid, welke soorten uitspraken zij kunnen doen en welke controlemechanismen er bestaan op rechterlijke besluiten. In beginsel worden enkel de uitspraken van de hoogste rechterlijke instanties besproken, en het is aangegeven om in dat verband te onderzoeken welke mogelijkheden er bestaan om rechterlijke uitspraken te corrigeren. Ook wordt in dat hoofdstuk een korte algemene schets gegeven van de taakopvatting van de betreffende rechter: benadert hij een grondrechtelijke aanspraak vanuit de gedachte dat deze een vermoeden ten faveure van de individuele rechtsbescherming toekomt, of gaat de rechter uit van grondwettigheid van wetgeving? Meer in het algemeen wordt ingegaan op de constitutionele verhoudingen tussen rechter en wetgever, en wordt onderzocht welke begrenzingen van rechterlijk optreden bestaan in de ontvankelijkheidsfeer en in de toetsingsfeer. In het vierde hoofdstuk worden de rechtsvindingsmethoden die worden gehanteerd bij de uitleg van de grondwet en het verdrag beschreven, en worden de wets- en rechtsanalogie uiteengezet.

In de daaropvolgende hoofdstukken worden enkele ‘moeilijke’ casus in de jurisprudentie op hantering van de wets- en rechtsanalogie geanalyseerd, en wordt bezien welke de consequenties zijn van het gebruik van de analoge redeneringen. Zo wordt beschreven welke factoren hebben bijgedragen in de legitimatie van de extensieve interpretatie of de rechtvaardiging van de schepping van nieuwe rechtsnormen. Ook wordt beoordeeld in welke mate de rechter een eensluidende terminologie hanteert wanneer hij via de analoge redenering normen van hoger recht positieveert. De uitspraken van de rechterlijke instanties – achtereenvolgens het Amerikaanse Hooggerechtshof (hoofdstuk 5), het Duitse Federale Constitutionele Hof (hoofdstuk 6), het Hof van Justitie van de EG (hoofdstuk 7), het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hoofdstuk 8) en de Nederlandse Hoge Raad (hoofdstuk 9) zullen worden onderzocht. In hoofdstuk 10 worden de gevonden resultaten in vergelijkend opzicht onderworpen aan analyse en kritiek. Zo worden de consequenties van hantering van wets- en rechtsanalogie voor de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever vergelijkend in kaart gebracht, en wordt bekeken welke constitutioneelrechtelijke bezwaren er bestaan tegen de hantering van de analoge redeneermethode door de hoogste rechter in geschillen die zijn gerelateerd aan het recht op persoonlijkheid. Verschillen in benadering zullen tegen de achtergrond van de constitutionele verhoudingen in de rechtsstelsels worden verklaard.

1.4 Afbakening

Ter zake van de afbakening van het onderzoek wordt hier een aantal keuzes verantwoord, die in de verschillende hoofdstukken nog nader zullen worden uitgewerkt.

Allereerst speelt het onderzoek zich af op een deelaspect van het terrein van de constitutionele rechtspraak, namelijk dat van het recht op persoonlijkheid.³⁰ In de tweede plaats zijn rechtsvinding voorwerp van onderzoek. De nadruk wordt gelegd op de analoge redeneerwijze die tot nieuwe percepties van het recht op persoonlijkheid in de rechtspraak leidt. In de derde plaats vormt, voor zover daarvan kan worden gesproken, 'de' grondrechtelijke normenhierarchie een onderdeel in dit boek. Enkel op het gemeenschappelijke vlak van deze drie terreinen worden uitspraken gedaan, waarbij een gedegen fundering aan de hand van de drie losstaande terreinen onontbeerlijk is. Zoveel mogelijk is getracht, de rechtstheoretische karakteristieken van constitutioneel recht, rechtsvindingstheorie en normenhierarchie die van betekenis zijn voor dit boek, te betrekken bij de oordeelsvorming over het onderwerp. Daarnaast is gekozen voor rechtsvergelijkend onderzoek in vijf rechtsstelsels, die ieder een eigen verantwoording vragen op het genoemde gemeenschappelijke vlak. In dit verband dient een aantal beperkingen in acht te worden genomen, die het mogelijk maken de onderzoeksvragen in het bestek van dit boek zinvol te beantwoorden.

Centraal in dit boek staat de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof, dat de Amerikaanse Constitution met de Bill of Rights interpreteert, de jurisprudentie van het Duitse Federale Constitutionele Hof dat het Grundgesetz interpreteert, de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) dat het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) interpreteert, de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (HvJ EG) dat het Europees Gemeenschapsverdrag (EG-Verdrag) interpreteert en ten slotte de rechtspraak van de Hoge Raad die de Nederlandse Grondwet interpreteert. Alle rechterlijke instanties spreken recht in laatste instantie over hun grondwet of verdrag.³¹ Het Amerikaanse stelsel kent een zeer levendig debat over dit onderwerp, dat in de Europese stelsels – nog – niet ten volle wordt gevoerd. De jurisdicties van rechterlijke instanties in de vijf stelsels zijn, evenals de te interpreteren constituties, zeer verschillend. Dat neemt niet weg, dat zij allen in beginsel vergelijkbare problemen kennen met *'rechtsvormend optreden'* van de hoogste rechterlijke instantie. Het in kaart brengen van de manier waarop de verschillende rechters omgaan met deze problemen is zinvol voor de Nederlandse situatie; het levert wellicht nieuwe invalshoeken op voor de wijze waarop de rechter constitutionele interpretatie percipieert en bedrijft. Het rechtspraakonderzoek is afgesloten op 1 juni 2002; de rechtspraak van latere datum werd incidenteel verwerkt.

30 Aan de definitie van het recht op persoonlijkheid wordt in par. 2.1 aandacht besteed.

31 Het EG-Verdrag en het EVRM worden in dit verband aangemerkt als constituties, zie par. 2.5 en 2.6.

Hoofdstuk 2

Structuur en reikwijdte van het recht op persoonlijkheid

2.1 Definitie van het recht op persoonlijkheid

Zonder definitie van een juridische gemeenschappelijkheid is het nauwelijks mogelijk om een valide uitspraak te doen over een vergelijking van de rechtsontwikkelingen die zich voordoen in de rechtspraak in de rechtsstelsels. Zoals in de inleiding uiteen gezet, bevinden zich in dit onderzoek een aantal vergelijkingsmomenten, die tezamen moeten kunnen leiden tot uitspraken over de redeneermethoden van de rechter op het terrein van het recht op persoonlijkheid die hout snijden.¹ Het onderzoek concentreert zich in het kader van het recht op persoonlijkheid meer specifiek op de rechtspraak van de hoogste rechterlijke instantie en de mate waarin deze heeft bijgedragen aan rechtsontwikkeling in het recht op persoonlijkheid.

Het eerste vergelijkingsmoment is de aanwezigheid van een recht op persoonlijkheid of een daaraan verwant recht in de grondwet of in de constitutie en jurisprudentie daarover. Er zijn talloze rechterlijke uitspraken die in de verschillende stelsels werden gedaan over rechten die te maken hebben met het recht op persoonlijkheid. De aandacht gaat hier echter met name uit naar die uitspraken, waarin de rechter in zijn uitspraak iets nieuws toevoegt aan één van die rechten: hij rekt bestaande bepalingen op, of positieveert nieuwe, aan het recht op persoonlijkheid gerelateerde rechten. Het tweede vergelijkingsmoment stelt de interpreterende rechter centraal, die in het rechtsstelsel als hoogste instantie bindende uitspraken doet over de interpretatie van het recht op persoonlijkheid. Het derde vergelijkingsmoment wordt gevormd door de aanwezigheid van vergelijkbare redeneerpatronen in de jurisprudentie van deze rechters, wanneer zij bijdragen aan rechtsontwikkeling op het terrein van het recht op persoonlijkheid. Alle onderzochte rechterlijke instanties maakten gebruik van de analoge redeneermethode om aan het recht op persoonlijkheid of rechten daaraan gelieerd een extensieve uitleg te geven. In enkele gevallen werd nieuw recht gecreëerd als gevolg van de uitkomst van de analoge redenering.

In het tweede hoofdstuk ligt het accent op het uitdiepen van het eerste vergelijkingsmoment: onderzocht wordt, in welke mate de grondwet of het verdrag melding maken van een recht op persoonlijkheid. Nu is het recht op persoonlijkheid niet in alle rechtsstelsels in even sterke of heldere mate gepositieerd in de grondwet of in het verdrag. Het is van belang om te onderzoeken in hoeverre de rechten zijn gepositieerd door de grondwets- of verdragswetgever, om naderhand een inschatting te kunnen geven van de activiteiten die de rechter in de rechtsvinding heeft ontplooid. Om te bezien of het recht

¹ Zie 'Afbakening' in hoofdstuk 1; hierin werd gewezen op de vergelijkbaarheid van de materiële norm (het recht op persoonlijkheid, dat hierna wordt gedefinieerd), de vergelijkbaarheid van de rechtsvindingsmethoden en de aanwezigheid van een normenhierarchie.

op persoonlijkheid in een andere hoedanigheid deel uitmaakt van de grondwet in ruimere zin wordt eveneens nagegaan of het recht op persoonlijkheid op andere wijze een plaats in de constitutie heeft veroverd.²

Het recht op persoonlijkheid maakt als materiële rechtsnorm deel uit van de constitutie van alle rechtsstelsels. Voor het Amerikaanse, het Duitse en het Nederlandse rechtsstelsel ligt het enigszins voor de hand dat wordt gesproken van een constitutie. Het constitutionele karakter van de Raad van Europa en het EVRM en van de Europese Gemeenschappen en het EU-Verdrag is echter minder vanzelfsprekend. Men kan zich afvragen of het noodzakelijk is dat alle rechtsstelsels in alle facetten voldoen aan de kwalificatie van 'constitutie' om toch een voldoende valide onderzoek te plegen naar de rechtsontwikkeling door de rechter op het gebied van het recht op persoonlijkheid. In dit hoofdstuk wordt voor een ruime definitie van het begrip constitutie gekozen. Deze definitie valt uiteen in een aantal kenmerken die een constitutie in zich moet dragen, wil zij zichzelf een met recht een 'constitutie' noemen. De vraag of alle stelsels daaraan voldoen zal niet definitief worden beantwoord. Wat wel van belang is, dat er enkele elementen uit die definitie te halen zijn, die voor de vergelijkbaarheid van de rechtsstelsels en voor de beantwoording van de probleemstelling van grote betekenis zijn. Op deze basis is het reeds mogelijk na te gaan, in welke mate de analoge rechtsvinding invloed heeft op de constitutionele verhoudingen tussen rechter en wetgever. Verder wordt een privaatrechtelijke context van het recht op persoonlijkheid geschetst, omdat de rechtsontwikkeling in de civiele rechtspraak in enkele gevallen van betekenis is geweest voor de ontwikkeling van het constitutionele recht op persoonlijkheid.

Van belang is nu, uiteen te zetten welke structuur deze rechten in de grondwet of het verdrag hebben, en welke individuele aanspraken zich door deze rechten beschermd weten. Deze beschrijvingen zullen straks van belang zijn voor de inschatting, in welke mate de interpreterende rechter bijdraagt aan rechtsontwikkeling op het terrein van het recht op persoonlijkheid. Tenslotte wordt in het kader van de omschrijving van de structuur en reikwijdte aandacht geschonken aan de voorwaarden waaronder de aan de orde zijnde grondrechten mogen worden beperkt. Beperking van grondrechten staat in beginsel los van de interpretatiefase, en speelt pas een rol in de toetsingsfase: in de interpretatiefase wordt *reikwijdte* van het recht vastgesteld, terwijl beperkingen eerst relevant worden *nadat* de reikwijdte van het grondrecht is vastgesteld en de individuele aanspraak is erkend onder het grondrecht.³

2.1.1 Inleiding: op zoek naar een werkdefinitie

In het onderzoek naar rechtsontwikkeling langs de weg van rechterlijke interpretatie moest noodzakelijkerwijze een keuze voor een onderwerp in de grondwet worden gemaakt.⁴ In de constitutionele rechtspraak van de vijf rechtsstelsels zijn zoals boven

2 Voor de definitie van 'constitutie', 'grondrecht' en 'grondwet' zie hierna par. 2.2.

3 Zie voor het onderscheid tussen de interpretatiefase en de toetsingsfase par. 4.1.

4 Ruimte- en tijdgebrek dwongen onder meer tot deze keuze. In de eerste plaats bleek het niet binnen de

reeds gesteld, interessante aanwijzingen van rechterlijke rechtsontwikkelingen aangetroffen ter zake van het recht op persoonlijkheid. Het recht op persoonlijkheid in grondwet en verdrag manifesteert zich echter op uiteenlopende wijze. Het recht op persoonlijkheid komt in het EVRM in Art. 8 tot uitdrukking; daarin wordt echter niet letterlijk een recht op persoonlijkheid weergegeven, maar een recht op privé-leven. In de Nederlandse grondwet wordt in Art. 10 over persoonlijke levenssfeer gesproken. De Duitse grondwet kent een bepaling over geheime communicatie, maar vermeldt niets specifiek over een 'persönliche Privatsphäre'. De Duitse grondwet kent een aantal deelaspecten van het recht op persoonlijkheid: er zijn bijvoorbeeld individuele rechten aangetroffen die een recht op huisvrede, een recht op geheime communicatie en een recht op algemene handelingsvrijheid moeten garanderen. Met name het laatstgenoemde recht biedt interessante aanknopingspunten voor het recht op persoonlijkheid: aan ieder individu komt een recht op persoonlijke ontplooiing toe, aldus Art. 2 lid 1 GG. Dat recht lijkt te duiden op een ruim en open begrip van een recht op persoonlijkheid. De Amerikaanse Bill of Rights verankert een begrip van het recht op persoonlijkheid in engere zin, dat wil zeggen dat er, net als in de Duitse grondwet specifieke grondrechtbepalingen zijn die aspecten van de persoonlijkheid beschermen zoals het recht op huisvrede. Vraag is nu, of en hoe op basis van dergelijke uiteenlopende omschrijvingen kan worden gekozen voor een gemeenschappelijke noemer van het recht op persoonlijkheid in de rechtsstelsels. Voordat nu onderzocht wordt, in hoeverre een recht op persoonlijkheid aanwezig kan worden geacht in de grondwet of het verdrag, wordt eerst een werkdefinitie van het recht op persoonlijkheid gekozen en toegelicht.

2.1.2 *Geen sluitende definitie*

Deze hiervoor genoemde formuleringen zoals het recht op vrijheid, het recht op algemene handelingsvrijheid, het recht op persoonlijke ontplooiing, het recht op respect voor de persoonlijke levenssfeer en het recht op privé-leven zullen hiernavolgend worden gebundeld in het begrip persoonlijkheid. Het recht op persoonlijkheid wordt in dit verband een overkoepelend karakter toegedicht, dat wordt geacht het recht op leven, het recht op respect voor geheime correspondentie, telefoonverkeer en het briefgeheim, het recht op familie- en gezinsleven, het recht op respect voor huisvrede en het recht op fysieke en geestelijke integriteit te omvatten. Daarnaast omvat het recht op persoonlijkheid ook rechten die samenhangen met de keuze van het individu van de inrichting van het eigen leven; hierin ligt het element van individuele zelfbeschikking opgesloten. Tot op zekere hoogte dient het individu een zekere autonomie te bezitten ter zake van dergelijke keuzes, ook al lijkt de samenleving niet volledig in te stemmen met de

gegeven tijd haalbaar, een onderzoek met een ruimere benadering op te zetten dat vijf rechtsstelsels beslaat. De ruimte die gegeven wordt aan de uitwerking van de verschillende rechtsstelsels laat niet toe, dat er zeer uiteenlopende individuele aanspraken in de beschouwingen worden betrokken. Daarnaast had ook aandacht geschonken kunnen worden aan rechterlijke interpretatie aan de hand van rechtsbeginselen van horizontale of verticale machtscheiding. Ook hiervoor bleek de ruimte onvoldoende, en zou meer tijd nodig zijn. Interessante bevindingen ten aanzien van deze onderwerpen zijn wel signaleerd, en bieden aanleiding voor verder onderzoek. Er is een aantal keren naar deze beginselen verwezen, voor zover dat relevant is in het kader van deze studie.

voorkeuren en zijn zij niet vastgelegd in grondwettelijke documenten. In dit verband kan worden gedacht aan bijvoorbeeld voorkeuren voor homoseksuele relaties of de wens van de vrouw, de zwangerschap af te breken. Een werkdefinitie van een recht op privacy had eveneens aanknopingspunten geboden, maar na literatuuronderzoek⁵ ontstond een algemene indruk, dat het recht op privacy een ietwat enger bereik claimt dan het recht op persoonlijkheid.⁶ Daarnaast gaat de voorkeur uit naar een recht op persoonlijkheid omdat dat op dat begrip nog niet in die mate 'beslag is gelegd' door rechtspraak en literatuur. Andere begrippen zouden kunnen impliceren, dat bij een bestaande notie in een bepaald stelsel wordt aangeknoopt.⁷ Het is juist de bedoeling niet de voorkeur te laten uitgaan naar één van de bestaande begrippen in de stelsels in het licht van de beoordeling van de rechterlijke uitspraken; dat komt de vergelijking van de ontwikkeling in de rechtsvinding ten goede. Persoonlijkheid is een abstracter begrip dan

- 5 Zie voor een keuze uit de omvangrijke literatuur over privacy in de Verenigde Staten onder meer Warren en Brandeis 1984 (1890), p. 75-103, Westin 1984 (1967), p. 56-74; Prosser 1984 (1960), p. 104-155, Bloustein 1964, p. 962-1007, Dixon 1965, p. 1-22; McKay 1965, p. 63-86. Over een recht op 'persoonhood' wordt in de Amerikaanse literatuur nauwelijks gesproken. Het begrip 'personhood' komt sterk overeen met het begrip 'persoonlijkheid'. Voor de Nederlandse discussie omtrent het begrip van persoonlijkheid en privacy zie onder meer De Brauw en Van Veen 1965; De Graaf 1977, Verhey 1992, p. 191 e.v., Verhey 1995, p. 145-168; A.J. Nieuwenhuis 2001 en Blok 2002. De betekenis van het recht op persoonlijkheid in het EVRM is onder meer beschreven door Loucaides 1991, p. 175-197, Van Dijk en Van Hoof 1998, 489-541; Heringa 1999, Katern 3.8; Heringa bepleit hier de aanname van een 'meer algemeen persoonlijkheidsrecht onder Art. 8 EVRM'. Het Duitse begrip van het recht op persoonlijkheid is onder meer beschreven door Scholz 1975, p. 80-130 en 265-290; Jarass 1989, p. 857-884, Hesse 1990, p. 173-175, Von Münch en Kunig 2000, p. 65-192 (met name p. 130-143) en Nehmelman 2002.
- 6 In de literatuur wordt vaak gekozen voor een werkdefinitie van 'privacy'. Er wordt dan in beginsel geduid op een terrein van individuele gedragingen, dat een wat minder ruime omvang heeft dan het recht op persoonlijkheid. Privacy maakt als deelverzameling deel uit van een groter geheel van het recht op persoonlijkheid; het recht op persoonlijkheid is verbonden met de ontplooiing van de persoonlijkheid op ieder terrein. Toch lijken sommige werkdefinities van privacy goed aan te sluiten bij het hier gekozen recht op persoonlijkheid. Verhey kiest bijvoorbeeld voor een overkoepelend begrip van 'privacy' (Verhey 1992, p. 191 e.v.), evenals A.J. Nieuwenhuis (A.J. Nieuwenhuis 2001, p. 11 e.v.) en Blok 2002. Zij hanteren dit begrip als synoniem voor persoonlijke levenssfeer, privé-sfeer en privé-leven (tenzij het onderscheid relevant is). Zie ook De Graaf 1977, p. 169; hij pleit evenzeer voor een overkoepelend begrip van privacy, maar verwerpt expliciet een overkoepelend recht op privé-leven. Hij wijst inwisselbaarheid van de begrippen privacy en privé-leven af. Naar zijn mening beschermt het recht op privé-leven een beperkter aantal feitencomplexen dan privacy. Zijn definitie van het privé-leven is echter eveneens een ruime; 'dat deel dat van het functioneren van de persoon dat zozeer met zijn individualiteit samenhangt, dat hij geen ongewenste inmenging van en kennisneming door andere hoeft te dulden' (Zie De Graaf 1977, p. 93). Deze definitie sluit aan bij een meer abstracte benadering van privacy.
- 7 In het Amerikaanse recht wordt gesproken over het recht op privacy. Het Amerikaanse privacybegrip heeft echter een minder omvattend bereik dan de werkdefinitie in dit boek die 'het recht op persoonlijkheid' bestrijkt. Het privacybegrip in het Amerikaanse recht vormt een 'deelverzameling' van het meer omvattende begrip 'recht op persoonlijkheid'. Er bestaat in de Verenigde Staten geen aparte categorie van persoonlijkheidsrechten, of 'right to personhood' (zo ook Blok 2002). Toch kunnen in rechtspraak en literatuur sterk aanverwante noties worden aangetroffen. Zij zijn in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen onder het begrip 'privacy'. Zie bijvoorbeeld Warren en Brandeis 1890, p. 195; zij wezen op de inhoud van privacy als zou die niet alleen het privé-eigendom omvatten, maar een 'inviolable personality'.

privacy, hetgeen de mogelijkheid biedt om individuele aanspraken die in de perifere sferen liggen, te bestuderen.⁸

Er zijn nu, wat de definitie betreft, verschillende wijzen om het recht op persoonlijkheid te benaderen. In de eerste plaats kan worden gezocht naar een sluitende definitie van het recht op persoonlijkheid. Een sluitende definitie is echter nauwelijks te geven en evenmin aangetroffen in de rechtsstelsels. Noch in de rechtspraak, noch in literatuur of in de 'travaux préparatoires' zijn omschrijvingen van het recht op persoonlijkheid aangetroffen waarvan kan worden gezegd, dat zij voldoende duidelijk grenzen trekken ter zake van aanspraken die er wel en aanspraken die er niet onder behoren te vallen. De aard van het recht op persoonlijkheid leidt in de afzonderlijke stelsels tot afbakeningsproblemen en mist wat de reikwijdte betreft scherpte.⁹ Een tweede wijze van definiëren van het recht op persoonlijkheid komt neer op een opsomming van de verschillende elementen, die tot dusverre erkenning in het rechtsstelsel hebben gevonden.¹⁰ In zeer uiteenlopende situaties is door individuen aanspraak gemaakt op het recht op privé-leven, en kunnen 'categorieën' van situaties worden aangelegd waarbinnen deze individuele aanspraken onder het recht op persoonlijkheid werden erkend. De aanspraken die onder het recht op persoonlijkheid werden gedaan, varieerden van een recht op zwangerschapsafbreking, een recht op 'informatieele zelfbeschikking' – het recht van het individu om niet allerlei gegevens over zichzelf te hoeven onthullen, het recht om zelf een naam te kiezen, een recht op informatie van de overheid omtrent het eigen leefmilieu of een recht op het genot van een roes die veroorzaakt wordt door softdrugs. Zo ontstaat een gevarieerd beeld van mogelijke aanspraken. Enkele gemeenschappelijke lijnen zijn in de stelsels wel te onderkennen.

2.1.3 *Elementen van het recht op persoonlijkheid*

Er zijn individuele aanspraken gedaan die te maken hebben met de *geestelijke of fysieke integriteit* van het individu.¹¹ Aanspraken die bijvoorbeeld te maken hebben met een recht, te kiezen voor geboortebeperkende middelen hangen nauw samen met een recht op fysieke integriteit, omdat het individu kiest voor afwijzing van fysieke consequenties van zijn intieme gedragingen. Het recht op het gebruik van een leugendetector om een bekentenis af te dwingen is in Duitsland aangemerkt als een inbreuk op de geestelijke integriteit van het individu. Indringende verhoren om iemand aan het praten te krijgen behoeven niet te volgen uit lichamelijk contact, maar kunnen in bepaalde situaties eveneens worden aangemerkt als een inbreuk op de geestelijke integriteit.¹² Daar-

8 Er wordt hier geen principiële scheiding tussen privacy en persoonlijkheid gemaakt; privacy is een bestanddeel van het recht op persoonlijkheid.

9 A.J. Nieuwenhuis 2001, p. 11.

10 Met constitutie wordt in dit verband bedoeld op de rechten zoals neergelegd in grondwets- of verdrags-tekst, met insluiting van ongeschreven recht, rechtsbeginselen. Zie eveneens hieronder.

11 Zie bijvoorbeeld *X en Y t. Nederland*, EHRM 26 maart 1985, Serie A vol. 91; *Tagebuch*, 80 BVerfGE 367, 373 (1989); *Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 maart 1993, Serie A vol. 247-C; *HIV-test*, HR 18 juni 1993, NJCM 18-7 (1993).

12 In dit opzicht vertoont het recht op persoonlijkheid een overlapping met het recht van het individu, om

naast is een reeks aanspraken op *intieme gedragingen* te herkennen.¹³ Hiertoe behoren de individuele aanspraken op een seksuele voorkeur en erkenning van geslachtelijke identiteit. Ook persoonlijke keuzen, zoals het gebruik van geboortebepurende middelen, abortus of euthanasie kunnen tot dit domein van intimiteit worden gerekend. In de stelsels wordt echter niet eensluidend gedacht over de mate waarin deze aspecten van persoonlijkheid grondrechtelijke bescherming dienen te verkrijgen.¹⁴ Dit verschil in inzicht staat echter niet in de weg aan de kwalificatie van deze aspecten onder de hier te hanteren definitie van een recht op persoonlijkheid. Het aspect van het recht op persoonlijkheid betreffende intieme gedragingen verzet zich enerzijds tegen waarneming en onderzoek van deze activiteiten; anderzijds houdt zij soms ook een vrijheid in, dergelijke activiteiten te kunnen ontplooiën. In enkele rechtsstelsels kan ter zake een actief handelen van de staat worden verwacht. In de rechtsorde van alle stelsels blijkt eveneens een element van persoonlijkheid aanwezig, dat een recht op afscherming van een *eigen territorium* waarborgt. Verschillende stelsels kennen van oudsher al het huisrecht.¹⁵ In beginsel werd dat recht ingevuld met een ruimtelijke benadering, maar sinds uiteenlopende wijzen van 'binnendringen' in de huiselijke sfeer tot de mogelijkheden behoren, werd dit element van het recht op persoonlijkheid niet meer eenduidig vanuit de ruimtelijke benadering ingevuld.¹⁶ Met de opkomst van af luisterapparatuur en infrarood-onderzoekstechnieken heeft het aspect van de afscherming van de persoonlijkheid noodzakelijkerwijze een minder ruimtelijke dimensie gekregen. Het huisrecht waarborgt echter niet onschendbaarheid van alle handelingen in de woning. Dat strookt eveneens met de minder ruimtelijke benadering van het aspect van het recht op privé-leven als onderdeel van het recht op persoonlijkheid in verband met een recht op een 'eigen territorium'. Er zijn nu eenmaal handelingen, die ook in de intimiteit van de eigen woning verboden zijn, zoals bijvoorbeeld incest of het mishandelen van dieren.

Er lijkt zich in sommige stelsels een aanspraak op het *vestigen en onderhouden van relaties* te nestelen in de rechtsordes van de stelsels als een aspect van een recht op persoonlijkheid.¹⁷ Het familieleven dat hiertoe kan worden gerekend, raakt aan enkele

in een strafprocedure niet te hoeven getuigen tegen zichzelf (Aussageverpflichtung, 56 BVerfGE 37, 43 (1981)). Het aspect op het recht op persoonlijkheid dat hier in het geding is zou kunnen worden aangemerkt als een recht op vrijheid van het geweten.

- 13 Dit element is terug te vinden in bijvoorbeeld de uitspraken *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) ter zake van geboortebepurende middelen, *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) in verband met de keuze voor abortus; *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 oktober 1981, Serie A vol. 45 vanwege het feit dat homoseksualiteit strafbaar was; *Euthanasie*, HR 27 november 1984, NJ 1985/106 waarin het recht op waardig sterven werd uitgesproken; *X t. Europese Commissie*, zaak C-404/92, Hof van Justitie van de EG 5 oktober 1994 (in deze zaak is een aspect van geheimhouding van de gezondheidstoestand te herkennen; er is eveneens een aspect van de hierna te bespreken afscherming van persoonsgegevens aanwezig) en *Transsexuelle*, 49 BVerfGE 286, 289 (1978).
- 14 Zie bijvoorbeeld *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), waarin het Amerikaanse Hooggerechtshof homoseksuele activiteiten niet rekende tot de activiteiten die 'privacy' beoogt te beschermen.
- 15 Zie hierna bij de bespreking van de grondwets- en verdragsartikelen.
- 16 Zie bijvoorbeeld *Katz t. Verenigde Staten*, 389 U.S. 347, 351-352 (1967) en de uitwerking in par. 2.3.1.
- 17 Zie bijvoorbeeld *Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, Serie A vol. 31; *Michael H. t. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989); *M.L.B t. S.L.J.*, 519 U.S. 102 (1996); *Gezamenlijke ouderlijke macht*, HR 4 mei 1984, NJ 1985/510. In Duitsland worden deze aspecten van privacy voornamelijk beschouwd onder Art. 6

hiervoor genoemde handelingen zoals geestelijke en fysieke integriteit en een zelfbeschikking ter zake van de wijze waarop men zijn of haar leven in gezinsverband wenst in te richten. Er zijn voor het Amerikaanse Hooggerechtshof bijvoorbeeld aanspraken gedaan op 'privacy' omdat de gezinssamenstelling voor de staat een reden was, toewijzing van een woning te weigeren. Wat familiebetrekkingen betreft kan worden gedacht aan een bepaalde wijze van opvoeden¹⁸, of een voorkeur voor een bepaalde (erkende) vorm van onderwijs.¹⁹ Daarnaast heeft zich in de rechtsstelsels een zelfstandige notie van gezins- en familielevens ontwikkeld, die deels raakt aan rechten die verbonden zijn met het recht op persoonlijkheid. Een recht op *communicatie* maakt ook deel uit van het recht op persoonlijkheid.

Er bestaat in de rechtsstelsels een geldige aanspraak op het recht, ongestoord te kunnen communiceren, ongeacht of de inhoud van de communicatie nu een persoonlijk karakter heeft of niet. Dit element van het recht op persoonlijkheid is sinds de opkomst van moderne communicatiemiddelen als e-mail en internet overigens volop in ontwikkeling. Enigszins verbonden met de opkomst van technische (communicatie)middelen is de wens van het individu, zich af te schermen tegen waarneming en onderzoek waar het gaat om registratie, bewerking, doorgifte en openbaarmaking van *persoonsgegevens*. Wat dit aspect van het recht op persoonlijkheid aangaat, zijn verschillende benaderingen denkbaar van de wijze waarop het individu zich beperkt acht wanneer niet zorgvuldig wordt omgesprongen met registratie, bewerking, doorgifte of openbaarmaking van persoonlijke data. Een onbeperkte reproductie is mogelijk, waardoor controle op verspreiding van gegevens niet meer te handhaven is. Dat kan evenzeer schadelijk zijn als het gaat om gegevens die op het eerste gezicht niets 'persoonlijks' onthullen, maar die door koppeling aan andere databestanden kunnen verworden tot schadelijke gegevens. Daarnaast bestaat de vrees, dat de wens om alles van de burger tot in detail vast te leggen, kan leiden tot een 'Entpersönlichung' van het individu. Het verwordt daarmee tot een object van de staat, en dat is nu juist een gedachte, die niet past bij een recht op persoonlijkheid en de veronderstelling, dat het individu een ruimte toekomt waarin het zichzelf kan zijn en autonoom bepaalde beslissingen kan nemen.²⁰ Een verwante benadering is, dat het individu in staat moet zijn om zijn eigen leven in te richten; indien zijn leven in allerlei gegevens vastligt, liggen veranderingen in dat leven niet voor de hand.²¹ Een obstakel kan in dit verband iemands verleden zijn, dat in de weg staat aan de inrichting van zijn leven. Aan het recht op een rustige terugkeer in de maatschappij nadat is geboet voor een misdrijf ligt ten grondslag, dat het individu een 'nieuwe' start moet kunnen maken in zijn leven, zonder dat zijn verleden voortdurend wordt nagedragen.²²

Grundgesetz, dat het recht op respect voor het familie- en gezinsleven regelt.

18 *Meyer t. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

19 *Pierce t. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

20 Dit aspect van privacy speelde onder meer in *Mikrozensus*, 27 BVerfGE 1, 6 (1969) en *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 41 (1983).

21 A.J. Nieuwenhuis 2001, p. 34.

22 Zie bijvoorbeeld *Lebach*, 35 BVerfGE 202, 220 (1973) en *Van Gasteren*, HR 6 januari 1995, NJ

Persoonsgegevens kunnen uiteenlopende gedaanten aannemen; het kan gaan om informatiegegevens, maar eveneens om afbeeldingen waaronder iemands portret. Het individuele belang is steeds het opwerpen van een barrière tegen een ongebreidelde blootstelling aan de openbaarheid. Nauw verbonden met dit laatste element is het recht dat de *eer en de goede naam* van het individu beschermt; het ziet toe op negatieve gevolgen van het naar buiten brengen van een beeld dat niet strookt met de weergave van het individu zoals het dat zelf wil afgeven. Niet alle negatieve beelden kunnen worden beschouwd als schendingen van het recht op eer en goede naam; het moet gaan om een 'kwalijke toeschrijving'.²³ In enkele rechtsstelsels is eveneens een uitgesproken tweedeling ten aanzien van het recht op persoonlijkheid aangetroffen: in enkele gevallen wordt een aanspraak gemaakt op afscherming van het persoonlijk leven, op afscherming van gemaakte keuzes, van een gemoedstoestand, terwijl in andere aanspraken onder het recht op persoonlijkheid juist werd opgekomen voor een vrijheid van handelen.²⁴

2.1.4 *Het recht op persoonlijkheid is een amorf concept*

Uit deze indeling blijkt dat het recht op persoonlijkheid aan een breed scala van individuele aanspraken bescherming kan bieden. De hier opgesomde aspecten van het recht op persoonlijkheid blijken echter niet duidelijk af te grenzen; daarnaast is in veel individuele aanspraken een overlap van verschillende elementen van het recht op persoonlijkheid te vinden.²⁵ Aanspraken op het personen- en familierecht steunen bijvoorbeeld op elementen van het recht op een familielevens, en eveneens op die van geestelijke integriteit. Claims ter zake van een recht op resocialisatie dragen aspecten van het recht op eer en een goede naam en het recht op zelfbeschikking in zich.²⁶ Gedragingen die zich beschermd weten in de privé-sfeer van de woning kunnen daarbuiten beschermd zijn; hier vullen het aspect van het eigen territorium en het recht, relaties te vestigen en te ontwikkelen elkaar aan.²⁷ Een eenduidige categorisering van het recht op persoon-

1995/422.

23 A.J. Nieuwenhuis 2001, p. 35. In de rechtspraak zijn de volgende sprekende voorbeelden aangetroffen: *Ferdi E.*, HR 21 januari 1994, NJCM 19-6 (1994); *Soraya*, 34 BVerfGE 269 (1973) en *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 154 (1980).

24 Alexy, 1996, p. 332 e.v., Scholz en Konrad 1998, p. 66. In de Duitse grondwet is het recht op persoonlijke ontplooiing vastgelegd, dat een recht tot handelen van het individu impliceert. In de rechtspraak is het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' tot ontwikkeling gekomen, dat eerder een respectvolle bejegening voor individuele keuzes die niet direct op een handelen duiden, inhoudt (zie par. 2.4.4). In sommige opzichten heeft de staat een verplichting het individu bij te staan in de verwezenlijking van individuele keuzes.

25 Hierboven is een opsomming van allerlei aspecten die naar mijn mening behoren tot een recht op persoonlijkheid gegeven; classificaties zijn zeer wel denkbaar. Zie bijvoorbeeld Prosser 1984 (1960) die een engere definitie van privacy hanteert waarin plaats is voor vier deelelementen: in de eerste plaats inbreuk op de privé-zaken van het individu; in de tweede plaats de openbaarmaking van privé-aspecten van iemands privé-leven; in de derde plaats publiciteit die het individu in een verkeerd daglicht plaatst en in de vierde plaats de toe-eigening van een eigenschap van een individu dat daarvoor geen toestemming heeft gegeven (Prosser 1984 (1960), p. 107). Zie ook Blok (2002).

26 *Lebach*, 35 BVerfGE 202, 220 (1973).

27 *Niemietz* t. Duitsland, EHRM 16 december 1992, Serie A vol. 251-B.

lijkheid blijkt lastig en bij nader inzien onmogelijk. Het recht op persoonlijkheid kan in het geding zijn, maar niet in al die situaties wordt een inbreuk op dat recht gemaakt. Observatie door mede-individen is aan de orde van de dag, maar in enkele situaties kunnen observaties niet door de beugel. Het gaat bijvoorbeeld om situaties en intieme gedragingen waarbij men er niet op rekt, te worden waargenomen. Die zouden kunnen worden gekarakteriseerd als een omschrijving van 'aspecten van het leven van het individu waarvan men aanneemt dat zij gevrijwaard behoren te blijven van het evaluatieve oordeel van anderen'.²⁸ Gevreemd mag worden, dat een dergelijke omschrijving niet uitblinkt in helderheid voor toepassing. In de Duitse rechtspraak, en naar het lijkt ook in de rechtspraak van het EHRM, is een sferentheorie tot ontwikkeling gekomen waarmee is getracht om privé- en publieke sfeer van elkaar af te bakenen. Ook deze benadering heeft zich niet als standvastig bewezen: steeds bleek, dat naar aanleiding van bijvoorbeeld technologische ontwikkelingen de sferen moesten worden 'bijgesteld'. Daarnaast zijn sommige feitencomplexen te kwalificeren in zowel de private als in de publieke sfeer. In de rechtspraak van beide stelsels is dan ook geen sprake van elkaar uitsluitende sferen, maar eerder van een flexibel concept dat de rechter behulpzaam kan zijn bij het kwalificeren van feitencomplexen. Voor iedere nieuwe casus moet echter weer opnieuw worden vastgesteld, welke de omtrekken van het bij het recht op persoonlijkheid betrokken aspect zijn. Deze flexibiliteit in de sferenleer leidt evenmin tot een onderscheidend vermogen van een definitie van het recht op persoonlijkheid.

2.1.5 Omschrijving van een werkdefinitie van het recht op persoonlijkheid

Zovele benaderingen, beschrijvingen en classificaties van het recht op persoonlijkheid zijn mogelijk. Voor een omvattende beschrijving of voor een sluitende categorisering van individuele aanspraken van het recht op persoonlijkheid wordt in het kader van dit onderzoek niet gekozen. Het streven hiernaar wordt aan anderen gelaten,²⁹ en is niet van doorslaggevend belang voor beantwoording van de onderzoeksvraag naar de wijze van redeneren in de rechtspraak. Het recht op persoonlijkheid beweegt zich op een hoger abstractieniveau dan de geschreven en ongeschreven grondrechten en overstijgt het privaatrechtelijke- en het constitutioneelrechtelijke begrippenkader. Het wordt hier opgevat als een algemeen verzamelbegrip waaronder bijvoorbeeld de in de Amerikaanse en EG-rechtspraak ontwikkelde notie 'privacy' en het recht op privé-leven zoals vastgelegd in het EVRM en de Nederlandse grondwet vallen. Ook het Duitse recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid wordt hier begrepen onder de werkdefinitie van het recht op persoonlijkheid. Een sluitende werkdefinitie is geen noodzakelijke voorwaarde om jurisprudentieonderzoek te verrichten naar rechtsvinding op het terrein van het recht op persoonlijkheid. Wanneer in het vervolg over het recht op persoonlijkheid wordt gesproken, wordt hiermede bedoeld op een algemene handelingsvrijheid van het individu. Naast een actieve handelingscomponent omvat deze ook een passieve

28 A.J. Nieuwenhuis 2001, p. 42.

29 Zie bijvoorbeeld Warren en Brandeis 1984 (1890), p. 75-103; De Brauw en Van Veen 1965; De Graaf 1977; Bloustein 1984, p. 156-202; A.J. Nieuwenhuis 2001, met name hoofdstuk 3 en Nehmelman 2002.

component, die inhoudt dat het individu recht heeft op een respectvolle bejegening voor individuele keuzes die niet direct op een handelen duiden.³⁰ Er is opzettelijk gezocht naar vergelijkbare materiële normen en vergelijkbare, *nog niet eerder gedane* individuele aanspraken op het terrein van het recht op persoonlijkheid die de rechter in concrete casus moest beoordelen.

Afbakening van de te onderzoeken aspecten van het recht op persoonlijkheid kan ook in negatieve zin plaatsvinden. Wat in het jurisprudentieonderzoek niet wordt beschouwd onder het recht op persoonlijkheid, zijn uitspraken die handelen over andere gepositieerde grondrechten in de respectievelijke grondwetten en verdragen dan die hieronder volgen. Voor wat betreft de Duitse grondwet wordt onderzocht, welke rechtsontwikkelingen zich hebben voorgedaan omtrent Artt. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG. Bij het Nederlandse jurisprudentieonderzoek staat, voor zover relevant, het recht op persoonlijke levenssfeer ex Art. 10 Grondwet, het recht op lichamelijke onschendbaarheid ex Art. 11 Grondwet en Art. 8 EVRM centraal. In de Amerikaanse jurisprudentie wordt met name aandacht geschonken aan het Vijfde en Veertiende Amendement, terwijl in de rechtspraak van het EHRM Art. 8 EVRM een centrale positie inneemt. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG wordt gezocht naar noties die samenhangen met het recht op persoonlijkheid; het EG-Verdrag codificeert niet als zodanig een recht op persoonlijkheid, persoonlijke levenssfeer of een recht op privé-leven.³¹ In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG werd voor de erkenning van de individuele aanspraak met name aangeknoopt bij het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM.

De werkdefinitie van het recht op persoonlijkheid wordt gekozen op basis van een meer pragmatische benadering, en hier als volgt omschreven: het vormt een overkoepelende notie van grondrechten en ongeschreven rechten die allen centreren rond een kern van een recht op ontplooiing van het individu, waarvan zelfbeschikking en persoonlijke autonomie de kern vormen.³² Afscherming van persoonlijke keuzes en het respectvol bejegend worden staan centraal in het recht op persoonlijkheid. Normen die hiermee samenhangen en die in het rechtstelsel kunnen worden getraceerd in de rechtspraak of in de wetgeving, zullen in de beschouwingen worden betrokken.

2.2 Het constitutioneelrechtelijke begrippenkader

2.2.1 Inleiding

In beginsel kan er niet vanuit worden gegaan, dat het begrip 'grondwet' of 'grondrecht' in de Duitse doctrine exact dezelfde betekenis heeft als in de Nederlandse heersende opvatting. De relevantie van het onderscheid doet zich bijvoorbeeld gevoelen bij de

30 Vgl. Alexy 1996, p. 332.

31 Het EU-Handvest van de fundamentele rechten is nog niet juridisch bindend. Het Handvest codificeert in Art. 12 een recht op privé-leven; zie par. 2.5.

32 Deze werkdefinitie omschrijft een ruime opvatting, die vergelijking van de rechtspraak van de verschillende stelsels mogelijk maakt.

vraag naar de gelding van het ingeroepen grondrecht. Een hieraan gerelateerde vraag is, of ongeschreven rechten worden geacht te zijn ingesloten, indien gesproken wordt over 'de grondrechten'. Ook hier lopen de opvattingen tussen de rechtsstelsels niet alleen uiteen, maar bestaat ook binnen de rechtsstelsels hierover geen eenduidige opvatting. Hieronder wordt getracht, een keuze te maken, zonder het debat over definities ter zake van het begrip constitutie, grondwet en grondrecht te willen sluiten. Een recht op persoonlijkheid wordt in de tekst van grondwet of het verdrag in ieder geval als gepositieerd aangemerkt, indien het letterlijk wordt genoemd. In sommige grondwetten zijn echter ook deelaspecten van het recht op persoonlijkheid vastgelegd; gewezen kan worden op bijvoorbeeld een recht op familie- en gezinsleven, een recht op huisvrede of een recht op lichamelijke integriteit. Beantwoording van de vraag naar het rechtskarakter van grondrechten is van belang omdat straks moet worden bepaald op welke wijze de rechter een 'nieuwe lezing' van een bestaande grondwetsnorm of nieuw gepositieerde rechten legitimeert. Daarnaast is een vergelijkend onderzoek naar de begrippen wenselijk in verband met de vergelijkbaarheid van de stelsels. Het Verdrag van de Europese Unie heeft een andere structuur en doelstelling dan de Duitse grondwet. Het EVRM ontbeert een constitutioneel kader van horizontale en verticale machtscheiding. Betoogd zal worden dat, hoewel deze stelsels niet alle vereisten van een constitutie of grondwet in huis hebben, er geen problemen behoeven te ontstaan voor het analyseren van de jurisprudentie ter zake van rechtsontwikkeling op het terrein van het recht op persoonlijkheid.

2.2.2 *Constitutie*

Een formele definitie van het begrip 'constitutie' houdt de aanwezigheid van een wet in, die de belangrijkste onderdelen de machtsuitoefening van bestuur, wetgever en rechter vestigt en beheerst.³³ Raz geeft naast deze formele benadering eveneens een meer materiële invulling van het begrip constitutie. Hij signaleert zeven eigenschappen die een constitutie van een organisatie in zijn optiek in huis dient te hebben, wil deze zich constitutioneel kunnen noemen.³⁴ De eerste eigenschap komt overeen met de hiervoor gegeven formele definitie: er dient een wet te zijn die de hoogste normen ter zake van machtsuitoefening van bestuur, rechter en wetgever vastlegt. In de tweede plaats dient de constitutie van een organisatie enigermate stabiel te zijn. Deze constitutie kan worden geamendeerd, maar biedt aan de politieke en rechtsinstituten een stabiel kader waarbinnen zij met een zekere continuïteit hun taken kunnen uitvoeren. Constituties zijn vaak vastgelegd in één of een overzichtelijk aantal geschreven documenten, maar van groter belang is dat het rechtsnormen vastlegt die superieur zijn. Daarmee strijdende rechtsnormen zijn nietig of niet toepasselijk. Er dient in het rechtsstelsel eveneens

33 Vgl. Alkema 1996, p. 91: Het begrip 'constitutie' wordt omschreven als het geheel van autonome regels die de structuur van een rechtsstelsel normeren en die eveneens een substantiële verandering van deze structuur mogelijk maken'. Voor een Duitse benadering, zie Starck: 'Within German jurisprudence it is generally agreed that the Basic Law (Grundgesetz: GG) contains binding law, that it is normative in the strongest possible sense. Thus the Basic Law states that legislation must conform to the constitutional order and that the executive and judiciary are bound by statute and law [...]' (Starck 1995, p. 48).

34 Raz 1998, p. 152 e.v. Zie ook Craig 2001, p. 126.

een rechter aanwezig te zijn die bindende uitspraken doet over deze strijdigheid of toepasselijkheid. Amendering van de constitutie vindt in beginsel plaats aan de hand van een verzwaarde amenderingprocedure. In het algemeen leggen constituties ook ideeën vast over democratie en individuele rechtsbescherming.

Nu variëren de accenten op de genoemde eigenschappen van stelsel tot stelsel, maar aanwezigheid van de afzonderlijke elementen wordt voor de kwalificatie van een constitutie in het algemeen noodzakelijk geacht. Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag is aanwezigheid van *alle* genoemde elementen die duiden op 'constitutionnalité' echter niet noodzakelijk. Het onderzoek stelt de uitleg van een grondrecht door de hoogste rechter centraal. Tegen de achtergrond van dit accent is het van belang, een gemeenschappelijkheid te definiëren, die in alle stelsels aanwezig is. Om van een gemeenschappelijkheid te kunnen spreken dienen naar mijn mening drie van de hiervoor genoemde aspecten in de constitutie van het rechtstelsel aanwezig te zijn wil men de in de inleiding opgeworpen onderzoeksvraag op zinvolle wijze kunnen beantwoorden. Van belang is in elk geval de eis, dat er een *document* is, dat rechtsnormen vastlegt die superieur zijn ten opzichte van alle andere wetgeving die in het rechtstelsel tot stand komt. Vanwege de toespitsing van het onderzoek op de wijze van rechtsvinding op het terrein van het recht op persoonlijkheid is in elk geval van belang, dat het document grondrechten codificeert, die kunnen worden aangemerkt als *superieure* rechtsnormen. Deze grondrechten hoeven niet letterlijk een grondrecht op persoonlijkheid te stipuleren, maar het is wel van belang dat er aanwijzingen in de constitutie zijn die duiden op een potentiële bescherming van grondrechten. Daarnaast is van belang, dat de te onderzoeken rechter in *laatste instantie* een *bindende* uitspraak doet over de betekenis van aspecten van het recht op persoonlijkheid.

2.2.3 Grondwet

Tot de grondwet worden hier niet gerekend de grondrechtsbeginselen, gewoonterecht en ongeschreven rechten.³⁵ Tot de grondwettelijk vastgelegde individuele rechten behoren die normen, die in het document van de grondwet zijn geëxpliciteerd. In de Duitse grondwet zijn dat de in Artt. 1-19 GG, Art. 20 lid 4, 33, 38, 101, 103 en 104 neergelegde normen; zij geven uitdrukking aan de gepositieerde fundamentele individuele rechten.³⁶ In de Nederlandse grondwet behoren de Artikelen 1 tot en met 23 tot deze categorie grondrechtbepalingen, alsmede de hierna te bespreken bepalingen van het EVRM met bijbehorende protocollen.³⁷ Voor het EVRM zijn deze rechten in de Artt. 1 tot en

35 Zo ook Kortmann 2001, p. 27. Anders Van Gerven 2000, p. 27. In diens optiek omvat een grondwet, zuiver in abstracto, ongeschreven regels of conventies, het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden en supranationaal en internationaal recht en organieke wetten. Grondrechtsbeginselen kunnen tot de grondrechten behoren (zie hierna par. 2.2.4); gewoonterecht en ongeschreven rechten behoren in elk geval tot de grondrechten (zie ook par. 2.2.4).

36 Alexy 1996, p. 56 en Hesse 1990, p. 117.

37 In de Nederlandse rechtsorde hanteert de rechter de monistische benadering op grond van Art. 93 en 94 Grondwet. De grondrechtencatalogus van het EVRM bevat mitsdien grondrechtbepalingen die direct van betekenis zijn in het Nederlandse grondwetssysteem. Wat de protocollen betreft bevatten het Eerste, het Vierde en het Zesde Protocol grondrechtbepalingen die directe werking hebben in het Nederlandse

met 18 neergelegd, almede in de protocollen.³⁸ De Amerikaanse grondwet stipuleert grondrechtbepalingen die individuele rechten inhouden in de Amendementen I tot en met IX, XIII tot en met XV, XIX, XXIV en XXVI. Het EU-Verdrag bevat eveneens aanwijzingen ter zake, al bestaat er geen overeenstemming over de vraag in hoeverre sprake is van grondrechtbepalingen als in voornoemde systemen. Art. 6 lid 2 EU-Verdrag verwijst allereerst naar de verplichting van de Unie, de grondrechten uit het EVRM en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten te waarborgen. Het EU-Verdrag formuleert deze verplichtingen als ‘algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht’. In het EU-Verdrag is geen sprake van een bindende catalogus van grondrechtbepalingen; evenwel hebben enkele als grondrechten aan te merken bepalingen inmiddels hun neerslag gevonden in het EU-Verdrag.³⁹ Verder mag het EU-Handvest hier niet onvermeld blijven; dat is als Verklaring gehecht aan het Verdrag van Nice en heeft vooralsnog geen bindende kracht.⁴⁰

2.2.4 Grondrechten

Het recht op persoonlijkheid en daaraan gelieerde individuele rechten worden in het vervolg aangemerkt als grondrechten indien zij in de grondwet of in de rechtspraak van het rechtsstelsel tot uitdrukking zijn gekomen of zijn gepositieerd. Het begrip ‘positivering’ behoeft in dit verband enige uitleg.⁴¹ Tot de grondrechten behoren de rechten die reeds hun erkenning hebben gevonden in de grondwet. Het zijn rechten waarover de nodige zekerheid bestaat; die kenbaar zijn. In de rechtspraak en doctrine worden deze rechten dan ook erkend als rechtsgrondslag, waarop individuele aanspraken kunnen worden gevestigd. Een recht wordt in het vervolg aangemerkt als gepositieerd indien grondwet of verdrag letterlijke melding maken van een recht op persoonlijkheid, of van één van de gelieerde rechten.⁴² Het komt ook voor dat een recht niet is gepositieerd in grondwet of verdrag, maar wel is gepositieerd in de rechtspraak.⁴³ In dergelijke gevallen heeft de rechter een individuele aanspraak op een norm erkend als rechtswet, waaruit grondwettelijke bescherming voortvloeit. Indien sprake is van een dergelijke erkenning wordt in het vervolg gesproken over een ongeschreven recht, dit ter onderscheiding van het geschreven grondrecht.⁴⁴ Ook indien het recht in een verdrag tot uitdrukking komt wordt gesproken van ‘grondrecht’ of ‘fundamenteel recht’.

grondwetstelsel. Zie ook in paragraaf 2.7.

38 In het Eerste, het Vierde, het Zesde en het Zevende Protocol zijn eveneens individuele rechten geformuleerd. Het Tiende Protocol is tot op heden nog niet in werking getreden.

39 Zie par. 2.5.1.

40 Zie Pb. 2000, C 364/1 over de beslissing van uitstel van het bindend karakter van het Handvest.

41 Zie par. 4.6 en 4.7 over positivering en gelding van rechtsnormen.

42 Zie hiervoor bij de definitie van het recht op persoonlijkheid in paragraaf 2.1 en met name par. 2.1.5 waarin de te onderzoeken grondwetbepalingen zijn gegeven.

43 Over hoe de in de rechtspraak gepositieerde rechten zich in beginsel verhouden tot de rechten die in de grondwet of in het verdrag zijn gepositieerd, zie ook hoofdstuk 4 B.

44 Beide normen maken dan wel deel uit van de categorie ‘positief recht’, al ligt dat in het geval van erkenning van een nieuwe rechtswet door de rechter niet vanzelfsprekend voor de hand (par. 4.6). De termen ‘grondrechten’ en ‘fundamentele rechten’ hebben in dit onderzoek een identieke betekenis.

Hiermee verwant is de kwestie in hoeverre grondrechtelijke rechtsbeginselen behoren tot de grondrechten. In de literatuur lijkt deze vraag in beginsel negatief beantwoord te worden, hoewel over dit punt beslist geen eenstemmigheid bestaat.⁴⁵ Rechtsbeginselen behoren in elk geval wel tot de constitutie, maar zij maken niet vanzelfsprekend deel uit van de lijst van grondrechten.⁴⁶ Wanneer deze vraag nu wordt gesteld ter zake van erkenning van rechtsbeginselen in de rechtspraak, ligt een veilige stellingname van een precieze kwalificatie evenmin voor de hand. In de rechtspraak zijn, zo zal blijken, normen tot stand gebracht die de indruk wekken dat zij tot het geldend recht behoren, terwijl na onderzoek van de redenering blijkt dat dat niet vanzelfsprekend het geval is. Een rechter kan bijvoorbeeld in zijn rechtsvinding overtuigend doen voorkomen alsof de individuele aanspraak al behoort tot de in de rechtspraak gepositieerde rechtsnormen. De vraag dringt zich dan op, of een aanspraak, die in de rechterlijke uitspraak wordt erkend als een recht maar nog geen bestendiging heeft gevonden in wetgeving of rechtspraak, toch kan behoren tot de in de rechtspraak erkende rechtsnormen en kan leiden tot rechtsgeldige vaststellingen in de constitutionele interpretatie.

Regelmatig zal in het onderzoek worden gesproken over een 'individuele aanspraak'. Indien over een individuele aanspraak wordt gesproken wordt bedoeld op een aanspraak van het individu op een 'rechtsnorm'. Een individuele aanspraak is echter niet altijd evident geënt op een gepositieerde rechtsnorm. Deze kan zich richten op in de wet gepositieerde rechten, hoewel op voorhand nog niet duidelijk is of het betreffende recht zover strekt. Daarnaast komen individuele aanspraken voor die refereren aan normen die geen neerslag hebben in grondwet of verdrag, noch in de rechtspraak als geldende rechtsnorm zijn aanvaard. De individuele klacht houdt kortweg een aanspraak in waarvan nog niet gezegd is, of deze door de rechter wordt erkend als kwalificeerbaar onder één van de gepositieerde rechtsnormen. De rechtswaardigheid van de individuele aanspraak wordt door de rechter onderzocht in de interpretatiefase. In de interpretatiefase kan de aanspraak worden erkend: er bestaat dan een subjectief recht. Aangenomen wordt dat dat in beginsel is gebaseerd op een erkende, geldige rechtsnorm. Deze fase zal steeds centraal staan in het jurisprudentieonderzoek – de vraag naar de wijze waarop de rechter bepaalt, dat de aanspraak grondrechtelijke bescherming dient te verkrijgen. Is de individuele aanspraak eenmaal erkend, dan staat daarmee nog niet vast of de

45 Hier is afgegaan op wat de belangrijkste handboeken stellen ter zake van dit standpunt. Voor auteurs die een zelfde opvatting over het begrip grondrecht hanteren, zie onder meer L. Verhey 1992, p. 13; Hesse 1990, p. 117; Alkema is van mening dat sommige ongeschreven rechtsbeginselen behoren tot de grondwet omdat zij daar systematisch wel thuishoren, ook al zijn zij daar niet opgeschreven (Alkema 1996, p. 92). Zie verder par. 4.6.2 e.v.

46 Dat hangt samen met het rechtskarakter van rechtsbeginselen: zij dienen nog nader geconcretiseerd te worden, terwijl dat bij rechtsregels niet het geval is. Rechtsregels zijn daardoor in hogere mate afdwingbaar. Van grondrechten zou ik hier willen bepleiten, dat zij ook direct afdwingbaar zijn. Zie verder par. 4.6 en 4.7 voor het onderscheid tussen rechtsregels en rechtsbeginselen. Tegelijkertijd kan worden signaleerd, dat sommige in de grondwet opgenomen rechtsnormen een rechtsbeginselachtig karakter bezitten. Het recht op menselijke waardigheid in de Duitse grondwet, zo zal blijken, is van die aard. In dat verband wordt er hier van uit gegaan dat een rechtsbeginsel in de Duitse grondwet is gepositieerd (par. 2.4).

aanspraak ook gehonoreerd dient te worden. Deze beslissing valt in beginsel niet reeds in de interpretatiefase, maar pas in de toetsingsfase.⁴⁷

2.3 Verenigde Staten: de Constitutie en de Amendementen

De Amerikaanse grondwet, de Constitution daterend van 1787, is het oudste grondwettelijke document in functie.⁴⁸ Spoedig na de totstandkoming van de grondwet in 1787 kwam de Amerikaanse 'Bill of Rights' tot stand. Dit handvest legde voor de burger een aantal grondrechtelijke waarborgen neer tegenover de federale overheid. De grondwettelijke waarborgen tegenover de statelijke overheden waren in beginsel al vastgelegd in de afzonderlijke statelijke constituties. De grondwet beschrijft de staatsinrichting (de Artikelen I-VI); de Bill of Rights omvat oorspronkelijk een tiental Amendementen. De Amendementen bevatten enkele fundamentele rechten. Hiertoe behoren onder meer het recht op vrijheid van religie, vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vergadering, de immuniteit van de woning en het recht op een eerlijk proces.⁴⁹ De Bill of Rights werd door de opstellers van de grondwet van 1787 niet gezien als een noodzakelijk onderdeel van de grondwet en werd door hen in eerste instantie daarin ook niet opgenomen. Onder druk van de antifederalisten in de staten, die de grondwet slechts wilden ondtekenen op voorwaarde dat een Bill of Rights zou worden geïncorporeerd, werd in 1791 de Bill of Rights in de vorm van tien Amendementen toegevoegd aan de grondwet. Zij zagen in bijvoorbeeld het Tiende Amendement, een belangrijk element in de verticale machtscheiding, een waarborg tegen een centralistisch ingestelde regering op federaal niveau.⁵⁰ Tegenstanders van de Bill of Rights waren er eveneens: zij zagen met name een bedreiging in het feit dat er slechts *enkele* fundamentele rechten in waren neergelegd. Deze onvrede resulteerde in de toevoeging van het Negende Amendement in 1791: 'The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people'. Het laat zich vertalen, als dat er nog andere fundamentele rechten kunnen bestaan dan de in de Bill of Rights gepositieerde rechten. Dat wil overigens niet zeggen, dat daarmee voor de rechter een 'carte blanche' in de Bill of Rights is neergelegd, die rechterlijke rechtsontwikkeling bij voorbaat legitimeert.⁵¹ Het Dertiende⁵², Veertiende⁵³ en Vijftiende Amendement⁵⁴ dateren van na de Amerikaanse burgeroorlog en zijn typische uitvloeiselen daarvan.⁵⁵

47 Zie par. 3.1.

48 Murphy 1995, p. 116.

49 Respectievelijk het Eerste, het Vierde, het Zesde Amendement.

50 Het Tiende Amendement luidt: 'The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people'.

51 Op het Negende Amendement wordt hieronder teruggekomen in par. 2.3.2.

52 Het Dertiende Amendement schafte de slavernij af.

53 Het Veertiende Amendement verbiedt op federaal niveau vrijheidsbeperkingen zonder 'due process of law', maar richt zich specifiek tot de staten, zie par. 2.3.3.

54 Het Vijftiende Amendement kent het stemrecht aan alle Amerikaanse burgers toe, ongeacht huidskleur of ras.

55 Ackerman 1991, p. 266 e.v.

De geschiedenis van de constitutionele rechtsontwikkeling wordt in de Amerikaanse literatuur met name beschreven aan de hand van de rechtspraak door het Hooggerechtshof.⁵⁶ Het recht op persoonlijkheid wordt in de constitutionele rechtspraak niet erkend als een recht op 'personhood', maar als een 'right to privacy'.⁵⁷ Bedacht dient te worden dat in dat verband niet een enge definitie van privacy wordt bedoeld, maar een meer omvattende notie als onderdeel van een recht op persoonlijkheid. De Bill of Rights kent niet één specifieke bepaling, die een omvattend recht op privacy afzonderlijk beschermt. Wel zijn in de verschillende Amendementen elementen te ontwaren die wijzen op een aanwezigheid van deelelementen van het recht op persoonlijkheid.

De supervisie van het Amerikaanse Hooggerechtshof over het grootste deel van de grondrechten in de Bill of Rights in geschillen tussen individuen en staten was niet van meet af aan aanwezig. In beginsel richtten de grondrechten in de Bill of Rights zich op individuele aanspraken tegen handelingen van de federale overheid, en niet tegen die van de staten.⁵⁸ Het Veertiende Amendement richtte zich bij uitzondering eveneens tot de staten. Het Hof interpreteerde het Veertiende Amendement in de loop van de tijd echter zo, dat het de staten eveneens gebonden achtte aan het grootste deel van de grondrechten die zijn opgenomen in de Bill of Rights.⁵⁹ Het Hof hanteerde hiervoor de zogenoemde 'incorporatietechniek'.⁶⁰ De 'due process'-formule die in het Veertiende Amendement besloten ligt, werd door het Hof niet louter formeel uitgelegd, maar kreeg eveneens een materiële invulling. Met name aspecten van de strafrechtelijke procedure, die door de staten werden voorgeschreven, boden het Hof een mogelijkheid te komen tot een materiële invulling: het Veertiende Amendement schrijft voor dat het een staat verboden is het individu de vrijheid, het leven of de eigendom te ontnemen zonder daarbij processuele waarborgen in acht te nemen. Die waarborgen werden nu juist gevonden in het Vijfde en het Zesde Amendement van de Bill of Rights. Niet-toepassing van de in het Vierde, Vijfde en Zesde Amendement neergelegde waarborgen zou een ontkenning betekenen van processuele waarborgen, zo werd geredeneerd. De waarborgen in de Bill of Rights fungeerden in dit verband als algemene rechtsbeginselen die het Hof benutte voor de invulling van 'due process of law' in het Veertiende Amendement. De toepassing van de Amendementen vond plaats op casuïstische basis; ondertussen is het grootste deel van de Amendementen ook van toepassing op statelijke handelingen.⁶¹ Zo creëerde het Hof de mogelijkheid de staten aan te spreken

56 Zie onder meer Gunther en Sullivan 1997; N. Redlich, B. Schwartz en J. Attanasio 1996; Rotunda 1995; Ducat 1996 en Stone, Seidman, Sunstein en Tushnet 1996.

57 Tribe 1988, Fried 1968.

58 De mogelijkheid tot rechterlijke toetsing van de hoogste wetgeving was evenmin vastgelegd in de grondwet, zie hiervoor par. 3.2.1.

59 Zie bijvoorbeeld de zaken *Twining t. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908), *Palko t. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), waarin de het Vijfde Amendement, dat van oorsprong was geschreven voor federale handelingen, van toepassing werd verklaard op een geschil tussen individu en staat; zie eveneens *Duncan t. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968) waarin het Vijfde en het Zesde Amendement van toepassing werden verklaard op een geschil tussen een individu en staat. Zie verder Gunther en Sullivan 1997, p. 432 e.v.

60 Voor een overzicht van de incorporatie van de eerste acht Amendementen, zie Ducat en Chase 1992, p. 626.

61 Een aantal grondrechten is echter niet geïncorporeerd, zie Ducat en Chase 1992, p. 627.

op grondrechtelijke verplichtingen via het Veertiende Amendement, en bond het Hof de staten, voor wie de Bill of Rights in eerste instantie niet was geschreven, aan de federale grondrechten. Via de incorporatie wist het Hof zijn jurisdictie aanzienlijk uit te breiden; het had nu iets te zeggen over een aantal grondrechten, waarover oorspronkelijk alleen de statelijke rechter in laatste instantie een uitspraak kon doen. Het recht op persoonlijkheid, in Amerikaans verband het recht op privacy, is niet afzonderlijk via de incorporatietechniek geschaard onder het arsenaal grondrechten dat het Hof kan hantieren in de rechterlijke toetsing. Het begrip privacy heeft via rechterlijke rechtsvinding in 1965 zijn beslag gekregen in de Amerikaanse constitutie. Warren en Brandeis pleitten al in 1890 voor een recht op privacy.⁶² Hun pleidooi was het gevolg van de wijze waarop de pers het privé-leven van prominenten onder de aandacht bracht. Het feit dat in die tijd de eerste massaoplagen van kranten verschenen, en dat een groot aantal mensen daarvan kennis kon nemen droeg bij aan de noodzaak van erkenning van privacy. Zij omschrijven het recht op privacy als 'the right to be let alone', het recht om met rust te worden gelaten.

2.3.1 *Het Vierde en het Vijfde Amendement*

Het Vierde Amendement legt het recht op fysieke integriteit, het huisrecht en het recht op briefgeheim vast.⁶³ Deze aspecten vormen allen onderdelen van het recht op persoonlijkheid. In geen van de hier opgesomde rechten gaat het om absolute rechten. Aan de betekenis van de elementen van persoonlijkheid werd in de loop der tijd door het Hooggerechtshof invulling gegeven; zij waren niet vanaf de invoering van het Vierde en het Vijfde Amendement aanwezig. Het Hof heeft de inhoud en de omtrekken van de rechten in het Vierde en het Vijfde Amendement aldus moeten construeren. Sinds *Katz t. Verenigde Staten* (1967) legt het Hof het element van het huisrecht in het Vierde Amendement ruimer uit.⁶⁴ Tot *Katz* was een enge benadering van het huisrecht – zie *Olmstead t. Verenigde Staten* – vaste rechtspraak.⁶⁵ Verschil tussen beide uitspraken was, dat het Hof in het eerste geval alleen een ruimtelijke benadering van het huisrecht hanteerde. In *Katz* aanvaardde het Hof echter dat op het Vierde Amendement ook een inbreuk kan worden gemaakt zonder dat daarvoor een fysiek binnendringen om informatie te vergaren noodzakelijk is. Het af luisteren van een publieke telefoon werd geacht te vallen onder de beschermingssfeer van het Vierde Amendement:

'For the Fourth Amendment protects people, not places. What a person knowingly exposes to the public, even in his own home or office, is not a subject of Fourth Amendment protection. [...] But what he seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected'.⁶⁶

62 Warren en Brandeis 1984 (1890).

63 Het Vierde Amendement luidt: 'The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by an Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized'.

64 *Katz t. Verenigde Staten*, 389 U.S. 347 (1967).

65 *Olmstead t. Verenigde Staten*, 277 U.S. 438 (1928).

66 *Katz t. Verenigde Staten*, 389 U.S. 347, 351-352 (1967).

Voor het recht op persoonlijkheid is deze extensieve interpretatie van het Vierde Amendement interessant, mede omdat het Hof niet meer zoals voorheen specifiek aansluiting zocht bij een inbreuk op *huisvrede*. Niet langer stond de ruimtelijke benadering centraal bij de uitleg van dit Amendement – de beschermingszone lijkt met het individu als het ware mee te kunnen bewegen. De technologische mogelijkheden ter zake van het af luisteren dwongen de rechter om opnieuw de uitleg en de grenzen van het grondrecht te onderzoeken. Om nu vast te stellen in welke mate de belangen die het Vierde Amendement beoogt te beschermen grondrechtelijke bescherming dienen te verkrijgen, heeft het Hof in de loop der tijd een tweetal criteria ontwikkeld. In de eerste plaats vraagt de rechter zich af, of het individu van een redelijke verwachting van bescherming van privacy mocht uitgaan, en in de tweede plaats of de Amerikaanse samenleving bereid is, die verwachting van privacy te honoreren.⁶⁷ Deze afbakeningscriteria missen echter de nodige scherpte. Het Hof heeft steeds een casuïstische benadering gehanteerd ten aanzien van deze criteria. Het is niet goed mogelijk om aan de hand van jurisprudentiële lijnen te voorspellen, welke individuele aanspraken grondrechtelijke bescherming zullen genieten. Met ingewikkelde jurisprudentiële lijnen en verfijningen ter zake van de reikwijdte van het Vierde Amendement, alsmede vanwege de voortschrijdende technologische ontwikkelingen is het niet mogelijk om algemene uitspraken te doen over de precieze reikwijdte van het recht op privacy onder het Vierde Amendement. In beginsel vormen de aspecten van het Vierde Amendement vrij specifieke vertalingen van onderdelen van privacy. Dat uitgangspunt leidde tot een concentratie op de interpretatie van de afzonderlijke begrippen van het Vierde Amendement. Voor de rechtsontwikkeling door de rechter van het recht op persoonlijkheid is het Veertiende Amendement, in vergelijking met het Vierde Amendement, van groter betekenis geweest. Dit verschil in betekenis hangt onder meer samen met de aanwezigheid van het algemene vrijheidsbegrip 'liberty'.⁶⁸ Het Vijfde Amendement bevat eveneens elementen van het recht op persoonlijkheid.⁶⁹ Enkele auteurs zijn de opvatting toegedaan, dat er een recht op privacy ten grondslag ligt aan het recht van het individu om niet tegen zichzelf te hoeven getuigen. Het recht bestaat als voortvloeiende van het Vijfde Amendement, maar van positivering van privacy als grondslag voor dat recht kan niet worden gesproken.⁷⁰ Het recht om niet mee te hoeven werken aan zelfincriminatie wordt in de Duitse rechtspraak wel beschouwd als een concretisering van het recht op persoonlijkheid.⁷¹ Van belang voor de rechtsontwikkeling op het gebied van het recht op persoonlijkheid, te weten het recht op privacy, is het verbod het individu

67 *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

68 Zie par. 2.3.3.

69 Het Vijfde Amendement luidt: 'No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation'.

70 Zie bijvoorbeeld Gerstein 1970, p. 245-264. In de rechtspraak van het Hof is het verbod op zelf-incriminatie tot op heden niet in verband gebracht met een begrip van 'privacy'.

71 *Aussageverpflichtung*, 56 BVerfGE 37, 43 (1983).

dat aan een strafrechtelijke procedure is onderworpen te beroven van leven, vrijheid of eigendom

'[...], without due process of law'[...].

Deze formulering is identiek aan de formulering in het Veertiende Amendement, die in de rechtsontwikkeling van privacy een hoofdrol heeft vervuld. Het verschil tussen het Vijfde en het Veertiende Amendement was oorspronkelijk gelegen in het feit dat het Vijfde Amendement zich tot de federatie richtte en het Veertiende Amendement tot de staten. Vanwege de incorporatie geldt het Vijfde Amendement nu ook voor staten.⁷² Ook andere Amendementen dragen elementen van een recht op persoonlijkheid in zich. Het Eerste amendement stipuleert een vrijheid van godsdienst, meningsuiting en een vrijheid van vereniging; het Hof heeft erkend, dat een vereniging het recht toekomt, bepaalde informatie over zijn leden geheim te houden indien die geheimhouding de uitoefening van het recht op vrijheid van vereniging ten goede komt.⁷³ Het individu behoeft zijn voorkeur voor een politieke partij evenmin te onthullen; het heeft een recht op geheimhouding van zijn politieke overtuiging.⁷⁴

2.3.2 *Het Negende Amendement*

Het Negende Amendement is, afgaand op de formulering, in het Amerikaanse constitutionele debat tot op heden een omstreden bepaling. Het stipuleert ruwweg dat er nog andere fundamentele rechten kunnen bestaan dan de in de Bill of Rights opgesomde rechten. In dit verband werpt zich de vraag op, in hoeverre het Negende Amendement een rechtsgrondslag biedt aan niet-gepositieerde individuele aanspraken, en in welke mate het Hof nieuwe rechten kan positiveren onder dit Amendement. Commentatoren zijn het er in beginsel over eens, dat het Negende Amendement als zodanig geen grondslag biedt om nieuwe rechten te creëren.⁷⁵ Daar houdt de overeenstemming echter op te bestaan. In het debat zijn twee tegenover elkaar staande standpunten aan te wijzen ter zake van de betekenis van het Negende Amendement. Tribe is van mening, dat het Negende Amendement een interpretatieregel inhoudt:

'In fact, it is the *only* rule of interpretation *explicitly* stated in the Constitution. It tells each reader: whatever else you're going to do to explain why "liberty" does not include the grandmother's right to live with her grandchild [...] you *cannot* advance the argument that those rights are not there just because they are not enumerated in the Bill of Rights'.⁷⁶

In deze optiek kunnen ongeschreven grondrechten, mits gebaseerd op één van de ge-expliciteerde grondrechten in de Bill of Rights, worden gerekend tot de rechten die de

72 Omdat het Hooggerechtshof zich bij de uitleg van het hiervoor geciteerde 'due process' niet beperkte tot een formelere eerlijkheid van het proces maar meer een inhoudelijke betekenis hechtte aan 'due process', kon de norm uit het Veertiende Amendement met het Vijfde worden ingevuld.

73 *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).

74 *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957), voorbeeld ontleend aan A.J. Nieuwenhuis 2001, p. 58.

75 Zie onder meer Ely 1980, p. 34-40; Kotulak 1994; DeRosa 1996, met name p. 87-109; Bork 1990, p. 183-185 en Tribe en Dorf 1991, p. 54-55.

76 Tribe 1991, p. 54 (cursief van Tribe), zie ook Tribe 2000, p. 34.

Bill of Rights beoogt te beschermen. Daartegenover zijn meningen aan te wijzen, die aan het Negende Amendement een beperkter betekenis toekennen: enkel de grondrechten die letterlijk zijn vermeld kunnen dienen als grondslag voor erkenning van individuele aanspraken.⁷⁷ In wezen ontkent deze stroming elke betekenis van het Negende Amendement. Daartussenin ligt bijvoorbeeld Ely's opvatting, die stelt dat zolang geen overeenstemming bestaat over de betekenis van het Negende Amendement, de rechter zich verre dient te houden van het hanteren van een dergelijke open clause als grondslag voor erkenning van individuele aanspraken.⁷⁸ In 's Hofs jurisprudentie zijn in elk geval twee uitspraken aan te wijzen waarin het Negende Amendement werd aangehaald – tezamen met andere grondrechtartikelen overigens – en als grondslag diende voor erkenning van nieuwe individuele aanspraken. Eén van die uitspraken stond aan de wieg van de positivering van het recht op privacy in de rechtspraak.⁷⁹ De betekenis van het Negende amendement strekt in verband met dit onderzoek niet alleen tot vestiging van het recht op privacy als materieel grondrecht; het is in beginsel eveneens van 'institutionele' betekenis in de taakopvatting van de rechter en de mate waarin hij zich inlaat met rechtsontwikkeling.

2.3.3 *Het Veertiende Amendement: 'due process' en 'liberty'*

Het Veertiende Amendement dat is ingevoerd in 1868, is van grote betekenis geweest voor de ontwikkeling van de aan het recht op persoonlijkheid gerelateerde Amerikaanse begrippen 'liberty' en "privacy".⁸⁰ Het Veertiende Amendement zegt niet letterlijk iets over het recht op 'privacy', wel over 'liberty'. Het Amendement geeft evenmin expliciete verwijzingen naar een recht op persoonlijke levenssfeer of menselijke waardigheid. Elementen van 'privacy', zo stelt een aantal commentatoren, zitten wel verborgen in het Veertiende Amendement. 'liberty' wordt hier in beginsel verstaan als een individuele handelingsvrijheid. De rechtspraak van het Hooggerechtshof laat zien dat het vrijheidsbegrip werd gehanteerd als een kapstok om een aantal uiteenlopende individuele aanspraken te erkennen. Het Hof beoordeelde bijvoorbeeld individuele aanspraken op het recht, vrijelijk te kunnen kiezen voor een gezinssamenstelling die afwijkt van het kerngezin, of het recht op menselijke voortplanting onder vrijheid als belangen of rechten die het Veertiende Amendement beoogt te beschermen.

77 Zie onder meer Justice Black in zijn *dissenting* bij *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) en Bork 1990, p. 183 e.v.

78 Ely 1980, p. 41.

79 *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). De andere uitspraak was *Richmond Newspapers, Inc. t. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), waarin de vraag aan de orde was of de pers een constitutioneel recht op toegang tot strafrechtelijke procedures in de rechtszaal toekomt. Het Eerste Amendement bood in dat verband onvoldoende grondslag voor het recht iets te horen, waarvan de spreker nu juist niet wenst dat een ander – in dit geval de pers – het hoort. Een samentrekking met het Negende Amendement bood deze grondslag blijkbaar wel, maar er was in het Hof echter niet een meerderheid aan te wijzen die met deze redenering instemde (zie Tribe en Dorf 1991, p. 54).

80 Het Veertiende Amendement, eerste paragraaf luidt: 'All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges and immunities of citizens of the United States, nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws'.

Deze ontwikkeling van het Veertiende Amendement werd mogelijk vanwege een door het Hof gehanteerde extensieve wijze van interpretatie. Voorheen werd al kort gerefereerd aan het systeem van incorporatie – een proces waarin het Hof via de extensieve interpretatie van de eisen van ‘due process’ de staten bond aan de materiële eisen van de meeste overige Amendementen. In wezen interpreteerde het Hof de formule ‘due process’ op wetsanaloge wijze: aan de hand van de andere grondrechten in de Bill of Rights werd aan ‘due process’ nadere materiële betekenis gegeven. De materiële rechten zoals neergelegd in de Amendementen fungeerden in dat kader als constitutionele rechtsbeginselen, die aan de eisen van ‘due process’ ten grondslag liggen. Met de eis van ‘due process’ vond nog iets anders merkwaardigs plaats: het Hof hanteerde deze formulering in het Veertiende Amendement eveneens als aanleiding, fundamentele waarden of rechtsbeginselen in te lezen, waarvan de oorsprong niet te ontwaren is in de tekst van de Bill of Rights. Was dat bij de incorporatie nog wel het geval – in latere rechtspraak kan worden gesignaleerd dat het Hof bereid was, het bestaan van ongeschreven rechtsnormen aan te nemen, op basis waarvan invulling werd gegeven aan het begrip ‘due process’. Deze invulling stond los van (strafrechtelijke) procedurele vereisten, die in de incorporatie steeds op de voorgrond hadden gestaan. In die gevallen was er steeds aanknoping bij bestaande grondwetsnormen, namelijk de Amendementen waaruit het Hof putte voor de invulling van ‘due process’. In de rechtspraak kwamen daarnaast interpretaties tot stand die waren gebaseerd op ongeschreven rechtsnormen. Deze ontwikkeling zette in met *Lochner t. New York*, een zaak waarin het Hof statelijke wetgeving verbood die de contractsvrijheid van arbeiders en werkgevers aan banden legde.⁸¹ Het materiële recht op contractsvrijheid, dat niet is vastgelegd in de Bill of Rights, werd ingelezen als een vrijheid uit het Veertiende Amendement. Op basis van deze ongeschreven rechtsnorm werd geoordeeld dat de bestreden federale of statelijke wetgeving als strijdig moest worden aangemerkt met het Veertiende Amendement. Het Veertiende Amendement leek het Hof ruimte te bieden voor een vergaande extensieve interpretatie, maar er kwam ook kritiek op deze vergaande uitleg waarbij individuele aanspraken werden erkend op basis van ongeschreven grondslagen.⁸² De belangrijkste kritiek is wel dat ‘s Hof’s benadering kan leiden tot de legitimatie van persoonlijke voorkeuren, en dat willekeurige aanspraken erkenning vinden als subjectieve grondrechten.

Op het Veertiende Amendement is een grondwettelijk beperkingsregime van toepassing dat in de Amerikaanse constitutionele theorie wordt kortweg aangeduid met het leerstuk van de ‘strict scrutiny’ test, de ‘rational basis test’ en de ‘double standard’. De met het Veertiende Amendement strijdig geachte wetgeving wordt in beginsel beoordeeld aan de hand van de maatstaf van ‘due process’. ‘Due process’ zou vertaald kunnen worden als een eis dat de gevolgde wetgevingsprocedure moet hebben plaatsgevonden met ‘daarbij passende zorgvuldigheid’. Van belang is nu, dat het Hof een inbreuk op het Amendement kan aanmerken als een inbreuk op een ‘fundamenteel

81 *Lochner t. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

82 Zie de dissenting van Rechter Holmes bij *Lochner t. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

recht'. Indien de kwalificatie van 'fundamentality' aan een grondrechtsaanspraak wordt toegekend vindt er in de regel een intensieve toetsing – 'strict scrutiny' – van de aangevochten maatregel plaats.⁸³ Drie hoofdregels van toetsing zijn in dat geval van toepassing: er vindt een omkering van de anderszins gebruikelijke vooronderstelling van grondwettigheid van wetgeving plaats tenzij de van toepassing zijnde bewijslast wordt vervuld⁸⁴; deze bewijslast bestaat eruit dat aangetoond wordt dat de uitoefening van het recht een 'clear and present danger' oplevert of dat de beperking 'a compelling state interest' dient en tenslotte dient de inbreuk op het recht noodzakelijk te zijn, waarbij een proportionaliteitstoets wordt gehanteerd.⁸⁵ Inbreuken op het hierna te bespreken recht op privacy dienen in principe aan deze test te worden onderworpen omdat privacy een 'fundamental' norm inhoudt.⁸⁶

Indien een recht waarop inbreuk is gemaakt, echter niet wordt erkend als 'fundamental' dan zal het Hof de beperkende maatregel niet intensief toetsen. Die test komt in het kort neer op een marginale toets. Zodra een beperkingsgrond aangewezen kan worden en het legitieme doel wordt gediend met deze beperkingsgrond, is het Hof al snel bereid aan te nemen dat de beperking op het grondrecht geoorloofd is.⁸⁷ Tot de fundamentele rechten worden in principe de in de Bill of Rights gepositieerde rechten gerekend.⁸⁸ Het Vierde en het Vijfde Amendement kennen aldus een strenge toets van wetgeving indien de individuele aanspraak hieronder wordt erkend. Ten aanzien van beperkingen op het Veertiende Amendement hanteert het Hof bij aanspraken op economische rechten de 'rational basis test'.⁸⁹

83 In *Skinner t. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942) stelde het Hof, dat wanneer een 'basic civil right of man' in het geding is, een 'strict scrutiny' test aangewezen is. In *Skinner* bleek voortplanting te behoren tot één van die 'basic civil rights', waardoor sterilisatie van de betrokkene in verband met diefstal kon worden afgewend (zie voor *Skinner* ook par. 4.2 e.v.). Dit is één van de vroege zaken waarin de 'strict scrutiny' test van toepassing werd verklaard op fundamenteelrechtelijke aanspraken (voortplanting); *Skinner's* aanspraak werd echter beoordeeld onder 'liberty' in het kader van gelijke behandeling. Naderhand werden beperkingen op het recht op 'privacy' eveneens onderworpen aan de 'strict scrutiny' test zonder dat de kwestie werd beoordeeld vanuit gelijke behandeling. Het Hof bepaalde – zonder duidelijke maatstaven – dat erkende aanspraken onder 'privacy' behoren tot fundamentele rechten – de zogenoemde 'preferred freedoms' (Gunther en Sullivan 1997, p. 530).

84 *Harris t. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

85 Ducat en Chase 1992, p. 94.

86 Hierover bestaan overigens verschillen van opvatting. Enkele rechters in het Hof zijn van mening, dat het recht op abortus, dat voortvloeit uit het recht op privacy, aan een 'rational basis test' moet worden onderworpen omdat de grondwet geen letterlijke vermelding maakt van dat recht en omdat abortus niet te traceren is in de historische wortels van de Amerikaanse samenleving (rechter Scalia, dissenting, in *Webster t. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1980)). Tot dusverre is deze opvatting niet de heersende in het Hof.

87 Nieuwenhuis 2001, p. 66.

88 Een criterium dat relatief recentelijk is toegevoegd voor de vaststelling van fundamentality is dat het moet gaan om een recht 'deeply rooted in this Nation's history and tradition', zie *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). In deze zaak moest het Hof beoordelen of het recht op privacy ook een fundamenteel recht op seksuele voorkeur omvat; deze aanspraak voldeed niet aan het vereiste dat deze is ingebed in de 'historische tradities van de Amerikaanse samenleving'.

89 Deze test houdt in dat een wet niet ongrondwettig wordt verklaard indien 'any state of facts reasonably may be conceived to justify it' (*McGowan t. State of Maryland*, 366 U.S. 420 (1961)).

Het Hof heeft voor de vaststelling van 'fundamentality' van de individuele aanspraken onder het Veertiende Amendement echter geen eenduidige criteria ontwikkeld.⁹⁰ Voor spelbaarheid in de toepassing van de 'rational basis' test of van de 'strict scrutiny' test wordt daarmee lastig. Een criterium dat regelmatig terugkeert in de rechtspraak om vast te stellen of van 'fundamentality' kan worden gesproken, is dat een recht voldoende wortel moet hebben geschoten in de historie en in het (rechts)bewustzijn van de natie.⁹¹ Bijna altijd heeft de kwalificatie van 'fundamentality' fatale gevolgen voor de aangevochten wetgeving; omgekeerd leidt afwijzing van de kwalificatie van 'fundamentality' in het algemeen steeds tot het in stand houden van wetgeving. De vraag naar de 'juiste' kwalificatie – 'fundamentality' of geen 'fundamentality' – wordt in het Amerikaanse debat gevoerd onder de problematiek van de 'double standard'.⁹² Deze houdt in dat bijvoorbeeld economische wetgeving – die in het algemeen geen fundamentality-belangen raakt – door het Hof marginaal wordt getoetst, terwijl wetgeving die de individuele vrijheid betreft wordt onderworpen aan een strenge toets van grondwettigheid. Het Hof heeft aan de wetgever in beginsel een ruime beoordelingsmarge gelaten waar het gaat om wetgeving op het terrein van bescherming van gezondheid, veiligheid en bevordering van werkomstandigheden; daarentegen komt de wetgever een smalle beoordelingsmarge toe waar het gaat om wetgeving die raakt aan de rechten die zijn neergelegd in het Veertiende Amendement.⁹³ 'Strict scrutiny' speelt in beginsel een belangwekkende rol in specifieke gevallen die het gelijkheidsbeginsel betreffen.⁹⁴ Ook aanspraken die worden gekwalificeerd onder het hierna te bespreken recht op privacy komt steeds een classificatie van 'fundamentality' toe.⁹⁵ Ter zake van het begrip 'liberty' vaart het Hof aldus geen eenduidige koers.

90 Ducat en Chase 1992, p. 93 e.v. Zie ook Hoffman: 'The methodology is so indistinct that one is apt to conclude that a right is simply fundamental when a majority of the Court says it is' (Hoffman 1997, p. 179).

91 Ducat en Chase 1992, p. 93.

92 Gunther en Sullivan, p. 529-530 en A.W. Heringa 1996, p. 126 e.v.

93 Zie *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), waarin rechter Stone in zijn voetnoot het volgende onderscheid maakte tussen toepasselijkheid van een marginale toetsing en van een intensieve toetsing: 'It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the 14th Amendment than are most other types of legislation. [...] Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious [...] or racial minorities [...]; whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry'.

94 Zie voor een extensieve beschouwing hierover Gerards 2002, met name hoofdstuk 5.

95 'Strict in theory, fatal in fact' is een gevleugelde uitdrukking geworden in het Amerikaanse constitutionele debat, die bijna als een wetmatigheid aangeeft dat marginale toetsing de aangevochten wet in stand laat en omgekeerd een intensieve toets bijna altijd leidt tot nietigheid van de aangevochten wet (Gunther 1972, p. 8).

2.3.4 'Privacy' in de rechtspraak

Zoals voorheen al vastgesteld, zijn de in de Amendementen genoemde aspecten van het recht op persoonlijkheid verder uitgekristalliseerd in de rechtspraak. Naast de uitwerking van de in de Amendementen gepositieerde elementen van persoonlijkheid heeft het Hof eveneens een ongeschreven recht op privacy erkend.⁹⁶ Dat ongeschreven recht op privacy lijkt echter van andere aard te zijn dan de afzonderlijke elementen die hiervoor in verband met de Amendementen aan de orde zijn geweest. Het heeft een grotere reikwijdte dan de afzonderlijke elementen van privacy die in de Amendementen te onderkennen zijn. Het omvat aanspraken die te maken hebben met aspecten van individuele zelfbeschikking zoals huwelijk, voortplanting, gebruik van voorbehoedsmiddelen, familiebetrekkingen, het opvoeden van kinderen en hun educatie.⁹⁷ Het recht op privacy werd voor het eerst expliciet gepositieerd in 's Hofs uitspraak *Griswold t. Connecticut* (1965).⁹⁸ Over de wijze van legitimatie van het bestaan van dit recht alsmede over de reikwijdte van dit recht op privacy bestond en bestaat echter veel onenigheid.⁹⁹ Een recht op privacy is immers niet tekstueel vastgelegd in de Amendementen, en de vraag rijst in hoeverre het Hof bevoegd is aan aanspraken onder niet in de grondwet gepositieerde normen grondwettelijke bescherming toe te kennen.¹⁰⁰ De individuele aanspraken op privacy werden afgeleid uit een samentrekking van een aantal Amendementen. Het Hof betrok voor de legitimatie van het recht op privacy het Eerste, het Vierde, het Vijfde en het Negende Amendement in zijn beschouwingen. De kernrechten in deze amendementen worden, aldus het Hof, omringd met een aantal 'penumbra', of halfschaduw waarin zich sterk aanverwante rechten bewegen. Deze wat meer perifere rechten, die samenhangen met de kern van de afzonderlijke grondrechten in de grondwet vormen tezamen voldoende draagvlak voor het aannemen van het bestaan van een fundamenteel recht op privacy. De seksuele voorkeur of het verzoek tot hulp bij zelfdoding konden echter niet worden gerekend tot de belangen die het ongeschreven recht op privacy beoogt te beschermen. De beoordeling van de vraag of de individuele aanspraak bescherming onder privacy dient te verkrijgen is aan het Hof, dat zijn beslissing in belangwekkende mate laat afhangen van de vraag in hoeverre normen en waarden in de samenleving worden erkend als traditionele waarden.¹⁰¹

2.3.5 'Privacy' in het Amerikaanse privaatrecht

In de 'law of torts' kwam het begrip privacy al eerder tot ontwikkeling; de eerste signalen dateren uit het begin van de 20^e eeuw.¹⁰² Naderhand zijn er ruwweg vier typen van

⁹⁶ Dixon 1971, Gunther en Sullivan 1997, p. 518 e.v.

⁹⁷ Zie *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁹⁸ *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) over het recht van het echtpaar, te kiezen voor geboortebepurende middelen, dit tegen het verbod van de staat Connecticut in.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld Black, *dissenting* bij *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (507 e.v.) 1965; Bork 1990, p. 95 e.v.

¹⁰⁰ Justice Black in zijn *dissenting* bij *Griswold t. Connecticut* (zie ook par. 4.3.1 en 5.3.2).

¹⁰¹ Zie voor nadere uitwerking van 'privacy' hoofdstuk 5.

¹⁰² Het hierboven aangehaalde artikel van Warren en Brandeis werd expliciet in *Pavesich t. New England Life Insurance* genoemd als grondslag voor het bestaan van een civielrechtelijke claim op schade-

onrechtmatige daad erkend, die in de rechtspraak tot verdere ontwikkeling zijn gekomen.¹⁰³ Het binnendringen in de privé-zaken van het individu is onrechtmatig vanwege de 'mental distress' die dat met zich meebrengt.¹⁰⁴ Publicatie van aspecten van andermans privé-leven, het in een verkeerd daglicht plaatsen van een persoon alsmede het zich toe-eigenen van een naam of afbeelding van een ander kunnen eveneens worden aangemerkt als inbreuken op de civielrechtelijke privacy.¹⁰⁵ Van belang is hier, dat privacy in het Amerikaanse privaatrecht in beginsel niet het nemen van beslissingen ter zake van de invulling van het eigen leven lijkt te beschermen.¹⁰⁶ De constitutionele privacy komt aldus dichterbij de buurt van het recht op persoonlijkheid dan de privaatrechtelijke.

2.4 Duitsland: het Grundgesetz

De Duitse grondwet, het *Grundgesetz* (GG) van de Bondsrepubliek Duitsland is de tweede poging na de grondwet van de Weimar Republiek om een democratische, constitutionele rechtsorde vast te leggen.¹⁰⁷ De huidige grondwet vestigt de constitutie als het hoogste formele recht geldend binnen de nationale rechtsorde. In de grondwet zijn de ervaringen van het toentertijd directe verleden, het afglijden van het parlementaire systeem naar een totalitair regime, duidelijk merkbaar.¹⁰⁸ Een aantal grondrechten in de grondwet is overgenomen uit de Weimarer Verfassung, maar het belangrijkste verschil met de laatstgenoemde constitutie is gelegen in het feit dat de Weimarer Verfassung de grondrechten slechts erkende als instructienormen, terwijl de huidige grondwet de grondrechten erkent als inroepbare rechten. De positivistische stroming die heerste ten tijde van de Weimarer Verfassung, weigerde te erkennen dat fundamentele rechten van de grondwetgever afkomstig zijn. Hiermee werd de betekenis voor de rechtspraak sterk teruggedrongen.¹⁰⁹ De heersende mening is dat de grondwet een grondwet is die afdwingbare rechten en verplichtingen herbergt. De grondrechten in de huidige grondwet dragen deels een beginselachtig karakter, dat met name voortvloeit uit de open en onbepaalde formulering van de constitutioneelrechtelijke waarborgen.¹¹⁰ De formuleringen van de bepalingen zijn deels open, onder meer omdat de bepalingen in de grondwet de uitwerking zijn van een compromis tussen de toentertijd over de constitutie onder-

vergoeding. Een onderneming had een foto van de kunstenaar Pavesich zonder diens gebruikt in een advertentie. Het Supreme Court van Georgia oordeelde dat deze handelwijze van de onderneming onrechtmatig was vanwege het feit dat Pavesich woorden in de mond werden gelegd. Pavesich had aldus niet langer de controle over zichzelf, hetgeen een belangrijk onderdeel is van 'the right to be let alone' (zie *Pavesich v. New England Life Insurance*, 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905)).

103 Prosser 1984 (1960), p. 107 e.v.

104 Prosser 1984 (1960), p. 109.

105 Prosser 1984 (1960), p. 109-114.

106 Nieuwenhuis 2001, p. 79.

107 Het Duitse Grundgesetz werd op 8 mei 1949 aangenomen in de Parlementaire Raad en trad op 24 mei 1949 in werking.

108 Magiera 1983, 89.

109 Kommers 1997, p. 38.

110 Battis en Gusy 1991, p. 16.

handelende socialistische, liberale en christelijke partijen.¹¹¹ Ook is een oorzaak gelegen in het feit dat de constitutie een gedateerd document is.¹¹² De grondwet stipuleert een recht op ontplooiing van de persoonlijkheid in Art. 2 lid 1 GG. Er zijn verder onderdelen van het recht op persoonlijkheid in de grondwet gepositieerd, zoals het recht op fysieke integriteit, bescherming van het huisrecht en het brief- en telefoongeheim. Voor het recht op persoonlijkheid is daarnaast met name de algemene handelingsvrijheid ex Art. 2 lid 1 GG van belang, evenals het recht op menselijke waardigheid ex Art. 1 lid 1 GG. Uit een contaminatie van de algemene handelingsvrijheid en het recht op menselijke waardigheid heeft het Duitse Federale Constitutionele Hof een overkoepelende rechtsnorm afgeleid. Deze rechtsnorm, het 'Allgemeines Persönlichkeitsrecht'¹¹³, is aan te merken als een verzameling deelaspecten van het recht op persoonlijkheid.

2.4.1 Art. 79 lid 3 Grundgesetz: de Eeuwigheidsclausule

Van belang voor de structuur van de Duitse grondwet is, dat als reactie op de Weimarer Republiek de 'immanentiebepaling' ex Art. 79 GG in de grondwet van 1949 werd vastgelegd.¹¹⁴ Dat artikel geeft aan welke bepalingen in de grondwet 'eeuwigheids-waarde' hebben, en mitsdien niet gewijzigd mogen worden.¹¹⁵ Na de Tweede Wereldoorlog heerste de overtuiging, dat van de fouten van Weimar geleerd diende te worden, en dat aan centrale constitutionele elementen in de grondwet een versterkte mate van stabiliteit diende te worden gegeven. In de grondwet werd dat bereikt door bijvoorbeeld de versterking van de positie van de regering in de constructieve motie van wantrouwen¹¹⁶, beperking van de rol van de indirect gekozen Bondsprezident beperkt tot repre-

111 De uitgangspunten van menselijke waardigheid en de democratische sociale rechtsstaat vinden hun wortels in verschillende filosofische stromingen die het Duitse constitutionele denken hebben gevormd. Hierbij moet met name worden gedacht aan de klassiek-liberale stroming, de socialistische stroming en de christelijk-natuurrechtelijke beweging. Allen hebben zij hun invloed doen gelden op de vorming van het Grundgesetz in 1949. Zij vertegenwoordigen zeer uiteenlopende meningen op het vlak van politieke en filosofische benadering van de constitutie, maar allen voeren zij naar een gemeenschappelijke kernopvatting ter zake van de rol en invulling van de staat en de waardigheid van de menselijke persoon. Zie Heidenheimer en Kommers 1975, p. 264 en Kommers 1997, p. 36-37.

112 Sommige grondwetsbepalingen werden als doelstelling aangegeven, die in de toekomst stapsgewijs gerealiseerd zullen worden, bijvoorbeeld het beginsel van de 'Sozialstaat' ex art. 20 lid 1 GG. In de jaren na de oorlog had men bij dit concept een andere voorstelling dan in de huidige welvaartsstaat. De toenmalige politieke en financiële situatie van het land noopte tot een dergelijk ruim concept omdat er aan concretere sociale grondrechten – recht op arbeid, recht op bijstand – op dat moment geen nadere invulling kon worden gegeven. Zie bijvoorbeeld ook *Mitbestimmung*, 50 BVerfGE 290, 336 (1979), voor het bewust open laten van de wijze waarop de economische inrichting van het land moet worden uitgewerkt.

113 Hierna ook aangeduid als 'het algemene persoonlijkheidsrecht'.

114 Art. 79 GG lid 1: 'das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt. [...] Lid 3: 'Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig'. Zie voor een uitwerking van Art. 79 GG Bryde 2000, p. 227-263.

115 Battis en Gusy 1991, p. 6.

116 Voordat de motie van wantrouwen wordt uitgesproken dient reeds een opvolger van de kanselier te worden aangewezen door de Bondsdag, zie Art. 67 GG.

sentatie¹¹⁷ en de keuze voor de 'wehrhafte Demokratie'. In dat concept werd een aantal naoorlogse constitutionele uitgangspunten verankerd, waaronder de procedure tot verbodenverklaring van een politieke partij¹¹⁸, de mogelijkheid van grondrechtverwerking¹¹⁹ alsmede het in Art. 79 lid 1 GG neergelegde rechtsstatelijke gebod van tekst-aanpassing wanneer de betekenis van de grondwet 'ausdrücklich' veranderd wordt.¹²⁰ Art. 79 lid 3 GG verklaart de menselijke waardigheid en de federale republiek tot immanente waarden.¹²¹ Art. 79 lid 3 GG komt hiermee expliciet tegemoet aan één van de hiervoor genoemde elementen van een constitutie, namelijk die van stabiliteit en continuïteit. De wetgever heeft de boodschap willen geven dat deze waarden niet amendeerbaar zijn. Art. 1 GG vormt een overkoepelend uitgangspunt voor de Artt. 2 tot en met 19 GG; in die zin geldt Art. 79 lid 3 indirect eveneens voor de overige geschreven grondrechten.¹²² Het gaat hier om de onmogelijkheid van de grondwetgever, de 'Grundsätze' te amenderen.

Art. 79 GG duidt op een regel van interpretatie, in belang vergelijkbaar met het Negen-de Amendement in de Amerikaanse grondwet. Vraag is in hoeverre Art. 79 GG extensieve interpretatie of toevoeging van ongeschreven rechten vanwege rechtsvinding door het Hof kan beperken. De grenzen van Art. 79 lid 3 GG zijn niet zozeer door de wetgever geëxploreerd, als wel door het Federale Constitutionele Hof nader afgebakend. Het Hof lijkt in zijn rechtspraak gekozen te hebben voor een tamelijk formele uitleg van deze bepaling in de grondwet, al is deze stellingname niet onomstreden.¹²³ In de literatuur is echter geen eenduidig antwoord gekomen op de vraag, in hoeverre grondwetswijziging langs de weg van rechterlijke interpretatie mag plaatsvinden.¹²⁴

117 Art. 54 GG.

118 Art. 21 lid 2 GG.

119 Art. 18 GG.

120 Andere voorbeelden van de naoorlogse veranderingen zijn onder meer de bescherming van de menselijke waardigheid in Art. 1 GG, de opening van de grondwet met de fundamentele rechten, de afschaffing van de doodstraf in Art. 102 GG en de denazificatievoorschriften in Art. 139 GG.

121 Battis en Gusy 1991, p. 6. Zie ook Hesse 1990, p. 12.

122 Zie voor deze constructie bijvoorbeeld *Abhörurteil*, 30 BVerfGE 1, 26 e.v. (1970). Art. 79 lid 3 GG geldt alleen voor geschreven grondrechten, zie Hesse p. 275 e.v.

123 In het *Abhörurteil* kreeg het Hof de vraag voorgelegd, in hoeverre een beperking bij wet op Art. 10 lid 2 GG (Brief-, post- en telefoongeheim) in overeenstemming waren met de eis van immanentie van Art. 79 lid 3 GG. Het Hof gaf aan Art. 79 lid 3 GG een formele uitleg, die inhield dat de kern van het recht op menselijke waardigheid geraakt moet zijn. Dat was in casu niet het geval. De beslissing werd met 5 tegen 3 genomen, hetgeen een nipte meerderheid is (zie ook de *dissenting* van de rechters Geller, Von Schlabrendorff en Rupp). Zij waren zeer kritisch over de uitleg die het Hof gaf aan Art. 10 GG; de interpretatie kwam in hun optiek overeen met een wijziging van de grondwet door het Hof.

124 Walter 2000, p. 540 e.v. definieert vier legitimerende factoren van de rol van het Hof in de wijziging van de grondwet door middel van rechterlijke interpretatie. Tot die factoren behoren in zijn optiek een democratische legitimatie van het Hof omdat de rechters worden verkozen; de eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid; de 'tekstfactor' die eist dat wezenlijke veranderingen een wetgevende activiteit behoeven en ten slotte een controlemogelijkheid door de Senaat van het Hof (zie voor de Senaat par. 3.3.1). Kritisch tegenover de rol van het Hof in dit verband is Böckenförde (Böckenförde 1993, p. 3 e.v.). Häberle ziet in het probleem van verandering van de grondwet door rechtsontwikkeling door het Hof vooral een interpretatievraagstuk (Häberle 1974, p. 11 e.v.).

2.4.2 Art. 1 lid 1 Grundgesetz: menselijke waardigheid

Art. 1 GG wordt aangeduid als het overkoepelende beginsel voor het respect van de fundamentele rechten in de constitutie, waaruit de gepositiverde subjectieve grondrechten voortvloeien. Het legt het recht op menselijke waardigheid vast.¹²⁵ Art. 1 lid 3 GG vermeldt daartoe een binding voor de wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende macht. In rang staat Art. 1 lid 1 GG hoger dan de andere grondrechten.¹²⁶ De op Art. 1 GG volgende bepalingen vormen nadere uitwerkingen van het recht op menselijke waardigheid. Art. 1 lid 1 heeft een rechtsbeginselkarakter.¹²⁷ Aan het recht op menselijke waardigheid is door de Duitse grondwetgever een immanente waarde toegekend.¹²⁸ Het recht behoort tot de vaste waarden die de structuur van de grondwet bepalen. Het is niet goed mogelijk gebleken, een sluitende materiële definitie te geven van de menselijke waardigheid.¹²⁹ In de rechtspraak zijn uitspraken over aspecten van menselijke waardigheid die werden bedreigd aangetroffen, maar een eenduidige begrenzing aan de reikwijdte van het recht is niet aangetroffen. De materiële betekenis van het recht is met name in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen. Het vaakst werden opsommingen van mogelijke aanspraken aangetroffen.¹³⁰ De rechtsnorm heeft niet alleen een objectiefrechtelijk, maar eveneens een subjectiefrechtelijk karakter. De wetgever heeft geen beperkingsgronden aangegeven in de formulering van Art. 1 lid 1 GG; het Hof heeft evenmin beperkingen op het recht op menselijke waardigheid aanvaard. Eén belangrijke begrenzing is in de rechtspraak wel tot ontwikkeling gekomen, namelijk de 'Gemeinschaftsbezogenheit' van het individu.¹³¹

125 Hesse 1990, p. 128, Kommers 1997, p. 298. Art. 1 GG luidt: 1. Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. 2. Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. 3. Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung al unmittelbar geltendes Recht.

126 Kunig 2000, p. 67, Kommers 1997, p. 32. Zie ook *KPD-Verbotsurteil*, 5 BVerfGE 85, 204 (1956).

127 Kunig 2000, p. 67. Zie *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 36 (1957): 'Er (de menselijke waardigheid, H.L.J.) gehört zu den tragenden Konstitutionsprinzipien'.

128 Zie Kunig 2000, p. 67. Art. 19 lid 2 pleit eveneens voor deze benadering, omdat het 'Wesensgehalt' van een grondrecht gehandhaafd moet worden. Dat vooronderstelt een andere benadering dan een wettelijk voorschrift. Het luidt: 'In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden'.

129 Voor discussie en verwijzingen zie onder meer Kunig 2000, p. 64-83.

130 Eén aanspraak op het recht op menselijke waardigheid werd gedaan in verband met de weigering van een burger mee te werken aan een volkstelling. Het Hof formuleerde de aanspraak op Art. 1 lid 1 GG als volgt: 'Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen', *Mikrozensus*, 27 BVerfGE 1, 6 (1969). Andere aanspraken die betrekking hadden op menselijke waardigheid betroffen onder meer het recht op leven (*Schwangerschaftsabbruch I*, 39 BVerfGE 1, 41 (1975), het recht op behoud van identiteit en lichamelijke integriteit in verband met foltering en het gebruik van leugendetectors (79 BVerfGE 29, (1988)), waarheidsserum of hypnose in een strafrechtelijk onderzoek en het toepassen van levenslange vrijheidsstraf (*Lebenslange Freiheitsstrafe*, 45 BVerfGE 187, 227 (1977)).

131 *Investitionshilfe*, 4 BVerfGE 7, 15 (1954).

2.4.3 Art. 2 lid 1 Grundgesetz: vrije ontplooiing van de persoonlijkheid

Het eerste lid van Art. 2 GG erkent een recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid, en het tweede lid een recht op fysieke integriteit¹³² alsmede een recht op leven.¹³³ In de abortusbeslissingen gaf het Hof een belangwekkende betekenis aan Art. 2 lid 2 GG in verband met het ongeboren leven.¹³⁴ Art. 2 lid 1 GG positieert een belangrijk uitgangspunt in de Duitse constitutionele doctrine: er bestaat een grondwettelijke ordening van geschreven en ongeschreven rechten, die allen binnen bepaalde grenzen grondwettelijke bescherming verdienen. De ongeschreven rechten zijn in dat licht geen abstracte en natuurrechtelijke vrijheden, maar afdwingbare rechten die in Art. 2 lid 1 GG een grondslag vinden.¹³⁵ De reikwijdte van de grondwetsbepaling is, zo kan rustig worden gesteld, ruim. De veronderstelling dat het recht ook onbenoemde grondrechten dekt heeft geleid tot een verhit debat over de vraag, in hoeverre Art. 2 lid 1 GG niet is verworpen tot een formule is die het Hof in staat stelt, om het even welke individuele aanspraak van een grondrechtelijke grondslag te voorzien.¹³⁶ Het Hof heeft Art. 2 lid 1 GG tot dusverre ruim uitgelegd en niet willen beperken tot bijvoorbeeld een intieme privé-sfeer.¹³⁷ Deze extensieve interpretatie creëert namelijk een ruime bevoegdheid van het Hof: dat kan langs deze weg bijna iedere willekeurige individuele aanspraak in behandeling nemen en vervolgens overheidshandelen op grondwettigheid toetsen.¹³⁸ Deze omvangrijke toetsingsbevoegdheid doet in sterke mate denken aan de in het Amerikaanse debat gesignaleerde 'substantive due process'. Gesteld zou kunnen worden dat het Hof op deze wijze systematisch heeft gewerkt aan een 'gesloten' systeem van grondrechten, en dat Art. 2 lid 1 GG deze benadering van de grondwet door het Hof als het ware legitimeert. Hierover bestaat echter geen eensgezindheid: het Hof heeft de grenzen van Art. 2 lid 1 GG deels zelf geïnterpreteerd. De tussen de reikwijdte van grondrechten liggende individuele aanspraken worden met Art. 2 lid 1 GG bestreken;

132 Onder inbreuken op de fysieke integriteit worden verstaan onder meer proeven op mensen, gedwongen castratie of sterilisatie, lichamelijke straffen en gedwongen ruggenmergpunctie in een strafrechtelijke procedure; voorbeelden ontleend aan Pieroth en Schlink 1999, p. 90 e.v.

133 Art. 2 GG luidt: lid 1. 'Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt'. Lid 2. 'Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden'. In de abortusbeslissingen kende het Hof aan het ongeboren leven grondrechtelijke bescherming op het recht op leven toe, zie *Schwangerschaftsabbruch I*, 39 BVerfGE 1, 41 (1975) en *Schwangerschaftsabbruch II*, 88 BVerfGE 203 (1993).

134 *Schwangerschaftsabbruch I*, 39 BVerfGE 1 (1975) en *Schwangerschaftsabbruch II*, 88 BVerfGE 203 (1993).

135 Hesse 1990, p. 173.

136 Art. 2 lid 1 is één van de in Art. 93 lid 1 sub 4 a GG genoemde grondrechten, waarop een grondrechtelijke aanspraak bij het Constitutionele Hof kan worden gebaseerd. Voor discussie en verwijzingen, zie Hesse 1990, p. 173 e.v., Pieroth en Schlink 1999, p. 85 en 90.

137 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 36 (1957), zie ook *Reiten im Walde*, 80 BVerfGE 137 (1989) waarin het Hof de kritiek pareert dat de reikwijdte van het grondrecht zozeer zou zijn opgerekt dat het grondrecht een lege huls dreigt te worden en als grondslag voor een individuele aanspraak niet meer serieus te nemen is.

138 In dit opzicht is sprake van een ontwikkeling waarin Art. 2 lid 1 GG tot een 'due process'-formule wordt, zie daarover Scholz 1975, p. 84 en Currie 1989.

in die zin heeft het artikel een vangnetfunctie.¹³⁹ Interpolatie door de constitutionele rechter lijkt aldus door de grondwet te worden gelegitimeerd.¹⁴⁰ Van belang is overigens dat met de individuele aanspraak eerst dient te worden aangesloten bij één van de andere grondrechten: Art. 2 lid 1 GG heeft een subsidiair karakter.¹⁴¹

Art. 2 lid 1 GG kent een aantal beperkingsgronden, waarvan één regelmatig terugkeert in de rechtspraak. De rechten van anderen en de zedenwet zijn de minst gehanteerde, die van de 'verfassungsmäßige Wertordnung' is daarentegen de meest benutte beperkingsgrond.¹⁴² Het laatste uitgangspunt heeft de eerste twee als het ware overvleugeld.¹⁴³ Met het begrip van de 'verfassungsmäßige Wertordnung' wordt bedoeld:

'die Gesamtheit der Normen die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen'.¹⁴⁴

Zowel geschreven als ongeschreven rechtsnormen maken deel uit van 'die Gesamtheit der Normen'.¹⁴⁵ Het Hof bepaalt aan de hand van de 'verfassungsmäßige Wertordnung', welke normen in de constitutie dwingen tot een beperking van de ingeroepen grondrechtsnorm.¹⁴⁶ De formulering van de 'verfassungsmäßige Wertordnung' duidt op een omvangrijke beperkingmogelijkheid. Een ruime beperkingsmogelijkheid van Art. 2 lid 1 GG is het gevolg van de ruime reikwijdte van het recht. Een beperking op Art. 2 lid 1 GG kan met de 'verfassungsmäßige Wertordnung' in overeenstemming zijn, mits voldaan is aan twee criteria. Het formele criterium stelt de eis, dat het orgaan dat de vrijheid heeft beperkt, daartoe ook bevoegd moet zijn. De materiële eis kent daarentegen een aantal deelcriteria. De beperking mag niet in strijd zijn met het grondwettelijk waardensysteem en de eisen van een democratische rechtsstaat. De kern van het grondrecht mag met de beperking niet worden aangetast. Ten slotte past het Hof bij de

139 Scholz 1975, p. 82, Jarass 1989, p. 857.

140 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 37 (1957), *G 10*, 67 BVerfGE 157, 171 (1984).

141 Een greep uit de variëteit van de aanspraken: het aangaan van overeenkomsten (*Preisgesetz*, 8 BVerfGE 274, (1958)), het uitreizen naar het buitenland (*Elfes*, 6 BVerfGE 32 (1957)), brommerrijden zonder helm (59 BVerfGE 275 (1982)) en het recht op het seksuele privé-leven (*Homosexuelle*, 6 BVerfGE 389, 432 (1957)).

142 De zedenwet heeft zelden een rol gespeeld in de beoordeling van de grondwettigheid van beperkingsgronden. Het Hof heeft de zedenwet in *Homosexuelle* geaccepteerd als rechtmatige beperkingsgrond: de strafbaarheid van homoseksualiteit werd in overeenstemming geacht met de – in 1957 – heersende opvattingen in de samenleving (*Homosexuelle*, 6 BVerfGE 389, 432 (1957)).

143 Kunig 2000, p. 134.

144 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 38 (1957). Het begrip 'verfassungsmäßige Wertordnung' zou kunnen worden vertaald als 'constitutionele orde'.

145 Ter zake van beperkingen op Art. 2 lid 1 GG kunnen aldus ook ongeschreven recht (rechtersrecht) en gewoonterecht een beperkingsgrond opleveren (74 BVerfGE 129, 152).

146 In deze formule is in zekere zin een cirkelredenering aanwezig: een beperking van de algemene handelingsvrijheid ex Art. 2 lid 1 GG is rechtmatig indien zij in overeenstemming is met het recht in het algemeen en de grondwet in het bijzonder. Maar de vraag is nu juist of de gewraakte beperking in overeenstemming met Artikel 2 I GG is. Hierdoor zou Art. 2 lid 1 GG zijn betekenis als grondslag voor een grondrechtelijke individuele aanspraak kunnen verliezen. Zeer kritisch over het argument van de Wertordnung als beperkingsgrond is Goerlich; hij is van mening dat dit argument geen legitimiteit kan toekomen: het heeft een verhullend karakter en de inhoud van het begrip lijkt op geen manier te kunnen worden blootgelegd (Goerlich 1973, p. 187).

beoordeling van de grondwettigheid van de handeling van de staat eveneens de reeds genoemde proportionaliteitstoets toe. Het uitgangspunt bij de proportionaliteitstoets ter zake van beperkingen op de algemene handelingsvrijheid is dat het individu een autonomie alsmede een eigen verantwoordelijkheid toekomt. Naarmate de vrijheidsbeperking op de autonomie en de eigen verantwoordelijkheid groter is, wordt de proportionaliteitstoets zwaarder aangezet.

Van belang is dat aan het recht op algemene handelingsvrijheid in beginsel geen vermoeden ten gunste van de individuele vrijheid wordt toegekend.¹⁴⁷ In dit verband is er enige vergelijking te maken met de benadering van het Amerikaanse Hooggerechtshof, dat individuele aanspraken onder het vrijheidsbegrip uit het Veertiende Amendement niet vanzelfsprekend de kwalificatie 'fundamentality' toekent. In de Amerikaanse situatie leidt die kwalificatie steeds tot afwijzing van intensieve toetsing, en tot het in stand houden van de aangevochten wetgeving. Ter zake van Art. 2 lid 1 GG lijkt, afgaand op het bovenstaande, een marginale toetsing uitgangspunt, zij het dat de marginale toets in de Duitse constitutionele rechtspraak niet behoeft te leiden tot dezelfde consequentie als in de Amerikaanse situatie. Verder wordt de eis van de toepassing van de zogenoemde 'Wechselwirkungslehre' ten aanzien van Art. 2 lid 1 GG niet gesteld.¹⁴⁸ Het Hof combineert in zijn rechtspraak bij toepassing van Art. 2 lid 1 GG een ruime uitleg ten aanzien van de soorten handelingen die onder de algemene handelingsvrijheid worden beschouwd, maar trekt aanzienlijk engere grenzen wanneer het gaat om de mate van bescherming die de individuele aanspraken moet toekomen. Gesteld kan worden dat het Hof ter zake van de erkenning van de aanspraken ruimhartig is, maar de honorering van individuele aanspraken op grondrechtsbescherming niet steeds vanzelfsprekend is. Teneinde de omvang van rechtsbescherming die de erkende aanspraak dient te verkrijgen, stelt het Hof vast of en in welke mate de aanspraak van betekenis is voor de 'privater Lebensgestaltung'.¹⁴⁹ Indien de aanspraak niet is verbonden met dit aspect van de handelingsvrijheid, kan er geen grondrechtelijke bescherming ex Art. 2 lid 1 GG aan deze aanspraak worden verleend.

2.4.4 *Het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht'*

In het kader van het recht op persoonlijkheid is het in de Duitse rechtspraak ontwikkelde 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' van groot belang.¹⁵⁰ Het beschermt de intieme privé-sfeer en een recht van het kind op het kennismaken van zijn afstamming.¹⁵¹ Bin-

¹⁴⁷ Kunig 2000, p. 136-137.

¹⁴⁸ Kunig 2000, p. 137. De wisselwerkingsdoctrine staat in direct verband met het interpretatiemaxime van de 'praktische Konkordanz' (zie hierna par. 4.3.2).

¹⁴⁹ 'Hieraus ergibt sich, daß dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist. Ein Gesetz, das in ihn eingreifen würde, könnte nie Bestandteil der "verfassungsmäßigen Ordnung" sein; es müßte durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt werden', *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 41 (1957).

¹⁵⁰ Zie ook Nehmelman 2002 voor uiteenzetting van de achtergrond van dit recht.

¹⁵¹ Voor het recht op privé-leven is in de Duitse grondwet geen afzonderlijke specifieke bepaling te vinden (Art. 10 GG handelt over het brief- en telefoongeheim en is door het Hof niet zodanig uitgelegd als zou

nen begrenzingen erkent het recht de mogelijkheid, het leven naar eigen inzicht gestalte te geven zonder inmenging van buitenaf. Ook is de wijze waarop het individu zijn fysieke beeld of gesproken woord naar buiten brengt, tot op zekere hoogte beschermd onder het algemene persoonlijkheidsrecht. Indien het individu op bepaalde wijze in de openbaarheid wordt afgeschilderd, kan het persoonlijkheidsrecht grondslag voor een aanspraak bieden, bijvoorbeeld indien het overgebrachte beeld of het woord niet overeen kwam met de werkelijkheid.¹⁵²

Het algemene persoonlijkheidsrecht is geschoeid op de leest van Art. 2 lid 1 GG. Het vormt een 'Teilbereich', of een deelverzameling van het recht van vrije ontplooiing van de persoonlijkheid.¹⁵³ De toevoeging van Art. 1 lid 1 GG onderscheidt het algemene persoonlijkheidsrecht echter van het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid ex Art. 2 lid 1 GG. De toevoeging van Art. 1 lid 1 GG heeft tot gevolg, dat minder individuele aanspraken onder het algemene persoonlijkheidsrecht worden erkend in vergelijking met de vrije ontplooiing van de persoonlijkheid ex Art. 2 lid 1 GG. De rechter is met andere woorden tot dusverre bereid gebleken om een groter aantal diverse individuele aanspraken onder Art. 2 lid 1 GG te erkennen, dan onder het algemene persoonlijkheidsrecht ex Art. 2 lid 1 en 1 lid 1 GG.¹⁵⁴ Een hiermee samenhangend verschijnsel is dat op het algemene persoonlijkheidsrecht andere beperkingsgronden van toepassing zijn dan op Art. 2 lid 1 GG alleen het geval is. Op de beperkingsmethodiek wordt hieronder teruggekomen. Daarnaast bestaat een inhoudelijk onderscheid tussen de vrije ontplooiing van de persoonlijkheid en het algemene persoonlijkheidsrecht: grofweg kan worden gesteld, dat Art. 2 lid 1 GG een algemene handelingsvrijheid in zich draagt; dit wijst op een actief element in het handelen waarvan het individu grondwettelijke bescherming vraagt. Een aanspraak op het algemene persoonlijkheidsrecht daarentegen houdt niet zozeer een handeling in, als wel een respect voor een bepaalde mate van afscherming in alsmede op het respectvol bejegend worden.¹⁵⁵ Beide benaderingen dragen elementen van het recht op persoonlijkheid in zich, en de aanspraken kunnen elkaar eveneens overlappen. Van belang voor dit onderzoek is dat zowel het algemene persoonlijkheidsrecht alsmede de concretisering daaruit in dat kader enkel door de rechter tot stand zijn gebracht. Het algemene persoonlijkheidsrecht maakt geen deel uit van de geschreven grondrechten. Het Hof heeft van het algemene

het een recht op het intieme privé-leven omvatten). Het uit het algemene persoonlijkheidsrecht afgeleide recht van het kind, kennis over de afstamming te kunnen vernemen is te vinden in *Vaterschaftsauskunft*, 96 BVerfGE 56, 63 (1997).

152 Andere voorbeelden van in de jurisprudentie erkende individuele aanspraken onder het algemene persoonlijkheidsrecht betreffen het recht op bescherming van het dagboek, het recht op geheimhouding van medische gegevens, het recht op seksuele zelfbeschikking, het recht op de keuze van de naam, het recht om niet gedane uittalingen in de mond gelegd te krijgen, het recht om niet aan zelfincriminatie te hoeven meewerken en het recht op kennis van de biologische afstamming.

153 Scholz 1975, p. 91; Jarass 1989, p. 857; Hesse 1990, p. 175; Kunig 2000, p. 144-145.

154 Jarass 1989, p. 857 en Kunig 2000, p. 145.

155 Het onderscheid wordt in de literatuur ondersteund door onder meer Scholz 1975, p. 92 en door Alexy, die wijst op het onderscheid tussen 'handlungsbezogene Rechte' die gebaseerd zijn op Art. 2 lid 1 GG en 'zustandsbezogene Rechte', die hun grondslag vinden in Art. 2 lid 1 GG in verbinding met Art. 1 lid 1 GG (Alexy 1996, p. 332 e.v.).

persoonlijkheidsrecht geen sluitende definitie gegeven. Het Hof beperkt zich bij de beoordeling van nog niet eerder gedane individuele aanspraken niet tot de in de jurisprudentie ontwikkelde concretisering, maar lijkt juist open te staan voor nieuwe ontwikkelingen. Het algemene persoonlijkheidsrecht is een open norm waarvan de omvang zich laat merken aan de hand van geconcretiseerde rechten.¹⁵⁶

Beperkingen op het algemene persoonlijkheidsrecht zijn eveneens in de rechtspraak ontwikkeld. De toetsing van de beperkingen verloopt in beginsel via de methode die is uiteengezet bij Art. 2 lid 1 GG. De toetsing van de aangevochten wet is bij vermeende schending van het algemene persoonlijkheidsrecht strenger dan die bij inbreuken op de algemene handelingsvrijheid ex Art. 2 lid 1 GG, omdat de beperkingen op dat grondrecht niet bij formele wet moeten worden gesteld.¹⁵⁷ Een belangrijke aanwijzing voor de door het Hof gehanteerde beperkingsmethodiek is gelegen in de zogenoemde sferenleer, al kan niet worden gesteld dat de sferenleer een synoniem is voor de beperkingsmethodiek.¹⁵⁸ Er bestaat verschil van mening over de mate waarin het Hof de beperkingsmechanismen die van toepassing zijn op de algemene handelingsvrijheid tot een doctrine heeft verheven die van toepassing is op het algemene persoonlijkheidsrecht, al zijn er wel enkele lijnen te ontwaren in de beperkingmethodiek.¹⁵⁹ Een beperking van het persoonlijkheidsrecht vergt een zwaarder verantwoording van de zijde van de staat, naarmate de privé-sfeer waarop inbreuk wordt gemaakt, intiemer is.¹⁶⁰ Van belang in de interpretatiefase is dan ook, in welke mate de individuele aanspraak kan rekenen op het behoren tot een intieme privé-sfeer. In de eerste plaats bestaat er een kern van privé-sfeer, met daaromheen de intieme privé-sfeer. De kern laat een inbreuk op het persoonlijkheidsrecht niet toe, maar niet helemaal duidelijk is waar de grens tussen de kern en de intieme privé-sfeer verloopt.¹⁶¹

‘Hieraus ergibt sich, daß dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist’.¹⁶²

Buiten dit bereik van intimiteit is een meer openbare sfeer te ontwaren. Individuele aanspraken die worden gekwalificeerd in deze sfeer, moeten in beginsel eerder een inbreuk op de privé-sfeer tolereren: aan de inbreuk worden minder strenge eisen gesteld. De proportionaliteitseis die in de toetsingsfase aan de orde komt, zal in dat verband

¹⁵⁶ Scholz 1975, p. 268.

¹⁵⁷ Jarass 1989, p. 861 en Kunig 2000, p. 153; zie eveneens *Ärztliche Schweigepflicht*, 32 BVerfGE 373, 379 (1972) Anders: Nehmelman 2002, p. 49.

¹⁵⁸ Als grondlegger van het idee van de sferentheorie in verband met Art. 2 GG wordt Hubmann wel aangewezen (Hubmann 1953); zie voor een toegankelijke uitwerking Nehmelman 2002, p. 31 e.v. Zie voor een onderverdeling bijvoorbeeld Scholz 1975, p. 265 e.v., Pieroth en Schlink 1999, p. 86-87.

¹⁵⁹ Pieroth en Schlink zijn van mening dat het Hof van deze sferentheorie al afscheid heeft genomen, maar dat in de literatuur hardnekkig wordt vastgehouden aan deze theorie (Pieroth en Schlink 1999, p. 86). Nehmelman wijst op het onderscheid tussen sferenleer en beperkingsmethoden; zij vallen grotendeels samen maar zijn echter niet identiek (Nehmelman 2002, par. 2.4.2.2).

¹⁶⁰ Scholz 1975, p. 266; Kunig 2000, p. 152.

¹⁶¹ *Tagebuch*, 80 BVerfGE 367, 373 (1989).

¹⁶² *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 41 (1957).

aldus op andere wijze worden ingevuld dan in de intieme sfeer. Een eenduidig criterium voor een scheiding tussen beide sferen is niet te geven; het Hof plaatst de individuele aanspraken in het algemeen op casuïstische wijze in één van de sferen.¹⁶³ Overigens geeft het Hof niet steeds nauwkeurig aan of de individuele aanspraak op bescherming van het persoonlijkheidsrecht in de intieme of in de meer openbare sfeer wordt gekwalificeerd. In de literatuur lijkt niet zozeer bezwaar te bestaan tegen de omvang van de reikwijdte van het algemene persoonlijkheidsrecht; er bestaat in die zin minder kritiek op het algemene persoonlijkheidsrecht dan op de algemene handelingsvrijheid. Er bestaat wel weerstand tegen de onzekerheid ten aanzien van de vraag, of en wanneer het Hof een individuele aanspraak zal erkennen. Een zekere mate van inkadering, en wellicht positivering van het algemene persoonlijkheidsrecht zou kunnen bijdragen aan een scherpere omschrijving van het recht, en aan grotere voorspelbaarheid van erkenning en van nadere concretisering. Tegelijkertijd bestaat het gevaar, dat een dynamische interpretatie verloren kan gaan.

2.4.5 *Privaatrechtelijke notie van het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht'*

Het grondrechtelijke en privaatrechtelijke algemene persoonlijkheidsrecht zijn sterk met elkaar verweven, al lijkt de constitutioneelrechtelijke variant een ruimere strekking te kennen.¹⁶⁴ In het privaatrecht werd de discussie over het bestaan van een algemeen persoonlijkheidsrecht echter eerder gevoerd dan in constitutionele kring. In de rechtspraak van het Bundesgerichtshof is het concept voor het eerst in de rechtspraak in 1954 als grondslag voor een individuele aanspraak erkend.¹⁶⁵ Er werd in het kader van onrechtmatigheid ex Art. 823 lid 1 BGB een beroep op gedaan; het Bundesgerichtshof (BGH) erkende dat het oproepen van een verkeerd beeld van een persoon in een openbare publicatie kon leiden tot een schadevergoedingsverplichting.¹⁶⁶ Het individu komt een 'Achtung der Würde und der freie Entfaltung der Persönlichkeit' toe, hetgeen het BGH baseerde op een contaminatie van Art. 1 lid 1 GG en Art. 2 lid 1 GG.¹⁶⁷ De invulling van één van de schadevergoedingsgronden ex Art. 823 lid 1 BGB aan de hand van het algemene persoonlijkheidsrecht was hiermee een feit.¹⁶⁸ Het algemene persoonlijkheidsrecht bood vervolgens een grondslag aan uiteenlopende schadevergoedingsaanspraken. Via Art. 823 lid 1 BGB werden aanspraken gedaan op het algemene persoonlijkheidsrecht ter bescherming van de eer en goede naam¹⁶⁹, ter bescherming van de

163 Het Hof heeft op de hantering van de sferen als onderdeel van de vaststelling van de reikwijdte van het algemene persoonlijkheidsrecht regelmatig kritiek te verduren gehad vanwege de onmogelijkheid, scherpe criteria te formuleren voor de plaatsing in de ene of de andere sfeer (Pieroth en Schlink 1999, p. 86).

164 Zie voor nadere uitwerking Nehmelman 2002, p. 18 e.v.

165 Het Bundesgerichtshof is op federaal niveau de hoogste civiele en de hoogste strafrechter. De eerste uitspraak door het BGH ter zake van het algemene persoonlijkheidsrecht werd gedaan in *Leserbrief*, 13 BGHZ 334 (1954).

166 *Tagebuch*, 80 BVerfGE 367, 373 (1989).

167 *Leserbrief*, 13 BGHZ 334 (1954).

168 Het algemene persoonlijkheidsrecht werd ingeroepen als 'ein sonstiges Recht'.

169 Zie bijvoorbeeld 39 BGHZ 124, NJW 1963, 602.

privé-sfeer¹⁷⁰ en het onrechtmatig gebruik van beelden en namen¹⁷¹ en ter zake van ongewenste publicaties van de pers.¹⁷² In het Duitse recht wordt overigens niet van horizontale werking van het persoonlijkheidsrecht gesproken maar wordt de doorwerking in private verhoudingen aangemerkt als dat het in Art. 2 lid 1 en 1 lid 1 GG neergelegde persoonlijkheidsrecht 'Ausstrahlungswirkung' of indirecte 'Drittwirkung' heeft.¹⁷³ Het algemene persoonlijkheidsrecht verkreeg in de rechtspraak van het Bundesgerichtshof de status van een 'objektive Schutznorm', die in de 'Wertordnung' of in het 'Wertsysteem' een status van een grondwettelijke waarde verkrijgt waarmee ook in een privaatrechtelijke rechtsverhouding rekening moet worden gehouden.¹⁷⁴ Het persoonlijkheidsrecht verkrijgt dan rechtsbeginselachtig karakter, dat zich in de privaatrechtelijke geschillen manifesteert en dient te worden meegewogen. Het Federale Constitutionele Hof hanteerde het begrip van het algemene persoonlijkheidsrecht in de zaak *Soraya*, een van oorsprong civiele zaak waarin werd geklaagd over onrechtmatige persuitlatingen.¹⁷⁵ Het algemene persoonlijkheidsrecht bood, aldus het Hof, een grondslag om een recht op immateriële schadevergoeding te erkennen. Het Hof toetste deze grondslag die door het Bundesgerichtshof was geconstrueerd op grondwettigheid. Het zou daarna nog enige tijd duren, voordat het Constitutionele Hof het algemene persoonlijkheidsrecht als zodanig zou hanteren in zijn rechtspraak.¹⁷⁶

2.5 Europese Unie: het Verdrag van de Europese Unie

2.5.1 Het EU-Verdrag: grondwet en grondrechten¹⁷⁷

De toevoegingen van het Verdrag van Maastricht en het Verdrag van Amsterdam aan het EG-Verdrag hebben geleid tot het ontstaan van het Verdrag van de Europese Unie. Het Verdrag van de Europese Unie kan niet zoals dat in de Verenigde Staten, Duitsland en Nederland wel het geval is, worden aangemerkt als een grondwet van een staat.¹⁷⁸

170 Bijvoorbeeld stiekem fotograferen (24 BGHZ 200, NJW 1957, 1315) of het stiekem opnemen van een gesprek op een band, dat later wordt gebruikt als bewijs (27 BGHZ 284, NJW 1958, 1344) of een mededeling over iemands gezondheidstoestand door familieleden in de openbaarheid (24 BGHZ 72, NJW 1957, 1146).

171 Zie bijvoorbeeld de *Paul Dahlke-zaak*, 20 BGHZ 345, NJW 1956, 1554 en *Herrenreiter-zaak*, 26 BGHZ 349, NJW 1958, 828.

172 *Soraya*, 34 BVerfGE 269 (1973).

173 Jarass 1989, p. 858.

174 Pieroth-Schlink 1999, p. 20, Hesse 1990, p. 126 en Kunig 2000, 151. Het Bundesverfassungsgericht heeft deze constructie erkend een geschil tussen twee individuen in *Lüth*, 7 BVerfGE 198, 205 (1958).

175 *Soraya*, 34 BVerfGE 269, 281 (1973).

176 *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 153 e.v. (1980).

177 Met het Verdrag van de Europese Unie wordt bedoeld de tot EU-Verdrag samengevoegde teksten van het oorspronkelijke Unieverdrag van Maastricht (1993) en het EG-Verdrag. Waar relevant, zal onderscheidenlijk gesproken worden over het EU- of EG-Verdrag. Voor dit onderzoek is het oorspronkelijke EG-Verdrag van groter belang; het Hof van Justitie heeft over dit Verdrag de meest uitgebreide jurisdictie, en in het kader van het EG-Verdrag heeft het Hof aan rechtsontwikkeling gedaan op het terrein van het recht op persoonlijkheid.

178 Zie onder meer het Duitse Federale Constitutionele Hof in *EWG-Verordnungen*, 22 BVerfGE 293

Structuren, die duiden op aanwezigheid van grondrechten en op elementen van machtscheiding lijken niet expliciet aanwezig in het verdrag. De Europese Unie wordt wel gekarakteriseerd als een 'conglomeraat van verschillende (staats-, H.L.J.) structuren'.¹⁷⁹ Er zijn in de loop der tijd evenwel uitspraken gedaan over de 'constitutiona-
liteit' van de EU. Het constitutionele karakter van de verdragen werd door het Hof bijvoorbeeld afgeleid uit de ongeschreven constitutionele beginselen, die aan het EU-Verdrag ten grondslag liggen. Het Hof van Justitie van de EG heeft de Eerste Pijler meermaals aangeduid met de term 'constitutioneel handvest'.¹⁸⁰ Het Hof heeft daarnaast ook beginselen van machtscheiding en de aanwezigheid van bindende grondrechten in het rechtsstelsel vastgesteld. Het beginsel van machtscheiding heeft betrekking op zowel verdeling van bevoegdheden tussen de instellingen onderling, alsook op de verdeling van bevoegdheden tussen de Lid-Staten en de instellingen.¹⁸¹ Het Hof heeft met jurisprudentie een bijdrage van grote betekenis geleverd aan verhoging van het constitutionele gehalte van de verdragen.¹⁸² Het heeft bij de toepassing en interpretatie van het verdrag constitutionele beginselen gepositieerd, die wijzen op aanwezigheid van fundamentele rechten in de Gemeenschapsrechtsorde.¹⁸³ Daarnaast zijn beginselen als voorrang van het Gemeenschapsrecht, directe werking en de aanwezigheid van grondrechten als rechtsbeginselen door het Hof ontwikkeld in de rechtspraak.

Desondanks kan van het EG-Verdrag, worden gesteld dat zij in elk geval de voor dit onderzoek noodzakelijke elementen bevatten. De aanwezigheid van die elementen leidt – tegen de achtergrond van de voorgestelde probleemstelling – tot vergelijkbaarheid van de EG met de andere rechtsstelsels, die zich wel laten typeren als staten met een grondwet. Een algehele kwalificatie van de EG als constitutie is daarom niet noodzakelijk. Refererend aan de kenmerken die een rechtsorde kenmerken als constitutie kan worden gesteld dat de EG-rechtsorde in elk geval de kenmerken van een constitutie in zich draagt die noodzakelijk zijn voor de vergelijking met de andere rechtsstelsels. Er is een rechterlijke instantie in de rechtsorde aanwezig die bindende uitspraken doet over de verenigbaarheid van handelingen van de Gemeenschapsinstellingen en van de handelingen van de Lid-Staten ter zake van rechtsnormen die gelieerd zijn aan het recht op persoonlijkheid. Het EG-Verdrag dient daarbij als hoogste en bindend referentiekader, al noemt het EG-Verdrag niet expliciet een recht op privé-leven, op persoonlijke levenssfeer of privacy. Deze rechtsnormen zijn evenwel erkend in de EG-rechtsorde als rechtsbeginselen van Gemeenschapsrecht, en hebben in die hoedanigheid gediend om

(1967); *Les Verts t. Europees Parlement*, zaak 294/83 (1986), Jur. p. 1339 (1986), par. 23; *Opinie 1/91* (1991) I-6084, 6102 (par. 69 e.v.); *Weiler* 1999, p. 221; *Hirsch Ballin* 2000, p. 16; *De Witte* 2000, p. 45 en *Schilling* 1996, p. 47. De laatste auteur categoriseert verscheidene soorten constituties, waaronder constituties die worden gesloten middels een verdrag.

¹⁷⁹ *Zie Barents en Brinkhorst* 2001, p. 25 e.v.

¹⁸⁰ *Les Verts t. Europees Parlement*, zaak 294/83, r.o. 23; *Opinie van het Hof van Justitie 1/91* (1991) I-6084, 6102, par. 69 e.v.

¹⁸¹ *Zie voor een schets van de ontwikkeling en verwijzingen onder meer De Witte* 1995, p. 139 e.v.

¹⁸² *Luisa Fernandez Esteban* 1995, p. 130 en *Craig* 2001, p. 129.

¹⁸³ *Zie voor ontwikkeling en waardevolle verwijzingen onder meer Tridimas* 1999, p. 2020 e.v. en *Craig en De Búrca* 1998, p. 296 e.v.

handelingen van de Instellingen en van Lid-Staten te toetsen op overeenstemming met EG-rechtelijke normen. Het ontbreken van individuele rechtsbescherming in de vorm van een geschreven grondrechtscatalogus is echter geen reden om het EG-Verdrag als onvergelijkbaar rechtsstelsel aan te merken.

In beginsel heeft het Hof bindende rechtsmacht met betrekking tot de handelingen van de Instellingen, en niet met betrekking tot die van de Lid-Staten. Niet ontkend kan echter worden, dat het Hof, afgaande op de jurisprudentie, ook naar de Lid-Staten bindende uitspraken kan doen: via de prejudiciële procedure spreekt het Hof de facto een eindoordeel uit over de verenigbaarheid van nationaal met EG-recht.¹⁸⁴ De grondrechten, ook het recht op privacy, maken sinds de zaak *Nold* expliciet als ongeschreven rechtsbeginselen deel uit van de rechtsorde.¹⁸⁵ Een aantal van de door het Hof ontwikkelde grondrechtelijke normen is inmiddels gecodificeerd in de verdragen. Het Hof typeert deze normen als rechtsbeginselen van de rechtsorde van de Gemeenschap; zij maken als ongeschreven grondrechten deel uit van die rechtsorde. In het Verdrag van Amsterdam worden grondrechtelijke normen in zeer algemene zin erkend en gecodificeerd in Art. 6 lid 2 EU-Verdrag.¹⁸⁶ Enkele individuele rechten staan verspreid in het EG-Verdrag; echter bedacht moet worden dat het grootste deel van deze rechten een economische achtergrond heeft en een economische invulling verkrijgt. Er is echter, zoals in de andere rechtsstelsels, geen sprake van een bindende grondrechtencatalogus. Het Handvest van de EU, dat aan het Verdrag van Nice als Verklaring is gehecht, heeft nog geen verbindende kracht.¹⁸⁷ Na de afkondiging van het Handvest rees de vraag of dat tot gevolg zou hebben dat het Handvest nauwelijks van betekenis zou zijn. Langzaamaan begint duidelijk te worden dat het Gerecht van Eerste Aanleg het Handvest beschouwt als een document waarin rechtsnormen zijn opgenomen die ten grondslag liggen aan de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten en die de Instellingen binden.¹⁸⁸ Het vormt in die optiek een neerslag van de tussen de Lid-Staten bestaande consensus; met deze benadering behoeft de rechter niet de gewenste consensus op te sporen maar kan deze direct ontleen aan het Handvest. Hierdoor ontstaat de indruk, dat door het Gerecht aan het Handvest althans de facto rechtswerking wordt toegekend.¹⁸⁹ Het Hof van Justitie is tot dusverre nog niet zover gegaan, het Handvest als rechtsgrondslag voor individuele aanspraken te beschouwen.

184 Mancini en Keeling 1994, p. 8.

185 *Nold*, zaak 4/73 (1974), Jur. p. 491 (1974).

186 Art. 6 lid 2 EU-Verdrag luidt: 'De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten voortvloeien, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht'.

187 Zie hierna par. 2.5.2.

188 Zaak T-54/99 *max.mobil Telekommunikation Service GmbH t. Commissie*, GvEA 30 januari 2002, EHRC 2002/54 (par. 48) en Zaak T-177/01, *Jégo-Quéré e.a. t. Commissie*, GvEA 3 mei 2002, EHRC 2002/55 (par. 42).

189 Deze rechtswerking verloopt via de door het Gerecht van Eerste Aanleg gehanteerde constructie van toetsing van het Commissiebesluit aan algemene beginselen van EG-recht. Deze constructie verhuult dat rechtstreeks wordt getoetst aan het Handvest (zie Gerards in haar annotatie bij *max.mobil t. Commissie*, EHRC 2002/54).

Allereerst staan in het EG-Verdrag enkele Unieburgerschapsrechten, die het karakter hebben van grondrechten.¹⁹⁰ De economische vrijheden, vrij verkeer van goederen, vrij verkeer van personen, vrije vestiging en vrij verkeer van kapitaal bergen eveneens grondrechten in zich, en hebben het Hof vaker voor de taak gesteld, uitleg te geven aan bescherming aan bijvoorbeeld de reikwijdte van aanspraken op gezondheid en van het leven van personen.¹⁹¹ Deze ‘grondrechten’ hebben vrijwel allemaal een economische dimensie, die erop is gericht de interne markt te openen en te voorkomen dat Lid-Staten een concurrentievoordeel zouden genieten indien zij de grondrechten uit het verdrag niet zouden respecteren.¹⁹² Daarnaast is voor het bestaan van grondrechten in de EG-rechtsorde het hiervoor al kort aangestipte Art. 6 lid 2 EU-Verdrag van belang, dat in het Verdrag van Amsterdam is ingevoegd. Het codificeert een rechtspraktijk die in de jurisprudentie van het Hof al lang geleden was ontstaan: grondrechten uit het EVRM alsmede grondrechten die voortvloeien uit de gemeenschappelijke tradities van de Lid-Staten maken deel uit van de Gemeenschapsrechtsorde in de hoedanigheid van rechtsbeginselen. De afwezigheid van verwijzingen naar beginselen van democratie en fundamentele rechten en vrijheden hangt samen met de van oorsprong functionele opzet van de EG.¹⁹³ Het doel van de oprichtingsverdragen was vooral, een economisch integratieproces in gang te zetten: dat verklaart deels de economische invulling van de wel in het verdrag aanwezige grondrechten. Kwesties van politieke en staatkundige vormgeving werden door de opstellers van de verdragen niet aangesneden.

Al snel na oprichting van de Gemeenschappen bleek dat economische bestuurshandelingen van de Gemeenschapsinstellingen in strijd konden komen met fundamentele rechten die niet in het verdrag waren vastgelegd. Beroepen op het recht op eigendoms-vrijheid en het recht op beroepskeuzevrijheid tegen handelingen van de Instellingen werden dan ook al vroeg bij het Hof gedeponneerd. Deze rechten waren echter niet opgenomen in één van de verdragen, en het Hof wees de aanspraken op deze rechten in beginsel dan ook af.¹⁹⁴ De jurisdictie van het Hof reikte echter niet zover, dat het de aanspraken kon toetsen aan de grondrechten in de Lid-Staten. Het probleem van de afwezigheid van een grondrechtscatalogus deed zich steeds meer gevoelen in verband met vergaande economische interventies in het kader van de gemeenschappelijke landbouwpolitiek.¹⁹⁵ De afwezigheid van toetsingsmogelijkheden voor het Hof en de on-

190 Zie voor bepalingen in het EG-Verdrag: Art. 12 (discriminatieverbod naar nationaliteit), Art. 17 (unieburgerschap), Art. 18 (recht op vrijheid van reizen en verblijf van EU-onderdanen), Art. 19 (kiesrecht), Art. 20 (diplomatieke bescherming van EU-onderdanen), Art. 21 (petitierecht), Art. 141 (gelijke beloning van mannen en vrouwen) en Art. 173 (mogelijkheid beroep in te stellen tegen handelingen van de Instellingen).

191 Zie Art. 30 EG-Verdrag dat de gevallen stipuleert waarin beperkingen op de in- en uitvoer geoorloofd zijn. In *Commissie t. Duitsland*, zaak C-62/90 (1992), Jur. p. I-2575 (1992) beriep de Lid-Staat zich bijvoorbeeld op beperking van invoer van geneesmiddelen uit het buitenland, teneinde de volksgezondheid in het land te beschermen.

192 Barents en Brinkhorst 2001, p. 62.

193 Inmiddels zijn de beginselen van democratie en fundamentele rechten vastgelegd, zie hiervoor Art. 6 lid 1 EU-Verdrag.

194 Zie onder meer *Stork t. Hoge Autoriteit*, zaak 1/58 (1959), Jur. p. 43 (1959).

195 Zie *Hauer*, zaak 44/79 (1979), Jur. p. 3727 (1979).

vrede die ontstond in de Lid-Staten – grondrechten op nationaal niveau werden ondergeschikt geacht aan het EG-Verdrag – werkten het gevaar in de hand, dat de nationale rechters zelf een grondrechtelijke toetsing van EG-recht zouden opnemen. Hieruit zou een bedreiging van de eenvormigheid van het EG-recht kunnen voortvloeien, die het Hof uiteindelijk afwendde met de ontwikkeling van een eigen doctrine ter zake van grondrechten.¹⁹⁶ De aanwezigheid van gemeenschappelijke constitutionele tradities in de Lid-Staten en hun gebondenheid aan de grondrechten van het EVRM vormden in de ontwikkeling van 's Hofs doctrine de belangrijkste leidraad.¹⁹⁷ Het recht op privacy is niet als grondrecht gecodificeerd in de verdragen. Het maakt sinds het Hof uitspraak deed in *Panasonic* deel uit van de Europese rechtsorde als beginsel van Gemeenschapsrecht.¹⁹⁸ In die hoedanigheid is het recht op privacy door het Hof gepositieerd als rechtsbeginsel in de rechtspraak. Wat de beperkingmethodiek van grondrechten en in het bijzonder het recht op privacy betreft zijn verschillende opvattingen denkbaar. In het EG-Verdrag is geen toetsingsschema van beperkingen op het recht op privacy vastgelegd, ook niet ten aanzien van de 'EG-grondrechten'. In de rechtspraak zijn toetsingsschema's van beperkingen op privacy aangetroffen, die in de verte doen denken aan het toetsingsschema van het EHRM. Er werd bijvoorbeeld alleen vastgesteld of de wet in kwestie een legitiem doel diende.¹⁹⁹ Recente rechtspraak toont echter aan, dat het Hof soms wel bereid is, een toetsingsschema van beperkingen te aanvaarden dat zeer vergelijkbaar is met dat van het EVRM, toegepast door het EHRM.²⁰⁰

2.5.2 *Het EU-Handvest van fundamentele rechten*

Er zijn in de loop der tijd uiteenlopende initiatieven genomen om grondrechten op te nemen in het EG-Verdrag, maar die strandden op politieke onwil van de Lid-Staten.²⁰¹ Eén optie was aansluiting bij het EVRM, maar het negatieve advies van het Hof deed deze mogelijkheid gauw van tafel verdwijnen.²⁰² Het Hof achtte voor een dergelijke stap verdragwijziging noodzakelijk, en de vraag op welke wijze en in hoeverre samenwerking tussen het EHRM en het Hof zou plaatsvinden bleek niet oplosbaar. Een tweede optie was het tot stand brengen van een eigen catalogus van grondrechten. Die is in de vorm van een Europees Handvest op 7 december 2000 als Verklaring bij het Ver-

196 *Solange I*, 37 BVerfGE 271 (1974) was een belangrijke aanleiding in verband met de ontwikkeling van de grondrechtendoctrine van het Duitse Federale Constitutionele Hof.

197 *Internationale Handelsgesellschaft*, zaak 11/70 (1970), Jur. p. 1125 (1970) en *Nold*, zaak 4/73 (1974), Jur. p. 491 (1974).

198 *Panasonic t. Commissie*, zaak 136/79(1980), Jur. p. 2033 (1980).

199 *Panasonic t. Commissie*, zaak 136/79 (1980).

200 *Connolly t. Commissie*, zaak C-274/00 (2001), EHRC 2002/11 en *Cwik t. Commissie*, zaak C-340/00.

201 Zie bijvoorbeeld de gezamenlijke verklaring van de EG-Instellingen van 1977 (Joint Declaration on Fundamental Rights of the Parliament, the Council and the Commission, 5 april 1977, Pb. C 103/1). De volgende voorbeelden zijn ontleend aan Barents en Brinkhorst 2001, p. 68: de Verklaring over Democratie die werd aangenomen tijdens de conferentie van staats- en regeringsleiders van de EG in Kopenhagen (een democratisch regeringsstelsel is een politieke voorwaarde voor lidmaatschap van de EG) en het ontwerp van het Europees Parlement ter zake van het verdrag voor de Europese Unie (1984), waarin een sanctiemechanisme was neergelegd voor ernstige en voortdurende schendingen van beginselen van democratie en rechtsstaat (1984, OJ C 77/32).

202 Zie Advies 2/94 ter zake van toetreding van de Gemeenschap tot het EVRM (1996), p. I-1759.

drag van Nice aangenomen, maar nog niet in werking getreden.²⁰³ Een aantal rechten in het Handvest is van belang voor het recht op persoonlijkheid. Het Handvest codificeert in Art. 12 een recht op eerbiediging van het privé-leven.²⁰⁴ In Art. 1 Handvest is het recht op menselijke waardigheid opgenomen, terwijl het recht op eerbiediging van de menselijke integriteit is opgenomen in Art. 3. Onder Art. 3 worden fysieke en geestelijke integriteit eveneens begrepen. Van het Handvest gaat aldus geen bindende werking uit. Dat wil niet zeggen dat aan het Handvest geen betekenis toekomt in de interpretatie van het Hof; er gaat echter geen juridische binding vanuit.²⁰⁵ Het heeft voorlopig de status van plechtige proclamatie. De vraag is reeds gerezen of een bindende status van het Handvest niet wenselijker is dan de huidige niet-bindende. Het Hof heeft tot dusverre bepalingen uit het Handvest niet expliciet in zijn rechtsvinding willen hanteren; het Gerecht van Eerste Aanleg is in dit opzicht recentelijk stoutmoediger geweest. Het heeft in twee uitspraken gerefereerd aan het recht op toegang tot een rechter zoals dat is vastgelegd in Art. 41 Handvest.²⁰⁶

2.5.3 Het Gemeenschapsrecht en het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens

In de zaak *Nold* identificeerde het Hof het EVRM als één van de bronnen van grondrechten voor het EG-recht, maar in die zaak werd verder geen specifieke verwijzing aangetroffen naar de betekenis van EVRM-rechten voor het EG-recht.²⁰⁷ In *Rutili* stipuleerde het Hof dat bij de uitleg van EG-Verdragsregels rekening diende te worden gehouden met de beperkingsmethoden die zijn neergelegd in de leden 2 van de Artt. 8 tot en met 11 van het EVRM.²⁰⁸ Ter zake van aanspraken op het recht op privé-leven bleek het EVRM van grote inspiratie voor het Hof van Justitie. Formeel is het Hof niet gebonden aan het EVRM, maar in de praktijk blijkt een bepaalde mate van de facto bin-

203 Handvest van de Europese Unie, (2000, O.J. C 364/I). Enkele tijdschriften wijdden een (deel van een) aflevering aan het Handvest, zie Maastricht Journal of European and Comparative Law (2001) vol. 8 afl. 1 (met bijdragen van onder meer A.W. Heringa en L.F.M. Verhey, L.F. Besselink, B. de Witte en K. Lenaerts en E. de Smijter); NJCM Bulletin 2000, vol. 25 afl. 5 (p. 924-967).

204 Art. 12 van het Handvest luidt: 'Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn goede naam, zijn reputatie, zijn woning en het geheim van zijn correspondentie en communicatie'.

205 Er werd reeds gespeculeerd over de vraag hoe de Luxemburgse rechter om zou gaan met het Handvest. Zou de rechter het Handvest negeren en voortgaan op de weg van het ontfangen van rechtsbeginselen aan de gemeenschappelijke tradities van de Lid-Staten, zou het Handvest als aanknopingspunt dienen bij de interpretatie en positivering van grondrechten, of zou er rechtstreeks worden getoetst aan het Handvest? Zie onder meer Mededeling van de Commissie over de aard van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, COM (00)644 (10 oktober 2000); De Witte 2001, p. 81 e.v.; Conclusie van A-G Tizzano bij *BECTU*, (2001) bij zaak C-173/99, Jur. 2001, I-4881, Conclusie A-G Jacobs bij *Unión de Pequeños Agricultores t. Raad*, zaak C-50/00 van 21 maart 2002, par. 39.

206 Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft het Handvest inmiddels meerdere keren genoemd als grondslag voor een individuele aanspraak, zie zaak T-54/99 *max.mobil Telekommunikation Service GmbH t. Commissie*, GvEA 30 januari 2002, EHRC 2002/54 (par. 48) en Zaak T-177/01, *Jégo-Quéré e.a. t. Commissie*, GvEA 3 mei 2002, EHRC 2002/55 (par. 42). In een recente zaak heeft het Hof de vaststelling van het Gerecht, dat het individu een recht op toegang tot de rechter toekomt zoals geformuleerd in het Handvest, afgewezen (zie *Unión de Pequeños Agricultores t. Raad*, zaak C-50/00, HvJ EG 25 juli 2002).

207 *Nold t. Commissie*, zaak 4/73.

208 *Rutili t. Minister van Binnenlandse Zaken*, zaak 36/75, (1975), Jur. p. 1219 (1975), par. 32.

ding niet te kunnen worden ontkend.²⁰⁹ Dat houdt echter weer niet in, dat de interpretaties van Art. 8 EVRM door het Luxemburgse en het Straatsburgse Hof geheel synchroon lopen.²¹⁰ Het Luxemburgse Hof accepteerde niet, dat rechtspersonen een aanspraak zouden kunnen doen op Art. 8 EVRM. Het Straatsburgse Hof was onder omstandigheden bereid te bezien of een bedrijfsruimte kan rekenen op grondrechtelijke bescherming onder Art. 8 EVRM.²¹¹ Ook ter zake van andere EVRM-rechten werden verschillende interpretaties gegeven.²¹² De verschillen in uitleg worden toegeschreven aan de verschillende contexten waarin op de rechten een aanspraak wordt gedaan, alsmede aan het feit dat het Luxemburgse Hof een meer economische benadering hanteert vanuit de doelstellingen van het verdrag. Er zijn ook uitspraken aan te wijzen, waarin het Luxemburgse Hof zich juist verliet op Straatsburgse de vaststelling van de reikwijdte van fundamentele rechten. De definitie van een transseksueel en zijn aanspraak op privacy werd bijvoorbeeld geheel geënt op de rechtspraak van het Straatsburgse Hof.²¹³

2.6 Raad van Europa: het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

2.6.1 *Het EVRM: grondwet en grondrechten*

De Lid-Staten van de Raad van Europa sloten het EVRM in 1950 om de vrijheidsrechten te garanderen. Het EVRM legt afdwingbare individuele rechtsbescherming vast; het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) doet in geschillen tussen individuen en staten als hoogste rechter bindende uitspraken over de interpretatie van de rechten die in het EVRM zijn neergelegd. Het EVRM ontbeert echter een institutioneel kader zoals 'vereist' in een constitutie: bevoegdheden van andere actoren dan die van de rechterlijke macht zijn niet vastgelegd.²¹⁴ Het institutionele kader waarin horizontale en verticale machtscheiding worden toebedeeld, ontbreekt aldus in het EVRM. Aan de formele definitie van een constitutie lijkt niet te zijn voldaan.²¹⁵ Van belang in het

209 Pescatore 1988, p. 441.

210 Met het Luxemburgse Hof wordt bedoeld het Hof van Justitie van de EG, terwijl met het Straatsburgse Hof het EHRM wordt geduid.

211 Zie respectievelijk *Hoechst t. Commissie*, gevoegde zaken 46/87 en 227/88 (1989), Jur. p. 2859 (1989), *Niemietz t. Duitsland*, EHRM 16 december 1992, Serie A vol 251-B, par. 29 e.v. en recentelijk T-305/94 *Limburgse Vinyl t. Commissie*, GvEA 20 april 1999, Jur. 1999, p. II-931 (zie voor de uitwerking van de vergelijking hierna 8.3.4).

212 Zie bijvoorbeeld *Orkem t. Commissie*, zaak 374/87 (1989), Jur. p. 3283 (1989). Naar de interpretatie van het Straatsburgse Hof in *Funke t. Frankrijk* (EHRM 25 februari 1993, Serie A vol. 256-A) kan het individu niet worden gedwongen, te getuigen tegen zichzelf, maar de Luxemburgse rechter dacht hier anders over – dat recht geldt, blijkens *Orkem*, niet voor rechtspersonen.

213 *P. t. S. en Cornwall County*, zaak 13/94 (1996), Jur. p. I-2143 (1996). Het ging hier om de aanknopng van het Luxemburgse Hof bij de Straatsburgse vaststelling, dat de groep transseksuelen een identificeerbare groep is.

214 Alkema 2000, p. 45.

215 Alkema 2000, p. 62. In dit verband kan eventueel fragmentarisch van een constitutie op het vlak van machtscheiding tussen het EHRM en de verdragsstaten gesproken worden: de aanwezigheid van de doctrine in de rechtspraak van de 'margin of appreciation' wijst op het besef van een verdeling van be-

kader van dit onderzoek is dat er een finale arbiter in het rechtssysteem bestaat, die in laatste instantie een bindende uitspraak kan doen over de rechtsnormen in het EVRM. Indien het Hof ter zake van handelingen van de staten strijdigheid met het EVRM vaststelt, is de verdragsbepaling in beginsel superieur. In monistische systemen als het Nederlandse is implementatie van het EVRM niet; in dualistische systemen is transformatie van het EVRM naar het nationale recht wel noodzakelijk. In dualistische systemen zoals Duitsland heeft het EVRM de status van een nationale wet. In die hoedanigheid staat het EVRM in rang onder de nationale grondwet, het Grundgesetz. Dit doet niet af aan het feit dat het Hof de hoogste rechterlijke instantie is die een bindende uitspraak doet over de interpretatie van het EVRM. Duitsland heeft eveneens de rechtsmacht van het Hof aanvaard, en dient zich neer te leggen bij de interpretatie die het Hof aan het EVRM geeft.²¹⁶ Het EVRM legt in de preambule een aantal uitgangspunten neer ter zake van de democratie en de rechtsstaat. De vergelijkbaarheid van het EVRM met de andere rechtssystemen wordt aangenomen vanwege het bestaan van de afdwingbare en effectieve individuele rechtsbescherming van grondrechten.

2.6.2 Art. 8 EVRM: het recht op 'privé-leven'

De belangrijkste bepaling waarin het recht op persoonlijkheid tot uiting komt, is Art. 8 EVRM. Art. 8 EVRM kent bescherming toe aan het recht op respect voor het privé-leven, het familie- en gezinsleven, het recht op respect voor de woning en briefwisseling. Deze afzonderlijke rechten worden beschouwd als onderdelen van het recht op persoonlijkheid. In de praktijk worden de individuele aanspraken meestal gericht op Art. 8 EVRM in zijn geheel. Beroep op slechts één van de in Art. 8 EVRM genoemde onderdelen leidt in beginsel niet tot uitsluiting op één van de andere elementen van Art. 8.²¹⁷ Het recht op privacy is tot dusverre niet omschreven als een afgrensbaar recht; het heeft tot op heden een zekere mate van vaagheid behouden. De raadgevende Vergadering heeft in een Resolutie een algemene formulering van het recht op privacy gegeven:

'The right to privacy consists essentially in the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrele-

voegdheden ter zake van de invulling en toepassing van de grondrechten in het EVRM. Die verdeling vindt plaats tussen de besluitvormende bevoegdheid van het Hof enerzijds en die van de staten anderzijds. Zie voor uitwerking van de 'margin of appreciation' Schokkenbroek 1996. Op dit punt wordt ingegaan in par. 3.5.5.

- 216 In het Nederlandse stelsel is de rechter op grond van Art. 93 en 94 Grondwet verplicht rekening te houden met het EVRM (en andere eenieder verbindende bepalingen van internationaal recht); in Duitsland heeft het EVRM rechtskracht verkregen na transformatie tot nationale wet (Hesse 1990, p. 117). Ook de Duitse rechter dient het EVRM eveneens te respecteren (zie Frowein 1992, p. 121).
- 217 Van Dijk en Van Hoof 1998. Zie echter *X en Y t. Zwitserland*, waarin in het geval van een vader en zijn vriendin geen sprake is van gezinsleven, maar wel van privé-leven (Besluit Commissie 14 juli 1977, zaak 7289/75 en 7349/76), en *X en Y t. Verenigd Koninkrijk*, waarin de homoseksuele relatie niet onder de notie van gezinsleven wordt beschouwd maar wel onder die van privé-leven (Besluit Commissie 3 mei 1983, zaak 9369/81).

vant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection from disclosure of information given or received by individual confidentiality'.²¹⁸

De opstellers van het EVRM hebben geen sluitende omschrijving van het recht op privé-leven of van de andere aspecten van Art. 8 gegeven. De reikwijdte van Art. 8 EVRM is met name in de Straatsburgse rechtspraak tot ontwikkeling gekomen.²¹⁹ Deze ontwikkeling zette zich eerst in vanaf het begin van de jaren zeventig.²²⁰ Het EHRM heeft zich evenmin gewaagd aan een uitputtende definitie van Art. 8 EVRM; dat acht het zowel onmogelijk als niet noodzakelijk.²²¹ De Commissie²²² en het Hof hebben evenwel elementen aangereikt, die constituerend zijn voor de invulling van Art. 8 EVRM. Eén omschrijving luidt als volgt:

'The right to respect for private life is of such a scope as to secure to the individual a sphere within which he can freely pursue the development and fulfilment of his personality'.²²³

Op zeer uiteenlopende feitencomplexen heeft het EHRM het recht op privé-leven van toepassing verklaard. Er worden verschillende onderverdelingen aangedragen in de literatuur; hier worden, zonder volledigheid na te streven, enkele voorbeelden gegeven van terreinen die in de rechtspraak onder Art. 8 zijn beoordeeld. De eerste onderscheiding is al in de verdragsbepaling zelf aangebracht.²²⁴ Het recht op privé-leven heeft vooral relif verkregen in de rechtspraak van het EHRM. Aanspraken werden gedaan in verband met zeer uiteenlopende feitencomplexen en bestonden onder andere uit aanspraken op een recht, geïnformeerd te worden ter zake van de kwaliteit van de leefomgeving, belangen die te maken hebben met de erkenning van de persoonlijke of seksuele identiteit in het maatschappelijk verkeer, het recht om persoonlijke gegevens af te schermen van de openbaarheid, het recht op etnische identiteit, kennis van de persoonlijke ontwikkeling en geestelijke en fysieke integriteit.²²⁵ De Commissie behandelde een zaak over abortus; de vraag rees of een aanspraak op het ongestraft laten plegen van abortus onder Art. 8 EVRM kon worden beoordeeld.²²⁶ De Commissie erkende

218 Zie bijvoorbeeld de Raad van Europa, die in een poging het privé-leven te omschrijven de volgende uitspraak over de inhoud van dat recht deed: (voorbeeld ontleend aan Van Dijk en van Hoof 1998, p. 489; zie verder Resolutie 428 (1970), Council of Europe, Collected Texts, Straatsburg 1979, p. 908). In de Travaux Préparatoires is evenmin een goede omschrijving te vinden van het recht op privé-leven.

219 Zie De Boer 1990, p. 26 e.v. voor de rechtspraak tot 1990; erna zie onder meer Heringa 1999.

220 A.J. Nieuwenhuis 2001, p. 117.

221 Zie bijvoorbeeld *Niemietz t. Duitsland*, EHRM 16 December 1992, Serie A vol. no. 251-B, par. 29 en *Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 maart 1993, Serie A vol. 247-C, par. 36.

222 Sinds de inwerkingtreding van het Elfde Protocol is de Europese Commissie opgegaan in het Hof. De interpretatie die de commissie tot dan toe had gegeven aan de uitleg van verdragsbepalingen is evenwel nog immer van betekenis. Zie par. 3.5.2.

223 Besluit Commissie 19 mei 1976, zaak 6959/75, *Brüggemann en Scheuten t. Duitsland*; zie eveneens *Niemietz t. Duitsland*, EHRM 16 december 1992, Serie A vol. 251-B, par. 30.

224 Zie voor uitwerking van deze in Art. 8 EVRM genoemde rechten onder meer Staal 1995, p. 211 e.v. en Van Dijk en Van Hoof 1998, met name hoofdstuk 7 par. 8.

225 Zie voor onderverdelingen onder meer Verhey, die een onderscheid aanbrengt tussen 'informatieprivacy' en 'relatieve privacy'. Daarnaast specificeert hij nog enkele afzonderlijke categorieën zoals het recht op lichamelijke integriteit (Verhey 1992, p. 199 e.v.). Zie verder Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 491-503; Heringa 1999, p. 2 e.v. en A.J. Nieuwenhuis 2001, p. 127 e.v.

226 Besluit Commissie 19 mei 1976, zaak 6959/75, *Brüggemann en Scheuten t. Duitsland*.

deze aanspraak onder Art. 8 EVRM. Het Hof heeft steeds een extensief interpretatiebeleid gevoerd ten aanzien van Art. 8. Dat houdt niet in dat Art. 8 onbegrensd is; in *Botta* lijkt het Hof op de grenzen van de reikwijdte van Art. 8 te zijn gestuit.²²⁷

Beperkingen van het recht op privé-leven vinden steeds plaats in de toetsingsfase, wanneer het besluit, de aanspraak te erkennen onder Art. 8 EVRM, gevallen is. Beperkingen zijn mogelijk indien zij zijn voorzien bij wet en noodzakelijk in een democratische samenleving, in het belang van één of meer in Art. 8 lid 2 EVRM genoemde doelcriteria. Het voorzienbaarheids criterium is door het Hof verder uitgewerkt in zijn rechtspraak; het vereist niet dat er sprake is van een beperking in de vorm van een formele wet. In de rechtspraak ontwikkelde rechtsnormen kunnen, mits voorzienbaar, eveneens een rechtsgeldige beperkingsgrond vormen.²²⁸ Dit soort normen dient eveneens voldoende toegankelijk te zijn, hetgeen inhoudt dat het individu er notie van moet kunnen nemen. De eis van het gerechtvaardigd doel is van belang in verband met de legitimiteit van de achter de beperking gelegen doelstelling. De notie van noodzakelijkheid van de beperking in een democratische samenleving stelt het Hof in staat, de toetsingsintensiteit van de gewraakte handeling van de staat te variëren. De mate waarin streng of minder streng wordt getoetst hangt onder meer samen met de aard van de inbreuk of de positie van de klager; het hof hanteert hier een proportionaliteitstoets.²²⁹ In beginsel laat het Hof de mate waarin het intieme privé-leven is aangetast meewegen.²³⁰ Er kan in dit opzicht echter niet worden gesproken van een sferenleer zoals het Duitse Federale Constitutionele Hof die wat stelselmatiger hanteert. Het Hof hecht in dat opzicht sterk aan de casuïstische benadering, die het steeds zegt te hanteren. Van groot belang in de toetsingsfase is eveneens de 'margin of appreciation', die het bestaan van een beoordelingsruimte voor de nationale autoriteiten mogelijk maakt. In sommige gevallen kent het Hof een ruime beoordelingsmarge toe, die in beginsel tot gevolg heeft dat er een marginale toetsing plaatsvindt van de gewraakte wet. Dat wil overigens niet zeggen, dat een marginale toets steeds leidt tot instandhouding van de nationale wet; het is mogelijk gebleken, dat het EHRM ondanks marginale toetsing toch schending van het EVRM vaststelde. Een beoordelingsmarge wordt aan de nationale autoriteiten overgelaten in verschillende omstandigheden. Wanneer goede zeden, sociaal-economische wetgeving of specifieke discretionaire bevoegdheden aan de orde zijn, is het Hof in beginsel geneigd een beoordelingsmarge aan te nemen.²³¹

227 *Botta t. Italië*, EHRM 24 februari 1998, JB 1998/70. Zie ook hierna par. 8.3.1.

228 Naarmate het Hof in een specifieke zaak heeft aanvaard dat sprake is van een intieme privé-sfeer, zal het Hof strengere eisen stellen ter zake van het voorzienbaarheids criterium.

229 Ter zake van de positie van de klager, zie bijvoorbeeld *Campbell t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 maart 1992, Serie A vol. 233. Het Hof oordeelde in deze zaak, in hoeverre het openen van correspondentie van gedetineerden in een wet vastgelegd dient te zijn.

230 Zie bijvoorbeeld *Lustig-Prean en Beckett t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1999, JB 1999/261.

231 Zie ook par. 2.5.5.

2.6.3 Derdenwerking van Art. 8 EVRM

In beginsel wordt het handelen of nalaten daarvan van een staat ter beoordeling aan het Hof voorgelegd.²³² Zaken die op nationaal niveau worden beoordeeld onder horizontale werking, verkrijgen in Straatsburgs perspectief echter verticale werking.²³³ Verticale werking van het EVRM is uitgangspunt.²³⁴ In de rechtspraak is echter erkend, dat elementen van horizontale werking niet zijn uitgebannen. Zij kunnen in ieder geval op indirecte wijze een rol spelen: de verwerende staat kan bijvoorbeeld onvoldoende effectieve rechtsbescherming hebben geboden in een conflict over het recht op privacy tussen twee particulieren. Art. 8 kent primair een onthoudingsplicht voor de staat, maar positieve verplichtingen van de staat kunnen juist ook leiden tot een verplichting tot handelen door de staat.²³⁵ Deze noodzaak kan bestaan omdat overheidshandelen in sommige gevallen een effectieve bescherming van Art. 8 EVRM kan sorteren.²³⁶ In de rechtspraak van het EHRM is het bestaan van positieve verplichtingen ter zake van Art. 8 EVRM relatief vaak aangenomen.

2.7 Nederland: de Grondwet

In verband met de constitutionaliteit van de EG-rechter en het EHRM werd voorheen de vraag gesteld, in hoeverre de uitspraken van de betrokken rechters vergeleken kunnen worden met de uitspraken van de rechters van de overige rechtsstelsels: de EG-rechter heeft geen geschreven grondwet tot zijn beschikking, terwijl het EHRM niet te maken heeft met een 'wetgever'. De Nederlandse situatie kent eveneens een eigenaardigheid: de Hoge Raad is niet toegerust met jurisdictie ter zake van uitleg van de grondwet wanneer de gewraakte wetgeving afkomstig is van de formele wetgever.²³⁷ Deze rechter oordeelt als een civiele- en strafrechtelijke instantie en als belasting-rechter.²³⁸ Dat neemt niet weg, dat deze rechter als laatste instantie bindende uitspraken doet over de strekking en reikwijdte van de Nederlandse grondwet. In Nederland geldt vanwege het gematigd monistisch karakter van de Nederlandse rechtsorde een nationaal- en een internationaal-rechtelijk regime. Voor Nederland relevante internationaal-rechtelijke aspecten van het recht op persoonlijkheid zijn vastgelegd in Art. 8 EVRM en Art. 17 IVBPR. Daarnaast zijn Artt. 10 en 11 Grondwet belangrijke bronnen van dat recht. Het recht op persoonlijkheid is niet als zodanig in de Nederlandse grondwet geformuleerd – er wordt gesproken over een recht op eerbiediging van de persoonlijke

232 Art. 34 EVRM stipuleert dat verzoekschriften kunnen worden ingediend vanwege een vermeende schending van één van de verdragspartijen.

233 Heringa 2000, p. 1.

234 Heringa 2000, p. 1.

235 Voor uitwerking van positieve verplichtingen zie Van der Velde 2002.

236 Zie bijvoorbeeld *Airey t. Ierland*, EHRM 9 oktober 1979, Serie A vol. 32 en *X en Y t. Nederland*, EHRM 26 maart 1985, Serie A vol. 91.

237 Zie ook par. 3.6.

238 Zie par. 3.6.1 e.v. Er is geen rechtspraak van enige bestuursrechter opgenomen in dit onderzoek. De rechtspraak van bestuursrechters laat in beginsel geen rechtsontwikkeling zien op het terrein van het recht op persoonlijkheid en aanverwante rechten.

levenssfeer.²³⁹ Voor het eerst werd aan het recht op persoonlijke levenssfeer in de Nederlandse literatuur aandacht geschonken in de Preadviezen van De Brauw en Van Veen in 1965.²⁴⁰ Daarin werd het recht op een persoonlijke levenssfeer benaderd vanuit een meer fysieke invalshoek, maar eveneens in overdrachtelijke zin en aldus niet tot een ruimtelijk begrip beperkt. De Brauw definieerde het recht op privé-leven als 'het geheel der omstandigheden waaronder het individu bepaalde gedragingen en uitingen aan de waarnemingen van de gemeenschap wil onttrekken'.²⁴¹ De Nederlandse grondwet beschermt de ruimtelijke component van oudsher met het huisrecht.²⁴² Bij de amendering van de grondwet in 1983 werden daaraan het recht op de persoonlijke levenssfeer, het telefoongeheim en het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam toegevoegd.²⁴³ Het bestaan van een fysieke en een meer overdrachtelijke – ruimteoverstijgende – component is min of meer overeind gebleven. De Nederlandse grondwetgever heeft geen scherpe afbakening van het recht op een persoonlijke levenssfeer gegeven. Er lijkt in de Nederlandse situatie een sterke verwevenheid te bestaan tussen Art. 10 Grondwet en Art. 8 EVRM.

2.7.1 *Art. 10 Grondwet: eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer*

Sinds de amendering van 1983 biedt Art. 10 Grondwet een algemene bescherming aan de persoonlijke levenssfeer. Aan lid 1, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, kunnen directe aanspraken worden ontleend. Invoering van het recht werd door de regering noodzakelijk geacht als voorwaarde voor een menswaardig bestaan.²⁴⁴ Technologische ontwikkelingen alsmede de heersende overtuiging dat een behoefte aan bescherming van de persoonlijke levenssfeer is toegenomen hebben er eveneens toe geleid dat dit grondrecht afzonderlijk werd opgenomen. Van de inhoud en reikwijdte werden echter geen duidelijke omtrekken vastgesteld.²⁴⁵ De afbakening van het grondrecht is volgens de regering een taak voor onder meer de rechter die op casuïstische basis verdere inhoud en reikwijdte dient vast te stellen. De regering sprak bij de grondwetsherziening over een marge waarbinnen de rechter een vormende taak toekomt, maar gaf geen grenzen van die marge aan. De regering ging bij het recht op persoonlijke levenssfeer uit van een fysieke en een meer overdrachtelijke component: enerzijds gaat het om situaties waarin het individu het recht heeft, zich af te schermen en niet geobserveerd te worden, terwijl anderzijds een reeks van gedragingen die onder Art. 10 Grondwet vallen, als voorbeeld worden genoemd. Art. 10 leden 2 en 3 Grondwet regelen afzonderlijk het recht op het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens. Deze artikelen dragen eerder het karakter van een instructienorm voor de wetgever, dan

239 Zie voor uitgebreide (historische) beschouwingen over het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer Blok 2002, met name hoofdstuk 3.

240 P.J.W. De Brauw en Th. W. Van Veen 1965.

241 P.J.W. De Brauw en Th. W. Van Veen 1965, p. 11.

242 Zie het huisrecht, vastgelegd in Art. 12 grondwet.

243 Zie voor uitgebreidere beschouwingen onder meer A.J. Nieuwenhuis 2001 en Verhey 1992.

244 Bijlage Handelingen II 1975/1976, 13872 nr. 3, p. 39.

245 De regering stelde het volgende: 'de persoonlijke levenssfeer bevat tal van terreinen, welke zeer uiteenlopend van aard en problematiek zijn en waarvan sommige nog volop in ontwikkeling zijn', zie Bijlage Handelingen II 1975/1976, 13872 nr. 3, p. 40.

dat het individu er direct aanspraken aan kan ontfen.²⁴⁶ Beperkingen op privacy kunnen worden gesteld bij of krachtens de wet; de grondwet gaat in beginsel uit van competentiecriteria.²⁴⁷ Daarnaast zijn de beperkingsgronden ex Art. 8 EVRM van belang.²⁴⁸

2.7.2 Art. 11 Grondwet: het recht op lichamelijke onschendbaarheid

Het recht op lichamelijke onaantastbaarheid werd afzonderlijk opgenomen bij de grondwetsherziening van 1983. De regering was van oordeel, dat dit element van het privé-leven reeds voldoende werd afgedekt door Art. 10 Grondwet, maar kennelijk werd een aparte regeling voor dit onderwerp noodzakelijk geacht.²⁴⁹ Naast afscherming van het lichaam wordt ook de zelfbeschikking over het lichaam gedekt door dit artikel.²⁵⁰ Een sluitende begripsomschrijving werd echter niet gegeven.²⁵¹ Een aantal belangwekkende opmerkingen werd door de regering bij de totstandkoming van dit artikel gemaakt: uit Art. 11 Grondwet kon geen recht op actieve euthanasie voortvloeien. In dit opzicht werd er aldus een barrière geplaatst voor rechterlijke interpretatie. Het grondrecht kent naast een onthoudingsplicht eveneens een verplichting van de overheid te zorgen voor daadwerkelijke verwezenlijking van het recht op lichamelijke onaantastbaarheid. Het recht op geestelijke integriteit behoort in beginsel tot de rechten die Art. 10 Grondwet beoogt te beschermen.²⁵² Beperkingen op Art. 11 Grondwet behoeven een grondslag in de wet in formele zin. Delegatie behoort tot de mogelijkheden. Ook hier zijn enkel competentiecriteria vastgelegd, en kunnen de beperkingsgronden ex Art. 8 EVRM worden benut voor het aanbrengen van beperkingen. Grondwettelijke bepalingen kunnen in de Nederlandse rechtsorde in beginsel niet leiden tot buiten toepassing laten of tot onverbindendverklaring van wetten in formele zin.²⁵³ Dat verklaart deels de vooraanstaande rol die Art. 8 EVRM wordt toebedeeld: via Art. 94 kunnen wetten in formele zin evenwel buiten toepassing worden gelaten in het individuele geval of in het algemeen onverbindend worden verklaard vanwege strijd met een eenieder verbindende verdragsbepaling.

246 Heringa en Zwart 1991, p. 57 en Verhey 1992, p. 198.

247 Dit competentie criterium schept naast de mogelijkheid van beperking door de formele wetgever de optie van delegatie. Deze mogelijkheden werden opzettelijk ruim gehouden omdat op dat moment nog niet kon worden overzien welke beperkingen in de toekomst eventueel noodzakelijk zouden blijken (Bijlage Handelingen II 1975-1976, 13872 nr. 3, p. 41).

248 Zie hieronder in par. 1.7.3.

249 Bijlage Handelingen 1978-1979, 15463 nr. 1-2, p. 4 en Zwart 1985, p. 256.

250 Bijlage Handelingen 1978-1979, 15463 nr. 1-2, p. 5. Onder anderen de volgende handelingen kunnen in het geding zijn in verband met Art. 11: lijfstraffen, mishandeling, gedwongen medicatie, gedwongen toediening van voedsel, operaties en het ondergaan van medische keuringen.

251 Bijlage Handelingen 1978-1979, 15463 nr. 1-2, p. 4.

252 A.J. Nieuwenhuis 2001, p. 150.

253 Zie het *Harmonisatiewet arrest*, HR 14 april 1989, NJ 1989/469 ter zake van het toetsingsverbod van formele wetgeving en *Doorbraak arrest*, HR 12 april 1978, NJ 1979/533 voor de uitzondering die in sommige gevallen – wanneer de wetgever in formele zin de ingreuk op een grondrechtelijke aanspraak niet heeft verdisconteerd – mogelijk is.

2.7.3 *Art. 8 EVRM: het recht op eerbiediging van 'privé-leven'*

Art. 8 EVRM maakt via Art. 94 Grondwet als een eenieder verbindende bepaling deel uit van de Nederlandse rechtsorde. In de jurisprudentie tot halverwege de jaren zeventig speelde Art. 8 EVRM nauwelijks een rol van betekenis.²⁵⁴ De Nederlandse rechter heeft zich na die tijd voor de reikwijdte van Art. 8 EVRM laten inspireren door de Straatsburgse interpretaties ter zake.²⁵⁵ Onder de daar tot stand gebrachte interpretaties heeft de rechtsonwikkeling op het terrein van privacy een hoge vlucht genomen.²⁵⁶ Het lijkt er in de Straatsburgse rechtspraak de laatste jaren steeds meer op, dat privacy een overkoepelend recht is, terwijl het familie- en gezinsleven, de onschendbaarheid van de woning en het briefgeheim als verbijzonderingen te beschouwen zijn van privacy.²⁵⁷ Het recht op lichamelijke onaantastbaarheid in Art. 11 Grondwet vindt in Europees verband bescherming onder Art. 8 EVRM. De notie van privacy in het EVRM schept niet meer helderheid in vergelijking met de Nederlandse notie. Beperkingen zijn mogelijk op grond van Art. 8 EVRM lid 2. De inbreuk moet bij wet zijn voorzien, dat wil zeggen kenbaar zijn en voorzienbaar. De beperking dient eveneens noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving. Art. 17 IVBPR beschermt tegen een aantasting van de persoonlijke levenssfeer. Ook dit verdragsartikel werkt door in de Nederlandse rechtsorde. Het legt de bescherming van de goede naam vast, naast de in Art. 8 EVRM genoemde rechten. Beide internationale verdragen leggen een aantal materiële beperkingscriteria aan, waarvan de Nederlandse rechter tot dusverre in wisselende mate gebruik heeft gemaakt. De toetsing aan de maatstaven van de internationale verdragen wordt door de Hoge Raad echter meestal summier gemotiveerd.²⁵⁸

2.7.4 *Het 'algemene persoonlijkheidsrecht'*

In de jurisprudentie van de Hoge Raad is relatief recentelijk een recht op algemene persoonlijkheid tot ontwikkeling gekomen.²⁵⁹ Het algemene persoonlijkheidsrecht ligt, aldus de Hoge Raad, ten grondslag aan uiteenlopende in de grondwet gepositieerde grondrechten.²⁶⁰ Het recht is in een privaatrechtelijk geschil tot ontwikkeling gekomen, maar de Hoge Raad koos afgaand op de in het geschil aan de orde zijnde aanspraak voor een grondrechtelijke notie. De Hoge Raad spreekt in verband met het algemene persoonlijkheidsrecht niet over een beginsel, maar over een recht. De vraag rijst of die opmerking terecht is, gezien de positionering die door de rechter wordt toegekend aan het recht: die doet eerder vermoeden dat het om een rechtsbeginsel gaat.²⁶¹ In dit op-

254 Verhey 1992, p. 232.

255 Zie bijvoorbeeld de zogenoemde voorjaarsbeschikkingen HR 4 mei 1984, NJ 1985/510 en HR 21 maart 1986, NJ 1986/585-588 voor rechtsvinding door de Hoge Raad op het terrein van het personen- en familierecht.

256 Overkleef-Verburg 2000, p. 166.

257 Verhey 1992, p. 200.

258 Verhey 1992, p. 205.

259 Zie voor uitgebreide materiële beschouwingen en een vergelijking met Duitsland Nehmelman 2002.

260 *Valkenhorst*, 15 april 1994, NJ 1994/608.

261 Zo stelt Verhey in zijn noot bij *Valkenhorst*: 'In vergelijking tot de in de Grondwet gecodificeerde rechten beweegt het algemene persoonlijkheidsrecht zich op een hoger abstractieniveau en heeft aldus een

zicht doet de positivering van het recht in de rechtspraak denken aan de ontwikkelingen die in de Duitse rechtspraak hebben plaatsgevonden: ook daar heeft het Bundesgerichtshof in een privaatrechtelijk geschil het algemene persoonslijksheidsrecht gepositieerd. Er bestaat veel onzekerheid over de reikwijdte van het recht; de rechter heeft ter zake grenzen aangegeven. Door de wetgever is de notie van het algemene persoonslijksheidsrecht enkele keren gehanteerd.²⁶² Het door de Hoge Raad gepositieerde algemene persoonslijksheidsrecht zal dienen als voorwerp van nader onderzoek ter zake van de vraag, of en in hoeverre de rechter in het kader van de constitutionele verhoudingen nieuwe rechten kan positiveren.

2.7.5 *Privaatrechtelijk begrip van het 'recht op persoonslijksheid'*

Het privaatrechtelijk recht op persoonslijksheid is in de wet in een aantal varianten vastgelegd. De auteurswet kent bijvoorbeeld het portretrecht en persoonslijksheidsrechten.²⁶³ Een algemene norm zoals in Art. 10 Grondwet neergelegd bestaat niet in het privaatrecht. Toch heeft de notie van persoonslijks levenssfeer uitwerking gekregen in de jurisprudentie, ook al was grondrechtelijke normering tot 1983 niet gepositieerd.²⁶⁴ De meeste individuele aanspraken op een privaatrechtelijke notie van het recht op persoonslijksheid kwamen terecht bij de Hoge Raad als civiele rechter via de onrechtmatige daadsactie. Enkele deelaspecten van het recht op persoonslijksheid die door de civielrechtelijke rechter werden beoordeeld, zijn onder meer inperking van het recht op het verzamelen, het vastleggen en het openbaren van gegevens en het recht om niet lastig te worden gevallen door medeburgers.²⁶⁵ De reikwijdte van het grondrecht en van het privaatrechtelijke recht op privacy is in veel opzichten vergelijkbaar, maar zij hoeft niet noodzakelijkerwijze samen te vallen.²⁶⁶ De uitspraken van de civiele rechter zijn in de Nederlandse situatie van belang, omdat de Hoge Raad als hoogste nationale rechter een bindende interpretatie geeft van de aan privacy gerelateerde grondrechten. De Hoge Raad doet dat in de hoedanigheid van civiele of strafrechter. Erkenning van individuele aanspraken op het recht op persoonslijksheid kwam het vaakst voor in de uitspraken van de civiele rechter.

ruimer toepassingsbereik', aldus Verhey 1994, p. 655; zie ook Kortmann 1996, p. 152.

262 Zie Regels inzake de bescherming van persoonsgegevens (Wet bescherming persoonsgegevens), MvT Kamerstukken II 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 7 e.v., met name p. 10; zie ook Wijziging van boek 1 van het Burgerlijk wetboek over adoptie door personen van hetzelfde geslacht, Kamerstukken II 1999-2000, 26 673, nr. 5, p. 44.

263 Respectievelijk Art. 21 en 25 Aw; zie ook *Ferdi E.*, HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473. Zie Nehmelman 2002.

264 Zie bijvoorbeeld *Fluoridering*, Hof 18 december 1973, NJ 1974/64.

265 Zie onder meer *Edamse Bijstandsvrouw*, HR 9 januari 1987, NJ 1987/928; *Ferdi E.*, HR 21 januari 1994, NJCM 19-6 (1994).

266 Nieuwenhuis 2001, p. 177.

2.8 Slot

Het recht op persoonlijkheid dekt, afgaande op de grondwettelijke- en verdragsbepalingen, een breed scala aan aspecten die op de één of andere manier raken aan het recht van het individu, een eigen leven te kunnen leiden en in te richten zonder inmenging van buitenaf. Afgaande op de situaties die als aspecten van het recht op persoonlijkheid werden aangemerkt, kan een gemeenschappelijke classificatie van een aantal deelaspecten van het recht op privacy worden opgesteld. In de eerste plaats vormt de woning een plaats bij uitstek waar men geen inmenging van buitenaf behoeft te tolereren. In de tweede plaats wordt in de rechtsstelsels erkend, dat het individu in beginsel over het eigen lichaam mag beschikken. Daarnaast moet het individu vrijelijk relaties aan kunnen gaan met anderen. Hieronder vallen familie- en gezinsrelaties. De mate waarin seksuele relaties worden begrepen onder dit aspect van privacy verschilt in de stelsels. Tevens wordt geheime communicatie in alle rechtsstelsels tot op zekere hoogte erkend als element van privacy. Ten slotte dient het individu in zekere mate invloed op registratie en gebruik van eigen persoonsgegevens te kunnen uitoefenen, om onjuiste of onvolledige beeldvorming bij andere te voorkomen. Persoonsgegevens worden in dit verband ruim opgevat; het gaat hier niet alleen om het vastleggen van data, maar eveneens om beeldmateriaal.

De mate waarin deze elementen in grondwet of verdrag zijn gepositieerd wisselt. Qua structuur van het recht op persoonlijkheid vertonen grondwet en verdrag verschillen. Het Amerikaanse vrijheidsbegrip werd opgevat als rechtsnormen met een vaag karakter, evenals het Duitse grondrecht op handelingsvrijheid. Het recht op privé-leven in het EVRM en het recht op vrijheid van de persoonlijke levenssfeer in de Nederlandse grondwet zijn eveneens aan te merken als vage normen die een nadere concretisering behoeven. Daarnaast werden in de Amerikaanse, het Duitse en het Nederlandse rechtspraak respectievelijk het recht op 'privacy', het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' en het 'algemene persoonlijkheidsrecht' gepositieerd door de rechter. De vraag rijst, waarom het noodzakelijk werd geacht om aan de bestaande vage norm een nieuwe norm toe te voegen. Kennelijk bleken de bestaande vage normen in sommige opzichten niet voldoende bescherming te bieden. Opvallend is dat ter zake van de Amerikaanse privacy en het Duitse algemene persoonlijkheidsrecht een ander beperkingsregime geldt in vergelijking met de beperkingen die kunnen worden aangebracht bij de handelingsvrijheid in beide stelsels: ter zake van 'liberty' uit het Veertiende Amendement en het recht op persoonlijke ontplooiing ex Art. 2 lid 1 GG kunnen meer beperkingen worden gesteld. Voor het Nederlandse persoonlijkheidsrecht zijn deze vragen nog niet beantwoord. De Hoge Raad heeft aangegeven dat het recht op persoonlijkheid een rechtsnorm is die zich beweegt boven de geschreven en ongeschreven grondrechten, en lijkt daarmee aan de rechtsnorm een rechtsbeginselachtig karakter toe te kennen. De rechtspraak van het EHRM kent geen door de rechter gepositieerde norm die verder is gaan functioneren als zelfstandige rechtsgrondslag voor erkenning van individuele aanspraken op het vlak van het recht op persoonlijkheid. Het EHRM heeft daarentegen het recht op privé-leven extensief geïnterpreteerd. Het EG-Verdrag positieert geen recht op privé-leven, maar het maakt sinds *Panasonic* als rechtsbeginsel van Gemeen-

schapsrecht deel uit van de Gemeenschappelijke rechtsorde. Codificatie van individuele rechten in Art. 6 lid 2 EU-Verdrag is het gevolg van een rechtsontwikkeling in de jurisprudentie van het Luxemburgse Hof. Het Handvest kan zich in dit opzicht verder ontwikkelen als bron waaraan rechtsnormen kunnen worden ontleend en waarover consensus bestaat in de Lid-Staten. Enkele stelsels leggen regels neer voor de interpretatie. Deze interpretatieregels zijn tot op zekere hoogte terug te voeren op de historische context waarin de grondwet tot stand kwam.

Het Duitse recht op ontplooiing van de persoonlijkheid ziet niet alleen toe op aspecten van het recht op persoonlijkheid zoals een afgeschermde ruimte of een fysieke integriteit; het stelt de persoonlijkheid van het individu voorop. Het Amerikaanse begrip 'liberty' uit het Veertiende Amendement vertoont hiermee op het eerste gezicht grote overeenkomsten. In de andere stelsels worden eerder aspecten van de persoonlijkheid beschermd. Hierdoor wordt de indruk gewekt dat de Duitse en de Amerikaanse grondwetteksten het meeste houvast bieden voor erkenning van individuele aanspraken. Dat betekent echter niet vanzelfsprekend dat de in de andere stelsels genoemde rechtsnormen niet de potentie hebben om uit te groeien naar een meer alomvattend recht. De rechtspraakanalyse zal meer duidelijkheid geven over de mate waarin de rechters invulling hebben gegeven aan de hiervoor beschreven rechtsnormen. Vraag is welke invulling de rechter heeft gegeven aan het privé-leven ex Art. 8 EVRM, aan de notie van privacy van het Hof van Justitie van de EG en aan het Nederlandse recht op een persoonlijke levenssfeer.

Het afgrenzen van het recht op persoonlijkheid en van de verbijzonderingen ervan is niet goed mogelijk. De privé-sfeer lijkt met het individu mee te kunnen bewegen. Voor de in de grondwetten en verdragen gepositieerde rechten die zijn gerelateerd aan een recht op persoonlijkheid zijn in beginsel (ruime) beperkingmogelijkheden gecreëerd. Dat is vanuit het oogpunt van de ruime reikwijdte van de algemene formuleringen niet verwonderlijk. De mate waarin de beperkingmogelijkheden zich in grondwet en verdrag aandienen vertoont een gevarieerd beeld. Het EVRM kent in Art. 8 lid 2 een materieel toetsingskader, terwijl de Nederlandse grondwet in principe een stelsel van competentiecriteria voorschrijft. De Duitse 'verfassungsmäßige Ordnung' ex Art. 2 lid 1 GG kent zowel formele als materiële beperkingmogelijkheden. Het EVRM en de Duitse rechter hanteren beiden een proportionaliteitstoets. Het EG-Verdrag legt geen toetsingsmethodiek voor beperkingen op het recht op privacy vast, hetgeen tot op zekere hoogte samenhangt met het feit dat dit recht niet is gecodificeerd in het EG-Verdrag. De rechtspraak laat echter geen uitgewerkte beperkingsmethodiek zien. Tenslotte werd ook aandacht besteed aan het recht op persoonlijkheid in het privaatrecht. In Duitsland, Nederland en de Verenigde Staten is de privaatrechtelijke bescherming van het recht op persoonlijkheid voorafgegaan aan de constitutioneelrechtelijke bescherming. In Duitsland en Nederland lijkt van de privaatrechtelijke rechtsontwikkelingen een inspirerende werking te zijn uitgegaan, die de constitutionele rechtsvinding in een later stadium heeft bevrucht.

De in de rechtsstelsels gesignaleerde eigenschappen van het recht op persoonlijkheid hebben de rechters in de stelsels genoopt tot een standpuntbepaling ten aanzien van de interpretatie van dat recht. De formulering van de aspecten van het recht op persoonlijkheid in grondwet, verdrag en constitutie is, vanwege basis van individuele aanspraken daarop, aanleiding geweest tot nadere plaatsbepaling en reikwijdte van die aspecten door de rechter. Een aanzwellende stroom van individuele aanspraken op één of meer aspecten van het recht op persoonlijkheid noodzaakte de rechter steeds weer tot het vaststellen van de omtrekken van het recht. Het recht blijkt in de afgelopen twee decennia een steeds belangrijker buffer te vormen tegen de inmenging in het persoonlijke leven van buitenaf. Binnen bepaalde grenzen is de rechter verplicht, grondrechtsbescherming te effectueren. Tegelijkertijd dient de rechter constitutionele grenzen waarbinnen hij rechtsbescherming kan bieden te respecteren. De rechter wordt in zekere opzichten vrijheid gelaten ter zake van de interpretatie, omdat de grondwetgever niet concreet heeft aan willen en kunnen geven welke de begrenzingen zijn van de grondrechten. Dat houdt echter niet vanzelfsprekend in, dat de rechter een omvangrijke beoordelingsruimte toekomt, de grenzen van de reikwijdte vast te stellen. Een aantal factoren in het constitutionele bestel beperkt hem in de vrijheid, de omtrekken van het recht op persoonlijkheid en de daaraan gelieerde rechten vast te stellen. Hiertoe behoren in belangrijke mate factoren die samenhangen met de constitutionele verhouding waarbinnen de rechter opereert. Vanwege een constitutionele verdeling van werkzaamheden dient hij zich in principe niet bezig te houden met de taken die aan de wetgever of eventueel aan lagere rechters zijn toebedeeld. Een belangrijke grens is bijvoorbeeld die van de rechterlijke jurisdictie, die bepaalt welke bevoegdheden de rechter heeft ten aanzien van toepassing van grondrechten. Het onderzoek naar begrenzingen die zijn gelegen op het vlak van de omvang van de rechtsmacht – de institutionele begrenzingen – en begrenzingen naar de wetgever – de interinstitutionele begrenzingen – zijn voorwerp van studie in hoofdstuk 3.

Hoofdstuk 3

Constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever

Werkwijze van de rechter in de ontvankelijkheidsfase en de toetsingsfase

3.1 Inleiding

3.1.1 *De constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever*

Met constitutionele verhoudingen wordt hier bedoeld op de taakverdeling tussen de rechter enerzijds en grondwetgever of wetgever anderzijds.¹ In dit onderzoek staat in beginsel een speciale constitutionele verhouding centraal: die tussen de hoogste rechter en de formele wetgever.² Door de hiervoor gesignaleerde karakteristiek van het recht op persoonlijkheid in de grondwetten en de verdragen is de druk op de rechter om te beslissen over dergelijke individuele aanspraken aanzienlijk toegenomen: de rechter dient vanwege een aanzwellende stroom aanspraken steeds vaker te beslissen over de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid en aanverwante rechten, terwijl de grondwetgever in grondwet of verdrag geen concrete aanwijzingen van de reikwijdte van die rechten heeft neergelegd. Het lijkt er sterk op, dat de rechter zelf de grenzen van rechtsontwikkeling moet exploreren. Tot op zekere hoogte lijkt een rechtsvormende taak van de rechter in de stelsels wel te worden geaccepteerd; er wordt in beginsel echter vanuit gegaan dat de rechter zijn activiteiten in dit verband 'doseert'. In dit hoofdstuk wordt bekeken welke factoren die 'dosering' waar het gaat over rechtsontwikkeling als gevolg van rechtsvinding. De in de grondwet of het verdrag neergelegde aanwijzingen lijken nauwelijks concrete begrenzingen van een interpretatiebevoegd-

- 1 De positie van de uitvoerende macht wordt niet in het bijzonder in de beschouwingen betrokken. De uitvoerende macht is in beginsel belast met de uitvoering van regels binnen de door de wet gestelde kaders. In de uitvoering wordt het bestuur eveneens geconfronteerd met wetsinterpretatie. Het bestuur dient de wijze waarop grondwetgever en rechter fundamentele rechten interpreteren te respecteren. Het bestuur kan niet, nadat rechter en grondwetgever hebben geoordeeld over strekking en reikwijdte van 'privacy', een afwijkende bindende uitspraak doen. De rechtspraak van de bestuursrechter kan in het kader van interpretatie van het recht op persoonlijkheid wel weer interessante gezichtspunten opleveren (zie bijvoorbeeld 2.6.1), maar zij wordt desondanks niet in het bijzonder betrokken in de beschouwingen. Naast de taakverdeling tussen wetgever en rechter wordt eveneens de taakverdeling tussen federale en statelijke rechters en wetgevers aan de orde gesteld voor zover relevant; deze dimensie in de constitutionele verhoudingen speelt in de Verenigde Staten, in Duitsland en in beperkte mate in de EG een rol.
- 2 In de Verenigde Staten is dat de verhouding tussen het Hooggerechtshof en de federale en de statelijke wetgever; in Duitsland is dat de relatie tussen het Federale Constitutionele Hof en de Federale wetgever of de wetgever van een Bondsland; in de Nederlandse situatie worden in dat verband de Hoge Raad en de formele wetgever bestudeerd. In het kader van de Raad van Europa wordt met de constitutionele verhouding bedoeld op de verhouding tussen het EHRM enerzijds en de verdragswetgever – de verdragspartijen – die het EVRM hebben geratificeerd anderzijds. Het gaat dan meer specifiek om de wetgeving die door nationale autoriteiten in de verdragsstaat tot stand worden gebracht. In het Gemeenschapsrecht wordt de hier bedoelde constitutionele verhouding bestreken door enerzijds het Hof van Justitie en anderzijds de Lid-Staten – als agenten van EG-recht of op zichzelf staand – en de Instellingen als wetgevende organen van de Gemeenschap.

heid te geven.³ Toch zijn er elementen in de grondwet en het verdrag te ontwaren, die een indicatie geven van de grenzen van grondwetsuitleg in het licht van de hiervoor genoemde constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever, of die tot op zekere hoogte bepalen of de rechter bereid is extensief te interpreteren. De rechter ontleent aan constitutionele uitgangspunten en aan grondwettelijke verdeling van werkzaamheden inspiratie om zijn rechterlijke taakopvatting in te vullen. Vraag in dit verband is wat er onder het begrip ‘rechterlijke taakopvatting’ moet worden verstaan.

3.1.2 *De rechterlijke taakopvatting*

De rechterlijke taakopvatting wordt hier gedefinieerd als een afweging – in het licht van de constitutionele verhouding tussen de rechter en de wetgever – die de rechter zal maken tussen beoordeling van de individuele aanspraak, de geëigendheid van het rechterlijke proces om het geschil op te lossen, de abstractie van de voorgelegde vraag en de betekenis van de uitspraak aan het einde van zijn rechterlijk besluitvormingsproces.⁴ De rechterlijke taakopvatting is geen onveranderlijk begrip; zij lijkt om uiteenlopende redenen te kunnen variëren. Die redenen kunnen te maken hebben met de aard van de individuele aanspraak: indien de rechter voorziet dat hij zich bij de beoordeling van een aanspraak in een tamelijk onmogelijke positie – indien hij zich bijvoorbeeld tot op grote hoogte zal moeten inlaten met vaststelling van regels – ten opzichte van de wetgever zal manoeuvreren, zal hij zich andermaal bedenken over de vraag of het aan hem is de aanspraak in overweging te nemen. Een ander voorbeeld is dat de rechter de beoordeling van de aanspraak wel billijk acht en dat hij de aanspraak erkent als grondrechtelijk beschermenswaardig, maar dat hij in het geval van vaststelling van een schending niet overgaat tot nietigverklaring van de gewraakte wet. Hij laat in dat geval de oplossing van het conflict aan de wetgever over vanwege het feit dat hij de voor de meest passende oplossing aan de wetgever wil overlaten. In bijvoorbeeld de Nederlandse situatie wordt dan gesproken van rechterlijke terughoudendheid.

Het leerstuk van de rechterlijke taakopvatting kan zich in het rechterlijke besluitvormingsproces op drie verschillende momenten manifesteren: in de ontvankelijkheidsfase, in de rechtsvindingsfase of interpretatiefase en in de toetsingsfase. In de ontvankelijkheidsfase zou rechterlijk een rechterlijke taakopvatting kunnen worden herkend op het moment dat de rechter bereid is de gegeven ontvankelijkheidscriteria extensief uit te leggen, zodanig dat een individuele aanspraak die in beginsel niet binnen die criteria valt toch beoordeeld kan worden. In de rechtsvindingsfase zou men van rechterlijk activisme kunnen spreken wanneer de rechter bijvoorbeeld bereid is tot extensieve interpretatie van de ingeroepen rechtsnorm, en wel zodanig dat er een ‘nieuwe’ wetsuitleg of een ‘nieuw’ recht wordt gecreëerd – een functie die in deze optiek aan de wetgever is toebedacht. Hij kan trachten ruimte creëren met het oog op

3 Zie respectievelijk par. 2.3.2 en 2.4.1.

4 Heringa 1996, p. 48. In het Amerikaanse debat wordt de taakopvatting wel aangeduid met het begrip ‘judicial activism’ of ‘judicial restraint’, zie Lamb 1982 en Schick 1982; in de Nederlandse discussie wordt zij gevoerd onder het begrip ‘rechterlijke terughoudendheid’ en ‘rechterlijke voortvarendheid’ (Martens 2000, p. 747).

een mogelijk ruime uitlegging van de ingeroepen norm omdat de wetgever er telkens maar niet in slaagt om de voorliggende problematiek het hoofd te bieden.⁵ In de ontvankelijkheidsfase kan de rechter voor beoordeling van de zaak of juist voor afstand van rechtsmacht kiezen. In de toetsingsfase is die keuze niet meer aan de orde: de rechter heeft de zaak immers al ter beoordeling aangenomen.

De eerste aanwijzingen in grondwet en verdrag waaraan de rechter inspiratie ontleent bij de invulling van zijn rechterlijke taakopvatting kan worden gevonden in de wettelijke regels die duiden op de omvang van de rechtsmacht. Per stelsel wordt bekeken, welke regels er met betrekking tot de rechtsmacht en de ontvankelijkheid zijn vastgelegd en welke doctrines er op dat vlak tot ontwikkeling zijn gekomen. Het is van belang om naar deze fase in het rechterlijk besluitvormingsproces te kijken, omdat hier indicaties bestaan voor de rechterlijke taakopvatting die deels een verklaring geven voor de variaties tussen de stelsels in de rechtsvinding ter zake van het recht op persoonlijkheid. Een tweede demarcatielijn die betrekking heeft op de rechtsvindingsactiviteit van de rechter en die een aanwijzing geeft over de rechterlijke taakopvatting in de constitutionele verhouding wordt gevonden in de interpretatiemethoden die de rechter ter beschikking staan bij de vaststelling van de toepasbare regel en de omvang van die regel. Op dit vlak bestaat nauwelijks 'regelgeving', maar zijn in de stelsels interpretatiedoctrines tot ontwikkeling gekomen. Deze interpretatiedoctrines en interpretatiemethoden komen in hoofdstuk 4 aan de orde.

Naast de ontvankelijkheidsfase en de interpretatiefase is een derde fase te onderscheiden in het rechterlijk besluitvormingsproces. In de toetsingsfase – de fase die volgt na de vaststelling van de toepasselijke norm en de kwalificatie van de individuele aanspraak daaronder – zijn eveneens elementen te vinden die duiden op een bepaalde perceptie van de rechterlijke taakopvatting. Er bevinden zich in deze fase toetsingsmaatstaven die door de rechter kunnen worden gehanteerd met het oog op rechterlijke tegemoetkoming aan spanningen in de constitutionele verhouding. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de opmerking van de Nederlandse rechter die 'in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen' een terughoudende opstelling hanteert, en 'mitsdien niet wil overgaan tot het zelf voorzien in een rechtstekort'.⁶ Het kan dus voorkomen, dat de rechter afziet van het verbinden van rechtsgevolgen aan een geconstateerde grondrechtsschending vanwege de constitutionele verhouding met 'de' wetgever.

5 Zie bijvoorbeeld het *NS-Stakingsarrest*, waarin de Hoge Raad een extensieve interpretatie gaf van Art. 6 lid 4 ESH (HR 30 mei 1986, NJ 1986/688).

6 Zie HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 en par. 3.6.3.

3.2 De werkwijze van het Amerikaanse Hooggerechtshof

3.2.1 Federale rechtsmacht van het Hof

Art. III van de Constitution ziet op de federale rechterlijke macht. Deze rechterlijke macht is voor wat betreft federale kwesties in hiërarchie boven, en voor de overige kwesties naast de statelijke rechterlijke colleges geplaatst. Art. III rept niet van de structuur en organisatie van het Hof; deze kwesties zijn overgelaten aan de federale wetgever.⁷ De jurisdictie van het Hof is neergelegd in Art. III § 2; deze geldt onder meer ten aanzien van 'cases' en 'controversies' ter zake van de grondwet, federale wetgeving en internationale verdragen; geschillen waarbij de Verenigde Staten betrokken zijn en conflicten tussen burgers uit verschillende staten.⁸ Eén van de belangrijkste bevoegdheden van de rechterlijke macht, en het Hof in het bijzonder, is niet terug te vinden in de tekst van Art. III: de bevoegdheid wetgeving te toetsen op grondwettigheid.⁹ Bij strijd met de grondwet dient deze wetgeving buiten toepassing te worden gelaten. Het Hof heeft zich deze bevoegdheid via interpretatie van de grondwet in de beroemde zaak *Marbury t. Madison* in 1803 als het ware 'toegeëigend'.¹⁰ De belangrijkste constitutionele kwestie in *Marbury t. Madison* was, welke van de federale machten – wetgever, rechter of uitvoerende macht – de uiteindelijke uitlegger is van de grondwet. Het Hof signaleerde een conflict tussen een grondwettelijke bepaling en een federale wet – behoorde het tot de rechtsmacht van het Hof, de federale wet vervolgens ongrondwettig te verklaren en buiten toepassing te laten?¹¹ Rechter Marshall redeneerde als volgt: het voornaamste doel van een geschreven grondwet is het vestigen en consolideren van de hoogste wet. Daaruit volgt, dat een federale wet die daarmee in

7 Zo is bijvoorbeeld niet vastgelegd, hoeveel rechters in het Hof zitting hebben.

8 Verder beoordeelt het Hof kwesties aangaande ambassadeurs, ministers en consuls en casus waarin een staat als partij optreedt. In dergelijke gevallen heeft het Hof rechtsmacht in eerste aanleg; voor de overige zaken heeft het 'appellate jurisdiction'. De beoordeling van misdaden, behalve in het geval van 'impeachment', zal worden gedaan door een jury.

9 In beginsel betrof de bevoegdheid het toetsen van federale wetgeving op grondwettigheid, maar via de incorporatie werd naderhand eveneens statelijke wetgeving door het Hof op overeenstemming met de grondwet beoordeeld (zie par. 2.3).

10 *Marbury t. Madison*, 1 Cranch 137; 2 L. Ed. 60 (1803).

11 Achtergrond in deze zaak was een politiek conflict tussen John Adams en de Federalists, en zijn opvolger John Jefferson en de Republikeinen. Net voordat Adams zijn functie neerlegde, benoemde hij een aantal rechters voor het District Columbia. Adams had de opdracht tot benoeming reeds getekend, maar deze nog niet afgegeven ten tijde van het feitelijk beëindigen van zijn functie. De regering-Jefferson weigerde de aanstellingen te voltrekken. Enkelen van de aanstaande rechters, onder wie William Marbury, klaagden tegen deze weigering bij het Hof. Zij wilden de aanstelling uitgevoerd zien en klaagden daartoe Jeffersons staatssecretaris, James Madison aan. Justice Marshall zag zich gedwongen, onder meer de vraag te beantwoorden in hoeverre een verzoek om een bevelschrift tot benoeming door het Hof kon worden afgegeven. De toenmalige Judiciary Act voorzag in de bevoegdheid van het Hof 'to issue [...] writs of mandamus [...] to persons holding office under authority of the United States'. Middels deze federale wet kon het Hof het verzoek honoreren. Echter, Art. III § 2 van de grondwet erkent jurisdictie van het Hof in eerste aanleg alleen in 'Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be a Party'. De Federale wet was aldus in strijd met de bepaling van de grondwet.

strijd is, nietig is.¹² Het is volgens Marshall nadrukkelijk de taak en de plicht van de rechterlijke macht vast te stellen wat het recht betekent, het is niet de taak van de wetgever. Ontkenning van dit uitgangspunt zou namelijk betekenen dat rechterlijke instanties de grondwet zouden moeten negeren. Deze benadering zou de fundamenteën van de grondwet ondermijnen:

'It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. [...] So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is the very essence of judicial duty'.¹³

Het eerste deel van rechter Marshalls standpunt, de superioriteit van de grondwet boven federale wetgeving, werd aanvaard. De wijze waarop Marshall vervolgens de omvang van de taak van de rechterlijke macht daaruit afleidde, wordt echter tot op heden betwist: nergens stipuleert de grondwet expliciet welke de gevolgen zijn indien de rechter vaststelt dat een wet conflicteert met de grondwet. De vraag naar wie dan wel de ultieme uitlegger van de grondwet is wordt aldus niet in de grondwet beantwoord.¹⁴ Voorstanders van Marshalls redenering beargumenteren, dat juist de rechterlijke macht deze taak toekomt omdat bijvoorbeeld de rechters vrij zouden zijn van de politieke druk waarmee het Congress juist te kampen heeft.¹⁵ Tegenstanders bestrijden dat standpunt omdat zij van mening zijn dat deze taak, waarin politieke keuzes juist onvermijdelijk lijken te zijn, een rechterlijke instantie niet toekomt.¹⁶

Gesteld kan worden, dat het toetsingsrecht van het Hof sindsdien wordt erkend. De rechtsmacht van het Hof is aangegeven in Artikel III; slechts 'cases and controversies' kunnen worden beoordeeld. Er dient aldus sprake te zijn van een echt bestaand geschil;

12 'It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it'. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

13 Zie *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

14 Inmiddels is wel algemeen aanvaard dat het Hooggerechtshof de bevoegdheid tot rechterlijke toetsing bezit. Veel discussie bestaat thans nog over de wijze waarop die bevoegdheid werd afgeleid uit de betekenis van de grondwet; de daartoe gehanteerde redenering is thans middelpunt daarvan.

15 Ondersteuning van rechterlijke toetsing is expliciet terug te vinden in de Federalist Papers. Hamilton, Jay en Madison schreven in deze Federalist Papers commentaren ter verdediging van de voorgestelde Constitution. In constitutionele interpretatie worden deze Papers beschouwd als historisch waardevolle commentaren op de Constitution (Gunther en Sullivan 1997, p. 16). De Federalist Papers genummerd 78 tot en met 82, geschreven door Hamilton, hebben betrekking op de functie van de rechterlijke macht. Met name Federalist Paper nr. 78 van Hamilton levert argumenten die weer terug te vinden zijn in *Marbury v. Madison*. Voor verschillende argumenten zie: Learned Hand 1958, p. 1-30; Black Jr. 1960 en Bickel 1962.

16 Zie onder meer voor tegenstanders van rechterlijke toetsing door het Hof: Thayer 1967 en Wechsler 1961, p. 4-10.

abstracte toetsing wordt hierdoor in beginsel uitgesloten. Het Hof is tot dusverre niet bereid gebleken, over te gaan tot advisering omdat het bij honorering van dergelijke verzoeken al snel van mening is dat het de grenzen van rechterlijke terughoudendheid overschrijdt.¹⁷ Aanleiding ontvankelijkheid te weigeren was voor het Hof het gevaar dat het zich zou inlaten met beoordeling van discretionaire presidentiële bevoegdheden.

Een volgende punt is dat de rechtsmacht zich beperkt tot kwesties die de federale rechter toekomen; in dit opzicht is een afbakening aangebracht ten opzichte van de rechtsmacht van statelijke rechters.¹⁸ In de meeste zaken is de federale rechtsmacht echter niet exclusief in die zin dat zij enkel aan de federale rechter toekomt; over het algemeen hebben statelijke rechters een 'concurrent jurisdiction'. Het federale recht staat in beginsel boven het statelijke recht, aldus Art. VI van de grondwet.¹⁹ Indien nu een statelijke rechter een casus beoordeelt aan de hand van federaalrechtelijke maatstaven, is naderhand herziening door het Hof in beginsel mogelijk, zij het dat daarop wel een aantal beperkingen in acht dient te worden genomen.²⁰ Deze beperkingen komen voort uit het beginsel van federale staatsopbouw; het Hof heeft in zijn rechtspraak een aantal belangrijke lijnen uitgezet. In *Martin t. Hunter's Lessee* (1816) legde het Hof de basis voor de mogelijkheid tot herziening van rechtspraak van statelijke rechters.²¹ De federale rechter zal zich bij de beoordeling over de statelijke kwestie aan de hand van federaal recht dienen te beperken tot behandeling van de voorgelegde federale vraag – kwesties die enkel van belang zijn voor het recht van de betrokken staat zal de federale rechter niet in beschouwing nemen. De vraag zal door de federale rechter worden getoetst op juiste interpretatie en toepassing van de federale regel. Belangrijkste ratio achter deze bevoegdheid is dat de federale rechter op deze wijze de uniformiteit van toepassing van federaal recht kan verzekeren. Op de hoofdregel van mogelijkheid tot herziening van beslissingen van statelijke rechters door de federale rechters heeft het Hof een aantal uitzonderingen geaccepteerd, waarin het federale jurisdictie ter zake van beslissingen van statelijke rechters afwijkt. Deze uitzonderingen

17 Reeds in 1793 verwierp het Hof de uitnodiging, een advies te geven aangaande de Amerikaanse neutraliteit in een geschil tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk: 'The three departments of the government being in certain respects checks upon each other, and our being judges of a court in the last resort, are considerations which afford strong arguments against the propriety of our extrajudicially deciding the questions alluded to, especially as the power given by the Constitution to the President, of calling on the heads of departments for opinions, seems to have been purposively as well as expressly united to the executive departments', voorbeeld ontleed aan Gunther en Sullivan 1997, p. 28.

18 De belangrijkste criteria in Artikel III zijn in de eerste plaats of er sprake is van een geschil betreffende federale regels, en in de tweede plaats of er een rechtsstrijd is tussen burgers van verschillende staten.

19 De zogenoemde Supremacy Clause luidt onder Art. IV sub 2: 'This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding'.

20 Zie § 1257 van Title 28 van de Judiciary Act.

21 *Martin t. Hunter's Lessee*, 1 Wheat. (14 U.S.) 304 (1816). Deze uitspraak meet zich voor wat het afgrenzen van de federale rechterlijke bevoegdheid in belang met *Marbury t. Madison* (Gunther en Sullivan 1997, p. 60).

worden samengevat onder de zogenaamde 'Abstentiondoctrine'.²² De taakopvatting van het Hof, in afwijking van hetgeen de bevoegdheidstoedeling in de Judiciary Act aanreikt, is mede ingegeven door 'comity', hetgeen te maken heeft met een coöperatieve opstelling naar en respect voor het functioneren van de statelijke rechters en voor de federale staatsopbouw in het algemeen. De begrenzing tussen federale en statelijke rechtspraak lijkt een 'verschuifbare maatstaf' op te leveren waar het gaat om een discretie tot ontvankelijkheidsverklaring door het Hof. De omvang van 's Hof's discretie wordt echter enigszins beperkt: indien het Hof ongemotiveerd op deze grond vaak zou besluiten tot niet-ontvankelijkheid, terwijl de Judiciary Act die bevoegdheid ruimschoots toekent, zou dat besluit niet zonder meer geloofwaardig overkomen.

3.2.2 De rechtsgang naar het Hof: het certiorari-systeem

Geschillen komen bij het Hof terecht via een beroepsprocedure of via 'certiorari'. In het eerste geval schrijft de wetgever voor ter zake van welke klachten beroep kan worden ingesteld bij het Hof; het Hof is verplicht deze zaken in behandeling te nemen. Een grote groep klachten, waaronder de het grootste deel van de onderzochte aanspraken op het recht op persoonlijkheid – in de Amerikaanse situatie aanspraken op 'liberty' en 'privacy'²³, komt via de procedure van certiorari bij het Hof terecht. Het Hof heeft in deze procedure een belangrijke selectiebevoegdheid: het kan kiezen over welke kwesties het een uitspraak zal doen.²⁴ Met behulp van selectie kan het Hof een constitutionele koers uitstippelen; de selectie geschiedt niet alleen op basis van ontvankelijkheidscriteria, maar ook op basis van opportuniteit.²⁵ Jaarlijks krijgt het zesduizend verzoeken²⁶, waarvan slechts een fractie uiteindelijk wordt beoordeeld op grondwetigheid.²⁷ Ter zake van het verlenen van certiorari beslissen de rechters met vier stem-

22 In *Railroad Commission of Texas v. Pullman Co. v. U.S.*, 312 U.S. 496 (1941) formuleerde het Hof enkele redenen waarom federale jurisdictie over beslissingen van statelijke rechters niet gewenst was: conflicten tussen federale en statelijke rechters als gevolg van onduidelijkheden over het recht van de staat dienen zover als mogelijk voorkomen te worden, en voor vaststelling van het geldende statelijke recht is de statelijke rechter de eerst aangewezen teneinde vergissingen door federale rechters zoveel mogelijk te voorkomen. Een zaak kan aldus worden terugverwezen naar de statelijke rechter teneinde opheldering te verkrijgen over de betekenis van dat statelijke recht, waarna de casus, indien nodig, weer kan worden voorgelegd aan de federale rechter.

23 Zie par. 2.3.3 en 2.3.4.

24 Deze categorie van zaken, die veruit het vaakst wordt aangebracht bij het Hof, wordt in de Verenigde Staten 'writ of certiorary' genoemd. Section 1254 van Title 28 van de U.S. Code verschaft het Hof de bevoegdheid van review by writ of certiorari ten aanzien van uitspraken van federale rechters. Section 1257 bepaalt de rechtsmacht ten aanzien van de statelijke rechters. Indien het om herziening van uitspraken van statelijke rechters verzocht wordt, dient de uitspraak in de hoogste instantie in de staat te zijn gedaan, en het moet een 'federal question' betreffen.

25 Heringa 1996, p. 8.

26 Lazarus 1999, p. 31.

27 Deze discretie heeft niet immer bestaan: tot 1891 had het Hof in het geheel geen bevoegdheid, zaken te selecteren en trad het als beroepsrechter op. Sinds 1891 is een groot deel van de verplichte rechtsmacht afgeschaft – met name na de inwerkingtreding van de Judiciary Act van 1925. Sedertdien had het Hof de bevoegdheid, zijn werkzaamheden te beheersen. In 1988 heeft het Congress bijna alle gevallen van verplichte aanname afgeschaft en is de discretie van het Hof welhaast volledig. Zie voor een nadere uiteenzetting over hoe het proces van een petition for certiorari verloopt Heringa 1995, p. 15 e.v. en

men vóór het in behandeling nemen van een kwestie.²⁸ Een verzoek kan zonder nadere motivering worden afgewezen. De redenen waarom een verzoek tot beoordeling door het Hof niet wordt aangenomen, zijn echter verschillend van aard.²⁹ Naast juridisch-technische aspecten en aspecten van processuele aard spelen in de geneigdheid tot het beoordelen van de verzoeken ook politieke overwegingen een rol. Ongelijke rechtsbedeling tussen verschillende staten kan, maar hoeft niet perse een grond te zijn voor in behandeling nemen van een verzoek. Als federale hoogste instantie heeft het Hof in beginsel een harmoniserende rol waarin het streeft naar eenheid en uniformiteit van de toepassing van het federale recht. Echter, verscheidenheid wordt niet altijd ongewenst geacht: teneinde nieuwe rechtsvragen en rechtsontwikkelingen te laten uitkristalliseren kan het juist gepast zijn, tot op bepaalde hoogte rechtsongelijkheid te laten voortbestaan.³⁰ Verzoekschriften van de zijde van de federale regering en van de 'Solicitor-General' worden in driekwart van de gevallen ontvankelijk verklaard. Kwesties die worden begeleid met 'amicus curiae briefs' worden eveneens vaker ter beoordeling aangenomen.³¹ Een niet onaanzienlijke factor in de bereidheid een verzoek aan te nemen is gelegen in de strategie van de individuele rechters van het Hooggerechtshof.³² Indien een rechter bijvoorbeeld wenst te voorkomen dat de beslissing van een zaak een in zijn optiek onwenselijke jurisprudentie vestigt, kan hij ertoe overgaan tegen beoordeling van de kwestie te stemmen. Daartoe zal de rechter een inschatting moeten maken van de positie van de andere rechters en over de stemverhoudingen. Naast de 'grant of certiorari' dient een casus ook andere criteria van 'justiciability' te doorstaan, wil het Hof tot een beoordeling van de zaak komen.

3.2.3 Overige ontvankelijkheidscriteria

Er is een aantal criteria ontwikkeld ter zake van de vraag welke kwesties voor constitutionele beoordeling door het Hof in aanmerking komen, waarbij onder meer nagegaan dient te worden, wie een zaak aanbrengt, in welk stadium van het conflict het Hof een kwestie kan beoordelen, en de constitutionele vragen die in aanmerking komen voor beoordeling.³³ Ter zake heeft het Hof doctrines van 'constitutional limits' en van

Lazarus 1999 (m.n. deel II: A Clerk's eye view').

28 De beslissing over het wel of niet in behandeling nemen van een zaak wordt beslist met vier stemmen vóór afdoening in het Hof. Sommige zaken zullen vrijwel altijd worden aangenomen, zoals bijvoorbeeld doodstrafzaken. De uitspraak in een zaak wordt naderhand beslist op basis van een gewone meerderheid. Het Hof telt negen rechters; momenteel zijn dat rechter Scalia (1986 door Reagan benoemd), Rehnquist (1972, Nixon), Day O'Connor (1981, Reagan), Souter (1990, Bush), Breyer (1994, Clinton), Kennedy (1988, Reagan), Stevens (1975, Ford), Thomas (1991, Bush) en Ginsburg (1993, Clinton). Voorzittend rechter is Justice Rehnquist (1972, door Nixon benoemd), gekozen op ancienniteit. Rechter Ginsburg is als laatste benoemd in deze samenstelling van het Hooggerechtshof.

29 In het Reglement van het Hof in Rule 10 zijn enkele algemene richtlijnen vastgelegd.

30 Zie bijvoorbeeld in *U.S. t. Mendoza*, 464 U.S. 154, 160 (1984).

31 In een dergelijke 'brief' worden door vooraanstaande juristen argumenten aangevoerd die het Hof dienen te overtuigen van de ernst van de kwestie. De schrijvers van deze 'briefs' geven in hun document eveneens aan, hoe de onderhavige kwestie naar constitutionele maatstaven dient te worden beoordeeld.

32 Perry 1991, p. 198 e.v.; Heringa 1996, p. 19.

33 Voor literatuur die uitgebreid op deze aspecten van ontvankelijkheid in gaat, zie onder meer Hart en Wechsler 1996.

'prudential limits' ontwikkeld. Wat de 'constitutional limits' aangaat wordt de ontvankelijkheid vastgesteld aan de hand van de eisen en grenzen die de grondwet daaromtrent stelt.³⁴ Art. III § 2 sub 1 stipuleert dat er sprake dient te zijn van 'cases' en 'controversies'.³⁵ De 'prudential limits' zijn niet expliciet in de grondwet neergelegd, maar zijn door het Hof als elementen van een wijs beleid, voortvloeiend uit zijn rechtsprekende taak, ontwikkeld.³⁶ Heringa geeft een aantal overwegingen ter zake van de rechtvaardiging van het bestaan van deze eis, die sterk verband houden met de constitutionele verhouding waarin het Hooggerechtshof zich met de federale en de statelijke wetgever bevindt.³⁷ De beperking op basis van 'cases' en 'controversies' is gerechtigd vanuit de structuur van de scheiding van machten: de rechter kan geen eigen beleid maken en is aangewezen op de 'incidentaliteit' van zaken. In de tweede plaats dient het Hof het gebruik van zijn middelen te doseren; het is gebaat bij zorgvuldig gebruik.³⁸ In de derde plaats kan de rechter geen abstracte herziening uitvoeren vanuit de gedachte van 'cases' en 'controversies'. In de jurisprudentie heeft het Hof deze achterliggende beginselen uitgewerkt onder uiteenlopende criteria, zoals eisen met betrekking tot de kwaliteit van de eisende partij.³⁹ De criteria van 'mootness' – de zaak is te laat aangebracht – en van 'ripeness' – de zaak is te vroeg aangebracht – betreffen niet-ontvankelijkheid vanwege de verkeerde timing waarop een verzoek wordt voorgelegd. De eisen van standing en timing zijn echter geen onveranderlijk concepten maar eerder maatstaven die multi-interpretabel zijn. Als gevolg hiervan is het soms mogelijk, dat een individuele aanspraak kan leiden tot een toetsing met het karakter van een abstracte herziening, terwijl het Hof op andere momenten juist zeer strenge eisen kan stellen aan de ontvankelijkheidseisen.⁴⁰ In het laatste geval kan dat tot gevolg hebben, dat het Hof afstand van zijn rechtsmacht doet.

34 Art. II par. 2.

35 Het geschil moet zich lenen voor rechterlijke beoordeling lenen, terwijl de procespartij voldoende belang moet hebben bij beoordeling door het Hof.

36 Heringa 1996, p. 37.

37 Heringa 1996, p. 38.

38 *Valley Forge Christian College t. Americans United for Separation of Church and State*, 545 U.S. 464 (1982) en Bickel 1962, p. 115-116.

39 *Warth t. Seldin*, 422 U.S. 490 (1975).

40 Een zaak is 'not ripe' indien deze te vroeg wordt aangebracht, terwijl een zaak 'moot' wordt geacht indien omstandigheden die zich voordoen na het aanbrengen van het verzoek ertoe leiden, dat de aanvankelijke strijd met de grondwet is verdwenen. Het conflict bestaat dan niet meer. In de beroemde abortuszaak *Roe t. Wade* bijvoorbeeld was het Hof bereid, ook al was klaagster in casu niet meer zwanger, de klacht ontvankelijk te verklaren vanwege de anders fysieke onmogelijkheid, een dergelijke klacht door het Hof op grondwettigheid te laten toetsen. Echter, in *DeFunis t. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974), verwierp het Hof de ontvankelijkheid, terwijl die redenerend vanuit de situatie van feitelijke onmogelijkheid in *Roe* juist wel verwacht kon worden. Waar het Hof juist bereid was een 'effet utile'-benadering te kiezen voor de ontvankelijkheid van *Roe*, weigerde het in *DeFunis* in de mootness-doctrine een extensief te interpreteren. Het Hof kan deze vereisten laten divergeren; de mate waarin het een strenge toets hanteert ten aanzien van de vaststelling van mootness, hangt nauw samen met de omstandigheden in de casus alsmede eigen rechterlijke taakopvatting. Zie ook Perry 1991, p. 107.

3.2.4 De rechterlijke taakopvatting van het Hof

Een eis van ontvankelijkheid die direct is gerelateerd aan de constitutionele verhouding tussen Hof en wetgever, is het criterium van de 'political question doctrine'.⁴¹ In de loop van de twintigste eeuw ontwikkelde het Hof zijn 'political question doctrine', waarin ontvankelijkheid wordt verworpen omdat de gestelde vraag of het voorgelegde conflict dermate ongeschikt is voor beslechting door de rechter, dat tot niet-ontvankelijkheid moet worden geconcludeerd.⁴² Een heldere en consistente lijn van uitspraken is aan de hand van de political question doctrine moeilijk te traceren in de rechtspraak.⁴³ In de literatuur wordt het leerstuk van de political question overigens aangeduid als een soort laatste redmiddel, waarmee het Hof in staat is verzoeken tot beoordeling buiten de rechtszaal te houden, als deze niet reeds in de certiorari-procedure of de standing-criteria was blijven steken.⁴⁴ Het Hof heeft in de jurisprudentie een aantal algemene regels geformuleerd die richtinggevend zijn voor de wijze waarop het Hof zijn taakopvatting invult. In *Ashwander t. Tennessee Valley Authority*⁴⁵ formuleerde rechter Brandeis een aantal basisregels.⁴⁶ Algehele rode lijn in die taakopvatting is dat wetgeving en besluiten in beginsel worden geacht grondwettig te zijn en dat over vermeende ongrondwettigheid geen uitspraak wordt gedaan, tenzij dat absoluut noodzakelijk is.⁴⁷

41 Zie hierover Heringa 1996, hoofdstuk 6; Flinterman 1995, p. 45-54; Ducat en Chase 1992, met name p. 126-132, 137-141 en 321-326; Tribe 2000, p. 365 e.v. Deze doctrine komt voort uit de voornoemde 'prudential limits'. Hoewel deze doctrine geen functie vervult in het kader van de te onderzoeken rechtspraak – bij mijn weten is de doctrine geen aanleiding geweest voor afwijzing van beoordeling van de individuele aanspraak – is het goed om er kort aandacht aan te besteden: deze doctrine raakt in beginsel de kern van de dialoog die vanuit de rechter met de wetgever wordt gevoerd.

42 Het Hof heeft enkele criteria vastgesteld in *Baker t. Carr* aan de hand waarvan het beoordeelt of het te maken heeft met een political question, maar deze criteria vragen ieder voor zich eveneens om interpretatie en toepassing in het concrete geval. Kort samengevat weigert het Hof beoordeling, indien naar de toebedeling van de grondwet van een zaak aan een andere staatsmacht toekomt; bij gebrek aan heldere juridische maatstaven waarmee het conflict opgelost kan worden alsmede het bestaan van factoren die beslechting door een rechter politiek onwenselijk doen zijn.

43 Onderwerpen als onder meer geloofsbriefen (*Powell t. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969)), buitenlandse betrekkingen (*Baker t. Carr*, 369 U.S. 186 (1962)) en invulling van de republikeinse staatsvorm (*O'Brien t. Brown*, 409 U.S. 1 (1972)) zijn in het verleden door het Hof als 'non-justiciable' beoordeeld (voorbeelden ontleend aan Heringa 1996, hoofdstuk 6).

44 Zie onder meer Gunther and Sullivan 1997, p. 53.

45 *Ashwander t. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936).

46 Zie onder meer Kommers 1998, p. 34 en in het bijzonder hoofdstuk 3; Gunther en Sullivan 1997, p. 29; Heringa 1996, p. 117.

47 Rechter Brandeis, *concurring in Ashwander*: "The Court developed, for its own governance in the cases confessedly within its jurisdiction a series of rules under which it has avoided passing upon a large part of all the constitutional questions pressed upon it for decision. They are: 1) The Court will not pass upon the constitutionality of legislation in a friendly, nonadversary proceeding, declining because to decide such questions is legitimate only in the last resort, and as a necessity in the determination of a real, earnest, and vital controversy between individuals. [...] 2) The Court will not anticipate a question of constitutional law in advance of the necessity of deciding it. [...] 3) The Court will not formulate a rule of constitutional law broader than is required by the precise facts to which it is to be applied. [...] 4) The Court will not pass upon a constitutional question although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of. [...] 5) The Court will not pass upon the validity of a statute upon complaint of one who fails to show that he is injured by its operation. [...] 6) The Court will not pass upon the constitutionality of a statute at the instance of one

Uit de regels komt ook een verbod naar voren, dat stipuleert dat het Hof een regel van constitutioneel recht niet ruimer mag formuleren dan vereist is om het geschil tot een oplossing te brengen. Een belangrijk uitvloeisel van de vooronderstelling van grondwettigheid van wetgeving is onder meer het gebod om zo mogelijk tot een grondwetsconforme interpretatie te komen.⁴⁸ Ook ligt er een subsidiariteit in de regels besloten: indien een andere beslechting van het geschil mogelijk is dient die eerst te worden aangewend.

In verband met deze in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen formulering wordt in het Amerikaanse debat over de omvang van de rechterlijke taakopvatting eveneens het onderscheid 'judicial restraint' en 'judicial activism' gehanteerd, die hier worden vertaald met respectievelijk terughoudendheid en activisme. Deze benadering van de rechterlijke taakopvatting raakt de kern van de constitutionele verhouding tussen federale de rechter en de federale en statelijke wetgevers. Met een kwalificatie van 'activisme' of 'terughoudendheid' geeft de rechter een indicatie van zijn 'respect' voor de taak van de wetgever, zo luidt de gedachte die aan deze doctrine ten grondslag ligt. Van belang in verband met het onderscheid tussen 'activism' en 'restraint' is dat er geen scherpe lijnen tussen beide benaderingen aan te brengen zijn. Enkele kenmerken zijn wel te geven. Zo wordt door sommigen het hanteren van het instrument van grondwettigheidstoetsing van wetgeving aangemerkt als een ultieme daad van rechterlijk activisme.⁴⁹ Er kunnen in afzonderlijke gevallen wel karakteristieken van de benadering van de rechter worden gegeven, maar op voorhand kan niet op basis van criteria worden vastgesteld welke gedraging het predikaat activisme of terughoudendheid verkrijgt.⁵⁰ Een activistische rechter kan er bijvoorbeeld in beginsel toe neigen, de regels ter zake van ontvankelijkheid extensief uit te leggen om rechterlijke beoordeling van bijvoorbeeld wetgeving in formele zin mogelijk te maken. Bij de interpretatie van de grondrechten kan de rechter er bijvoorbeeld eerder toe neigen, een in beginsel enge formulering van een grondrecht juist ruim uit te leggen: hij beperkt zich bij de uitleg van een grondrecht niet tot de tekstuele uitleg, maar zoekt naar de betekenis van het recht aan de hand van normen van hoger recht. Dat kunnen zowel rechtsbeginselen zijn als rechtsnormen die tot dusverre nog geen vaste voet in het rechtssystemeem hebben verkregen.⁵¹ Zo kan een aanleiding tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgrond ontstaan; die is in beginsel eerder mogelijk in een extensievere uitleg, dan wanneer een restrictieve uitleg wordt aangehouden.⁵² Een rechter die een vermoeden uitspreekt ten faveure van de individuele rechtsbescherming zou kunnen worden aan-

who has availed himself of benefits. [...] 7) When the validity of an act of Congress is drawn into question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided.

48 Zie regel 7) van rechter Brandeis.

49 Ducat en Chase 1992, p. 93.

50 Abraham 1982, p. 201.

51 Zie par. 4.6 voor de typering van 'normen van hoger recht'.

52 Een voorbeeld van een rechterlijke taakopvatting die terughoudendheid dicteert is te vinden in de *dissenting* van rechter Frankfurter in *West Virginia Board of Education t. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

gemerkt als activistisch indien zijn rechtsvinding leidt tot extensieve interpretatie van het grondrecht.⁵³ De voorkeur voor individuele rechtsbescherming lijkt in beginsel te worden uitgesproken met de kwalificatie van 'fundamentality'.⁵⁴ 'Fundamentality' wordt aan aanspraken toegekend die onder 'privacy' worden erkend.⁵⁵ Zo kan worden gesteld, dat een rechter die een voorkeur voor de individuele rechtsbescherming als één van de onderliggende structuren van de grondwet niet respecteert, activistisch handelt: hij wijst de beoordelingsmaatstaven die de grondwetgever heeft vastgelegd, dan af. Een rechter die onder verwijzing naar 'fundamentality' wetgeving nietig verklaart, hetgeen in de Amerikaanse situatie steeds het gevolg lijkt te zijn van deze kwalificatie, wordt soms eveneens een activistische taakopvatting toegedicht – vanwege ingrijpen in wetgevende activiteiten. Deze betiteling van activisme zal zwaarder worden naarmate de rechter de kwalificatie van 'fundamentality' als toetsingsmaatstaf vaker hanteert. Vraag is dan in hoeverre de rechter zich houdt aan hetgeen de wet hem opdraagt, en in welke mate hij zich daarbij mag of zelfs dient te verlaten op normen van hoger recht.⁵⁶

In de *toetsingsfase* kan een rechter eveneens een bepaalde taakopvatting in het licht van de constitutionele verhouding tussen hem en de wetgever hanteren. Wanneer de rechter terughoudend zegt te beslissen, zal hij wetgeving eerder onderwerpen aan een marginale toetsing, de zogenoemde 'rational basis test'. Vaststelling van een eventuele strijdigheid met de 'privacy' ligt in de Amerikaanse situatie niet voor de hand wanneer een marginale toets plaatsvindt.⁵⁷ Wanneer het Hof een benadering ten faveure van het recht op individuele rechtsbescherming tot uitgangspunt verheft, heeft dit veelal tot gevolg dat wetgeving aan een intensieve toetsing wordt onderworpen. In dergelijke gevallen heeft het Hof een aantal keren van zowel *dissenters* als commentatoren het verwijt gekregen, dat het zich inliet met regelgevend en beleidsmakend optreden en aldus de in de grondwet neergelegde constitutionele verhoudingen niet respecteerde.⁵⁸ Het *Warren-Court* (1953-1969) is bijvoorbeeld achteraf regelmatig verweten activistisch te zijn. Het voerde een rechterlijk interpretatie'beleid' dat steeds een sterke voor-

53 Dit sluit niet uit dat activisme zich ook bij grondwetsuitleg voordoet die niet leidt tot extensieve interpretatie. Ook dan kan interpretatie tot gevolg hebben dat wetten door het Hof ongrondwettig worden verklaard en kan het voorkomen dat het Hof van activisme wordt beticht (zie bijvoorbeeld *Atkins t. Virginia*, (nr. 00-8452, 20 juni 2002)). In die zaak werd het verbod op de doodstraf bij zwakzinnigen erkend op basis van een groeiende consensus.

54 Par. 2.3.3.

55 Par. 2.3.3.

56 Deze vragen liggen ten grondslag aan de discussie in constitutionele interpretatie over de rechterlijke taakopvatting. Hierop zal in hoofdstuk 4 over constitutionele interpretatie en in hoofdstuk 5 over de Amerikaanse jurisprudentie nog uitvoerig op worden teruggekomen.

57 De kwalificatie van 'fundamentality' heeft steeds tot gevolg, dat een intensieve toets van de aangevochten wet volgde. Intensieve toetsing had steeds tot gevolg, dat de gewraakte wet niet in stand kan blijven, terwijl na een marginale toets de wet kan blijven voortbestaan. 'Strict in theory, fatal in fact' is een gevleugelde uitdrukking geworden in het Amerikaanse constitutionele debat, die bijna als een wetmatigheid aangeeft dat marginale toetsing de aangevochten wet in stand laat en omgekeerd een intensieve toets bijna altijd leidt tot nietigheid van de aangevochten wet (Gunther 1972, p. 8).

58 Dit verwijt kreeg het Hof onder meer in de zaken *Roe t. Wade* (410 U.S. 113, (1973)), *Brown t. Board of Education* (347 U.S. 483, (1954)) en *Baker t. Carr* (369 U.S. 186, (1962)).

keur uitspraak ten faveure van de individuele rechtsbescherming.⁵⁹ Dat had regelmatig tot gevolg dat federale of statelijke wetgeving geen stand kon houden, en dat er mitsdien werd ingegrepen in de taakstelling van de wetgever.⁶⁰

's Hof's activistische benadering – nietigverklaring van wetgeving in verband met strijd met grondrechten – was eind jaren '60 een belangrijke aanleiding voor toenmalig president Nixon, rechters met een meer terughoudende taakopvatting te benoemen in het Hof. Een zelfde ontwikkeling deed zich een aantal decennia eerder voor in het zogenoemde 'Lochner-tijdperk' (1905-1937), waarin het Hof gedurende een aantal decennia opvallend vaak statelijke sociaal-economische wetgeving strijdig met het Veertiende Amendement van de grondwet verklaarde.⁶¹ Roosevelt benoemde in 1937 nieuwe leden in het Hof; hij veronderstelde dat zij een terughoudender taakopvatting zouden hanteren dan het Hof voorheen had gedaan.⁶² Van belang is dat de voorkeur voor een activistische of juist een terughoudende rechterlijke taakopvatting niet kan worden afgeleid uit de politieke stroming waarmee een rechter of een samenstelling van het Hof sympathiseert.⁶³ De verschillende 'Courts' hebben zich zowel met links georiënteerde als ook met rechts-liberale stromingen geïdentificeerd; beide politieke onderstromen kunnen worden getypeerd als activistische 'Courts'.⁶⁴ In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de uitspraak *Trop t. Dulles*, waarin voorzittend rechter Warren de meerderheidsopinie schreef en zijn mening geeft over de gepaste rechterlijke taakopvatting. Het conflict handelde in de kern om de vraag, in hoeverre het verlies van de Amerikaanse nationaliteit wegens desertie in overeenstemming was met het Achtste Amendement – het verbod van 'cruel' en 'unusual punishment':

59 Onder het voorzitterschap van rechter Warren in het Hooggerechtshof is het recht op 'privacy' tot ontwikkeling gekomen.

60 Zie bijvoorbeeld *Trop t. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

61 De reeks uitspraken werd ingeleid met de zaak *Lochner t. New York*, 198 U.S. 45 (1905), vandaar de betiteling die in de Amerikaanse literatuur niet ongebruikelijk is (Gunther en Sullivan 1997, p. 460).

62 Met het zogenoemde Court-packing Plan wilde Roosevelt had als belangrijkste en meest effectieve regel, dat rechters ouder dan 70 werden geacht terug te treden. Wanneer zij dat niet vrijwillig zouden doen zou de president de bevoegdheid hebben, een extra rechter te benoemen, met dien verstande dat het aantal rechters in het Hof maximaal 15 kon bedragen. 6 van de 9 rechters waren ouder dan 70 in 1937, hetgeen kon leiden tot een influx van rechters met een meer 'terughoudende' taakopvatting (in die zin dat zij grondwettigheid van de wetgeving vooronderstelden). Voordat het echter zover kwam wijzigde het Hof zijn jurisprudentie ter zake van sociaal-economische wetgeving drastisch; eerste tekenen hiervan kwamen in de zaken *Nebbia t. New York*, 291 U.S. 502 (1934) en *West Coast Hotel t. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) – ook wel genoemd 'the switch in time that saved the Nine' ('nine' slaat op het aantal rechters in het Hooggerechtshof). Er bestaat echter meningsverschil over de mate waarin dat nu veroorzaakt zou zijn door de 'dreiging' van het Court Packing Plan; opvallend is in ieder geval dat de twee ontwikkelingen samenvielen (zie Gunther en Sullivan 1997, p. 183).

63 De rechtspraak in het Lochner-tijdperk zou bijvoorbeeld aan te merken zijn als passend binnen de meer conservatief-liberale opvatting, dat de staat niet sturend (zoals in een sociaal-democratische opvatting) moet optreden, maar verdeling van de middelen aan de marktwerking dient over te laten. Het Hof hanteerde in deze periode een activistische instelling. Daartegenover hanteerde het Warren-Court, toch juist eerder links georiënteerd, een activistische houding ten aanzien van fundamentele rechten. Zie over dit onderscheid onder meer Cox 1987, p. 135.

64 A. Cox, p. 135.

'We are oath-bound to defend the Constitution. This obligation requires that congressional enactments be judged by the standards of the Constitution. The judiciary has the duty of implementing the constitutional safeguards that protect individual rights. When the Government acts to take away the fundamental right of citizenship, the safeguards of the Constitution should be examined with special diligence. The provisions of the Constitution are not time-worn adages or hollow shibboleths. They are vital, living principles that authorize and limit governmental powers in our Nation. They are the rules of government. When the constitutionality of an Act of Congress is challenged by this Court, we must apply those rules. If we [...] do not, the words of the Constitution become little more than good advice. [...] We are sworn to do no less. We cannot push back the limits of the Constitution merely to accommodate challenged legislation.'⁶⁵

De vraag ter zake van de hantering van de 'juiste' rechterlijke taakopvatting lijkt, afgaande op dit voorbeeld, aldus sterk samen te hangen met de rechterlijke perceptie van hetgeen de grondwet hem opdraagt. De vraag is of de rechter in dat verband vooral op de tekst dient af te gaan, of dat hij zelf vanuit een grondwetssystematiek normen mag afleiden.

3.2.5 De uitspraak

Uitspraken worden gedaan op basis van gewone meerderheidsbeslissingen, de *majority vote*.⁶⁶ Indien de president van het Hof zich met zijn opvatting bij de meerderheid bevindt, beslist hij wie de meerderheidsopinie schrijft. Indien hij zich niet in die meerderheid bevindt, zal de president naar anciënniteit beslissen, wie de opinie voor de meerderheid schrijft. De verschillende opinies circuleren onder de leden; getracht wordt een meerderheid voor het eigen standpunt te verkrijgen. Coalities kunnen in dit stadium worden gesmeed totdat de opinies afgerond zijn, en het oordeel wordt uitgesproken. Naar aanleiding van de meerderheidsbeslissing kunnen de leden die zich daarin niet kunnen vinden hun '*dissenting*' of '*concurring*' kenbaar maken, die eveneens wordt gepubliceerd bij de uitspraak. De openbaarmaking van *dissentings* en *concurrings* verschaft een inzicht in de argumenten die in overweging zijn genomen in de rechterlijke besluitvorming. Mede omdat de tegenstellingen in de constitutionele rechtspraak vaak scherp zijn, ziet een rechter zich genoodzaakt – zowel in de *majority vote* als in de *concurring* of in de *dissenting* – de mening zo overtuigend mogelijk neer te zetten. Aan *concurrings* en *dissentings* wordt regelmatig argumentatie ontleend voor latere zaken, zowel door de rechters als door de bij het proces betrokken partijen. In de jurisprudentie komt echter niet altijd even helder naar voren welke rechters zich op welk onderdeel van de uitspraak bij de meerderheid bevinden.⁶⁷ Daarnaast valt op dat

⁶⁵ *Trop t. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

⁶⁶ Deze kan omvatten het oordeel van de meerderheid van het Hof in de vorm van een *majority opinion*; sprake kan zijn van de *concurring opinion* waarin het oordeel van de betreffende rechter aansluit bij het oordeel van de meerderheid, maar waarin hij een afwijkende redenering aanhoudt om tot het resultaat van de meerderheid te komen. Ook kan de rechter een mening hebben die afwijkt van de redenering en het resultaat van de meerderheid: dan is sprake van een *dissenting opinion*.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld de voor het recht op persoonlijkheid – in casu abortus – belangwekkende zaak *Planned Parenthood of Southeastern P.A. t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). In deze zaak werd beslist over een aantal aspecten met betrekking tot het recht op abortus aan de orde; de gefragmentariseerde besluit-

in zaken die handelen over 'liberty' en 'privacy' vaak ernstige verdeeldheid van stemmen bestaat. Veel zaken op dat terrein worden beslecht met een 5-4 beslissing, hetgeen afdoet aan de kracht van de meerderheidsopinie.⁶⁸ Er is dan slechts een kleine verandering van samenstelling van het Hof nodig, om een tegengestelde jurisprudentiële lijn in te zetten ter zake van het recht op vrijheid en het recht op 'privacy'.⁶⁹

De uitkomst van zaken, vooral die waarin een individuele aanspraak op 'liberty' en 'privacy' wordt gedaan, wordt in het Hooggerechtshof openlijk bepaald door de ideologische voorkeur van de rechters die zitting hebben in het Hof.⁷⁰ Dat is het gevolg van zowel de benoemingsprocedure alsook het soort zaken waarover het Hof oordeelt. Veelal moet hij oordelen over aanspraken (abortus, homoseksualiteit, hulp bij zelfdoding, familiebetrekkingen) waarover ethische, maatschappelijke en politieke inzichten enorm uiteenlopen, ook binnen het Hof. Daarnaast hebben ook zaken waarin de positie van het Hof ten opzichte van de statelijke wetgever en rechter moet worden bepaald, alsmede zaken waarin de constitutionele verhouding tussen Hof en federale wetgever nader moet worden ingevuld een belangwekkende plaats op het 'docket' van het Hooggerechtshof. Het belang van de politieke filosofie van de rechter kan een rol spelen in de uitkomst van de zaak vanwege de wijze waarop zij worden benoemd: de president kan zijn voorkeur voor conservatieve of meer liberale kandidaten laten gelden. Hierdoor is aanwezigheid van een eigen ideologische voorkeur gelegitimeerd, hetgeen ook doorklinkt in het stemgedrag van de rechters. Dat heeft ook consequenties voor de jurisprudentie; er worden regelmatig coalities gevormd om een meerderheid van stemmen voor of tegen een bepaalde beslissing verenigd te krijgen. De laatste twee decennia heeft zich dit regelmatig geuit in *majority votes* waarin met 5 tegen 4 werd beslist. De doorslaggevende stem komt dan van één rechter; deze stem, de '*swingvote*', geeft de doorslag. Bij onderwerpen, waarover de opvattingen sterk uiteenlopen, kan in dit opzicht onzekerheid ontstaan over de ontwikkeling van de jurisprudentie: preceden-ten kunnen immers met één stem worden bijgesteld.⁷¹ De betekenis van de *concurrings*

vorming maakt echter niet op het eerste gezicht inzichtelijk welke aspecten van de uitspraak worden gesteund door de meerderheid.

68 Onder meer vanwege deze reden is bij het Duitse Hof gekozen voor acht rechters die tot besluitvorming moeten komen: het stemverschil bedraagt dan tenminste twee stemmen.

69 Ter zake van rechterlijke besluitvorming op het vlak van 'liberty' en 'privacy', die uitmondt in een 5-4 beslissing, kan momenteel worden gesteld dat er vier rechters zijn die een terughoudende visie van het Hof voorstaan en daartegenover vier rechters die een activistischer standpunt innemen. De uiteindelijke beslissing komt dan neer op één rechter. Ter zake van de aanspraken op 'privacy' komt dat in de huidige samenstelling van het Hof neer op de stem van Justice O'Connor, die door voormalig president Reagan werd benoemd. Ten tijde van de laatste presidentsverkiezingen was het onderwerp van rechterlijke benoemingen een punt waaraan serieuze aandacht werd geschonken: gezien het feit dat enkele van de rechters in de huidige samenstelling van het Hof zich in de komende regeerperiode terug zouden kunnen trekken maakt de weg vrij voor de nieuwe president, rechters te benoemen die zijn opvattingen zijn toegedaan (zie ook hierna par. 2.2.6).

70 Zie ook Gerards 2002, p. 383 e.v.

71 Sommige uitspraken over controversiële onderwerpen geven een beeld te zien waarin preceden-ten niet lijken te worden gerespecteerd (zie *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996), een zaak waarin de immuniteit van de staten werd uitgebreid op grond van een niet-overtuigend pleidooi dat precedentwerking geheel negeerde) en er soms zelfs een inconsistentie optreedt in de hantering van

en *dissentings* neemt in dit verband toe: hieruit valt enigszins af te leiden en tot op zekere hoogte te hoe een bepaalde rechter zal stemmen.⁷²

De uitspraken van het Hooggerechtshof binden de andere staatsmachten, dus ook de wetgever. De uitspraken hebben in beginsel geen erga omnes effect, maar vanuit de redenering dat het Hof de ultieme uitlegger van de grondwet is maken diens uitspraken deel uit van de grondwet; de uitspraken binden dus eenieder omdat de grondwet dat rechtsgevolg heeft.⁷³ Vraag in dit verband is welke consequenties aan een vaststelling van ongrondwettigheid verbonden worden door het Hof. Een relativering van de vaststelling van een schending in de vorm van een beperking in de omvang van de gevolgen is in beginsel niet mogelijk. Het Hof hanteert in dit opzicht het uitgangspunt, dat het niet als een wetgever regels over de gelding van zijn uitspraken kan geven: achterliggende gedachte is dat overgangsrecht een taak is van de wetgever die de rechter niet behoort over te nemen. Aan dit uitgangspunt ligt, zo wordt wel gesteld, een gedachte van rechterlijke terughoudendheid ten grondslag: de grondwet schrijft geen variabele gevolgen voor van ongrondwettigheid. Voorstanders van dit standpunt zien in overgangsrecht dat door de rechter wordt gecreëerd een middel om de tegenstand en weerstand tegen jurisprudentie te relativiseren, en een manier om onwelgevallige rechtspraak zo beperkt mogelijke effecten te geven.⁷⁴ Het geven van een temporele werking van uitspraken behoort evenmin tot de bevoegdheid van het Hof. In aperte uitzonderingsgevallen is het Hof bereid tot beperkende maatregelen.⁷⁵ Het Hooggerechtshof kent in de toetsingsfase ter zake van de mogelijke uitspraken aldus weinig verschuifbare maatstaven, die de gevolgen van de uitspraak in de constitutionele verhouding enigszins kunnen relativiseren. Ingrijpen in de consequenties wordt aldus gezien als een onwenselijk rechterlijk ingrijpen, en zou kunnen worden aangemerkt als een activistische stellingname van de rechter: hij neemt een taak van de wetgever op zich. Dat geldt aldus ook voor uitspraken op het vlak van het recht op persoonlijkheid: indien het Hof schending door een wet vaststelt is het gevolg nietigverklaring van de wet. De onmogelijkheid om de uitspraak enigszins aan te passen aan de omstandigheden van het geval legt in beginsel een zware claim op de voorafgaande besluitvorming ter zake van de reikwijdte van het ingeroepen recht.

3.2.6 *Checks van de wetgever op de rechtsmacht van het Hof*

De uitspraken van het Hof op het terrein van het recht op 'liberty' of 'privacy' creëren bij vaststelling van schending ongenoegen bij de federale of statelijke wetgever: het gevolg is nietigverklaring van de wet. Met zijn ongrondwettigheidsuitspraken doorkruiste het Hof bijvoorbeeld het statelijke verbod op het verbranden van de Amerikaanse vlag⁷⁶, een statelijk verbod op gebruik van voorbehoedsmiddelen⁷⁷ een statelijk

stare decisis (*Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), uitgewerkt in par. 5.3.3).

72 Momenteel zijn rechter O'Connor en Kennedy de *swingvoters* in het Hof (Lazarus 1999, p. 515).

73 Heringa 1996, p. 141.

74 Heringa 1996, p. 146-147 en Fallon en Meltzer 1991, p. 1739.

75 Heringa 1995, p. 56.

76 *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) en *U.S. v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

verbod op abortus⁷⁸, een statelijk verbod op woningtoewijzing naar gezinssamenstelling⁷⁹ en een statelijk verbod van homoseksuele activiteiten.⁸⁰ Een antwoord van de grondwetgever op deze beslissingen bleek in beginsel tot de theoretische mogelijkheden te behoren, en niet zozeer tot de praktische. De grondwet biedt expliciet de mogelijkheid tot amendement⁸¹ maar gezien het feit dat het erg moeilijk is gebleken om een meerderheid te vinden voor een verandering in de grondwet is dit een relatief weinig gebruikt middel om de uitspraken van het Hof te beïnvloeden of te corrigeren.⁸² In 1795 zette het Congress met het Elfde Amendement een uitspraak van het Hof opzij, zodat het voortaan niet langer mogelijk was een rechtszaak tegen een staat aan te spannen. Het reeds besproken Veertiende Amendement is een correctie van ontsporingen van uitspraken van het Hof met betrekking tot het Amerikaanse staatsburgerschap van voormalige slaven.⁸³ Gezien de brede opzet en formulering van de constitutionele bepalingen, kan in dit verband ook worden opgemerkt dat een amendement weliswaar kan worden toegevoegd teneinde de uitleg van constitutionele bepalingen bij te sturen, maar het Hof rekent immer nog de uitleg van dat Amendement tot zijn taak. Indien bijvoorbeeld het recht op leven zou worden verankerd in de grondwet, teneinde de abortusrechtspraak te corrigeren, is het Hof immer nog de 'ultimate interpreter' die aan de notie van het recht op leven invulling zal moeten geven.⁸⁴ Tegelijkertijd kan van een dergelijk initiatief wel de politieke boodschap uitgaan naar het Hof, dat de grondwetgever kennelijk voldoende draagvlak ziet voor een bepaalde interpretatie van het recht. Daarvoor dient het wetsvoorstel uiteraard wel te worden aanvaard. Indien dat draagvlak ontbreekt zal het Hof neigen naar een terughoudender interpretatie met betrekking tot beoordeling van het recht op leven. De vraag die hier rijst is of een dergelijk Amendement iets zou toevoegen aan de uiteindelijke uitleg door het Hof van de bepalingen in de grondwet.⁸⁵ Omgekeerd heeft het Hof met zijn rechtspraak aangetoond, dat een tekstuele verandering in de grondwet niet steeds noodzakelijk lijkt voor een aangepaste interpretatie. Van het hiervoor geschetste voorbeeld van het Court-packing Plan van Roosevelt in 1937 bleek voldoende bedreiging uit te gaan om een onwenselijk geachte

77 *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

78 *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

79 *Moore t. East-Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

80 *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Zie voor meer voorbeelden Vile 1994, p. 24 e.v.

81 Art. V luidt: 'The Congress, whenever two-thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of threefourths thereof, or by Conventions in threefourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress [...]'.
82 Gunther en Sullivan 1997, p. 74.

83 *Dred Scott t. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

84 Tribe 2000, p. 89 e.v.

85 In de analyse van Vile worden de meeste constitutionele amendementen ingediend met het oog op het initiëren van verandering, of om ongewenste verandering in de lezing van de Constitution te wijzigen. Ook het handhaven van een bestaande situatie zou een belangrijke aanleiding kunnen zijn tot amendement van de Constitution. In Vile's onderzoek is van deze gevallen echter geen sprake geweest (zie Vile 1994, p. 29).

jurisprudentieelijn drastisch om te buigen.⁸⁶ Het document van de grondwet bleef echter dezelfde uitgangspunten behouden zonder dat er een Amendement aan te pas was gekomen.⁸⁷

Algemeen wordt aangenomen dat het Congress de bevoegdheid heeft, de rechtsmacht van het Hof te veranderen.⁸⁸ Er zijn stemmen opgegaan om met dit instrument de jurisdictie van het Hof op het vlak van gebed op school en abortus te ontnemen maar tot op heden is het bij voorstellen gebleven.⁸⁹ Scherpe begrenzingsen van deze bevoegdheid van het Congress zijn niet expliciet in de grondwet aangegeven, maar er is wel geopperd dat een terughoudend gebruik van dit instrument door het Congress zou sporen met het respect voor de kernfunctie van het Hof. Het enkel tegengaan van onwenselijke rechtspraak zou niet erg geloofwaardig overkomen als motief voor beperking van de jurisdictie. Buiten de tekst van de grondwet zijn er praktisch-ideologische bezwaren: beperking van de rechtsmacht heeft zijn repercussies op de functie van het bewaren van de rechtseenheid door het Hooggerechtshof. In de literatuur is wel het volgende geopperd:

'it is politically healthy, that the limits of congressional power never have been completely clarified. In some circumstances, may not attempts to restrict jurisdiction be an appropriate and important way for the political branches to register disagreement with the court? And is it not enormously significant that, ever since *McCardle*, such attempts have, in the main, been just that – that Congress has not significantly cut back the Supreme Court's jurisdiction in a vindicative manner despite the great unpopularity of some of its rulings?'⁹⁰

De mogelijkheden van het Congress lijken aldus beperkt – niet in de laatste plaats in het licht van de constitutionele verhoudingen als vastgesteld onder *Marbury t. Madison* voor wat de taak van het Hof betreft. Anderzijds hebben de initiatieven wel aange-toond, welke politieke discussies worden gevoerd binnen de wetgevende gelederen, die het Hof wellicht af en toe hebben gemaand tot voorzichtigheid. De rechters in het Hof worden voor het leven benoemd. In de benoemingsprocedure van de rechters lijkt op het eerste gezicht een effectief instrument te schuilen waarmee de rechtspraak in een gewenste richting kan worden gestuurd.⁹¹ Het is een geaccepteerd gegeven dat de president in de nominatie een persoon kan voorstellen, die zijn eigen politieke en ideologische ideeën deelt. Een voorstel voor nominatie wordt door de Senaat slechts

86 Par. 3.2.4.

87 Tribe 1995. Ackerman vertegenwoordigt de opvatting dat deze methode een manier is om de grondwet te amenderen buiten de in Art. V neergelegde procedure (Ackerman 1983, p. 47 e.v.).

88 Art. III § 2 sub 2: 'In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and consuls, and those in which a State shall be party, the Supreme Court shall have original jurisdiction. In all other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make'.

89 Een voorstel kwam van senator Jesse Helms in 1979 waarin de jurisdictie van het Hof met betrekking tot schoolgebeden zou worden afgenomen. Het voorstel zou echter tot gevolg hebben, dat dergelijke zaken door geen enkele federale rechter meer beoordeeld zouden kunnen worden, waarop de kritiek werd geleverd dat een dergelijke beperking in strijd zou komen met *Marbury t. Madison*.

90 Hart en Wechsler 1996, p. 370.

91 Gunther en Sullivan 1997, p. 75.

verworpen op grond van aperte ongeschiktheid of laakbaar gedrag. President Roosevelt benoemde tijdens zijn ambtstermijn acht rechters, waarvan hij hoopte dat zij allen zijn 'New Deal'-politiek zouden steunen. Dat idee leek aanvankelijk te werken – totdat de rechters ten opzichte van elkaar verschillende visies ontwikkelden waarin de mate van rechterlijk activisme in de bescherming van individuele rechten een twistpunt werd.⁹² Iets gelijkwaardigs gebeurde na het Warren-Court, dat onder meer de uitspraken had gedaan in *Griswold t. Connecticut* en *Roe t. Wade*.⁹³ Tot op zekere hoogte kunnen president en senaat de toekomstige koers van het Hof proberen te sturen maar de invloed moet echter niet worden overschat – het Hof zal in het algemeen niet zeer afwijkend zijn van de politieke hoofdrichting van de regering.⁹⁴ De president kan de door hem benoemde rechter geen mandaat meegeven.

3.3 De werkwijze van het Duitse Federale Constitutionele Hof

3.3.1 Federale rechtsmacht van het Hof

De Duitse grondwet stipuleert onder meer in Artt. 93 en 100 GG nauwkeurig welke materiële terreinen behoren tot de rechtsmacht van het Hof.⁹⁵ Het Hof heeft niet, zoals

- 92 Hetzelfde overkwam Nixon, die met de benoemingen van rechter Burger (door Nixon tot voorzitter benoemd) en rechter Rehnquist, Blackmun en Powell hoopte op een Hof dat na het Warren Court (tot 1969) een terughoudender taakopvatting ter zake van individuele grondrechten zou gaan hanteren. Echter, de stemverhoudingen toonden al snel aan, dat ook dit Hof een minder conservatieve koers voer dan Nixon had gehoopt (Gunther en Sullivan 1997, p. 76).
- 93 *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) en *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). De zeer conservatieve jurist Bork was genomineerd door de conservatieve president Reagan in 1987, die graag zag dat de rechtspraak van het tijdperk van het Warren-Court zou worden bijgestuurd. Het Warren-Court had gedurende een aantal decennia een extensieve benadering bij de interpretatie van de grondwet gekozen. Reagan had vóór deze nominatie reeds rechters O'Connor en Scalia benoemd en wenste de conservatieve vleugel in het Hooggerechtshof verder te versterken. De Senaat verwierp Reagans keuze; uiteindelijk werd de meer gematigde rechter Kennedy in 1988 benoemd (zie Lazarus 2000, 'Robert Bork and Civil War').
- 94 In de aanloop naar de presidentsverkiezingen wordt tevoren bijvoorbeeld gespeculeerd over de samenstelling van het Hof in de nabije toekomst, waarbij gekeken wordt naar de rechters die wellicht met pensioen zullen gaan waarvoor de nieuwe president dan een nieuwe nominatie kan voorstellen. Indien meerdere vacatures zullen moeten worden vervuld kan een president aldus een Hof samenstellen dat politiek-ideologisch de opvattingen van de president deelt. Dit is echter geenszins een garantie voor een 'president-gezind' Hof. Hierbij doet het voorbeeld opgeld, waarin president Bush in 1990 rechter Souter benoemde omdat hij verwachtte dat Souter een zeer conservatieve lijn zou volgen in zijn opinies; dat bleek naderhand echter minder het geval dan Bush wellicht had gehoopt. Zie eveneens Tribe: 'Picking judges is too important a task to be left to any President' (Tribe 1985 (I), p. 170 e.v.).
- 95 Tot de rechtsmacht van het Hof behoren de beoordeling van grondwettigheid van politieke partijen (Art. 21 GG); toetsing van verkiezingsresultaten (Art. 41 lid 2 GG), ontslag van de federale president (Art. 61 GG), geschillen tussen hoge statelijke organen (Art. 93 lid 1 sub 1 GG), Abstracte rechterlijke toetsing (Art. 93 lid 1 sub 2 GG, en onder meer benut voor de beoordeling van grondwettigheid van federale wetgeving ter zake van het recht op abortus), geschillen tussen federatie en staten (Art. 93 lid 1 sub 3 en 84 lid 4 GG), concrete rechterlijke toetsing of het stellen van een prejudiciële vraag (Art. 100 lid 1 GG), ontslag van rechters (Art. 98 GG), interstatelijke constitutionele geschillen (Art. 99 GG), toepasselijkheid van internationaal recht (Art. 100 lid 2 GG), toepasselijkheid van federaal recht (Art. 126 GG) en, vooral van belang voor het recht op persoonlijkheid, de beoordeling van klachten over grond-

zijn Amerikaanse tegenhanger, het terrein van constitutionele toetsing moeten 'veroveren'.⁹⁶ Binnen het Hof zijn de taken verdeeld tussen twee Senaten. De jurisdictie over de verschillende terreinen is in beginsel strikt verdeeld tussen de Eerste en de Tweede Senaat van het Hof. Oorspronkelijk was het de bedoeling, de Tweede Senaat de meer 'politiek gevoelige kwesties' zoals politieke geschillen ter zake van horizontale en verticale machtscheiding en geldigheid van verkiezingen toe te bedelen, en de Eerste Senaat over 'nonpolitieke' kwesties zoals individuele klachten en prejudiciële vragen te laten beslissen. Er ontstond al gauw een disbalans in de werkverhouding; de Eerste Senaat had vanwege de grote stroom individuele klachten een veel grotere werklast dan de Tweede Senaat. Daarop besloot het federale parlement een deel van de bevoegdheden van de Eerste naar de Tweede Senaat over te hevelen, waarbij de Tweede Senaat zijn oorspronkelijke mandaat behield.⁹⁷ De Tweede Senaat oordeelt sindsdien over de procedurele waarborgen van de grondwet.⁹⁸ De Eerste Senaat behandelt klachten ter zake van materiële grondrechten.⁹⁹

Het Plenum, waarin beide Senaten samenkomen, beslist over de rechtseenheid van uitspraken. Hoewel de rechtsmacht overzichtelijk verdeeld lijkt te zijn in de wet, rijzen er soms toch meningsverschillen tussen de Senaten ter zake van de juiste uitleg van de grondwet. Het gaat om kwesties waarin de ene Senaat van mening is, dat die betrokken dient te worden in interpretatievragen ter zake waarvan de andere Senaat in eerste instantie bevoegd is. In dergelijke gevallen dient dan een plenaire vergadering te worden ingeroepen teneinde rechtseenheid te bewaren in de grondwetsinterpretatie. In de zaak *Sterilisation* bijvoorbeeld beoordeelde de Eerste Senaat de vraag, of er na een mislukte sterilisatie schadevergoeding kan worden geëist voor de kosten van het ter wereld gekomen kind in het licht van een recht op menselijke waardigheid ex Art. 1 lid 1 GG.¹⁰⁰ De Tweede Senaat achtte overleg met de Eerste Senaat over de juiste interpretatie van het recht op menselijke waardigheid noodzakelijk, omdat de Tweede Senaat enkele jaren eerder in een abortuszaak ook al over dat recht had geoordeeld.¹⁰¹ De Tweede Senaat was namelijk van oordeel, dat de Eerste afweek van de interpretatie in de abortusuitspraak.¹⁰²

GG) en, vooral van belang voor het recht op persoonlijkheid, de beoordeling van klachten over grondrechten (Art. 93 lid 1 sub 4a GG).

96 Zie par. 3.3.1.

97 Kommers 1997, p. 18.

98 De abstracte herziening van de wetgeving ter zake van het recht op abortus werd beoordeeld door de Tweede Senaat; aan hem is de beoordeling van abstracte herziening opgedragen.

99 Art. 13 en 14 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (hierna BVerfGG). De klacht van het individu over de mislukte sterilisatie kwam daarentegen bij het Hof terecht via de prejudiciële procedure ex Art. 100 lid 1 GG bij de Eerste Senaat terecht.

100 96 BVerfGE 375 (1997). Zie ook NJW 1998 (8), p. 519-524.

101 *Schwangerschaftsabbruch II*, 88 BVerfGE 203 (1993).

102 In *Schwangerschaftsabbruch II* had de Tweede Senaat het recht op leven van het ongeboren kind uitgelegd in het licht van het recht op menselijke waardigheid. Met name de uitleg ter zake van het recht op menselijke waardigheid verhiel zich niet, aldus de Tweede Senaat, met het door de Eerste Senaat ingenomen standpunt in *Sterilisation*: de Eerste Senaat achtte de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen na een mislukte sterilisatie niet in strijd met de menselijke waardigheid van het ter wereld gekomen kind. De Tweede Senaat dacht hier anders over.

Van de verschillende terreinen die behoren tot de rechtsmacht van het Hof worden hier de voor het recht op persoonlijkheid relevante onderdelen – abstracte en concrete rechterlijke toetsing en individuele klachten – beschreven. Abstracte rechterlijke toetsing houdt in dat het Hof een wettelijke norm kan toetsen zonder dat een rechtsbelang geschonden is. Deze procedure bij het Hof leidt vaak tot verhitte debatten, omdat het Hof direct controle uitoefent over politieke besluitvorming en de daaruit voortvloeiende resultaten. Het instrument van de abstracte toetsing raakt de kern van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever op tweeërlei wijze. Enerzijds kan het Hof direct de werkzaamheden van de wetgever nietig verklaren, maar anderzijds is het ook (een deel van diezelfde) de wetgever die de werkzaamheden wil laten toetsen. Het resultaat van abstracte toetsing is nagenoeg altijd omstreden, omdat dat bijna altijd leidt tot een nederlaag van een politieke stroming of opvatting.¹⁰³ Het Hof kan zich niet onttrekken aan abstracte toetsing als eenmaal een dergelijke vraag is ingediend. Het kan zich bijvoorbeeld niet verschuilen achter toepassing van het subsidiariteitsbeginsel, dat geldt in de Duitse federale rechtsmachtverdeling. Op het terrein van het recht op persoonlijkheid heeft het Hof een tweetal federale wetten over abortus abstract getoetst.¹⁰⁴ De abstracte rechterlijke toetsing van statelijke of federale wetgeving kan enkel plaatsvinden op verzoek van de Bondsregering, een regering van één van de staten of eenderde meerderheid van de Bondsdag.¹⁰⁵ Een besluit van het Hof inhoudende de ongrondwettigheid van de betwiste wet leidt in beginsel tot de nietigheid ervan.¹⁰⁶ Het verzoek tot toetsing wordt gehonoreerd, indien gegronde twijfel gerezen is over de grondwettigheid van de wetgeving. In dit verband kan het Hof ook uitspraak doen over grondwetwijzigingen. Het Hof wordt overigens zeer kwetsbaar geacht in kwesties van abstracte rechterlijke toetsing. Verzoeken tot abstracte rechterlijke toetsing worden vaak bij het Hof aangebracht door politieke partijen die geen andere uitweg zien om een punt naar voren te brengen, omdat zij bijvoorbeeld worden overstemd door meerderheden in de coalitie.¹⁰⁷ Hoewel op deze bevoegdheid veel kritiek is uitgeoefend, is er in de Bondsdag nog geen meerderheid te vinden geweest die abstracte rechterlijke toetsing wilde afschaffen.

In het geval van een vraag om concrete rechterlijke toetsing kan iedere rechter zich tot het Hof wenden.¹⁰⁸ De vragen kunnen betrekking hebben op uiteenlopende wetten van de Bond en van de afzonderlijke staten, en eveneens op toetsingen van de grondwet. Ook kan de grondwettigheid van internationale verdragen, waaronder het EU-Verdrag

103 Schlaich 1997, p. 87.

104 Achtereenvolgens *Schwangerschaftsabbruch I*, 39 BVerfGE 1 (1975) en *Schwangerschaftsabbruch II*, 88 BVerfGE 203 (1993). Zie ook par. 6.3.4. hierna.

105 Art. 93 lid 1 sub 2 GG), Art. 13 sub 6 BVerfGG en Art. 76 BVerfGG.

106 De verzoekers van abstracte herziening kunnen ook wetgeving laten toetsen die in beginsel niet binnen hun eigen bevoegdheid valt: de regering van een deelstaat kan ook wetgeving van een andere deelstaat voorleggen aan het Hof.

107 In *Schwangerschaftsabbruch I*, 39 BVerfGE 1 (1975) bestond het 'consortium' van klagers uit 193 leden van de Bondsdag, alsmede uit een groep van CDU-politici uit de deelstaten Baden-Württemberg, Saarland, Beieren en Schleswig-Holstein.

108 Art. 80 lid 1 BVerfGG.

door het Hof worden getoetst.¹⁰⁹ Na de individuele klachten vormt deze wijze van rechterlijke toetsing de grootste werkverschaffer voor het Hof. Concrete rechterlijke toetsing komt voort uit constitutionele vragen die een lagere rechter heeft naar aanleiding van de beoordeling van een geschil.¹¹⁰ Het is niet noodzakelijk dat de partijen in het geding de grondwettigheid betwisten; voldoende is dat de rechter de toepasselijke wet in strijd acht met de grondwet. Lagere rechters hebben een verwijzingsplicht; hogere rechters kunnen kiezen voor een verwijzing. Het Hof neemt de zaak in beginsel niet ter beoordeling aan indien het geschil zonder beoordeling van grondwettigheid van de wet kan worden opgelost. Van belang is verder, dat het Hof de bij de wet betrokken wetgever – federaal of statelijk – moet betrekken in de zaak.¹¹¹

Het grootste deel van de werkbelasting van het Hof wordt gevormd door de individuele klachten.¹¹² Eenieder, die daartoe gerechtigd is, kan een klacht indienen wanneer een vermeende schending van grondrechten heeft plaatsgevonden.¹¹³ Inmiddels lijken alle handelingen die worden beknot door overheidsmaatregelen aan het Hof te kunnen worden voorgelegd, omdat het Hof aan het recht op persoonlijke ontplooiing ex Art. 2 lid 1 GG een nagenoeg onbegrensde uitleg heeft gegeven. De omvang van toetsbare grondrechten is met deze ruime uitleg aanzienlijk opgerekt, hetgeen tot gevolg heeft dat het Hof zich over bijna iedere willekeurige vermeende schending kan uitlaten. De extensieve interpretatie van Art. 2 lid 1 GG heeft scherpe kritiek uitgelokt, omdat het Hof met zijn ruime benadering nagenoeg elke overheidsmaatregel kan onderwerpen aan grondwettelijke toetsing.¹¹⁴ In dit opzicht is een vergelijking met het Amerikaanse debat over ‘substantive due process’, waarin dezelfde kritiek wordt geleverd op het Amerikaanse Hooggerechtshof, niet geheel onterecht.¹¹⁵ Naast een beroep op de grondrechten kan eveneens geklaagd worden over een schending van het rechtsstaatbeginsel of het beginsel van de sociale staat ex Art. 20 GG; beide gronden zijn tot ontwikkeling gebracht via extensieve lezing van Art. 2 lid 1 GG.¹¹⁶ Op een grondrecht mogen beperkingen worden aangebracht, die in overeenstemming zijn met de ‘verfassungsmäßige Ordnung’ – de constitutionele rechtsorde – ex Art. 2 lid 1 GG.¹¹⁷ Klachten bij het Hof

109 *Maastrichturteil*, 89 BVerfGE 155 (1993).

110 Art. 100 lid 1 GG, Artt. 80-82 BVerfGG.

111 Art. 82 jo. 77 BVerfGG.

112 Kommers 1997, p. 14.

113 Art. 93 lid 1 sub 4a GG noemt naast de grondrechten in hoofdstuk 1 de volgende grondrechten: Art. 20 lid 4, Art. 33, 38, 101, 103 en 104 GG. Een beroep op het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens kan door het Hof niet als zodanig worden beoordeeld (zie 64 BVerfGE 135 (157)).

114 Het Hof heeft deze kritiek eenmaal beantwoord in ‘*Reiten im Walde*’, waarin de vraag rees in hoeverre paardrijden in het bos kan worden beschouwd als een handeling die bescherming dient te genieten onder Art. 2 lid 1 GG (80 BVerfGE 137, 152 (1989)). Zie Hesse 1991, p. 173 e.v. en Scholz 1975, p. 84.

115 Zie par. 2.3.

116 Art. 20 GG benoemt niet expliciet het rechtsstaatbeginsel, maar wel enkele onderdelen ervan zoals machtenscheiding, binding aan de grondwet, en binding aan de wet van bestuur en rechter. Hoewel de discussie over de vraag of het rechtsstaatbeginsel nu wel of niet in Art. 20 GG is gecodificeerd al lange tijd woedt, neemt het Hof het rechtsstaatbeginsel al geruime tijd aan als grondslag voor de erkenning van individuele aanspraken.

117 Zie par. 2.4.3.

kunnen worden ingediend na uitputting van alle andere rechtsmiddelen.¹¹⁸ Andere eisen van standing zijn niet dermate ingewikkeld, dat de klager op deze gronden moet vrezen voor afwijzing van zijn klacht.¹¹⁹ De drempel om een klacht in te dienen is laag; belangrijkste eis is dat een klacht ‘offensichtlich begründet’ dient te zijn. Een klacht kan worden ingediend tegen elke handeling van de staat, dus ook tegen rechterlijke beslissingen.¹²⁰ Sinds 1962 kan het Hof een boete opleggen, indien blijkt dat er misbruik wordt gemaakt van de procedure.¹²¹ Jaarlijks wordt een groot aantal individuele klachten ingediend; hiervan wordt gemiddeld 2,5% aangenomen ter beoordeling door het Hof.¹²²

3.3.2 *Ontvankelijkheidscriteria*

Het Hof kan in beginsel geen aannamebeleid voeren zoals het Amerikaanse Hooggeerechtshof dat doet met de certiorari-procedure.¹²³ Er zit echter wel enige rek in de vereisten die gelden voor de ontvankelijkheid. Allereerst kan de klacht worden aangenomen voor zover haar ‘verfassungsrechtliche Bedeutung’ toekomt: de klacht dient een belangwekkende grondrechtelijke vraag te behelzen ter zake waarvan het Hof lijnen kan uitzetten voor de toepassing van het betreffende grondrecht door rechters, wetgevers en bestuur.¹²⁴ In de tweede plaats moet de klacht enig uitzicht bieden op succes, en kan een te verwachten groot nadeel eveneens nopen tot ontvankelijkheid.¹²⁵ Het tweede criterium is in 1987 ingevoerd om het Hof een instrument te bieden, de aanzwellende stroom klachten te kanaliseren. Met beide vereisten kan het Hof een beperkt aannamebeleid voeren, maar het is moeilijk een beeld te krijgen van de precieze redenen van afwijzing van klachten; zij worden niet gepubliceerd. Art. 2 lid 1 GG biedt een kapstok voor zeer uiteenlopende individuele aanspraken, terwijl een eng ontvankelijkheidsbeleid niet goed mogelijk lijkt met de huidige uitgangspunten in de wet. De beide Senaten hebben voor de beoordeling van het grote aantal klachten ieder Kamers ingesteld¹²⁶; de

118 Artt. 93 lid 1 sub 4 a GG en 90 tot en met 95 BVerfGG. Een klacht moet worden ingediend binnen een maand na de rechterlijke uitspraak waartegen wordt opgekomen – zie Art. 93 lid 1 BVerfGG, of binnen een jaar na inwerkingtreding indien wordt geklaagd tegen wetgeving, zie Art. 93 lid 3 BVerfGG. Een uitzondering op het vereiste van uitputting van rechtsmiddelen kan worden gemaakt in het geval dat het individu onevenredig grote schade dreigt op te lopen wanneer aan het vereiste wordt vastgehouden (*Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 1983).

119 Er is geen eis van rechtsbijstand, gerechtskosten worden niet verlangd. Ongeveer eenderde van de klachten wordt geformuleerd door advocaten (Kommers 1997, p. 15).

120 Art. 90 BVerfGG.

121 Art. 34 lid 2 BVerfGG. Het Hof heeft in 1999 66 keer een dergelijke boete gegeven (bron: www.bundesverfassungsgericht.de; geraadpleegd op 31 juli 2002).

122 In de periode 1951-1997 werden in totaal 112.852 individuele klachten ingediend; daarvan werden 2901 klachten ontvankelijk verklaard (bron: www.bundesverfassungsgericht.de; geraadpleegd op 31 juli 2002).

123 Art. 93a lid 2 BVerfGG. Er werden evenwel voorstellen gedaan voor een dergelijk systeem (Schlaich, p. 171).

124 Schlaich 1997, p. 171.

125 Art. 93 a lid 2 sub b BVerfGG.

126 Er is wel eens geklaagd over dit systeem, dat toegang tot een rechter zou verhinderen; het Hof wees die klacht af met een beroep op de bevoegdheid die de grondwet creëert, om Kamers in te stellen (zie 7 BVerfGE 241 (1958)).

met drie leden bemande Kamers beoordelen de klachten op ontvankelijkheid.¹²⁷ Deze drie leden kunnen een klacht afwijzen indien alle drie leden van mening zijn dat de klacht niet-ontvankelijk is of geen vooruitzicht biedt op slagen.¹²⁸ Indien één lid de klacht ontvankelijk acht, wordt de klacht in behandeling genomen. Een Kamer motiveert in de regel de afwijzingen, maar deze beslissingen worden, zoals hiervoor gesteld, niet gepubliceerd. Na aanneming door de Kamer beslist de Senaat over ontvankelijkheid; de Senaat kan na de positieve beslissing van een Kamer nog steeds besluiten tot niet-ontvankelijkheid.¹²⁹

3.3.3 De uitspraak

De uitspraak dient te worden gesteund door een meerderheid van de acht rechters. Een meerderheid in de Senaat wordt aldus gevormd door vijf rechters. De rechters hebben allen een eigen specialisatie; in overleg met de president van de Senaat wordt vastgesteld, welke rechter bij welke soort zaak zal optreden als rapporteur. De rapporteur stelt een votum op voor de beslissing van de zaak.¹³⁰ Dit votum dient naderhand als uitgangspunt voor de besluitvorming. Idealiter wint de rapporteur een meerderheid voor zijn standpunt, en onderhandelt met de andere rechters over de lijn van de uitkomst. Wanneer hij de meerderheid niet voor zich weet te winnen, is hij evenzeer de aangewezen om de uiteindelijke mening van het Hof weer te geven.¹³¹ In enkele gevallen is het voorgekomen, dat een patstelling optrad in de Senaat: er kon geen meerderheid voor een standpunt worden verkregen. In dergelijke gevallen blijft de aangevochten rechterlijke uitspraak in stand. De zaak wordt dan terugverwezen naar de bevoegde instantie.¹³²

Het Hof honoreert de individuele aanspraak in beginsel voor zover het de aangevochten wet of wetsbepaling in strijd acht met de grondwet. Het Hof beperkt zich bij het onderzoek naar de grondwettigheid echter niet alleen tot de door de klager aangevoerde gronden, het Hof kan ambtshalve toetsingsgronden aanvullen. Deze bevoegdheid leidt het Hof af uit de betekenis van de individuele klachtprocedure in de constitutionele rechtsorde:

‘Nachdem die Verfassungsbeschwerde zulässig ist, ist das Bundesverfassungsgericht bei der materiellrechtlichen Prüfung nicht mehr darauf beschränkt zu untersuchen, ob eine der gerügten Grundrechtsverletzungen vorliegt. Es kann die verfassungsrechtliche Unbedenk-

127 Tot en met 1999 hadden beide Senaten elk drie kamers; sinds 2000 heeft de Tweede Senaat vier kamers (bron: www.bundesverfassungsgericht.de/, geraadpleegd op 31 juli 2002).

128 Art. 93 b BVerfGG.

129 Ook hier bestaat geen publicatieplicht, maar het Hof motiveert dergelijke beslissingen meestal wel en publiceert zijn afwijzingen regelmatig. Enerzijds is een voorportaal, de Kamer, waarin het grootste deel van de klachten wordt beoordeeld praktisch gezien onontkoombaar; aan de andere kant is niet altijd duidelijk welke criteria de Kamer precies hanteert, vanwege de niet-openbaarheid van de ontvankelijkheidsbesluiten.

130 Kommers 1997, p. 25.

131 In uitzonderlijke gevallen kan hij een andere rechter vragen om de eindbeslissing te schrijven; dit gebeurt echter zelden (Kommers 1997, p. 26).

132 *Tagebuch*, 80 BverfGE 367 (1989).

lichkeit des angegriffenen Urteils vielmehr unter jedem in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt prüfen'.¹³³

Deze bevoegdheid is niet gecodificeerd in de grondwet of in de formele wetgeving ter zake van de procedureregels van het Hof, maar het gevolg van rechterlijke interpretatie. In verband met de taakopvatting van de rechter kan in dit verband gesproken worden van een activistische benadering door het Hof, al hangt de mate van activisme samen met de vraag, hoe vaak het Hof ambtshalve aanvullingen pleegt ter zake van aanspraken – meer in het bijzonder aanspraken op de algemene handelingsvrijheid ex Art. 2 lid 1 GG of het algemene persoonlijkheidsrecht ex art. 2 lid 1 jo. 1 lid 1 GG. In beginsel biedt Art. 2 lid 1 GG ruimte voor zeer uiteenlopende aanspraken, en zal kwalificatie van de aanspraak niet gauw problemen opleveren.

De uitspraken van het Hof over de grondwettigheid van wetten hebben kracht van wet en er geldt een publicatieplicht van de uitspraken die leiden tot instandhouding of nietigheid van de gewraakte wet.¹³⁴ In dit opzicht heeft het Hof een met de wetgever vergelijkbare positie: diens uitspraken kunnen een wet terzijde stellen. Vraag is dan, of het Hof vaak over gaat tot een nietigverklaring van de aangevochten regeling. De wet geeft een aantal regels voor de uitspraken, maar het Hof heeft naast de in de wet geregelde mogelijke dicta een aantal eigen formuleringen ontwikkeld. Het Hof stelt vast welk grondwettelijk voorschrift werd geschonden en preciseert welke handeling of welk nalaten daaraan debet was. Tegelijkertijd is het Hof bij wet de bevoegdheid verleend om aan te geven of de schending in casu plaatsvond, of dat de handeling of het nalaten in het algemeen een voortdurende schending oplevert.¹³⁵ Indien een klacht wordt gehonoreerd die tegen een rechterlijke uitspraak was gericht, dient het Hof de beslissing van de lagere rechter op te heffen en de zaak te retourneren aan de bevoegde rechter.¹³⁶ In de praktijk komt het er echter regelmatig op neer, dat het Hof zelf in de zaak voorziet:

‘Denn bei Anwendung der verfassungsrechtlichen Kriterien unter Berücksichtigung der vom Bundesverfassungsgericht erhobenen Beweise besteht kein Spielraum mehr für die richterliche Entscheidung; vielmehr muß der Antrag des Beschwerdeführers in vollem Umfang Erfolg haben. Bei einer Zurückverweisung könnten die Gerichte des Ausgangsverfahrens somit die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nur wiederholen’.¹³⁷

In beginsel komt de bevoegdheid om de vraag naar de mate van speelruimte ten opzichte van de lagere rechter te beantwoorden niet toe aan het Hof. Met doelmatig-

133 Zie *Inkompatibilität/Kirchliches Amt*, 42 BVerfGE 312, 325 (1976); *Familiennachzug*, 76 BVerfGE 1, 74 (1987).

134 Art. 31 lid 2 BVerfGG luidt: ‘In den Fällen [...] hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des par. 13 Nr. 8 a (uitspraken ter zake van individuele klachten), wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch das Bundesministerium der Justiz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen [...]’.

135 Art. 95 lid 1 BVerfGG.

136 Art. 95 lid 2 BVerfGG.

137 Zie bijvoorbeeld *Lebach*, 35 BVerfGE 202, 244 (1973).

heidsargumenten heeft het Hof die bevoegdheid echter wel naar zich toe getrokken. Daarnaast dienen volgens de grondwet in herziening van rechterlijke uitspraken eventuele wetten, die strijdig blijken te zijn met de grondwet, door het Hof in beginsel nietig te worden verklaard. Was de klacht indirect of direct tegen wetgeving gericht en succesvol, dan dient het Hof de wet eveneens nietig te verklaren.¹³⁸ Ook op dit punt is het Hof deels een eigen koers gaan varen: het doet soms uitspraken, waarin een vaststelling van ongrondwettigheid volgt, maar niet de nietigheid wordt vastgesteld. Het Hof had met deze variant voor ogen, gevolgen van nietigheid af te wenden. De vaststelling van enkel ongrondwettigheid zonder nietigheid maakt een interim-toepassing van de strijdige rechtsnorm mogelijk, omdat in dergelijke gevallen wat tijd en mogelijkheden aan de wetgever worden gelaten voor een oplossing. Het Hof spreekt met vaststelling van ongrondwettigheid aldus de verplichting van de wetgever uit, de ongrondwettige toestand ongedaan te maken.¹³⁹ De wet wordt door het Hof niet altijd ex tunc nietig verklaard; zoals voorheen gesteld kan het Hof een interim-periode laten bestaan, of aan de wetgever een termijn opleggen waarbinnen de ongrondwettige toestand moet zijn opgeheven. Het Hof hanteerde tot dusverre de bevoegdheid tot het stellen van een termijn niet heel dikwijls.¹⁴⁰ Het Hof voert voor een variatie in de uitspraken argumenten met betrekking tot de rechterlijke taakopvatting aan die leiden tot een diametraal tegengestelde opvatting in vergelijking met die van de Amerikaanse rechter. De Amerikaanse rechter stelt dat er voor rechterlijke toevoegingen ter zake van dicta geen plaats is. Interessant is aldus dat beide rechters zich beroepen op een terughoudende rechterlijke taakopvatting. Zij lijken hun grondwet ieder op een andere wijze te percipiëren: de Duitse aanvaardt dat de rechter vanuit de systematiek normen mag afleiden en toepassen, terwijl de Amerikaanse rechter juist een verbod tot een dergelijke activiteit ziet in zijn grondwet.¹⁴¹

In sommige gevallen herschreef het Duitse Hof als het ware de gewraakte wet.¹⁴² De autoriteit van 's Hof's uitspraken is dermate groot dat een uitspraak van het Hof soms een hoger rang wordt toebedeeld wetgeving in formele zin.¹⁴³ Op sommige uitspraken is echter veel kritiek geleverd, omdat het parlement naderhand nauwelijks mogelijkheden zag om van de herschrijvingen af te wijken – ernstige afwijkingen zouden immers komen te staan op ongrondwettigverklaring van de wet. Waar het kan, bedient het Hof

138 Art. 95 lid 2 en 3 BVerfGG. Het Hof heeft in dit verband soms verzuimd tot expliciete nietigheidsverklaring over te gaan (*Erich Honecker, Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal*, 91 BVerfGE 125, 139 (1994)). Hier betwijfelde het Hof de noodzaak van nietigverklaring.

139 Zie bijvoorbeeld *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1 (1983), waarin het Hof aan het parlement aangaf wat er in de volkstellingenwet verander diende te worden voordat deze de toets van grondwettigheid zou kunnen doorstaan.

140 Zie bijvoorbeeld *Finanzausgleich*, 72 BVerfGE 330 (1986), waarin het Hof van deze bevoegdheid gebruik maakte.

141 Het Amerikaanse Hooggerechtshof heeft niet steeds dezelfde opvatting hierover gehad; zoals voorheen gesteld waren er 'Courts' die bereid bleken, een met de Duitse rechter vergelijkbare taakopvatting te hanteren (zie par. 3.2.4). De laatste jaren lijkt het Amerikaanse Hooggerechtshof, waar het aanspraken op 'liberty' en 'privacy' betreft, wel de hier geschetste lijn ter zake van dicta aan te houden.

142 Zie bijvoorbeeld *Schwangerschaftsabbruch I*, 39 BVerfGE 1 (1975).

143 Zeidler 1984, p. 93.

zich van grondwetsconforme interpretatie: getracht wordt, de aangevochten wet zo te interpreteren dat strijdigheid met de grondwet langs deze weg wordt opgeheven.¹⁴⁴ Het Hof gaat in beginsel uit van grondwettigheid van wetten, en heeft dat uitgangspunt al vroeg in zijn rechtspraak erkend. Grondwetsconforme interpretatie biedt het Hof een instrument om de uitspraak van nietigheid van de wet te vermijden, en gedachtevorming over eventuele nieuwe wetgeving aan de wetgever over te laten. Het Hof heeft in veel gevallen keuze tussen enerzijds interpretatie van de wet die leidt tot ongrondwettigheid, en anderzijds tot grondwettigheid van de wet. Het Hof zal met het oog op de regel van 'favor legis', indien mogelijk, aansluiten bij de tweede interpretatie.¹⁴⁵

Sinds 1971 kunnen de rechters afzonderlijk een *dissenting* of een *concurring* van het oordeel geven; in negen van de tien gevallen doet het Hof echter unaniem uitspraak.¹⁴⁶ Sommige auteurs schrijven het relatief lage aantal *dissentings* toe aan een institutionele loyaliteit van de rechters aan het Hof, alsmede aan een afkeer van gepersonaliseerde rechtspraak.¹⁴⁷ De reden om het 'Sondervotum' in te voeren hing nauw samen met de veelvormigheid van bestaande constitutionele interpretatiemethoden:

'Seine Einführung ist Ausdruck für den in einigen Fragen des Verfassungsrechts unlegbar vorhandenen Pluralismus in Methode und Ergebnis der Verfassungsinterpretation. [...] Das Sondervotum wie auch die Mitteilung der Abstimmungsverhältnisse und die Wiedergabe verschiedener Ansichten der Richter in den Urteilsgründen zeigen, daß das Verfassungsrecht auch innerhalb des Gerichts in der Diskussion war und ein künftiger Wandel in der Rechtsprechung möglich erscheint'.¹⁴⁸

In dit verband wordt wel geopperd, dat een uitspraak aan autoriteit verliest, indien niet alle rechters instemmen met de uitkomst. De casus is in het voorliggende geval definitief beslist; het debat over de juiste interpretatie echter, dat in het Hof heeft plaatsgevonden en juist door middel van *dissentings* zichtbaar wordt, is nog niet afgerond. Vanuit deze optiek kan dan worden gesteld, dat de weg voor rechtsontwikkeling open ligt, maar dat vooralsnog de meerderheid instemt met de op dat moment aangenomen interpretatie. In de Duitse situatie bedraagt het verschil tussen meerderheid en minderheid minimaal twee stemmen. In principe bezitten *dissentings* niet voldoende normatieve binding om een rechtsontwikkeling in de rechtspraak te legitimeren.¹⁴⁹

144 *Notaufnahme*, 2 BVerfGE 266, 282 (1953).

145 Uiteraard zijn er grenzen aan de grondwetsconforme interpretatie: de mate waarin het Hof grondwetsconform tracht te interpreteren, leidt soms tot acrobatische interpretaties. Het Hof heeft hiertoe twee hoofdlijnen in zijn rechtspraak ontwikkeld. In de eerste plaats dient deze vorm van interpretatie zich enkel te richten op de tekst van het wettelijke voorschrift; in de tweede plaats dienen de beginselen, de doelstelling en de kern van het voorschrift in tact te worden gelaten (zie onder meer *Gegendarstellung*, 63 BVerfGE 131, 147 e.v. (1983)). Deze uitgangspunten bieden in veel gevallen onvoldoende duidelijkheid; aansluiting bij de letterlijke tekst sluit grondwetsconforme interpretatie in enkele gevallen daarentegen geheel uit. Het Hof valt in dergelijke gevallen dan geheel terug op de tweede hoofdlijn (zie *Zivildienst*, 69 BVerfGE 1, 55 (1985): 'Von Bedeutung ist lediglich, daß eine Auslegung dem Willen des Gesetzgebers nicht zuwiderläuft').

146 Kommers 1997, p. 26.

147 Kommers 1997, p. 26.

148 Schlaich 1997, p. 38-39.

149 Schlaich 1997, p. 41.

3.3.4 *Checks van de wetgever op de rechtsmacht van het Hof*

Beide Senaten hebben ieder acht leden, die voor 12 jaren worden gekozen; herverkiezing is uitgesloten.¹⁵⁰ De kandidaten moeten om verkozen te worden een degelijke staat van dienst als rechter hebben. De helft van de rechters in elke Senaat wordt gekozen door de Bondsdag, en de helft door de Bondsraad.¹⁵¹ De Bondsdag kiest op indirecte wijze via de 'Wahlmännerausschuß', die een afspiegeling vormt van de vertegenwoordigende partijen in de politiek.¹⁵² De Bondsraad kiest direct; een tweederde meerderheid is vereist voor een keuze. De voorkeur voor een rechter wordt wel gezien als één van de besluiten ter zake waarvan Bondsdag en Bondsraad hun politieke voorkeur kunnen laten gelden en invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van de hoogste rechterlijke instantie.¹⁵³ De invloed wordt echter gerelativeerd door het kiesstelsel; in de Bondsdag zijn compromissen vaak onontkoombaar omdat de partijen elkaars voorkeur kunnen wegstemmen. In de Bondsraad lopen de voorkeuren in beginsel niet zozeer langs partijlijnen, danwel langs de lijnen van de belangen van de Länder.¹⁵⁴ Over de wijze van verkiezing van de rechters is in Duitsland een voortdurend debat gaande.¹⁵⁵ Indien uitgegaan wordt van het standpunt dat het Hof een rechterlijke instantie is als de andere in Duitsland, gaat men uit van de volgende premissen en doet de benoemingsprocedure er in beginsel niet zoveel toe:

'Dagegen ist es illegitim, weil mit der grundgesetzlichen Zuordnung der Verfassungsgerichtsbarkeit zur 'dritten Gewalt' unvereinbar, das Verfassungsgericht durch fraktionsproportionale Besetzung zum Spiegelbild des Parlaments zu machen. [...] Dem Verfassungsgericht dürfen weder Mehrheits- noch Minderheitsvertreter [...] angehören, sondern nur solche Richter, die zu allen politischen und parlamentarischen Gruppen und Mächten gleiche Distanz haben und halten'.¹⁵⁶

Wordt constitutionele rechtspraak echter wel een rol toebedeeld in het politieke proces, dan verandert het perspectief op de benoemingsprocedure: langs deze weg kan dan worden getracht, een zo getrouw mogelijke vertegenwoordiging van de in het parlement aanwezige politieke partijen te bereiken.¹⁵⁷ Het uitgangspunt van een 'gewone' rechterlijke macht lijkt niet geheel te zijn verwezenlijkt. Er zijn uiteenlopende oorzaken aan te wijzen voor een voortschrijdende ontwikkeling van de rol die het Hof in het politieke proces heeft. Van invloed op deze ontwikkeling zijn in elk geval de abstracte toetsing van het Hof en de mate waarin de wetgever daarvan gebruik heeft gemaakt, alsmede het politieke gewicht dat wordt gehecht aan de uitspraken van het Hof.¹⁵⁸ Ook het feit dat uitspraken van het Hof de kracht van wet verkrijgen kan naar mijn mening

150 Art. 2 lid 1 en 4 leden 1 en 2 BVerfGG.

151 Art. 5 lid 1 BVerfGG.

152 Zie ook Bovend'Eert 2000, p. 5-7.

153 Hesse 1991, p. 264.

154 Kommers 1997, p. 23.

155 Schlaich 1997, p. 34; Böckenförde 1974, p. 106; Häberle 1976, p. 4 e.v.

156 Bettermann 1981, p. 745.

157 Häberle 1976, p. 24.

158 Schlaich 1997, p. 35.

niet wijzen op een 'gewone' rechterlijke instantie.¹⁵⁹ In de andere stelsels is een dergelijk expliciete toekenning van de kracht van wet in het geval van ongrondwettigheid van wetgeving niet aangetroffen.

Wijziging van de Duitse grondwet door de grondwetgever is mogelijk; daarvoor zijn tweederden van de stemmen in de Bondsdag en tweederden van de stemmen in de Bondsraad noodzakelijk. De grondwetgever heeft van deze mogelijkheid relatief vaak gebruik gemaakt, al zijn ter zake van Art. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG na de inwerkingtreding van de grondwet geen wijzigingen ingevoerd. Ook is de grondwetgever niet overgegaan tot codificatie van het in de rechtspraak ontwikkelde 'allgemeines Persönlichkeitsrecht'.¹⁶⁰ Bij een grondwetswijziging dient evenwel de beperking door de 'Ewigkeitsklausel' ex Art. 79 lid 3 GG in acht te worden genomen.¹⁶¹ Het Hof heeft in zijn jurisprudentie aan deze eis evenwel een relatief formele uitleg gegeven.¹⁶² Het overboord zetten van de rechtsbeginselen van menselijke waardigheid en machtscheiding zijn ongeoorloofd:

'zu verhindern, daß die geltende Verfassungsordnung in ihrer Substanz, in ihren Grundlagen auf dem formal-legalistischen Weg eines verfassungsändernden Gesetzes beseitigt und zu nachträglicher Legalisierung eines totalitären Regimes mißbraucht werden kann'.¹⁶³

Het Hof gaat in dit verband uit van een onaantastbare kern van de afzonderlijke grondrechten, die niet mag worden 'geraakt'. Of die kern door de wetgever wordt gerespecteerd, kan worden nagegaan aan de hand van de jurisprudentie. Het Hof heeft in dit opzicht als hoogste uitlegger van de grondwet het laatste woord.¹⁶⁴ De kwestie in hoeverre de interpretaties van het Hof binnen de grenzen blijven van Art. 79 lid 3 GG hebben geleid tot discussies over de aanvaardbaarheid van de rechtspraak van het Hof in het kader van Art. 79 lid 3 GG.¹⁶⁵ In dit verband kan men zich afvragen, in hoeverre de extensieve interpretatie van Art. 2 lid 1 GG of de positivering van het algemene persoonlijkheid als grondrechtsnorm te verantwoorden is in het kader van Art. 79 lid 3 GG.¹⁶⁶ De aanvaarding van het vage normkarakter van beide rechtsnormen lijkt erop te duiden dat de grondwetgever juist heeft gekozen voor de mogelijkheid van grond-

159 Art. 31 lid 2 BVerfGG.

160 Sinds de inwerkingtreding van de grondwet in 1949 zijn er in totaal 48 grondwetsamendementen doorgevoerd (zie voor een overzicht <http://user.cs.tu-berlin.de/>; deze werd op 31 juli 2002 geraadpleegd). De grondrechten die in verband worden gebracht met het recht op 'privacy' zijn sinds de inwerkingtreding van de grondwet niet meer gewijzigd, hetgeen geldt voor de meeste grondwetsartikelen. Art. 10 GG, het recht op brief-, post en telefoongeheim is het enige artikel dat is gewijzigd bij wet in 1968. In 1969 is het individueel klachtrecht expliciet in Art. 93 lid 1 sub 4a GG gecodificeerd; voorheen was het enkel vastgelegd in het BVerfGG (vanaf 1951). Vanaf 1969 verkreeg de individuele klacht 'Verfassungsrang' vanwege invoering ervan in Art. 93 GG (19. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, BGBl. I p. 97 e.v.), zie Hesse 1991, p. 142-143.

161 Zie par. 1.4.1.

162 Bryde 2000, p. 245.

163 *Abhörurteil*, 30 BVerfGE 1, 24 (1970).

164 Walter 2000, p. 521.

165 Zie onder meer *Abhörurteil*, 30 BVerfGE 1, 24 (1970) en de daarbij geuite *dissentings*; Walter 2000, Böckenförde 1993, Häberle 1974.

166 Ramm 1989, p. 1595 e.v.

wetsaanpassing in de rechtspraak.¹⁶⁷ Dat valt niet alleen te rijmen met de open textuur van de normen, maar ook met het mandaat dat het Hof door de grondwetgever is toegekend. Daarnaast ziet Art. 79 lid 3 op de geschreven grondwet; het gehele constitutionele recht wordt niet door Art. 79 lid 3 gedekt. Een geldige, ongeschreven rechtsnorm behoeft niet steeds tot een grondwetswijziging te leiden. Geredeneerd wordt dat het vereiste van codificatie van deze normen zou leiden tot de situatie waarin een niet-regelen van ongeschreven normen zou leiden tot ongeldigheid van ongeschreven normen.¹⁶⁸ Uit deze aspecten komt het open karakter van de Duitse grondwet tot gelding.¹⁶⁹

3.3.5 *Rechterlijke taakopvatting van het Hof*

Het Hof heeft vanwege zijn interpretatie van zijn mandaat op voornoemde punten en vanwege extensieve interpretatie van grondrechten regelmatig aanleiding gegeven tot debatten over de verhouding tussen het Hof en wetgever.¹⁷⁰ In het Duitse debat over de verhouding tussen wetgever en Hof wordt gesproken van 'richterliche Selbstbeschränkung', een term die in veel opzichten gelijkenis toont met de Amerikaanse 'judicial restraint' of met de Nederlandse term 'rechterlijke terughoudendheid'.¹⁷¹ Het begrip duidt in de Duitse discussie ook op de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever.¹⁷² Zowel ter zake van abstracte en concrete rechterlijke toetsing, alsook in de beoordeling van individuele klachten lijkt het Hof ten opzichte van de federale en statelijke wetgevers nagenoeg over onbegrensde bevoegdheden te kunnen beschikken. Hoewel het aantal geschillen in abstracte rechterlijke toetsing klein is, trekken de uit-

167 In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen echte en onechte grondwetswijzigingen. Walter onderscheidt drie typen van 'onechte' grondwetswijzigingen die in de rechtspraak kunnen worden signaleerd. Hij hanteert voor de vaststelling of sprake is van een onechte grondwetswijziging een relatief formele benadering van onder meer het gelijkheidsbeginsel, van instructienormen en van het eigendomsbegrip. De interpretaties van Art. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG kunnen in beginsel leiden tot 'echte' grondwetswijzigingen, al stelt Walter voorop, dat de keuze voor de open textuur juist impliceert dat de grondwetgever grondwetswijzigingen in de rechtspraak mogelijk heeft willen maken (Walter 2000, p. 528-529).

168 Bryde 2000, p. 233. In het Duitse constitutionele debat wordt aandacht besteed aan de vraag, wanneer de constitutionele rechter de grenzen van rechtsvinding overtreedt, en bijstelling van de grondwet noodzakelijk wordt. Zie onder meer Huber 1971, p. 329 e.v.; Ramm 1989, p. 1595, Isensee 1996, p. 1088 en Walter 2000, p. 540.

169 Daarover bestaat geen overeenstemming; sommigen zijn van mening, dat er – met name vanwege de betekenis van Art. 2 lid 1 GG – sprake is van een gesloten systeem. Met Art. 2 lid 1 GG legitimeert de grondwetgever interpolaties (extensieve interpretatie en ontwikkeling van nieuwe uit Art. 2 lid 1 GG geconcretiseerde normen) door de rechter; zie Maunz/Dürig, GG, Art. 1, par. 13: 'Es ist kein Fall denkbar, in dem ein staatsrechtlicher Angriff auf die Menschenwürde nicht bereits durch ein spezielles Grundrecht [...] aufgefangen würde, wenn man nur Art. 1 I [...] als Wertmaßstab in die Spezialinterpretation des jeweiligen Grundrechts einbezieht. Selbst wo das Grundgesetz im Spezialkatalog lückenhaft geblieben ist, würde ein staatlicher verstöß gegen die Menschenwürde mindestens bereits durch das Hauptfreiheitsrecht [...] oder das Hauptgleichheitsrecht abgewährt, ohne daß die Konstruktion des Art. 1 I als eines subjektiven öffentlichen Rechts bemüht zu werden braucht'.

170 Benda 1979, p. 471 e.v., Kommers 1997, 34 e.v., 55 e.v., Schlaich 1997, p. 338 e.v. (met veel verwijzingen).

171 *Grundlagenvertrag*, 36 BVerfGE 1, 14 (1973).

172 Dreier en Schwegemann 1976, p. 43 e.v.

spraken die abstracte toetsing betreffen diepe sporen in het politieke landschap.¹⁷³ In de laatste jaren toetste het Hof in abstracto bijvoorbeeld wetten die het gevolg waren van een heroriëntering van wetgeving na de hereniging met de voormalige DDR: abortus, eigendomsrechten en bevoegdheid tot ontslag door de huidige (staats)werkgemers van voormalige stasi-ambtenaren.¹⁷⁴

Van belang in het licht van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever is 's Hof's bevoegdheid, een ongrondwettige grondwetswijziging nietig te verklaren. Deze bevoegdheid is niet alleen buitengewoon boeiend in het licht van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever; interessant is ook de argumentatie waarmee het Hof haar zich heeft toegeëigend.¹⁷⁵ Het Hof heeft haar afgeleid uit de gehele structuur van de grondwet:

'Ein Teil der Wissenschaft und Rechtsprechung verneint deshalb allgemein die Prüfungsfunktion der richterlichen Gewalt gegenüber der Verfassung selbst. Zur Begründung wird vornehmlich angeführt, daß der Richter sich mit einer solchen Prüfung verfassungsgebende Gewalt anmaße und sich vom Grundsatz der Gewaltenteilung zu weit entferne'.

Het niet toetsen van wetgeving zou juist indruisen tegen de taak die het Hof expliciet is opgedragen. Ook zijn er argumenten die pleiten vóór het bestaan van de bevoegdheid, die direct kan worden afgeleid uit de structuur van de grondwet:

'Demgegenüber wird von anderer Seite eingewandt [...] daß das Grundgesetz selbst ein Gericht (het Hof, H.L.J.) dazu bestimmt habe, die Unantastbarkeit der im Grundgesetz getroffenen Grundentscheidung zu gewährleisten [...]. Nicht mit der Ausübung einer solchen Normenkontrolle, sondern gerade mit ihrer Ablehnung würde deshalb [...] das Bundesverfassungsgericht sich über den Willen der Verfassung hinwegsetzen und damit die Rechtssicherheit gefährden [...].'¹⁷⁶

Het Hof is tot dusverre twee keer een discussie aangegaan over ongrondwettigverklaring van grondwetswijzigingen, maar heeft uiteindelijk geen schending vastgesteld. Het Hof lijkt deze bevoegdheid met terughoudend te hanteren, hetgeen juist ook samenhangt met de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever. Het Hof lijkt zich ervan bewust te zijn, dat toetsing van grondwetgeving een instrument is dat vraagt om toepassing wanneer dat 'echt' aangewezen is.¹⁷⁷ Het Hof moet zuinig zijn met het krediet dat het heeft; een veelvuldig hanteren van het instrument zou vooral leiden tot irritatie in de rechtsgemeenschap. In verband met EG-recht rees bij de regering de

173 Tussen 1959 en 1999 beoordeelde het Hof in totaal 140 verzoeken om abstracte rechterlijke toetsing; dat zijn er gemiddeld drie per jaar. In 1992 werden bij het Hof acht verzoeken aangebracht, die samenhangen de hereniging met de voormalige DDR (bron: www.bundesverfassungsgericht.de, laatstelijk geraadpleegd op 31 juli 2002).

174 Zie *Schwangerschaftsabbruch II*, 88 BVerfGE 203 (1993) en *Stasi-Fragen*, 96 BVerfGE 171 (1997).

175 De bevoegdheid is niet expliciet in de grondwet opgenomen.

176 Het Hof heeft de doctrine van ongrondwettigheid van grondwetswijzigingen aangenomen in *Gleichberechtigung*, 3 BVerfGE 225, 234-235 (1953).

177 In totaal is de grondwet 48 keren gewijzigd, waarbij de ene keer sprake was van een meer omvangrijke wijziging dan de andere. In *Abhörurteil*, 30 BVerfGE 1, 33-47 (1970) pleiten met name de *dissents* voor aanname van ongrondwettigheid van de wijziging van het recht op brief-, post- en telefoongheim.

vraag in hoeverre de voorgestelde grondwetwijziging, die noodzakelijk werd geacht voor de ondertekening van het Verdrag van Maastricht, in overeenstemming was met de overige bepalingen van de grondwet.¹⁷⁸ De vraag werd aan het Hof ter beoordeling voorgelegd. Eén van de hoofdvragen in die uitspraak was welke de grenzen zijn die kunnen worden gesteld aan bevoegdheidsoverdracht van de Lid-Staat naar de Europese Gemeenschap – en welke rechter daarover het laatste woord heeft. Het Hof achtte zich daartoe in laatste instantie bevoegd. Zolang de bevoegdheid over deze kwestie bij het Hof blijft, kan de concrete vraag over grondwettigheid van ondertekening van het Verdrag van Maastricht achterwege blijven.¹⁷⁹

De grondwet als maatstaf geeft richting aan de bevoegdheidsgrenzen. Tegelijkertijd bestaat in veel opzichten ruimte voor het vaststellen van de grenzen van die maatstaven door het Hof zelf. In dit verband merken enkele commentatoren niet geheel onterecht op, dat de begrenzing van de bevoegdheid van het Hof door de grondwet deels een fictieve is. De discussie over de rechterlijke taakopvatting wordt in beginsel gevoerd vanuit het standpunt van de traditionele machtsverdeling. Aan deze benadering is het uitgangspunt verbonden, dat het Hof een 'gewone' rechter is. Het incidentele karakter van de rechtspraak onderkent deze typering. Het Hof heeft een retrospectieve en controlerende functie. Het feit dat aan de uitspraken van het Hof kracht van wetgeving wordt verbonden, dat het zich uitlaat over politieke rechtsstrijd en het feit dat het overgangsrecht kan vaststellen kunnen op zichzelf niet leiden tot de vaststelling dat het Hof een activistische taakopvatting hanteert: die bevoegdheden zijn het Hof immers toegekend. De grondwet is voor de wetgever handelingsnorm; voor het Hof houdt deze normen voor rechterlijke controle in.¹⁸⁰ In dat verband is ook van belang te bezien, met welke intensiteit het Hof zijn controlerende functie uitvoert. Het beginsel van proportionaliteit, dat ook bij de toepassing van Art. 2 lid 1 GG en het algemene persoonlijkheidsrecht wordt gehanteerd, verleent het Hof een maatstaf om de intensiteit van de toetsing vast te stellen.

Het Hof heeft meer in het algemeen in zijn rechtspraak regelmatig gewezen op een beoordelingsruimte die de wetgever toekomt, en mitsdien geen rechterlijke beoordeling toelaat.¹⁸¹ Die ruimte bestaat in beginsel vooral daar, waar geen concrete toetsingsnorm is vastgesteld. Het Hof heeft in zijn rechtspraak een drietal criteria ontwikkeld, die aangeven met welke intensiteit het wetgeving beoordeelt.¹⁸² In beginsel past het Hof op

¹⁷⁸ *Maastrichturteil*, 89 BVerfGE 155 (1993).

¹⁷⁹ Van de beantwoording van de onderliggende vraag kan echter niet worden gezegd, dat zij van mindere politieke betekenis is; zij behelst de onder meer de verhouding tussen het Europese Hof van Justitie en het Duitse Federale Constitutionele Hof en de verhouding in de bevoegdheidsverdeling tussen de Bond en de Staten. Zie voor discussie hierover (vanuit zowel Duitse als EG-rechtelijke invalshoek) onder meer Lerche 1990, p. 409 e.v.; Everling 1994, p. 1 e.v. en Herdegen 1994, 235 e.v. en Kumm 1999, p. 351 e.v.

¹⁸⁰ Schlaich 1997, p. 347.

¹⁸¹ Zie bijvoorbeeld *Bundestagsauflösung*, 62 BVerfGE 1, 51 (1983).

¹⁸² *Mitbestimmung*, 50 BVerfGE 290, 333 (1979): De eerste wordt de 'Evidenzkontrolle' genoemd, en is aan te merken als een marginale toets die zich beperkt tot formele aspecten van de besluitvorming door de wetgever: 'Dieser Maßstab verlangt, daß der Gesetzgeber sich an einer sachgerechten und vertret-

individuele aanspraken die werden erkend onder het algemene persoonslijksrecht ex Art. 2 lid 1 in contaminatie met Art. 1 lid 1 GG een intensieve toetsing toe. Zij worden in de rechtspraak echter niet als harde criteria gehandhaafd en vertonen in dit opzicht eerder het karakter van een glijdende schaal van de noodzakelijke toetsingsintensiteit. Uit de toepassing van de criteria volgt echter niet, dat bij een marginale toetsing geen schending wordt vastgesteld, en bij een intensieve toetsing steeds sprake is van schending.¹⁸³ In dit opzicht onderscheidt de Duitse toetsingsmethodiek zich van de Amerikaanse.¹⁸⁴

Ten aanzien van de bevoegdheid van lagere rechters in een concrete rechterlijke toetsingsprocedure lijkt het Hof het subsidiariteitsbeginsel niet altijd voldoende in acht te nemen. Het Hof doet vanuit efficiencyoverwegingen zelf zaken af en lijkt daarmee de bevoegdheid van de lagere rechter niet te respecteren. De omvang van de toetsing door het Hof ten opzichte van de lagere rechter is in dit verband een kwestie waarover het laatste woord nog niet gezegd is. Met behulp van extensieve interpretatie van grondrechten – in het bijzonder van Art. 2 lid 1 GG – in de individuele klachtenprocedure lijkt het Hof voor zichzelf een rol te hebben gecreëerd van ‘Superrevisionsgericht’.¹⁸⁵ Het Hof heeft in zijn jurisprudentie juist het tegendeel willen benadrukken; het ziet zichzelf niet als instantie die de uitspraken van lagere rechters in volle omvang toetst.¹⁸⁶

baren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert hat. Er muß die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können und einen Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden. Es handelt sich also eher um Anforderungen des Verfahrens.’ Het tweede houdt een ‘Vertretbarkeitskontrolle’ in: ‘Die verfassungsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, ob der Gesetzgeber seinen Einschätzungsspielraum ‘in vertretbarer Weise’ gehandhabt hat’, zie *Entziehungsanstalt*, 91 BVerfGE 1, 29 (1994). Daarnaast is ook intensieve toetsing mogelijk: ‘Nach diesen Maßstäben ist eine strenge Prüfung [...] geboten. Bei der Altersgrenze für die Namensänderung handelt es sich um eine Differenzierung, die an personenbezogene Merkmale anknüpft und sich erheblich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht auswirkt. Art. 2 Abs. 1 schützt in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG die engere persönliche Lebenssphäre, insbesondere auch den Intim- und Sexualbereich [...], und gewährleistet das Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu bestimmen, aus welchem Anlaß und in welchen Grenzen er persönliche Lebenssachverhalte offenbart [...]. Dem Schutz dieser Rechtsgüter dient das Transsexuellengesetz’, zie *Transsexuelle II*, 88 BVerfGE 87, 97 (1993).

183 Het recht op leven ex Art. 2 lid 2 GG is een geprioriteerd grondrecht, waarvoor geldt dat in geval van schending een intensieve toetsing van de wetgeving volgt (*Schwangerschaftsabbruch II*, 88 BVerfGE 203, 244 (1993)). In *Schleyer* (46 BVerfGE 160, 164 (1977)) oordeelde het Hof dat aan de wetgever moest worden overgelaten, hoe een levensbedreigende situatie in een ontvoering moest worden opgelost. Er werd wel intensief getoetst, maar de keuzemogelijkheden dienden door de wetgever te worden onderzocht.

184 Zie par. 3.2.4.

185 *Lüth*, 7 BVerfGE 198, 207 (1958).

186 ‘Sinn des Instituts der Verfassungsbeschwerde ist es, daß alle Akte der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt auf ihre “Grundrechtmäßigkeit” nachprüfbar sein sollen (§ 90 BVerfGG). Sowie wenig das Bundesverfassungsgericht berufen ist, als Revisions- oder gar “Superrevisions”-Instanz gegenüber den Zivilgerichten tätig zu werden, sowie wenig darf es von der Nachprüfung solcher Urteile allgemein absehen und an einer in ihnen etwa zutage tretenden Verkenning grundrechtlicher Normen und Maßstäbe vorübergehen’, *Lüth*, 7 BVerfGE 198, 207 (1958).

3.4 De werkwijze van het Europese Hof van Justitie van de EG

3.4.1 *Internationale rechtsmacht met federale trekken*

De rechtsmacht van het Hof – afdoen van directe beroepen en beslissen op prejudiciële vragen – vormt een essentieel instrument waardoor het gemeenschapsrecht kan worden toegepast en uitgelegd in het licht van de doelstellingen en de taken van Artt. 2 en 3 EG-Verdrag.¹⁸⁷ Het Hof heeft een monopolie ter zake van de interpretatie van het EG-Verdrag. Het EG-Verdrag stipuleert echter geen expliciete grenzen voor de omvang van de jurisdictie van het Hof op het terrein van schending van het recht op persoonlijkheid. De jurisdictie van het Hof van Justitie is in algemene termen neergelegd in art. 220 EG-Verdrag:

‘Het Hof van Justitie verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van dit Verdrag’.

De formulering van Art. 220 duidt eerder op een afwijzing van een wetspositivistische benadering; hierop duidt de formulering dat het Hof eerbiediging van het recht dient te verzekeren.¹⁸⁸ Dit algemene mandaat lijkt het Hof deels te hebben opgevat als een kwalificatie als ‘constitutioneel’ rechter, die belast is met uitleg van het EG-Verdrag en toetsing van handelingen van nationale overheden voor zover die binnen de werkingsfeer van het EG-Verdrag vallen.¹⁸⁹ De ontwikkeling van het EG-recht is voor een groot deel het gevolg van rechtersrecht van het Hof. Voor de vaststelling van de omtrekken van de jurisdictie heeft het Hof Art. 220 extensief uitgelegd. In beginsel is de jurisdictie van het Hof door het verdrag geattribueerd; de jurisprudentie overziend kan echter de vraag worden opgeworpen, in hoeverre het Hof een ‘inherente’ jurisdictie heeft – zeker ten aanzien van grondrechtelijke aanspraken.¹⁹⁰ De wijze waarop grondrechten, die oorspronkelijk geen functie vervulden in de EG-rechtsorde, door het Hof binnen de EG-rechtsorde zijn getrokken als rechtsbeginselen van Gemeenschapsrecht is in dit verband een fraai voorbeeld.¹⁹¹ Ook de ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof van de uitgangspunten van suprematie en directe werking van EG-recht zijn voorbeelden van interpretatie van jurisdictie waarin het Hof de grenzen van zijn bevoegdheden heeft verkend.¹⁹²

De preciezere bevoegdheden van het Hof, het handhaven van uniformiteit door middel van prejudiciële uitspraken en het afdoen van directe beroepen, worden nader uit-

187 Barents en Brinkhorst 2001, p. 249.

188 Ukrow 1995, p. 92-93.

189 Weiler 2000, hoofdstuk 2.

190 Craig en De Búrca 1998, p. 87; Arnulf 1990, p. 707.

191 Weiler 2000, p. 44.

192 Een voorbeeld in dit verband kan niet ontbreken: het Hof heeft in *Les Verts t. Europees Parlement* zaak 294/83 (1986), Jur. p. 1339 (1986) een besluit van het Europees Parlement onderworpen aan rechterlijke toetsing, terwijl het EG-Verdrag rechterlijke toetsing van handelingen van het Europees Parlement niet erkende. Omgekeerd heeft het Hof het Europees Parlement toegelaten als procespartij, ook al behoorde het Europees Parlement op dat moment niet tot de limitatief opgesomde partijen die konden klagen, *Parlement t. Raad*, zaak C-70/88 (1991), Jur. p. I-4529 (1991).

gewerkt in de Artikelen 228 tot en met 241 EG-Verdrag. Voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag is het niet noodzakelijk gedetailleerd in te gaan op alle mogelijke geschillen die zich kunnen voordoen tussen partijen, waarover het Hof rechtsmacht heeft; in dit verband wordt enkel stilgestaan bij de rechtsmacht van het Hof over klachten over schendingen van grondrechten. Klachten over schendingen van grondrechten komen op uiteenlopende wijzen bij het Hof terecht: in een enkel geval werd direct beroep gedaan op het Hof via Art. 230, terwijl het Hof in de meeste gevallen in antwoord op een prejudiciële vraag van een nationale rechter een oordeel uitsprak over eventuele grondrechtsschendingen. Beide procedures worden hieronder in het licht van klachten over grondrechtsschendingen verder uitgewerkt. Eén van de bijzonderheden in het EG-recht is, dat niet alleen individuen maar ook staten in enkele gevallen getracht hebben een aanspraak te doen op fundamentele rechten. In dat verband wordt de rechtsmacht van het Hof eveneens belicht.

Het Hof wordt in het algemeen gezien als één van de belangrijkste stuwende krachten achter de integratie van gemeenschapsrecht in de nationale rechtsordes. Een extra dimensie in het EG-recht is, dat het Hof een directe relatie onderhoudt met de Lid-Staten via de nationale rechters.¹⁹³ Momenteel bestaat het Hof uit vijftien rechters en 8 Advocaten-Generaal.¹⁹⁴ Zij worden door de regeringen van de Lid-Staten benoemd voor zes jaar; deze benoemingseis mag echter niet leiden tot de conclusie dat EG-rechters nationaalrechtelijke belangen moeten verdedigen.¹⁹⁵

Het Hof kan zaken zowel plenair als in Kamers beoordelen.¹⁹⁶ De toegenomen werklast leidt tot het verdelen van zaken over Kamers. Het Hof heeft een Advocaat-Generaal, die een geschreven opinie geeft over de achtergrond van de zaak en een voorschot geeft voor de oplossing van het geschil. In de veel gevallen wordt de Advocaat-Generaal gevolgd, maar het Hof behoeft een afwijzing van diens mening niet te motiveren.¹⁹⁷ Het zwaartepunt in de procedures voor het Hof ligt op de geschreven en niet op de mondelinge verhandelingen. In de laatste jaren is de roep om hervormingen in de structuur en samenstelling van het Hof luider geworden, hetgeen samenhangt met de toegenomen werklast van het Hof en de toekomstige uitbreiding met een aantal staten.¹⁹⁸

193 Die verloopt via de prejudiciële procedure ex art. 234.

194 Art. 222.

195 Toch is waar te nemen, dat Lid-Staten 'hun' nationale rechter enigermate zien als verlengstuk. Hoewel de te benoemen rechter niet uit de Lid-Staat hoeft te komen, is dit tot dusverre altijd het geval. Bij de discussies over de uitbreiding van de EU met nieuwe Lid-Staten is het lastig, een nieuwe 'verdeelsleutel' te bedenken: Lid-Staten geven 'verworvenheden' (een eigen rechter in het Hof) niet zomaar op. Ook hier dienen compromissen te worden gesloten bij het debat over de aankomende uitbreiding naar het Oosten.

196 Alleen zaken van grote importantie worden door een voltallig Hof beoordeeld. In de regel worden zaken beoordeeld door een Kamer van drie, vijf of zeven rechters (zie Art. 15 van het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie).

197 Craig en De Búrca 1997, p. 83.

198 Zie bijvoorbeeld Bijdrage van het Hof en het Gerecht aan de Intergouvernementele Conferentie, 2000; Rodríguez Iglesias 2000; Craig en De Búrca 1998, p. 81.

Rechterlijke beoordeling van besluiten van de Instellingen jegens individuen

Art. 230 EG-Verdrag kent aan het Hof de bevoegdheid toe een 'grondwettigheidstoets' toe te passen op handelingen van de Instellingen van de Gemeenschap.¹⁹⁹ Ook individuen kunnen volgens Art. 230 lid 4 een aanspraak maken op een dergelijke toets; het Hof onderwerpt de door het individu aangevochten handeling aan EG-recht. Toetsing aan het recht houdt in EG-verband niet alleen toetsing aan rechtsnormen uit het verdrag of secundaire wetgeving in, maar eveneens toetsing aan rechtsbeginselen die tot de gemeenschapsrechtsorde behoren. Hiertoe lijkt de taak van 'verzekering van eerbiediging van het recht' ex Art. 220 ook voldoende ruimte te bieden. Art. 230 lid 4 EG-Verdrag richt zich tot zowel natuurlijke als rechtspersonen.

De prejudiciële procedure

Art. 234 schept de mogelijkheid voor de nationale rechter, een vraag van communautair recht voor te leggen aan het Hof.²⁰⁰ De vragen rijzen in uiteenlopende nationaalrechtelijke geschillen waarbij ook individuen partij kunnen zijn. Individuele aanspraken op grondrechten komen in beginsel het vaakst via de prejudiciële procedure op de rol van het Hof, omdat het individu in beginsel veelal te maken krijgt met indirecte, dat wil zeggen nationaalrechtelijke toepassing van Europees recht. Het grootste deel van EG-wetgeving wordt uitgevaardigd in de vorm van verordeningen en richtlijnen die door de Lid-Staten moeten worden nageleefd en uitgevoerd; de staat treedt in dit opzicht op als 'agent' van de EG. Individuele klachten behelzen bijvoorbeeld verkeerde of niet-toepassing van communautair recht door de Lid-Staat – bij correcte toepassing zouden de in het geding zijnde grondrechten niet zijn geschonden.²⁰¹ Ook is een situatie denkbaar waarin het individu juist meent in zijn grondrechten is getroffen, omdat de Lid-Staat uit hoofde van zijn communautaire verplichtingen het EG-recht toepast.²⁰² Art. 234 geldt enkel binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag²⁰³; het Hof heeft in beginsel geen prejudiciële rechtsmacht ten aanzien van verdragen waarvan enkel Lid-Staten lid zijn.²⁰⁴ Een prejudiciële uitspraak is bindend voor de nationale rechter, ook al

199 Voor de toepasselijkheid van de term 'grondwettigheidstoets' zie Lenaerts 1983, p. 209; deze lijkt hier gepast omdat het Hof de bevoegdheid heeft, de handelingen inhoudelijk te toetsen aan het verdrag en de daarbij behorende uitvoeringsregelingen.

200 De procedure is enigszins te vergelijken met de Duitse concrete rechterlijke toetsing, waarin de lagere rechters vragen over de interpretatie van de grondwet kunnen voorleggen aan het Federale Constitutionele Hof. Zie voor algemene beschouwingen over deze procedure Barents en Brinkhorst 2001 (met name Hoofdstuk 6) en Craig en de Búrca 1998, met name hoofdstuk 10.

201 Zie bijvoorbeeld *Defrenne III*, zaak 149/77, waarin een werknemster klaagde op grond van Art. 141 over seksdiscriminatie door de staat, terwijl Art. 141 – volgens klagster, en later volgens het Hof – een verbod ter zake inhoudt.

202 Zie bijvoorbeeld *Stauder*, zaak 29/69 (1969), Jur. p. 419 (1969) waarin werd geklaagd over de consequenties van de implementatie van EG-recht, die een schending van fundamentele mensenrechten tot gevolg had.

203 Art. 46 EU-Verdrag.

204 *Hurd*, zaak 44/84 (1986), Jur. p. 29 (1986) en *Demirel*, zaak 12/86, (1987), Jur. p. 3719 (1987), par. 24.

stelt Art. 234 dat niet expliciet; het bindend karakter vloeit voort uit Art. 10 EG-Verdrag.²⁰⁵

Schending van de grondrechten door een Lid-Staat

Het Hof heeft schendingen van grondrechten vastgesteld in de situatie waarin een Lid-Staat derogeerde van regelingen van gemeenschapsrecht in het licht van het voeren van een nationaal beleid. In dit opzicht heeft het Hof regelmatig beoordeeld, in welke mate derogaties van Lid-Staten van bijvoorbeeld Art. 30 – gevallen waarin beperkingen op in- en uitvoer geoorloofd zijn – door de beugel konden. Soms deed de Lid-Staat, ter ondersteuning van zijn nationale beleid, een beroep op grondrechten. In een heel enkel geval trachtte een Lid-Staat een derogatie te rechtvaardigen aan de hand van een aan het recht op persoonlijkheid gerelateerd recht. In *Commissie t. Duitsland* bestreed de Commissie een Duitse maatregel, die inhield dat zeer stringente beperkingen werden opgelegd aan individuen, die hun medicijnen voor privé-gebruik wensten te betrekken uit een andere Lid-Staat.²⁰⁶ De maatregel hield mogelijk een toegestane derogatie van Art. 30 in, en was getroffen met het oog op bescherming van de volksgezondheid. Deze zaak kwam voor het Hof via de procedure van Art. 228.²⁰⁷

3.4.2 Ontvankelijkheidscriteria

Directe beroepen ex art. 230

Gesteld kan worden dat het Hof tot dusverre zeer strenge criteria hanteert voor de ontvankelijkheid van directe beroepen onder Art. 230.²⁰⁸ De klagende partij dient rechtstreeks en individueel getroffen te zijn door de handeling van de Instelling.²⁰⁹ Het Hof heeft in zeker opzicht een speelruimte gecreëerd, om te beoordelen of de klagende partij aan de eisen van standing voldoet. De zogenoemde 'niet-geprivilegieerde' kla-

205 *Eierkontor*, zaak 29/68 (1969), Jur. p. 165 (1969) en *Benedetti*, zaak 52/76 (1977), Jur. p. 163 (1977).

206 *Commissie t. Duitsland*, zaak 62/90 (1992), Jur. p. I-2575 (1992).

207 Zie par. 7.3.1 voor de uitwerking van deze zaak.

208 Art. 230 vierde alinea; zie ook *Plaumann t. Commissie*, zaak 25/62 (1963), Jur. p. 126 (1963) dat de standaarduitgangspunten biedt voor de beoordeling van ontvankelijkheid. Het Hof lijkt de eisen iets te laten vieren sinds *Codorniu t. Raad*, zaak C-309/89 (1994), Jur. p. I-1853 (1994) en *Extramet t. Raad*, zaak C-358/89 (1991), Jur. p. I-3893 (1991). Het GvEA heeft onlangs in *Jégo-Quéré t. Commissie* bepaald dat de ontvankelijkheidseisen van Art. 230 ten aanzien van individuen ruimer dient te worden uitgelegd omdat anders het rechtsbeginsel van recht op toegang tot een rechter zou worden geschonden (T-254/99, *Jégo-Quéré t. Commissie*, GEA 3 mei 2002, EHRC 2002/55). In *Unión de Pequeños Agricultores t. Raad*, zaak C-50/00, HvJ EG 25 juli 2002 over de kwestie van ontvankelijkheid van individuele beroepen heeft het Hof onlangs uitspraak gedaan; het wees een extensieve interpretatie van Art. 230 ter zake van individuele beroepen af. A-G Jacobs pleitte in zijn Conclusie bij die zaak (Conclusie van A-G Jacobs bij *Unión de Pequeños Agricultores t. Raad*, zaak C-50/00 van 21 maart 2002) voor het loslaten van de strenge ontvankelijkheidseisen). Zie voor een recentelijk overzicht met verwijzingen van de rechtspraak van het Hof Arnall 2001, p. 7-52.

209 Art. 230 leden 4 en 5. Indien een beschikking wordt aangevochten door het individu dat daardoor rechtstreeks is getroffen rijzen er relatief weinig problemen. Lastig wordt het bijvoorbeeld als de beslissing is gericht aan persoon X, terwijl Y tracht aan te tonen dat hij rechtstreeks en individueel getroffen is. Een andere situatie die problematisch is, is die waarin het besluit niet een beschikking maar in de vorm van een verordening is genomen. De klager dient dan aan te tonen dat hij individueel is geraakt.

ger²¹⁰ lijkt in dit opzicht soms de dupe te zijn van een streng ontvankelijkheidsbeleid van het Hof. Het Hof neemt niet in alle beroepen gemakkelijk aan, dat door de niet-geprivilegieerde klager aan de ontvankelijkheidseisen voldaan is; uit de jurisprudentie kunnen wel enkele lijnen worden gedestilleerd, die neerkomen op het volgende. Ontvankelijkheid wordt eerder aangenomen, indien het geschil zich op bepaalde, door Art. 2 en 3 EG-Verdrag geprioriteerde beleidsterreinen van de Gemeenschap bevindt. Er wordt wel een onderverdeling gemaakt van klachten, ingediend door niet-geprivilegieerde personen op vier voor het EG-recht belangrijke beleidsterreinen.²¹¹ Ter zake van klachten op het terrein van anti-dumpingmaatregelen, mededingingszaken, klachten aangaande staatssteun en klachten die het democratische gehalte van de Gemeenschap betwisten voert het Hof een relatief liberaal ontvankelijkheidsbeleid.²¹² In de literatuur worden uiteenlopende redenen aangevoerd voor de variatie van het ontvankelijkheidsbeleid. Rasmussen wijst op het bestaan een achterliggend beleid van het Hof, niet-geprivilegieerde klagers te dwingen, naar de nationale rechter te stappen:

'If the restriction of the citizen's access to the Court was not to amount to a pure denial of justice or rather a denial of remedies, it was necessary simultaneously to enlarge the responsibility of the national courts and tribunals to provide the citizen with an effective protection of his Community rights'.²¹³

In het uiterste geval zou het Hof controle kunnen uitoefenen en eenheid van rechtsuitlegging kunnen bewaren via de prejudiciële procedure. Een belangrijke indicatie voor terughoudendheid is te vinden in het karakter van de bestreden rechtsnorm: indien die een discretionaire bevoegdheid in zich draagt is het Hof over het algemeen terughoudend in ontvankelijkheid.²¹⁴ Het gemeenschappelijk landbouwbeleid is bijvoorbeeld een beleidsterrein, waarin zich dergelijke normen met beoordelingsruimte bevinden. Het Hof heeft in een aantal directe beroepen individuele aanspraken op grondrechten beoordeeld. De meeste beroepen via Art. 230 hadden betrekking op mededinging, terwijl ook een aantal beroepen werd ingesteld tegen besluiten op het terrein van het personeelsbeleid van de Commissie.²¹⁵

210 Geprivilegieerde klagers zijn Lid-Staten, Raad, Commissie, Europees Parlement, Rekenkamer en Europese Centrale Bank (zie Art. 230 leden 2 en 3).

211 Craig en De Búrca 1998, p. 473 e.v.

212 Anti-dumping: *Timex Corporation t. Raad en Commissie*, zaak 264/82 (1985), Jur. p. 849 (1985); mededinging: *Metro t. Commissie*, zaak 26/76 (1977), Jur. p. 1875 (1977) staatssteun: *Cofaz t. Commissie*, zaak 169/84 (1986), Jur. p. 391 (1986); het democratisch gehalte van de Gemeenschap: zie *Les Verts t. Europees Parlement*, zaak 294/83 (voorbeelden ontleend aan Craig en De Búrca, p. 473 e.v.). Overigens wordt betwijfeld, of deze lijnen immer nog zo te onderscheiden zijn in de jurisprudentie (Craig en De Búrca 1998, p. 473).

213 Rasmussen 1980, p. 122-127. Vraag is, of de weg naar de nationale rechter via de prejudiciële procedure voldoende bevredigend is in het licht van het recht op toegang tot een rechter gezien het feit dat de nationale rechter zelf moet beoordelen in hoeverre een vraag aan het Hof moet worden voorgelegd (zie ook T-254/99, *Jégo-Quéré t. Commissie*, GEA 3 mei 2002, EHRC 2002/55).

214 Hartley 1994, p. 383.

215 Zie voor mededinging bijvoorbeeld *Brescia t. Hoge Autoriteit*, zaak 31/59 (1960), Jur. p. 98 (1960); *Stork t. Hoge Autoriteit*, zaak 1/58 (1959), Jur. p. 43 (1959); *Nold t. Hoge Autoriteit*, zaak 40/59 (1960), Jur. p. 885 (1960); *Nold t. Commissie*, zaak 4/73 (1974), Jur. p. 491 (1974); *Panasonic t. Commissie*, zaak 136/79 (1980), Jur. p. 2033 (1980); *AM&S t. Commissie*, zaak 155/79 (1982), Jur. p. 1575 (1982);

Procedure tegen een Lid-Staat vanwege de Commissie bij het Hof

De Commissie kan bij het Hof een procedure opstarten vanwege schending van EG-recht door een Lid-Staat onder Art. 228. Voorafgaand aan de procedure bij het Hof brengt de Commissie eerst een met redenen omkleed advies uit en stelt de staat in de gelegenheid te reageren.²¹⁶ De Commissie wordt ter zake van vermeende verdragschendingen door Lid-Staten vaak 'getipt' door individuele klagers²¹⁷; het behoort echter tot de discretie van de Commissie om een procedure op te starten.

Prejudiciële procedure ex Art. 234

De betekenis van de prejudiciële procedure voor de integratie van het Gemeenschapsrecht in de rechtsordes van de Lid-Staten kan nauwelijks worden overschat.²¹⁸ De prejudiciële vraag dient een interpretatievraag op het terrein van het EG-recht in te houden.²¹⁹ In dit verband rijst de vraag of het Hof een aannamebeleid kan voeren en in welke mate het gebruik heeft gemaakt van een eventuele speelruimte. In beginsel heeft het Hof steeds een pro-aannamebeleid gevoerd. Dat kan worden opge maakt uit verschillende gewoonten van het Hof. Het Hof corrigeerde bijvoorbeeld prejudiciële vragen van nationale rechters, indien zij in 'onbewerkte vorm' ongeschikt zijn voor beoordeling.²²⁰ Het Hof hanteerde een open en flexibele benadering ter zake van de aanname van de prejudiciële vragen; zij boden een uitgelezen kans de samenwerking tussen nationale rechters en EG-rechter te versterken.²²¹

Barrières voor het stellen van prejudiciële vragen dienden in die optiek zoveel mogelijk te worden beperkt. Vanaf *Foglia* (1980) trad er echter een kentering op in de positieve benadering van het Hof ter zake van de aanname van prejudiciële vragen.²²² Belangrijkste grond voor weigering tot het beantwoorden van een prejudiciële vraag is wanneer het Hof deze vraag niet kan herleiden tot Gemeenschapsrecht.²²³ Nationale

Vlaams Boekwezen t. Commissie, gevoegde zaken 43/82 en 63/82 (1984), Jur. p. 19 (1984); *Orkem t. Commissie*, zaak 374/87 (1989), Jur. p. 3283 (1989); zie voor personeelskwesties *Prais t. Raad*, zaak 130/75 (1976), Jur. p. 1589 (1976) en *X t. Commissie*, zaak C-404/92 (1994), Jur. p. I-4737 (1994).

216 Art. 226.

217 10th Annual Report (1992), OJ C 233/7 (1993); 11th Annual Report (1993), OJ C 154/6 (1994) en 13th Annual Report (1995), OJ C 303/8 (1996).

218 Zie onder meer Barents en Brinkhorst 2001, p. 236 e.v.; Craig en De Búrca, hoofdstuk 10; Schermers en Waelbroeck 1992, p. 390 e.v.

219 Er kunnen ook vragen worden gesteld over de geldigheid van secundaire wetgeving van de Instellingen en over de uitlegging van statuten van bij besluit van de Raad ingestelde organen, wanneer die statuten daarin voorzien. Met het Verdrag van Amsterdam zijn enkele wijzigingen opgetreden: in de Derde Pijler (politieke en justitiële zaken) kan onder Art. 35 EU-Verdrag een prejudiciële vraag worden gesteld, mits de Lid-Staten instemmen met jurisdictie van het Hof op dat terrein, terwijl Titel IV van het EG-Verdrag (visa, asiel en immigratie) een hoge drempel opwerpt voor prejudiciële vragen van nationale rechters in Art. 68 EG-Verdrag.

220 Zie bijvoorbeeld *Costa t. ENEL*, zaak 6/64 (1964), Jur. p. 585 (1964).

221 Craig en De Búrca 1998, p. 436.

222 *Foglia I*, 104/79 (1980), Jur. p. 745 (1980), par. 8-13.

223 Hiermee verwante situaties waarin het Hof een verzoek afgewezen heeft zijn zaken waarin een hypothetische vraag werd gesteld. Hiervoor heeft het Hof zowel pragmatische als ook meer principiële gronden

rechters hebben het Hof uiteenlopende prejudiciële vragen voorgelegd met daarin grondrechtelijke aanspraken van individuen.²²⁴ Grondrechten behoren dan wel tot de EG-rechtsorde; zij kunnen echter niet als zelfstandige rechtsgrondslag fungeren in de ontvankelijkheid van een prejudiciële vraag. Er dient een connexiteit te zijn met een verdragsbepaling, anders gaat het Hof over tot niet-ontvankelijkheid van de vraag. Het Hof heeft, om te beoordelen of de connexiteit tussen de voor de nationale rechter opgebrachte aanspraak op een grondrecht enerzijds en een verdragsrecht anderzijds bestaat, een soort test ontwikkeld.

Indien deze test niet met goed gevolg wordt doorstaan, zal het Hof aangeven dat het geen jurisdictie heeft. De zaak *ERT* is instructief ter zake van de bereidheid, een prejudiciële vraag aan te nemen. Art. 46 EG-Verdrag – bestuurlijke voorschriften bij de vrijheid van dienstenverkeer – heeft via Art. 55 EG-Verdrag onder meer tot doel, nationale belemmeringen op het vrije verkeer van diensten zoveel mogelijk te beperken. Een onderneming in een nationaalrechtelijk geschil meende door een nationale belemmering in zijn recht op vrije meningsuiting te zijn getroffen, zonder dat deze kon aantonen dat was voldaan aan alle voorwaarden van Art. 46 – de onderneming ervoer bijvoorbeeld wel economische nadelen, maar er was geen sprake van discriminatie naar nationaliteit zoals Art. 46 vereist. Het Hof besloot na toetsing van de vraag naar de connexiteit toch een toetsing van de nationale maatregel uit te voeren. Eigenlijk had die nationale wet vanwege het ontbreken van één van de wettelijke kwalificaties²²⁵ door de nationale rechter moeten worden beoordeeld, maar omdat er voldoende aanknopingspunten bij het EG-Verdrag bleken te bestaan voor beschouwing van het feitencomplex onder Gemeenschapsrecht, beoordeelde het Hof de zaak.²²⁶ Het Hof nam genoeg met de constatering, dat toekenning van exclusieve uitzendrechten aan één onderneming in strijd kan komen met bepalingen van EG-recht waardoor een discriminerend effect kan optreden:

‘In particular, where a Member State relies on the combined provisions of Articles 56 and 66 in order to justify rules which *are likely* to obstruct the exercise of the freedom to provide services, such justification, provided for by Community law, must be interpreted in the light of the general principles of law and in particular of fundamental rights’.²²⁷

Het Hof was in casu bereid, de connexiteit tussen de grondrechtelijke claim en het EG-recht aan te nemen.

aangegeven (zie bijvoorbeeld *Zabala*, zaak C-422 tot en met 424/93 (1995), Jur. p. I-1567 (1995). Ook neemt het Hof een vraag niet aan indien de interpretatie van EG-recht niet leidt tot oplossing van het inhoudelijke geschil. Feiten dienen voldoende helder te worden geschetst, en de wetgeving waarvan interpretatie aan het Hof wordt gevraagd dient in beginsel in werking te zijn getreden (*Lourenco Dias*, zaak C-343/90 (1992), Jur. p. I-4673 (1992).

224 In het EG-recht hebben overigens niet alleen natuurlijke personen, maar met name rechtspersonen een beroep gedaan op grondrechten.

225 In casu het discriminerend effect.

226 *ERT*, zaak C-260/89 (1991), Jur. p. I-2925 (1991).

227 *ERT*, zaak C-260/89, par. 43 (cursief H.L.J.).

Dat was echter niet het geval in *Cinéthèque*.²²⁸ In *Cinéthèque* stelde de nationale rechter een prejudiciële vraag over de toelaatbaarheid onder vrijheid van meningsuiting als beginsel van gemeenschapsrecht ex Art. 10 EVRM van een nationale maatregel, die verkoop van filmmateriaal op video gedurende een bepaalde periode verbood, zolang dat filmmateriaal nog te zien was in bioscopen. Het Hof constateerde in dit geval dat het conflict niet viel onder communautair recht omdat het geen verband kon vaststellen tussen aanspraak op Art. 10 EVRM en één der verdragsdoelstellingen. De maatregel had geen discriminerende werking naar Art. 28 EG-Verdrag en had niet tot doel het reguleren van handelsbetrekkingen.²²⁹ In deze zaak was het Hof aldus niet bereid een connexiteit vast te stellen; mitsdien viel de prejudiciële vraag buiten de jurisdictie van het Hof.

In *Demirel* werd een Turks onderdaan een verblijfsvergunning in een Lid-Staat geweigerd.²³⁰ Omdat zij de verblijfsvergunning wegens voorgenomen hereniging met familie had aangevraagd, claimde zij rechtsbescherming van haar familie- en gezinsleven ex Art. 8 EVRM. Voor de connexiteit werd aangeknoopt bij een associatieverdrag tussen Turkije en de Gemeenschap. Het Hof liet de beoordeling van deze individuele aanspraak echter geheel over aan de nationale rechter, omdat het associatieverdrag geen direct inroepbare bepaling inhoudt voor individuen.²³¹ Een connexiteit kon niet worden vastgesteld:

‘In this case, however, as is apparent from the answer to the first question, there is at present *no provision* of Community law defining the conditions in which Member States must permit the family reunification of Turkish workers lawfully settled in the Community. [...] In those circumstances, the Court does not have jurisdiction to determine whether national rules such as those at issue are compatible with the principles enshrined in Article 8 of the European Convention on Human Rights’.²³²

In de zaak *Grogan* moest het Hof oordelen over de connexiteit tussen enerzijds het recht op vrije verlening van diensten en anderzijds het recht op vrijheid van meningsuiting.²³³ Het Ierse Hooggerechtshof had het Europese Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing gevraagd ter zake van de vraag, in hoeverre een verbod op verspreiding van informatie over abortus – abortus is verboden bij wet in Ierland – in overeenstemming was met het vrije verkeer van dienstverlening in de EG. Het verbod op de informatieverspreiding over die dienstverlening werd door het Hof echter niet strijdig bevonden met Art. 49 EG-Verdrag. De individuele aanspraak leek op het eerste gezicht te kunnen worden gekwalificeerd onder Art. 49 EG-Verdrag, maar het Hof onderzocht nauwkeurig, in welke mate sprake was van belemmering van vrijheid van diensten. Daartoe werd de connexiteit tussen de aanspraak op het grondrecht enerzijds en ver-

228 *Cinéthèque*, gevoegde zaken 60 en 61/84 (1985), Jur. p. 2605 (1985).

229 *Cinéthèque*, gevoegde zaken 60 en 61/84, par. 26.

230 *Demirel*, zaak 12/86.

231 *Demirel*, zaak 12/86, par. 23 en 24.

232 *Demirel*, zaak 12/86, par. 28. Zie voor een kritische bespreking van deze uitspraak in het licht van de ontvankelijkheidsbevoegdheid van het Hof Guild 2000, met name p. 68 e.v.

233 *Society for the Protection of Unborn Children v. Grogan*, zaak C-159/90 (1991), Jur. p. I-4685 (1991).

dragsdoelstelling anderzijds gezocht: de link tussen de activiteit van de studenten en de uitvoering van abortus in buitenlandse klinieken was in de optiek van het Hof niet voldoende overtuigend om een verbod op verspreiding van informatie te zien als beperking van het vrije verkeer van dienstverlening:

'The situation in which students associations distributing the information at issue in the main proceedings are not in co-operation with the clinics whose addresses they publish [...]. The information to which the national court's questions refer is not distributed on behalf of an economic operator established in another Member State'.²³⁴

De test is van belang, omdat het Hof hiermee enigszins een aannamebeleid ten aanzien van prejudiciële vragen kan voeren. Het Hof heeft met de eis van connexiteit tussen grondrecht en verdragsrecht een verschuifbare maatstaf tot zijn beschikking, waarmee het tot op bescheiden hoogte een selectief ontvankelijkheidsbeleid kan voeren. Bij prejudiciële vragen waarin grondrechtelijke aanspraken werden gedaan in EG-rechtelijk verband bleek het Hof meer dan eens behoefte te hebben aan een dergelijke ruimte. Uit de jurisprudentie zijn wel enige lijnen te trekken. In *Cinéthèque* was een kwestie aan de orde, die te maken had met beleidskeuzes op het terrein van een nationaal cultuurgood, de film. De discriminerende factor ontbrak, maar het feitencomplex leek in het licht van de gemeenschapsdoelstellingen geen ongerustheid bij het Hof teweeg te brengen. Daarentegen was in *ERT* een zaak aan de orde die direct gevolgen kon hebben voor de EG-beginselen en doelstellingen. Moreelpolitieke beleidskeuzes lagen bij deze individuele aanspraak niet zo voor de hand. Het Hof leek hier meer bereid connexiteit aan te nemen tussen aanspraak en verdragsrecht. In *Demirel* kon het Hof de vraag onbeantwoord laten, omdat het geen jurisdictie heeft ter zake van individuele aanspraken op associatieverdragen. Hier ontbrak de connexiteit op meer formele gronden.²³⁵

3.4.3 De uitspraak

De uitspraken zijn collegiaal en vertegenwoordigen de eindbeslissing van het gehele Hof. Dat houdt niet per se in, dat alle rechters die betrokken waren bij de besluitvorming, het eens waren met deze beslissing.²³⁶ Het uiten van een *dissenting* behoort

234 *Society for the Protection of Unborn Children t. Grogan*, zaak C-159/90, par. 25-26.

235 Het Hof neemt ten aanzien van de doorwerking en zijn jurisdictie ten opzichte van internationale verdragen niet altijd een formele benadering in acht. Hier kwam dat argument wellicht goed uit, omdat toelating van vreemdelingen ten tijde van *Demirel* nog een bijna nagenoeg nationaalrechtelijk beleids-terrein was, hoewel er al tekenen waren van samenwerking van Lid-Staten. Wellicht achtte het Hof het nog te vroeg, om zich uit te laten over dergelijke kwesties. Het Verdrag van Amsterdam geeft het Hof beperkte jurisdictie ten aanzien van immigratie- en asielzaken in prejudiciële procedures (Art. 68 EG-Verdrag).

236 Zie Art. 15 Statuut van het Hof van Justitie, dat aangeeft welke meerderheden noodzakelijk zijn in de Kamers van drie, vijf of negen rechters of in het voltallige Hof om tot een beslissing te komen: het Hof kan slechts in oneven getal op geldige wijze beslissen. De in voltallige zitting genomen beslissingen van het Hof zijn geldig, wanneer negen rechters tegenwoordig zijn. De beslissingen van de uit drie of vijf rechters bestaande kamers zijn geldig wanneer zij door drie rechters zijn genomen. De beslissingen van de uit zeven rechters bestaande kamers zijn geldig wanneer zij door vijf rechters zijn genomen. De eisen van meerderheden tonen aan, dat een gewone meerderheid niet voldoende is om een uitspraak geldig te verklaren.

niet tot de mogelijkheden; er wordt wel geopperd dat de wijze waarop de uitspraak is geformuleerd – helder of voor verschillende interpretaties vatbaar – samenhangt met het compromiskarakter dat de uitspraken van het Hof plegen te dragen.²³⁷ De uiteenlopende meningen dienen zoveel als mogelijk te worden gedekt door de beslissing, hetgeen kan resulteren in ambigüiteiten en vage formuleringen. Het EG-Verdrag heeft zelf voorzien in de gevolgen van onwettigheid van EG-wetgeving. Art. 231 voorziet dat indien een handeling van één der Instellingen onwettig wordt verklaard, nietigheid volgt. In het geval van onwettigheid van een verordening kan het Hof de consequenties van de nietigheid zelf bepalen. Art. 233 vult deze bepaling aan: de Instelling dient noodzakelijke maatregelen te treffen ter uitvoering van het besluit van het Hof. De ratio achter Art. 231 is dat nietigheid gevolgen kan hebben voor hen die rechten ontleen aan de onwettige regel, en dat het Hof enige ruimte is gegeven, deze gevolgen zoveel mogelijk te verzachten. Indien het Hof nietigheid van een regel naar aanleiding van een prejudiciële procedure vaststelt wijken de gevolgen in theorie af omdat het besluit van nietigheid gericht is aan de nationale rechter. In de praktijk heeft nietigheid in een prejudiciële procedure vergelijkbare effecten als bij de directe beroepen: nietigheid sorteert een erga omnes effect zodat alle nationale rechters de regel als nietig dienen aan te merken.²³⁸ Ook voorziet het Hof intussen in prejudiciële procedures in overgangsmaatregelen indien de nietigheid van een regel vergaande consequenties heeft.²³⁹

De rechters kunnen bij de uitspraak van het Hof geen afwijkende opinies uiten. De uitspraak wordt gepresenteerd als product van een overleg dat door alle rechters wordt gedragen. Het overleg wordt achter gesloten deuren gevoerd. In de literatuur zijn verschillende uiteenlopende redenen aangevoerd voor deze geslotenheid van de gelederen van het Hof. Schermers formuleert er een aantal.²⁴⁰ In de eerste plaats vormt het autoriteitsargument een ondersteuning voor de geslotenheid. Een tweede argument voor geslotenheid hing samen met het feit dat rechters voor zes jaren in het Hof worden benoemd.²⁴¹ Zij keren mogelijk na zes jaren terug in de nationale rechterlijke macht; persoonlijke opinies zouden in dit verband ongewenst kunnen zijn omdat een rechter repercussies zou kunnen ondervinden bij terugkeer in eigen land. Afwezigheid van *dissentings* dwingt de rechters tot het sluiten van compromissen, hetgeen als wenselijk werd aangemerkt; op deze manier zou er een vermenging kunnen optreden alsmede invloed kunnen uitgaan van alle betrokken nationale rechtsordes. Ten slotte zou het eenmaal uiten van een *dissenting* kunnen leiden tot een situatie, waarin een rechter zich moreel verplicht voelt, bij de eenmaal geuite mening te blijven.

verklaren.

237 Craig en De Búrca 1998, p. 86.

238 Craig en De Búrca 1998, p. 512; zie ook *International Chemical Corporation*, zaak 66/80 (1981), Jur. p. 1191 (1981).

239 *Société de Produits de Maïs*, zaak 112/83 (1985), Jur. p. 719 (1985), par. 16-18; *Barber*, zaak C-262/88 (1990), Jur. p. I-1889 (1990), par. 44-45.

240 Schermers en Waelbroeck 1992, p. 496 e.v.

241 Art. 223.

3.4.4 *Checks van de wetgever op de rechtsmacht van het Hof*

De jurisdictie van het Hof is in de eerste plaats geregeld in het EG-Verdrag. Het Hof heeft zijn mandaat in het algemeen extensief weten uit te leggen, en daarmee een ferme stempel weten te zetten op de integratie van de Europese rechtsorde in de nationale rechtsordes. De uitspraken van het Hof zijn lang niet altijd met enthousiasme ontvangen, maar serieuze pogingen, de rechtsmacht van het Hof in te dammen zijn er tot dusverre (nog) niet geweest.²⁴² Daarnaast zijn voor de rechtsmacht ook het Statuut van het Hof van Justitie en het reglement van procesvoering van belang.²⁴³ De raad kan unaniem de bepalingen van het Statuut of het reglement voor de procesvoering aanpassen. Het Statuut regelt de status van de rechters en de advocaten-generaal en legt enkele procedurevoorschriften vast, waaronder het geheim van de raadkamer.²⁴⁴ In beginsel zijn bepalingen met bijzonder institutioneel of politiek belang in het Statuut vastgelegd, en is het reglement een uitvoering van het Statuut. De toekomstige toetreding van een aantal staten dwingt tot heroverweging van het aantal rechters dat het Hof dient te hebben om zich van zijn taak te kunnen kwijten.²⁴⁵ De hoge werkdruk noopt tot het overwegen van nieuwe of andere procedures.²⁴⁶ Wijzigingen zijn in beginsel mogelijk, maar daarvoor is tot op heden unanieme instemming van de Raad vereist. Daarnaast valt in het debat over uitbreiding op, hoe 'ondenkbaar' het kennelijk is voor de Lid-Staten, geen rechter in het Hof te hebben.²⁴⁷ Een rotatiesysteem, waarbij de grote Lid-Staten permanent een rechter en de kleinere Lid-Staten een beperkte tijd een rechter in het Hof hebben, lijkt tot dusverre het meest aanvaardbaar. De verdragswetgever heeft gereageerd op de rechtspraak van het Hof; in het Verdrag van Amsterdam is een aantal aanpassingen ingevoerd, die de jurisprudentiële ontwikkelingen codificeren. De verdragswetgever, de Lid-Staten gezamenlijk, heeft voornamelijk positief gereageerd op de rechtsontwikkeling van het Hof. Hiertoe behoren de erkenning van grondrechten als rechtsbeginselen binnen de EG-rechtsorde zoals gecodificeerd in Art. 6 lid 2 EU-

242 De Britse regering had bij de voorbereidingen voor het Verdrag van Amsterdam een voorstel gelanceerd, dat het mogelijk zou moeten maken dat uitspraken van het Hof in een hoger beroepsprocedure herzien zouden kunnen worden.

243 Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de EG en het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de EG.

244 Art. 32 Statuut.

245 Ook andere oorzaken zijn van belang voor de veranderende rol van het Hof: de naar omvang en inhoud toenemende wetgevende activiteiten van de Instellingen en de verbeterde kennis van het gemeenschapsrecht bij juristen en burgers in de Lid-Staten leidt tot een voortdurende groei van het aantal zaken.

246 Wegens grote toevloed van zaken aan het eind van de jaren tachtig werd het Gerecht van Eerste Aanleg opgericht, waarvan de bevoegdheden in de loop der jaren steeds verder zijn uitgebreid. De oprichting van het Gerecht heeft echter de kwantitatieve problemen niet afdoende kunnen oplossen; het aantal nieuwe zaken is gestegen van 130 in 1975, 279 in 1980 naar 385 in 1988 in het jaar van oprichting van het Gerecht. In 1999 zijn 927 nieuwe zaken ingediend, waar van 543 bij het Hof en 384 bij het gerecht, waardoor het aantal aanhangige zaken per 1 januari 2000 is gestegen tot 1628. De procesduur van een prejudiciële procedure is gestegen van iets meer dan zes maanden in 1975 naar bijna achttien maanden in 1988 en 21 maanden in 1999 (Rodríguez Iglesias 2000).

247 Afkeuring ter zake van voorstellen in de richting van de uitbreiding van het aantal rechters, zie Koopmans 1991, p. 24.

Verdrag, en bijvoorbeeld de erkenning in het EG-Verdrag van de standing van het Europees Parlement.

Anderzijds zijn er tendensen waar te nemen, waar de verdragswetgever juist terughoudend is geweest met het toekennen van jurisdictie aan het Hof. In dit verband valt te denken aan de rechtsmacht op het terrein van visa, asiel en immigratie zoals ingevoerd met het Verdrag van Amsterdam.²⁴⁸ De Lid-Staten wilden kennelijk nog niet zover gaan: zij stelden hier beperkingen aan het voorleggen van prejudiciële vragen.²⁴⁹ Ter zake van het Statuut heeft het Hof de Lid-Staten verzocht de huidige vereiste unanimiteit binnen de Raad voor de wijziging van het Statuut te veranderen in een gekwalificeerde meerderheid.²⁵⁰ Dit zou het Hof, met het oog op de toename van de werklust en de diversificatie van haar taak, in staat stellen met meer souplesse te kunnen reageren op de veranderende omstandigheden.²⁵¹

3.4.5 *Rechterlijke taakopvatting van het Hof*

De rechterlijke taakopvatting jegens de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever (zowel de Lid-Staten als verdragswetgever alsook de Instellingen als gewone wetgever) manifesteert zich in uiteenlopende maximes, maar niet is gebleken dat het argument van rechterlijke terughoudendheid een betrouwbare maatstaf is om vast te stellen of er daadwerkelijk een terughoudendheid jegens de wetgever in acht wordt genomen.²⁵² Verwijzingen naar de rechterlijke taakopvatting zijn ook te vinden in de rechtspraak van het Hof. Een eerste begrenzing tussen de werkzaamheden van wetgever en rechter wordt door het Hof getrokken wanneer rechtstoepassing over gaat in besluitvorming ter zake van doelmatigheid en politieke opportuniteit.²⁵³ Het beleids-terrein van landbouw kent normen die kunnen worden getypeerd als beleidsnormen; het Hof is in beginsel dan ook geneigd, de wetgever in dit verband veel ruimte te laten en marginaal te toetsen. Het EG-Verdrag kent het Hof tegelijkertijd een aantal belangrijke bevoegdheden toe, waarbij interpretatieruimte bestaat ter zake van de reikwijdte van die bevoegdheden. De bevoegdheid, handelingen van de Instellingen nietig te verklaren, is door het EG-Verdrag toegekend, en niet, zoals in de Verenigde Staten, in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen.²⁵⁴

248 Niet ondenkbaar is dat op deze terreinen in de toekomst kwesties kunnen rijzen die het met name het recht op familieleven kunnen raken.

249 Art. 68 EG-Verdrag.

250 Bijdrage van het Hof en het Gerecht aan de Intergouvernementele Conferentie 2000 en Rodríguez Iglesias 2000.

251 Ook werd voorgesteld, aan het Gerecht van eerste Aanleg de bevoegdheid zou worden toegekend, te antwoorden op prejudiciële vragen. De verdragswetgever heeft het verzoek waarin het Hof zelf zijn reglement vaststelt, verworpen, evenals het voorstel van wijziging van unanimiteit naar gekwalificeerde meerderheid voor de vaststelling van het Statuut of het reglement voor procesvoering.

252 Ukrow 1994, p. 159.

253 *Timex t. Raad*, zaak 264/82.

254 Dubinsky 1994, p. 342.

Met de ruime taakopvatting is het Hof in staat gebleken, op veel terreinen een bijdrage te leveren aan een dynamische integratiededachte die in de preambule van het EG-Verdrag verscholen ligt:

‘Vastberaden, de grondslagen te leggen voor een steeds hechter verbond tussen de Europese volkeren’.²⁵⁵

Deze aanknopng bij het verdrag is verklaarbaar vanuit de gedachte dat het Hof op deze wijze wilde laten zien, trouw te zijn aan hetgeen de ‘founding fathers’ voor ogen stond met het EG-Verdrag: er gaat een voortschrijdende ontwikkeling van het verdrag uit. Deze dynamiek legitimeert, tezamen met de open formuleringen van de jurisdictie van het Hof, een actieve opstelling van de rechter, zo lijkt de jurisprudentie weer te geven. Deze benadering van het Hof wordt door een zekere retoriek gekenmerkt en is doorgaans zeer effectief gebleken.

In termen van ‘rechterlijk dynamisch beleid’ heeft het Hof een belangwekkende bijdrage in de ontwikkeling van het EG-recht geleverd, ook in tijden waarin de Lid-Staten minder ‘integratiegezind’ bleken. Interpretatiemethoden hebben het Hof op gezette momenten een instrument verschaft om verschillende benaderingen van uitleg van het EG-recht te creëren. Of in dit verband van rechterlijk activisme moet worden gesproken is niet eenduidig: het verdrag biedt zelf een aantal open formuleringen die multi-interpretabel zijn. Gesteld wordt wel dat het Hof activistisch was met de verklaring, dat de Europese rechtsorde een ‘sui generis’ karakter heeft, dat een andere toepassing en afdwnging van naleving vraagt dan in klassiek internationaal recht tot op dat moment gangbaar was. Het Hof hield in zijn legitimatie van deze stelling vast aan hetgeen verdragspartijen zelf waren overeengekomen, hetgeen de aanvaardbaarheid van de redenering diende te vergroten. Ook ’s Hof’s introductie van de suprematie en directe werking van EG-recht getuigen tot op zekere hoogte van activisme: met de invoering van deze mechanismen voegde het Hof zelfstandig een aantal elementen aan de structuur van het verdrag toe, die door de Lid-Staten in de oprichtingsverdragen niet zo expliciet waren neergelegd.²⁵⁶ Het Hof heeft in de ontwikkeling van die noties laten doorschemeren, de Lid-Staten te houden aan de door henzelf gecreëerde verplichtingen. Het Hof heeft in dit verband een systematische interpretatie toegepast, en de voornoemde normen afgeleid uit het systeem van EG-rechtsnormen.

Het Hof is net als de rechters in de andere stelsels gebonden aan het incidentele karakter van klachten en kan niet zelf een beleid instigeren. Dat behoeft echter niet in de weg te staan aan rechtsontwikkeling in Luxemburg. In principe spreekt het Hof zich uit over

255 Rasmussen ziet in deze formulering een ‘leitmotiv’ of een teleologisch uitgangspunt, dat voor een deel de actieve houding bij de ontwikkeling en integratie van het EG-Verdrag in de nationale rechtsorde verklaart (Rasmussen 1988, p. 30). Hij ziet een parallel met de Amerikaanse rechtspraak, die in de beginjaren een zelfde benadering te zien gaf. Het Amerikaanse Hof nam bij de federale geschillenbeslechting de ‘more perfect union’ als ‘leitmotiv’.

256 *Van Gend en Loos*, zaak 26/62 (1963), Jur. p. 1 (1963) en *Costa t. ENEL*, zaak 6/64 (1964), Jur. p. 585 (1964) Beide zaken kunnen voor wat betreft contouren en vestiging van de rechtsorde worden vergeleken met het Amerikaanse *Marbury t. Madison*.

het voorliggende geschil, maar in sommige uitspraken zijn constituerende beginselen door het Hof gepositieerd die het concrete karakter van het voorliggende geschil verre overstijgen.²⁵⁷ Een belangwekkende begrenzing van de rechterlijke taakopvatting is eveneens te vinden in het feit dat het EG-Verdrag een economische achtergrond heeft. Rechtsontwikkeling op het terrein van de grondrechten ligt dan enkel voor de hand voor zover deze rechten als een 'spill over' van het economische beleid kunnen worden aangemerkt.

3.5 De werkwijze van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens

3.5.1 *Rechtsmacht van het Hof*

Sinds de inwerkingtreding van het Elfde Protocol kent de raad van Europa enkel een permanent Hof dat individuele klachten beoordeelt op schendingen van het EVRM.²⁵⁸ Voorheen kende het EVRM een semi-permanent Hof en een Commissie, maar de stijgende werkdruk als gevolg van het gestaag aantal groeiende klachten leek een wijziging van samenstelling en verdeling van de werkzaamheden te rechtvaardigen.²⁵⁹ De rechtsmacht van het huidige Hof is omschreven in Art. 32 EVRM en kent het Hof in beginsel een ruim mandaat toe:

'De rechtsmacht van het Hof strekt zich uit tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en de toepassing van het Verdrag en de Protocollen die daarbij aan het Hof worden voorgelegd zoals bepaald in de artikelen 33, 34 en 47'.

De kerntaken van het Hof bestaan uit het geven van beslissingen over de ontvankelijkheid van ingediende individuele of interstatelijke verzoekschriften, het tot stand brengen van minnelijke schikkingen, het vaststellen van gegrondheid van klachten en, bij vaststelling van een schending, het toekennen van een genoegdoening.²⁶⁰ Het Hof breidde zijn competentie in *De Wilde, Ooms en Versyp* uit naar een terrein dat voorheen exclusief aan de Commissie leek toebedeeld, namelijk de beoordeling van preliminaire verweren.²⁶¹ Het aantal zaken, waarin het vroegere Hof de eerdere beslissing van de Commissie herzag is echter beperkt gebleven.²⁶² Art. 32 kent de ontvankelijkheidsverklaring als bevoegdheid aan het Hof toe.

257 *Van Gend en Loos*, zaak 26/62 en *Costa t. E.N.E.L.*, zaak 6/64.

258 Voorheen werden werkzaamheden tussen Hof en Commissie verdeeld. Gezien de relatief recente inwerkingtreding van het Elfde Protocol zal, waar relevant, eveneens de oude situatie aan de orde komen.

259 Hier kan slechts een indruk worden gegeven van de toename van de werkdruk van het Hof: in de jaren 1955-1982 ontving de Commissie in totaal 10.210 klachten over schending van het EVRM; in het jaar 2000 ontving het Hof al 10.486 klachten over schending (zie www.echr.coe.int). In het jaar 2000 verklaarde het Hof 6.796 klachten niet-ontvankelijk en beoordeelde het 695 klachten. Het Hof stelde 421 keer een schending van een verdragsverplichting vast; 20 keer stelde het geen schending vast; 243 werd een minnelijke schikking getroffen (ter zake van de overige elf klachten deed het Hof geen onderzoek naar de merites van de zaak of kende het billijke genoegdoening toe).

260 Artt. 28-29, 38-39 en 41 EVRM.

261 *De Wilde, Ooms en Versyp t. België*, EHRM 18 juni 1971, Serie A vol. 12, par. 47 e.v.). Zie Van der Velde 1997, p. 43 e.v. en Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 208 e.v.

262 Het Hof heeft zijn bevoegdheid ex Art. 32 ruim geïnterpreteerd; ook vragen ter zake van de ontvanke-

Het Hof heeft evenveel rechters als het aantal verdragspartijen; momenteel zijn er 41 rechters bij het Hof. Het Hof kent vier secties, elk bestaande uit tien rechters. Uit elke sectie wordt een kamer van zeven rechters gevormd. De President van de sectie en de rechter die is gekozen voor de betrokken staat waartegen het verzoekschrift is ingediend hebben altijd zitting in de Kamer; de anderen worden volgens een roulatiesysteem aangewezen door de President. Naast de Kamers kent het Hof een Grote Kamer, waarin zeventien rechters zitting hebben. De rechters worden benoemd voor een periode van zes jaar en zijn herkiesbaar. Niet alleen individuen kunnen een klacht ter beoordeling aan het Hof voorleggen, ook staten kunnen een klacht indienen over elke vermeende niet-nakoming van het verdrag door een andere staat. Bij het Hof zijn geen statenklachten aangebracht ter zake van het recht op persoonlijkheid; nadere beschouwing van deze bevoegdheid blijft achterwege.²⁶³ Hetzelfde geldt voor de adviesbevoegdheid van het Hof; daar is tot op heden nog geen gebruik van gemaakt.²⁶⁴

3.5.2 *Ontvankelijkheidscriteria*

De wijze waarop kwesties met betrekking tot interpretatie en toepassing van de in Titel I opgesomde rechten waaronder het recht op persoonlijkheid kunnen worden voorgelegd is in Artt. 33, 34 en 47 omschreven. Voorwaarden voor ontvankelijkheid zijn geregeld in Art. 35. Onder het oude toezichtstelsel werd de ontvankelijkheidsjurisprudentie vooral gecreëerd door de Commissie. Sinds de inwerkingtreding van het Elfde Protocol beoordelen de Kamers de ontvankelijkheid van verzoekschriften²⁶⁵, maar het Hof acht zich eveneens bevoegd om onder bepaalde voorwaarden een oordeel uit te spreken over ontvankelijkheid. Het wordt aannemelijk geacht, dat het Hof na het Elfde Protocol de door de Commissie uitgezette lijnen blijft volgen.²⁶⁶ Niet-ontvankelijkheidsbeslissingen dienen te worden gemotiveerd. Van alle ontvankelijkheidscriteria die het EVRM opsomt, is een aantal van belang voor de mate waarin het Hof enige speelruimte heeft ter zake van de aanname van zaken. Hiertoe behoren de voorwaarden dat het verzoek niet in wezen gelijk mag zijn aan een zaak die al eerder door het Hof is onderzocht en geen nieuwe feiten bevat, de eisen van *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* of *ratione temporis* en dat het verzoekschrift kennelijk ongegrond is.²⁶⁷ Een beperkte beoordelingsruimte lijkt zich te bevinden in de eis dat het verzoekschrift binnen zes maanden nadat de definitieve nationale beslissing genomen is.²⁶⁸ Het begrip

lijkheid kunnen aldus door het Hof worden beoordeeld. Zaken die in het verleden door de Commissie niet-ontvankelijk werden verklaard, bleven echter wel buiten bereik van de jurisdictie van het Hof. De huidige formulering luidt, dat het Hof verzoekschriften niet-ontvankelijk verklaart.

263 Huussen en Van der Velde 1999, p. 19; Van der Velde 1997.

264 Art. 1 lid 1, Tweede Protocol. De adviesbevoegdheid is zeer restrictief geformuleerd; er lijkt nauwelijks gebruik gemaakt te kunnen worden van deze bevoegdheid (Van de Velde 1997, p. 87 e.v. en Van Dijk en van Hoof 1998, p. 264 e.v.).

265 Art. 29 lid jo. Art. 28 EVRM; voorafgaand aan het oordeel van de Kamer zal eerst een comité de klacht beoordelen. Pas wanneer het verzoekschrift wordt onderzocht door een Kamer bestaat de mogelijkheid dat het ontvankelijk wordt verklaard.

266 Huussen en Van der Velde 1999, p. 5 (deel 1.2).

267 Klein 2000, p. 705 e.v.

268 Zie Huussen en Van der Velde 1999, p. 13 (deel 1.2) voor de algemene vereisten ter zake van de eis van

‘uitputting van nationale rechtsmiddelen’ is een autonoom verdragconcept, dat in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen.

De Commissie en het Hof hebben een omvangrijke jurisprudentie gecreëerd ter zake van het slachtoffervereiste, dat is gekoppeld aan de bevoegdheid *ratione personae*. De Commissie heeft dit begrip enigszins ruim uitgelegd, maar ook grenzen gesteld aan personen die klachten kunnen indienen. Van belang in dit verband is, dat de Commissie steeds geweigerd heeft om volledig abstracte klachten over wetgeving of handelingen te beoordelen, die via bijvoorbeeld de *actio popularis* werden aangebracht. Het Hof voert in beginsel geen abstracte toetsing uit over nationale wetten of handelingen, maar een potentieel handelen of nalaten kan echter wel tot gevolg hebben dat een klager direct wordt getroffen.²⁶⁹ In het algemeen wordt dit type klachten met grote terughoudendheid in behandeling genomen. De wet of handeling dient een irreparabel karakter te hebben, als zij eenmaal wordt toegepast. Een voortdurende inbreuk op een verdragsrecht door het bestaan van een wet die echter niet (meer) wordt toegepast dient door de klager te worden aangetoond.²⁷⁰ De ontvankelijkheidsverklaring heeft in dergelijke zaken tot gevolg, dat er naderhand een zekere ‘verkapte’ abstracte toetsing kan plaatsvinden.²⁷¹ Daarmee is echter nog niets gezegd over de later toe te passen intensiteit van de verdragstoetsing van nationale wetgeving.

3.5.3 De uitspraak

Het Hof kan uitspraken doen in drie samenstellingen: in comité's van drie rechters, in Kamers van zeven rechters of in een Grote Kamer van zeventien rechters.²⁷² Uitspraken worden met redenen omkleed en toegezonden aan het Comité van Ministers.²⁷³ Het Comité kan, indien het dat noodzakelijk acht, een staat uitnodigen om informatie te verschaffen omtrent genomen maatregelen ter uitvoering van de einduitspraak. De uitspraak van een Kamer geldt als einduitspraak indien geen mogelijkheid meer bestaat dat de zaak wordt verwezen naar de Grote Kamer. Uitspraken van de Grote Kamer

uitputting van nationale rechtsmiddelen; de vraag wanneer hieraan is voldaan verschilt niet alleen van land tot land maar is ook afhankelijk van de omstandigheden in het individuele geval. Zij namen eveneens waar dat de interpretaties niet altijd consistent en duidelijk zijn afgebakend. Hier lijkt het Hof (en de vroegere Commissie) aldus behoefte aan ruimte te hebben.

269 *Klass t. Duitsland*, EHRM 6 september 1978, Serie A vol. 28, par. 33.

270 In *Soering t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 7 juli 1989, Serie A vol. 161, par. 90) overwoog het Hof dat de uitlevering zou kunnen leiden tot tenuitvoerlegging van een door het EVRM niet te tolereren verdragsschending. In *Norris t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 26 oktober 1988, Serie A vol. 142, par. 31 en 32) diende de klager aantonen dat hij het risico liep, direct te worden getroffen door een strafrechtelijk verbod op homoseksualiteit (zie voor invulling van dit vereiste ook *Klass t. Duitsland*, EHRM 6 september 1978, Serie A vol. 28, par. 33 en *Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, Serie A vol. 31, par. 27); daarnaast moest hij aannemelijk maken dat het enkele bestaan van deze wet een voortdurende inbreuk opleverde van zijn recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM.

271 Schokkenbroek 1996, p. 93. In *Klass t. Duitsland* bleek bijvoorbeeld dat de klager nooit zelf was afgeluisterd na de aanpassing van het recht op vrije en geheime communicatie in Art. 10 Grundgesetz (par. 13).

272 Art. 27 EVRM.

273 Art. 46 lid 2 EVRM.

gelden als einduitspraken. De einduitspraak is enkel bindend voor de verdragsstaat die partij is bij het geschil; formeel zijn de beslissingen van het Hof niet bindend voor de andere staten. De praktijk is evenwel een andere; de uitspraken van het Hof genieten een groot gezag bij de verdragsstaten.²⁷⁴ Indien een verdragsschending wordt geconstateerd kan het zijn, dat niet-betrokken staten zich genoopt zien de eigen wetgeving aan te passen, omdat zij bijvoorbeeld voorzien dat de er vanuit het eigen land eveneens klachten zouden kunnen worden ingediend.²⁷⁵ Er is formeel echter geen erga omnes effect van de uitspraken. Art. 46 lid 1 verplicht de staten zich te houden aan de einduitspraak van het Hof in de zaken waarbij zij partij zijn. Uitspraken hebben geen erga omnes effect voor wat betreft onderdelen in de uitspraak die boven het concrete geschil uitstijgen. Het Hof heeft hierover zelf geen expliciete uitspraak gedaan.²⁷⁶ Voor de Nederlandse rechtsorde hebben de uitspraken een sterke maar geen dwingend bindende werking.²⁷⁷ In dit opzicht kan worden gesteld, dat de Nederlandse rechter een incorporatiegedachte hanteert en voor zover mogelijk rekening houdt met de uitspraken van het Hof waarbij Nederland zelf geen partij is.

De uitspraak van het Hof waarin een verdragsschending wordt vastgesteld, brengt geen nietigheid van de wettelijke bepaling of uitvoeringsmaatregel met zich mee.²⁷⁸ Het EVRM schrijft niet voor op welke wijze de staten effectieve tenuitvoerlegging van de uitspraak dienen te verzekeren; het Hof acht zich in beginsel niet bevoegd de staat te verplichten, de wet te wijzigen. In een enkel geval laat het Hof doorschemeren, welke instantie zich met de reparatie van de schending moet bezighouden, maar dat is eerder uitzondering dan regel.²⁷⁹ Het Hof heeft een voorkeur voor een snel herstel van verdragsschendingen, ook al stelt het EVRM geen termijnen voor reparatie.²⁸⁰ In dit ver-

274 Huussen en Van der Velde 1999, p. 3 (deel 1.2); Van der Velde 1997, p. 74 e.v. Het EVRM heeft eveneens gezag bij het Hof van Justitie van de EG, dat het EVRM sinds tot uitgangspunt heeft verheven voor de invulling van fundamentele rechten als rechtsbeginselen van Gemeenschapsrecht, zie par. 2.5.3.

275 Het Hof publiceert een lijst op internet waarin wordt aangegeven, welke maatregelen de staten hebben getroffen, om de verdragsschending ongedaan te maken, zie www.echr.coe.int in de lijst 'effects of recent judgements'. De lijst is samengesteld uit resoluties die zijn aangenomen door het Comité van ministers van de Raad van Europa, die een controlerende functie hebben ter zake van de naleving van de uitspraken van het Hof.

276 Zie bijvoorbeeld *Pellegrin t. Frankrijk*, EHRM 8 december 1999, EHRC 2000/13, waarin het Hof stelde dat zijn rechtspraak tot onzekerheid had geleid ten aanzien van de omvang van de verplichtingen die voortvloeien uit Art. 6 lid 1 EVRM, alsmede *Ierland t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 januari 1978, Serie A vol. 25: 'The Court's judgements in fact serve not only to decide those cases brought before the Court, but more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagement undertaken by them as Contracting Parties [...]'.²⁷⁷

277 Schokkenbroek 2000, p. 6; deze stelt dat niet precies duidelijk is welke de reikwijdte van doorwerking van Straatsburgse uitspraken is. Zie ook Alkema 1995, p. 80 e.v. en Schokkenbroek 1996, p. 296.

278 Van der Velde 1997, p. 63 en Frowein en Peukert 1996, p. 725; zie bijvoorbeeld *Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, Serie A vol. 31 par. 58.

279 *X en Y t. Nederland*, EHRM 26 maart 1985, Serie A vol. 91, par. 27.

280 Zie bijvoorbeeld *Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, Serie A vol. 31, naar aanleiding waarvan eerst in 1987 maatregelen in werking traden die een einde moesten maken aan het met Art. 8 strijdige onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen (Resolutie DH (88) 3, 4 maart 1988). Voorafgaand aan deze maatregelen constateerde het Hof nog een gelijksoortige schending van Art. 8 in *Vermeire t. Bel-*

band is een bevoegdheid voor het Comité van ministers gecreëerd, dat toezicht dient te houden op de naleving van de uitspraken door de staten. Het Comité komt in de praktijk vaak niet toe aan een integrale beoordeling van de informatie met betrekking tot de door de staten getroffen maatregelen; de beoordeling is in het algemeen marginaal.²⁸¹ Waar het Comité zich vroeger tevredenstelde met voorgenomen maatregelen, moeten de staten nu aantonen dat de uitvoering van maatregelen daadwerkelijk zal plaatsvinden.²⁸²

In dit verband is van belang, of de betrokken staat ter zake van internationaal recht een monistische of een dualistische benadering hanteert: de nationale rechter in een monistisch rechtssysteem kan, wanneer dat aangewezen is, nationale wetgeving onderwerpen aan een verdragstoetsing met een direct beroep op verdragsverplichtingen. In een dualistisch systeem ligt dat anders; daar dienen verdragsverplichtingen eerst in het nationale recht te zijn omgezet voordat de nationale rechter daaraan een rechtsgrondslag voor een beoordeling kan ontlelen.²⁸³ Eerder kan de nationale rechter geen beroep doen op verdragsbepalingen.²⁸⁴ Beide systemen kennen schakeringen.²⁸⁵ Een monistische benadering wordt in de regel als 'verdragsvriendelijker' aangemerkt dan een dualistische benadering.²⁸⁶ Regel 74 van het Reglement van het Hof stipuleert uitdrukkelijk dat het aantal stemmen, dat wordt geteld voor de uitspraak dient te worden vermeld. Ook is het mogelijk, dat rechters een *dissenting* of *concurring* weergeven. Hiervan wordt regelmatig gebruik gemaakt.

3.5.4 Checks van de verdragswetgever op de rechtsmacht van het Hof

Met de 'wetgever' wordt in dit verband bedoeld op de verdragsstaten, die partij zijn bij de Raad van Europa en het EVRM. Zij kunnen het EVRM amenderen met verdragswijzigingen. Die hebben tot op heden niet plaatsgevonden; althans niet in de sfeer van

gie, EHRM 29 november 1991, Serie A vol. 214-C.

281 Van der Velde 1997, p. 135.

282 Van der Velde 1997, p. 137.

283 Zie hierover uitgebreid Schokkenbroek 1996, hoofdstuk 6.

284 In het Verenigd Koninkrijk is in april 2000 de Human Rights Act in werking getreden, die het EVRM directe werking verleent in het nationale recht. Eerder konden rechters zich niet enkel op een verdragsbepaling beroepen, al waren enkele Britse rechters wel bereid aan het EVRM toepassing te verlenen. Zij hanteerden hiertoe een teleologische interpretatie: de Britse wetgever had bij de ondertekening van het EVRM de intentie dat het recht in overeenstemming zou zijn met het EVRM, zie Warbrick 1994, p. 34 e.v. In Duitsland heeft het EVRM de status van federale wet, en staat in hiërarchie onder het Grundgesetz (Hesse 1990, p. 117).

285 Van Dijk en Van Hoof 1998, p. 16 e.v.

286 Of dat terecht is valt te betwisten. De Nederlandse rechter heeft een zekere discretie bij het vaststellen van de eenieder verbindendheid van verdragsbepalingen. Dat kan soms leiden tot merkwaardige situaties, waarin één en dezelfde verdragsbepaling op de ene individuele aanspraak niet kan worden toegepast, terwijl de bepaling op een ander feitencomelex wel van toepassing is (zie bijvoorbeeld HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230). De Nederlandse rechter laat eenieder verbindendheid tot op grote hoogte afhangen van de gevolgen die de toepasselijkheid heeft: eenieder verbindendheid wordt bijvoorbeeld ontzegd wanneer toepassing tot gevolg heeft dat de rechter keuzes moet maken ten aanzien van de nadere invulling van het recht – en daarmee een wetgevende taak op zich neemt (Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven 2001, p. 338).

inperking van de bevoegdheden van het Hof. Om de werkdruk te verlichten is in 1998 het Elfde Protocol in werking getreden. Dit Protocol diende bij te dragen aan een efficiëntere rechtsgang. Het lijkt er echter op, dat het aantal klachten in de laatste vijf jaar dermate exponentieel is toegenomen, dat de wijzigingen van het Elfde Protocol niet meer het verwachte effect met zich meebrengen. In het Elfde Protocol is de jurisprudentiële wijziging ter zake van de rechtsmacht van het Hof zoals neergelegd in *De Wilde, Ooms en Versyp* opgenomen; dit lag voor de hand omdat de Commissie, die voorheen bevoegd was op het vlak van ontvankelijkheidsbeslissingen, is afgeschaft. Voor het Comité van ministers is als 'wetgever' geen afzonderlijke rol weggelegd. Het Hof stelt zelf zijn Reglement vast; voor wijzigingen is een meerderheid van stemmen van de leden van het Hof vereist.

3.5.5 Rechterlijke taakopvatting van het Hof

Het Hof heeft zoals reeds gesteld in de ontvankelijkheidssfeer een beperkt aantal maatstaven tot zijn beschikking, om een restrictief beleid of juist een extensief beleid te voeren. Het lijkt erop, dat het Hof niet zozeer een ontvankelijkheidsbeleid heeft gevoerd, of dat een 'political question' in de ontvankelijkheidsfase is afgewezen.²⁸⁷ Dat is deels verklaarbaar vanuit de gedachte, dat het Hof niet zozeer opereert in een spanningsveld met een wetgever, die direct zijn bevoegdheidsterrein bedreigd ziet. Er is geen directe bedreiging van de afbakening van bevoegdheden, zoals in een staat waarin wetgever en rechter directer op elkaar zijn aangewezen. Dat verklaart tot op grote hoogte waarom een 'political question doctrine' in de rechtspraak van het Hof niet ontwikkeld is. Voor de rechterlijke taakopvatting is het van belang na te gaan, welke maatstaven het Hof in de toetsingsfase – wanneer beoordelingsbevoegdheid eenmaal is aanvaard – tot ontwikkeling zijn gekomen. Van belang in dit opzicht is allereerst dat het Hof een aantal keren expliciet heeft gesteld, van een vermoeden ten faveure van de individuele rechtsbescherming uit te gaan.²⁸⁸ De mogelijkheid om abstract te toetsen kent het Hof formeel niet, maar er is een aantal uitspraken aan te wijzen waarin het Hof abstracte rechterlijke toetsing dicht benaderde.²⁸⁹ Het Hof typeert zijn rol ten opzichte van de nationale autoriteiten als subsidiair: het Hof heeft aanvaard dat de nationale wetgever tot op zekere hoogte een discretie toekomt met betrekking tot de verdragsbepalingen. Het heeft daarnaast regelmatig gesteld, dat de nationale autoriteiten in een

287 Zo ook Alkema 2000, p. 45. Hij wijst erop dat het Hof met betrekking tot de rechterlijke taakopvatting waar het de constitutionele verhoudingen betreft de 'margin of appreciation' hanteert.

288 Zie voor deze benadering met het oog op Art. 8 EVRM bijvoorbeeld *Klass e.a. t. Duitsland*, EHRM 6 september 1978, par. 42.

289 Het slachtoffervereiste werd bijvoorbeeld ruim geïnterpreteerd. In sommige zaken was geen sprake van concrete schendingen in de klacht, maar werd geklaagd over een potentiële schending van het EVRM vanwege het bestaan van een wet, ook al werd die niet toegepast (zie *Norris t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 26 oktober 1988, Serie A vol. 142, par. 30 e.v.). In *Klass t. Duitsland* onderzocht het Hof het bestaan van wetgeving, die wel tot doel had te worden toegepast, al was het in het voorliggende geschil niet op voorhand duidelijk dat toepassing had plaatsgevonden (*Klass t. Duitsland*, EHRM 6 september 1978, Serie A vol. 28). Het Hof waagt zich in beginsel niet aan mogelijke toekomstige verdragschendingen, maar een uitzondering wordt gemaakt voor uitleveringszaken (zie *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 1989, par. 90; voorbeeld ontleend aan Schokkenbroek 2000, p. 8-9).

betere positie verkeren om in te schatten of een schending heeft plaatsgevonden. In dat verband neemt het Hof soms een terughoudende taakopvatting aan wanneer het moet beslissen of een verdragsbepaling geschonden is; hiertoe heeft het de doctrine van de 'margin of appreciation' ontwikkeld.²⁹⁰

Ten aanzien van Art. 8 EVRM is deze doctrine ook toegepast; zij raakt de kern van de constitutionele verhouding tussen Hof en nationale wetgever.²⁹¹ Er zijn drie beoordelingssituaties waarin het Hof de 'margin' ter hand neemt.²⁹² Allereerst speelt deze een rol wanneer er sprake is van situaties waarin de EVRM-bepaling een belangenafweging of een evenredigheidstoets tot gevolg heeft.²⁹³ In de tweede plaats wordt de 'margin' regelmatig ingezet bij de beoordeling van de toepasselijkheid en de consequenties van vage normen in het verdrag. Hiertoe behoort ook het voor het recht op persoonlijkheid relevante begrip 'respect' voor privé-leven. Ten slotte hanteert het Hof de 'margin' wanneer beoordeeld moet worden in hoeverre de nationale autoriteiten nalatig zijn geweest bij het nakomen van een positieve verplichting die kan voortvloeien uit het EVRM. Schokkenbroek benadrukt dat de situaties niet altijd te onderscheiden zijn; met name ter zake van Art. 8 laat de rechtspraak zien dat er een margin bestaat vanwege de vage term 'respect' voor het privé-leven met daaraan gekoppeld een positieve verplichting. Met de 'margin of appreciation' heeft het Hof een instrument tot zijn beschikking, om de toetsingsintensiteit te laten variëren: wordt een ruime margin toegekend, dan volgt in principe een marginale toets, terwijl een enge margin juist een intensievere toetsing van de nationale regelgeving tot gevolg heeft. Er kan voor de rechtspraak van het Hof echter niet worden gesteld, dat een marginale toetsing steeds een in stand laten van de nationale wetgeving tot gevolg heeft, zoals dat wel in de Amerikaanse rechtspraak terug te vinden is.

Een aantal factoren draagt verder bij aan de mate waarin intensief of juist marginaal wordt getoetst.²⁹⁴ Schokkenbroek onderscheidt vier categorieën. Het Hof onderzoekt regelmatig of er een Europese consensus bestaat in de rechtspraktijk van de verdragspartijen ter zake van juridische benaderingen en oplossingen van geschillen.²⁹⁵ Wanneer een nationale wetgever zich, afgaande op het bestaan van een consensus in de Raad van Europa over een bepaald onderwerp, in een uitzonderingspositie bevindt, zal het Hof in beginsel een strengere toets hanteren. De consensusbenadering is geen vast gegeven; waar het Hof in het verleden aan een staat een margin liet vanwege afwezigheid van consensus kan enkele jaren later – na ontwikkeling van een meer gemeenschappelijke opvatting – eventueel wel streng getoetst worden.²⁹⁶

290 Het Hof hanteerde dit begrip voor het eerst expliciet in *Handyside t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 december 1976, Serie A vol 24. Zie Mahoney 1990, p. 78-84, Schokkenbroek 1996 en Schokkenbroek 2000, p. 18 e.v., waaraan de navolgende beschrijving grotendeels wordt ontleend.

291 Schokkenbroek 2000, p. 29.

292 Schokkenbroek 2000, p. 20 e.v.

293 Dit geldt voor Art. 8 lid 2 EVRM: er dient een noodzakelijkheidstoetsing plaats te vinden.

294 Schokkenbroek 2000, p. 23 e.v.

295 Zie Heringa 1999 voor een uitgebreide uiteenzetting over het 'consensus principle'.

296 Zie bijvoorbeeld de zaken *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 1990, *Cossey t. Verenigd Koninkrijk* en

Er bestaat wel kritiek op de diepgang van het onderzoek naar het bestaan van de consensus.²⁹⁷ Vaste maatstaven bestaan hiervoor niet in de rechtspraak. In dit verband zou een systeem als dat van bijvoorbeeld Advocaten-Generaal van grote waarde kunnen zijn. De opinies van de Advocaat-generaal bij de rechtspraak van het Luxemburgse Hof laten bijvoorbeeld met enige regelmaat zien aan de hand van welke maatstaven rechtsvergelijkend onderzoek is uitgevoerd.²⁹⁸ Het omslagpunt naar het ontstaan van een consensus wordt in de Straatsburgse rechtspraak niet zichtbaar gemaakt aan de hand van traceerbare maatstaven. Heringa karakteriseert het aanhaken bij het bestaan van een consensus ondanks deze mankementen als een wenselijke ontwikkeling: staten worden gehouden aan hun eigen bijdragen aan de internationale rechtsorde en aan hun eigen nationale rechtsonwikkelingen. Dit maakt het in principe 'lastiger' om het Hof te beschuldigen van een activistische taakopvatting: het Hof houdt de verdragspartijen aan de eigen rechtsonwikkeling.²⁹⁹ Zolang het Hof echter niet inzichtelijk maakt op welke nationale en internationale ontwikkelingen het zich baseert lijkt met het consensusbeginsel geen sprake te zijn van een rationeel controleerbaar argument.³⁰⁰

De omvang van de 'margin' wordt, behalve door een consensus, ook regelmatig bepaald door de aard van het doel dat met de nationale wet werd nagestreefd en de beleidscontext waarin die wet tot stand werd gebracht.³⁰¹ Indien de individuele aanspraak in strijd is met een recht van anderen, dat in wetgeving zijn uitdrukking heeft gevonden, hangt de 'margin' af van de vraag of dat andere recht één van de rechten is die het EVRM beoogt te beschermen. In het geval van wetten die te maken hebben met sociaal-economisch beleid laat het Hof veelal een ruimere beoordeling aan de staat.³⁰² Een derde factor die van invloed is op de omvang van de 'margin' wordt gevormd door de aard van de activiteiten van de klager en van de belangen die het recht waarop de individuele aanspraak rust, beoogt te beschermen. De 'margin' zal in beginsel enger

B. t. Frankrijk; hierin signaleerde het Hof een groeiende consensus ten aanzien van de positie van transseksuelen maar liet het aan de staat een ruime 'margin'. In *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 25 juli 2002, EHRC 2002/74) heeft het Hof echter recentelijk vastgesteld dat er voldoende consensus bestond voor tot het vastleggen van eenduidige maatstaven voor alle verdragspartijen, en bleek het niet langer bereid om een ruime margin of appreciation te hanteren..

²⁹⁷ Zie de *dissenting* van Martens bij *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*; zie Heringa 1999, p. 23.

²⁹⁸ Zie bijvoorbeeld *Opinie van A-G Mischo bij Hoechst t. Commissie* (*Opinie bij gevoegde zaken Hoechst, Dow Benelux, Dow Iberica, Alcuia en Empresa Nacional del Petroleo t. Commissie*) van 21 februari 1989). Over de juiste benadering kan men van mening verschillen; de grondslag voor de consensus wordt in elk geval zichtbaar gemaakt. Die zichtbaarheid ontbreekt bij het Straatsburgse Hof in het algemeen.

²⁹⁹ Heringa 1999, p. 33.

³⁰⁰ De argumentatie met de consensus als grond voor een veranderende rechtsopvatting lijkt bij de leden van de Raad van Europa relatief stilzwijgend te worden aanvaard. In de rechtspraak van het Hoogerechtshof van de Verenigde Staten hebben enkele rechters zich echter zeer kritisch uitgelaten over het hanteren van de consensus als maatstaf voor een dynamisch-evolutieve interpretatie (Zie *Atkins t. Virginia* (nr. 00-8452, 20 juni 2002; zie de *dissentings* van rechters Scalia, Thomas en Rehnquist).

³⁰¹ Schokkenbroek 2000, p. 24.

³⁰² *Powell en Rayner t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 februari 1990, Serie A vol. 172, par. 44 (ter zake van economisch beleid); zie ook *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 januari 2001, EHRC 2001/19, par. 119 (ter zake van huisvestingsbeleid).

zijn indien de activiteiten waarvan klager bescherming wenst zich bevinden in de kern van het recht, indien de omstandigheden waarin de klager verkeert de uitoefening van het recht belangrijk maken, of wanneer de activiteit wordt beschouwd als een essentieel aspect van de persoonlijke ontplooiing.³⁰³ Ter zake van het recht op persoonlijkheid is van belang dat wanneer de individuele aanspraak wordt erkend als een ‘*most intimate aspect of private life*’ het Hof eerder geneigd is om een intensieve toetsing van de wetgeving te laten volgen. In dit opzicht lijkt het Hof uit te gaan van het bestaan van een kernsfeer en een meer perifere sfeer van privé-leven. Wetgeving die een inbreuk maakt op het intieme aspect van privé-leven (bijvoorbeeld seksuele voorkeur) kan bijvoorbeeld eerder rekenen op een intensieve toetsing dan inbreuken die zich eerder bevinden in een meer openbare sfeer.³⁰⁴ Een factor van belang kan verder gelegen zijn in het bestaan van noodsituaties waarin met spoed risicobeoordelingen moeten worden verricht. Het Hof heeft met de ‘margin’ een verschuifbare maatstaf tot zijn beschikking, waarmee het op grond van de voornoemde aspecten de constitutionele verhouding tussen EHRM en staat als het ware inschat.

3.6. De werkwijze van de Hoge Raad

3.6.1 *Rechtsmacht van de Hoge Raad*

In dit onderzoek wordt uit de Nederlandse rechtsorde enkel de jurisprudentie van de Hoge Raad belicht die aanknopingspunten geeft voor rechtsontwikkeling op het terrein van het recht op persoonlijkheid. Vraag is nu in hoeverre de Hoge Raad kan worden aangemerkt als hoogste rechterlijke instantie die in zijn rechtspraak heeft gewerkt aan rechtsontwikkeling op voornoemd terrein; de Nederlandse rechtsorde kent ten slotte ook bestuursrechtspraak en een strafrechtelijke component in de Hoge Raad. De jurisprudentie van de Raad van State heeft tot dusverre nog niet geleid tot rechtsvinding op het vlak van het recht op persoonlijkheid. Er zijn geen uitspraken aangetroffen waarvan kan worden gezegd dat zij hebben geleid tot een verdere ontwikkeling van Art. 10 Grondwet, Art. 8 EVRM of concretisering van het van algemene persoonlijkheidsrecht. Ook zijn er geen nieuwe noties van het recht op persoonlijkheid in diens rechtspraak gevonden. Recentelijk heeft de CRvB een extensieve interpretatie van Art. 8 EVRM gegeven, die verder lijkt te strekken dan het EHRM tot op heden bereid was aan te nemen.³⁰⁵

De grondwet behandelt ‘de rechtspraak’ in Hoofdstuk 6.³⁰⁶ De Hoge Raad is belast met de cassatie van rechterlijke uitspraken wegens schending van de wet en van het recht,

303 *X en Y t. Nederland*, EHRM 1985, par. 24.

304 Zie respectievelijk *Smith en Grady t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1999, 1999-VI en *Leander t. Zweden*, EHRM 26 maart 1987, Serie A vol. 116, par. 59.

305 CRvB 29 januari 2002, nr. 01/51SZFW; zie ook par. 9.2.5.

306 Art. 112 Grondwet draagt berechting van geschillen over burgerlijke rechten en plichten op aan de rechterlijke macht, waartoe ook de Hoge Raad behoort. Op basis van Art. 116 Grondwet wijst de wet de gerechten aan die behoren tot de rechterlijke macht, terwijl Art. 117 Grondwet de benoeming van de

zo luidt het mandaat aan de Hoge Raad.³⁰⁷ De Hoge Raad is bij de uitoefening gebonden aan het geldende recht. Dat lijkt te duiden op een interpretatiebegrenzing, al is niet direct evident welke grenzen er met 'het geldend recht' worden getrokken. In de grondwet, de Wet rechterlijke organisatie en het EHRM is een aantal begrenzingsen ter zake van de constitutionele verhouding tussen Hoge Raad en wetgever vastgelegd, die soms in tegengestelde richting lijken te wijzen. De rechter en dus ook de Hoge Raad mag allereerst geen recht weigeren onder verwijzing naar onduidelijkheid van de wet.³⁰⁸ Doel van cassatie is bevordering van de rechtseenheid en rechtszekerheid, alsmede het leveren van een bijdrage aan de rechtsontwikkeling.³⁰⁹ Met het leveren van een bijdrage aan rechtsontwikkeling wordt een bijdrage aan rechtsvorming door sommige auteurs gelijkgesteld.³¹⁰ De taak die de rechter is toebedeeld lijkt de rechter tot rechtsontwikkeling te dwingen wanneer daartoe noodzaak bestaat.³¹¹ Art. 94 grondwet draagt aan de rechter op wettelijke bepalingen die in strijd zijn met eenieder verbindende verdragsbepalingen buiten toepassing te laten. De niet-toepassing betreft zowel formele als materiële wetgeving. De wet stelt daarnaast expliciet dat vernietiging van een uitspraak dient te volgen indien schending met het recht heeft plaatsgevonden.³¹² Deze aspecten lijken in beginsel te duiden op een mandaat dat omvangrijk is; daarmee is nog niets gezegd over de wijze waarop de Hoge Raad het invult in het licht van de constitutionele verhouding tussen hem en de wetgever.

Er is echter een belangwekkende beperking in de rechterlijke taakuitoefening in de grondwet neergelegd: het is de rechter verboden, grondwettelijke toetsing te verrichten van wetgeving afkomstig van regering en Staten-Generaal.³¹³ Daarnaast geldt in beginsel een verbod van intensieve toetsing van de innerlijke waarde of billijkheid van de gewraakte wet, alsmede de regel dat de rechter geen regels mag vaststellen die boven het concrete geval uitstijgen.³¹⁴ Vraag is nu, op welke wijze de Hoge Raad invulling

leden van de Hoge Raad regelt.

307 Art. 118 lid 2 Grondwet. Zie ook Hirsch Ballin 1988, p. 211-240 voor een beschouwing van de staatsrechtelijke positie van de cassatierechter.

308 Art. 13 Wet algemene bepalingen (hierna: Wet ab). Uit Art. 6 EVRM zou eveneens een recht op een rechterlijke uitspraak kunnen worden afgeleid; het EHRM heeft in zijn rechtspraak het recht op toegang tot een rechter ex Art. 6 lid 1 EVRM verder uitgewerkt en gesteld dat er ook inhoudelijke eisen worden gesteld aan die toegang. De toegang moet concreet en effectief zijn, en niet illusoir en theoretisch (zie bijvoorbeeld *Garcia Manibardo t. Spanje*, EHRM 15 februari 2000, EHRC 2000/30). Zie ook Koopmans 1992, p. 52-53.

309 Art. 101a Ro.

310 Martens 2000, p. 748.

311 Waar het accent voor 1988 – de invoering van Art. 101a Ro – lag op het casseren van de uitspraken van lagere rechters die zich niet aan de wet wilden conformeren staat nu de vorming van recht in de uitspraken van de Hoge Raad centraler; 'de sloper is in de bouw gegaan' (zie Barendrecht 1998, p. 16).

312 Art. 99 Ro.

313 Art. 120 Grondwet luidt: 'De rechter treedt niet in de beoordeling van grondwettigheid van wetten en verdragen'.

314 Artt. 11 en 12 Wet ab. Art. 11 Wet ab: 'De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen'. Art. 12 Wet ab luidt: 'Geen rechter mag bij wege van algemeene verordening, dispositie of reglement, uitspraak doen in zaken welke aan zijne beslissing onderworpen zijn'.

heeft gegeven aan het mandaat dat hem is opgedragen, de beperkingen – waarvan het toetsingsverbod naar mijn mening tot de belangrijkste behoort – in ogenschouw nemend. Over de consequentie van deze constitutionele figuur voor de verhouding tussen rechter en formele wetgever wordt verschillend gedacht. Vranken meent, dat het toetsingsverbod weliswaar een uiterst belangrijke en diep ingrijpende regel is, maar dat het qua omvang een betrekkelijk beperkte uitzondering vormt op de algemeen geldende hiërarchie van rechtsregels. Hij wenst de uitzondering niet te verheffen tot een fenomeen met vergaande invloed op de positiebepaling van de rechter in het constitutionele bestel als geheel.³¹⁵

Tegenover Vrankens mening bevindt zich die waarin het toetsingsverbod juist wel wordt gezien als een factor van belang in de constitutionele verhouding:

'By conscious or subconscious influence, the presence of this restraining power, aloof in the background, but none the less always in reserve, tends to stabilise and rationalise the legislative judgement [...] to hold the standard aloft and visible for those who must run the race and keep the faith'.³¹⁶

In dit verband wordt wel gesteld dat de rechter bij een harde demarcatielijn als Art. 120 Grondwet geen ruimte zal zien de grenzen van zijn mandaat op te zoeken wanneer hij apert het noodzakelijk acht om handelingen van de wetgever op grondwettigheid te toetsen. Het bestaan van de mogelijkheid tot toetsing houdt een extra controlemechanisme in.³¹⁷ Vraag is of een vaststelling van ongrondwettigheid zonder consequenties dan toch kan leiden tot het afgeven van een signaal aan de wetgever. De Hoge Raad stelde in *Harmonisatiewet* arrest in een obiter dat de gewraakte wet eigenlijk niet door de beugel kon, maar kon er gezien het toetsingsverbod geen gevolg aan geven. Het obiter kon de wetgever niet zijn ontgaan; de uitspraak van de Hoge Raad leidde later mede tot gedeeltelijke bijstelling van de wet.³¹⁸ Het correctiemechanisme op gebrekkige wetgeving wordt vanuit de gedachte van democratische legitimatie in beginsel geacht te werken langs de weg van de verkiezingen. In individuele gevallen kan toetsing

315 Asser-Vranken 1995, p. 49.

316 Cardozo 1921, p. 93, alsmede Heringa 1990, p. 67.

317 Niet is daarmee gezegd, dat de rechter dat mechanisme bij iedere gelegenheid ter hand zal nemen, maar dat het bestaan ervan de wetgever bij voorbaat kan dwingen kritisch naar de wetgeving te kijken. In Duitsland hebben commentatoren ook wel gesteld dat het bestaan van constitutionele toetsing juist heeft geleid tot een 'terughoudendheid' bij de wetgever, omdat er soms vanuit wordt gegaan dat de rechter hoogstwaarschijnlijk zijn corrigerende functie zal uitoefenen; zie Prakke 1992, p. 25.

318 In de Human Rights Act van het Verenigd Koninkrijk is de bevoegdheid voor enkele rechters weggelegd, om een 'declaration of incompatibility' uit te spreken, wanneer zij van mening zijn dat een wet in strijd is met het EVRM (zie Art. 4 Human Rights Act). Hier lijkt de uitspraak van de Hoge Raad, zij het noodgedwongen, een gelijkaardig effect te hebben gehad: de rechter constateerde in *Harmonisatiewet* een flagrante schending met een ongeschreven rechtsbeginsel, zonder daaraan effect te kunnen verlenen. Het *Harmonisatiewet*-arrest blies de discussie over het toetsingsverbod in rechtsgelerde kring en in de nationale politiek nieuw leven in. Ook de regering bleek het signaal van de Hoge Raad op te pakken. In februari 1991 kwam de regering met een voorlopig standpunt in de Nota inzake rechterlijke toetsing dat zij voor advies voorlegde aan de Raad van State, de Hoge Raad en diens procureur-generaal. De vraag die in deze nota centraal stond, was niet langer of er een vorm van constitutionele toetsing moest worden ingevoerd maar op welke wijze deze gestalte zou moeten krijgen.

van gebrekkige wetgeving echter op effectievere wijze leiden tot grondwettige individuele rechtsbedeling.³¹⁹

Vaststelling van ongrondwettigheid met daaraan gekoppeld een onverbindendheid van de wet leidt echter niet altijd tot een handelen door de wetgever – in sommige gevallen blijft die lang treuzelen met het tot stand brengen van nieuwe regelgeving, terwijl de rechter met een beroep op een terughoudende taakopvatting niet gekomen is met een alternatieve oplossing.³²⁰

3.6.2 *Ontvankelijkheidscriteria*

Bij cassatie in het belang der wet wordt toegang tot de hoogste rechterlijke instantie verkregen, zonder dat partijen daarop invloed kunnen uitoefenen. De toegang tot de Hoge Raad wordt bij cassatie in het belang der wet geheel bepaald door de procureur-generaal. Hij selecteert zaken die hiervoor in aanmerking komen. De Hoge Raad heeft geen ruimte om een ontvankelijkheidsbeleid te voeren in deze; ter zake van cassatie in het belang van het recht geldt in beginsel hetzelfde. De Hoge Raad kan zaken, die echter geen stof opleveren voor beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling vereenvoudigd afdoen.³²¹ Een afwijzing van ontvankelijkheid dient te worden gemotiveerd.³²² Cassatie in het belang van het recht kan in beginsel niet gaan over beoordeling van de feiten, maar de Hoge Raad heeft soms wel geoordeeld over feiten in zogenoemde gemengde beslissingen.³²³ Of een vraag feiten of het recht behelst blijft ten slotte een interpretatievraag die de Hoge Raad moet beantwoorden. In dit verband lijkt aldus een kleine beoordelingsmarge te bestaan. Met de bestaande regels ter zake van cassatieklachten wordt het strijdperk tot op grote hoogte verkleind. Ten aanzien van de feiten kunnen partijen geen gebreken uit de vorige instanties herstellen; evenmin mogen nieuwe feiten worden aangevoerd. De Hoge Raad mag evenmin iets bijdragen aan de verbetering van de feitelijke grondslag van het geschil. Hij moet uitgaan van hetgeen is terug te vinden in de bestreden uitspraak en in de gedingstukken.³²⁴ Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden is slechts in heel bescheiden mate mogelijk; de eis zelf kan echter niet worden gewijzigd.³²⁵

319 In dergelijke gevallen wordt dan gesproken van buiten toepassing laten van de wet in formele zin in het individuele geval. De grens tussen 'buiten toepassing laten' in het individuele geval en buitenwerkingstelling van een wet in het algemeen is echter vloeiend: vanuit de gedachte van gelijke behandeling kan buiten toepassing laten in het individuele geval al gauw leiden tot een algehele onverbindendverklaring van de wet. Vanuit die optiek zal de rechter relatief terughoudend omgaan met het instrument van buitentoeppassing laten van een wet in formele zin in het individuele geval.

320 Zie bijvoorbeeld HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230 waarin de HR stelde dat voor hem geen rechtsvormende taak was weggelegd.

321 Art. 101a Ro.

322 Art. 101a Ro.

323 Asser-Vranken 1995, p. 36.

324 Art. 419 leden 2 en 3 Rv.

325 Vranken 1995, p. 35. Art. 48 Rv. ziet op de mogelijkheid van aanvulling van rechtsgronden, maar in het licht van de lijdelijkheid van de civiele rechter is de rol van de Hoge Raad als aanvuller van rechtsgronden zeer beperkt.

3.6.3 De uitspraak

Indien de Hoge Raad vaststelt dat een schending van grondrechten heeft plaatsgevonden, staan uiteenlopende dicta tot zijn beschikking. Art. 99 Ro verplicht hem tot vernietiging van lagere rechterlijke uitspraken, maar stelt niets omtrent ongrondwettig geachte wetgeving. Welke opties in het gegeven geval van toepassing zijn is afhankelijk van een aantal factoren. De achterliggende gedachte om af te zien van vernietiging van de gewraakte wet lijkt direct te zijn verbonden met de taakopvatting van de rechter in het licht van de constitutionele verhouding tussen hem de wetgever. Terughoudendheid bij onverbindendverklaring van wetgeving past de Nederlandse rechter om verschillende redenen. Het wegvallen van de geldigheid van een wet kan onder omstandigheden een situatie in het leven roepen die schadelijk is voor het rechtsverkeer.³²⁶ In sommige gevallen heeft de rechter wel voorzien in overgangsrecht, maar dat is tot dusverre zelden het geval geweest.³²⁷ Allereerst hangt de bereidheid om tot onverbindendverklaring van de wet over te gaan af van de aard van de regel of handeling die wordt bestreden. Wordt geklaagd over een grondrechtelijke schending vanwege een wet in formele of materiële zin, dan geldt Art. 94 Grondwet: schending van een eenieder verbindend verdragsrecht behoort in principe te leiden tot niet-toepassing van de wet.³²⁸ In het geval van een schending van een grondrecht door een wet in materiële zin staat ook toetsing aan de grondwet of rechtsbeginselen open.³²⁹ Indien in een onrechtmatige daadsactie ex 6:162 BW wordt geklaagd over een schending van grondrechten, heeft de rechter een gevarieerd pakket van maatstaven tot zijn beschikking, afhankelijk van de aard van de schending.³³⁰

Indien nu schending door een formeelwettelijke bepaling van een eenieder verbindende verdragsbepaling wordt geconstateerd, blijkt het allerminst vanzelfsprekend dat de rechter daar in zijn uitspraak consequenties ex Art. 94 Grondwet aan verbindt. In dit verband heeft de Hoge Raad het in de wet vastgelegde instrumentarium van uitspraakmogelijkheden verfijnd, zodat het mogelijk werd tussen de verplichting ex Art. 94 Grondwet enerzijds en het toetsingsverbod ex Art. 120 Grondwet signaleerde spanningsveld te laveren.³³¹ Hij kan vaststellen, dat het recht niet geschonden is omdat er geen sprake is van een eenieder verbindende bepaling.³³² Ook bestaat de mogelijkheid, dat hij een schending constateert en dat de klacht gegrond is, maar dat hij de keuze ten aanzien van de vraag hoe de schending moet worden weggenomen overlaat aan de

326 Koopmans 1992, p. 63.

327 Stolker 1993, p. 54.

328 Met name op het terrein van het personen- en familierecht heeft de rechter op basis van Art. 8 EVRM formele wetgeving in concrete gevallen buiten werking gesteld. In *wettig/onwettig* (HR 18 januari 1980, NJ 1980/463) werd een formeelwettelijke bepaling in concreto getoetst aan het EVRM, en buiten toepassing gelaten. Zie bijvoorbeeld ook *gezamenlijke ouderlijke macht* (HR 4 mei 1984, NJ 1985/510) en *gezamenlijke ouderlijke macht voor ongehuwden* (HR 21 maart 1986, NJ 1986/585).

329 Zie bijvoorbeeld *Landbouwvlieders*, HR 16 juni 1986, NJ 1987/251.

330 Zie bijvoorbeeld par. 9.2.1 en 9.2.7.

331 Stolker geeft een fraai overzicht weer van de door de Hoge Raad ontwikkelde strategieën (Stolker 1993, p. 60 e.v.); deze indeling wordt hier gevolgd.

332 HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230.

wetgever.³³³ Toewijzing zou in strijd kunnen komen met het stelsel van de wet of met een duidelijke regel in de wet.³³⁴ Het kan voorkomen dat toewijzing van onverbindendverklaring de rechter dwingt tot het nader vormgeven – die nadere vormgeving zou in strijd komen met zijn rechterlijke taakopvatting. De rechter moet dan kiezen uit een aantal uiteenlopende oplossingen, en die oplossingen vergen ieder weer een nadere uitwerking, een taak die de rechter in het algemeen aan de wetgever overlaat. Ook kan de rechter de mening zijn toegedaan dat er onvoldoende consensus bestaat.³³⁵ Aanwezigheid van belangrijke waardeconflicten die zijn ontstaan als gevolg van het ter discussie stellen van deze waarden kan de rechter doen beslissen, zijn taak eng uit te leggen. Het formuleren van algemene regels, die de ene fundamentele waarde boven de andere stellen, wordt door de rechter uitgesteld: hierover dient de wetgever zich uit te laten.³³⁶ Men kan zich afvragen in hoeverre het terecht is dat de rechter zich in dit verband terughoudend opstelt, en aan de hand van welke maatstaven een consensus geformuleerd wordt.³³⁷ De rechter heeft in een aantal gevallen echter wel over waardeconflicten geoordeeld; de kwestie ter zake van het recht op hulp bij zelfdoding en kwesties binnen het personen- en familierecht illustreren juist dat de rechter wel een taak voor zichzelf weggelegd zag.

In enkele gevallen kan toewijzing van onverbindendverklaring leiden tot doorkruising van wetgeving die in ontwikkeling is, en leiden tot rechterlijke terughoudendheid. Vraag is hier in hoeverre een kwalificatie van rechterlijke terughoudendheid terecht is, of omgekeerd in hoeverre de kwalificatie van activisme in de gevallen waarin de rechter zich over waardeconflicten uitsprak waarin de wetgever niet tot handelen kwam. In de Amerikaanse situatie werd een rechter die zelfstandig uitspraakvarianties bedenkt sceptisch gezien: hij sleutelt aan het door de wetgever opgestelde systeem van rechterlijke uitspraken. Omgekeerd kan vanuit het perspectief ex Art. 6 EVRM dat niet alleen formele maar eveneens materiële eisen stelt aan de rechterlijke uitspraak worden geredeneerd dat de rechter zich niet activistisch opstelt indien hij een taak oppikt die de wetgever heeft 'laten liggen'.

Ook zijn overgangsrechtelijke aspecten niet vanzelfsprekend te herleiden tot terughoudendheid. In een recente uitspraak heeft de Hoge Raad nog eens uiteengezet welke zijn visie is op het in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen leerstuk.³³⁸ Uitgangspunt was, dat de Hoge Raad een grondrecht geschonden achtte, maar dat het niet vanzelfsprekend bleek dat de rechter daar consequenties aan verbond. Of er concrete rechtsbescherming moest worden geboden door de rechter, onderzocht de Hoge Raad aan de hand van drie vragen. In de eerste plaats vroeg de Raad zich af, of buiten toepassing laten van de regeling de belanghebbende zou baten. Indien dat het geval was,

333 *Naamrecht*, HR 23 september 1989, NJ 1989/740, en HR 12 mei 1999, NJ 2000/170.

334 Zie bijvoorbeeld *Quint/Te Poel*, HR 30 januari 1959, NJ 1959/548.

335 Van Gerven 1981, p. 20 e.v.

336 Van Gerven 1981, p. 23.

337 Stolker 1993, p. 70.

338 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170, met name overwegingen 3.14 e.v. (voorbeeld ontleend aan Martens 2000, p. 750).

beoordeelde hij in de tweede plaats of hij zelf zou voorzien in het rechtstekort, of dat hij het zou overlaten aan de wetgever. De Hoge Raad hanteert bij het maken van de keuze het volgende uitgangspunt:

‘Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve rechtsbescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past’.³³⁹

Vervolgens hangt af van de keuzemogelijkheden hoe de rechter zal oordelen. Indien voldoende duidelijk is – te beoordelen aan de hand van het stelsel van de wet en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis – hoe het rechtstekort kan worden weggepoetst, kan de rechter zelf daarin voorzien. Als dat echter niet duidelijk is – er moet bijvoorbeeld een keuze worden gemaakt uit een aantal mogelijkheden waaraan rechtspolitieke keuzes kleven, dan dient de rechter die voorlopig over te laten aan de wetgever. Aan de voorlopigheid kan echter een einde komen, indien de wetgever op de hoogte is van de strijdigheid van de regel met een grondrecht, en aldus in gebreke blijft.³⁴⁰ In beginsel een terughoudende taakopvatting, wanneer het gaat om formele wetten.

Indien de uitspraak van de Hoge Raad vernietiging van de bestreden uitspraak tot gevolg heeft, doet hij het geding in beginsel zelf af.³⁴¹ Indien daarentegen nog moet worden beslist over feiten waaromtrent nog geen uitspraak is gedaan, verwijst de Raad het geding. Art. 422 Rv erkent de mogelijkheid dat de Hoge Raad naar bevind van omstandigheden een oordeel kan geven over punten waaromtrent nog geen uitspraak is gedaan. Deze bepaling dient echter te worden gelezen in samenhang met de grondwettelijke grenzen.

3.6.4 *Checks van de wetgever op de rechtsmacht van de Hoge Raad*

De rechters in de Hoge Raad worden voor het leven benoemd³⁴² bij koninklijk besluit.³⁴³ Tot dusverre heeft de interpretatie van de grondwet door de rechter tegen de achtergrond van de constitutionele verhoudingen geen aanleiding gegeven voor een verandering van het systeem van benoemingen. In dat verband rijst de vraag, of en in hoeverre verkiezingen of een beperktere aanstellingsduur het probleem van de legitimiteit uit de wereld helpen.³⁴⁴ De Hoge Raad doet regelmatig uitspraken die spanning teweeg kunnen brengen in de constitutionele verhouding – zelden worden die uitspraken teruggevoerd op een eventuele onevenwichtige samenstelling van de Hoge Raad.³⁴⁵

339 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170, overweging 3.14.

340 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170, overweging 3.15.

341 Art. 420 Rv.

342 Barendrecht spreekt in dit verband van een soort coöptatie (Barendrecht 1992, p. 125).

343 Art. 117 Grondwet.

344 Zie hierover De Werd 1994, p. 297 e.v. en Bovend'Eert 2000.

345 Barendrecht 1992, p. 125.

Tot dusverre is er geen aanleiding gezien, het systeem te veranderen naar een systeem waarin de samenstelling van het beslissend orgaan een afspiegeling vormt van de parlementaire verhoudingen.³⁴⁶ Dat zou wellicht eerder opgeld doen wanneer de Hoge Raad toetsingsrecht zou verkrijgen³⁴⁷, al lijken de opvattingen ook hier terughoudend: een rechter die politieke legitimatie draagt zou wel eens politiek ter verantwoording kunnen worden geroepen, en men erkent wat explicieter dat het rechtsprekend orgaan een functie toekomt in het politieke proces.³⁴⁸ Vraag is dan of die functie nu volledig kan worden ontkend. De aan deze visie ten grondslag liggende afwijzing van betrokkenheid in het politieke proces heeft ongetwijfeld ook zijn weerslag op de wijze waarop de rechter zijn taakopvatting percipieert, al kunnen hier geen harde maatstaven voor worden vastgesteld. De Amerikaanse of de Duitse rechter, die zich bewust zijn van een zekere 'politieke functie' kennen eveneens rechterlijke terughoudendheid met verwijzing naar de democratische legitimatie van rechterlijke beslissingen. In die stelsels aanvaardt de rechter echter in meer opzichten dat zijn rol een bijdrage levert in de constitutionele verhoudingen. Ook kent de Hoge Raad geen afwijkende en *concurrings* en *dissentings* in zijn uitspraken. Hij doet uitspraken in collegiale setting; er wordt gestreefd naar beslissingen die – naar buiten toe althans – door alle rechters worden gedragen.

De laatste omvangrijke wijziging van de grondwet heeft in 1983 plaatsgevonden. Tot op heden zijn er geen wijzigingen ingevoerd, die een eventuele onwenselijke lijn van jurisprudentie ter zake van het recht op persoonlijkheid moesten corrigeren. Herziening van de grondwet in de Nederlandse situatie is een tijdrovende en omvangrijke operatie. Niet alleen de zittende volksvertegenwoordiging, maar ook de volksvertegenwoordigers die daarna worden verkozen, dienen zich te kunnen vinden in de wijziging.³⁴⁹ Een wijziging wordt met tweederden van het aantal uitgebrachte stemmen aangenomen.³⁵⁰

3.6.5 Rechterlijke taakopvatting van de Hoge Raad

In het *Harmonisatiewet arrest* heeft de Hoge Raad de bevoegdheid ter zake van toetsing van formele wetgeving onwettelijk doch expliciet afgewezen met een beroep op het toetsingsverbod ex Art. 120 Grondwet.³⁵¹ De wetgever heeft de rechter in dit verband uitdrukkelijk verboden formele wetten te toetsen, en aan willen geven dat het staatsrechtelijke primaat bij de wetgever ligt. Sinds de jaren '80 staat de betekenis van deze constitutioneelrechtelijke figuur ter discussie, maar vooralsnog heeft de Hoge Raad geen uitspraken gedaan waarin het toetsingsverbod expliciet terzijde is geschoven.³⁵²

346 Bovend'Eert vraagt zich af of de visie terecht is dat de wijze van samenstelling en benoeming van de Hoge Raad niet in conflict komen met vragen van machtscheiding en democratische legitimatie.

347 De Werd 1994, p. 295.

348 Barendrecht 1992, p. 126.

349 Art. 137 lid 2 Grondwet.

350 Art. 137 lid 4 Grondwet.

351 *Harmonisatiewet arrest*, HR 14 april 1989, NJ 1989, 469.

352 Het is onmogelijk een volledig overzicht te geven over dit debat; zie voor discussie over dit verbod en waardevolle verwijzingen onder meer Advies Hoge Raad inzake toetsingsrecht 1992, Burkens, Kumeling, Vermeulen en Widdershoven 2001, p. 180-192; Heringa 1990; p. 67 e.v., Hoge Raad der Ne-

Het verbod wordt tot op grote hoogte gerelativeerd door de mogelijkheid, formele wetten te toetsen aan internationale verdragen.³⁵³ Vraag in dit verband is waarom de wetgever tot op heden nog niet is overgegaan tot afschaffing ervan: de facto kennen wij al een toetsingsrecht.³⁵⁴ Het toetsingsverbod, dat in de Nederlandse situatie aldus sterk samenhangt met een uitgesproken primaat van de (formele) wetgever, is vanwege een aantal belangrijke ontwikkelingen onderhevig aan erosie. Ontwikkelingen in de samenleving nopen in toenemende mate tot meer 'juridische' oplossingen, waarin de wetgever niet altijd een tijdig en deugdelijk voorziet. De snel veranderende technische ontwikkelingen, of het toenemend aantal taken dat door de staat wordt opgevat, maken het bijvoorbeeld lastig om te adequaat te anticiperen op de vraag om juridische oplossingen. In gevallen waarin de maatschappelijke discussie nog niet is uitgewoed, of het voorstellingsvermogen van de regelgever tekortschiet rest de wetgever dan de mogelijkheid vage normen te stellen die door andere organen dienen te worden ingevuld, of een discretionaire bevoegdheid toe te kennen aan een orgaan dat ook in lastig situaties voor het individuele geval een oplossing weet te vinden. In sommige gevallen is dat orgaan de rechtsprekende macht: de rechter wordt met concrete problemen geconfronteerd en heeft niet de mogelijkheid oplossingen voor zich uit te schuiven of te wachten tot over het probleem meer duidelijkheid bestaat: hij mag geen recht weigeren. Via de rechtsprekende macht is het internationaal recht, waarop vaker een beroep wordt gedaan, een sterker invloed op het Nederlandse recht gaan uitoefenen.³⁵⁵ Vanuit die optiek is de betekenis van Art. 94 Grondwet in de rechtspraak toegenomen.

De achterliggende gedachte bij de rechterlijke taakopvatting van de Hoge Raad is tot op zekere hoogte terug te voeren op het primaat van de wetgever, maar het toetsingsverbod blaast een flinke toon mee.³⁵⁶ Het primaat van de wetgever is eveneens in de andere stelsels aanvaard, maar het sluit een rechtsvormende taak in de vorm van een mogelijke rechterlijke toetsing van wetgeving in formele zin niet uit: rechterlijke controle over wetgeving van de hoogste orde is er expliciet aanvaard en verklaarbaar vanuit de gedachte, dat wetgever en rechter beide aan 'the rule of law' gebonden zijn. Het argument van het primaat van de wetgever is aldus niet bevredigend als verklaring voor

derlanden, Toelichting op de jaarcijfers 1995 en 1996, p. 13 e.v.; Van Houten 1997; Martens 2000, p. 750 e.v.; Wiarda 1999, p. 56 e.v.; Haak 2002; Prakke 1992, Koopmans 1992 en Barendrecht 1992; het Rapport van de Commissie Franken over Grondrechten in het digitale tijdperk, Handelingen TK 27460, nr. 1, p. 40 e.v. en recentelijk de nota van de regering over constitutionele toetsing van formele wetten, TK 2001-2002, 28355 nr. 2, p. 1 e.v.

353 Sommige auteurs spreken in dit verband van een 'de facto toetsingsrecht', zie bijvoorbeeld Heringa 1990, p. 67-68.

354 Hirsch Ballin liet zich – naar mijn mening terecht – kritisch uit over het waarom van het toetsingsverbod enerzijds en de erkenning van mogelijkheid tot toetsing aan internationale normen anderzijds: 'Misplaatste gevoelens van superioriteit (ten opzichte van andere verdragsstaten bij het EVRM, H.L.J.) zouden nog eens kunnen worden versterkt door de mening dat het politiek proces te onzent zo goed en harmonieus functioneert dat een rechterlijke toetsing – en zeker een toetsing door internationale rechters – overbodig is. De rechtspraak op basis van het EVRM wordt dan gezien als teken van onwenselijke 'juridisering' die het 'primaat van de politiek' doorkruist' (Hirsch Ballin 2000, p. 622). In dezelfde zin Schuyt 1988, p. 331 e.v.

355 Wiarda (Koopmans) 1999, p. 71, Martens 2000, p. 749 e.v.

356 Martens 2000, p. 751.

de positiebepaling door de Hoge Raad. Martens vestigt in dit verband de aandacht op de traditionele plaatsbepaling van de rechterlijke macht in het Nederlandse staatsbestel, waarvan het in 1848 ingevoerde toetsingsverbod als een duidelijke demarcatielijn deel uitmaakt.³⁵⁷ 'De traditionele plaatsbepaling' refereert volgens Martens aan de spanningsverhouding tussen de politiek die weigert het toetsingsverbod ter discussie te stellen en de rechter die de 'goede verhoudingen in de trias' graag wil handhaven.³⁵⁸ In de andere stelsels lijkt de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever – waar het rechterlijke toetsing van wetgeving in formele zin betreft – meer open en over te worden gelaten aan een dynamische relatie tussen rechter en wetgever. Die dynamiek leidt bij beide staatsrechtelijke actoren tot een bewustzijn van een controlemogelijkheid en mogelijk tot verscherpt handelen. In de Nederlandse rechtsorde wordt een vertrouwen in een dergelijke verhouding tot op heden niet expliciet uitgesproken, althans niet met de schrapping van het toetsingsverbod.³⁵⁹ In het licht van het toetsingsverbod dat de taakopvatting van de Hoge Raad tot op grote hoogte beïnvloedt is het interessant om te bezien op welke wijze deze rechter invulling geeft aan de rechtsvinding op het terrein van het recht op persoonlijkheid: vraag is, of en in hoeverre het toetsingsverbod een betekenis kan toekomen.

3.7 Conclusies en slot

3.7.1 Inleiding

In de inleiding bij dit hoofdstuk is de vraag gesteld welke constitutionele randvoorwaarden aanwezig zijn die de rechter begrenzen in zijn rechtsvormende taak in het licht van de constitutionele verhouding tussen hem en de wetgever. Institutionele begrenzungen aan de rechtsvormende taak van de rechter vloeien direct voort uit de functie van de rechterlijke macht. Hiertoe behoren het mandaat zoals dat is neergelegd in de grondwet of in de wet, de ontvankelijkheid, de mogelijkheid tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden en de uitspraakbevoegdheden. Tot interinstitutionele begrenzungen aan de rechtsvormende taak van de rechter behoren de regels die de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever direct betreffen, zoals de mogelijkheid van de wetgever, de grondwet of het verdrag te herzien, de invloed op de benoeming en samenstelling van de rechterlijke instantie en de mogelijkheid, het rechterlijke mandaat in omvang te beperken. De interinstitutionele begrenzungen op de rechterlijke taakuitoefening is in een horizontale en, voor zover relevant, een verticale component opgesplitst. De vraag naar de wijze waarop de institutionele en interinstitutionele begrenzungen zijn

357 Martens 2000, p. 751.

358 Martens 2000, p. 751.

359 In het licht van deze beschouwing kan ik me dan ook niet vinden in hetgeen door Vranken is geopperd (zie par. 3.6.1) over het toetsingsrecht: het toetsingsverbod is een principiële staatsrechtelijke regel en leidt de pragmatische benadering – we hebben de facto toetsingsrecht – niet tot een tegemoetkoming aan 'the rule of law'. De recentelijk een nota van de regering-Kok ter zake van constitutionele toetsing van formele wetten, TK 2001-2002, 28355 nr. 2, p. 1 e.v. stelt het toetsingsverbod ter discussie, wellicht vormt deze een aanleiding tot heroverweging van het toetsingsverbod.

ingericht, werd belicht om te bezien welke begrenzingsen in het stelsel bestaan ter zake van de rechterlijke taakopvatting.

3.7.2 *Rechterlijk mandaat en ontvankelijkheid*

Het mandaat van de rechter is door de Amerikaanse rechter op belangwekkende punten 'veroverd': het Hooggerechtshof heeft zich het toetsingsrecht en de bevoegdheid om zich uit te laten over federale en statelijke wetgeving via extensieve interpretatie van de constitutie toegeëigend. Allereerst werd het toetsingsrecht in de rechtspraak ontwikkeld; daarna werd via incorporatie de catalogus van grondrechtelijke normen uitgebreid waaraan kon worden getoetst. In eerste instantie waren dat rechtsnormen uit de Bill of Rights; naderhand is de Amerikaanse rechter ook rechtsbeginselen gaan 'inlezen' in de open begrippen in het Veertiende Amendement.

Het Hof van Justitie van de EG heeft eveneens een mandaat geclaimd dat niet in het EG-Verdrag expliciet is neergelegd door te stellen dat grondrechten in de hoedanigheid van rechtsbeginselen deel uitmaken van de EG-rechtsorde. Van een incorporatie als in de Amerikaanse situatie kan echter niet worden gesproken. Het Luxemburgse Hof heeft aan zijn mandaat zoals neergelegd in Art. 220 EG-Verdrag een extensieve interpretatie gegeven. Het Duitse Hof ontleent zijn omvangrijke rechtsmacht aan de Duitse grondwet en specifieke wettelijke bepalingen, en heeft zijn rechtsmacht niet hoeven 'bevechten' zoals de Amerikaanse rechter. Het Straatsburgse Hof ontleent zijn mandaat aan het EVRM, dat door het Hof extensief is geïnterpreteerd. De Duitse en de Straatsburgse rechter hebben een specifiek mandaat met betrekking tot de uitleg van respectievelijk de grondwet en het EVRM. Gemeenschappelijk ter zake van het mandaat hebben de rechters dat zij als laatste instantie een bindende uitspraak doen over grondrechten in hun grondwet of verdrag. De Nederlandse Hoge Raad heeft geen specifieke mandaat ter zake van de grondwet; hij opereert als een 'gewone' civiele- of strafrechter. Hij casseert, net als de Amerikaanse rechter.

Het Amerikaanse Hof kan als casserende rechter met het 'certiorari-systeem' een heus ontvankelijkheidsbeleid voeren. De Nederlandse rechter kan dat nauwelijks, evenals de Duitse rechter. Het EHRM heeft enigszins ruimte bij de toepassing van bepaalde ontvankelijkheidscriteria. Het Hof van Justitie in Luxemburg kent eveneens wat ruimte; het meet zichzelf in dit opzicht soms een eng gedefinieerde jurisdictie aan, waardoor het zijn ontvankelijkheid enigszins kan relativeren. Er kan voor het Hof van Justitie van de EG echter niet worden gesproken van een echt beleid: de economisch geprioriteerde doelstellingen van het EG-Verdrag houden geen specifieke opdracht tot een specifieke grondrechtenbescherming in. Het ligt voor de hand dat het Luxemburgse Hof hier afstand van rechtsmacht doet wanneer connexiteit tussen de grondrechtelijke aanspraak en Gemeenschapsrecht niet kan worden aangetoond. Dat is begrijpelijk vanuit twee gezichtspunten: in de eerste plaats hanteert dit Hof voor de waarborging van de grondrechten geen geschreven normen – een bindende lijst ontbreekt tot dusverre, en in de tweede plaats dicteert Art. 2 EG-Verdrag, dat de doelstellingen en de enkele constituerende beginselen van de Gemeenschap omvat, een prioriteit voor een economische benadering. In dat verband kan van een benadering ten faveure van de individuele

rechtsbescherming, in EG-verband in beginsel niet worden gesproken. Deze benadering kan wel aanwezig zijn wanneer het Hof een rechtsverhouding tussen individu en Instelling beoordeelt.

Enige speelruimte in het ontvankelijkheidsbeleid komt in alle stelsels van pas bij de beslissing om over een individuele aanspraak te willen oordelen. Nu wordt de beperking op de discretie in het ontvankelijkheidsbeleid in de stelsels die geen 'certiorari' hanteren enigszins getemperd door de aanwezigheid van verschillende eisen waaraan moet worden voldaan. Verschuifbare maatstaven ter zake van de ontvankelijkheid lijken zich te verbergen in meer specifieke criteria, zoals bijvoorbeeld de eis van *standing*. Indien de rechter een zaak wil beoordeelen, laten deze criteria een restrictieve of juist extensieve interpretatie toe, zodat beoordeling alsnog onmogelijk of juist mogelijk wordt. In verband met de mate waarin een ontvankelijkheidsbeleid kan worden gevoerd is het incidentele karakter van rechtspraak van belang: de rechter kan nu eenmaal geen beleidsterreinen naar zich toe trekken; hij dient af te wachten welke individuele aanspraken aan hem worden voorgelegd. Zijn taak is rechtspreken; de ruimte om aan rechtsonwikkeling te werken is in beginsel een 'bijproduct' en geen vooropgesteld doel van de rechtspraak. De Amerikaanse rechter kan het meest een ontvankelijkheidsbeleid voeren, maar is eveneens afhankelijk van de uitspraken die worden voorgelegd. Hierdoor wordt de discretie tot op grote hoogte getemperd.

3.7.3 *Ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden en constitutionele verhouding*

Hoewel de rechter in beginsel gebonden is aan de wijze waarop de individuele aanspraak aan hem wordt voorgelegd, bestaan er soms toch mogelijkheden om de in de aanspraak genoemde rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. In de meeste gevallen is deze bevoegdheid het gevolg van extensieve interpretatie van de rechterlijke taak. Deze extensieve interpretatie van de rechterlijke taak zou kunnen duiden op een activistische taakopvatting, omdat de rechter een mogelijkheid ziet de aanspraak te herformuleren. Wanneer de formulering valt binnen het kader van het geldend recht lijkt er niet veel aan de hand te zijn. Een aanspraak die op het eerste buiten de jurisdictie ligt en er na herformulering binnen valt lijkt al wat meer te duiden op een activistische taakopvatting. De mate waarin ambtshalve aanvulling van rechtsgronden kan plaatsvinden hangt tot op grote hoogte samen met de aard van de aanspraak en de ruimte die de rechtsnormen laten waarop de aanspraak rust. De normen centreren rond het recht op persoonlijkheid laten in beginsel tot op grote hoogte ruimte voor interpretatie waardoor de kwalificatie van activisme niet zo voor de hand ligt. Het hangt echter van de voorkeur voor de te volgen interpretatiemethode af of een aanvulling als activistisch moet worden betiteld. Tekstuele benadering van de grondrechten knoopt op het eerste gezicht het meest aan bij de door de grondwetgever bedoelde norm, terwijl een dynamisch-evolutionaire benadering ook andere aspecten van de grondrechtsnorm aanspreekt.³⁶⁰ Eén van die aspecten is dat sommige rechters in de grondrechten een vooronderstelling ten faveure van individuele rechtsbescherming lezen. Vanuit die gedachte kan een dyna-

360 Zie hierna hoofdstuk 4 voor de in de stelsels gehanteerde constitutionele interpretatiemethoden.

misch-evolutieve lezing van grondrechten juist binnen de grenzen van de rechterlijke taakopvatting komen te vallen: de rechter doet immers wat hem is opgedragen. Vraag is of de grondwet of het verdrag deze vooronderstelling ook werkelijk dicteren.

De rechtspraak van het Amerikaanse Hof laat in dit opzicht door de tijd heen een gevarieerd beeld zien; in het ene geval lijkt het vermoeden ten voordele van de individuele rechtsbescherming een grotere rol te spelen dan in het andere geval. De indruk bestaat dat dat samenhangt met de wijze waarop een bepaald 'Court' is samengesteld. In de historie van het Hooggerechtshof is gebleken dat sommige 'Courts' meer geneigd waren om vanuit voornoemd uitgangspunt individuele aanspraken te willen beoordelen.³⁶¹ Er kan in dit verband echter geen voorspelling worden gedaan vanuit een vaste trend; het blijft in dit opzicht bij een indruk. Het Hof van Justitie van de EG toont zich in verband met ambtshalve aanvulling van individuele aanspraken op grondrechten juist weer terughoudend, hetgeen samenhangt met het feit, dat op het rechtsnormenpakket waarmee het Hof een beoordeling van een zaak te lijf gaat, in beginsel een zware economische aanspraak rust. Wanneer de zaak zich echter buiten het terrein van economische politiek en discretionaire bevoegdheden beweegt, lijkt het Hof eerder genegen, ook een benadering in het voordeel van de individuele rechtsbescherming te kiezen, al is er nog niet veel rechtspraak die aanleiding geeft om van een vaste lijn te spreken. Wanneer het gaat om de 'constitutionele EG-verdragsrechten' van het individu lijkt het Hof juist wel genegen een taakopvatting ten faveure van de EG-rechtelijke individuele rechtsbescherming aan te nemen.

3.7.4 *Uitspraakbevoegdheden in het licht van de rechterlijke taakopvatting*

Het soort uitspraken dat een rechter kan doen is niet onbegrensd; de grondwet of specifieke wetten leggen uitgangspunten en in sommige gevallen regels vast. Er bestaat een relatie tussen de rechterlijke taakopvatting enerzijds en het soort aan uitspraken dat hij hanteert anderzijds. In beginsel leidt strijdigheid tot onverbindendverklaring of nietigheid van de betrokken wet, maar de indruk bestaat dat die consequentie door de rechters niet in alle gevallen aanvaardbaar wordt geacht. In alle stelsels is een variatie in rechtsgevolgen van de strijdigheid ontstaan. Aan de hand van deze in de rechtspraak gegroeide praktijk zou kunnen worden gesteld dat de rechter zich met deze tactiek een activistische taakopvatting aanmeet. De rechter doet enerzijds wel een beroep op de constitutionele verhoudingen wanneer hij de gevolgen van een schending van grondrechten tempert, maar evengoed kan worden gesteld dat hij in dergelijke gevallen aan de door de (grond)wetgever gegeven dicta sleutelt. De rechter kan de gevolgen verzachten om tegenstand tegen bepaalde jurisprudentie te verminderen.

Afwijzing van onverbindendverklaring of nietigheid zou juist kunnen worden aangemerkt als het maken van een beleid waarbij nieuwe lijnen in de jurisprudentie worden uitgezet zonder dat de gevolgen hiervan direct voelbaar zijn. Het Luxemburgse Hof is wel expliciet de mogelijkheid toegekend, de consequenties van uitspraken te lenigen,

361 Zie ook hoofdstuk 6.

hetgeen kennelijk door de Lid-Staten als wenselijk werd geacht. De expliciete toekenning hangt samen met de angst van Lid-Staten, met gebrekkige wetgeving van de Instellingen te worden geconfronteerd. De Nederlandse rechter hanteert het argument van de rechterlijke taakopvatting in relatie tot de uitspraak die volgt na een vaststelling van schending, zo is de indruk, relatief het minst terughoudend. De Amerikaanse rechter lijkt het meest direct gevolgen te verbinden aan de door de wetgever gegeven uitspraakmogelijkheden. Indien het Amerikaanse Hooggerechtshof vaststelt, dat een federale of statelijke wet strijdig is met de grondwet, dan wordt de nietigheid van de betreffende wet vastgesteld. Alleen in aperte uitzonderingsgevallen is het Hof bereid temporele werking te geven aan zijn uitspraken. De uitspraken van het EHRM brengen in beginsel geen nietigheid met zich mee, wanneer strijdigheid wordt vastgesteld. Dat wil echter niet zeggen, dat aan diens uitspraken geen consequenties worden verbonden door de getroffen staten of door staten, die een zelfde met het EVRM strijdige wetgeving of rechtspraak in stand houden.

3.7.5 *Verticale begrenzingen van rechterlijke bevoegdheden*

De verticale begrenzingen of federale bevoegdheidsafbakeningen spelen enkel een rol in het Duitse, het Amerikaanse en tot op zekere hoogte het EG-rechtsstelsel, en hebben te maken met de verdeling van de rechtssprekende bevoegdheden tussen de federatie en de staten. In slechts enkele gevallen is de federale rechtsmacht een exclusieve. Ten aanzien van grondrechten geldt op uiteenlopende terreinen in beginsel een concurrerende rechtsmacht. In die gevallen moet steeds worden onderzocht of de federale rechtsmacht bevoegdheid heeft ten aanzien van statelijke wetgeving. Federale besluiten gaan in beginsel voor statelijke besluiten, maar ook hier laat de rechtspraak een beeld zien waarin de federale rechter zelf uitleg heeft gegeven aan de omvang van zijn bevoegdheden ten opzichte van de statelijke rechter. Het Amerikaanse Hof heeft afwisselend een eigen bevoegdheid afgewezen, en op andere momenten juist een extensieve uitleg gegeven aan de hoofdregel van suprematie van federaal recht. Het Duitse Hof heeft zijn bevoegdheden ten opzichte van de statelijke rechter uitgelegd in het licht van de opvatting, dat de Duitse verticale machtscheiding wordt beheerst door een beginsel van een 'federale eenheidsstaat'. In beide rechtsstelsels is interpretatie van de verdeling van werkzaamheden aangewezen, en kan dit een argument opleveren om af te zien of juist over te gaan tot beoordeling van een individuele aanspraak. De Luxemburgse rechter opereert formeel niet in een federaal rechtssysteem, maar kent eveneens in een verdeling van werkzaamheden tussen het Hof en nationale wetgevers. De eis van connexiteit tussen individuele aanspraak bij een verdragsbepaling kan worden aangemerkt als een criterium dat raakt aan een verticale bevoegdheidsverdeling. De verticale machtsbegrenzing stelt beperkingen aan de taakopvatting van de rechter; het is van belang om in concreto na te gaan in hoeverre de verticale machtsbegrenzing voor de rechter een betekenis toekomt in zijn taakopvatting ter zake van het recht op persoonlijkheid.

3.7.6 *Wijziging van de grondwet of het verdrag*

In alle stelsels lijkt het erop, dat amendering van de grondwet geen praktische oplossing biedt voor het bijsturen van onwenselijk geachte jurisprudentie. Dat hangt onder

meer samen met het feit dat de amenderingsprocedure lang duurt en verzwaarde besluitvorming noodzakelijk is. De Duitse wetgever is in dit opzicht het actiefst gebleken. In geen van de stelsels zijn grondwetswijzigingen of verdragswijzigingen aangenomen met het oog op bijsturing van de jurisprudentie op het terrein van het recht op persoonlijkheid. Omgekeerd lijkt de grondwetgever juist een enkele keer in de jurisprudentie ontstane lijnen te hebben gecodificeerd bij verdrags- of grondwetsherziening. Deze invulling van bevoegdheid door de grondwet- of verdragswetgever geeft aan dat de grondwetgever aan de rechter een zekere ruimte laat om bestaande grondrechten verder uit te werken en nieuwe ontwikkelingen in de samenleving te verdisconteren in rechtsnormen.

De Duitse rechter heeft zich een bevoegdheid, een grondwetsamendement ongrondwettig te verklaren, toeëigend. Deze bevoegdheid is in de andere rechtsstelsels, voor zover al mogelijk, niet aan de orde geweest. De bevoegdheid tot afkeuring van grondwetswijzigingen maakt het Duitse Hof jegens de grondwetgever tot een zeer machtige instelling. Wellicht is 's Hofs schepping van deze bevoegdheid – niet direct het hantieren, want het Hof betracht terughoudendheid – verklaarbaar in het licht van het relatief grote aantal grondwetswijzigingen dat in de afgelopen decennia is doorgevoerd. Het problematisch karakter van wijzigingen met betrekking tot aspecten van het recht op persoonlijkheid hangt deels samen met het feit dat het moeilijk of nagenoeg onmogelijk is, ten aanzien van hete hangijzers zoals het recht op hulp bij zelfdoding of andere ethische kwesties een vereiste meerderheid voor herziening te vinden. Ook is het lastig een meerderheid te vinden voor specifieke levensstijlen die grondrechtelijke bescherming zouden moeten genieten. Vanuit dit gezichtspunt klemmt de vraag, in welke mate een meerderheid te vinden is voor de erkenning van een persoonlijke voorkeur of levensstijl, en of aan de rechter een rol toekomt als beschermer van de minderheidsopvatting. In de beschrijving van hetgeen het recht op persoonlijkheid omvat, is een aantal aspecten van het recht op persoonlijkheid de revue gepasseerd waarvan niet eenduidig kan worden gesteld dat zij zullen worden geapprecieerd door een meerderheid of minderheid in de samenleving. Individuele aanspraken op aantal deelonderwerpen van het recht op persoonlijkheid – abortus, erkenning van transseksualiteit het onderhouden van homoseksuele relaties, het willen kennen van de biologische afstamming, het willen huwen met een persoon van een andere etniciteit – hebben in de verschillende rechtsstelsels geleid tot verhitte debatten over de juiste ethische benadering.

3.7.7 *Benoeming en samenstelling van de rechterlijke instanties*

Niet kan worden ontkend, dat de uitspraken van de hoogste rechterlijke instanties allen tot op zekere hoogte worden betrokken in het politieke proces bij totstandkoming van wetgeving. Een grote mate van betrokkenheid van andere staatsrechtelijke actoren bij de benoeming van de rechters die deel uitmaken van de rechterlijke instantie ligt dan voor de hand. Enkel in het Amerikaanse debat lijkt de benoeming van rechters openlijk groot gewicht te worden toegekend in verband met het ombuigen van onwenselijke jurisprudentie. De benoemingen zijn aan te merken als politiek; in de andere stelsels vindt dit debat niet op dezelfde wijze plaats. Amerikaanse rechters kunnen hun politieke voorkeuren openlijk uitspreken. In de andere stelsels is deze benadering niet aan-

getroffen. Dat wil geenszins zeggen, dat aan het benoemen en samenstellen van de rechterlijke instantie in de andere stelsels geen belang wordt gehecht. In Duitsland is de benoemingenprocedure van de constitutionele rechters complexer dan die van het Hooggerechtshof in de Verenigde Staten. Met de rechterlijke benoemingen kan niet direct invloed kan worden uitgeoefend op onwenselijk geachte lijnen in de jurisprudentie, dat toonden enkele voorbeelden uit de Amerikaanse historie aan. Tegelijkertijd kan een signaal van de regerende partijen uitgaan met een benoeming, vooral in de Verenigde Staten. In de andere stelsels is dit minder aan de orde.

3.7.8 Beperking van de rechtsmacht van de rechter

De wetgever kan ervoor kiezen, de omvang van de rechtsmacht van de rechter te beperken; deze bevoegdheidsbeperking is tot dusverre eerder theoretisch gebleken, dan dat hij praktisch tot uitvoer is gebracht. In de literatuur is wel gepleit voor beperkingen van jurisdictie met betrekking tot bepaalde terreinen, waaronder het met het recht op persoonlijkheid gerelateerde recht op abortus in de Verenigde Staten. Er zijn echter wel aanverwante strategieën gesignaleerd, die hadden moeten leiden tot rechterlijke terughoudendheid. In dit verband kan worden gedacht aan het feit, dat de Europese Lid-Staten hun fiat voor een bindend grondrechtenhandvest hebben onthouden. Deze wel-overwogen keuze stelt het Hof van Justitie enigszins voor een begrenzing: toepassing in concreto van de rechten uit het Handvest ligt nu niet voor de hand; de verdragswetgever heeft een duidelijk signaal afgegeven. Tegelijkertijd kan de onthouding van het fiat niet direct leiden tot een niet-toepassing van een reeds wijdverbreide praktijk van het Hof, namelijk de applicatie van EVRM rechten op individuele aanspraken. Nu hanteert het Hof van Justitie die terughoudend, maar er zijn kennelijk geen onoverkomelijke barrières om de aan het Handvest identieke EVRM grondrechten in sommige gevallen toe te passen.

3.7.9 Slot: de rechterlijke taakopvatting

Vanwege het toetsingsverbod van wetgeving in formele zin is het mandaat van de Hoge Raad met meest expliciet begrensd, en is de betekenis van de grondwet als check op dat type wetgeving gerelativeerd. Deze beperking wordt tot op zekere hoogte gecompenseerd door de mogelijkheid wetgeving in formele zin te toetsen aan eenieder verbindende verdragsbepalingen. Het primaat van de wetgever bestaat in de overige stelsels eveneens, doch het wordt niet noodzakelijk geacht deze te ondersteunen met de gedachte van een toetsingsverbod. Voldoende lijkt te zijn dat de bevoegdheid van rechterlijke toetsing in deze stelsels wordt aangemerkt als een uitgangspunt van de gebondenheid van alle constitutionele actoren aan het recht. De toetsingsbevoegdheid wil niet zeggen dat er in de andere stelsels geen problemen rijzen ter zake van de rechterlijke taakopvatting in het licht van de constitutionele verhoudingen; die problemen bestaan in die stelsels eveneens.

Problematisch in het licht van de rechtsstaatgedachte blijkt de kwestie in welke mate de hoogste uitlegger van grondwet of verdrag zelf kan worden gecorrigeerd. Over de rechterlijke taakopvatting in verband met de correctiemogelijkheid is vooral in de Verenig-

de Staten veel geschreven, zeker in vergelijking met de overige stelsels. Dat is grotendeels te verklaren vanuit een historische achtergrond.³⁶² Dat heeft Hof in verschillende politiek gevoelige conflicten uitspraak gedaan, waar de Europese rechters de reikwijdte van hun rechtsmacht pas later zouden exploreren en zich op dat moment nog niet over dergelijke conflicten hadden uitgelaten. In de laatste decennia is de situatie in de Europese stelsels evenwel veranderd. Het Duitse Hof heeft de notie, dat alleen de wetgever geschikt is om over belangrijke politiek gevoelige kwesties te beslissen en dat een rechter daarover nooit zou mogen beslissen, al lang geleden in de ban gedaan. Het Straatsburgse en het Luxemburgse Hof die met een grondwet werken die qua structuur en open textuur te vergelijken is met die van de Verenigde Staten, hebben ook hun inventiviteit laten gelden om op politiek gevoelige kwesties te antwoorden. Zij wezen deze activiteit niet af met een beroep op een terughoudende taakopvatting.³⁶³

In hoofdstuk 3 is getracht een beeld te schetsen van de institutionele en interinstitutionele grenzen op de rechterlijke besluitvorming die van invloed zijn op de rechterlijke taakopvatting. De rechterlijke taakopvatting kan worden geprojecteerd op een schaal met aan het ene uiterste het activisme en het andere de terughoudendheid. Algemene opvatting lijkt te zijn, dat wanneer rechterlijke besluitvorming of aspecten daarin als activistisch wordt herkend, de stellingname ten opzichte van deze rechtspraak in beginsel negatief is. Het ruime mandaat dat de rechter ter zake van grondrechtelijke interpretatie is toegekend, laat in beginsel een rechterlijk aandeel in stand dat van betekenis kan zijn in het meer politieke proces van wetgeving. Problematisch met het begrippenpaar 'activisme' en 'terughoudendheid' is dat zij, afhankelijk van de perceptie van de beoordelaar, in sommige situaties inwisselbaar blijken.³⁶⁴ De kwalificaties die de rechters zelf hechten aan hun taakopvatting lijkt niet in alle gevallen betrouwbaar; aan een keuze vanuit de gedachte van terughoudendheid kan vanuit een ander perspectief juist een kwalificatie van activisme worden gehecht. Vraag is op welke wijze de rechterlijke taakopvatting met de kwalificaties 'activisme' en 'terughoudendheid' in de interpretatiefase een betekenis toekomt, en vanuit welk perspectief deze kwalificatie wordt toegekend. Hiertoe zullen in het volgende hoofdstuk de constitutionele interpretatiemethoden worden uitgewerkt.

362 Koopmans 1988, p. 317. De opstellers van de grondwet namen hun missie, het vastleggen van een machtscheiding, serieus. Zij kenden de rechterlijke macht een met de andere machten vergelijkbare plaats toe. Er bestond dan ook al vroeg veel aandacht voor de wijze waarop deze machtscheiding zich zou ontpoppen. De toepassing van de grondwet door het Hof leidde al gauw tot de principiële kwestie of het Hof ook wetgeving zou mogen herzien: het Hof beantwoordde deze vraag in *Marbury v. Madison* positief.

363 Zie ook Koopmans 1988, p. 318.

364 Zie het voorbeeld bij het uitbreiden van de uitspraakmogelijkheden: in de Amerikaanse situatie is dit een voorbeeld van ontoelaatbaar rechterlijk activisme, terwijl het in de Nederlandse en de Duitse situatie wordt gehanteerd en tot ontwikkeling is gekomen vanuit de gedachte van rechterlijke terughoudendheid. Iets vergelijkbaars geldt voor de situatie waarin aanvullingen op de individuele aanspraken worden gepleegd vanuit de gedachte van individuele rechtsbescherming, waarin de kwalificatie van activisme niet zo voor de hand ligt, terwijl wanneer die gedachte niet wordt aanvaard juist eerder kan worden gesproken van rechterlijk activisme.

Hoofdstuk 4

Constitutionele interpretatie

Deel A

Rechtsvindingsmethoden bij de uitleg van grondwet en verdrag

4.1 Inleiding

In dit onderzoek wordt jurisprudentie onderzocht op rechtsnormen die op het moment van positivering nog niet werden 'gekend', maar die rechtens bindend blijken en die inhoud geven aan bestaande rechtsnormen. In enkele uitspraken gaven deze normen betekenis aan ongeschreven rechtsnormen, dat wil zeggen rechtsnormen die tot op dat moment niet waren geëxpliciteerd in grondwet of verdrag, maar die volgens de rechter evenwel behoren tot het arsenaal van geldende rechtsnormen. Een voorbeeld ter zake schept helderheid; een fraaie uitspraak in dit verband is *Valkenhorst*, waarin de Hoge Raad het algemene persoonlijkheidsrecht positiverde en een tot dan toe onbenoemd recht op kennis van de afstamming daaruit concretiseerde.¹ Het is echter expliciet uitgesproken in de wet, en heeft in deze bewoordingen destijds geen neerslag gekregen in de toelichtingen op de wet. De Hoge Raad hanteerde dit adagium in de zaak *Valkenhorst*. De rechter kon zich kennelijk niet rechtstreeks op een grondwetartikel baseren, maar achtte de aanspraak blijkbaar dermate 'gerechtvaardigd' en ook impliciet aanwezig, dat een grondrechtelijke norm voor deze aanspraak kon worden geconstrueerd.

Er rijst direct een aantal vragen. Het algemene persoonlijkheidsrecht is, zonder nadere specificatie van de inhoud, een onduidelijk adagium dat niet geschikt lijkt om houvast te bieden in concrete situaties. Het geeft een op 'het recht' betrekking hebbende norm weer, maar het ontbeert een structuur die directe toepasbaarheid impliceert. Kwestie is dan of in dit opzicht gesproken kan worden van een rechtsnorm, in de zin van een norm die deel uitmaakt van het positieve recht. Het zou een rechtsbeginsel kunnen zijn, maar daarvoor is het noodzakelijk om uit te werken, wat er onder een rechtsbeginsel wordt verstaan. Verduidelijkt zou moeten worden welke de positie is van rechtsbeginselen ten opzichte van andere rechtsnormen, en welke de houding van de rechter zou moeten zijn indien hij rechtsbeginselen hanteert bij het vervullen van zijn taak. Naast deze specifieke vragen moet ook worden uiteengezet, op welke manier rechtsbeginselen te herkennen zijn in de rechtspraak. Rechtsbeginselen zijn niet altijd expliciet in wettelijke bepalingen uitgedrukt; het algemene recht op persoonlijkheid is hier een duidelijk voorbeeld van. Indien deze normen niet in de wet zijn gepositiveerd, maar tegelijkertijd kennelijk in de rechtspraak kunnen fungeren als ratio voor extensieve interpretatie van wetsartikelen of zoals in *Valkenhorst* als grondslag voor ongeschreven rechten klem

¹ *Valkenhorst*, 15 april 1994, NJ 1994/608; zie ook in de inleiding en par. 9.2.6. Zoals voorheen gesteld, heeft dit verschijnsel zich eveneens voorgedaan in de andere rechtssystemen. Een analyse van alle afzonderlijke systemen is te vinden in de Hoofdstukken 5 tot en met 9.

eveneens de vraag, in welke mate de concretisering, zoals in *Valkenhorst* het recht kennis omtrent de afstamming te kunnen verkrijgen, uit het algemene persoonlijkheidsrecht zijn aan te merken als 'geldende rechtsnormen'.

Gesteld zou kunnen worden dat de concretisering, uit het algemene persoonlijkheidsrecht kunnen worden getypeerd als resultaten van extensieve interpretatie of als ongeschreven rechten. In dit verband zouden de 'gevonden' of 'ontdekte' normen zich slechts onderscheiden van wettelijke voorschriften door de situatie dat de eerstgenoemde normen niet zijn opgeschreven en vastgesteld door een wetgever, maar door de rechter. Deze concretisering, zouden dezelfde geldigheid kunnen bezitten als wettelijke voorschriften: de rechter verbindt rechtsgevolgen aan de concretisering in het voorliggende geschil. De rechter blijkt langs deze weg tot op zekere hoogte in staat rechtsregels te scheppen. Vraag is of dat behoort tot de taak die hem vanuit de constitutionele taakverdeling toekomt. In het vorige hoofdstuk is ingegaan op de rechtsmacht en de jurisdictie van de rechter, maar in geen van de stelsels kon worden geconstateerd dat het maken van regels formeel behoort tot de rechterlijke taak. Tegelijkertijd werden er in de rechtsstelsels wel tendensen zichtbaar in het debat, die aanduiden dat de rechter tot op zekere hoogte een rechtsvormende taak toekomt, maar onomstreden is die opvatting zeker niet. De discussie spitst zich in dit hoofdstuk met name toe op de vraag tot welke hoogte de rechter een rechtsvormende taak toekomt. Voor zover de rechtsvormende taak al rechtsschepping zou inhouden rijst de vraag waarop de rechter een bevoegdheid baseert om rechtsscheppend op te treden.

Op de hier opgeworpen vragen wordt niet een antwoord gezocht dat voorgoed een einde maakt aan de meer rechtstheoretisch georiënteerde discussies in de rechtsstelsels. Het standpunt bijvoorbeeld, dat naast rechtsregels abstractere normen bestaan die rechtsgeldigheid kunnen toekomen, wordt in alle rechtsstelsels – zij het uiteenlopend – betwist. Rechterlijke rechtsvinding waarin abstracte normen zoals rechtsbeginselen de doorslaggevende grondslag vormen voor de legitimatie van ongeschreven rechten wordt dan problematisch: niet duidelijk is steeds, of de door de rechter opgebrachte normen behoren tot het geldend recht. Tegelijkertijd is deze gang van zaken in de rechtspraak niet ongewoon, en gesignaleerd in alle rechtsstelsels; in het ene wat vaker dan in het andere als het gaat om geschillen die op één of andere manier te maken hebben met het recht op persoonlijkheid. Van belang voor het onderzoek is nu een positie te betrekken ter zake van de vraag hoe rechtsbeginselen gepositioneerd kunnen worden ten opzichte van het geldende recht en aan te geven welke het rechtskarakter is van de in de analogie betrokken normen. De rechterlijke motivering van de wijze van rechtsvinding verkrijgt in dit verband een centrale betekenis: het is de bron waaruit kennis kan worden vernomen ter zake van de gebezigde redenering.²

2 Er zal echter niet in het algemeen worden ingegaan op de motiveringsproblematiek. Dit onderwerp wordt hoofdzakelijk belicht vanuit het perspectief van de analoge wijze van rechtsvinding. De motivering wordt gevonden in jurisprudentie waarin normen worden 'ontdekt' door de rechter die kennelijk kunnen gelden als grondslag voor extensieve interpretatie of als grondslag voor ongeschreven rechten.

De analoge redeneerwijze biedt bruikbare handvatten voor de vaststelling van nieuwe reikwijdten van bestaande grondrechten of positivering van ongeschreven rechten. De wijze waarop de analoge redenering precies functioneert in de rechtsvinding zal hieronder worden uitgelegd.³ De analoge redenering blijkt bij uitstek de mogelijkheid te scheppen, abstracte normen een functie te laten vervullen in het vinden van een op het voorliggende geschil toegesneden oplossing. De analoge redenering houdt kortgezegd in dat de rechter aan de hand van door hem samengesteld vergelijkingsmateriaal de lezing van een door hem geconstrueerd recht legitimeert. Precedenten zijn in dit opzicht een belangwekkende bron van inspiratie voor dat vergelijkingsmateriaal, maar ook wettelijke normen of samenstellingen van wettelijke normen alsmede het bestaan van een consensus in de samenleving kunnen samen of afzonderlijk vergelijkingsmateriaal opleveren om het bestaan van normen als geldend recht te rechtvaardigen. In dit hoofdstuk wordt in het kader van de analoge redenering aldus ook ingegaan op de betekenis van dergelijke bronnen.

Naar aanleiding van gevonden resultaten zou men kunnen stellen, dat er een theorie moet kunnen worden opgesteld over hoe de rechter tot rechtsvinding zou moeten komen. Dat is echter niet de bedoeling van dit boek; vooropgesteld wordt hier te beschrijven wat er in de rechtsvindingsfase plaatsvindt aan de hand van de door de rechter gegeven motivering. In dat opzicht heeft dit onderzoek tot op zekere hoogte een descriptief karakter. De bedoeling is om de in de rechtspraak gevonden resultaten te beoordelen in het kader van de constitutionele verhouding tussen de rechter en de wetgever. In het kader van de constitutionele verhouding is in hoofdstuk 3 een aantal lijnen van de bevoegdheden van de rechter uiteengezet en is geschetst in welke mate er institutionele en interinstitutionele mechanismen bestaan, die de rechterlijke instantie 'in its boundary' behouden. Daarnaast werden in hoofdstuk 3 door de rechter ontwikkelde ongeschreven regels gesignaleerd die tot doel hebben de constitutionele verhouding met de wetgever nader te structureren; in dit opzicht is de rechterlijke taakopvatting van belang gebleken. Problematisch met die taakopvatting bleek evenwel te zijn, dat zij niet altijd een 'betrouwbare' maatstaf oplevert voor de vaststelling van de rechterlijke taakopvatting. Een rechter die creatief met zijn rechtsvindingsinstrumentarium omgaat wordt in de regel aangemerkt als activistisch, terwijl een collega die 'dicht bij de oorspronkelijke tekst' blijft eerder wordt gehonoreerd met het predikaat van rechterlijke terughoudendheid. Vraag is meer specifiek of er binnen de interpretatieregels materiële controlemechanismen bestaan, die een rechter normeren wanneer hij een analoge redenering hanteert – in het licht van de constitutionele betrekkingen tussen hem en de wetgever.

4.1.1 *Opzet*

Het A-deel van dit hoofdstuk behandelt de belangrijkste doctrines in de rechtsstelsels ter zake van methoden van rechtsvinding. In dit hoofdstuk wordt kort ingegaan op de technisch-juridische interpretatiemethoden, die de rechter hanteert voor de uitleg van

3 Zie par. 4.4.

grondrechten. Meer in het algemeen wordt ingegaan op de doctrines die in de stelsels bestaan op het terrein van de technisch-juridische interpretatiemethoden. In beginsel kennen alle rechtssystemen de volgende interpretatiemethoden: de grammaticale of tekstuele methode, de historische interpretatiemethode, de systematische methode en de teleologische methode. Tevens wordt het bestaan van een dynamisch-evolutieve interpretatiemethode in alle stelsels aangenomen, maar de legitimiteit ervan is niet onomstreden. Ten slotte kennen alle rechtsstelsels tot op zekere hoogte de rechtsvergelijkende interpretatie. Er bestaat geen eenstemmigheid over een hiërarchie van interpretatiemethoden, en evenmin een handleiding hoe wetten op de juiste wijze worden geïnterpreteerd. De methoden zullen kort de revue passeren, waarbij ook wordt ingegaan op hun betekenis voor de uitleg van de grondwet of het verdrag in het algemeen. Daarnaast wordt in het A-deel ingegaan op de analoge redeneermethode, zoals die hierna volgend in elk van de rechtsstelsels wordt geanalyseerd. In het B-deel worden de theoretische grondslagen van de rechtsnormen die in de analogie worden gebezigd vervolgens nader uitgediept. Hiervoor werd al de vraag opgeworpen, welke het rechtskarakter is van een norm als 'het algemene persoonlijkheidsrecht' zoals gepositieerd door de Hoge Raad: is dat een rechtsbeginsel of een rechtsregel, en wat is de rechtskracht ervan? In dat verband zal kort worden ingegaan op de belangrijkste hedendaagse heersende benaderingen ter zake van het gezag van normen. Ten slotte wordt een positie betrokken ter zake van het gezag van rechtsbeginselen en rechtsregels in de rechtspraak. Daarnaast worden de hierboven al opgemerkte bronnen van de te onderzoeken normen onderzocht op juridische betekenis. Zowel het A- als het B-deel van dit hoofdstuk staan in direct verband met de constitutionele context waarin de rechter opereert.

4.1.2 *Rechtsvindingsfase, ontvankelijkheidsfase en toetsingsfase*

In het proces van rechterlijke besluitvorming zijn drie momenten te vinden, die tezamen leiden naar de uitkomst in een concrete casus. Zij zijn te onderscheiden, maar in de praktijk van de besluitvorming echter worden zij niet gescheiden van elkaar.⁴ De rechtsvindingsfase staat in dit hoofdstuk centraal, en wordt gepresenteerd als een uitgangspunt. In de rechtsvindingsfase geeft de rechter een invulling aan drie premissen. Hiertoe behoort in de eerste plaats de vaststelling van de toepasselijke rechtsregel (q). In de tweede plaats bakent hij het juridische relevante feitencomplex en de individuele aanspraak af (p), en stelt ten derde de omtrekken van de toepasselijke rechtsregel vast tegen de achtergrond van dat feitencomplex en individuele aanspraak (r). Er kan in de rechtsvindingsfase nog een nadere afbakening worden aangebracht. In beginsel wordt

4 Tussen de rechtsvindingsfase en de toetsingsfase is in de praktijk niet zo'n scherp onderscheid aan te brengen. Vaak gebeurt het, dat de rechter in de toetsingsfase nog weer toekomt aan een vaststelling van de reikwijdte, die men eigenlijk in het interpretatiestadium zou verwachten. Dit doet zich bijvoorbeeld voor in casus waarin tot een belangenafweging moet worden gekomen. Belangenafweging vindt plaats in de toetsingsfase; het kan zijn dat een nadere duiding van het in het geding zijnde belang noopt tot bijvoorbeeld een nadere vaststelling van de omtrekken van de rechtsregel. Het onderscheid tussen interpretatie of rechtsvinding enerzijds en toepassing van de rechtsnorm anderzijds wordt hier zinvol geacht, omdat de rechter in beginsel in de eerste fase de omtrekken van het grondrecht schetst.

in dit onderzoek vooral gekeken naar de invulling van de toepasselijke rechtsregel zoals hierboven aangeduid met (q), de vraag naar de toepasselijke rechtsregel.

In de *toetsingsfase*, de fase waarin de rechtsnorm in concreto wordt toegepast op het feitencomplex of de individuele aanspraak, wordt – op basis van de invulling van de premissen in rechtsvindingsfase – een deductieve argumentatie opgebouwd die uiteindelijk moet leiden tot de oplossing van het geschil. Een uitstap naar de toetsingsfase lijkt is soms onvermijdelijk, omdat sommige rechters in de toetsingsfase komen tot een verfijnder vaststelling van de reikwijdte van het toepasselijke recht. In de toetsingsfase kunnen bijvoorbeeld correcties met het oog op de constitutionele verhouding worden toegepast, maar de toepasbare regel is dan al wel vastgesteld.⁵ De toetsingsfase is wel weer van groot belang in verband met de controlemechanismen op de rechtsvindingsactiviteit: in hoofdstuk 3 hebben we gezien dat in de toetsingsfase een aantal instrumenten besloten kan liggen, die de resultaten van een creatieve rechtsvinding relativeren. In hoofdstuk 2 is in dit verband al gesteld, welke de beperkingsmogelijkheden zijn op de rechten centrerend rond het recht op persoonlijkheid.

4.2 De noodzaak van constitutionele rechtsvinding

4.2.1 'Constitutionele' rechtsvinding

Het begrip 'constitutionele interpretatie' verdient in dit verband nog bijzondere aandacht. In het Duitse en Amerikaanse rechtstelsel is de term constitutionele interpretatie een veelvuldig gebezigd begrip, waarmee in het algemeen de rechtsvindingsactiviteiten van de interpreterende rechter worden aangeduid.⁶ In deze stelsels is dit begrip tot ontwikkeling gekomen omdat de rechtsvindingsactiviteiten ter zake van de uitleg van de constitutie zich in verschillende opzichten onderscheiden van de interpretatie van de overige wetten in het betreffende stelsel. Ook speelt de functie van de interpreterende rechter in de rechtsorde een belangrijke rol: het Duitse Federale Constitutionele Hof en het Amerikaanse Hooggerechtshof zijn beide als hoogste instantie uitgerust met de bijzondere bevoegdheid van rechterlijke toetsing van formele wetgeving. In de Nederlandse context heeft het begrip constitutionele interpretatie geen bijzondere plaats, omdat de Hoge Raad als hoogste Nederlandse instantie deze bevoegdheid ontbeert ten aanzien van formele wetgeving.⁷ De controverses die constitutionele interpretatie met zich meebrachten in de hoogste Duitse en Amerikaanse rechterlijke instanties hebben zich tot dusverre niet in vergelijkbare mate voorgedaan in het Nederlandse stelsel. In het Duitse en Amerikaanse stelsel ligt het eerder voor de hand, dat constitutionele rechtspraak een eigen terrein verworven heeft waarin het bestaan van bijzondere

5 Zie voorbeelden in hoofdstuk 3 bij de variaties in de dicta.

6 In de Amerikaanse literatuur wordt de term verwoord als 'constitutional interpretation'; de Duitse variant in de Duitse literatuur en rechtspraak is 'Verfassungsinterpretation' of 'Verfassungsauslegung'.

7 De Nederlandse rechter komt wel de bevoegdheid toe wetgeving van lager rang ongrondwettig te verklaren.

problemen als gevolg van interpretatie van de constitutie erkend is.⁸ In beide Europese constituties heeft het begrip constitutionele interpretatie evenmin een vaste plaats verworven.

4.2.2 *Leemte of open textuur van de normen gelieerd aan het recht op persoonlijkheid*

Interpretatie van constitutionele bepalingen is altijd noodzakelijk, ook waar de bepalingen het karakter lijken te hebben van concrete, voor één opvatting vatbare voorschriften.⁹ De noodzaak van interpretatie is echter lang niet altijd zichtbaar in de rechterlijke uitspraak, omdat de rechter een 'Vorverständnis' heeft, een vooropgezette vooronderstelling van de betekenis van de norm. In het overgrote deel van de rechtspraak zijn rechtsnormen als het ware al geïnterpreteerd en blijft de interpretatie als zichtbare fase in de rechterlijke besluitvorming achterwege, omdat de rechter er vanuit gaat, dat geen onenigheid bestaat over de betekenis van de rechtsnorm of over de toepasselijkheid op het feitencomplex. De overeenstemming hierover is het 'Vorverständnis': de interpretatie behoeft in de fase van rechtsvinding in het besluitvormingsproces niet telkens herhaald te worden omdat de invulling van de betekenis van de toepasselijke rechtsregel op grond van bijvoorbeeld jurisprudentie vastgelegd is.¹⁰ Bij de constitutionele interpretatie lijkt van een routineuze uitleg iets minder snel sprake te zijn, omdat de rechter vanwege een open textuur van de rechtsnormen eerder wordt gedwongen nader uit te leggen waarom de ingeroepen rechtsnorm van toepassing is op het voorliggende geschil. In alle stelsels is in beginsel in ruime mate rechtspraak ter zake van de vaststelling van de betekenis en reikwijdte van grondwettelijke bepalingen voorhanden. Er is een omvangrijke jurisprudentie, maar telkens blijken zich toch weer nieuwe feitencomplexen voor te doen die vragen om nadere verantwoording van de toepasbaarheid van de grondwetsbepaling in kwestie. Kenmerkend voor fundamentele rechten in de grondwet of in het verdrag is dat de meestal open geformuleerde norm onvoldoende toegesneden op het concrete geval.¹¹

Naast een open textuur kan ook een leemte aanleiding zijn voor het scheppen van ongeschreven recht. In de rechtsvindingsfase ter zake van grondrechten lijkt in beginsel echter niet zozeer sprake van een leemte: deze is in grondwetsinterpretatie een enigszins bizarre figuur, omdat aanvaarding van het bestaan van leemten uit gaat van een

8 De opvatting van constitutionele interpretatie in Nederland is aardig verwoord in de MvT bij het voorstel van overwegingswet inzake klassieke grondrechten: 'De in de Grondwet geformuleerde grondrechten nemen in de hiërarchie van rechtsregels in het rechtssysteem een hoge plaats in, doch zijn wat hun inhoud betreft, onderworpen aan het proces van interpretatie, rechtsvinding en rechtsvorming dat voor alle geschreven regels geldt. [...] Elke beslissing komt tot stand binnen kader waarin factoren als tekst, wordingsgeschiedenis, rechtspraak, doctrine, rechtsovertuiging, maatschappelijke en andere behoefte of functie van het grondrecht een rol spelen. Dit is in het algemeen het procédé van rechtsvinding en er is geen reden om aan te nemen dat dit bij de grondrechten anders zou liggen' (Kamerstukken II 1975-76, 13872 nr. 3 blz. 21).

9 De Waard 1987, p. 59.

10 De Waard 1987, p. 61.

11 Zie voor de formulering van het recht op persoonlijkheid hoofdstuk 2.

gesloten systeem van de grondwet of het verdrag. De wetgever heeft in die optiek met zijn ruime formuleringen zoveel als mogelijk 'overal aan gedacht', zo is de vooronderstelling.¹² Ontbrekende rechtsregels in de constitutie zijn in constitutionele rechtsvinding vanwege de open textuur van de normen lastig als leemten te kwalificeren. Indien de rechter dan overgaat tot extensieve interpretatie of tot schepping van nieuwe rechtsnormen kan de vraag worden opgeworpen, in hoeverre de rechter zich zelfstandig een interpretatieruimte toemeet.¹³

Sommige constituties voorzien in een wijze waarin leemten kunnen worden opgevuld.¹⁴ Vraag is in dat verband, wanneer sprake is van een leemte. In meest eenvoudige zin is daarvan sprake indien de wet zwijgt ter zake van de toepasselijke rechtsregel voor een specifieke groep van juridische conflicten.¹⁵ In beginsel is de vraag naar leemten van groot belang, omdat de wijze waarop een leemte is ontstaan bepaalt in welke mate de rechter bereid zal zijn, aan een geclaimd recht tegemoet te komen. Daar waar de wetgever expliciet heeft gekozen voor het niet erkennen van een recht, zal de rechter zich in zijn besluitvorming terughoudend opstellen.¹⁶ Gesignaleerd is dat de formuleringen van de rechten gelieerd aan het recht op persoonlijkheid in de rechtsstelsels een zeer open karakter hebben.¹⁷ Deze vaststelling van de open textuur zegt op zichzelf nog niets over de wijze waarop de rechter uitleg dient te geven aan het ingeroepen grondrecht. Vanwege de open textuur is het bestaan van een leemte in de grondwet niet evident. Daarnaast kan moeilijk bestreden worden, dat het bestaan van een leemte of open textuur eveneens te maken heeft met de perceptie van de interpreet. Een meer positivistisch ingesteld uitlegger zal bijvoorbeeld niet snel aannemen dat de wet leemten vertoont, of dat de textuur dermate open is dat een ongeschreven recht kan worden ontwaard uit de structuur van de wettekst. Hij percipieert de wet als een gesloten systeem, en zal zich in beginsel eerder aansluiten bij een tekstuele benadering van een bepaling:

'[The] law is every bit as offensive to me as it is to my Brethren [who], reciting reasons why it is offensive to them, hold it unconstitutional. I cannot [join] their conclusion. [The] Court talks about a constitutional ["right of privacy"]. [...] [I] get nowhere in this case by talk about a constitutional "right of privacy" as an emanation from one or more constitutional provisions'.¹⁸

12 Scholten 1974, p. 75.

13 Zie voor uitgebreide discussie hierover Barak 1989, met name hoofdstuk 2, p. 78-83.

14 Het Zwitserse Burgerlijk wetboek voorziet in een regel, die stipuleert dat de rechter aan moet vullen wat ontbreekt als ware hij de wetgever ('A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur', zie Art. 1 lid 2 van het Zwitsers Burgerlijk Wetboek). Het Oostenrijkse Burgerlijk wetboek stelt dat wanneer zich in bij de beoordeling van geschil een leemte voordoet en interpretatie of analogie de rechter niet kunnen helpen, de rechter het probleem dient op te lossen naar maatstaven van beginselen van natuurrecht (Art. 7 van het Oostenrijkse Burgerlijk Wetboek van 1811).

15 Larenz 1991, p. 370 e.v.

16 Zie bijvoorbeeld het *Harmonisatiewet arrest*, HR 14 april 1989, NJ 1989/469, waarin de Hoge Raad zich de formele wet niet wenste te toetsen aan het beginsel van rechtszekerheid, omdat de wetgever de verwachtingen van de klagers welbewust in zijn wetgeving had meegewogen – en niet had gehonoreerd.

17 Zie hoofdstuk 2.

18 Rechter Black in zijn *dissenting* bij *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), de zaak waarin het

Daartegenover bestaat de benadering, dat de wet juist geen gesloten systeem vormt, maar dat latere invoeging van nieuwe normen in beginsel mogelijk blijft. In die optiek bestaat de mogelijkheid in het rechtsvindingsproces ongeschreven rechten te erkennen in grondwettelijke context. In de Amerikaanse literatuur wordt deze wijze van rechtsvinding waarbij ongeschreven recht door de rechter wordt erkend ook wel 'reasoning by interpolation' genoemd.¹⁹ Via een analoge redeneringen wordt een ongeschreven recht tussen de gepositieerde rechten gevoegd. In de vroege Amerikaanse rechtspraak zijn hiervan fraaie voorbeelden te vinden. In *McCulloch t. Maryland* (1819) diende de vraag te worden beantwoord, of de Federatie of de staat Maryland het laatste woord diende te hebben over het oprichten van een publiekrechtelijke financiële instelling.²⁰ De Amerikaanse grondwet zweeg ter zake van de precieze beantwoording van deze vraag. Het Amerikaanse Hooggerechtshof ging uit van een open grondwettelijk systeem bij de oplossing van dit geschil op het terrein van de horizontale machtscheiding:

'A constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit [...], would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. [...] Its nature, therefore, requires, that only its great outlines should be marked, its important objects be designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves. [...] we must never forget, that it is a *constitution* we are expounding'.²¹

Vanuit deze gezichtshoek bestaat aldus wel ruimte voor het aannemen van het bestaan van open normen. Er wordt in de Verenigde Staten echter fel gedebatteerd over de vraag in welke mate de grondwet leemten kan bevatten, of de textuur invulling toelaat en of er kan worden gesproken over een flexibel of rigide grondrechtssysteem. Rigiditeit en flexibiliteit worden op formele en materiële wijze gedefinieerd. In formele zin wordt van een rigide grondrechtssysteem gesproken indien in de grondwet een zware herzieningsprocedure is vastgelegd en van een flexibele grondwet indien deze herzieningsprocedure relatief eenvoudig is. In materieel opzicht vormen flexibiliteit en rigiditeit eveneens elkaars tegenpolen. Indien zonder formele herziening van het constitutionele recht belangrijke wijzigingen in het grondrechtssysteem mogelijk zijn wordt van een flexibel grondrechtssysteem gesproken. In een dergelijk systeem is ruimte voor aanpassing aan zich wijzigende politieke en maatschappelijke omstandigheden door regering, parlement en rechter, zonder dat de geschreven normen in de grondwet zelf ter discussie staan of tekstueel gewijzigd dienen te worden.²² Indien de grondwet daarentegen steeds aanpassing behoeft, om de zich wijzigende omstandigheden te kunnen

verbod op het gebruik van voorbehoedsmiddelen ongrondwettig werd verklaard vanwege het grondwettelijk recht op 'privacy'. 'Privacy' is een ongeschreven recht, dat via een analoge redenering in de rechtspraak grondwettelijke betekenis heeft verkregen (zie ook par. 5.3.2).

19 Denning en Reynolds 1997, p. 1092.

20 *McCulloch t. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

21 *McCulloch t. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); het cursief was reeds vermeld in de uitspraak. Rechter Marshall, die de opinie voor de meerderheid schreef, benaderde de grondwet als een open systeem van rechtsnormen, waarbinnen ruimte bestaat voor het inlezen van ongeschreven rechtsnormen. Dat is, aldus Marshall, inherent aan het karakter van een grondwet.

22 Kortmann 1997, p. 83.

meenemen, wordt van materiële rigiditeit gesproken. Een scherpe typering van flexibiliteit of rigiditeit van 'de' grondwetten is niet te geven. Dergelijke typering hangen nauw samen met het onderwerp dat aan de orde is en de formulering ervan in de grondwettelijke bepaling. Een objectieve maatstaf ter bepaling van de mate van flexibiliteit is in dit verband niet voorhanden.²³ Materiële flexibiliteit van het grondrechtssysteem impliceert een bereidheid, te accepteren dat het systeem niet noodzakelijk een sluitend deductief systeem van positiefrechtelijke grondrechtsnormen is, maar dat andersoortige normen dan gepositieerde grondrechtsnormen eveneens een richtinggevende functie in dat systeem kunnen vervullen. Indien enkel positiefrechtelijke normen een functie vervullen in de systeemopbouw van de grondwet, wordt daarentegen eerder van een rigide systeem gesproken. Voor wat betreft materiële flexibiliteit behoeft dat systeem niet enkel te zijn opgebouwd naar een deductief schema, volgens hetgeen grondrechten enkel nadere specificaties vormen van geschreven grondrechtsbepalingen. Systeemopbouw kan in een flexibel grondrechtssysteem eveneens langs andere wegen gedijen. Indien naast gepositieerde normen ook ongeschreven grondrechtsnormen en beginselen worden betrokken in de rechtsvinding, en naast deductieve ook andere systeemopbouw wordt aanvaard, ontstaan ruimere mogelijkheden voor interpretatie van grondrechtsnormen. Herformulering van de geschreven norm door de grondwets- of verdragswetgever is dan lang niet altijd noodzakelijk. In de rechtspraak werd de inductieve wijze van systeemopbouw van het grondwettelijke systeem verschillende keren signaleerd:

Een inductieve redenering in het Amerikaanse rechtssysteem werd gevolgd ter zake van de mogelijkheid tot rechterlijke toetsing van wetgeving die in *Marbury t. Madison* werd geïntroduceerd.²⁴ In de Amerikaanse grondwet is geen expliciete bevoegdheid voor het Hof tot rechterlijke toetsing te vinden. Uit het systeem van de grondwet werd deze bevoegdheid afgeleid.²⁵ Een ander voorbeeld van een niet-deductieve systeemopbouw is te vinden in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG. Art 10 EG-Verdrag. Het zogenoemde loyaliteitsartikel stipuleert dat de Lid-Staten maatregelen treffen om nakoming van gemeenschapsverplichtingen te verzekeren.²⁶ Het Hof van Justitie leidde in *Zwartveld* uit de formulering het beginsel af van een verplichting tot wederzijdse samenwerking, terwijl het verdragsartikel enkel expliciet refereert aan een dergelijke plicht van de Lid-Staten naar de Gemeenschapsinstellingen.²⁷ De wederzijdse verplichting is met andere woorden niet een logisch-noodzakelijke consequentie van de formulering van Art. 10 EG-Verdrag, maar werd door het Hof van Justitie wel op

23 Hieronder wordt ingegaan op materiële flexibiliteit van de grondwet; de formele flexibiliteit is aan de orde geweest in hoofdstuk 2 waarin de constitutionele amenderingsprocedures werden besproken.

24 *Marbury t. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

25 Zie par. 3.2.1

26 Art. 10 EG-Verdrag luidt: 'De lidstaten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit verdrag of uit handelingen van de Instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak. Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit verdrag in gevaar kunnen brengen'.

27 *Zwartveld e.a. t. Europese Commissie*, zaak C-2/88 (1990), Jur. p. I-3365 (1990), par. 17.

deze niet daarvoor geschreven basis geaccepteerd als bron voor vorming van nieuw recht.²⁸

In alle stelsels zijn in de rechtspraak en literatuur de open en gesloten typering van de grondwet of het verdrag gesignaleerd. Ten aanzien van sommige onderwerpen in de Duitse grondwet wordt een expliciet gesloten systeem aanvaard, waarbuiten vorming van nieuw recht tot dusverre niet heeft plaatsgevonden. Art. 79 lid 3 GG is hiervan een uiting: aan de federale staatsopbouw en het recht op menselijke waardigheid mag niet worden getornd.²⁹ Over de betekenis van het Negende Amendement uit de Amerikaanse grondwet bestaat in dit verband veel discussie: laat dat Amendement nu een flexibele benadering van de grondwet toe, of juist niet?³⁰ Aanvaarding van flexibiliteit is een heikel punt, omdat het van belang is voor de ruimte die wordt gegeven aan de uitlegger van de grondwet of het verdrag: met name materiële flexibiliteit veronderstelt ruimte voor de interpretatie.

De Duitse auteur Dürig aanvaardt bijvoorbeeld niet dat het Duitse Grundgesetz een flexibel grondwetssysteem kent. Dürig stelt dat via het algemene vrijheidsrecht ex Art. 2 lid 1 GG een aanvulling plaatsvindt met grondrechten die in de Artt. 3-19 GG niet ge-expliciteerd zijn.³¹ De speciale vrijheidsrechten ex Art. 3-19 GG zijn in Dürigs optiek enkel preciezere aanduidingen van het algemene vrijheidsrecht ex Art. 2 lid 1 GG. Zij mogen niet als concretisering van een beginsel worden opgevat. Dat zou indruisen tegen het deductieve systeem, volgens hetgeen het Grundgesetz is opgebouwd, aldus Dürig.³² Alexy, een andere gezaghebbende Duitse commentator, stelt daarentegen dat zich binnen het grondwetssysteem echter ook grondrechten bevinden, die niet als precisering van Art. 1 of 2 GG kunnen worden aangemerkt.³³ Teneinde te kunnen komen tot de vaststelling van bijvoorbeeld het recht op een bestaansminimum, of het recht op zelfbeschikking kon het Hof volgens Alexy met argumentatie enkel op basis van enkel Art. 1 of Art. 2 GG niet volstaan.³⁴ Daartoe was betrekking van niet in de grondwet gepositieerde rechtsbeginselen in de interpretatie noodzakelijk, voordat de aanspraak

28 De wederzijds verplichting tot samenwerking werd door het Hof in een obiter al opgemerkt in *Luxemburg t. Parlement*, zaak 230/81 (1983), Jur. p. 255 (1983), par. 37. Door de Luxemburgse regering werd bij het Hof geklaagd over een Resolutie van het Europese Parlement, waarin het had besloten de zetel voor de vergaderingen te verplaatsen van Luxemburg naar Straatsburg. De Lid-Staten hebben de bevoegdheid de zetel van het Parlement te bepalen, maar het Parlement is bevoegd geschikte maatregelen te treffen teneinde behoorlijk functioneren van het orgaan te verzekeren. Hier kon aldus een patstelling ontstaan tussen de bevoegdheden; het Hof stelde in een obiter: 'Furthermore, the Parliament is authorized, [...] to adopt appropriate measures to ensure the due functioning and conduct of its proceedings. However, in accordance with the above-mentioned mutual duties of sincere cooperation, the decisions of the Parliament in turn must have regard to the power of the governments of the Member States [...].'

29 Zie par. 2.4.1.

30 Zie par. 2.3.2.

31 Dürig in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3, par. 254.

32 Hier wordt aangenomen dat vaststelling van een afgeleide uit een beginsel een keuzevrijheid impliceert. Juist deze keuzevrijheid druist in tegen de opvatting dat een deductie slechts één logisch-noodzakelijke consequentie heeft.

33 Alexy 1996, p. 339.

34 Alexy 1996, p. 339.

kon worden erkend. Deze benadering van het Duitse Hof pleit eerder voor de hypothese van een niet-gesloten systeem van de grondwet, alsmede voor de opvatting, dat systeemopbouw van het Grundgesetz niet enkel via deductieve, maar ook langs inductieve weg kan gedijen.³⁵ Het grondwettelijke systeem is gesloten, voor zover het algemene vrijheidsrecht Art. 2 lid 1 GG de negatieve vrijheid volledig beschermt, maar het systeem is open voor zover het bestaan van het vrijheidsrecht ex Art. 2 lid 1 aan de mogelijkheid van definitie van nieuwe rechten niet in de weg staat.

In de Amerikaanse grondwet doet zich een soortgelijke situatie voor ter zake van het Veertiende Amendement. Deze vaststelling kan pleiten voor hypothese van een gesloten stelsel. Echter, het feit dat in de Amerikaanse constitutionele rechtspraak het recht op bijvoorbeeld zwangerschapsafbreking tot ontwikkeling is gekomen onder het Veertiende Amendement, mag, evenals in de Duitse constitutionele rechtspraak, leiden tot de voorlopige conclusie dat de Amerikaanse grondwet eveneens een open karakter heeft.³⁶ Dit recht op abortus is, evenals het recht op bijvoorbeeld 'informatieele zelfbeschikking' in het Duitse systeem, niet een nadere specificering van het recht op 'liberty', omdat andersoortige normen naast 'liberty' noodzakelijk waren om dat recht te vestigen onder het beschermingsregime van de grondwet.³⁷ De Nederlandse rechtspraak wijst, afgaande op de rechtspraak van de Hoge Raad, de pretentie dat een gesloten grondwetssysteem wordt gehanteerd in beginsel af.³⁸ De aanvaarding door de Hoge Raad van het recht van het kind, de kennis van zijn afstamming te kunnen vernemen, is geen nadere specificering van een reeds gepositieerd grondrecht.³⁹ De vaststelling, dat in alle stelsels grondrechten, zoals bijvoorbeeld het recht op informatiele zelfbeschikking, het recht de afstamming te kennen of het recht op een existentieel bestaansminimum – aanwezig zijn, die niet kunnen worden aangemerkt als een nadere precisering van gepositieerde grondrechten, sterkt het vermoeden dat in alle stelsels wordt aanvaard – echter niet onbetwist – dat sprake is van open grondrechtssystemen.⁴⁰

4.2.3 'Moeilijke gevallen' ⁴¹

De rechter die een geschil moet beslechten zal zich moeten oriënteren aan de grenzen van de grondwet en rechtspreken volgens de normen die behoren tot 'het recht'. Voor sommige geschillen lijkt een toepasselijke norm echter niet in het positieve recht te zijn

35 Alexy 1996, p. 340.

36 Aangenomen wordt, dat het recht op abortus in de Verenigde Staten behoort tot de geldende rechtswetten (*Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) en *Stenberg v. Carhart*, 28 juni 2000, no. 99-830). Het lijkt er in de rechtspraak op dat het recht iedere keer weer dient te worden herbevestigd in zijn bestaan. Zie ook par. 5.3.3.

37 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

38 Kortmann 1997, p. 31.

39 *Valkenhorst*, HR 15 april 1994, NJ 1994/608.

40 Hesse betoogt dat het Hof zich in navolging van de in Duitse staatsrechtkringen zeer gezaghebbende Dürig heeft bekend tot een gesloten grondrechtssysteem. In hoeverre deze stelling juist is wordt hier niet nader uitgewerkt; de geanalyseerde rechtspraak geeft in hoofdstuk 5 een ander beeld te zien (Hesse 1991, p. 128-9).

41 De typering wordt ontleend aan Dworkin 1977, hoofdstuk 5.

opgenomen: er kan sprake zijn van een nog niet voorziene maatschappelijke of technologische ontwikkeling – althans een waarop de wetgever nog geen antwoord heeft geformuleerd. Het kan zijn dat de ontwikkeling niet voorzien is, maar even goed doet zich de situatie voor dat de wetgever niet in staat is gebleken een adequate regeling te formuleren. In *Valkenhorst* wenste een kind eerst van de moeder en later van de instelling waar het ter wereld was gekomen te vernemen wie de verwekker was. De Nederlandse wet kent niet een recht om de afstamming te kennen, maar de rechter construeerde aan de hand van gepositieerde rechtsnormen een algemene regel waaruit het een recht om de afstamming te kennen afleidde. Op de redeneerwijze wordt verderop ingegaan; hier is het aangewezen om stil te staan bij het type geschillen waarvoor geen positiefrechtelijke regel is geformuleerd, maar ter zake waarvan wel een oplossing noodzakelijk wordt geacht. Het gaat in dit verband om een onderscheid tussen ‘eenvoudige’ en ‘moeilijke’ gevallen.⁴²

Wanneer de feiten duidelijk zijn, het juridisch kader relatief gemakkelijk is af te bakenen en de toepasselijke rechtsnormen voorhanden zijn levert een concrete zaak in beginsel geen rechtsvindingsproblemen op: dat is een typering van een ‘eenvoudige’ zaak. Wanneer de toepassing van de rechtsnorm echter niet soepel verloopt, hetgeen bijvoorbeeld het geval kan zijn bij een vage norm, is het lastiger om vast te stellen wat de precieze rechtsgevolgen moeten zijn. Indien in de rechtsvindingsfase vragen rijzen met betrekking tot de toepasselijkheid van de norm wordt gesproken van ‘moeilijke gevallen. In *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk* achtte het EHRM het recht op privé-leven ex Art. 8 van toepassing; het Hof was van mening dat het nomadisch bestaan een aspect vormt van de culturele identiteit van zigeuners en mitsdien een bestanddeel is van het privé-leven.⁴³ In dit geval was een norm gegeven, maar niet zonder meer toepasbaar op de omstandigheden in het voorliggende geval: het EHRM diende te rechtvaardigen, waarom het nomadisch bestaan deel uitmaakt van het privé-leven onder Art. 8. Van een tweede categorie van moeilijke gevallen is sprake wanneer als gevolg van veranderde of nog in beweging zijnde opvattingen de gangbare interpretatie van de toepasselijke norm als achterhaald wordt beschouwd.⁴⁴ Dat leidt niet altijd tot bijstelling van de norm door de rechter, maar in sommige gevallen bestaat ruimte om de norm via een extensieve interpretatie aan te passen.⁴⁵ Ten slotte is er een groep van gevallen aan te wijzen, waarin niet duidelijk is of de ingeroepen norm wel behoort tot het geldend recht. De aanspraak op kennis van de afstamming in de Nederlandse situatie was hier een voorbeeld van, evenals het recht op abortus in de Amerikaanse rechtspraak.⁴⁶ Een toepasselijke norm lijkt in dergelijke gevallen te ontbreken.

42 Vranken hanteert het onderscheid eveneens met een aantal kenmerken; diens lijn wordt hier grotendeels gevolgd (Asser-Vranken 1995, p. 57-70).

43 *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 januari 2001, EHRC 2001/19.

44 Zie bijvoorbeeld de erkenning van het EHRM van een recht op geslachtelijke identiteit (*Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juli 2002, EHRC 2002/74).

45 De ruimte bestond bijvoorbeeld niet in verband met aanspraken op een homohuwelijk in Nederland (HR 19 oktober 1990, NJ 1992/129) of een consensuele homoseksuele relatie in de Verenigde Staten (*Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)).

46 Zie achtereenvolgens *Valkenhorst*, HR 15 april 1994, NJ 1994/608 en de uitwerking ervan in par. 9.2.6

Wanneer de rechter een moeilijk geval ter beoordeling krijgt zal hij in de rechtsvindingsfase aan moeten geven, welke norm van toepassing is op het voorliggende geschil en waarom. In dit onderzoek staat steeds de onduidelijkheid met betrekking tot de toe te passen rechtsnorm centraal. De hierna te bespreken rechtspraak is dan ook met name onderzocht op uitspraken waarin de rechtsvindingsactiviteit werd gehinderd door vragen die betrekking hadden op de reikwijdte van de toe te passen norm of op de rechtsgeldigheid van de toe te passen norm. Van belang is dat de moeilijke gevallen eerder uitzondering zijn dan regel. Dat wil niet zeggen dat de betekenis van de uitspraken over moeilijke gevallen daarmee afneemt. Ter zake van de moeilijke gevallen komt het vooral aan op de vraag of de rechter bereid is de kwestie te beoordelen, of dat hij wacht totdat de wetgever met een regeling komt. In dit verband is belichting van de vraag hoe de rechter omgaat met moeilijke gevallen zeer interessant vanwege de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever. Vraag in verband met de interpretatie van aanspraken op het terrein van het recht op persoonlijkheid is, welke koers de rechter heeft gekozen in moeilijke gevallen, en hoe de keuze werd ingekleed in het licht van de constitutionele verhouding. Een hieruit voortvloeiende kwestie is of er enige voorspelbaarheid mogelijk is ter zake van de bereidheid tot extensieve of wellicht creatieve rechtsvinding over te gaan. Getracht wordt deze vragen voor de afzonderlijke stelsels te beantwoorden in de hoofdstukken 5 tot en met 9. Hieraan voorafgaand wordt ingegaan op de vraag, wie de rechter met zijn uitspraak wil overtuigen, en op de interpretatiemaximes die de rechter tot zijn beschikking heeft bij het vaststellen van de reikwijdte van rechten.

4.2.4 *Het forum: wie moet worden overtuigd van de rechtsvinding?*

In hoofdstuk 3 werd besproken, welke institutionele en interinstitutionele factoren een begrenzing vormen van de rechterlijke besluitvorming. De besproken factoren hebben betrekking op de constitutionele verhouding tussen de rechter en de wetgever. De wetgever is in de staatsrechtelijke arena een belangrijke factor met wie de rechter, als het aankomt op een verdeling van taken en verantwoordelijkheden, rekening zal moeten houden in zijn besluitvorming. Dat houdt geenszins in, dat er verder geen actoren of partijen meer te bedenken zijn, die met grote belangstelling de verrichtingen van de rechter volgen. Die zijn er wel, al volgen zij die verrichtingen vanuit een ander perspectief: deze actoren hebben niet zozeer direct te maken met de verdeling van de taken en verantwoordelijkheden van de rechter, maar kunnen wel anderszins worden geconfronteerd met de consequenties van de uitspraak en kunnen veelal indirect of achteraf hun mening over de door de rechter gehanteerde werkwijze laten gelden. Met de aanvaarding door hen houdt de rechter in zijn besluitvorming tot op zekere hoogte rekening.⁴⁷ Tot het forum behoren in ieder geval de partijen in het geding en meer in het algemeen de publieke opinie. Daarnaast kan er een juridisch forum worden ontwaard, waarvan andere rechtstoepassers dan de hier besproken rechters, wetenschappers en

en *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 en de uitwerking ervan in par. 5.3.3.

47 Bosmajian 1992, p. 28 e.v.

bijvoorbeeld advocaten deel uitmaken.⁴⁸ De rechter is niet alleen gebaat bij aanvaarding van zijn besluitvorming in een concrete casus door de wetgever, maar ook bij acceptatie ervan in bredere kring: het komt de legitimiteit en aanvaardbaarheid van zijn uitspraken ten goede. Het Amerikaanse Hooggerechtshof formuleerde het belang van de aanvaarding van de rechterlijke uitspraken bij een zo groot mogelijk forum als volgt:

‘As Americans of each succeeding generation are rightly told, the Court cannot buy support for its decisions by spending more money and, except to a minor degree, it cannot independently coerce obedience to its decrees. The Court’s power lies, rather, in its legitimacy, a product of substance and perception that shows itself in the people’s acceptance of the Judiciary as fit to determine what the Nation’s law means and to declare what it demands.’⁴⁹

Deze rechter is zich bewust van het beperkte instrumentarium dat hem ter beschikking staat om zijn uitspraken werkelijk zo breed mogelijk aanvaard te zien. Indien er beslist moet worden over kwesties waarover in de samenleving geen consensus maar juist een scherpe verdeeldheid bestaat, wordt het moeilijker om een ruimer draagvlak voor de rechterlijke beslissing te vinden. Het Hooggerechtshof zag dat in *Casey* als volgt:

‘Because not every conscientious claim of principled justification will be accepted as such, the justification claimed must be beyond dispute. The Court must take care to speak and act in ways that allow people to accept its decisions on the terms the Court claims for them, as grounded in truly principle, not as compromises with social and political pressures having, as such, no bearing on the principled choices that the Court is obliged to make. Thus, the Court’s legitimacy depends on making legally principled decisions under circumstances in which their principled character is sufficiently plausible to be accepted by the Nation’.⁵⁰

In dit verband worden alle partijen die bij de rechterlijke uitspraak op de een of andere manier een belang hebben, aangemerkt als ‘forum’. In beginsel hebben niet alle partijen in het forum gelijkmatige belangstelling voor alle stadia in de rechterlijke besluitvorming.⁵¹

Er kan een forum worden geschetst dat zover mogelijk overeenkomt met de werkelijkheid. Dat forum bestaat uit verschillende belangstellenden: de rechtsgemeenschap, waar binnen zich bijvoorbeeld andere rechters wetenschappers en andere rechtsbeoefenaren bevinden; de uitvoerende macht, de wetgever en de publieke opinie. Deze groepen binnen het forum hebben uiteenlopende verwachtingen, die elkaar ook deels overlappen. De publieke opinie zal zich in eerste instantie richten op het resultaat van de rechterlijke besluitvorming, dat zich in de regel manifesteert na de toetsing. Dat hangt voor een deel samen met de afwezigheid van specialistische kennis die het lezen van een rechterlijke uitspraak inzichtelijk maakt. Dergelijke kennis draagt bij aan het plaatsen van de uitspraak in een groter geheel, in de context van bestaande jurisprudentie bijvoorbeeld, of bestaande rechtsnormen. In de publieke opinie – en deels ook in de gelederen van de uitvoerende en wetgevende macht – is die specialistische kennis

48 Zie ook Boukema 1997, p. 194.

49 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

50 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

51 Ponthoreau 1993, p. 170 e.v.

afwezig. In beginsel zal vooral de rechtsgemeenschap zich op meer richten dan alleen het resultaat van de toetsing. Deze groep heeft in vergelijking met de publieke opinie meer inzicht in de toepasselijke rechtsnormen en rechtspraak. Mitsdien kunnen zij beoordelen, in welke mate het besluit – in al zijn onderdelen – cohereert met of juist interfereert in het bestaande normensysteem. De andere rechters die het recht dienen toe te passen en de rechtswetenschap zijn in dat aspect geïnteresseerd: zij beoordelen, in welke mate de rechterlijke besluitvorming in alle onderdelen bijdraagt aan opheldering en verbetering van het rechtssysteem.

De rechter overtuigt in het beste geval alle leden van het forum, zowel degenen die het gehele besluitvormingsproces volgen, als de partijen bij het geschil die belang hebben bij een voor hen rechtvaardige uitkomst. Vanuit dit standpunt lijkt het toegenomen belang van jurisprudentie als zelfstandige bron van recht tot op zekere hoogte te verklaren.⁵² De constitutionele rechter dient zich in elk geval te richten op de bij het geschil betrokken partijen, en hun vragen en middelen voldoende gemotiveerd te behandelen. Een daaraan gekoppelde kwestie is dan, of hij gehouden is om meer algemene, boven het concrete geschil uitstijgende uitspraken te doen, met bijvoorbeeld de intentie om de publieke opinie of het juridisch forum te overtuigen van het gevonden resultaat. Er kleven echter problemen aan het uitspreken van een voorkeur voor een bepaald deel van het forum. De belangen van de verschillende groeperingen die deel uitmaken van het forum kunnen tegengesteld zijn. De belangrijkste taak van de rechter is om in een concreet geschil tegengestelde normen en waarden met elkaar in overeenstemming te brengen. Indien hij zich in zijn motivering toespitst op het forum dat enkel belang heeft bij de uitkomst, kan dat in sommige gevallen ten koste van de kwaliteit van zijn argumentatie gaan. Het kan bijvoorbeeld voorkomen, dat de rechter wel tot een door de publieke opinie gewenst resultaat komt, maar dat de daartoe gevolgde redenering niet deugt. Ook kan de rechter zich richten op een volgens hem door de wetgever gewenst resultaat, hoewel dat resultaat niet wordt aanvaard bij de opvattingen in grote delen van de samenleving of bij die van het juridisch forum. Het resultaat mag dan met instemming door de wetgever worden begroet, maar het kan zijn dat de aandacht in de motivering voor consistentie en coherentie van het rechtssystemen verslapt en dat de gevolgde redenering niet op alle aspecten hout snijdt. Hij richt zich dan met zijn drang tot overtuiging van een bepaald forum op enkele aspecten in zijn besluitvorming, en dat kan ten koste gaan van de innerlijke consistentie en coherentie van het systeem van rechtsnormen.

Over dit aspect, kwaliteit van de argumentatie, wordt in verschillende argumentatietheorieën uitgebreid gedebatteerd.⁵³ Het is zinvol om te bezien in welk daglicht het forum moet worden bezien in relatie tot de argumentatie die de rechter zal kiezen om dat forum te overtuigen. In de argumentatietheorie is het forum steeds een sleutelbegrip om te komen tot een vaststelling van een 'ideale' argumentatiemethode. De rechtvaardiging voor de ene of de andere methode is gekoppeld aan een werkelijk bestaand

52 Par. 4.6 en 4.7.4.

53 Perelman 1983, p. 40 e.v.; Aarnio 1987, p. 221 e.v.; Alexy 1991, p. 197 e.v.

forum, of aan een ideaaltypisch forum. Het hiervoor geschetste forum is een werkelijk bestaand forum. Een ideaaltypisch forum is daarentegen gespitst op deugdelijkheid van alle facetten van de rechterlijke besluitvorming. Het ideaaltypische forum staat in de optiek van Perelman meer borg voor een rationele en objectieve argumentatie in vergelijking met een forum dat belang heeft bij een bepaald aspect van de rechterlijke uitspraak. Rationaliteit en objectiviteit van rechterlijke besluitvorming leiden in beginsel tot grotere aanvaardbaarheid van een rechterlijke uitspraak, is hierbij de gedachte. Ook waardeoordelen kunnen in die optiek een objectieve waarde verkrijgen indien zij berusten op een rationeel navolgbare argumentatie. Op deze benadering valt beslist één en ander af te dingen. Het ideaaltypische forum zoals geschetst door Perelman miskent het bestaan van sociale en culturele verschillen in een samenleving. Mitsdien is het lastig, aldus Alexy, om van een min of meer universele opvatting van rationaliteit te kunnen spreken.⁵⁴ Wanneer wordt erkend dat die verschillen bestaan, ontvalt de kracht van het ideaaltypische forum: er lijken zich toch weer groepen in het forum te bewegen die eigen belangen en aanspraken gehonoreerd willen zien in de rechterlijke uitspraak. De waarborg van Perelmans ideaaltypische forum komt daarmee op losse schroeven te staan. Aarnio stelt eveneens dat het ideaaltypische forum niet overeenstemt met de werkelijkheid in de samenleving.⁵⁵ Hij spitst de benadering van het forum dan ook niet toe op de samenstelling ervan, maar gaat er vanuit dat het forum, de samenleving in het geheel, in elk geval enkele basiswaarden in het recht onderschrijft. Hierop berust de hypothese, dat over dergelijke basiswaarden een consensus kan groeien.⁵⁶ Hij verlaat daarmee het idee dat het forum op alle punten een universele opvatting vertegenwoordigt en erkent dat er aspecten in het recht zijn waarover zeer uiteenlopend wordt gedacht. Een basiswaarde is dan niet zozeer dat er een universele aanvaarding bestaat van rechterlijke uitspraken, maar meer dat aan de rechterlijke besluitvorming rationaliteit ten grondslag dient te liggen.⁵⁷

Rationaliteit dient uitgangspunt te zijn wanneer de vraag wordt gesteld, welke belangen van welke groep van het forum dienen te worden gerespecteerd. Rationaliteit kan in sommige opzichten diametraal tegenover het rechtvaardigheidsgevoel dat bij sommige leden van het forum heerst komen te staan, maar dat 'verbijzonderbare' rechtvaardigheidsgevoel mag in beginsel niet de overhand krijgen op de rationaliteit van de rechterlijke beslissing. In de analyse van de rechtspraak zal aandacht worden geschonken aan de wijze waarop de rechter tracht 'het' forum tracht te overtuigen. In het bijzonder bij de beoordeling van geschillen omtrent het recht op persoonlijkheid ligt het voor de hand dat bepaalde groepen in het forum moeten worden overtuigd van de rechtvaardigheid van de rechterlijke beslissing. Dat hangt samen met het karakter van dat recht: er bestaan in de samenleving diametraal tegenovergestelde opvattingen over de mate waarin de staat zich mag inlaten met persoonlijke keuzen van het individu, en over de mate waarin het individu zelf gestalte mag geven aan die keuzes. Juist individuele

54 Alexy 1991, p. 203 e.v.; zo ook Aarnio 1987, p. 224-225.

55 Aarnio 1987, p. 224 e.v.

56 Aarnio 1987, p. 224.

57 Aarnio 1987, p. 225.

aanspraken samenhangend met de persoonlijkheid kunnen niet altijd rekenen op de instemming van een meerderheid van het forum als het gaat om erkenning van bijvoorbeeld voorkeur voor homoseksuele of interracial relaties; het willen ondergaan van een abortus, de erkenning van het nieuwe geslacht, of het willen kennen van de biologische afstamming ook al brengt dat onrust in het bestaande familieverband met zich mee. In de jurisprudentieanalyse wordt teruggekomen op de betekenis van het forum in de rechterlijke besluitvorming.

4.3 Het interpretatiedebat in de verschillende rechtsstelsels

Voor alle stelsels wordt geschetst welke doctrines er bestaan in verband met het constitutionele interpretatiedebat. Van belang is dat niet een gedetailleerde beschrijving wordt gegeven van erkende interpretatiemethoden, maar dat aan de hand van de meest gebruikte methoden wordt gekeken welke het meest worden benut voor de uitleg van grondrechtsnormen, en welke uitlegmaximes in dat verband tot ontwikkeling zijn gekomen. In het Duitse rechtsstelsel bestaat bijvoorbeeld het interpretatiebeginsel van de 'praktische Konkordanz', dat inhoudt dat een harmoniërende uitleg aan grondrechten dient te worden gegeven. In de rechtspraak van zowel het Luxemburgse als het Straatsburgse Hof is een uitlegprincipe ontwikkeld dat stipuleert dat aan de verdragsrechten een 'effet utile' dient te worden gegeven, hetgeen inhoudt dat ingeroepen bepalingen niet zo mogen worden uitgelegd, dat de daarin neergelegde rechten illusoir worden. Wat de schets van de interpretatiemethoden verder laat zien is een structurering van het debat over interpretatie tegen de achtergrond van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever. In beginsel worden interpretatierichtlijnen gezocht die het gehele interpretatievraagstuk in een rechtsstelsel beheersen – deze maximes kunnen ook van belang zijn voor de analoge redenering. Vraag is bijvoorbeeld, of er een hiërarchie van interpretatiemethoden bestaat, en of er voor een bepaalde methode een sterke voorkeur bestaat bij de uitleg van grondrechten. De tekstuele methode lijkt de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever namelijk in een rustiger vaarwater te laten dan een dynamisch-teleologische uitleg.

4.3.1 Verenigde Staten

Constitutionele interpretatie

Interpretatiedoctrines worden in het Amerikaanse debat van groot belang geacht voor de wijze waarop redeneringen worden opgebouwd in de rechtspraak, alsook voor de wijze waarop het constitutionele recht is georganiseerd.⁵⁸ Het debat over de rechterlijke

58 Er kan slechts een suggesties worden gedaan ter zake van de Amerikaanse discussie over constitutionele interpretatie; de literatuur ter zake is overvloedig: Bickel 1962; Black 1983; Bobbitt 1982; Bobbitt 1991; Bork 1990; Brest 1975; K. Burgess-Jackson 1989; W. Brugger 1994; Cardozo 1921 (herdruk 1949); Denning en Reynolds 1997; DeRosa 1996; Ducat en Chase 1992; Ely 1980; Fallon 1987; Grey 1984; Grey 1978; Gunther en Sullivan 1997; Heringa 1996; Hoffman 1997; Kotulak 1988; Nagel 1989; Posner 1995; Scalia 1997; Sunstein 1999; Tribe 1985 (I); Tribe 1985 (II); Tribe and Dorf 1991; Tribe

taakopvatting in rechtsvinding gaat in de Verenigde Staten vooral over constitutionele interpretatie en de mate waarin een methode leidt tot spanningen in de verhouding met de democratisch gelegitimeerde wetgever of lagere federale wetgever of rechter. Hieronder wordt getracht, de belangrijkste lijnen in de benadering van rechtsvinding kort uiteen te zetten.⁵⁹ In zijn ideale vorm leidt het geheel van constitutionele doctrines tot een coherent analytisch kader waarmee conflicten in individuele casus kunnen worden beslist. Voorstanders van een strikte toepassing van doctrines stipuleren dat het gebruik van interpretatiedoctrines leidt tot een terugdringen van rechterlijke discretie in constitutionele rechtspraak, daar de rechter in zijn beslissing gebonden is aan het geheel van doctrines die op logische wijze met elkaar in verband staan. Met name ter zake van de redeneringen die worden opgebouwd in de constitutionele rechtspraak bestaat veel discussie over de juiste hantering van de correcte methoden. Sommigen zijn van mening dat juist in de constitutionele interpretatie ruimte bestaat voor het gebruik van persoonlijke politiek-ethische inzichten, hetgeen samenhangt met het open karakter van de rechtsnormen. Een dergelijke benadering zet de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever onder druk: onder voorwendselen van toepassing van grondrechtelijke normen kan de rechter in staat worden geacht met zijn subjectieve bevindingen de rechtsvinding te sturen.

Critici van het 'geloof' in doctrines daarentegen bestrijden niet dat doctrines een handig hulpmiddel zijn bij het opbouwen van de redenering in een concrete casus, maar zijn eveneens van mening dat doctrines juist kunnen worden gemanipuleerd teneinde een gewenst resultaat uit de redenering te verkrijgen.⁶⁰ Enkele van de uitlegdoctrines vragen op hun beurt wederom om nadere interpretatie, zodat de functie van een doctrine als een eenduidige richtingaanwijzer in het rechtsvindingsproces niet langer opgaat. Zo dient het Hooggerechtshof bij de vraag of sprake is van een 'fundamental right' steeds vast te stellen of het geclaimde recht deel uitmaakt van het vage 'concept of ordered liberty'. Critici stellen dat deze uitlegdoctrines een misplaatst vertrouwen in zekerheid oproepen, omdat zij suggereren dat een 'juist' en logisch resultaat voortvloeit uit de mechanische toepassing van de formules en tests die deze doctrines vereisen.⁶¹ De discussie over het bestaan van een recht op 'privacy' is onderdeel van een ruimere discussie over grondwetsinterpretatie in de Verenigde Staten.⁶² In de Amerikaanse doctrines is een aantal opvattingen tot ontwikkeling gekomen die ieder op hun eigen

2000; Tushnet 1999; Wechsler 1961.

59 In dit verband wordt geen volledigheid geclaimd; voor uitgebreide beschouwingen zie de hiervoor onder noot 58 aangehaalde literatuur.

60 Dworkin haalt hierbij een voorbeeld van Judge Learned Hand aan: 'He argued for judicial restraint, and said that the Supreme Court had done wrong to declare school segregation illegal in the *Brown* case. It is wrong to suppose, he said, that claims about moral rights express anything more than the speaker's preferences. If the Supreme Court justifies its decisions by making such claims, rather than by relying on positive law, it usurping the place of the legislature [...]' zie Dworkin 1977, p. 140.

61 Zie daarover onder meer Nagel 1989, p. 121 e.v.

62 Zie par. 2.3.3 en hoofdstuk 5 voor verdere uitwerking van het recht op 'privacy'; in herinnering wordt geroepen het feit dat dit recht niet woordelijk in de grondwet is vastgelegd en dat er geen eenduidigheid bestaat over de grondslag van het recht dat door het Hof werd gepositieerd.

manier consequenties hebben voor de grondslag en de reikwijdte van het recht op 'privacy' en meer in het algemeen het recht op 'privacy'.⁶³

Tekstuele interpretatie

Een vaste rangorde van interpretatiemethoden wordt in het algemeen verworpen, al wordt wel gesteld dat bijvoorbeeld de tekstuele benadering van de grondwet de eerste methode is waaraan de lezing van de Constitution moet worden onderworpen omdat de grondwet opgeschreven is.⁶⁴ Constitutionele interpretatie aan de hand van enkel de strikte tekstuele benadering leidt in de optiek van sommigen steeds tot een juiste uitleg van de grondwet.⁶⁵ In de optiek van anderen zou louter tekstuele lezing van de grondwettelijke bepalingen de grondwet tekort worden gedaan; één van de opvattingen in het debat over de juiste interpretatiemethode is dan ook dat met tekstuele interpretatie van de grondwet niet alleen de expliciete bewoordingen van het document worden bedoeld. Interpretatie van de tekst betekent tevens dat de woorden in hun context moeten worden gelezen; isolatie van de woorden binnen de constitutionele bepalingen wordt niet als wenselijk gezien terwijl ook rekening dient te worden gehouden met het voorkomen van dezelfde formuleringen elders in de Constitution.⁶⁶ Dat laatste draagt bij in de consistentie van constitutionele interpretatie.⁶⁷ Dat tekstuele interpretatie het vertrekpunt voor constitutionele interpretatie vormt, is te zien aan de wijze waarop het debat over de juiste uitleg gestructureerd is: die hangt samen met de juiste lezing van de tekst. In dit verband kunnen drie stromingen worden onderscheiden. De eerste stroming, die van de 'originalists', stelt dat de grondwet naar de letter moet worden gelezen. In dat geval zal een extensieve uitleg van grondwettelijke bepalingen niet voor de hand liggen. De stroming van de 'interpretevists' hecht in mindere mate strikt aan de

63 Bij deze indeling wordt grotendeels het schema van Tribe gevolgd, dat in de literatuur wordt onderschreven. Zie Tribe 2000, p. 1-78. Fallon gaat een stapje verder met zijn uiteenzetting over constitutionele interpretatie en geeft een explicietere rangorde aan van de te volgen methodes – iets wat hij nu niet weer zou willen pretenderen (Fallon 1987, p. 1189-1286). Zijn indeling sluit aan bij die van Tribe.

64 Kommers 1998, p. 35; Tribe 2000 p. 31 e.v., Bobbitt 1982.

65 Anders zie bijvoorbeeld rechter H. Black, die wordt gezien als een van de meest strikte 'textualists', hetgeen betekent dat de letterlijke tekst aangehouden moet worden bij interpretatie: 'I simply believe that 'Congress shall make no law' means Congress shall make no law', Black 1969, p. 45.

66 Tribe 2000, p. 38.

67 Een fraai voorbeeld hiervan is terug te vinden in de interpretatie van het woord 'necessary' door Rechter Marshall in de zaak *McCulloch t. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 414-415 (1819). Hij contrasteerde het begrip 'necessary' in de Necessary and Proper Clause (zie Art. I lid 8 onder 18) met de frase 'absolutely necessary' in de Import/Export Clause, waarna de noodzaak tot wetgeving door Congress kon worden geïnterpreteerd in Art. I lid 10 sub 2. In *McCulloch t. Maryland*: 'The argument on which most reliance is placed, is drawn from the peculiar language of this clause. Congress is not empowered by it to make all laws, which may have relation to the powers conferred on the government, but such only as may be "necessary and proper" for carrying them into execution. [...] is it true, that this is the sense in which the word "necessary" is always used? Does it always import an absolute physical necessity [...]?' Om tot een interpretatie te komen wordt een vergelijking gemaakt met de betekenis van "necessary" in lid 10: 'It is, we think, impossible to compare the sentence which prohibits a state from laying imposts, or duties on imports and exports, except what may be absolutely necessary for executing its inspection laws'. Voornoemde constitutionele bepalingen in het geheel zijn niet vergelijkbaar; de notie 'necessary' wordt in de twee bepalingen echter eender ingevuld.

letter van de grondwet; in het verlengde of in de periferie van de bepalingen in de grondwet aanvaarden zij wel 'ontdekking' van aanverwante grondrechten. De grondwet moet daarvoor wel een eenduidige, aanwijsbare basis bieden. De derde stroming ten slotte, die van de non-interpretivists, aanvaardt dat een bron voor fundamentele rechten ook buiten de letterlijke tekst van de grondwet gevonden kan worden.⁶⁸

Originalists, intentionalists en interpretivists

In de stroming van de 'originalists' bevindt zich een afscheidingsbeweging: de kern van het meningsverschil tussen intentionalists en originalists is gelegen in de voorkeur voor de autoriteit die de juiste interpretatie dicteert. De intentionalist hanteert een tekstuele benadering zoals de toenmalige wetgever de tekst bedoeld heeft.⁶⁹ De originalist daarentegen houdt vast aan de betekenis van de tekst zoals die in de samenleving gold ten tijde van de totstandkoming van de grondwet.⁷⁰ Beide uitgangspunten vertegenwoordigen in de optiek van interpretivists een onhoudbare positie omdat door originalists en intentionalists wordt aangeknoopt bij opvattingen van eind achttiende eeuw. In de visie van de interpretivists dient de tekst te worden gezien tegen de achtergrond van de normen en waarden in de huidige samenleving, ook al dateren de formuleringen uit een geheel andere tijd.⁷¹ Een mogelijk compromis tussen originalists en intentionalists enerzijds en interpretivists anderzijds is de visie van de 'moderate interpretivists' die de opvatting huldigen dat de huidige betekenis van de tekst tezamen met de algemene of abstracte uitgangspunten zoals bedoeld door de schrijvers van de Constitution centraal dient te staan.⁷² Er valt een en ander af te dingen op de extreme standpunten van intentionalists, originalists en de interpretivists. Belangrijkste kritiek op de opvattingen van de intentionalists is wel dat de pretentie dat de meest objectieve interpretatiemethode zou worden gevolgd, lastig vol te houden is: ook de opvatting van de Framers dient te worden 'gevonden' en 'aangetoond' als zijnde de juiste lezing van de tekst.⁷³ Een subjectief element van de rechtsvinder in de interpretatie lijkt ook in de

68 Dworkin 1977, met name hoofdstuk 5. Ely onderscheidt 'interpretivists' en 'non-interpretivists', zie Ely 1980, p. 12 e.v.; zo ook Brugger 1994, p. 404 e.v. en Beatty 2001, p. 79 e.v. Ook andere stromingen hebben zich in het interpretatiedebat ontwikkeld, zoals bijvoorbeeld die van 'legal realism' die de input van de ervaring en het werkelijke leven in de interpretatie betreft, de 'critical legal studies movement', die een meer sceptische en utopische vorm van 'legal realism' vertegenwoordigt (zie Brugger 1994, p. 405 e.v.).

69 Een intentionalistbenadering is te vinden in de opvattingen van R. Bork: 'Judges must accept any value choice the legislature makes unless it runs clearly contrary to a choice made in framing the Constitution', Bork 1971, p. 11.

70 Cooley 1972, p. 55: het doel van de Constitution voor zover het gaat om erkenning van rechten is 'to embed certain rights in such a manner that future generations cannot readily take them away'.

71 Bobbitt 1982, p. 25 e.v.. Zie ook bijvoorbeeld rechter Brennan, *dissenting*, in *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 141 (1989): 'the document the plurality construes today [...] is not the living charter that I have taken to be our Constitution; it is instead a stagnant, archaic, hidebound document steeped in the prejudices and superstitions of a time long past'.

72 Brest 1980, p. 223 e.v..

73 Er bestaat geen officiële documentatie van de Philadelphia Convention, waar de Constitution werd vastgesteld. Enkele afgevaardigden hebben wel aantekeningen gemaakt, maar deze zijn incompleet. Verder is het haast onmogelijk in het geval compromissen die gesloten zijn tussen de afgevaardigden, aan te tonen welke mening de heersende is. En wie geldt er als 'founding Father', als Framer? In de

hantering van deze methode onvermijdelijk.⁷⁴ De problemen met een originalist benadering zijn eender, hoewel wat meer verhuld: teneinde de juiste betekenis van de tekst te achterhalen vormen woordenboeken en etymologische bronnen uit die tijd een hulpmiddel. Deze bronnen zijn echter niet eenduidig en vergen van de uitlegger eveneens interpretatie en verantwoording van de keuze voor nadruk op de ene of andere bron. Indien de originalist erin slaagt een overtuigende interpretatie aan te voeren rijst de vraag in hoeverre de Amerikanen in de huidige samenleving zich gebonden achten aan de opvattingen omtrent staatsinrichting en fundamentele rechten zoals die ruim tweehonderd jaren geleden golden.⁷⁵ Problematisch bij de interpretivists is het uitgangspunt dat de tekst van de Constitution dient te worden bijgesteld naar 'standards' van de 'living Constitution' die op hun beurt in het geheel niet vastliggen.⁷⁶ Brennan bevindt zich onder de aanhangers van de 'non-interpretivists'.

Zoals hierboven reeds kort werd aangestipt, worden deze standards nader ingevuld door onder meer constitutionele rechtsbeginselen, waarvan het bestaan als geldende rechtsnormen niet eenstemmig door het juridisch forum worden aanvaard. Vooral de intentionalists en originalists hebben problemen met deze wijze van interpretatie: de methode kan leiden tot grondwetwijzigingen die door de rechter worden gecreëerd, terwijl de grondwetgever juist in speciale amenderingsprocedures heeft voorzien.⁷⁷ Van de rechters die zitting hebben in het huidige Hof komen Rehnquist, Scalia en Thomas het dichtst bij de filosofie van de originalists.⁷⁸

Intentionalists, originalists, interpretivists en non-interpretivists staan allen voor de opgave invulling te geven aan abstracte begrippen als 'liberty' in het Veertiende Amendement en aan 'privacy'. Vraag is of 'liberty' als in het Vijfde en Veertiende Amendement dient te worden opgevat als een ruime beginselachtige bepaling die nog nadere invulling behoeft (non-interpretivists), of dat het begrip enkel dient te worden geijkt aan de rechten die direct (originalists en intentionalists) of indirect (interpretivists) voortvloeien uit de Bill of Rights. In de Amerikaanse literatuur en rechtspraak wordt voor de wijze van invullen gesproken over een algemene of juist een meer specifieke benadering van abstracte begrippen als 'liberty'. In een specifieke benadering zal de interpreet, die invulling wenst te geven aan 'liberty' in verband met een concreet ge-

totstandkoming van de Constitution zijn afgevaardigden opgestapt (Hamilton, die toch wordt gezien als zeer vooraanstaand in het proces van de totstandkoming); welke betekenis dient aan zijn mening te worden gehecht? En welke waarde dient te worden gehecht aan de intentie van de ratificerende staat?

74 Tribe 2000, p. 57 en Dorf 1997, p. 1777.

75 When we are dealing with words that are also a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize and hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and blood to prove that they created a nation. The case before us must be considered in the light of our whole experience and not merely in that of what was said a hundred years ago', rechter Holmes in *Missouri t. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

76 Scalia 1997, p. 44 e.v.

77 Zie Black in zijn *dissenting* bij *Harper t. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966).

78 Heringa 1996, p. 123.

schil, trachten 'zo dicht mogelijk' te blijven bij de in het geschil spelende aanspraken. Invulling aan de hand van een meer abstracte norm van 'liberty' staat toe, dat er eerder ruimte ontstaat voor een extensiever interpretatie van 'liberty'. De rechter is in dat geval bereid, uitspraken te doen over 'liberty' die boven het concrete geschil lijken uit te stijgen.

De zaak *Michael H. t. Gerald D.* bijvoorbeeld, leidde binnen het Hof tot een verdeeldheid omtrent de vaststelling van de juiste benadering van het recht op 'liberty', meer specifiek family life.⁷⁹ In deze casus claimde de biologische vader op basis van 'liberty' in het Veertiende Amendement en het daaruit afgeleide recht op 'family life' omgang met zijn kind. Dat kind was in een huwelijk waarvan de biologische vader geen deel uitmaakte geboren. Zijn claim werd door de meerderheid in het Hof verworpen, zelfs waar de vader aantoonde dat voor 98% vaststond dat hij de biologische vader was. Rechter Scalia, originalist, schreef de meerderheidsopinie:

'due process required not merely that the interest denominated as a 'liberty' be 'fundamental' (a concept that, in isolation, is hard to objectify), but also that it be an interest traditionally protected by our society[...] The legal issue here *reduces* to whether the relationship between the persons in the situation of Michael and the child has been treated as a *protected family unit* under the *historic practices* of our society [...]'.

De invulling die Scalia geeft aan 'family life' met 'tradition' leidt tot een specifieke, concrete benadering van het recht op family life. Middels deze specifieke interpretatie beargumenteert hij dat voor een recht van een 'overspelige biologische vader' geen basis ligt in de historische constitutionele traditie, en kon met verwijzing naar de specifieke benadering van family life in het traditionele kader de claim van de biologische vader worden afgewezen. Justice Brennan stelt daartegenover juist een meer algemene benadering van 'liberty' en het daaruit voortvloeiende recht op family life uit het Veertiende Amendment. In zijn *dissenting* bekritiseert Brennan de gevolgen van Scalia's specifieke benadering van het recht:

'In construing the Fourteenth Amendment to offer shelter only to those interests specifically protected by historical practice, [...] the plurality ignores the kind of society in which our Constitution exists. We are not an assimilative, homogeneous society, but a facilitative, pluralistic one, in which we must be willing to abide someone else's unfamiliar or even repellent practice because the same tolerant impulse protects our own idiosyncracies. In a community such as ours, 'liberty' must include the freedom not to conform'.

Brennan kiest met deze benadering voor een hogere abstractiegraad van het recht op 'liberty' en het afgeleide recht op family life. Het gaat volgens Brennan niet om de vraag of een overspelige vader een recht heeft op omgang met het kind dat staande een ander huwelijk is geboren, maar om een meer algemene familiebetrekking tussen ouder en kind. De overspeligheid komt in het meer algemene verband geen functie meer toe, zoals dat in de meer concrete situatie nog wel het geval was. Die benadering leidt

79 *Michael H. t. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989). Het concept van gezinsleven is in de Amerikaanse constitutionele rechtspraak een afgeleide van 'liberty' onder het Veertiende Amendment. Zie ook *Moore t. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977) en *Zablocki t. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978), zie ook par. 5.3.5.

evenwel tot de tegenovergestelde uitkomst van Scalia's interpretatie van het begrip. Het debat tussen Brennan en Scalia over de juiste benadering van abstracte begrippen als 'liberty' wordt in verschillende latere uitspraken voortgezet.⁸⁰ Scalia bestrijdt Brennan's opvatting omdat die zou leiden tot een soort 'containerbegrip' waaronder iedere aanspraak wel zou kunnen worden erkend. Dat hadden de Framers van de grondwet volgens Scalia niet voor ogen:

'Justice Brennan's approach does not establish a rule of law at all, but only a 'totality of the circumstances-test'. The difference between Justice Brennan and me has to do with whether the changes are to be adopted as progressive by the American people or decreed as progressive by the Justices of this Court'.⁸¹

De aanvaarding van een abstractiegraad van de constitutionele bepaling lijkt consequenties te hebben voor de uitleg die de bepaling uiteindelijk krijgt: een vergaande concretisering van een constitutionele bepaling leidt al gauw tot een restrictieve interpretatie, terwijl een hogere abstractiegraad meestal leidt tot het omgekeerde, eerder een extensieve interpretatie van de grondwettelijke bepaling.⁸² Indien de constitutionele bepaling een beginselachtig karakter krijgt toegedicht, is het eerder mogelijk de tekst van de Constitution aan te passen aan de condities van de huidige samenleving, terwijl aanpassing aan de condities bij een meer specifieke invulling van de grondwetsnorm juist lastig wordt.⁸³

De achterliggende gedachte voor de benadering wordt in belangrijke mate ingegeven door de betekenis van de bepaling in de grondwet in de staatsinrichting: is de achterliggende bedoeling van de grondwetsnorm een richtlijn voor staatshandelen, of dient de grondwetsnorm juist ter conservering van een bestaand instituut of gewoonte. Beide uitgangspunten genereren elk een afzonderlijke rechterlijke taakopvatting. Indien het verbod op staatshandelen wordt gezien als belangrijkste dynamiek achter de bepalingen in de grondwet zal de interpreter waarschijnlijk eerder een meer abstracte benadering in de bepalingen aanvaarden. Is het uitgangspunt dat de grondwet een richtlijn is voor staatshandelen, dan aanvaardt men daarentegen eerder dat in de grondwet een gedachte ten faveure van de individuele rechtscherming in verborgen ligt. Dworkin stelde in dit verband, dat de grondwet met vage normen eerder refereert aan morele concepten, dan dat er afgebakende begrippen werden vastgelegd.⁸⁴ De rechter heeft in die optiek tot taak fundamentele waarden te beschermen en kan de grondslag daarvoor ontfangen aan de grondwet. Een rechter die vanuit dit gedachtengoed rechtspreekt zal in beginsel niet kunnen worden aangemerkt als activistisch: hij doet immers hetgeen de grondwet hem opdraagt. Wanneer de rechter interpreteert vanuit de opvatting dat de grondwet een bestaand instituut of gewoonte beschermt zal hij onderzoeken in hoeverre de individuele

80 Zie onder meer *Burnham t. Superior Court*, 495 U.S. 604 (1990).

81 *Burnham t. Superior Court*, 495 U.S. 604 (1990).

82 In het citaat zit een fraaie verwijzing naar het forum: in casu wordt de samenleving als forum aangesproken.

83 Tribe 2000, p. 62: 'Provisions that do the latter are best read more concretely, as nailing down an historic practice by securing it against the winds of change'.

84 Dworkin 1977, hoofdstuk 5.

aanspraak in een concreet geschil aansluit bij de belangen die de grondwet beoogt te beschermen vanuit een meer 'traditioneel' perspectief. Dat betekent niet dat nog niet eerder gedane aanspraken geen grondwettelijke bescherming kunnen verkrijgen, maar het zal in beginsel lastiger zijn om ze als grondwettelijk beschermenswaardig aan te merken: de rechter zoekt immers naar een bevestiging ervan in de wortels van de samenleving. In de uitspraken van het Hof zijn scherpe tegenstellingen te ontwaren ter zake van de vraag, vanuit welke interpretatievisie het begrip 'liberty' moet worden benaderd; de meningen ter zake lijken sterk gepolariseerd. Dat hangt naar mijn indruk samen met het feit dat een kleine meerderheid noodzakelijk is om een besluit te nemen, en de mogelijkheid van de rechters, afwijkende en concurrerende meningen te geven.⁸⁵ De vraag die naar mijn mening steeds centraal staat in het interpretatiedebat is die naar de legitimiteit van de extensieve lezing van de grondwet, die inlezing van ongeschreven rechten en rechtsbeginselen aanvaardt.

4.3.2 Duitsland

Constitutionele interpretatie

In de Duitse literatuur wordt onderkend, dat de open structuur van de grondwettelijke normen leidt tot interpretatieproblemen.⁸⁶ De begrippen als 'Menschenwürde', 'Allgemeines Freiheitsrecht' en 'Sozialer Rechtsstaat' lijken het Hof een 'carte blanche' te bieden waaruit allerlei, zelfs met elkaar tegenstrijdige, argumenten kunnen worden ontleend.⁸⁷ Algemeen wordt in de Duitse doctrine aangenomen, dat de technisch-juridische interpretatiemethoden niet leiden tot de enige, juiste vaststelling van de betekenis en oorsprong van de constitutionele normen.⁸⁸ Het Hof bekent zich in beginsel tot deze uitlegmethoden – dat betekent echter niet dat het die methoden volgens een vast stramien en consequent praktiseert.⁸⁹ Naast de technisch-juridische methoden hanteert het Hof eveneens 'Verfassungsmaximen'. Voorbeelden van deze in de rechtspraak ontwikkelde noties zijn de 'Einheit der Verfassung' en de daarmee nauw samenhangende 'praktische Konkordanz'.⁹⁰

In de Duitse methodendiscussie zijn verschillende stromingen te onderscheiden.⁹¹ De discussie over grondwetsinterpretatie van na de Tweede Wereldoorlog wordt met name

85 Zie par. 2.2.5.

86 Wassermann 1984, p. 96 e.v.; Hesse 1991, p. 22; Battis en Gusy 1991, p. 15-18 en Alexy 1996, p. 502.

87 Hesse 1991, p. 22; Alexy 1996, p. 502; Battis en Gusy 1991, p. 18.

88 Hesse 1991, p. 24.

89 Koch 1986, p. 347. De klassieke school van interpretatie werd in 1840 in Duitsland gevestigd door Von Savigny, die de tekstuele, de structurele en de historische interpretatie onderscheidde (Von Savigny 1840, met name p. 213 e.v.). Later werd daaraan een vierde methode toegevoegd, namelijk die van de teleologische interpretatie. Deze klassieke school heeft later in de andere rechtssystemen eveneens in grote mate aanhang gevonden, en wordt hier ander aangeduid met de 'traditionele interpretatie'.

90 Brugger 1994, p. 398 e.v.; zie ook hierna.

91 Hier komen de in de literatuur meest gehanteerde benaderingen aan bod; er zijn ongetwijfeld vertakkingen en andere visies te onderscheiden, terwijl de methoden onderling soms met elkaar verweven zijn. Ook zijn verschillende benamingen voor dezelfde stromingen aangetroffen. Hier wordt voortgebouwd op de onderscheidingen zoals uiteengezet door Koch 1986, p. 348 en Böckenförde 1976,

beheerst door de vraag, welke benadering iets toe kan voegen aan de rationaliteit van wetsinterpretatie: welke houdt in het bijzonder rekening met de eigenheden van de grondwet? De eerste benadering bouwt voort op de Savignyaanse uitlegmethoden en houdt niet in het bijzonder rekening met de structuur van open normen in de grondwet. Deze 'klassisch-hermeneutische Methode' houdt in dat de grondwet dient te worden uitgelegd naar de methoden die worden gebezigd bij gewone wetsinterpretatie.⁹² Dat volgt uit het door deze theorie gestelde gegeven dat de codificatie van de grondwet een voorwaarde en tegelijkertijd resultaat is van de rechtsstaat – hetgeen inhoudt dat de rechter is gebonden aan de wet. De grondwet kan enkel op deze wijze worden gestabiliseerd.⁹³

Op deze visie is kritiek gekomen vanuit de 'topisch-problemorientierte Methode' en de 'wirklichkeitswissenschaftlich orientierte Verfassungsinterpretation'; zij bekritiseerden de benadering van de grondwet als gewone wet en vormden beide reacties op de strikte legistische interpretatiemethoden. In de benadering van de 'Topik'⁹⁴ wordt niet de te interpreteren grondwetsnorm als uitgangspunt genomen, maar het probleem ter zake waarvan deze norm moet worden uitgelegd.⁹⁵ De aanknoping bij het concrete geschil werd verwelkomd, omdat de klassieke methoden niet leidden tot bevredigende uitleg van de grondwetsbepalingen; Topik maakte daarentegen de betrokken grondwetsbepaling hanteerbaar. In de Topik wordt de norm niet in één betekenis verabsoluteerd, zoals eerder bij de 'klassisch-hermeneutische Methode' het geval is, maar veeleer toegesneden op het concrete geschil.⁹⁶ Van de bepaling wordt slechts een deel belicht; van de juiste interpretatie van de norm in volle omvang is geen sprake. Een van de kritiekpunten op de Topik op de hypothese van het bestaan van het 'Vorverständnis' is dat de rechter in de afbakening van het relevante feitencomplex, alsmede bij de afbakening van het relevante deel van de norm een rechterlijke beoordelingsruimte creëert die kan leiden tot een ongewenste irrationele factor in de constitutionele interpretatie.⁹⁷

In de derde stroming wordt de 'wirklichkeitswissenschaftlich orientierte Verfassungsinterpretation' tot uitgangspunt verheven: de grondwet wordt gekenschetst als een

p. 2089 e.v.

92 Een uitwerking van dit standpunt is te vinden in Forsthoff 1959, p. 35 e.v. Naar de klassieke interpretatiemethoden van Von Savigny geldt dat slechts de tekstuele, grammaticale en historische uitlegmethoden een bindend resultaat kunnen geven. Tegenwoordig wordt onder 'klassieke interpretatiemethoden' eveneens de teleologische methode verstaan, die in Von Savigny's model niet was opgenomen. Niet kan worden volgehouden, dat de teleologische methode geheel doordrong tot de klassieke interpretatiemethoden via de systematische methode. De methoden werken op elkaar en versterken elkaars werking, maar van een gehele vervanging van de ene methode voor de andere kan geen sprake zijn omdat de systematische methode geen materiële norm tot resultaat behoeft te hebben, terwijl de teleologische methode die consequentie wel heeft.

93 Deze benadering heeft nauwelijks aanhang meer (Koch 1986, p. 345).

94 De topisch-problemorientierte Methode wordt vervolgens aangeduid met 'Topik'.

95 Voor het leerstuk van de Topik zie Viehweg 1974.

96 Koch 1986, p. 348.

97 Deze kritiek op de Topik wordt gepareerd met de stelling, dat de rol van het 'Vorverständnis' van de rechter dient te worden gelimiteerd door de formulering van een 'Konsens aller, vernünftig und gerecht Denkenden' (H. Ehmke) in een omvattende grondrechtstheorie (Larenz 1991, p. 388).

rechtsorde in een integratieproces, waarin de staat 'verwerkelijkt' wordt.⁹⁸ De taak van de rechter is in dit verband, zich oriënterend aan de sociale werkelijkheid, te komen tot de toepassing van de afzonderlijke grondwetsbepalingen.⁹⁹ Deze benadering ontwikkelde zich als gevolg van de kritiek aan het adres van de klassieke interpretatiemethoden, omdat deze laatste de sociale werkelijkheid buiten beschouwing laat. De 'hermeneutisch-konkretiserende Verfassungsinterpretation' tracht op weer andere wijze een rationele binding aan de grondwet tot stand te brengen, die het midden houdt tussen Topik en de klassieke uitlegmethode.¹⁰⁰ In deze optiek dient interpretatie van de grondwet te worden gezien als concretisering en wordt de beoordelingsmarge die de rechter heeft bij de uitleg van de norm geaccepteerd als een noodzakelijk kwaad, hetgeen wordt beperkt door de binding aan de normtekst. De wijze van invulling van de grondwettelijke norm leunt sterk op de tekstuele uitlegmethode, maar knoopt aan bij de Topik waar het gaat om een strikte afgrenzing van het probleem en een daarbij behorende strikte oriëntering aan het relevante onderdeel van de grondwetsbepaling. De bepaling wordt zo specifiek mogelijk toegesneden op oplossing van het probleem.¹⁰¹ Op deze stroming is de 'methodische Rationalisierung der Konkretisierungsvorgang' als reactie gekomen, waarin getracht wordt het concretiseringsproces zoveel mogelijk te structureren en te rationaliseren en het hoofd te bieden aan de beperking die voortvloeide uit de binding aan de tekst. De constitutionele bepaling vormt de kern van een normatieve ordening. Teneinde toepasselijk te zijn in het individuele geval dient deze norm 'ver-bestimmt' te worden; daarbij wordt geaccepteerd dat de bepaling tegelijkertijd inhoudelijk verduidelijkt, gedifferentieerd en verder ontwikkeld wordt.¹⁰² In deze methode worden rechtswet en werkelijkheid als gelijktijdig werkende elementen in de normconcretisering gezien; door de wisselwerking tussen vaststelling van norm en feitencomplex komt tot uitdrukking, wat naar de constitutionele norm in het individuele geval rechtvaardig is. In *Mephisto* geeft het Hof een redenering die hierbij aansluit:

'Wie weit die Verfassungsgarantie der Kunstfreiheit reicht und was sie im einzelnen bedeutet, läßt sich ohne tieferes Eingehen auf die sehr verschiedenen Äußerungsformen künstlerischen Betätigung in einer für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen Weise nicht erschöpfend darstellen. Für die zwecke dieser Entscheidung bedarf es jedoch einer so weit ausgreifenden Erörterung nicht [...]. Es genügt deshalb, auf die spezifischen Gesichts-

98 Zie Smend 1968, p. 188-196.

99 Böckenförde 1976, p. 2094 en Wassermann 1984, p. 102.

100 Zie onder meer Hesse 1991, p. 25 e.v..

101 Deze methode stelt echter niet het concrete geschil als uitgangspunt, maar geldt het 'primaat van de constitutionele tekst' (Hesse 1991, Böckenförde 1976, p. 2096). Deze visie kent eveneens beperkingen, omdat de constitutionele tekst nu juist niet alleen dekt wat de tekst meldt, maar dat er meer achter schuilt. Hesse wil de interpretatie, ongeacht de extensie daarin die noodzakelijk is voor de concretisering, aan 'etwas Gesetztes gebunden halten', hetgeen lastig is indien niet van een eenduidig verbindende norm sprake is, hetgeen vaak het geval is bij grondwetsbepalingen.

102 Böckenförde 1976, p. 2090. In deze methode worden rechtswet en werkelijkheid als gelijktijdig werkende elementen in de normconcretisering gezien. Door de wisselwerking tussen norm en feitencomplex wordt vastgesteld, wat naar de constitutionele norm in het individuele geval rechtvaardig is. Zie eveneens Ossenbühl 1976, p. 2106.

punkte einzugehen, die bei der Beurteilung eines Werkes der erzählenden Kunst in Betracht kommen können [...].¹⁰³

De 'Volgenanalyse' heeft eveneens geleid tot een karakteristieke benadering van constitutionele interpretatie: indien de rechter zich van een 'Volgenanalyse' bedient, betreft hij in de uitleg van de norm de consequenties, die aan een voorgestane interpretatie verbonden zijn. In de rechtspraak van het Hof is deze benadering in talloze uitspraken te vinden.¹⁰⁴ In het *Apotheken-Urteil* stelde het Hof:

'Die entscheidende Frage ist mithin, ob bei Wegfall der Niederlassungsbeshränkungen des Bayrischen Apothekengesetzes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Entwicklung im oben bezeichneten Sinn verlaufen und dadurch die geordnete Arzneimittelversorgung so gestört würde, daß eine Gefährdung der Volksgesundheit zu befürchten wäre. Das Bundesverfassungsgericht hat sich nicht davon überzeugen vermocht, daß diese Gefahr droht'.¹⁰⁵

De geschetste benaderingen zijn aan te merken als reacties op de resultaten die de klassieke methoden – strikt tekstueel, systematisch en historisch interpreteren van de grondwet – voortbrachten. In de Duitse constitutionele interpretatie wordt eveneens onderscheid gemaakt tussen interpretatie en rechtsontwikkeling: in de individuele casus dient de vage norm te worden toegesneden op het concrete geschil. Teneinde concrete toepassing mogelijk te maken dient de bepaling tegelijkertijd inhoudelijk verduidelijkt en gedifferentieerd te worden. Ontwikkeling van de norm lijkt daarbij onvermijdelijk. Waar de verschillende interpretatiebenaderingen met name in de literatuur tot ontwikkeling zijn gekomen, heeft het Hof zelf eveneens een aantal beginselen ter zake van constitutionele interpretatie in de rechtspraak ontwikkeld, zoals de 'Wertordnung', de 'Einheit der Verfassung' met daaruit voortvloeiend concordantie en het integratiebeginsel, alsmede de 'Wechselwirkungstheorie', die het interpretatieproces richting geven. Het Hof hanteert bij de constitutionele interpretatie veelvuldig de systematische en teleologische interpretatiemethoden; de tekstuele en historische benaderingen zijn naar 's Hofs eigen bewoordingen van ondergeschikt belang.¹⁰⁶

Tekstuele en historische interpretatie

Voor het Hof is de tekstuele interpretatie het eerste uitgangspunt¹⁰⁷, maar het blijkt zeker niet het enige of het doorslaggevende uitgangspunt voor de uitleg van de grondwetsnormen. Voor de keuze van de invulling van de begrippen wordt in de tekstuele interpretatie in Duitsland een onderscheid gemaakt tussen algemeen juridisch spraakgebruik en tussen historisch en tegenwoordig spraakgebruik.¹⁰⁸ Het laatst gemaakte onderscheid is voor de Duitse rechtspraak met betrekking tot de grondwet niet zo van

103 *Mephisto*, 30 BVerfGE 173, 189-190 (1971).

104 Volgens Wassermann e.a. werd in ongeveer de helft van de uitspraken gekeken naar de gevolgen van de interpretatie door het Hof (Wassermann 1984, p. 110).

105 *Apotheken-urteil*, 7 BVerfGE 377, 415 (1958); zie ook *Blinkfür-Beschluß* (25 BVerfGE 256, 263 e.v. (1969) en het *Parteispenden-urteil*, 8 BVerfGE 51, 65 (1958).

106 Ossenbühl 1976, p. 2109.

107 8 BVerfGE 28, 41 (1958).

108 Zie Larenz 1991, 320-324.

belang omdat het *Grundgesetz* nog relatief jong is, en omdat het Hof in zijn rechtspraak over het algemeen naar de objectieve uitleg van de grondwet neigt.¹⁰⁹ De tekstuele benadering biedt een kader waarbinnen de uitleg van de term dient te worden gezocht, hetgeen een aanknopingspunt vormt voor de regel, dat de rechter aan het recht gebonden is. Naast flexibiliteit, de nuanceringen en het aanpassend vermogen van constitutionele interpretatie leidt de open textuur van de grondwettelijke normen tot een situatie waarin geen oplossing voor het voorliggende geschil naar voren komt uit tekstuele interpretatie.¹¹⁰ ‘Verfassungsmäßige Ordnung’ ex Art. 2 lid 1 GG is bijvoorbeeld een begrip dat met tekstuele uitleg niet voldoende reliëf verkrijgt voor toepassing in de rechtspraak. De tekstuele interpretatie van begrippen als ‘Verfassungsmäßige Ordnung’ staat zelden op zichzelf – zij hebben een systematische dimensie. De betekenis van grondwetsbepalingen wordt bijvoorbeeld gezocht in een context die bestaat uit andere grondwetsbepalingen, paragrafen uit de grondwet, of uit de gehele grondwet. Het Hof heeft meermaals benadrukt, dat de subjectieve wil van de wetgever in de interpretatie van de grondwet geen doorslaggevende rol speelt.¹¹¹ De ontstaansgeschiedenis van een grondwettelijke regel komt bij de uitleg in zoverre betekenis toe, als zij de juistheid van de rechtsvinding, die via andere, kennelijk zwaardere, methoden heeft plaatsgevonden, onderstreept.¹¹² Critici menen echter, dat het Hof niet onder de subjectieve historische interpretatie uitkan, omdat het, gezien de niet-democratisch gelegitimeerde samenstelling van het Hof enerzijds en de verreikende bevoegdheden van het Hof anderzijds, de bron van zijn eigen autoriteit anders zou ontkennen, en de legitimiteit van zijn beslissingen zou ondergraven.¹¹³ Historische interpretatie staat in die optiek in een spanningsverhouding met de objectieve uitlegmethode, omdat subjectieve uitleg binding aan de wet suggereert, terwijl de objectieve uitleg tegemoet komt aan de gedachte dat het verloop van tijd en ontwikkelingen in de samenleving in de uitleg wordt verdisconteerd.

Systematische en teleologische interpretatie

Volgens de Duitse literatuur bergt de systematische interpretatiemethode twee uitgangspunten in zich: niet alleen dient de consistentie in het systeem van de grondwet gerespecteerd te worden; eveneens heeft deze uitlegmethode tot doel, ‘integratie’ van

¹⁰⁹ Larenz 1991, p. 320-324; Anweiler 1997, p. 86.

¹¹⁰ Larenz 1991, p. 320-321; Wassermann 1984, p. 114; zie ook *Gehör bei Haftbefehl* 9 BVerfGE 89, 104 (1959); 14 BVerfGE 260, 262 (1962) en 35 BVerfGE 263, 278 (1973).

¹¹¹ Van ‘subjectieve wetshistorische interpretatie’ wordt gesproken indien de rechter een beroep doet op de wetsgeschiedenis die hij afleidt uit de geschiedenis van de totstandkoming van de wet zoals die is vastgelegd in bijvoorbeeld de travaux préparatoires; van ‘objectieve wetshistorische interpretatie’ wordt gesproken wanneer voor de betekenis van de rechtsnorm rekening wordt gehouden met de geschiedenis van de inhoud van de rechtsnorm of door aansluiting te zoeken bij schrijvers, of meer in het algemeen bij de maatschappelijke context van de periode waarin de norm werd vastgelegd (Pontier 1998, p. 33-35). Zie voor de positie van het Duitse Hof onder meer *Wohnungsbauförderung*, 1 BVerfGE 299, 312 (1952); *Preisgesetz* 8 BVerfGE 274, 307 (1958); Hesse 1991, p. 21; Wassermann 1984 p. 116.

¹¹² *Wohnungsbauförderung*, 1 BVerfGE 299, 312 (1952); *Nachkonstitutioneller Bestätigungswille* 11 BVerfGE 126, 131 (1960).

¹¹³ Wassermann 1984, p. 116; zie ook *Rastede*, 79 BVerfGE 127, 145 (1988).

de grondwetsnormen te bevorderen.¹¹⁴ Dat laatste wijst op een eis van coherentie, waarin de normen niet alleen met elkaar samenhangen, maar elkaar ook onderling versterken. De inhoud van de normen wordt beter zichtbaar naarmate het aantal beslissingen dat is gebaseerd op systematische interpretatie toeneemt. Binnen de systematische interpretatie hanteert het Hof niet alleen de geschreven normen in het grondwetsartikel, paragraaf, titel of van de grondwet als geheel, maar betreft het voor de vaststelling van de betekenis van een norm eveneens ongeschreven constitutioneel recht en algemene rechtsbeginselen in de vaststelling van de betekenis.¹¹⁵ In de Duitse literatuur wordt in verband met de constitutionele interpretatie gewezen op de eenheidsstichtende of integrerende werking van grondwettelijke normen.¹¹⁶ Indien het Hof moet beslissen over een conflict tussen bijvoorbeeld de Bond en de Länder neemt het niet een strikt tekstuele benadering – voor zover al mogelijk – van de verticale machtenscheiding als uitgangspunt maar betreft het eveneens ‘eenheidsstichtende’ standpunten in zijn rechtsvinding. In een geschil ter zake van verticale machtenscheiding hecht het Hof waarde aan de aan machtenscheiding ‘tegengestelde’ noties als wederzijdse afstemming, coördinatie, informatie en een medewerkingsplicht. Wanneer het Hof deze koers kiest, steunt het op een set van normen die het indirect afleidt uit de grondwet en die op hun beurt het in de grondwet gegeven uitgangspunt van de machtenscheiding aanvullen. De systematiek wordt afgeleid uit de Artikelen 72 en 74 GG, waarin de mogelijkheid tot concurrerende bevoegdheden is gegeven, alsmede de samenwerkingsplicht die het Hof afleidt uit de wetgevingsprocedure ex Art. 77 GG en de wijze van amendering van de grondwet ex art. 79 lid 2 GG. Een andere daarop voortbordurende benadering is dat de grondwet moet worden benaderd als eenheid, en dat grondwettelijke bepalingen niet geïsoleerd moeten worden uitgelegd:

‘Eine einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Sie steht in einem Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit darstellt. Aus dem *Gesamtinhalt der Verfassung* ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind. Das Grundgesetz geht, wie sich insbesondere aus Art. 79 Abs. 3 ergibt, ersichtlich von dieser Auffassung aus’.¹¹⁷

In de Duitse literatuur wordt deze benadering aangeduid als een bijzonder uitgangspunt in de constitutionele interpretatie.¹¹⁸ Het gaat hier niet om een onderscheidenlijke rechtsvindingsmethode, maar om een expliciete voorkeur binnen de systematische interpretatie. De rechtvaardiging voor deze voorkeur in de systematische interpretatie wordt door het Hof onder meer gelezen in de in Art. 79 lid 3 GG neergelegde ‘Ewig-

114 Wassermann 1984, p. 118.

115 Zie bijvoorbeeld *Förderstufe*, 34 BVerfGE 165, 183 (1972).

116 Anweiler 1997, p. 96 e.v.; Hesse, p. 28; Wassermann 1984, p. 118. Hesse spreekt van ‘Funktionelle Richtigkeit’.

117 *Südweststaat*, 1 BVerfGE 14, 32 (1951).

118 Battis en Gusy 1991, p. 19; Hesse 1991, 27; 107; Wassermann 1984, p. 107. Zie ook *Kirchenbausteuer* 19 BVerfGE 206, 220, (1965): ‘Die Einheit der Verfassung ist das vornehmste Integrationsprinzip der Verfassung als eines logischen-teleologischen Sinngebildes, weil das Wesen der Verfassung darin bestehe, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu sein’.

keitsklauzel'.¹¹⁹ Uit de benadering van de constitutie als één geheel vloeit eveneens de bijna vanzelfsprekende eis van consistentie voort: tegenstrijdigheden met andere grondrechtsnormen dienen te worden vermeden. Ook de regel van de 'praktische Konkordanz', waaronder wordt verstaan dat met elkaar conflicterende rechtsbelangen dienen te worden geharmoniseerd¹²⁰ wordt als een grondslag van de systematische interpretatie opgevat. In de eis van concordantie ligt een 'Optimierungsgebot' van de grondwettelijke bepalingen besloten.¹²¹ In *Lüth* is door het Hof ter zake van het recht op vrije meningsuiting het uitgangspunt van 'praktische Konkordanz' fraai weergegeven:

'Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt [...] Aus dieser grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlichen-demokratischen Staat ergibt sich, daß es vom Standpunkt aus dieses Verfassungssystems nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz [...] zu überlassen. [...] Die allgemeinen Gesetze müssen in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts [...] auf jeden Fall gewährt bleibt'.¹²²

Juist voor constitutionele interpretatie is dit uitgangspunt zo belangwekkend, omdat bij grondrechtsnormen – in vergelijking met de meeste 'gewone' wetsnormen – veeleer sprake lijkt van beginselachtig geformuleerde rechten die ernaar neigen elkaar niet uit te sluiten indien twee grondrechten collideren, zoals een gewone wetsbepaling de neiging tot uitsluiting juist wel heeft.¹²³ Gewone wetsbepalingen zijn óf geldig, óf niet geldig; van grondrechten met een rechtsbeginselachtig karakter kan dat niet zonder meer worden gesteld. De uitleg van constitutionele bepalingen aan de hand van het concordantiebeginsel door het Hof sluit hierbij aan, evenals de veel gehanteerde belangenafweging in de toetsingsfase. De passage in *Lüth* duidt eveneens aan, dat het Hof het grondrecht plaatst in de systematiek van de grondwet, hetgeen aansluit bij de notie van de 'Einheit der Verfassung'. Ook de notie van grondwetsconforme uitleg draagt elementen van concordantie in zich, hoewel bij de uitleg van wetgeving van lagere rang de voorrang van de constitutionele bepalingen vermoed wordt.¹²⁴

De teleologische methode onderscheidt zich van de systematische uitleg vanwege de benadering vanuit een achter de wet gelegen doelstelling van waaruit de rechtsnorm

¹¹⁹ Par. 2.4.1.

¹²⁰ Hesse 1991, p. 27; Battis en Gusy 1991, p. 19; Anweiler 1997, p. 95. Zie bijvoorbeeld 7 BVerfGE 198 (208), *Lüth* (1958).

¹²¹ De 'praktische Konkordanz' is neergelegd in Art. 19 lid 2 GG: 'In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden'.

¹²² *Lüth*, 7 BVerfGE 198, 208 (1958).

¹²³ In *Dienstpflichtverweigerung* 28 BVerfGE 243, 261 (1970) stelt het Hof: 'Die schwächere Norm darf nur in so weit zurückgedrängt werden, wie das logisch und systematisch zwingend erscheint; ihr sachlicher Grundwertgehalt muß in jedem Fall respektiert werden'. In deze zaak dienden twee strijdige belangen tegen elkaar te worden afgewogen, namelijk het belang van het individu op gewetensvrijheid terzake van diestplicht en het belang van de staat, een veiligheidssysteem op te bouwen die het voortbestaan van de staat verzekert.

¹²⁴ Zie bijvoorbeeld *Notaufnahme*, 2 BVerfGE 266, 282 (1953).

wordt ingevuld. In de Duitse doctrine lijken teleologische en systematische interpretatie elkaar voor een groot deel te overlappen daar waar in de systematische methode wordt gekozen voor een buiten de wet gelegen norm – ongeschreven rechtsnormen en algemene rechtsbeginselen – wordt betrokken in de vaststelling van de wettelijke bepaling.¹²⁵ Een fraai voorbeeld van teleologische interpretatie werd in *Soraya* gegeven; het Hof vulde hier echter op grond van een teleologische constructie wettelijke normen aan.¹²⁶ In die zaak moest het Hof beslissen, of de civiele rechter immateriële schadevergoeding kon toekennen in het geval van een inbreuk op het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht'. Een weekblad had een gefalsificeerd interview met prinses Soraya verspreid; het Hof kende aan de prinses een aanzienlijke schadevergoeding toe. Toekenning van schadevergoeding in dit geval lag niet in de lijn van de wetsbepalingen ter zake van immateriële schadevergoeding in het BGB, die slechts kon worden toegekend in bij de wet bepaalde gevallen. Het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' vormde echter één van de in Art. 823 lid 1 BGB genoemde gronden voor schadevergoeding. Niet aan de hand van de bij de wet vastgestelde gevallen van immateriële schadevergoeding, maar in het kader van de onrechtmatige daad stelde het Hof vast dat schade moest worden vergoed:

'Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßige Rechtsordnung als einem Sinngehalt besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung [...] Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der Verfassungsmäßigen Ordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetzen nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens [...] ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren'.

In deze beslissing gaf het Hof invulling aan een civielrechtelijke bepaling aan de hand van een niet nader in de grondwet benoemde constitutionele norm.

Rechtsvergelijkende interpretatie

In de recentere literatuur is het belang van deze uitlegmethode erkend; in de constitutionele rechtspraak zijn eveneens voorbeelden te vinden van de rechtsvergelijkende benadering door het Hof.¹²⁷ In het reeds vermelde *Lüth* greep het Hof voor de uitleg van Art. 5 lid 2 GG ter zake van de beperking van het recht op vrije meningsuiting terug op de Franse verklaring van de Rechten van de Mens van 1789, alsmede op een citaat van het Amerikaanse Hooggerechtshof teneinde het geven van prioriteit aan het recht op vrije meningsuiting in de relatie met andere grondrechten te kunnen rechtvaardigen.¹²⁸ Het Hof duidt soms expliciet aan dat de rechtsvergelijking wordt bedreven

125 Zie hiervoor onder 'systematische interpretatie'. Aan de teleologische methode wordt hier verder geen afzonderlijke aandacht besteed (zie Larenz 1991, p. 328 e.v.).

126 *Soraya*, 34 BVerfGE 269, 287 (1973). Zie ook hierna par. 6.3.5.

127 Starck 1997, p. 1021 e.v., Häberle 1997, p. 45 e.v.. Häberle kenschetst de rechtsvergelijkende interpretatie als een 'fünfte Auslegungsmethode', Häberle 1989, p. 913.

128 *Lüth*, 7 BVerfGE 198, 208 (1951): 'Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster

met het doel, te komen tot de toekenning van de juiste gewichten aan de relevante elementen van de grondwettelijke bepaling, vanwege bijvoorbeeld het feit dat met de andere interpretatiemethoden geen goed beeld wordt verkregen van de reikwijdte en consequenties van een bepaalde lezing.¹²⁹ Aan deze interpretatie kleefde het probleem van de vaststelling van de omtrekken van het concept in het andere rechtstelsel.

Grondwetsconforme uitleg

Tot een vast uitlegmaxime van het Hof behoort de grondwetsconforme uitleg; het bepaamt het bestaan van een vermoeden van grondwettigheid van de aangevochten wetten en van grondwetswijzigingen.¹³⁰ Achterliggende gedachte is om een wet niet nietig te verklaren indien een aan de grondwet conformerende uitleg tot de mogelijkheden behoort. Vanuit het gezichtspunt van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever is dit maxime van groot belang: het stelt de rechter tot op zekere hoogte in staat een rechterlijke taakopvatting te kiezen, die veelal als terughoudend wordt gekenschetst: de rechter grijpt immers niet in in de aangevochten wet. Wanneer het Hof vaststelt dat geen grondwetsconforme uitleg mogelijk is, geeft het dat in het algemeen gemotiveerd aan.¹³¹ In dergelijke gevallen toetst het Hof de gewraakte wet of wettelijke bepaling steeds intensief. Een vaststelling dat een grondwetsconforme interpretatie niet mogelijk is kan soms leiden tot spanning in de constitutionele verhouding. Bij een nietigverklaring laat het Hof in principe aan de wetgever over op welke wijze de nietigheid moet worden hersteld, terwijl de betekenis van een wet bij een grondwetsconforme interpretatie sterk teruggedrongen kan worden.

4.3.3 Europese Gemeenschappen

Verdragsinterpretatie door het Hof

In Art. 220 EG-Verdrag zijn 'recht' en 'verdrag' door het Hof niet als gelijke rechtswetten uitgelegd. Voor de uitleg van het verdrag dienen eveneens andere maatstaven in het recht te worden aangewend dan alleen het verdrag zelf.¹³² In Art. 220 EG-Verdrag is impliciet erkend dat ieder internationaal verdrag aanvulling behoeft van algemene rechtsbeginselen, met name indien het verdrag, zoals het EG-Verdrag niet

Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l'homme nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789)", en: "Es ist in gewissem Sinn die Grundlage für jede Freiheit überhaupt, "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (Cardozo). Zie ook bijvoorbeeld *Betriebsbetretungsrecht*, 32 BVerfGE 54, 70 (1971), waarin wordt verwezen naar de Oostenrijkse, Zwitserse, Italiaanse en Amerikaanse invullingen van het concept van 'woning' in verband met binnentreden.

129 *Dienstpflchtverweigerung*, 28 BVerfGE 243, 258 (1976).

130 Hesse 1991, p. 30.

131 Zie voor zaken waarin het Hof grondwetsconforme uitleg gemotiveerd afwees: *Besoldungsrecht* 8 BVerfGE 28, 34 e.v. (1958); *Bestimmtheit einer Rechtsverordnung* 8 BVerfGE 71, 78 e.v. (1958); *Förderstufe* 34 BVerfGE 165, 199 (1972).

132 Everling 1988, p. 53.

wortelt in een lange en gevestigde traditie.¹³³ Over interpretatie zegt het EG-Verdrag niet veel, maar een aanwijzing voor rechtsvergelijkende interpretatie is te vinden in verband met aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor onrechtmatige daden van de Instellingen en hun personeelsleden.¹³⁴ Het Hof heeft deze aanwijzing als het ware 'gegeneraliseerd' als rechtsbron voor de uitleg van het gehele EG-Verdrag.¹³⁵ De rechtsontwikkeling door het Hof van Justitie werd gegenereerd vanuit de volgende situatie: bij afwezigheid van nadere regels over de inrichting van het rechtssysteem bestond voor het Hof de noodzaak zelf algemene regels te stellen.¹³⁶ Het EG-Verdrag hield met name technisch-juridische details in, terwijl op hoofdlijnen – doorwerking van EG-recht en voorrangswerking van verdragsbepalingen – niets expliciet was vastgelegd. Uit het samenstel van de meer gedetailleerde regelgeving leidde het Hof de hoofdlijnen af. Hiervoor gebruikte het Hof in de eerste plaats de systematische en de teleologische uitlegmethoden.

Tekstuele en historische interpretatie

In de interpretatie van het Gemeenschapsrecht geldt, evenals in het internationale recht en in andere rechtssystemen, dat de tekst in de eerste plaats benaderd dient te worden aan de hand van de betekenis van de woorden.¹³⁷ Het Hof van Justitie neemt overigens, zoals verderop zal blijken, zelden genoegen met alleen tekstuele interpretatie bij de uitleg van het EG-Verdrag.¹³⁸ Daarvoor is de textuur van de verdragsbepalingen in het algemeen te ruim, en dienen problemen zich aan bij de keuze van de taal waarin de bewoordingen van het verdrag worden uitgelegd. Het Hof heeft over dat knelpunt reeds in de zaak *Stauder* in 1969 gesteld, dat de noodzaak bestaat immer tot éénduidige uitlegging van het Gemeenschapsrecht te komen.¹³⁹ Het Hof vertoonde in de beginjaren van de Gemeenschap eerder de neiging strikt aan de verdragstekst vast te houden dan in latere jaren.¹⁴⁰ Geïsoleerde interpretatie van verdragsbepalingen wordt in beginsel als onwenselijk ervaren.

Autonome termen in het EG-Verdragsrecht heeft het Hof in zijn jurisprudentie reeds vroeg ontwikkeld. In *Steenkolenmijnen* bepaalde het Hof, dat voor wat betreft tekstuele interpretatie van 'subsidie' en 'steunmaatregelen' de betekenis in het normale spraakgebruik diende te worden aangehouden.¹⁴¹ In een zaak betreffende de definitie van 'werknemer' formuleerde het Hof zijn stelling scherper: indien de Lid-Staten aan die notie hun eigen invulling zouden kunnen geven, zouden bepaalde categorieën personen, die nu rechtsbescherming onder het EG-Verdrag genieten op dit terrein, kunnen

133 Anweiler 1997, p. 8. Zie art. 38 lid 1 sub c van het statuut van het Internationaal Gerechtshof.

134 Art. 288 lid 2 EG-Verdrag.

135 Koopmans 1991, p. 927.

136 Koopmans (Wiarda 1991), p. 55.

137 Anweiler 1997, p. 145; Bredimas 1978, p. 34; Schermers en Waelbroeck 1992, p. 11.

138 Schermers en Waelbroeck 1992, p. 12.

139 *Stauder*, zaak 29/69 (1969), Jur. p. 419, 425 (1969).

140 Bredimas 1978, p. 34; Schermers en Waelbroeck 1992, p. 15; Anweiler 1997, p. 168.

141 *Steenkolenmijnen in Limburg*, zaak 30/59 (1961), Jur. p. 93 (1961).

worden buitengesloten, hetgeen zeer onwenselijk is in het kader van de doelstellingen van het verdrag.¹⁴² Het Hof koos voor deze interpretatie vanuit de gezichtshoek van de doelstellingen van het verdrag – zeker waar het tot zijn taak rekent, de uniforme uitleg van het EG-Verdrag te garanderen.¹⁴³ Vanwege het onderscheidenlijk karakter van de rechtssystemen van de Lid-Staten in de Gemeenschap heeft het Hof zorgvuldig ge- waakt voor het 'voortrekken' van de terminologie uit een stelsel; het wilde het ge- lijkhedenbeginsel in de benadering van de verschillende taalversies van het verdrag respecteren. Daartoe moest het Hof soms teruggrijpen op een meer autonome invulling van de verdragstekst, waarbij de Lid-Staten zich in deze autonome invulling nog wel zouden moeten kunnen herkennen om de interpretatie aanvaard te krijgen. Deze be- nadering heeft tot op zekere hoogte bijgedragen aan de acceptatie van doorwerking en suprematie van EG-Verdragsrecht in de nationale rechtsordes. In de oudere jurispru- dentie aangaande het EG-Verdrag zijn sporen van de historische interpretatiemethode te traceren; uitlegging van het secundaire recht biedt in dit opzicht meer aanknopings- punten.¹⁴⁴ In *Humblet* zoekt het Hof voor de uitlegging aansluiting bij de bedoeling van de verdragspartijen.¹⁴⁵ Het Hof kan geen gebruik maken van de travaux préparatoires omdat zij geheim zijn.¹⁴⁶ Niet-openbare documenten worden bij voorkeur vanuit rechtsstatelijk oogpunt en het beginsel van equality of arms niet gebruikt bij de inter- pretatie, ook al is de inhoud van de betreffende documenten bekend bij het Hof.¹⁴⁷ De historische uitleg neemt geen eerste plaats in de interpretatiestrategie van het Hof bij de uitleg van het EG-Verdrag in.¹⁴⁸

Systematische interpretatie

In ongeveer de helft van de gevallen, waarin het Hof tot uitleg van een verdragsnorm dient te komen, maakt het gebruik van de systematische uitlegmethode.¹⁴⁹ Het Hof be-

142 Zie *Unger*, zaak 75/63 (1964), Jur. p. 369 (1964).

143 Deze taakopvatting wordt bijvoorbeeld in *Van Gend en Loos* geuit: 'dat bovendien de opdracht aan het Hof van Justitie, om door middel van artikel 177 (oud, nu art. 234 EG-Verdrag) de eenheid in de uitleg van het verdrag door de nationale gerechten te verzekeren [...]', *Van Gend en Loos*, zaak 26/62 (1963), Jur. p. 1, p. 23 (1963).

144 Zie daarvoor Anweiler 1997, p. 247.

145 *Humblet*, zaak 6/60 (1960), Jur. p. 575 (1960): 'Nevertheless it is not sufficient for the Court to adopt the literal interpretation and the Court considers it necessary to examine the question whether this interpretation is confirmed by other criteria concerning in particular the common intention of the high contracting parties and the ratio legis. In this respect the fact is that it is not possible to discover any common view taken by the Member States which might serve as a criterion for the interpretation [...]. The opinions of the governments put forward during the parliamentary debates on the ECSC do not touch on this question'.

146 Schermers en Waelbroeck 1992, p. 15; Bengoetxea 1993, p. 71.

147 Anweiler 1997, p. 249.

148 Hiervoor pleit het door het Hof ingenomen standpunt in *Van Gend en Loos* in 1962: 'dat het gemeen- schapsrecht derhalve, evenzeer als het, onafhankelijk van de wetgeving van de Lid-Staten, ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, ook geëigend is rechten te scheppen welke zij uit eigen hooft geldig kunnen maken'. Enkele Lid-Staten hadden betoogd op basis van de bedoeling van de ver- dragspartijen, het historisch argument aldus, dat de bepalingen uit het EG-Verdrag slechts aan de Lid- Staten waren gericht.

149 Anweiler 1997, p. 173.

perkt zich daarbij vaker tot uitleg van een *groep* van normen waaruit de inhoud van de uit leggen norm wordt gedestilleerd, in plaats van dat het normen binnen een groep één voor één analyseert.¹⁵⁰ Het Hof kijkt eveneens naar de plaatsing van het te interpreteren verdragsartikel in het verdrag; de artikelen 2 en 3 bijvoorbeeld zetten de doelstellingen van de Gemeenschap uiteen en zijn vaker aangehaald bij de interpretatie van de bepalingen verderop in het EG-Verdrag.¹⁵¹ Verdragsartikelen die op het eerste gezicht niet met elkaar in verband lijken te kunnen worden gebracht, worden door het Hof via een gemeenschappelijk beginsel aan elkaar verbonden: in de zaak *Sirena* rees de vraag, of de uitoefening van de rechten betreffende een merknaam zouden mogen leiden tot beperking van de werking van Art. 81 en 82 EG-Verdrag. Het Hof bepaalde, dat hoewel merknamen niet direct vallen onder het domein van beide verdragsartikelen, de uitoefening van het betreffende recht wel door deze artikelen geraakt zou kunnen worden. Het redeneerde naar een analogie met Art. 30 EG-Verdrag hetgeen bij uitzondering beperkingen en verboden toestaat op de invoer, dat het beginsel dat aan Art. 81, 82 en 36 EG-Verdrag ten grondslag ligt, de uitoefening van rechten betreffende merknamen zonder acht te slaan op de belangen van de Gemeenschappelijk markt verhindert.¹⁵² Een fraai voorbeeld waar het Hof het gehele verdragssysteem hanteert teneinde tot een uitlegging van een aspect van de vervoerspolitiek ex Art. 71 EG-Verdrag te komen is de uitspraak *ERTA* uit 1971. In dit conflict tussen de Commissie en de Raad was ter zake van de rechtsgrondslag de vraag gerezen, of de Gemeenschap bevoegd was, een internationaal verdrag ter zake af te sluiten. Het Hof redeneerde, dat naar de verdragssystematiek diende te worden gekeken omdat Art. 71 geen antwoord

150 Zie bijvoorbeeld *Costa-ENEL*, zaak 6/64 (1964), Jur. p. 585 (1964): 'Overwegende dat de gevraagde uitlegging van artikel 37 ertoe dwingt, gezien de ingewikkeldheid van de tekst en gezien het onderlinge verband tussen de leden 1 en 2, deze leden te beschouwen in het licht van het hoofdstuk waarvan zij deel uitmaken; dat dit hoofdstuk is getiteld "Afschaffing van de kwantitatieve beperkingen tussen de Lid-Staten" [...]; eveneens *Manghera*, zaak 59/75 (1976), Jur. p. 91 (1976): 'For the purposes of interpreting article 37 as regards the nature and scope of adjustment prescribed it must be considered in its context in relation to the other paragraphs of the same article and its place in the general scheme of the Treaty. [...] It follows from these provisions and their structure that the obligation laid down in paragraph 1 aims at ensuring compliance with the fundamental rule of the free movement of goods throughout the common market, in particular by abolition of quantitative restrictions and measures having equivalent effect in trade between Member States'.

151 'The position of these articles (artikel 23, art. 9 oud en 13 lid 2 (opgeheven met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam) EG-Verdrag, H.L.J.) at the beginning of that part of the Treaty reserved for the 'Foundations of the Community' is sufficient to indicate their crucial role in the construction of the common market', zie *Bresciani*, zaak 87/75 (1976), Jur. p. 129 (1976).

152 '[...] since national rules concerning the protection of industrial and commercial property have not yet been unified within the framework of the Community, the national character of this protection is likely to create obstacles, both to the free movement of proprietary products, and to the community system of competition. In the sphere of provisions relating to the free movement of products, prohibitions and restrictions on imports justified on the grounds of protection of industrial and commercial property are allowed by Article 36 (oud, nu Art. 30 EG-Verdrag) [...]. Article 36, although it appears in the chapter of the Treaty dealing with quantitative restrictions on trade between Member States, is based on a principle equally applicable to the question of competition, in the sense that even if the rights recognized by the legislation of a Member State on the subject of industrial and commercial property are not affected [...] by Articles 85 (nu Art. 81 EG-Verdrag) and 86 (nu Art. 82 EG-Verdrag) of that Treaty, their exercise may still fall under the prohibitions imposed by those provisions', *Sirena*, zaak 40/70 (1971), Jur. p. 69 (1971).

gaf op deze vraag; daaruit concludeerde het dat de bevoegdheid tot het aangaan van dit verdrag bij de Gemeenschap diende te liggen.¹⁵³ Ook heeft het Hof voor de uitleg van verdragsbepalingen herhaaldelijk teruggesproken op de andere oprichtingsverdragen.¹⁵⁴

Teleologische interpretatie

Herhaaldelijk heeft het Hof aangeduid, dat de teleologische uitlegmethode de meest gebruikte interpretatiewijze van het EG-Verdrag is.¹⁵⁵ Het is uitdrukkelijk niet het doel van het verdrag, details en eventualiteiten vast te leggen. Aan de hand van de teleologische methode interpreteert het Hof de verdragsbepalingen aan de hand van met name de in artikelen 2 en 3 EG-Verdrag neergelegde doelstellingen. De teleologische uitleg is een methode die het Hof, evenals de systematische methode of in combinatie daarmee, beter in staat stelt, coherentie in zijn jurisprudentie te handhaven.¹⁵⁶ Deze uitlegmethode wordt zelfs niet gezien als een 'ultimum remedium' dat eerst wordt gebruikt indien de andere methoden, zoals de tekstuele, falen. Het verzekeren van de naleving van de constitutie brengt in het algemeen met zich, dat bij de uitleg ervan gekozen dient te worden voor een methode die niet vasthoudt aan rigide noties, maar één die de uitlegger in staat stelt de constitutionele doelstellingen verder te bevorderen.¹⁵⁷ Tezelfdertijd rijst in dit verband de vraag, in hoeverre deze uitlegmethode de weg opent voor variaties in de interpretatie van de EG-Verdragstekst door het Hof. Binnen de teleologische interpretatiewijze hanteert het Hof nog een specifieke wijze van uitleg van het verdrag, teneinde te kunnen komen tot de opvulling van leemten en invulling van vage normen. Andere normen, zoals bijvoorbeeld algemene beginselen van gemeenschapsrecht, vormen in dit verband belangwekkende bronnen van recht. Het sluit in deze benadering niet aan bij geëxpliciteerde doelstellingen uit Artikel 2 en 3 EG-Verdrag, maar bij constitutionele tradities die de Lid-Staten van de EG gemeenschappelijk hebben. De invulling van normen aan de hand van beginselen is aan te merken als een teleologie: de rechter onderzoekt aan de hand van achterliggende doelstellingen welke de inhoud is van een verdragsnorm. De teleologie lijkt te worden losgelaten, wanneer de rechter de verdragsbepaling invult aan de hand van normen die niet expliciet in het verdrag zijn opgenomen, maar er, blijkens de jurisprudentie van het Hof, wel deel van uitmaken. Met behulp van deze beginselen van gemeenschapsrecht is het Hof in staat gebleken, om tot op zekere hoogte een kader van constitutionele normen op te bouwen, los van de geëxpliciteerde doelstellingen ex Artt. 2 en 3 EG-Verdrag. Het Hof ontwaar-

153 De commissie claimde, dat de Raad bij het sluiten van het ERTA-Verdrag voorbij was gegaan aan de Artt. 71, 300 en 308 EG-Verdrag, waaruit zou moeten worden afgeleid dat de Commissie bevoegd was het betreffende verdrag te sluiten. Naar Art. 71 is de Raad bevoegd, regels te stellen op dit terrein. Wat betreft de onderhandelingen voorafgaand aan internationale overeenkomsten echter, zijn Commissie en Raad samen bevoegd. Aan dit aspect was de Raad geheel voorbij gegaan. Het Hof neemt voor de oplossing van het conflict het EG-Verdrag in zijn geheel in beschouwing: het systeem van de interne Gemeenschapsregels mag niet worden onderscheiden van het systeem van de externe (in dit verband internationale) betrekkingen (ERTA, zaak 22/70 (1971), Jur. p. 263 (1971)).

154 Anweiler 1997, p. 182 e.v.

155 Anweiler 1997, p. 198 e.v.; Bredimas 1978, p. 71; Pontier 1995, p. 37.

156 Bredimas 1978, p. 80.

157 Bredimas 1978, p. 80.

de ze in de onderliggende structuur van de constitutie. In de zaak *Les Verts* bijvoorbeeld, veranderde het Hof met behulp van teleologische interpretatie de lezing van art. 230 het EG-Verdrag zoals die tot dan toe werd opgevat.¹⁵⁸ In het EEG-Verdrag werd het Europees Parlement niet genoemd als Gemeenschapsorgaan, waarvan de handelingen op wettigheid door het Hof van Justitie konden worden gecontroleerd. Het Hof stelde:

'[...] art. 173 refers only to acts of the Council and the Commission. However, the general scheme of the Treaty is to make a direct action available against all measures adopted by the institutions which are intended to have legal effects. [...] The European Parliament is not expressly mentioned among the institutions whose measures may be contested because, in its original version, the EEC-Treaty merely granted it powers of consultation and political control rather than the power to adopt measures intended to have legal effects vis-à-vis third parties'.

In deze redenering vult het Hof uitdrukkelijk de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever opnieuw in. De leemte betreffende de jurisdictie van het Hof wordt opgevuld als had de wetgever de nieuwe rol van het Europees Parlement over het hoofd gezien bij de toedeling van controlemechanismen in het EEG-Verdrag.¹⁵⁹

Een beginsel dat het Hof reeds sinds de beginperiode heeft gehanteerd is het zogenoemde 'effet utile' van de verdragsbepalingen.¹⁶⁰ In *Van Gend en Loos* zocht het Hof met behulp van teleologische uitleg naar de doelstellingen die aan het verdrag ten grondslag liggen, die aldus verder gingen dan de in het verdrag geëxpliciteerde doelstellingen:

'Overwegende dat de voorrang van het gemeenschapsrecht wordt bevestigd door artikel 189, bepalend dat de verordeningen verbindend zijn en rechtstreeks toepasselijk in elk van de Lid-Staten; dat deze bepaling, die zonder enig voorbehoud is neergeschreven, van iedere betekenis zou zijn ontbloot indien een Staat de gevolgen ervan eenzijdig zou kunnen te niet doen door een wettelijk voorschrift uit te vaardigen, dat boven de gemeenschapsbepalingen uit zou gaan.'¹⁶¹

In sommige gevallen bleek de teleologische uitlegmethode met hantering van het effectiviteitsbeginsel niet toereikend teneinde een bevredigende uitleg te geven aan een verdragsbepaling; het Hof bezigde in dat geval het aan 'effet utile' gerelateerde 'effet-nécessaire'.¹⁶² Indien het Hof deze benadering hanteert, neemt het een aantal rechtsnormen, geschreven of ongeschreven, tezamen, en leidt daaruit een resultaat af. Het Hof gaat uit van een 'acquis', een axioma in het Gemeenschapsrecht, dat het naar eigen zeggen afleidt uit constructies van de doelstellingen van de verdragstekst of van de verdragstekst in combinatie met andere documenten. Bij het nastreven van de doelstellingen dient niet alleen recht gedaan te worden aan de effectiviteit van Gemeenschaps-

158 *Les Verts*, zaak 294/83 (1986), Jur. p. 1651 (1986).

159 Zie in dit verband ook *Rogers*, zaak 87/82 (1983), Jur. p. 1579 (1983).

160 Anweiler 1997, p. 219.

161 *Van Gend en Loos*, zaak 26/62 (1962).

162 Bredimas maakt van deze methode als enige melding (Bredimas 1978, p. 78 e.v.).

recht, dat impliciet in deze methode opgesloten ligt; er gaat eveneens een noodzaak uit van deze wijze van interpreteren om de doelstellingen van de Gemeenschap-in-wording te realiseren. Het Hof kan, met andere woorden, niet anders dan op deze wijze interpreteren wil het zijn taak naar behoren kunnen vervullen. Fraai voorbeeld in de rechtspraak van het Hof is wederom de zaak *ERTA*, waarin het een 'implied power' afleidde uit de noodzakelijke bevoegdheden ter verwezenlijking van de doelstellingen van het verdrag:

'Although it is true that articles 74 and 75 (oud) do not expressly confer on the Community authority to enter into international agreements, nevertheless the bringing into force [...] of Regulation 543/69 of the Council on the harmonization of certain social legislation relating to road transport necessarily vested in the Community power to enter into any agreements with third countries relating to the subject-matter governed by that Regulation.'¹⁶³

Via teleologische interpretatie heeft het Hof eveneens de beginselen van suprematie en rechtstreekse toepasselijkheid van EG-recht bevestigd, hetgeen in het kader van een aanvankelijk intergouvernementele afspraak als uitzonderlijk wordt bestempeld. De EG-Verdragstekst maakt geen expliciete of impliciete melding van suprematie of directe inroepbaarheid van de EG-Verdrag. Het Hof werkte eerst het beginsel van rechtstreekse toepasselijkheid uit. Het Gemeenschapsrecht werd op deze wijze onderdeel van de nationale rechtsordes, waarna zich, als vanzelfsprekend, de kwestie van suprematie aandien. Rechtstreekse toepasselijkheid vergde een effectieve garantie, hetgeen resulteerde in de uitwerking van de notie van suprematie. De vestiging van beide beginselen heeft in een evolutionair proces vorm gekregen in de jurisprudentie van het Hof, waarbij de teleologische en de systematische uitlegmethoden de meest logische aanknopingspunten boden. Zij stelden het Hof in de gelegenheid, uit te stijgen boven de meer traditionele regels die in het internationale recht gelden, zoals interpretatie die de soevereiniteit van de verdragspartijen zoveel mogelijk in tact laat. Een interessante vraag is of het Hof de notie van 'effet utile' bij de interpretatie van grondrechten heeft aangewend. Het ligt, gezien het mandaat op het economische terrein, niet voor de hand dat het Hof steeds een benadering ten faveure van de individuele rechtsbescherming hanteert.¹⁶⁴

Dynamisch-evolutieve interpretatie

De dynamisch-evolutieve uitlegtechniek wordt door het Hof eveneens gebruikt. De algemene benadering daarin is dat de Lid-Staten zich hebben verbonden aan een project, waarvan de doelstelling niet een statische was maar waarin getracht wordt een politiek evenwicht te bewaren: de oprichtingsverdragen hebben veeleer tot doel, bij te

¹⁶³ *ERTA*, zaak 22/70 (1971), overweging 28. Het arrest vervolgt: 'This grant of power is moreover expressly recognized by Article 3 of the said Regulation which prescribes that "The Community shall enter into any negotiations with third countries which may prove necessary for the purpose of implementing this Regulation". Since the subject-matter falls within the scope of Regulation 543/69, the Community has been empowered to negotiate and conclude the agreement in question since the entry into force of the said Regulation.'

¹⁶⁴ Zie par. 3.4.

dragen aan een voortschrijdend proces, de Europese integratie.¹⁶⁵ Daarin is onder meer verdisconteerd de openheid naar nieuwe ontwikkelingen, die in zichzelf wederom naar een versterkte doelstelling – Europese integratie – neigen.¹⁶⁶ De hoofddoelstelling van de te interpreteren bepaling dient te worden gehandhaafd; de nadere uitwerking ervan is onderhevig aan een dynamische evolutie. Het Hof heeft in *CILFIT* de dynamisch-evolutieve benadering uitdrukkelijk een plaats gegeven binnen de communautaire interpretatiemethoden.¹⁶⁷ Het bezigen van deze uitlegmethode kan verstrekkende gevolgen hebben voor de constitutionele verhouding tussen het Hof en verdragswetgever. Het Hof kan aan verdragsbepalingen een dynamische uitleg geven waarin één of meer Lid-Staten zich niet herkennen, maar waaraan zij echter wel gebonden zijn. Formeel kan men stellen dat de Lid-Staten de ‘Herren der Verträge’ zijn, maar in de praktijk blijkt dat de door het Hof uitgezette jurisprudentielijnen niet worden gecorrigeerd door de Lid-Staten in de vorm van een verdragswijziging.¹⁶⁸ Handhaving van de eenheid van uitlegging en toepassing van het EG-Verdragsrecht lijkt in de optiek van het Hof een gekoesterd goed te zijn. Het Hof heeft in dit verband het uitlegmaxime ‘eenheid van het verdragsrecht’ ontwikkeld. Dat laatste werd onder meer afgeleid uit de functie van de prejudiciële procedure.¹⁶⁹

Rechtsvergelijkende interpretatie

Het Hof heeft zich voor de interpretatie van het EG-Verdragsrecht verlaten op concepten uit de rechtsordes van de Lid-Staten, concepten van internationaal publiekrecht, alsmede op recht van staten niet zijnde EG-Lid-Staten.¹⁷⁰ De internationaalrechtelijke

¹⁶⁵ Ukrow 1995, p. 93 e.v.

¹⁶⁶ Zie bijvoorbeeld *Opinie 1/78* van het Hof van 4 oktober 1979 over Art. 300 lid 2 (228 lid 2 oud) in verband met het sluiten van een internationale overeenkomst met derde landen terzake van rubber. In deze opinie beantwoordt het Hof naar aanleiding van de vraag, wie bevoegd is de betreffende overeenkomst te sluiten – Raad of Commissie. Gaat het hier om handelsbelangen van de EG, of om enkel om de belangen van de rubberexporterende staten? Indien het laatste slechts een rol speelde, zou dat pleiten voor een benadering, waarin enkel de Raad de bevoegdheid had tot het sluiten van de overeenkomst. Het Hof gaf in casu een dynamisch-evolutieve lezing van Art. 133 EG-Verdrag (113 oud), waarbij het vaststelde dat beide belangen in de overeenkomst een rol speelden. Een coherente handelspolitiek zou niet meer kunnen voortbestaan, indien de Gemeenschap niet de mogelijkheid zou kennen, haar bevoegdheden ook zou kunnen uitbreiden naar een nieuwe categorie van internationale overeenkomsten. Deze nieuwe categorieën worden bijvoorbeeld gevormd doordat factoren die in de overeenkomsten eerst een ondergeschikte rol speelden, zich op een later tijdstip tot een belangrijke factor ontwikkelen in de economische betrekkingen tussen twee partijen.

¹⁶⁷ ‘Finally, every provision of Community law must be placed in its context and interpreted in the light of the provisions of Community law as a whole, regard being had to the objectives thereof and to its state of evolution at the date on which the provision in question is to be applied’, *CILFIT*, zaak 283/81 (1982), Jur. p. 3415 (1982).

¹⁶⁸ De Lid-Staten kunnen het EG-Verdrag wijzigen of zich terugtrekken uit de Gemeenschap, maar beide lijken eerder theoretische mogelijkheden voor de Lid-Staten om zich te onttrekken aan de uitspraken van het Hof. In dit verband kan het Hof worden aangemerkt als één van de ‘Herren der Verträge’, een betiteling die in beginsel alleen de Lid-Staten werd toebedeeld (zie ook Ukrow 1995, p. 96). De vrees voor divergenties is evenwel aanwezig bij het Hof, dat steeds benadrukt dat de eenheid van het EG-recht gehandhaafd dient te worden.

¹⁶⁹ *Van Gend en Loos*, zaak 26/62.

¹⁷⁰ Zie *Lenz* 1993, p. 585 e.v. voor voorbeelden.

en nationale concepten bieden het Hof vooral beginselen en uitgangspunten, en nauwelijks op maat gesneden oplossingen. Het Hof heeft het meermaals tot zijn taak gerekend, een gemeenschappelijke noemer te traceren uit bijvoorbeeld de verschillende nationaalrechtelijke noties. In één van zijn eerste oordelen liet het Hof zich uit over de term 'détournement de pouvoir', een term uit het Franse publiekrecht maar bekend in het publiekrecht in andere rechtsstelsels. A-G Lagrange verrichte een rechtsvergelijkend onderzoek in de rechtsordes van de Lid-Staten naar de betekenis van deze term, teneinde op Gemeenschapsniveau te komen tot één opvatting van het begrip.¹⁷¹ De openheid van de constitutie voor deze wijze van redeneren is, sinds de oprichting van de Gemeenschap, onder meer terug te voeren op Art. 288 EG-Verdrag, hetgeen verwijst naar de algemene beginselen die de Lid-Staten gemeen hebben indien vanuit niet-contractuele aansprakelijkheid schade is veroorzaakt door de Instellingen. Het Europese Unie-Verdrag (EU-Verdrag) verwijst eveneens naar de gemeenschappelijke constitutionele tradities en het Europese Conventie voor de Rechten van de Mens, wanneer het gaat om de eerbiediging van de grondrechten.¹⁷²

Het Hof zal niet gauw overgaan tot het opstellen van een lijst met specifieke toepassingen van de nationaalrechtelijke beginselen; dat is politiek gezien niet wenselijk en het vergt onderzoek.¹⁷³ Vaker verrichten Advocaten-Generaal dit type onderzoek. De jurisprudentie van het Hof laat veeleer een voorkeur van grote lijnen zien, toepassing van beginselen met een algemener karakter, die binnen de rechtsordes van de Lid-Staten een status van universaliteit genieten.¹⁷⁴ Hoe het Hof te werk gaat indien het interpreteert aan de hand van rechtsvergelijkend onderzoek, kan worden geïllustreerd aan de hand van de zaak *A.M. & S. Europe Ltd.*¹⁷⁵ In deze zaak kwam de vraag aan de orde in hoeverre de Europese Commissie gebonden is aan het uitgangspunt dat de bedrijfsjurist verbonden aan een onderneming zich beroept op geheimhouding. De Britse rechtstraditie erkende het bestaan van een dergelijk beginsel, maar de Franse regering en de Europese Commissie trokken het bestaan ervan in de Gemeenschapsorde in twijfel. In de Franse rechtstraditie bestond geen bekendheid met het beroepsgeheim op deze terreinen van het recht. Het Hof verzocht de partijen, teneinde de conflicterende standpunten in kaart te brengen en te verzoenen, rechtsvergelijkend onderzoek te produceren aan de hand waarvan kon worden vastgesteld, in hoeverre een dergelijk beginsel bestaat in de nationale rechtsorde; tevens verzocht het Hof om de visie van beide partijen op het bestaan van het beginsel van geheimhouding in de Europese rechtsorde.¹⁷⁶

171 In eerste instantie greep het Hof daarbij terug op de invulling van *détournement de pouvoir* zoals die wordt gegeven door de Conseil d'état. Naderhand werd door het Hof van Justitie eveneens de Duitse, wat ruimere invulling betrokken in de uitleg van *détournement de pouvoir*. Zie de opinie van A-G Lagrange bij *Assider*, zaak 3/54 en *Isa*, zaak 4/54 (1954), Jur. p. 191 (1954); ook Schermers en Waelbroeck 1992, p. 13. Zie ook M. Luisa Fernandez Esteban 1995, p. 136.

172 Art. 6 lid 2 EU-Verdrag.

173 Koopmans 1991, p. 499.

174 Zie ook Heringa 1996, p. 143.

175 *A.M. & S. Europe Ltd.*, zaak 155/79 (1982), Jur. p. 1575 (1982).

176 The Court considers, in view of the issues of fact and of law which were emphasized at the hearing [...] that it is necessary, for the purposes of giving judgement, to examine more thoroughly the dispute between the parties with regard to certain specific aspects of the matters in question so as to clarify their

4.3.4 Raad van Europa

Algemene interpretatieregels bij het EVRM

Het Hof neemt voor de uitleg van de Conventie de interpretatieregels ex art. 31 en 32 van het Weens Verdragenverdrag in acht.¹⁷⁷ In zijn rechtspraak heeft het Hof regelmatig de belangrijkste uitgangspunten aangaande de interpretatie herhaald: de Conventie en zijn protocollen vormen één geheel en dienen in zijn geheel benaderd te worden.¹⁷⁸ De visie van het Hof op de Conventie is dat het een rechtsscheppend karakter heeft, hetgeen met zich meebrengt dat de interpretatie erop gericht dient te zijn, de doelstellingen van de Conventie te realiseren en dat niet het conserveren van de staatssoevereiniteit van de verdragsluitende partijen voorop dient te staan.¹⁷⁹ In een aantal uitspraken heeft het Hof deze benadering van de Conventie verrijkt:

‘Unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between contracting states. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a ‘collective enforcement’.¹⁸⁰

Het Hof heeft gekozen voor een overwegend teleologische visie op de Conventie, waarin het de reële effectuering van de doelstellingen nastreeft.¹⁸¹ De tekstuele inter-

respective contentions on the problem of the protection of the confidential nature of communications between undertakings and their legal advisers’, zie Order of the Court in *A. M. & S. Europe Ltd.*, zaak 155/79. Zie ook par. 7.3.1.

177 Art. 31 lid 1 Weens Verdragenverdrag luidt: ‘een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het Verdrag in hun context en in het licht van het voorwerp en doel van het Verdrag’. Art. 31 lid 2 luidt: ‘Voor de uitlegging van een verdrag omvat de context, behalve de tekst, met inbegrip van preambule en bijlagen [...]’. Art. 32 van het Weens Verdragenverdrag verwijst naar de aanvullende middelen van uitlegging: ‘Er kan een beroep worden gedaan op aanvullende middelen van uitlegging en het bijzonder op de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten, om de betekenis die voortvloeit uit de toepassing van artikel 31 te bevestigen of de betekenis te bepalen indien de uitlegging, geschiedt overeenkomstig artikel 31: a) de betekenis dubbelzinnig of duister laat; of b) leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is’.

178 *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 februari 1975, Serie A vol. 18, par. 29-30: ‘The Court is prepared to consider, as do the Government and the Commission, that it should be guided by Articles 31 to 33 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties. That Convention has not yet entered into force and its specifics, at Article 4, that it will not be retroactive, but its Articles 31 to 33 enunciate in essence generally accepted principles of international law to which the Court has already referred on occasion’.

179 *Zie Wemhoff t. Duitsland*, EHRM 27 juni 1968, Serie A vol. 7 p. 21: ‘As the word reasonable applies to the time within which a person is entitled to a trial, a purely grammatical interpretation would leave the judicial authorities with a choice between two obligations, that of conducting the proceedings until judgement within reasonable time or that of releasing the accused pending trial [...]. The Court is quite certain that such an interpretation would not conform to the intention of the High Contracting Parties. It is inconceivable that they should have intended to permit their judicial authorities, at the price of release of the accused, to protract proceedings beyond a reasonable time’.

180 *Ierland t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 januari 1978, Serie A vol. 25, par. 239. Zie voor nadere verfijning van deze regel *Louizidou t. Turkije*, EHRM 23 maart 1995, par. 70 en *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 juli 1989, Serie A vol. 161 par. 87.

181 Schokkenbroek 2000, p. 4.

pretatiemethode speelt aldus een ondergeschikte rol in de uitleg van de bepalingen van de Conventie. De andere interpretatiemethoden hebben binnen de teleologische benadering hun betekenis. Het Hof heeft benadrukt dat de uitleg van de Conventie

'is a process of interpretation of a treaty is a unity, a single combined operation'.

Dit uitgangspunt wijst op een benadering van het EVRM als een eenheid. In de navolgende onderdelen wordt uiteengezet, welke technisch-juridische redeneerwijzen binnen die 'single combined operation' steeds terugkeren.

Tekstuele en historische interpretatie

Ook het EHRM neemt de tekst van de conventie als uitgangspunt voor de interpretatie¹⁸²; het is echter nooit het doorslaggevend element in de uitleg van een artikel in de Conventie.¹⁸³ De Franstalige en Engelstalige teksten van de Conventie zijn authentiek. Indien verschillende betekenissen naar voren komen vanwege de taalversies, dient de uitleg gekozen te worden die het doel van de Conventie het beste dient.¹⁸⁴ Zoals voorheen reeds gesteld, kiest het Hof bij de uitleg van de Conventiebepalingen niet voor een formeeltekstuele benadering. De intenties van de verdragspartijen zijn, zoals ze zijn terug te vinden in de 'travaux préparatoires', van een relatief geringe betekenis voor het Hof.¹⁸⁵ In de periode net na inwerkingtreding van de Conventie was dat anders, maar met het verstrijken van de tijd heeft het Hof steeds minder vaak teruggegrepen op deze bron. Zij worden eventueel gebruikt als aanvullend argument.¹⁸⁶ Zoals zal blijken, conflicteert de historische methode met de door het Hof veelgekozen teleologische en dynamisch-evolutieve uitlegmethoden, die het Hof meer mogelijkheden bieden om te komen tot een uitleg van de Conventie die past in de huidige Europese samenleving.¹⁸⁷ *Dissentings*, waarin de argumenten steunen op de 'travaux', pleiten overigens vaak voor een restrictievere uitleg van de bepalingen in de Conventie vergeleken met de uitleg waarvoor het Hof in de betreffende casus heeft gekozen.¹⁸⁸ Kenmerkend voor de interpretatie is dat het Hof sommige termen beschouwt als 'autonome begrippen': deze

182 Jacot-Guillarmod (Pettiti 1995), p. 43; Ost (Delmas-Marty 1992), p. 288.

183 Ost (Delmas-Marty 1992), p. 288, zie ook Pettiti 1995, p. 44.

184 Art. 33 lid 4 Weens Verdragenverdrag. Zie ook Ost (Delmas-Marty 1992), p. 293.

185 Alkema 1978, p. 26. Zie ook *Louizidou*, 23 maart 1995, A 310, par. 71.

186 Sommige auteurs beschouwen de travaux als 'onbetrouwbare bron van informatie' voor verdragsuitleg (Jacobs en White 1996, p. 33). Zo ook: Ost (Delmas-Marty 1992), p. 289. Indien de door het Hof vastgestelde betekenis van een bepaling in de Conventie in strijd is met hetgeen is terug te vinden in de 'travaux', zal het Hof aan de toenmalige intentie van de verdragspartijen niet automatisch voorrang verlenen (zie bijvoorbeeld *Young, James en Webster t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 13 augustus 1981, Serie A vol. 44 par. 51 en 52).

187 In zijn analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG stelde Kutscher: 'An interpretation based on the situation at the time of inception is totally ill-adapted to community law which looks to the future'. Dit statement gaat eveneens op voor de uitleg van de Conventie (zie Ost (Delmas-Marty 1992), p. 290). Het Hof geeft, bij wijze van uitzondering, in de zaak *Johnston* aan de travaux préparatoires doorslaggevend betekenis; het onderzoekt of de verdragstaten destijds de bedoeling hadden, in Art. 12 ECRM eveneens een recht op echtscheiding vast te leggen (*Johnston t. Ierland*, EHRM 18 december 1986, Serie A vol. 112 par. 52).

188 Zie bijvoorbeeld *Feldbrugge t. Nederland*, EHRM 29 mei 1986, Serie A vol. 99, *dissenting*.

kunnen maar hoeven niet noodzakelijkerwijze overeen te komen met termen die in het nationale recht worden gebezigd. Het toekennen van een autonome betekenis aan bepaalde EVRM-begrippen heeft tot doel dat niet alleen de effectiviteit van de verdragsbepalingen, maar ook de rechtseenheid en rechtsgelijkheid worden bevorderd.¹⁸⁹

Systematische interpretatie

De systematische uitlegmethode vormt een door het Hof veelvuldig gebruikte uitlegmethode en wordt vaak gebruikt in combinatie met de teleologische methode.¹⁹⁰ Het Hof heeft meermaals benadrukt, dat de interpretatie van de bepalingen in de Conventie in overeenstemming dient te zijn met de logica van de Conventie, hetgeen de stelling dat systematische interpretatie bijdraagt aan coherentie van de uitleg van de Conventie ondersteunt.¹⁹¹ Systematische interpretatie opent mogelijkheden voor extensieve interpretatie, maar heeft niet steeds vanzelfsprekend tot gevolg.¹⁹² De context waarbinnen het Hof kiest voor systematische interpretatie is op geen enkele wijze in de Conventie vastgelegd. De keuze varieert van een enkele paragraaf tot de gehele Conventie, waarbij de Preambule en de Protocollen worden betrokken. Soms betreft het eveneens het Statuut van de Raad van Europa of een resolutie van het Comité van Ministers of zelfs verdragen uit een rechtsorde waarvan het geen deel uitmaakt, in zijn systematische beschouwing van een artikel uit de Conventie.¹⁹³ De context waarbinnen systematische interpretatie verkozen wordt, hangt dikwijls echter samen met de doelstellingen die aan de bepaling ten grondslag liggen; In dit opzicht valt systematische interpretatie vaker samen met de teleologische uitlegmethode.¹⁹⁴ Voor systematische uitleg heeft het Hof bijvoorbeeld gekozen wanneer een recht van een individu mogelijk wordt beschermd door een bepaling in één van de protocollen dat de aangeklaagde staat echter niet heeft ondertekend. In *Abdulaziz t. Verenigd Koninkrijk* konden de klagers zich verlaten op het recht op gezinsleven als neergelegd in art. 8 EVRM teneinde de Britse immigratiewetgeving aan te vechten; het Verenigd Koninkrijk had het Zevende Protocol niet ondertekend.¹⁹⁵ De niet-ondertekening van een protocol kan kennelijk aan

189 Schokkenbroek 2000, p. 9.

190 Pettiti 1995, p. 44; Ost (Delmas-Marty 1992), p. 290; Jacobs en White 1996, p. 29. Alkema wijst erop, dat dit niet altijd zo geweest is; in 1978 stelde hij vast dat de contextuele benadering slechts zelden tot uiting kwam (Alkema 1978, p. 22).

191 *Leander t. Zweden*, EHRM 26 maart 1987, Serie A vol. 116, par. 78.

192 Bijvoorbeeld in *Johnston t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 december 1986, Serie A vol. 112, waarin het Hof bepaalde dat het recht op echtscheiding niet kan worden ingelezen in het recht om te trouwen ex art. 12 van de Conventie. Het kan mitsdien niet worden afgeleid uit art. 8 EVRM, hetgeen een ruimer bereik heeft.

193 De *Belgische politiezaak*, EHRM 27 oktober 1975, Serie A vol. 19 verwijst bijvoorbeeld naar het Europees Sociaal Handvest; in de zaak *Van der Mussele t. België*, EHRM 23 november 1983, Serie A vol. 70 wordt verwezen naar de International Labour Organisation; in de zaak *Marckx* wordt verwezen naar verdragen betreffende buitenechtelijke kinderen (*Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, Serie A vol. 31, par. 41). Zie voor bronnen met betrekking tot de Raad van Europa: Pettiti 1995, p. 44.

194 Jacobs en White 1996, p. 31.

195 *Abdulaziz e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 mei 1985, Serie A vol. 94, zie ook *Rasmussen t. Denemarken*, EHRM 28 november 1984, Serie A vol. 87 waar het Hof een ruime uitleg geeft aan Art. 8 EVRM en derhalve in het geheel niet behoefde toe te komen aan de beoordeling, of art 5 van het

ruime interpretatie van een andere relevante bepaling in de Conventie niet altijd in de weg staan.¹⁹⁶ Op deze uitspraken is kritiek gekomen van onder meer rechter Fitzmaurice, die stelde dat indien de bepalingen in de Conventie dermate extensief kunnen worden geïnterpreteerd, de protocollen overbodig zijn, en de staten via deze redenering zijn onderworpen aan afspraken die zij expliciet niet hebben onderschreven.¹⁹⁷ In *Abdulaziz* was het mogelijk, de vreemdelingenproblematiek te beschouwen onder het recht op gezinsleven ex Art. 8, omdat eveneens familierechtelijke betrekkingen een rol speelden in deze zaak. In het licht van de constitutionele verhoudingen tussen Hof en nationale staten is een uitspraak waarin het niet-ondertekenen van een protocol als het ware wordt omzeild een niet voor de handliggende operatie: het Hof bindt de staat in deze concrete zaak via het recht op familielevens aan aspecten van dat protocol.

Teleologische interpretatie

Overeenkomstig art. 31 lid 1 Weens Verdragenverdrag legt het Hof de bepalingen van de Conventie uit in het licht van het voorwerp en het doel van de Conventie. Deze teleologische benadering is de meest gebruikte redeneerwijze in de rechtspraak van het Hof.¹⁹⁸ De wijze waarop het Hof de doelstellingen van de Conventie construeert, leidt tot op zekere hoogte eerder tot een extensieve interpretatie van de rechten.¹⁹⁹ Een restrictieve constructie van deze rechten wordt in het algemeen afgewezen, hetgeen samenhangt met het vermoeden ten faveure van de individuele rechtsbescherming.²⁰⁰ Het Hof heeft enkele doelstellingen geformuleerd die volgens het Hof ten grondslag liggen aan de Conventie, en die tot de ontwikkeling van enkele interpretatiemaximes, waaronder dat van de positieve verplichtingen en het effet utile, hebben geleid. Voor de vaststelling van de doelstellingen heeft het Hof gekozen voor een evolutief perspectief. Het Hof heeft zich in dat verband laten inspireren door de Preambule, die luidt als volgt:

Zevende Protocol van toepassing was. Denemarken, de aangeklaagde staat in deze casus, had dit Protocol niet ondertekend.

196 Zie bijvoorbeeld *Guzzardi t. Italië*, waarin klager zich succesvol beriep op art. 5 EVRM. Hij leefde in gevangenschap op een klein eiland waar hij een zeer klein bewegingsoppervlak tot zijn beschikking had, hetgeen zijn recht op vrijheid ex art. 5 EVRM danig beperkte en het Hof het verweer van de Italiaanse staat op basis van niet-ondertekening van het Vierde Protocol middels systematische interpretatie terzijde stelde (*Guzzardi t. Italië*, EHRM 6 november 1980, Serie A Vol. 39, par. 92).

197 Rechter Fitzmaurice in zijn *dissenting* bij *Guzzardi t. Italië*.

198 Pettiti 1995, p. 45, Ost (Delmas-Marty 1992), p. 292.

199 Ost (Delmas-Marty 1992), p. 293.

200 De uitkomst van een ruime interpretatie van de bescherming van de rechten in de Conventie heeft tot gevolg, dat er slechts een smalle basis rest voor derogatie van deze rechten en eventuele voorbehouden op deze rechten door de verdragstaten. In *Airey* bijvoorbeeld, was het Hof niet bereid het verweer van de Ierse regering te accepteren dat het een voorbehoud had gemaakt bij Art. 6 lid 3 EVRM (kosteloze rechtsbijstand in bepaalde gevallen) zie *Airey t. Ierland*, EHRM 9 oktober 1979, Serie A vol. 32, par. 26. Het argument van de Ierse regering werd gepareerd met een teleologisch argument van de zijde van het Hof: 'The Court is aware that the further realisation of social and economic rights is largely dependent on the situation reigning in the state in question. On the other hand, the Convention [...] is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals'.

'[...] gelet op de Universele Verklaring van de rechten van de Mens [...]; overwegende, dat deze Verklaring ten doel heeft de universele en daadwerkelijke erkenning en toepassing van de rechten die daarin zijn nedergelegd te verzekeren; overwegende dat het doel van de Raad van Europa is het bereiken van een grotere eenheid tussen zijn Leden en dat een van de middelen om dit doel te bereiken is de handhaving en de verdere verwezenlijking van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden'.²⁰¹

Deze visie sluit niet uit dat opvattingen over een juiste beschermingsomvang onderhevig zijn aan veranderingen die worden ingegeven door maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Wanneer bijvoorbeeld technologische ontwikkelingen een eventuele bedreiging vormen voor de beschermingsomvang van de fundamentele rechten dient ook het beschermingsmechanisme aangepast te kunnen worden.²⁰² Voor de vaststelling van de doelstellingen van de Conventie wordt dan niet noodzakelijkerwijze vastgehouden aan de oorspronkelijke intenties van de opstellers van het verdrag, maar aan de condities van de huidige samenleving. Het EVRM wordt in deze optiek niet benaderd als een volmaakt, 'af' einddoel, maar als een startpunt voor de doelstellingen die moeten worden nagestreefd en geconcretiseerd.²⁰³ De hier uit te werken doelstelling is gelegen in de bescherming van concrete en effectieve rechten.²⁰⁴ In dit verband is 's Hofs uitgangspunt van 'effet utile' van groot belang. Het Hof verkiest deze effectiviteit boven een formele benadering van de Conventiebepalingen. In de zaak *Klass* rees de vraag, in hoeverre was voldaan aan de eisen van ontvankelijkheid, meer specifiek het slachtoffervereiste. Niet was aangetoond, dat de klager daadwerkelijk slachtoffer was geworden van de door hem veronderstelde afluisteractiviteiten; mitsdien zou een strikte interpretatie van Art. 35 leiden tot niet-ontvankelijkheid. Het Hof overwoog echter op basis van het effectiviteitsbeginsel het volgende:

'The question arises in the present proceedings whether an individual is to be deprived of the opportunity of lodging an application with the Commission because, owing to the secrecy of the measures objected to, he cannot point to any concrete measure specifically affecting him. In the Court's view, the effectiveness (*l'effet utile*) of the Convention implies in such circumstances some possibility of having access to the Commission. If this were not so, the efficiency of the Convention's enforcement machinery would be *materially weakened*'.²⁰⁵

201 De preambule van het Statuut van de Raad van Europa verwijst eveneens naar de wens, het beginsel van vrijheid en de notie van de rechtsstaat op progressive wijze te vestigen; in de vierde alinea van de Preambule van de Conventie wordt een link gelegd naar het Statuut. Art. 1 van het Statuut luidt: 'a) Le but du Conseil d'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses Membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social'. Zie Van Boven (Pettiti 1995), p. 125-134.

202 Jacobs en White 1996, p. 32.

203 Alkema 1978, p. 21.

204 Twee andere belangwekkende doelstellingen, die van het proportionaliteitsbeginsel bij de belangenafweging en die van het bevorderen van de democratische uitgangspunten van het EVRM worden hier niet besproken; zij zijn zijdelings aan de orde geweest bij de bespreking van de toetsingsmethodiek van het Hof (zie par. 3.5).

205 *Klass t. Duitsland*, EHRM 6 september 1978, Serie A vol. 28, par. 34.

Met name Art. 6 EVRM heeft via het effectiviteitsbeginsel reliëf verkregen in de rechtspraak van het Hof.²⁰⁶ In het verlengde van de hantering van het effectiviteitsbeginsel ligt enerzijds de opvatting van het Hof, dat beperkingen of derogaties door verdragsstaten op de fundamentele rechten in de Conventie restrictief dienen worden opgevat. Uit de rechtspraak van het Hof komt naar voren dat het effectiviteitsbeginsel niet specifiek aan één EVRM-bepaling is gekoppeld, maar dat het om een meer algemeen uitlegmaxime gaat.²⁰⁷ De doelstelling van bescherming van concrete en effectieve rechten heeft veelvuldig tot de vaststelling geleid dat op het terrein van de EVRM-rechten voor de staat positieve verplichtingen bestaan.²⁰⁸ Het Hof heeft de positieve verplichting als het ware 'ingelesen' aan de hand van het vermoeden in het voordeel van de individuele rechtsbescherming in combinatie met het effectiviteitsbeginsel. Het Hof stelde in *Marckx t. België*, waarin klaagster de ongelijke benadering van wettige en onwettige kinderen op basis van art. 8 EVRM aan de kaak stelde:

'Nevertheless, it does not merely compel the state to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective "respect" for family life. This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the régime applicable to detain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life'.²⁰⁹

De leer van de positieve verplichtingen maakt het mogelijk, om tot op zekere hoogte een horizontale werking van de verdragsbepalingen aan te nemen.²¹⁰ Daarnaast is het leerstuk van de positieve verplichtingen van groot belang voor de rechtsontwikkeling: het stelt het Hof in staat om te voorzien in situaties waarin geen regelingen bestonden of actie werd ondernomen. Vooral op het terrein van het recht op privé-leven ex Art. 8 hebben positieve verplichtingen geleid tot vaststelling van verplichtingen op uiteenlopende terreinen – ook op terreinen waar de verdragspartijen aanvankelijk dachten soevereine rechtsmacht te hebben.²¹¹ In dat verband heeft het directe repercussies op de

206 Zie bijvoorbeeld *Delcourt t. Frankrijk*, EHRM 17 januari 1970, Serie A vol. 11, par. 25; *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 februari 1975, Serie A vol. 18 par. 35; *Airey t. Ierland*, EHRM 9 oktober 1979, Serie A vol. 32, par. 24 ('The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective').

207 Schokkenbroek 2000, p. 7.

208 Zie Van der Velde 2002 voor een overzicht op de actuele stand van zaken in de jurisprudentie.

209 *Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, Serie A vol. 31, par. 31, zie ook *Airey t. Ierland*, EHRM 9 oktober 1979, Serie A vol. 32 par. 32. Zie verder eveneens *X en Y tegen Nederland*, EHRM 26 maart 1985, Serie A vol. 91 par. 23 (positieve verplichtingen in de sfeer van art. 8 EVRM).

210 Breidde het Hof in deze casus via de teleologische uitleg de reikwijdte van een bepaling van de Conventie uit in de relatie tussen individu en staat; in een later stadium werd de notie van positieve verplichtingen ingezet in horizontale conflicten. In *Young, James en Webster* kwam het Hof tot het oordeel, dat de staat zijn verplichting niet was nagekomen het recht ex art. 11 EVRM te garanderen waardoor klagers niet de vrijheid genoten, geen lid te hoeven worden van een vakbond. Zie *Young, James en Webster t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 13 augustus 1981, Serie A vol. 44, par. 54 en *Plattform Ärzte für das Leben t. Oostenrijk*, EHRM 21 juni 1988, Serie A vol. 139, par. 32 (positieve verplichtingen in de sfeer van art. 10 EVRM).

211 In *Botta t. Italië* geeft het Hof een fraai overzicht van een aantal belangwekkende arresten op dit vlak (*Botta t. Italië*, EHRM 24 februari 1998, JB 1998/70, par. 32-35. In *Guerra t. Italië* aanvaarde het Hof dat een staat kan worden verplicht tot het geven van informatie over het leefmilieu, omdat het achter-

constitutionele verhouding tussen Hof en nationale autoriteiten: het Hof ontleent aan het effectiviteitsbeginsel een extensieve interpretatie van zijn mandaat en stelt zichzelf in staat om nationale autoriteiten aan te spreken op falen of achterwege laten van wetgeving zonder dat het verdrag een expliciet mandaat ter zake inhoudt.

Dynamisch-evolutieve interpretatie

De teleologische interpretatie ontkent een statische dimensie van grondrechten.²¹² Het Hof grijpt in deze exercitie niet altijd terug op de intentie van de toenmalige verdragspartijen; het volgt veeleer sociaal-economische ontwikkelingen en veranderingen die gaande zijn in de huidige samenlevingen van de actuele verdragspartijen.²¹³ Het Hof heeft van deze methode veelvuldig gebruik gemaakt op basis van de volgende argumentatie:

'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. In the case now before it the court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the council of Europe in this field'.²¹⁴

Latere uitspraken reflecteren de veranderde opvattingen met betrekking tot bijvoorbeeld buitenechtelijke kinderen, homoseksuele activiteiten, erkenning van transseksualiteit en de visie op de doodstraf.²¹⁵ Ook met betrekking tot de mechanismen in het EVRM die individuele rechtsbescherming in gang zetten heeft het Hof deze methode gebruikt.²¹⁶ Evolutieve uitlegging doet de vraag rijzen, waar rechterlijke verdragsinterpretatie eindigt en rechterlijke verdragswijziging aanvangt. In beginsel wordt aanvaard dat er grenzen zijn aan deze methode, die niet in de laatste plaats worden bepaald door de constitutionele verhouding tussen Hof en nationale autoriteiten. Het verdrag dient niet te worden uitgelegd op een wijze, die door de verdragspartijen expliciet niet bedoeld is. Uit de rechtspraak komt niet eenduidig naar voren, welke die grens is. De dynamisch-evolutieve uitleg opent mogelijkheden voor creatieve wetsuitleg, maar de interpretatieruimte van het Hof is kennelijk niet onbegrensd.

houden van informatie een schending kan betekenen van het privé-leven (*Guerra t. Italië*, EHRM 19 februari 1998, JB 1998/49, par. 57).

212 Schokkenbroek 2000, p. 13 en Prebensen 2000, p. 1125. De laatste stelt dat er uit de Preamble een rechtvaardiging voor de dynamisch-evolutieve uitleg is af te leiden: 'that would hardly be consistent with the passage in its Preamble that "one of the methods by which the aim (of a European unity) is to be pursued is the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms"', (cursief Prebensen), zie Prebensen 2000, p. 1125. Deze rechtvaardiging van dynamisch-evolutieve uitleg wordt door commentatoren ook met betrekking tot het EG-Verdrag gehanteerd (zie par. 3.3.3 en Ukrow 1995, p. 93 e.v.).

213 Critici stellen echter dat het Hof deze ontwikkelingen en veranderingen niet volgt, maar zelf initieert, Ost (Delmas-Marty 1995), p. 302.

214 *Tyrer*, EHRM 25 april 1978, Serie A vol. 26 par. 31.

215 *Zie Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, Serie A vol. 31, *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 oktober 1981, Serie A vol. 45) en *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 juli 1989, Serie A vol. 161.

216 *Louizidou t. Turkije*, EHRM 23 maart 1995, Serie A vol. 310 par. 71.

In *Rees* en *Johnston* was het Hof, nadat het op de uitspraken *Feldbrugge* en *Deumeland* zware kritiek had gekregen, wat voorzichtiger geworden met de dynamisch-evolutieve uitleg.²¹⁷ Daarmede werd deze uitleg niet terzijde gesteld, zij is te belangrijk voor de uitleg van de Conventie vanwege de verbondenheid met de uitleg naar de doelstellingen van de verdragstaten. Het Hof heeft echter wel getracht de indruk weg te nemen, dat het via deze uitleg aan creatieve rechtsvinding deed. In *Feldbrugge* en *Deumeland* waren de rechters die een *dissenting* articuleerden fel gekant tegen de dynamisch-evolutieve interpretatie van het begrip 'civil obligations' in een conflict over sociale zekerheidsuitkeringen, omdat het Hof in hun optiek met deze uitleg was gekomen tot een zeer extensieve uitleg. Zij pleitten voor een beschouwing van de travaux préparatoires en kwamen mitsdien tot een engere opvatting van 'civil rights', omdat ter zake van sociale zekerheidsuitkeringen geen sprake is van een Europese consensus. Naar hun opvatting opereerde het Hof met deze uitspraak aan de rand van hetgeen binnen zijn jurisdictie ligt, en dienen politieke beslissingen hierover overgelaten te worden aan de nationale wetgevers.²¹⁸

In de literatuur zijn wel situaties onderscheiden waarin een evolutief argument van doorslaggevend belang wordt geacht. Prebensen onderscheidt drie situaties waarin het Hof deze methode hanteert: er zijn in de eerste plaats gevallen aan te wijzen waarin de dynamisch-evolutieve methode een aanvullende functie had naast hantering van de tekstuele, systematische, historische en teleologische interpretatiemethoden; er is in de tweede plaats een aantal zaken waarin de dynamisch-evolutieve interpretatie terzijde werd geschoven door de andere interpretatiemethoden, en ten slotte onderscheidt Prebensen een aantal gevallen waarin het dynamisch-evolutieve argument het historische argument, en dan met name de travaux préparatoires, terzijde heeft geschoven.²¹⁹ Om van doorslaggevende aard te kunnen zijn is het voor de dynamisch-evolutieve interpretatie van belang dat een 'common ground' kan worden aangewezen: aanwezigheid van een bepaalde standaard in de rest van Europa kan leiden tot de vaststelling, dat een evolutieve uitlegging gerechtvaardigd kan zijn in het licht van gemeenschappelijke opvattingen.²²⁰ Gemeenschappelijke opvattingen kunnen worden ontwaard in een

217 *Rees* betrof een zaak waar het Verenigd Koninkrijk weigerde, de geslachtsaanduiding op het geboortecertificaat van de klager te veranderen nadat deze een operatie tot geslachtsverandering had ondergaan. Het Hof achtte het besluit van het Verenigd Koninkrijk in overeenstemming met Art. 8 EVRM, maar verklaarde 'the Convention has always to be interpreted and applied in the light of current circumstances [...]'. The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments' (*Rees t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 oktober 1986, Serie A vol. 106 par. 47). In *Johnston t. Ierland*, de zaak waarin het recht op echtscheiding niet werd erkend als een recht voortvloeiend uit het EVRM omdat de verdragstaten expliciet hadden gesteld dat een dergelijk recht niet werd bedoeld onder Art. 12 EVRM. Het Hof leidde dat af uit de travaux préparatoires. Mitsdien kon via de dynamisch-evolutieve interpretatie geen recht worden ingelezen dat expliciet uit de context van het EVRM was gelaten (*Johnston t. Ierland*, EHRM 18 december 1986, Serie A vol. 112 par. 52 en 53).

218 *Feldbrugge t. Nederland*, EHRM 29 mei 1986, Serie A vol. 99; *Deumeland t. Duitsland*, EHRM 29 mei 1986, Serie A vol. 100; zie eveneens de afwijkende opinie in *Campbell en Cosan t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 februari 1982, Serie A vol. 48.

219 Prebensen 2000, p. 1127 e.v.

220 Dat wil echter niet zeggen, dat wanneer een consensus kan worden aangewezen, dynamisch-evolutieve

onderzoek naar jurisprudentie van verdragsstaten of naar geldende normen in de wetgeving, alsmede in teksten en Resoluties van de Raad van Europa en internationale verdragen.²²¹ Niet-bindende internationale teksten kunnen aldus eveneens een rol spelen. Denkbaar is daarentegen eveneens, dat het Hof in sommige gevallen afwijkingen van de consensus respecteert. Het zoeken naar een consensus lijkt eerst plaats te vinden als secundaire interpretatiemethode.²²² Afwezigheid van een consensus is geen vaststaand gegeven, maar wanneer eenmaal een aanwezigheid is vastgesteld lijkt een weg terug niet meer goed mogelijk.²²³

Heringa oppert dat het Hof verschillende formuleringen gebruikt om vast te stellen of er sprake is van een consensus, en dat er variatie in de precisie bestaat.²²⁴ Het bestaan of de afwezigheid ervan wordt niet altijd even degelijk gemotiveerd.²²⁵ In het licht van de constitutionele verhouding tussen Hof en nationale autoriteiten is rechtsvinding aan de hand van consensus interessant: staten worden door het Hof als het ware gehouden aan hun eigen rechtsontwikkelingen en aan hun bijdragen in het internationale recht. Dit maakt het moeilijker voor staten om het Hof te beschuldigen van 'rechtsvinderlijk activisme': het Hof interpreteert het EVRM ten slotte vanuit hun eigen rechtsontwikkelingen en rechtsovertuigingen.²²⁶ Van een vaste lijn in de jurisprudentie kan echter niet gesproken worden, hetgeen het moeilijk maakt om algemene uitspraken te doen over een waardering van rechterlijk activisme of juist terughoudendheid in verband met het hanteren van de consensus.

interpretatie steeds prevaleert boven andere methoden (zie bijvoorbeeld *Johnston t. Ierland*, EHRM 18 december 1986, Serie A vol. 112, par. 52-53 en *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 juli 1989, Serie A vol. 161, par. 100-104). Zie Heringa 1999 over het consensus-beginsel.

221 Zie onder meer *Young, James en Webster t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 13 augustus 1981, Serie A vol. 44; *Burghartz t. Zwitserland*, EHRM 22 februari 1994, Serie A vol. A 280-B; *Keegan t. Ierland*, EHRM 26 mei 1994, Serie A vol. 290; *Aydin t. Turkije*, EHRM 25 september 1997, JV 1997/13 en *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 januari 2001, EHRC 2001/19.

222 Heringa 1999, p. 24.

223 Na de uitspraak in *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* ligt het niet voor de hand, dat het Hof zijn erkenning van de individuele aanspraak op erkenning van positieve verplichtingen ter zake van de geslachtelijke identiteit zal terugdraaien.

224 Heringa 1999, p. 30.

225 Het Hof is nauwelijks expliciet over de diepgang van het onderzoek naar de gemeenschappelijke praktijk, alsmede over het aantal stelsels en welke stelsels die worden betrokken in de rechtsvergelijking. Daardoor ontstaat de indruk, dat er willekeur sluipt in de redenering indien het argument van de rechtsvergelijking wordt gehanteerd. Bij de uitspraken van het Hof van Justitie is de functie die de Advocaat-Generaal vervult daarom zo waardevol, omdat deze dergelijke onderzoeken verricht en verantwoordt in zijn opinie. Het Hof ontbeert een dergelijk 'openbare' denktank. Zie ook Bernhardt (Matscher en Petzold 1988, p. 65-71) en de *dissenting* van rechter Martens bij *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1990, Serie A vol. 184; hij constateert een aantal 'zwakke plekken' in de wijze waarop het Hof het rechtsvergelijkend perspectief hanteert in die zaak.

226 Heringa 1999, p. 33-34.

4.3.5 *Nederland*

In de Nederlandse context wordt in het algemeen niet over grondrechtsinterpretatie als specificerbare wijze van wetsuitleg gesproken.²²⁷ Dat hangt naar mijn mening tot op zekere hoogte samen met het feit dat de Hoge Raad als hoogste rechter niet specifiek is belast met constitutionele rechtspraak. Hij oordeelt als een gewone rechter; er lijkt in beginsel niet zo'n spanningsveld tussen rechter en wetgever te bestaan zoals zich dat voordoet bijvoorbeeld bij het Hof in Duitsland of het Amerikaanse Hooggerechtshof. De directe spanning komt het sterkst tot uitdrukking wanneer de rechter formele wetgeving toetst aan de grondwet; het toetsingsverbod staat in Nederland daaraan echter in de weg. Toch is de vraag naar het waarom van de afwezigheid van een constitutionele interpretatiedoctrine niet onterecht; via toetsing aan verdragsnormen kan de rechter het toetsingsverbod tot op zekere hoogte te omzeilen. In de literatuur zijn soms suggesties te vinden voor 'elementen' die wijzen op een constitutionele interpretatiedoctrine.²²⁸ De ontwikkelingen in de rechtsvinding zijn vooral in privaatrechtelijk verband te traceren; open normen die nader ingevuld dienen te worden in concrete toepassing zijn op dat terrein ook veelvuldig te vinden.²²⁹ Vooral de ontwikkeling van het Europese recht en het EVRM zijn van invloed geweest op de rechtsvindingspraktijk van de Hoge Raad.²³⁰ Het Hof van Justitie heeft de Nederlandse rechter als het ware gedwongen mee te werken aan toepassing van EG-recht, ook als daardoor hogere wetgeving dient te wijken. Het Hof van Justitie tendert in beginsel eerder naar een systematische en teleologische uitlegging van het EG-Verdrag, hetgeen in de regel een extensieve uitlegging van verdragsbepalingen oplevert.

Via de werking van Art. 94 Grondwet dringt de uitlegmethodiek van het EHRM de Nederlandse rechtsorde binnen; het EHRM hanteert systematische, teleologische alsmede evolutieve uitlegmethoden op het terrein van fundamentele rechten.²³¹ Van het Hof van Justitie en het EHRM kan worden gesteld dat zij steeds vaker een beroep op algemene rechtsbeginselen zijn gaan doen in hun rechtsvinding en aan de wet als rechtsbron een geringere betekenis toekennen.²³² Het toetsingsverbod, waarvan in hoofdstuk 3 werd gezegd dat het indirect in de weg staat aan rechterlijke rechtsontwikkeling, wordt vanwege een grotere toevloed van EG- en EVRM-uitspraken door de Nederlandse rechter

227 Kortmann 1994, p. 363 en Mendelts 2002, met name hoofdstuk 2.

228 Zie bijvoorbeeld Jeukens 1970, p. 183 over het *Goudse Rijschoolarrest* (HR 10 december 1957, NJ 1958/176); hij stelde dat naarmate de grondwet zaken meer in detail regelt, en verleende rechten en bevoegdheden van reserves voorziet, de Hoge Raad eerder zal tenderen naar technisch-juridische interpretatiemethoden als tekstuele of historische uitleg.

229 Koopmans (Wiarda) wijst in dit verband op de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek, waarin de wetgever aan verschuiving van heteronome naar meer autonome wijzen van rechtsvinding heeft bijgedragen (Wiarda 1999, p. 43 e.v.). Zie ook Pitlo 1972, hoofdstuk 8.

230 Koopmans (Wiarda 1999), p. 34 e.v. Voor literatuur over rechtsvinding in de Nederlandse rechtspraak zie onder meer Polak 1953, Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, Snijders 1978, Asser-Vranken (Algemeen Deel) 1995, Wiarda 1999, Pontier 1998, Bruggink 1990.

231 Zie bijvoorbeeld *Wettig/onwettige kinderen*, HR 18 januari 1980, NJ 1980/463 waarin de Hoge Raad onder meer naar aanleiding van *Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, Serie A vol. 31 vaststelde dat een onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen niet langer kan worden gehandhaafd.

232 Koopmans (Wiarda 1999), p. 53.

ietwat gerelativeerd: de terughoudendheid waartoe Art. 120 Grondwet vanuit het oogpunt van toetsing dwingt, is vanuit dat gezichtspunt van de interpretatie niet meer zo vanzelfsprekend. Rechtsvindingsmethoden van andere rechters die niet of in mindere mate worden gehinderd door een demarcatielijn in de constitutionele verhoudingen dringen de rechtsorde binnen en hebben tot gevolg dat de wet als rechtsbron van geringere betekenis wordt, en maken een regelmatig beroep op systematische en teleologische interpretatie mogelijk.²³³

Tekstuele en historische interpretatie

De betekenis van woorden naar het spraakgebruik staat in de Nederlandse rechtsvinding voorop.²³⁴ Interpretatie van de grondwet vergt echter een andere benadering vanwege het open karakter van de normen die daarin besloten liggen. In de wetshistorische uitlegmethode volgt de rechter de betekenis die de wetgever indertijd bij totstandbrenging van de wet voor ogen had. In *Goudse Rijkschool* interpreteerde de Hoge Raad het begrip 'onderwijs' in het voorschrift van Art. 208 Grondwet, voor zover daarin werd bepaald dat het geven van onderwijs vrij is behoudens het toezicht van de overheid. De Hoge Raad overwoog, dat

'dit in algemene bewoordingen vervatte voorschrift overigens niet onderscheidt tussen verschillende vormen van onderwijs, en ook de geschiedenis van zijn totstandkoming voor het maken van zodanig onderscheid geen grond biedt'.²³⁵

Jeukens wijst erop, dat de Hoge Raad zich richt op de door de grondwetgever gevolgde wetstechniek, hetgeen in het geval van de *Goudse rijkschool* betekent dat de Hoge Raad rekening hield met het toentertijd relatief gedetailleerd geregeld grondrecht op onderwijs. Naarmate een grondwetgever meer in details treedt, en verleende rechten en bevoegdheden van reserves voorziet, zal de rechter eerder tenderen naar de technisch-juridische interpretatiemethode.²³⁶ Jeukens stelt dat de verklaring voor de regeling in detail gezocht moet worden in de historische ontwikkeling van de Nederlandse staatkundige en politieke verhoudingen ter zake van de kwestie over de vrijheid van onderwijs.²³⁷

Het recht op de persoonlijke levenssfeer ex Art. 10 Grondwet en de lichamelijke onschendbaarheid ex Art. 11 Grondwet is niet van een dergelijk gedetailleerd karakter. Naarmate de wetgever zich abstracter heeft uitgedrukt neemt ook in de Nederlandse situatie de betekenis van taalkundige interpretatie af.²³⁸ De wetshistorische uitlegmethode is in het algemeen omstreden. De bezwaren zijn zowel praktisch als ook principieel van aard.²³⁹ Het is geen sinecure om de exacte wil van 'de' wetgever te bepalen, omdat weging van het gewicht van de deelnemers aan het proces dat leidde tot de

233 Zie ook Koopmans (Wiarda 1999), p. 51 e.v.

234 Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 36.

235 HR 10 december 1957, NJ 1958, 176.

236 Jeukens 1970, p. 183.

237 Jeukens 1970, p. 183.

238 Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 60.

239 Vranken 1995, p. 93.

totstandkoming van de regel lastig is. Ook het moment waarop uitlatingen in dat proces zijn gedaan, is van belang bij het beschouwen van het totstandkomen van 'de' wil. Vooralsnog is het in de constitutionele interpretatie een methode die voor de Nederlandse rechtsorde niet zonder belang is: de grondwet is in 1983 voor het laatst herzien. De Hoge Raad heeft in het *Harmonisatiewet arrest* ter zake van de interpretatie van Art. 120 GW bijvoorbeeld expliciet teruggegrepen op de bedoeling van de grondwetgever:

'tegenover voormelde argumenten voor restrictieve uitleg van het toetsingsverbod staat evenwel dat ter gelegenheid van de grondwetwijziging die in 1983 haar beslag heeft gekregen, de vraag of het grondwettelijk toetsingsverbod geheel of ten dele moest worden opgeheven, in de doctrine uitvoerig aan de orde is gesteld, door verscheidene adviesorganen is bezien en mede aan de hand daarvan in het parlement principieel is besproken en ontkennend beantwoord. [...] Het [...] overwogene is doorslaggevend en noopt tot de conclusie dat, al valt niet te ontkennen dat de rechtsontwikkeling sedert het tot stand komen van de Grondwet van 1983 het gewicht van de voor restrictieve interpretatie van dat verbod pleitende argumenten heeft doen toenemen, moet worden geoordeeld dat de rechter de hem gestelde grenzen zou overschrijden door te oordelen dat art. 120 Grondwet zich niet (ook) tegen toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen verzet'.²⁴⁰

Systematische, teleologische en dynamisch-evolutieve interpretatie

In de systematische interpretatie kan de structuur van de wet ter hand worden genomen om de betekenis van de te interpreteren regel uit te leggen. Een voor Nederland belangwekkende systematische uitleg is te vinden in de interne rechtsvergelijking. De interpretatie van de Straatsburgse rechter van het EVRM heeft meer dan eens aanleiding gegeven voor aanpassingen als gevolg van inconsistentie tussen Nederlands burgerlijk- of strafrecht en het EVRM.²⁴¹ Het systeem van ouderlijke macht, zo stelde de Hoge Raad in 1985 vast, strookte niet meer met de interpretatie van Art. 8 EVRM ter zake van het recht op gezinsleven die het Europese Hof te Straatsburg erop nahield. De Nederlandse rechter paste art. 1:161 lid 1 BW naar de systematiek van het EVRM aan.²⁴² Hanteert de rechter een interne rechtsvergelijking, dan kijkt hij over de grenzen van zijn eigen 'vakgebied' heen en zoekt voor de uitleg van het grondrecht aansluiting bij andere terreinen binnen het Nederlandse recht zoals het strafrecht, het bestuursrecht of het belastingrecht.²⁴³ Systematische uitleg dient in de Nederlandse optiek eveneens doelen van het vermijden van inconsistenties enerzijds en het versterken van de onderlinge samenhang van de rechtsnormen in het systeem anderzijds.²⁴⁴

240 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (*Harmonisatiewet arrest*). In *Edamse Bijstandsmoeder* interpreteerde de Raad eveneens historisch; hij interpreteerde het destijds nog niet in werking getreden Art. 10 Grondwet. Dat Artikel vormde de grondslag voor de gepleegde onrechtmatige daad. De Hoge Raad overwoog: 'Wat de begrenzing van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer betreft, zijn voor de onderhavige zaak mede van belang de gedachten die daarover zijn te vinden in de MvT op het artikel dat tot het in 1983 tot stand gekomen, maar nog niet in werking getreden art. 10 Gr.w. heeft geleid' (HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928).

241 Vanwege het gematigd monistisch systeem worden rechtsnormen en uitspraken van het EHRM geacht deel uit te maken van het interne rechtssysteem van de Nederlandse rechtsorde.

242 HR 4 mei 1984, NJ 1985/510 en HR 21 maart 1986, NJ 1986/585-588.

243 Vranken 1995, p. 125.

244 Vranken 1995, p. 81-84.

De dynamisch-evolutieve uitlegmethode wordt door de Hoge Raad ter zake van de uitleg van de constitutionele bepalingen zelden openlijk gehanteerd. Waar een dynamisch-evolutieve interpretatie leidt tot extensieve interpretatie van de grondwet, is dat in de Nederlandse praktijk veelal het gevolg van de doorwerking van de uitspraken van het EHRM. Dit Hof maakte ter zake van bijvoorbeeld het personen- en familierecht onder Art. 8 EVRM gebruik van deze uitlegmethode; in dit verband paste de Hoge Raad de dynamisch-evolutieve uitleg van Art. 8 EVRM van het EHRM toe op familierechtelijke bepalingen uit het BW.²⁴⁵ Uit de uitspraak valt echter niet op te maken, bij welke interpretatie of uitspraak van het EHRM de Hoge Raad nu precies aanknoopte. De Hoge Raad volstond enkel met de vaststelling van strijdigheid met Art. 8 EVRM. In de noot bij de uitspraak werd echter opgemerkt dat kan worden gesteld dat de rechtspraak van het EHRM niet direct aanleiding gaf tot de onderhavige uitspraak: de in de rechtspraak ontwikkelde notie van het belang van het kind is betrekkelijk vaag en behoefde nadere invulling door de Hoge Raad in het voorliggende geschil.²⁴⁶ De Hoge Raad knoopte voor het belang van het kind aan bij zijn eigen invulling van die notie onder verwijzing naar de interpretatie door het EHRM ter zake. In de uitspraak '*Gezamenlijke ouderlijke macht van ongehuwden*' is de Hoge Raad open over de invloed van maatschappelijke ontwikkelingen:

'In hoeverre deze vooronderstelling – die ervan uitgaat dat in de regel door echtscheiding elke verhouding tussen de ouders onderling definitief wordt verbroken en dat natuurlijke kinderen normaliter alleen door de moeder worden opgevoed – in overeenstemming was met de toenmalige maatschappelijke werkelijkheid, kan in het midden blijven. Van belang is slechts, dat zij onder de huidige maatschappelijke omstandigheden en opvattingen niet opgaat'.²⁴⁷

Er lijkt een terughoudendheid te bespeuren in het gebruiken van de dynamisch-evolutieve interpretatiemethode. Deze methode roept in het licht van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever spanning op; zij stelt de rechter, meer dan bij een systematische of teleologische interpretatie, in staat om zijn subjectieve opvatting te verpakken in een juridische norm, zo luidt een opvatting. De beschrijvingen van de andere stelsels, die een toetsingsverbod van hogere wetgevingen niet kennen, laten een genuanceerd beeld zien: ook hier stuit de rechter op weerstand tegen dynamisch-evolutieve wetgeving vanwege de hier genoemde constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever.

Rechtsvergelijkende interpretatie

In de uitspraken van de Hoge Raad zijn in de huidige jurisprudentie ter zake van wetsuitleg regelmatig verwijzingen gedaan naar de rechtspraak en opvattingen in andere rechtsstelsels. Opvallend in dit verband is, dat deze verwijzingen niet altijd in de uit-

245 HR 18 januari 1980, NJ 1980/463, HR 4 mei 1984, NJ 1985/510 en HR 21 maart 1986, NJ 1986/585-588.

246 Alkema in zijn noot bij HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510.

247 HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585 (*Ouderlijke macht ongehuwden*). Art. 1:161 lid 1 BW, waarop in het citaat wordt gedomd, is in werking getreden in 1901.

spraak van de Hoge Raad zelf, maar in de conclusie van de Advocaat-Generaal terug te vinden zijn. De A-G knoopt daarbij niet alleen aan bij de uitspraken van de rechterlijke colleges in andere stelsels; eveneens worden in de conclusies soms uitvoerig doctrines en commentaren aangehaald. A-G Moltmaker beziet in de uitspraak *'Gezamenlijke ouderlijke macht voor ongehuwden'* bijvoorbeeld voor de interpretatie van 'gezinsleven' ex Art. 8 EVRM Duitse, Franse en Britse literatuur en rechtspraak van het EHRM.²⁴⁸ Gezien het feit dat de Hoge Raad niet is gebonden aan de in de conclusie geboden bevindingen lijkt de betekenis van de analyse van de A-G op het eerste gezicht in betekenis af te nemen. Het staat de Hoge Raad betrekkelijk vrij om de conclusie op onderdelen te volgen – mits de consistentie in het eigen betoog niet in gevaar komt. Daarnaast kunnen ideeën van de A-G fungeren als een 'proeftuin', om te bezien in welke mate er draagvlak bestaat voor een andere, wellicht nog niet eerder gehanteerde visie op het voorliggende geschil. Er bestaat geen verplichting voor de Hoge Raad om afwijzing van de conclusie te motiveren. Uitspraken waarin de Hoge Raad een rechtsvergelijkende analyse van grondwetsbepalingen bezigt treft met niet vaak aan; argumenten die worden ontleend aan deze rechtsvindingsmethode kunnen op zichzelf genomen geen doorslaggevende interpretatie geven van de Nederlandse rechtsregel.²⁴⁹ In Nederland wordt er vanuit gegaan dat er geen rangorde bestaat van te volgen interpretatiemethoden.²⁵⁰

4.3.6 Slot: het interpretatiedebat in de stelsels vergeleken

Begrenzings van rechterlijke interpretatievrijheid werden gevonden in onder meer de rechtsstaategedachte: de rechter is gebonden aan de wet, en de rechterlijke uitleg dient rationaliteit, stabiliteit en consistentie naar grondwet of verdrag in zich te dragen. In de rechtsstelsels verschillen de opvattingen over de vraag hoe 'vrij' de rechter zich in de rechtsvinding ten opzichte van de vastgelegde normen mag gedragen. Er kan ter zake van de taakopvatting van de interpreterende rechter een schaalverdeling worden gemaakt tussen een heteronoom interpreterende rechter enerzijds en een autonoom interpreterende rechter anderzijds.²⁵¹ In alle stelsels komt in recentere literatuur sterk het beeld naar voren dat de rechter in de rechtsvindingsfase, waarin grondrechten dienen te worden geïnterpreteerd, beschikt over een beperkte mate van beoordelingsvrijheid.²⁵² De veronderstelde ruimte hangt in hoge mate samen met het vage karakter van grondrechtelijke normen. Voor dat specifieke vage karakter heeft de grondwetgever zijn redenen gehad: de normen dienen open te zijn naar toekomstige ontwikkelingen.²⁵³ De rechtsvindingsactiviteit kan in principe in direct verband worden gebracht met de taakopvatting van de rechter naar de wetgever. Dat geeft het geschetste beeld ten aanzien

248 HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510 (*Gezamenlijke ouderlijke macht ongehuwden*). In *Ouderlijke macht na echtscheiding* was de A-G minder uitvoerig in zijn rechtsvergelijking, en betrof een uitspraak van het Duitse constitutionele Hof in de afweging tussen voor- en nadelen van mede-voogdij.

249 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (*door medische fout ontstane aids-besmetting*).

250 Zie Conclusie van Vranken bij Ferdi E (HR 21 januari 1994, NJCM 19-6 (1994)) en Plug 1997, p. 85.

251 Wiarda 1999, p. 19.

252 Van Hoecke 1979, p. 1.

253 Zie hoofdstuk 2.

van de interpretatie weer: in deze methoden wordt niet enkel de afzonderlijke wetsregel betrokken in de oplossing van het geschil. Wanneer de rechter zich genoodzaakt ziet om in een mogelijk geval zelf in een systematische, teleologische of evolutieve constructie van een rechtsnorm te voorzien kan het voorkomen dat hij wordt beticht van activisme. Deze kritiek komt vooral naar voren in het Amerikaanse debat: originalists en intentionalists stellen dat de rechter zo dicht als mogelijk bij de tekst dient te blijven. Andere methoden zouden hem in die optiek uitnodigen om subjectieve elementen in zijn rechtsvinding te verwerken. Omgekeerd stellen de non-interpretivists dat deze benadering het karakter van de grondwet tekort doet: die is in die optiek juist zo geredigeerd dat aanpassing naar tijd mogelijk blijft. Het afwijzen van deze taakopvatting is juist activistisch: er vindt rechterlijk ingrijpen plaats.

In de laatste twee decennia lijkt de nadruk in de Amerikaanse constitutionele interpretatie ter zake van 'liberty' en 'privacy' soms vaker gelegd te worden op een 'originalist-benadering' van de grondwet dan in de daaraan voorafgaande periode. Tot begin jaren '70 werd niet gehecht aan een dergelijke benadering; en leek er juist ruimte te bestaan voor een meer teleologisch-dynamische benadering. Dat wil niet zeggen dat er complete tegenstellingen bestaan tussen de verschillende 'Courts'. Hiervoor is al aangeduid, dat er tendensen ter zake van de rechterlijke taakopvatting te zien waren, die varieerden met de wijze waarop het Hof is samengesteld.²⁵⁴ Er zijn echter verschillen in voorkeur voor een bepaalde methode van rechtsvinding ten aanzien van een bepaalde materie. Er zijn zogenoemde 'grondrechtenvriendelijke' Courts geweest, die steeds een voorkeur voor de individuele rechtsbescherming bezigden. Het Warren-Court was vanwege dat uitgangspunt geneigd, in de rechtsvinding ver te gaan om aan dat uitgangspunt gestalte te geven.²⁵⁵ Om dat te bereiken, werden rechtsvindingsmethoden gehanteerd die een extensieve lezing van de grondrechten mogelijk maakten. Binnen het kader van de technisch-juridische interpretatiemethoden knoopte dit Court eerder aan bij de systematische en de teleologische methoden. Het Warren Court bediende zich ook in een aantal gevallen van de analoge redenering, die hieronder verder zal worden uitgelegd.

Het Rehnquist Court vormt in dit verband met het Warren Court een interessant contrast.²⁵⁶ In het Rehnquist Court zit onder meer rechter Scalia, die steeds benadrukt dat voor de vaststelling van de reikwijdte van grondrechten de 'originalist'-interpretatie dient te worden gevolgd. Een 'originalist'-interpretatie leidt in de regel niet tot extensieve interpretatie van grondrechten, maar eerder tot een enge uitleg ervan. Nu dient voor een uitspraak van het Hof een meerderheid gevonden te worden, en kan een enkele rechter met een dergelijke opvatting niet steeds de toon zetten, omdat de andere rechters ook hun visie op de 'juiste' opvatting over rechtsvinding van grondrechten hebben. Wat in dit opzicht dan wel opvalt, is dat het huidige Hof in het algemeen grondrechten minder vaak extensief heeft geïnterpreteerd in vergelijking met het

254 Zie par. 3.2.6.

255 Zie par. 3.2.4 en Ducat en Chase 1992, p. 625 e.v.

256 Het Rehnquist Court startte zijn periode in 1986 en duurt nog steeds voort.

Warren Court; individuele aanspraken op een extensieve lezing van het recht op 'liberty' of 'privacy' onder het Veertiende Amendement werden in verhouding door het Rehnquist Court vaker afgewezen dan door het Warren Court. In dit verband wordt wel gesproken van een activistische opstelling van het Warren Court ten aanzien van grondrechten, en een terughoudende opvatting van het Rehnquist Court ten aanzien van grondrechten.²⁵⁷

In de andere rechtsstelsels is vaak niet zichtbaar in welke mate er discussies bestaan in de rechterlijke instanties over de juiste interpretatiebenadering. Dat heeft in de Nederlandse en de Luxemburgse situatie te maken met de collegiale setting waarin de rechterlijke uitspraken worden gedaan, terwijl in de Duitse situatie meer zichtbaarheid in beginsel wel mogelijk is, maar daar niet vaak gebruik van wordt gemaakt. Zoals reeds aangegeven in Hoofdstuk 3 doet het Duitse Hof relatief zelden een uitspraak die niet wordt onderschreven door alle rechters. De Duitse rechter kan, in tegenstelling tot zijn Luxemburgse en Nederlandse collega, een *dissenting* of *concurring* uiten. Dergelijke meningen leggen de lijnen waarlangs het debat in het Hof wordt gevoerd over rechtsvinding bloot, en verschaffen een inzicht in de persoonlijke opvattingen van de rechters. Dat wordt in de Europese stelsels kennelijk niet alleen als een voordeel gezien; de openheid ter zake maakt ook kwetsbaar, in die zin dat de persoonlijke voorkeuren van de rechter onverbiddelijk zichtbaar wordt. Het Duitse Hof heeft zelf eens aangegeven, niets voor gepersonaliseerde rechtspraak te voelen. Alleen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens komen *dissents* en *concurrences* regelmatig tot uitdrukking. Ook maken deze rechters wel gebruik van de mogelijkheid, een persoonlijke visie op de gevolgde rechtsvindingsmethode te geven. De rechters in het EHRM bevinden zich in een Hof dat zich op enkele belangwekkende aspecten onderscheidt van de Hoven in de andere stelsels. Het EHRM opereert niet in een setting waarin het constitutionele spanningsveld direct zichtbaar is. Er is niet direct een grondwetgever, waarmee het zich geconfronteerd ziet, maar het EHRM moet net als de rechters in de andere stelsels terdege rekening houden met het forum waarvoor het recht spreekt. Dat forum bestaat niet uit een democratisch gelegitimeerde wetgever, maar uit soevereine verdragspartijen die in beginsel alleen gebonden zijn aan de uitspraken, voor zover zij partij zijn bij het geschil.

257 Omgekeerd blijkt het Rehnquist Court, afgaand op de jurisprudentielijnen, juist minder afwijzend te staan tegenover aanspraken van Staten op hun eigen soevereiniteit. Dit onderwerp valt buiten het bestek van dit onderzoek, maar werpt een interessant licht op de mate waarin een activistische taakopvatting samenhangt met de materie waarover het Hof zal oordelen. In kwesties die handelen over materie die samenhangt met de verticale machtenscheiding laat de jurisprudentie van het Rehnquist zien, dat het niet onwelwillend staat tegenover extensieve interpretatie. Hier lijkt een inconsistentie aanwezig, die ook in de literatuur fel wordt bekritiseerd (onder meer Tribe 1999, p. 137 e.v.): een rechter die voor de beoordeling van het ene geschil een rechtsvindingsmethode op principiële constitutionele gronden afkeurt, maar naderhand ter hand neemt om een aanspraak van andere aard te beoordelen lijkt niet consistent te handelen. De inconsistentie kan niet worden opgeheven met een rechtvaardiging van de aard van de materie, juist omdat de rechtsvindingsmethoden aan de hand van constitutionele opvattingen werden geijkt.

Begrenzings van de rechterlijke vrijheid in de rechtsvinding: uitlegmaximes

In de rechtsstelsels is een aantal interpretatiemethoden opgespoord die de rechtsvindingsactiviteit van de rechter richting geven. De tekstuele interpretatiemethode blijkt in alle rechtsstelsels de methode die het eerst wordt gehanteerd; bij constitutionele interpretatie is deze methode echter zelden van doorslaggevende betekenis. De textuur van grondrechtsbepalingen wordt dermate open geacht dat een tekstuele benadering niet afdoende bescherming kan bieden – vooral niet indien de uitlegger een benadering ten faveure van individuele rechtsbescherming voor ogen heeft. De tekstuele interpretatie lijkt het vurigst te worden verdedigd in de Verenigde Staten. De discussie over deze methode als constitutionele rechtsvindingsmethode wordt tevens het meest open gevoerd in het Amerikaanse Hooggerechtshof; verdedigers van deze methode stellen dat tekstuele interpretatie het meest recht doet aan de positie van de rechter ten opzichte van de (grond)wetgever. Een tekstuele rechtsvinding, zo luidt het argument van originalists en intentionalists, leidt eerder tot een terughoudende taakopvatting, terwijl een dynamisch-evolutionaire interpretatie eerder duidt op een activistische houding van de rechter.

De grondwet en het verdrag geven niet veel concrete aanwijzingen over de te volgen interpretatiemethoden. Het Negende Amendement in de Amerikaanse grondwet is in dit verband wel aangehaald als interpretatiemaxime.²⁵⁸ De Nederlandse grondwet kent het toetsingsverbod, dat tot op zekere hoogte richting geeft aan de wijze waarop de grondwetgever de verhouding tussen rechter en wetgever waarneemt. De Duitse grondwet kent een begrenzing van rechterlijke rechtsvinding in Art. 79 lid 3 GG. In beginsel liggen nauwkeurige instructies van de wetgever die een vaste grondwetsinterpretatie voorschrijven ook niet voor de hand: controle van wetgeving of rechtspraak door een rechter zou in dat verband overbodig worden. Op het eerste gezicht wordt de rechter in het ongewisse gelaten. Teneinde de gevolgde interpretatie te verantwoorden in het licht van de constitutionele verhouding is een aantal interpretatiemaximes in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen, aan de hand waarvan de rechter zijn keuze voor een heteronome of juist meer autonome rechtsvinding motiveert.

Een aantal van deze maximes wordt hier kort besproken in het licht van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever zonder overigens te willen treden in een beoordeling van de legitimiteit van het argument in de rechterlijke beslissing. In alle stelsels is in uiteenlopende mate de vooronderstelling van grondwettigheid aange troffen als uitgangspunt bij beoordeling van de vraag of de gewraakte wet in strijd is met de grondwet of het verdrag. Het minst vaak lijkt dit maxime door het Luxemburgse en het Straatsburgse Hof te worden gehanteerd; daarentegen wordt het wel vaker gehanteerd door de Duitse en de Amerikaanse rechter. Uit deze presumptie vloeit bijvoorbeeld de bereidheid voort om aangevochten wetten grondwets- of verdragsconform te interpreteren.²⁵⁹ In beginsel duidt de presumptie van grondwettigheid op een terug-

258 Par. 2.3.2.

259 De bereidheid tot verdragsconforme interpretatie komt in dit verband van de zijde van de nationale

houdende taakopvatting, maar voor activisme is eveneens iets te zeggen. De rechter sleutelt tenslotte aan (een deel van) de inhoud van de formele wet om die in overeenstemming te brengen met zijn perceptie van wat grondwettig is.

Een tweede maxime is het vermoeden ten faveure van de individuele rechtsbescherming. Dit wordt ook wel aangeduid als een gedachte van constitutionalisme: de meerderheidsopvatting dient terughoudend te worden gehanteerd om tot een zo compleet mogelijke bescherming van individuele rechten te komen – ook die van minderheden.²⁶⁰ Het lijkt er sterk op dat de rechters die een specifiek constitutioneel mandaat in de zin van individuele rechtsbescherming hebben, zich meer van dit maxime bewust zijn. Het Duitse Hof en het Straatsburgse Hof laten zich in dit opzicht het meest expliciet uit. Het Amerikaanse Hooggerechtshof laat een wat minder consistentie lijn zien, al wordt aangenomen dat dit Hof het maxime rekent tot de interpretatiedoctrine.²⁶¹ De minder consistente lijn hangt, gezien over langere periode, enigszins samen met de wisselende samenstellingen in het Hof: er zijn Courts die een accent hebben weten te leggen op individuele rechtsbescherming en Courts die daartegen het vermoeden van grondwettigheid zwaarder hebben laten wegen.

In dit opzicht vormt het maxime ten faveure van de individuele rechtsbescherming een tegenwicht tegen het eerstgenoemde maxime van de presumptie van grondwettigheid. Zij staan aldus in een spanningsverhouding met elkaar, die direct kan worden aangeknoopt bij de constitutionele verhouding: waar de presumptie van grondwettigheid uitgaat van een primaat van de wetgever, doet het tweede maxime dat niet vanzelfsprekend. Of er nu uit het tweede maxime steeds een activistische taakopvatting voortvloeit, kan worden betwijfeld: de rechter corrigeert de wetgever tenslotte aan de hand van de door de grondwetgever gegeven rechtsnormen. Correctie aan de hand van grondwets- of verdragsnormen kan in die optiek dan juist getuigen van terughoudendheid.

In alle stelsels wordt eveneens aangenomen dat de regelingen in de grondwet of het verdrag moeten worden beschouwd in onderlinge samenhang bij de uitleg ervan. De eenheid van de grondwet kan als maxime worden aangenomen. Uit het geheel van de normen construeert de rechter de betekenis en de reikwijdte van de toepasselijke norm; isolering van de toepasselijke norm wordt als ongewenst gezien, zo lijkt dit maxime te dicteren. Consistentie en coherentie worden met het uitgangspunt van de eenheid van de grondwet gediend; de rechter helpt als het ware de constructie van het constitutionele rechtsnormensysteem consolideren met het uitgangspunt van eenheid. Een met de eenheid van grondwet of verdrag samenhangend maxime is de eis dat wanneer grondrechtelijke normen onderling met elkaar strijden om voorrang, de rechter zich moet beraden over een praktische concordantie. Hij dient grondrechten met elkaar te harmoniseren. Tegelijkertijd dient hij in de harmonisering van betrokken grondrechten

rechter, die gewraakte nationale regelingen uitlegt in de geest van het EVRM of van het EG-Verdrag.

260 Dworkin 1977, p. 142.

261 Dworkin 1977, p. 142.

niet uit het oog te verliezen dat de ingeroepen grondrechtsnorm inhoudelijk zoveel als mogelijk overeind blijft. In de rechtspraak van het EHRM wordt de voorkeur voor de benadering die individuele rechtsbescherming voorop stelt, ingekleurd door het effectiviteitsbeginsel. In de rechtspraak van het Luxemburgse Hof is het beginsel van effectiviteit eveneens aangetroffen, maar niet in het bijzonder in de context van grondrechtelijke bescherming. In de Duitse en de Amerikaanse discussie komt eveneens een besef naar voren, dat grondrechten als zelfverwezenlijking van het individu in dienst staan van een optimalisering van het functioneren van de democratische uitgangspunten.

De individuele rechten dienen een zekere mate van effectiviteit te bezitten, en niet illusoir te zijn. Het 'Optimierungsgebot' in de Duitse doctrine wijst op een zelfde gedachte. In de EG-rechtspraak en de Nederlandse rechtspraak zijn dergelijke uitlegmaximes niet zo expliciet aangetroffen. Dat lijkt mij te verklaren vanuit het feit dat het EG-Verdrag in beginsel niet een bepaalde taakopvatting naar individuele rechten stipuleert en vanuit de sterke nadruk op de economische gemeenschapsdoeleinden in Art. 2 EG-Verdrag. Dat wil niet zeggen dat het Hof aan grondrechten geen waarde hecht; het is echter geen prioriteit in de doelstellingen van het verdrag. Van belang is hier ook, dat het Hof door de Lid-Staten, de verdragswetgever, tot dusverre redelijk expliciet een bindende lijst van grondrechten is ontzegt.²⁶² Het ligt daardoor niet voor de hand, dat het Hof zelfstandig een constitutionalistische taakopvatting zal ontwikkelen. Er heeft in dit opzicht geen 'incorporatie' van grondrechten plaatsgevonden via de rechtspraak van het Hof van Justitie.

De Nederlandse rechter is niet primair en evenmin specifiek belast met constitutionele rechtspraak; de Hoge Raad functioneert als civiele of strafrechter in cassatie. Deze rechter krijgt evenwel te maken met constitutionele interpretatie, maar niet op een wijze als de rechters waarmede hij hier wordt vergeleken. Dat hangt samen met het mandaat van de Hoge Raad, meer in het bijzonder het ontbreken van grondwettigheidstoetsing van wetgeving in formele zin. In geschillen over lagere wetgeving doet zich de politieke context in beginsel niet in die mate gelden, als in geschillen waarin formele wetgeving ter discussie staat bij de hoogste rechter. De verminderde aanwezigheid van dit constitutionele spanningsveld – in vergelijking met de mate waarin dat in de andere stelsels aanwezig is – dwingt de Nederlandse rechter niet dermate expliciet zijn constitutionele positie ten opzichte van de wetgever te definiëren aan de hand van een constitutionele interpretatiedoctrine.

In alle stelsels lijkt aanknopingspunt bij een geldige rechtsnorm het uitgangspunt bij technisch-juridische interpretatie te zijn. Wanneer er geen rechtsgeldige norm is waarbij de individuele aanspraak kan worden aangeknoopt, wordt de mogelijkheid van interpretatie aan de hand van de technisch-juridische interpretatiemethoden in beginsel beperkt. In dergelijke gevallen wordt binnen de systematische, de teleologische en de dynamisch-evolutionaire interpretatiemethoden gezocht naar richtinggevende structuren die

²⁶² Het Handvest van de Europese Unie is als Verklaring gehecht aan het Verdrag van Nice, en heeft formeel geen bindende werking voor de Instellingen van de Gemeenschap.

boven de eventueel toe te passen wettelijke norm uitstijgen. In dit verband wordt dan wel aansluiting gezocht bij bijvoorbeeld Preambules, rechtsvergelijking, rechtsbeginselen en normen die vergelijkbare rechtsculturen gemeenschappelijk hebben. De wijze waarop de rechter de toepasselijke rechtsnorm aan de hand van deze richtinggevende structuren invult of construeert, zal in het B-deel centraal staan.

4.4 De analogie

4.4.1 De analoge redeneerwijze

De analoge redeneermethode is een instrument dat behulpzaam kan zijn bij het vaststellen van de omtrekken van een toepasselijke rechtsnorm in de rechtsvindingsfase. Het biedt mogelijkheden om een systematische, teleologische of dynamisch-evolutieve interpretatiemethode inhoud te geven. In het geval de rechter voor zijn beslissing op normen als 'Menschenwürde', 'liberty', 'privé-leven' of 'persoonlijke levenssfeer' is aangewezen voor het te berechten geval, kan hij trachten zich naast het gegeven geval één of meer vergelijkbare gevallen voor te stellen aan de hand waarvan hij de omtrekken van een rechtsregel verantwoordt. Gaat het bijvoorbeeld om de vraag of een individuele aanspraak op een consensuele homoseksuele relatie onder 'liberty' kan worden gekwalificeerd en is de wijze waarop die vraag moet worden beantwoord niet evident, dan kan de rechter in een analoge redenering pogen een vergelijkbare variant te vinden die wel onder 'liberty' kan worden gekwalificeerd, en daarna één die er zeker niet onder valt. Een vergelijking van beide varianten zal dan tot een beslissing leiden. De analoge redeneermethode kan worden ingezet wanneer sprake is van een moeilijk geval.²⁶³ Hiervan is sprake wanneer de toepasselijke norm gegeven is, maar niet zonder meer toepasbaar op het voorliggende geschil, wanneer de gangbare interpretatie van de toepasselijke norm als achterhaald moet worden beschouwd, en ten slotte wanneer twijfels rijzen over het rechtskarakter van de ingeroepen norm. De analoge redenering lijkt in dergelijke gevallen vaak de aangewezen weg waarlangs een beslissing kan worden verkregen die de eisen van rechterlijke objectiviteit in de rechtsvinding zo dicht mogelijk benadert.²⁶⁴

Wetsanalogie

In de analoge redenering is een aantal steeds terugkerende, specifiekere redeneerlijnen te ontwaren. Het uitgangspunt van het opsporen van identieke of vergelijkbare gevallen is voor de verschillende gevallen hetzelfde, maar het 'moeilijke geval' vraagt in de regel om een meer toegesneden benadering in de redenering. Wanneer de toepasselijke norm gegeven is, maar de vraag rijst of het voorliggende geschil kan worden gekwalificeerd onder de toepasselijk geachte norm, kan de rechter een wetsanalogie toepassen. Een wetsanalogie houdt in dat er een rechtsnorm voorhanden is; de omtrekken ervan

²⁶³ Zie par. 4.2.3.

²⁶⁴ Koopmans (Wiarda 1999), p. 114.

zijn in het licht van het voorliggende geschil echter niet helder. Aan de hand van vergelijkingsmateriaal tracht de rechter te komen tot de formulering van een norm van hoger recht, die het vergelijkingsmateriaal en het voorliggende geschil met elkaar verbindt in het licht van de wettelijke bepaling en kwalificatie van de individuele aanspraak in het voorliggende geschil kan rechtvaardigen.

Het geschil kan dan worden opgelost met behulp van een nieuw gevormde regel die is georiënteerd aan de wettelijke norm. De wettelijke norm is door de wetgever destijds wellicht opgesteld voor een casus met een ander feitencomplex, maar de rechter acht toepassing van deze regel op het voorliggende geschil evenwel mogelijk en zinvol. De rechter verantwoordt de toepasselijkheid van de regel op het voor hem liggende juridische conflict aan de hand van een norm van hoger recht, bijvoorbeeld een rechtsnorm met het karakter van een rechtsbeginsel.²⁶⁵ Die norm van hoger recht is door de rechter gedestilleerd uit het vergelijkingsmateriaal. De grondwettelijke bepaling vormt het uitgangspunt voor de beoordeling van het geschil; diens reikwijdte wordt aan de hand van een hogere rechtsnorm bepaald en indien noodzakelijk toegesneden op het voorliggende geschil. Omdat er een wettelijke bepaling voorhanden is, kan in dit verband worden gesproken van een wetsanalogie. Het begrip 'recht op privé-leven' ex Art. 8 EVRM of het recht op persoonlijke ontplooiing ex Art. 2 lid 1 GG zijn rechtsnormen die een subjectiefrechtelijk karakter toekomt, maar de omtrekken ervan staan echter allerminst vast.

De term wetsanalogie wordt in de Duitse literatuur gekend als 'Gesetzesanalogie', al geldt deze redenering niet als een speciale methode van rechtsvinding in het constitutionele recht.²⁶⁶ De wetsanalogie is vooral in het privaatrecht een beproefde rechtsvindingsmethode op het terrein van vage normen die bijvoorbeeld besloten liggen in de redelijkheid en billijkheid, zorgvuldigheid en redelijk werkgeverschap.²⁶⁷ In de Nederlandse literatuur heeft Nieuwenhuis de aandacht gevestigd op 'singuliere analogie', een term die werd ontleend aan Larenz' begrip van de 'Gesetzesanalogie'.²⁶⁸ De singuliere analogie komt sterk overeen met de hiervoor gepresenteerde wetsanalogie. In de Nederlandse grondrechtelijke rechtspraak wordt aan de wetsanalogie methode geen speciale waarde gehecht; de analoge methode is evenwel van groot belang in het kader van de privaatrechtelijke rechtsvinding door de Nederlandse rechter.²⁶⁹ Analoge interpretatie van grondrechten vindt in Nederland echter veelvuldig plaats via open normen

265 Zie voor typering van deze normen par. 4.6.

266 Larenz 1991, 381 e.v. (Larenz pleit echter voor het hanteren van het begrip 'Einzelanalogie', omdat de toepasselijke wettelijke norm niet in zijn oorspronkelijke vorm wordt angewend).

267 McCormick en Summers 1991, p. 471, Alexy en Dreier 1991, p. 89, Koopmans (Wiarda 1999), p. 110.

268 Nieuwenhuis 1976, p. 502. Wiarda spreekt van de 'vergelijkingsmethode' indien de rechter wordt geconfronteerd met vage normen als 'goede zeden', 'redelijkheid en billijkheid' of 'zorgvuldigheid'. De opbouw van de vergelijkingsmethode vertoont sterke overeenkomsten met de wetsanalogie en de rechtsanalogie (Wiarda 1999, p. 107 e.v.). Zie verder ook Groenewegen 1996, p. 108 e.v.

269 Bruggink 1990, p. 112 e.v.

in het privaatrecht.²⁷⁰ In de literatuur ter zake van de rechtsvinding van het EHRM en het Hof van Justitie is de wetsanalogie nauwelijks een afzonderlijk thema.

In de Amerikaanse literatuur maakt de 'analoge redenering' als zodanig geen deel uit van de 'gevestigde' interpretatiedoctrines. Het is echter wel steeds vaker onderwerp van de constitutionele verhouding dat de laatste jaren in de volle belangstelling staat in het Amerikaanse constitutionele rechtvindingsdebat in verband met de rechterlijke taakopvatting in de constitutionele verhouding.²⁷¹ Betwijfeld wordt bijvoorbeeld in hoeverre de uitkomst van een analoge redenering kan worden aangemerkt als objectieve rechterlijke rechtsvinding. Aan de hand van de analoge redenering zou de rechter zich in staat stellen zijn persoonlijke opvatting in een grondrechtelijke norm te laten doorklinken. Op gronden die legitiem lijken kan de rechter met een subjectieve invulling democratisch gelegitimeerde wetgeving terzijde stellen.

Rechtsanalogie

Het komt voor dat de rechter een individuele aanspraak moet beoordelen waarvan niet vaststaat of de ingeroepen norm wel behoort tot het bestaande kader van rechtsnormen. De rechter kan in de rechtsvindingsfase niet direct aanknopen bij een wettelijke norm. In deze redeneerwijze staat ter zake van de vraag naar toepasselijkheid van een wettelijke norm op de individuele aanspraak aldus niet, zoals in de wetsanalogie, een grondrechtsnorm centraal. Deze blijkt namelijk niet in de grondwet of het verdrag voorhanden te zijn. De rechter construeert aan de hand van een aantal vergelijkbare gevallen zelf een rechtsnorm, waarvan hij in de veronderstelling verkeert dat die past in het bestaande rechtsnormenkader. Die inpassing in het rechtsnormenkader dient de rechter in zijn motivering te verantwoorden, hetgeen geschiedt aan de hand van een norm van hoger recht. Het verschil met de wetsanalogie is gelegen in het feit dat de rechter in de rechtsanalogie een nieuwe rechtsnorm in de rechtspraak positieveert, hetgeen betekent dat de door de rechter geformuleerde rechtsnorm wordt verheven tot ongeschreven rechtsregel.²⁷² In de wetsanalogie interpreteert de rechter de bestaande wetsnorm extensief. In de rechtsanalogie is van extensieve interpretatie geen sprake meer; de rechter verheft 'een norm' die wordt geconcretiseerd uit de norm van hoger recht tot een ongeschreven recht. Tegen de rechtsanalogie bestaat in beginsel een grotere weerstand vanuit het perspectief van de constitutionele verhoudingen: de rechter formuleert in dergelijke gevallen zelf een nieuwe rechtsregel – een activiteit die in principe voorbehouden is aan de wetgever.

270 Scholten 1974, p. 60 e.v.

271 Zie onder meer Cardozo 1921, p. 31-50 (Cardozo spreekt in dit verband over de 'method of philosophy'); Black 1983 (Black spreekt in dit verband over structural reasoning); Sunstein 1993; Posner 1990, p. 86 e.v.; Posner 1992, p. 433 e.v.; Tribe 2000, p. 40 e.v.

272 Nieuwenhuis 1976, p. 504; Larenz 1991, p. 383.

4.4.2 Inductie in de analoge redenering

Het proces van de analoge redenering vertoont inductieve trekken. In de *inductieve* redeneertrant wordt aldus van het bijzondere [het vergelijkingsmateriaal] naar het bijzondere (het voorliggende geschil) geredeneerd.²⁷³ Aan de hand van de vergelijking van de door de rechter gevonden of bedachte varianten en het voorliggende geschil formuleert hij vervolgens een norm van hoger recht, die de varianten en het voorliggende geschil met elkaar verbindt. Die hoger gelegen norm inspireert hem, aan de toepasselijk geachte wettelijke norm een extensieve uitleg te geven, die kwalificatie van zowel de bijvoorbeeld uit de rechtspraak of uit de wetgeving afgeleide varianten als de voorliggende individuele aanspraak rechtvaardigt.²⁷⁴ Van belang is, dat de inductieve redeneerwijze als het ware een stap heeft ingebouwd, die in de concrete toepassing van de analogie niet altijd naar voren komt. In de analogie wordt namelijk vaak rechtstreeks van het bijzondere (het door de rechter gevonden vergelijkingsmateriaal) naar het bijzondere (het voorliggende geschil) geredeneerd. Er moet echter altijd een tussenstap worden genomen, die de afzonderlijke individuele aanspraken of feitencomplexen met elkaar in verbinding brengt. In de wetsanalogie wordt deze verbinding tot stand gebracht door een norm van hoger recht. Deze norm vertoont soms sterke overeenkomsten met het rechtsbeginsel.²⁷⁵ De 'verbinding' die noodzakelijk is om de gevonden voorbeelden en de voorliggende individuele aanspraak met elkaar te vergelijken, wordt lang niet altijd expliciet genoemd, laat staan uitgewerkt door de rechter. Nieuwenhuis verwoordt dit probleem van de wetsanaloge redeneertrant op heldere wijze:

'Het is duidelijk, dat het argumentum per analogiam, gemeten naar deductief-logische maatstaven, niet door de beugel kan. Een analogie-argument heeft immers de volgende vorm: indien p, dan q; r lijkt op p; indien r dan q. De conclusie 'indien r dan q' uit 'indien p dan q' is slechts gerechtvaardigd op grond van het niet-deductieve, maar evaluatieve oordeel, dat aan situaties die op elkander lijken hetzelfde rechtsgevolg moet worden verbonden'.²⁷⁶

De wetsanaloge redenering kan ten aanzien van de constitutionele verhoudingen de nodige spanningen oproepen. De rechter interpreteert een bestaande wetsnorm extensief, maar hij lijkt niet altijd en niet direct te willen tonen op welke grondslag die extensieve interpretatie nu precies is geschoeid. Dat zou te maken kunnen hebben met het feit, dat de rechter een evaluatief oordeel moet vellen over de vergelijkbaarheid van de varianten enerzijds en het voorliggende geschil anderzijds. Vanuit het oogpunt van de rechterlijke taakopvatting is het niet steeds gebruikelijk, aan te nemen dat de rechter een evaluatief oordeel toekomt waar het gaat om de toepasselijkheid van de norm. Wat betreft het inductieve redeneerschema bestaat er geen principieel onderscheid tussen de wetsanalogie en de rechtsanalogie. In de laatste wordt eveneens een inductief redeneerschema gebezigd. Het verschil met de wetsanalogie is gelegen in de uitkomst: in de rechtsanalogie zoekt de rechter vanuit de hoger gelegen norm – gemeenschappelijk aan de varianten en het voorliggende geschil – geen aansluiting bij een wettelijke norm. In

273 Sunstein 1993, p. 746.

274 Voor voorbeelden zie par. 4.4.3.

275 Zie hierna par. 4.6.

276 Nieuwenhuis 1976, p. 503.

het geval van de rechtsanalogie vormt de hoger gelegen norm aldus de enige grondslag op basis waarvan het voorliggende geschil wordt beoordeeld.

Ter zake van de constitutionele verhoudingen bestaat een tweeledig probleem: niet alleen moet de rechter een evaluatief oordeel vellen over de vergelijkbaarheid van de varianten en het voorliggende geschil; hij dient eveneens het bestaan van de norm van hoger recht te rechtvaardigen alsmede de concretisering vanuit die norm van hoger recht in te passen in het bestaande rechtsnormenkader. Met deze activiteiten kan een rechter zich in hoge mate rechtsvormend, zo niet regelgevend opstellen, hetgeen spanning in de constitutionele verhouding oproept. Gesteld zou kunnen worden, dat de hantering van een rechtsanalogie de spanning in verdergaande mate opvoert dan hantering van de wetsanalogie; het verschil is in belangrijke mate gelegen in het feit dat in de wetsanalogie nog wordt aangeknoopt bij een wettelijke bepaling. Een rechtsanaloge redenering is te vinden in *Valkenhorst*; er was geen gepositieerde regel waarbij de rechter de individuele aanspraak – kennisneming van de biologische afstamming – kon aanknopen. Er bleken in dit geval echter wel regels in de grondwet of in het verdrag voorhanden, die gezamenlijk konden leiden tot de vaststelling van een uit een norm van hoger recht afgeleid ongeschreven recht. De norm van hoger recht, in casu het persoonlijkheidsrecht vormde de grondslag voor het recht op kennis van de biologische afstamming. De rechter induceerde die uit een contaminatie van enkele grondwettelijke normen.

4.4.3 Wetsanalogie: een voorbeeld uit de jurisprudentie

Een fraai voorbeeld is te vinden in de Amerikaanse rechtspraak in de zaak *Meyer t. State of Nebraska*²⁷⁷ waarin het een leraar op een school bij de wet verboden werd in een andere taal dan het Engels onderwijs te verzorgen. Een leraar, die zijn lessen gedeeltelijk in de Duitse taal gaf (feitencomplex r) beriep zich op 'liberty' in het Veertiende Amendement (de ingeroepen grondwetsnorm waarvan over toepasselijkheid twijfel bestond q), omdat hij meende dat de wet daarmee in strijd was. Ouders en opvoeders dienen zelf te kunnen beslissen over de inhoud van de opvoeding, zo was de gedachte daarachter. De voorkeur voor een bepaalde taal in het onderwijs werd niet expliciet gedekt door 'liberty' uit het Veertiende Amendement. Het Amerikaanse Hoogerechtshof kwalificeerde (q) onder het Veertiende Amendement (r); het refereerde ter zake uitgebreid aan voorafgaande rechtspraak (de 'gevestigde' strekking en gevolgen van de toepassing van de rechtsregel (p)):

'While this court has not attempted to define with exactness the liberty thus guaranteed, the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated. Without doubt, it denotes that not merely freedom from bodily restraint but as the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.'

²⁷⁷ *Meyer t. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

Hierna volgde een verwijzing naar voorafgaande rechtspraak (p), waarin het recht op 'liberty' (q) nadere invulling heeft gekregen.²⁷⁸ De klacht van *Meyer* (r) valt in de optiek van het Hof eveneens in de categorie claims, die bescherming van 'liberty' uit het Veertiende Amendement genieten. Met name het door het Hof benoemde recht 'to acquire useful knowledge' is in *Meyer* van doorslaggevend belang. Dat recht is echter niet terug te vinden in de door het Hooggerechtshof aangehaalde rechtspraak, die voor het leeuwendeel handelt over de onder 'liberty' geclassificeerde contractsvrijheid en het recht op gelijke behandeling voor de wet. De norm van hoger recht van *Meyers* aanspraak – het recht 'to acquire useful knowledge' – met de andere uit 'liberty' voortvloeiende rechten als erkend in voorafgaande jurisprudentie werd in casu gevonden onder 'the orderly pursuit of happiness by free men'. Dit uitgangspunt lijkt hier als een norm van hoger recht te fungeren, waaruit de door het Hooggerechtshof opgesomde rechten als het ware voortvloeien als concretisering van 'liberty'. De voorafgaande zaken waarin het 'liberty' reeds had gedefinieerd, hebben, wat hun feitencomplex betreft, niet direct verband met het feitencomplex van *Meyer*. Het aanknopingspunt in *Meyer* is dan ook niet de specifieke vergelijkbare casusposities maar wordt aldus gevonden in de norm van hoger recht 'the orderly pursuit of happiness by free men'. Deze norm ligt kennelijk verscholen in de notie van 'liberty' in het Veertiende Amendement, en is in staat zeer uiteenlopende aanspraken op het Veertiende Amendement te rechtvaardigen.

4.4.4 Rechtsanalogie: een voorbeeld uit de jurisprudentie

In de zaak *Valkenhorst* paste de Hoge Raad de rechtsanalogie toe.²⁷⁹ In deze zaak claimde een kind het 'recht', te weten door wie het was verwekt. De moeder weigerde echter, het kind mede te delen wie de verwekker was, en de instelling waar het kind ter wereld was gekomen weigerde inzage in de gegevens te verstrekken die het in staat zouden kunnen stellen, van de afstamming kennis te nemen. In de Nederlandse grondwet is echter geen rechtsregel ter zake van de kennisneming wie de verwekker is.²⁸⁰ Er was echter wel een recht op persoonlijke levenssfeer, maar dat werd in dit geval niet, althans voor de positie van het kind, als toepasselijke rechtsregel voor de individuele aanspraak aangehaald. De premisse inhoudende de keuze van de toepasselijke rechts-

278 Het Hooggerechtshof wijst in dit verband op dertien voorafgaande zaken, waarin het recht op 'liberty' nader had gedefinieerd In de *Slaughterhouse-cases*, in *Minnesota tegen Bar, Allgeyer t. Louisiana*, *Lochner t. New York*, *B. & Q. R.R. t. McGuire*, *New York Life Ins. Co. t. Dodge*, en *Adkins t. Children's Hospital* werd het 'liberty'-aspect betreffende contractsvrijheid genoemd in verband met de wetgevende bevoegdheid van de federatie; in *Twining t. New Jersey* wordt als aspect van 'liberty' van het vermoeden van onschuld genoemd; in *Truax t. Raich* werd het recht op gelijke behandeling voor de wet onder 'liberty' benoemd. Zie de uitspraak *Meyer t. Nebraska*; de door het Hof aangehaalde rechtspraak werd onderzocht via de internetsite <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html> (laatstelijk geraadpleegd op 31 oktober 2002).

279 *Valkenhorst*, HR 15 april 1994, NJ 1994/608.

280 Op dat moment werden in verband met donorinseminatie wel debatten gevoerd over de mate waarin een kind dat uit kunstmatige inseminatie ontstaat, kennis moet kunnen verwerven over zijn afstamming. Die discussie was op dat moment nog niet beëindigd. De Hoge Raad gaf in *Valkenhorst* expliciet aan, niet op deze discussie in te gaan of vooruit te lopen op ophanden zijnde wetgeving.

regel (q) was problematisch in *Valkenhorst*. Voor de 'vorming' van de toepasselijke rechtsregel bouwde de Hoge Raad de volgende redenering op. Uit verschillende, niet voor onderhavig feitencomplex (r) geformuleerde rechtsregels werd een rechtsnorm gestedilleerd, waaruit een voor de aanspraak van het kind relevante nadere concretisering voortvloeide. De Hoge Raad constateerde, dat:

'aan grondrechten als recht op het respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting een algemeen persoonlijkheidsrecht ten grondslag ligt'.

Achter een aantal grondwetsnormen werd aldus een algemeen persoonlijkheidsrecht ontwaard, waaruit de in de grondwet geëxpliciteerde rechten voortvloeien. Dit algemene persoonlijkheidsrecht heeft een sterk beginselmatig karakter, dat zich in die hoedanigheid niet leent voor een directe toepassing op de aanspraak van het kind in *Valkenhorst*. Vervolgens construeerde de Hoge Raad uit dat algemene persoonlijkheidsrecht het recht om te weten van welke ouders men afstamt. De toepasselijke rechtsregel werd door de Hoge Raad geformuleerd aan de hand van een beginsel dat kennelijk eveneens de grondslag vormt voor andere grondrechten (p).²⁸¹ Het persoonlijkheidsrecht was tot dan toe echter nooit als hoger gelegen rechtsnorm, die invulling geeft aan grondrechten, naar voren gehaald. De rechter moest de toepasselijke rechtsregel eerst nog 'vinden'. De toepasselijke rechtsnorm construeerde hij aldus uit dat persoonlijkheidsrecht, dat enkele grondwetsbepalingen gemeen bleken te hebben.²⁸²

De invulling van de premissen lijkt in de rechtsanalogie niet op gelijke wijze op te gaan als in de wetsanalogie methode. Voor het door de rechter te beoordelen feitencomplex (r) is geen in de wet of rechtspraak gepositieerde rechtsregel (q) voorhanden. Vergelijkbare gevallen in de jurisprudentie (p) zijn evenmin aanwezig: zij laten zich, voor zover voorhanden, lastig vergelijken met het feitencomplex. Rechtsregel (q), waaraan in de wetsanalogie het rechtsgevolg van grondwettelijke bescherming werd toegekend, is evenmin voorhanden. In de rechtsanalogie wordt zichtbaar in welke mate de premissen (q) en (r) elkaar in hoge mate kruisbestuiven in de rechtsvindingsfase. De individuele aanspraak definieerde in *Valkenhorst* tot op grote hoogte de toepasselijke rechtsregel. Op deze wijze wordt de indruk gewekt, dat de rechter de mogelijkheid heeft willekeurige aanspraken te erkennen onder het grondwettelijke beschermingsregime.

281 De Hoge Raad haalde enkel de hiervoor geciteerde grondrechten aan. A-G Koopmans betrok eveneens andere gepositieerde rechten in zijn rechtvaardiging van het bestaan van het persoonlijkheidsrecht. In zijn optiek ligt aan Art. 1:1 lid 1 BW (het genot op burgerlijke rechten), Art. 1 Grondwet (het non-discriminatiebeginsel), Art. 2 lid 1 EVRM (recht op leven) het persoonlijkheidsrecht ten grondslag, die 'zonder dit uitgangspunt niet te begrijpen zijn' (Koopmans par. 19 in zijn Conclusie). Ook het feit dat het recht, de identiteit te kennen, door de Duitse rechter in het Federale Constitutionele Hof erkend is, is in Koopmans' redenering van belang, het bestaan van dat recht (voortkomend uit dat algemene persoonlijkheidsrecht) te vestigen (Conclusie, par. 19).

282 De Hoge Raad betreft eveneens Art. 7 van het Verdrag van de Rechten van het Kind in zijn redenering, dat in de Engelstalige versie luidt: 'The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents'. Op het moment van de uitspraak (1994) was dit verdrag van 20 november 1989 door Nederland nog niet geratificeerd.

Die kwalificatie levert een aantal niet onbelangrijke neveneffecten op. Er lijkt een rechterlijke beoordelingsruimte te ontstaan wanneer een rechtsanaloge redenering wordt gebruikt. De rechter beroept zich bij de erkenning van de individuele aanspraak op een norm van hoger recht, die een extensieve uitleg van de grondrechtelijke norm of die de positivering van een nieuw recht dient te rechtvaardigen. Met deze constructie motiveert hij de keuze voor het rechtsvindingsproces, en legitimeert hij het bestaan van het zojuist ontdekte, ongeschreven recht.

4.5 Enkele kanttekeningen bij de analoge redenering

4.5.1 *Algemene opmerkingen naar aanleiding van de gegeven voorbeelden*

In de wetsanalogie is het evaluatieve oordeel van de rechter van groot belang, in het opzicht dat hij de vergelijkbaarheid van de casusposities of de toepasselijkheid van de regel op 'oude' en 'nieuwe' casusposities dient te motiveren. Aan de situaties die in de optiek van de rechter op elkaar lijken dient hetzelfde rechtsgevolg te worden verbonden. De vaststelling, dat *r* op *p* lijkt, is van cruciaal belang in verband met de toepasselijkheid van de rechtsregel. De wetsanalogie berust aldus op een vergelijking, waarbij de individuele aanspraak van de te beoordelen zaak niet in zijn totaliteit overeenstemt met de individuele aanspraak waarvoor de wetsregel initieel werd geformuleerd. De keuze voor de invalshoek van de vergelijking is van belang: deze benadering wordt namelijk bepaald door het *doel* van de vergelijking. Het doel van de vergelijking bepaalt in welk opzicht de vergelijkbaarheid van de feitencomplexen van de zaken (*p*) en (*r*) aan de orde en in orde is. De motivering, in welk opzicht (*p*) en (*r*) op elkaar lijken, blijkt in dit opzicht niet altijd bevredigend. Voorheen werd reeds gewezen op de verzwegen tussenstap in de analogieredenering, een tussenstap die te maken heeft met rechterlijke *waardering* van de *vergelijkbaarheid* van de 'oude' en de 'nieuwe' gevallen. De norm van hoger recht, die het cement vormt tussen de gevestigde omtrekken van het grondrecht enerzijds en de voorliggende individuele aanspraak anderzijds, lijkt een nadere motivering in sommige gevallen overbodig te maken. De redeneertrant in *Meyer* lijkt met een verwijzing naar 'het recht op het nastreven van geluk door de mens' relatief eenvoudig te kunnen worden gemotiveerd. Wie kan daar nu op tegen zijn?

4.5.2 *Analogie ter invulling van systematische, teleologische en dynamisch-evolutionaire uitleg*

De redeneermodellen 'wetsanalogie' en 'rechtsanalogie' overziend is het zinvol om hier stil te staan bij de parallellen met de systematische, de teleologische en de evolutionaire interpretatiemethode. Indien de rechter de systematische methoden hanteert, zal hij voor de invulling van de wettelijke bepaling aanknopen bij rechtsnormen elders in de wet. Indien voor de omvang van de reikwijdte van de betrokken bepaling wordt aangeknoopt bij 'aanpalende' wetsbepalingen lijkt de rechter binnen bepaalde kaders te interpreteren. Indien de rechter zich in een systematische interpretatie voor de vaststelling, of de wetsbepaling op het betrokken geschil van toepassing is, verlaat op ho-

gere rechtsnormen, redeneert hij wetsanaloog. Tussen de wetsanaloge redenering en de systematische interpretatie is het verschil dan weggevallen. Hetzelfde geldt voor een teleologische interpretatie. Hanteert de rechter deze methode, dan tracht hij het doel van de regeling te achterhalen. Het doel van een wettelijke regeling kan bijvoorbeeld blijken uit de redenen die de wetgever had om de regeling tot stand te brengen. Deze redenen zijn bijvoorbeeld te traceren in Kamerstukken of in zogenoemde 'travaux préparatoires', maar ook in Preambules. Het EG-Verdrag vermeldt in dit verband enkele centrale doelstellingen, die het Hof van Justitie van de EG in de vaststelling van de reikwijdte van verdragsbepalingen heeft betrokken.²⁸³ De doelstelling van een wettelijke bepaling kan een sterk beginselmatic karakter dragen. Indien dat het geval is, kan de teleologische interpretatie in dit opzicht sterke gelijkenis vertonen met de wetsanalogie: ook hier tracht de rechter in een abstracte, achter de grondwetsbepaling gelegen rechtsnorm het doel van die bepaling te achterhalen. De systematische en de teleologische interpretatiemethode en de wetsanaloge redenering kunnen in elkaars verlengde liggen. De wetsanalogie kan als redeneerwijze worden gehanteerd om aan de systematische of teleologische interpretatiemethode inhoud te geven. Voor de rechtsanalogie gaat dit niet op; een voorwaarde van het toepassen van de rechtsanalogie is dat er in het geheel geen toepasselijke wettelijke norm voorhanden is. Indien systematisch, teleologisch of evolutief wordt geïnterpreteerd, is de wetsbepaling altijd het uitgangspunt.

Naast de analoge redeneermethoden zijn enkele andere redeneermethoden aan te wijzen, die behulpzaam kunnen zijn in het opsporen van toepasselijke rechtsnormen. Hiertoe behoren onder meer de pragmatische of redelijke wetsuitleg²⁸⁴ en het redeneren op basis van rationaliteit naar de gevolgen van een rechterlijke beslissing.²⁸⁵ Redelijke wetsuitleg is aan de orde, indien bijvoorbeeld niet-toepassing (of toepassing) van de wet zou leiden tot een apert onbevredigend resultaat, of in het geval van onduidelijkheid van de wettelijke norm. De argumentatie die wordt aangewend om de (niet-)toepassing te rechtvaardigen, kan evenzeer worden ontleend aan een wetsanaloge redenering. Het redeneren op basis van de gevolgen die een bepaalde rechterlijke beslissing teweeg zouden kunnen brengen heeft een speculatief element in zich. De rechter kan zich afvragen, in hoeverre het uitsluiten van toepassing van het recht op vrijheid van meningsuiting in een geval leidt tot een 'chilling effect' op de algemene uitoefening van dat recht. Hij probeert dan in te schatten, in hoeverre afwijzing van toepasselijkheid op voorliggend geschil tot gevolg heeft dat niemand vervolgens meer gebruik 'durft' te maken van het recht. Ook bij het gebruik van deze redeneermethode kan de rechter zich verlaten op een analogie, maar dat hoeft niet. Deze opmerkingen plaatsen de analoge redeneerwijze in een bredere context van mogelijke instrumenten, die een rechter kan aanwenden voor de rechtvaardiging van een vaststelling van de omtrekken van een grondrecht.

283 Zie Art. 2 EG-Verdrag.

284 Sunstein 1993, p. 750 e.v.; Pontier 1998, p. 44 e.v.

285 Posner 1990, p. 105 e.v., Sunstein 1993, p. 758 e.v. en Gunther en Sullivan 1997, p. 1098.

4.5.3 *Bedenkingen tegen de analoge redeneerwijze*

Met betrekking tot de analoge redeneerwijze zijn in de literatuur verschillende kritiekpunten geformuleerd. Het sterkst worden de bezwaren tegen de analoge redenering in de Amerikaanse literatuur geuit. Het is hier echter niet de bedoeling, de analoge redeneerwijze als zodanig normatief te beoordelen; in het kader van de betekenis van de methode voor de constitutionele verhoudingen waarbinnen de constitutionele rechter aan rechtsvinding doet, is het echter zinvol de belangrijkste kritiek te schetsen. Deze kritiek is verweven met aspecten van de taakopvatting van de rechter in het kader van de constitutionele verhoudingen. De bedenkingen tegen de analogie zullen hier kort worden uiteengezet en in verband worden gebracht met de constitutionele verhouding waarin de rechter opereert. Op deze punten wordt teruggekomen in de analyse van de jurisprudentie op het terrein van het recht op persoonlijkheid.²⁸⁶

De afwezigheid van externe wetenschappelijke toetsingsmaatstaven

Een belangwekkende kritiek op de analoge redenering is dat zij onvoldoende wetenschappelijk is. Dat houdt in dat er elementen in de analogie verscholen zitten, die de legitimiteit van de norm van hoger recht soms onvoldoende verifieerbaar maken, of althans minder verifieerbaar dan wenselijk is. Dat is serieuze kritiek, omdat de rechter zich in zijn rechtsvinding dient te oriënteren aan bestaande, verifieerbare rechtsnormen.²⁸⁷ Wanneer de rechter zelf normen verheft tot rechtsnormen begeeft hij zich in beginsel in hoge mate op regelgevend vlak, een terrein dat in beginsel aan de wetgever is voorbehouden. Hiermee verbonden is de vraag, wat het karakter van de norm van hoger recht nu eigenlijk is: is het een rechtsbeginsel, een rechtsregel, of een norm die geen plaats toekomt in het bestaande normenstelsel? Tegen de kritiek op de niet-verifieerbaarheid van de norm van hoger recht pleit onder meer, dat de rechter, wanneer hij het relevante vergelijkingsmateriaal samenstelt, zich in beginsel baseert op bestaande overtuigingen in de samenleving. Hiertegen valt zeker bezwaar te maken vanuit het oogpunt, in hoeverre de rechter in staat is een gebalanceerde afweging te maken van bestaande overtuigingen. De rechter mist in beginsel het instrumentarium dat het mogelijk maakt, inzicht te verkrijgen in 'bestaande overtuigingen in de samenleving'. Een andere wijze waarop de kritiek van niet-verifieerbaarheid wel wordt gepareerd is de verwijzing naar het feit dat de rechter zich bij het scheppen van nieuw recht moet oriënteren aan de 'bestaande normenhiërarchie'. Vraag in dit verband is dan wat deze specifiek inhoudt, en wie vaststelt hoe die normenhiërarchie eruit ziet. De rechters in de verschillende stelsels hebben allen minder of meer frequent te verstaan gegeven, dat zij de hoogste uitlegger zijn van grondwet of verdrag. Daarmee lijken zij zich op het standpunt te kunnen stellen, dat zij tot op grote hoogte bepalen welke normen tot de 'bestaande normenhiërarchie' behoren.²⁸⁸ In dit verband bestaat een spannings-

286 Zie hoofdstuk 10.

287 Sunstein 1993, 743.

288 In de praktijk blijkt dit tot op grote hoogte op te gaan: de door de rechter gepositieerde grondrechtsnormen of de extensieve interpretaties werden, althans op het terrein van het recht op persoonlijkheid, niet gecorrigeerd (zie hoofdstuk 3 onder 'Checks van de wetgever op de rechtsmacht').

verhouding tussen rechter en wetgever: degene die de grondwet of het verdrag bewaakt kan zichzelf er op deze wijze boven plaatsen.

De criteria van vergelijkbaarheid

De wets- en rechtsanalogie houden beide onvermijdelijk een waarderingsmoment in, waarop de rechter moet vaststellen waarom de ene groep van gevallen vergelijkbaar is met de andere. Nu zijn de standpunten die in de analogie worden betrokken tot op zekere hoogte objectiveerbaar, maar dat neemt niet weg dat er geen vaste maatstaven zijn, volgens welke de norm van hoger recht dient te worden gedefinieerd. Een voorbeeld kan hier verheldering brengen. Stel, in een analogie worden twee zaken met elkaar vergeleken, om vast te stellen of een norm van hoger recht kan worden geconstrueerd. In een vroegere zaak heeft de rechter uitgemaakt dat het individu het recht toekomt, in zijn slaapkamer zelf te kunnen beslissen over het gebruik van voorbehoedsmiddelen. In het voorliggende geschil moet worden beslist over het al of niet bestaan van een recht op homoseksualiteit en homoseksuele activiteiten in de slaapkamer. De grondwet stipuleert het nergens, en bij strafwet is het verboden. Dient de rechter nu te stellen, dat er aan het recht op vrij gebruik van voorbehoedsmiddelen een principiële keuzevrijheid ter zake van seksuele zelfbeschikking ten grondslag ligt, en dat die keuzevrijheid eveneens een recht op homoseksuele activiteiten in de slaapkamer inhoudt? Of is de juiste opvatting dat er een vrije beslissing ten aanzien van het gebruik van voorbehoedsmiddelen bestaat, en dat er een notie van een vrije keuze van wel of niet voortplanten aan ten grondslag ligt? We hebben in dit kader met twee normen van hoger recht te maken, waarbij het eerste – seksuele zelfbeschikking – van abstracter orde lijkt dan het tweede – de keuze om vrij te kunnen beslissen over de voortplanting. Het tweede beginsel zou een onderdeel kunnen zijn van het eerste, maar dat weten we niet zeker. De vraag die in dit verband rijst is wat het juiste abstractieniveau is voor de definitie van de norm van hoger recht. De rechtswetenschap lijkt hiervoor geen vaste formule te hebben ontwikkeld; de gekozen maatstaf van vergelijking blijft een kwestie van waardering.

Verhulling van rationaliteit: retoriek en metaforen

De definitie van de norm van hoger recht dient zijn grondslag in bestaande rechtswetten te vinden. Dit kunnen erkende, in het algemeen bewustzijn levende rechtsbeginselen zijn. Indien de rechter deze eis negeert zal de legitimiteit van zijn vaststelling gauw slinken: de grondslag van de norm van hoger recht lijkt dan vooral te zijn gebaseerd op subjectieve overwegingen en niet onvoorwaardelijk juridische kwaliteit te bezitten. Het lijkt vooral zaak voor de rechter dat hij zijn forum overtuigt van de aanwezigheid van de norm van hoger recht in het bestaande normenkader. Vraag is of en in hoeverre die overtuiging wordt overgebracht vanuit een juridisch kader. In het hiervoor geschetste voorbeeld van *Meyer t. Nebraska* bleek de rechtvaardiging voor de vergelijking op basis van het bronnenmateriaal (jurisprudentie) op zichzelf genomen redelijk tegemoet te komen aan de eis van juridische legitimatie. De inhoud van de jurisprudentie vertoonde nauwelijks gemeenschappelijkheid met het voorliggende geval: de jurisprudentie handelde bijna zonder uitzondering over contractsvrijheid, terwijl het voorliggende geschil over de vrijheid van keuze van onderwijs handelde. De ge-

meenschappelijkheid tussen het vergelijkingsmateriaal en de voorliggende individuele aanspraak werd gevestigd door een norm van hoger recht: 'the pursuit of happiness'.²⁸⁹ In dit verband klemde dan de vraag in welke mate de gevolgde redenering vanuit juridisch oogpunt rationeel is: is in verband met 'the pursuit of happiness' sprake van een rechtsnorm omdat een frase wordt geciteerd uit de Amerikaanse Preamble? Of kan worden gesteld dat de rechter de zaak met een retorische benadering, die niet noodzakelijkerwijze een juridische kwaliteit bezit, heeft beslecht? In beginsel zullen er weinig tegenstanders zijn van het uitgangspunt dat het nastreven van geluk een belangrijk doel is van het individu. Retorische benaderingen behoeven in beginsel niet in de weg te staan aan de juridische kwaliteit van een redenering; zij kunnen de voorgestelde redenering aanzienlijk versterken. Een beroep op de natuurlijke rede en de vanzelfsprekendheid van bepaalde noties vormt een vast onderdeel van de retoriek die wordt ingezet om nieuwe inzichten ingang te verschaffen.²⁹⁰

Ook metaforen behoren tot het instrumentarium van de rechter om een redenering te rechtvaardigen. Een voorbeeld van een metafoor is de veronderstelling in het Amerikaanse recht dat er 'penumbral rights' bestaan die het bestaan van een recht op 'privacy' legitimeren.²⁹¹ Zij kunnen uitgroeien tot uitlegmaxime, of zelfs tot beginselen van constitutioneel recht.²⁹² Een metafoor is een figuurlijke uitdrukking van een vergelijking. De kracht ervan is gelegen in de indruk die wordt gewekt, de waarheid te beschrijven. Het probleem met metaforen is tegelijkertijd dat zij een loopje kunnen nemen met de lezer:

'The trouble with metaphors is that they have a strong pull on our fancy. They tend to run away with us. Then we find that our thinking is directed not by the force of argument at hand, but at the interest of the image in our mind'.²⁹³

De realiteit is vaak complex en de metafoor brengt haar terug tot proporties waarin de greep op de realiteit vergroot lijkt te worden. De lezer doet daarom node afstand van de metafoor. In de eigenschap, de realiteit grijpbaar te maken zit de overtuigingskracht besloten; het gevaar van een metafoor ligt in dezelfde kracht verscholen. Zij kan ver sluierend werken omdat de lezer de rechterlijke redenering, die met een metafoor werd

289 Nieuwenhuis 1997, p. 48 e.v.

290 Nieuwenhuis 1997, p. 50.

291 In andere rechtsstelsels wordt het bestaan van kernrechten en perifere rechten erkend, die tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn met de 'penumbra'.

292 Zie bijvoorbeeld de volgende metaforen in het Amerikaanse recht die de status van interpretatiemaxime wisten te bereiken en veelvuldig werden herhaald: 'the wall of separation between church and state', 'First Amendment freedoms need breathing space to survive', hetgeen impliceert dat er voorzichtig moet worden omgesprongen met beperkingen op het recht op vrijheid van meningsuiting; een school is een 'marketplace of ideas'; dit idee verbindt diversiteit en pluriformiteit met elkaar zonder te treden in een abstracte, theoretische beschouwing over de vraag in hoeverre dat aantoonbaar is; daarnaast hebben sommige beperkingen op de vrijheid van meningsuiting hebben een 'chilling effect' op de uitoefening van dat recht zodat aan beperkingenspecifieke eisen mogen worden gesteld (zie Bosmajian 1992, hoofdstuk 1 voor voorbeelden). Zie ook Lakoff 1980 voor de verschillende typen metaforen; hij beschrijft ze vanuit een meer literaire achtergrond terwijl Bosmajian metaforen en retoriek vanuit het juridisch perspectief beschrijft.

293 M. Beardsley, geciteerd door Bosmajian (Bosmajian 1992, p. 38).

uitgewerkt, niet meer aan nadere vraagstelling onderwerpt. Alles lijkt voor de lezer duidelijk en grijpbaar. Metaforen en retoriek kunnen versluiierend werken in de rechterlijke uitspraak. Hantering van retoriek of van metaforen wordt bedenkelijk wanneer zij geheel treden in de plaats van een rationeel navolgbare redenering.²⁹⁴ Indien zij de rechtsgrondslag, waarop het rechterlijk besluit wordt gefundeerd, vervangen neemt de juridische kwaliteit van de redenering evenredig af: retoriek en metaforen zijn zonder nadere motivering op basis van een zekere juridische kwaliteit niet eenduidig verifieerbaar. In beginsel zou dan ook een kritische houding kunnen worden verwacht vanuit het juridisch forum dat de rechter volgt in zijn redenering: aanvaardbaarheid van de uitspraak is voor hem in beginsel gelegen in de rationaliteit van de beslissing waarvan de rechtsvinding deel uitmaakt. Zo stelde één commentator bij *Valkenhorst* dat hem niet duidelijk was, op welke wijze het nieuwe recht zijn grondslag heeft verkregen en hoe het dient te worden ingepast in het bestaande normenkader.²⁹⁵ Van retoriek en metaforen gaat overigens bijna altijd een sterke overtuigingskracht uit wanneer zij op juiste wijze worden gebruikt. Metaforen en retoriek zijn geen ornamenten in de uitspraak; hun sterke overtuigingskracht zit in de samensmelting van de stijl en de inhoud van de rechterlijke uitspraak. De stijl van overreding wordt door sommigen van even groot belang geacht als de inhoud van de uitspraak.²⁹⁶ De perceptie van de juistheid van de uitspraak hangt nauw samen met de stijl waarin de uitspraak wordt geuit.²⁹⁷

De metafoor is zeer bruikbaar in de analoge redenering.²⁹⁸ Voorheen werd de structuur van de analoge redenering voorgesteld: indien p dan q; r lijkt op p, daaruit volgt vervolgens indien r dan q. De vergelijkbaarheid van p en r dient te worden aangetoond; de metafoor kan in dit verband een harmoniërende functie vervullen, waarin p en r vergelijkbaar worden geacht. Een onderzoek naar de mate waarin zij werkelijk vergelijkbaar zijn kan dan worden afgesloten met de metafoor; deze stelt in een vereenvoudiging van de werkelijkheid voorop dat zij vergelijkbaar zijn. Het waarderingsmoment gaat op in de metafoor, waarbij de lezer wordt afgeleid van de verschillende keuzemogelijkheden die in het waarderingsmoment bestaan. Dat uitgangspunt is voor een rechter niet onaantrekkelijk, omdat hij in de constitutionele verhouding rekening dient te houden met het primaat van de wetgever en met diens taken. Hij kan het waarderingsmoment versluiieren via hantering van metafoor of retorische vraagstelling. De rechter kan met hantering van retoriek of metafoor sommige lastige kwesties als de vraag van de juridische

294 Zo ook Bosmajian 1992, p. 8.

295 Noot L. Verhey bij *Valkenhorst*, in NJCM-Billettin 19-6 (1994), p. 654 e.v.

296 'Style inevitably contributes to, and often controls, the present and future meaning of appellate opinions, even those not actually written by the judge who signs them. Cardozo's case clearly demonstrates, particularly, given his awareness of the integral place of style in the law, that the effective use of style, as often as "logic", underlies successful appellate advocacy and adjudication. [...]. Cardozo realized that the form of an opinion actively contributes to its correctness; style thus conceived is an element to be evaluated as a part of the correctness of a decision, not as ancillary or merely ornamental element' (Weisberg 1979, p. 309).

297 Cardozo 1931, p. 9 e.v.: 'The opinion will need persuasive force, or the impressive virtue of sincerity and fire, or the mnemonic power of alliteration and antithesis, or the terseness and tang of the proverb, and the maxim. Neglect the help of these allies, and it may never win the day'.

298 Johnson 1988, p. 26 e.v.

kwaliteit van de hogere norm of van de daaruit voortvloeiende extensieve interpretatie of concretisering omzeilen. Een uiting van een norm van hoger recht waarvan niet vaststaat of het een rechtsnorm is, kan eventueel aanvaardbaar worden gemaakt via een retorische vraagstelling of een vergelijking met bijvoorbeeld een spitsvondig gezegde dat nauw aansluit bij de situatie in het voorliggende geschil.²⁹⁹

De rechter beoogt daarmee de situatie te bereiken dat over de grondslag van de extensieve interpretatie of het nieuwe recht geen nadere vragen worden gesteld: de metafoor of de retoriek zijn hem daarin behulpzaam. Deze strategie kan bijvoorbeeld aangewezen zijn wanneer een bepaald resultaat dringend gewenst is maar waarvan de juridische grondslag twijfelachtig is. Deze situatie kan zich voordoen wanneer de rechter constateert dat de wetgever niet in staat is tot wetgeving te komen, terwijl de voorliggende kwestie zich al verschillende keren heeft aangediend bij de rechter. Ook kan een retorische vraagstelling of metafoor behulpzaam zijn bij het vergroten van aanvaarding van de rechterlijke uitspraak in de samenleving meer in het algemeen: de rechter wenst in sommige gevallen niet alleen het juridisch forum, maar meer in het algemeen ook de publieke opinie overtuigen van zijn rechtsvinding.³⁰⁰ Het karakter van rechtspraak staat in zekere mate op gespannen voet met het uitgangspunt van wetenschappelijkheid: wetenschappelijkheid veronderstelt de voorlopigheid van conclusies, terwijl van de rechter wordt verwacht dat hij een beslissing neemt die finaal is. Dat maakt hem kwetsbaar in zijn besluitvorming, omdat hij het gehele forum in beginsel wenst te overtuigen van de juistheid, en niet van voorlopige juistheid van zijn besluit. Voorlopigheid zou het rechterlijke besluit minder aanvaardbaar maken voor de verschillende fora.³⁰¹ Vraag is in hoeverre de rechters zich bedienen van metaforen of retorische vraagstellingen in hun redeneringen in de rechtsvindingsfase; hierop zal worden ingegaan in de afzonderlijke hoofdstukken waarin de rechtspraak wordt uitgewerkt.

Afhankelijkheid van consensus

Dit punt van kritiek op de analogie hangt samen met het punt van de verifieerbaarheid van de analogie. De rechter is gebaat bij een consensus ter zake van het bestaan van een norm van hoger recht of van de erkenning van een ongeschreven recht. In de rechtstelsels zijn concrete aanwijzingen te vinden waaruit blijkt dat de rechter op die consensus een beroep doet, om de legitimiteit van zijn beslissing te versterken.³⁰² Indien

299 Zie bijvoorbeeld *Meyer t. Nebraska*: 'Without doubt, it (het recht op vrijheid, H.L.J.) denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life [...] (*Meyer t. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923)).

300 Zie par. 4.2.4 voor de typering van de verschillende fora. In *Valkenhorst* speelde het belang van het kind bij de kennis van de afstamming niet alleen een rol in het geschil, maar bleek het thema, afgaande op de Conclusie van A-G Koopmans, in de gehele samenleving te worden besproken. Via een retorische vraag rechtvaardigde Koopmans honorering van de individuele aanspraak, de afstamming te willen kennen.

301 Zie ook Bosmajian 1992, p. 28.

302 Zie bijvoorbeeld *Atkins t. Virginia*, nr. 00-8452 (20 juni 2002), waarin het Amerikaanse Hoogerechtshof oordeelde dat aan geestelijk gehandicapte personen de doodstraf niet langer mag worden opgelegd. Het Hof oordeelde in die zaak dat er inmiddels een consensus was gegroeid over deze kwestie, waarin naar het oordeel van de meerderheid van het Hof overeenstemming was gegroeid over de

ter zake van een opvatting of een norm van hoger recht geen consensus in de samenleving kan worden aangetoond, zal de analogie al gauw stranden omdat het dan vooral een gedachte lijkt die enkel is ontsproten aan de voorkeur van de rechter.³⁰³ Een retorische benadering of een metaforische oplossing ligt dan niet zo snel voor de hand. Wanneer een consensus wel kan worden aangetoond, wordt de legitimiteit van het gedachtegoed dat wordt geuit in de hoger gelegen norm juist versterkt. In dit opzicht ligt er aldus een taak voor de rechter, zijn forum te overtuigen van het bestaan van een consensus over de norm van hoger recht en van de 'extensieve' interpretatie (wetsanalogie) of van de concretisering (rechtsanalogie) die daaruit volgt.³⁰⁴

Indien men nu juist een voorkeur heeft voor het bestaan van een bepaalde mate van heterogeniteit van opvattingen, kan een consensus in de weg staan aan debatten die gevoerd worden ter zake van de voorkeur van invulling van een rechtsnorm. In federale rechtssystemen als het Amerikaanse lijkt ten aanzien van bepaalde onderwerpen een voorkeur aanwezig voor het respecteren van uiteenlopende opvattingen over bepaalde rechtsideeën.³⁰⁵ Nu houdt dat niet in, dat in federale stelsels geen ruimte kan bestaan voor consensus. In de Duitse grondwet is gekozen voor een in beginsel overkoepelende, harmoniserende catalogus van grondrechten waardoor een rechterlijke taakopvatting, die uitgaat van harmonisering voor de hand ligt. In de Verenigde Staten ligt deze kwestie anders: daar heeft de grondrechtscatalogus nagenoeg geheel gelding verkregen via incorporatie door het Amerikaanse Hoogerechtshof: de staten werden via de ruime lezing van 'due process' eveneens gebonden aan de rechten die in de Bill of Rights zijn neergelegd, terwijl dit oorspronkelijk niet zo bedoeld leek door de wetgever.³⁰⁶ Het argument van harmoniëring is in de Verenigde Staten mede hierdoor niet tot axioma verheven waar het om grondrechtsinterpretatie gaat. De vraag is of de rechter de middelen tot zijn beschikking heeft om het bestaan van een consensus vast te stellen, of zijn vaststelling de juiste is en of het tot de rechterlijke taak behoort knopen door te hakken over het bestaan van een consensus. Ter zake van het recht op persoonlijkheid is het willen bereiken van een consensus soms juist problematisch. Er worden nu eenmaal regelmatig aanspraken op de aan het recht op persoonlijkheid gelieerde

afwijzing van de praktijk waarin ook aan geestelijk gehandicapten de doodstraf kon worden opgelegd. De kwestie in die zaak was of deze praktijk houdbaar was onder het Achtste Amendement ('Cruel and unusual punishment'). Het EHRM heeft het argument van de consensus om aan te tonen dat een norm bestaansrecht heeft, regelmatig gehanteerd (zie bijvoorbeeld *Sigurjónsson t. IJsland*, EHRM 30 juni 1993, Serie A vol. 264, par. 35, zie ook Heringa 1999, p. 10 e.v. over deze zaak).

303 In *Atkins t. Virginia* betoogden de rechters die in de minderheid waren in hun *dissentings* dat een consensus niet (Scalia) of onvoldoende (Rehnquist) kon worden aangetoond.

304 In *Atkins t. Virginia* baseerde rechter Stevens, schrijvend voor de meerderheid, zijn hypothese van het bestaan van een consensus over de het 'cruel and unusual' karakter van de doodstraf voor geestelijk gehandicapten op relatief recente wetswijzigingen in een aantal staten (hier stelt Stevens dat niet het aantal staten maar de consistentie van de verandering van de richting van belang is) en op het feit dat staten waarin het mogelijk is om aan geestelijk gehandicapten de doodstraf op te leggen, deze straf reeds lange tijd niet meer werd opgelegd.

305 Sunstein 1993, p. 769.

306 Deze kwestie speelt met name een rol in geschillen ter zake van het Tiende Amendement dat de bevoegdheden tussen Staten en Federatie (zij het met zeer open bewoordingen) regelt.

rechten gedaan waarvan een meerderheid van mening is dat de aanspraak geen rechtsbescherming dient te verkrijgen. Het recht op abortus wordt in de samenleving niet door eenieder ondersteund; vraag is of dit voldoende is om de zwangere vrouw dit recht te ontfangen. Iets dergelijks kan gesteld worden ter zake van de vraag, of homoseksuele echtparen een kind moeten kunnen adopteren. Een consensus mag ter legitiematie van de extensieve interpretatie of van de concretisering van een nieuwe norm dan dringend gewenst zijn vanuit democratisch oogpunt; tot het karakter van het recht op persoonlijkheid behoort het tot op zekere hoogte zelf invulling te geven aan levenskeuzes zonder inmenging van buitenaf.

Tegen de rechtsanalogie gelden in beginsel dezelfde bezwaren als tegen de wetsanalogie. Op de rechtsanalogie valt echter nog meer af te dingen, omdat de rechter in die analogie slechts indirect aanknoopt bij een grondwettelijke bepaling. De rechter lijkt hierdoor meer rechtsvindingsvrijheid uit te oefenen: niet een wettelijke bepaling is vertrekpunt, maar een door de rechter geconstrueerde rechtsnorm. In beginsel bieden de grondwetten en de verdragen voldoende grondslag voor deze taak; de rechter is immers gehouden naleving van 'het recht' te eerbiedigen en te verzekeren.³⁰⁷ De vraag of 'nieuwe' ingeroepen normen tot het recht behoren is echter van andere orde; de taak om vast te stellen welke normen tot het recht behoren lijkt niet aan de rechter te zijn voorbehouden. In de jurisprudentieanalyse in de hoofdstukken 5 tot en met 9 is met name gekozen voor uitspraken, waarin de rechter zich met name of exclusief verlaat op de wetsanalogie of rechtsanalogie redeneerwijze. Eerst wordt in het B-deel besproken welke het rechtskarakter is van grondrechten die gelieerd zijn aan het recht op persoonlijkheid, van de norm van hoger recht die in de wets- en rechtsanalogie wordt gehanteerd. In het B-deel komt vervolgens de wijze waarop de norm van hoger recht die voortvloeit uit de analogie aan de orde tegen de achtergrond van de constitutionele verhoudingen. In dit verband is van belang om een inzicht te verkrijgen in de vraag of en in welke mate de rechter een discretionaire ruimte heeft wanneer hij analoog interpreteert. Daarnaast zal worden ingegaan op de wijze waarop een door de rechter gepositieerde norm zijn plaats verkrijgt in het bestaande normensysteem.

307 Zie hoofdstuk 2.

Deel B

Grondslagen van de normen in de wetsanalogie en de rechtsanalogie

4.6 Het rechtskarakter van de in de analogie betrokken normen

4.6.1 Inleiding

In dit onderzoek zijn de termen 'rechtsnorm', 'norm van hoger recht' en 'rechtsbeginsel' verschillende keren aan de orde gekomen in het kader van de vaststelling van de reikwijdte van grondwetsnormen. Voor een goed begrip van de analoge redenering, die hierna in de jurisprudentie wordt belicht, is het van belang om na te gaan welke de eigenschappen zijn van de verschillende normen, en hoe de normen zich onderscheiden van elkaar. De typering van de verschillende normen speelt zoals hierna zal worden aangetoond, allereerst een belangwekkende rol in de coherentie van het rechtsnormenstelsel waarmee de rechter te maken heeft wanneer hij interpreteert, en in de tweede plaats geeft de typering van de door de rechter gehanteerde norm in de rechtsvinding in sommige gevallen zicht op de wijze waarop de rechter de constitutionele verhouding percipieert.

Allereerst hebben we te maken met de grondrechtsnorm waarop de individuele aanspraak berust en waarvan de rechter moet vaststellen deze onder de rechtsnorm te kwalificeren is. Grondrechtsnormen zijn dan wel deels door de wetgever gepositieerd, maar dat verleent de norm nog niet vanzelfsprekend een *regel*-karakter. In de tweede plaats worden uit de norm van hoger recht die in de rechtsanalogie wordt gehanteerd, soms *nieuwe rechtsnormen* geconcretiseerd. De vraag luidt in hoeverre die door de rechter gepositieerde rechtsnormen nu deel uitmaken van het geldend recht, en in hoeverre het noodzakelijk is dat zij daarvan deel uitmaken om van een legitieme rechterlijke uitspraak te kunnen spreken. In de derde plaats hebben we in de analogie te maken met de '*norm van hoger recht*', waaronder de door de rechter bedachte varianten en het voorliggende geschil onder één wettelijke norm worden verenigd. De vraag rijst, wat het rechtskarakter is van de norm van hoger recht die in de analogie wordt gehanteerd, van de grondwetsnormen die soms extensief worden uitgelegd en van de normen die worden geconcretiseerd uit de normen van hoger recht. Typering van deze drie normen is van belang voor de beoordeling van de kwaliteit van de rechtsvinding in het licht van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever.

Twee voorbeelden kunnen het belang van de typering van de normen voor de constitutionele verhouding onderbouwen. Allereerst wordt veelal aangenomen, dat een rechtsbeginsel een nadere concretisering vergt voordat het zijn betekenis kan verkrijgen in een geschil.³⁰⁸ Vanuit het oogpunt van de constitutionele verhouding kan de indruk

308 Zie bijvoorbeeld Scholten-Vranken (Algemeen Deel 1974): 'indien de wetgever een zo algemene uit-

ontstaan dat de rechter in het proces van concretisering een bepaalde mate van interpretatievrijheid toekomt: waar een rechtsregel in principe klaar is voor toepassing, dient het beginsel te worden toegesneden op het geschil. Rechtsbeginselen hebben vaak een abstract karakter, zodat het gevaar kan ontstaan dat de rechter onder een dergelijke norm zijn persoonlijke voorkeur kan onderbrengen. De mate van *abstractie* of van concreetheid is vanuit dit gezichtspunt van belang voor de constitutionele verhouding.

In de tweede plaats is van belang, dat de norm die wordt gehanteerd in de rechtsvinding een juridische kwaliteit bezit. Met een juridische kwaliteit wordt bedoeld op de grondslag van de betrokken norm: deze dient te herleiden te zijn tot jurisprudentie, tot een rechtsregel, tot een systematiek van rechtsregels of wellicht een rechtsbeginsel. In dit verband is de *bron* van de norm van belang in het licht van de constitutionele verhouding. Wanneer de rechter een norm positieveert, die tot dusverre nog geen betekenis had verworven in één van de genoemde bronnen, rijst de vraag wat de legitimiteit is van de uitspraak indien de rechterlijke beslissing (overwegend) is geschied op een dergelijke norm. De kwestie van de constitutionele verhouding doet zich hier eveneens gevoelen: vraag is wat de consequenties zijn van een door de rechter gepositieerd recht in het licht van de activiteiten van de wetgever. Doorkruist de rechter activiteiten van de wetgever, of ondersteunt hij die juist, en in welke mate is er misschien sprake van een dialoog?³⁰⁹

Het rechtskarakter van de in de analogie gehanteerde normen zal hieronder worden uiteengezet. Achtereenvolgens zullen typering van en onderscheid tussen rechtsregels en rechtsbeginselen aan de orde komen, waarna de norm van hoger recht in verhouding met andere normen zal worden belicht. Ten slotte zal een typering worden gegeven van de rechtsnorm van het recht op persoonlijkheid.

4.6.2 *Rechtsnormen*

Rechtsnormen

In geen van de stelsels zijn precieze aanwijzingen te vinden over rechtsbronnen die de rechter dient te hanteren wanneer rechtsnormen met elkaar in botsing komen. Rechterlijke rechtsvinding is legitiem indien deze leidt tot rechtvaardige beslissingen. Daarmee lijkt de rechter nog steeds nauwelijks een criterium te hebben aan de hand waarvan hij kan vaststellen of hij nu een rechtsnorm hanteert, of een norm die dat karakter niet bezit. De rechterlijke uitspraak dient, wil zij rechtens verbindend zijn, gebaseerd te zijn op juridische bronnen. Tot deze bronnen behoren rechtsnormen. Rechtsnormen kunnen worden onderscheiden van andere normen: de eerste bezitten een juridische kwaliteit, die het laatste type in beginsel ontbeert.

spraak geeft, dat directe toepassing door subsumptie niet mogelijk is, dan is het een beginsel'.

309 Ook hier kan de kwestie van de legitimiteit van de rechterlijke uitspraak zich doen gevoelen: indien de bron van het recht niet herkenbaar is doet de rechter in beginsel een uitspraak die een juridische grondslag mist.

Van juridische kwaliteit is sprake indien de normen hun oorsprong hebben in een bron, die rechtens herleidbaar en kenbaar is tot een rechtsbron in formele zin.³¹⁰ Hiertoe worden in alle stelsels wet, verdrag en gewoonte gerekend. Jurisprudentie is in alle stelsels eveneens een belangrijke bron van recht; het is echter niet in alle stelsels een *formele* rechtsbron.³¹¹ Wanneer het formele karakter van jurisprudentie als bron echter ontbreekt, betekent dat niet dat deze bron geen waarde heeft voor de vaststelling, of er sprake is van een norm van geldend recht of van een norm die dat karakter niet heeft. Uit de jurisprudentie kan vaak worden opgemaakt, hoe het met het 'rechtsgehalte' van een norm is gesteld.³¹² Hiermee lijkt de betekenis van het begrip formele rechtsbron te worden gerelativeerd, en lijken eenduidige criteria die de rechter in moeilijke gevallen een richting kunnen wijzen voor toepasselijke normen, erg ver weg. Toch valt er in het algemeen wel een lijn te trekken in de opvattingen over het onderscheid tussen rechtsnormen en 'andere' normen. Over gezag van de rechtsbronnen en rechtsgeldigheid van normen wordt in de literatuur sinds jaar en dag gedebatteerd; de belangrijkste standpunten zullen hieronder worden toegelicht.³¹³ Tot de rechtsnormen behoren in elk geval rechtsregels en rechtsbeginselen. Zij hebben ieder een eigen karakter, en worden onderscheidenlijk toegepast in de jurisprudentie.

Rechtsregels en rechtsbeginselen

De eigenschappen van rechtsregels en rechtsbeginselen worden vaak beschreven door ze in onderling verband aan elkaar te ijken op punten van toepassing, gelding en formulering.³¹⁴ Die werkwijze wordt hier eveneens gehanteerd. Rechtsregels vergen in principe steeds een andere toepassing door de rechter dan rechtsbeginselen: bij de laatste categorie rechtsnormen zal bijvoorbeeld een nadere concretisering op het geschil noodzakelijk zijn, terwijl rechtsregels in principe 'klaar' zijn voor toepassing.³¹⁵ Vanuit de constitutionele verhouding lijkt het er dan op dat de rechter bij rechtsvinding aan de hand van een rechtsbeginsel meer interpretatieruimte toekomt dan bij regeltoepassing.³¹⁶ Hierop valt een belangrijke nuance aan te brengen: het werken met rechtsbeginselen hoeft niet noodzakelijkerwijze te leiden tot autonome rechtsvinding. Wel wijzen commentatoren op de onderscheidenlijke opvattingen die bestaan over de mate van interpretatieruimte.³¹⁷ Sommige rechtsregels lijken een beginselkarakter te bezitten, terwijl sommige rechtsbeginselen dermate concreet zijn dat zij nauwelijks behoeven te worden gespecificeerd.

310 Tak 1994, p. 61.

311 Zie par. 4.7.4.

312 McCormick 1997, p. 236; zie ook par. 4.7.3 hierna.

313 Zie par. 4.7 e.v.

314 Dworkin 1977, De Waard 1987, Bruggink 1990 en Alexy 1996.

315 Asser-Schoten, (Algemeen Deel 1974): 'indien de wetgever een zo algemene uitspraak geeft, dat directe toepassing door subsumptie niet mogelijk is, dan is het een beginsel'.

316 Asser-Scholten (Algemeen Deel 1974), p. 62 e.v.; Alexy 1996, p. 72 e.v.; Dworkin 1977, p. 24 e.v.; Brouwer 1991, p. 41 e.v.; De Waard 1987, p. 95.

317 Zie hierna de discussie tussen Dworkin en Hart over de mate waarin sprake is van autonome rechtsvinding, of juist van heteronome rechtsvinding (par. 4.7.3).

Indien men met een rechtsnorm wordt geconfronteerd rijst de vraag hoe een rechtsregel of een rechtsbeginsel kan worden herkend. Rechtsbeginselen en rechtsregels zijn niet per definitie herkenbaar aan de formulering, maar een aantal karakteristieken van de beide soorten rechtsnormen is wel te geven. Rechtsregels bevatten in de eerste plaats operationele aspecten, die een directe toepassing eerder mogelijk maken dan in het geval van rechtsbeginselen. Rechtsregels kennen in beginsel een mate van autoriteit, hun bron is te achterhalen en specificeren geadresseerden, situaties, inhoud en termen voor toepassing. In de tweede plaats voorzien rechtsregels in juridische consequenties van deze operationele aspecten.³¹⁸ Indien beiden aanwezig zijn in een rechtsregel, voorziet deze rechtsregel in een oplossing in geval van juridisch conflict. Sommige rechtsnormen in Grondwet of Verdrag dragen beide kenmerken in zich. In enkele gevallen lijken sommige grondwettelijke normen zich soms te manifesteren als rechtsbeginselen; zij ontberen beide eigenschappen. Art. 1 lid 1 GG ontbeert een aantal operationele aspecten, die directe toepassing op een concreet geval zouden kunnen vergemakkelijken.³¹⁹ Een categorie van gevallen of geadresseerden wordt bijvoorbeeld niet geduid; evenmin worden de rechtsgevolgen gespecificeerd in deze regel. Over de scheidslijn tussen rechtsbeginselen en rechtsregels bestaat in geen van de stelsels een eensluidende opvatting.³²⁰ Door verschillende auteurs zijn maatstaven ter onderscheiding aangebracht, maar voorsnog bevindt een aantal rechtsnormen zich in een grijs gebied van normen die niet onder de ene of de andere noemer kan worden gekwalificeerd.³²¹ Naarmate een rechtsnorm meer abstractie vertoont zal die, wil de rechter de norm gebruiken voor toepassing op een concreet geschil, meer moeten worden verbijzonderd of geconcretiseerd met het oog op de feitelijke situatie.

Allereerst is voor de rechter de vraag naar het onderscheid van toepassing van een rechtsregel of een rechtsbeginsel relevant: rechtsregels en rechtsbeginselen vergen een verschillende benadering in de toepassing op een concreet geschil.³²² De intensiteit van

318 Bengoetxea 1993, p. 59. Zie ook Alexy, die een negental criteria beschrijft die in de rechtstheoretische literatuur worden gehanteerd om een onderscheid tussen rechtsregels en rechtsbeginselen te duiden. Hij wijst achtereenvolgens op de algemeenheid van beginselen versus de hogere graad van specificiteit van regels; op de bepaalbaarheid van gevallen waarin de rechtsnorm kan worden gebruikt; op de wijze van ontstaan van de rechtsnorm: regels worden meest gepositieerd terwijl rechtsbeginselen 'ingegroeide' en niet noodzakelijkerwijze geëxpliciteerde rechtsnormen zijn; daarnaast wijst Alexy op de aanwijzingen dat rechtsbeginselen uitdrukking zijn van een rechtsidee en het rechtssysteem faciliteren voor interpretatie en op het onderscheid tussen gedragsnormen of argumentatienormen (Alexy 1994, p. 73-74).

319 Zie par. 2.4.2.

320 Zie bijvoorbeeld Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 62 e.v., Alexy 1985, p. 72 e.v.; Dworkin 1977, p. 24 e.v.; Brouwer 1991, p. 41 e.v., Meuwissen 1991, p. 730 e.v.; Soeteman 1991, p. 44 e.v.

321 Ook is wel geopperd, om rechtsregel en beginsel tegenover elkaar te stellen, zie bijvoorbeeld van het Duitse Hof *Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten*, 51 BVerfGE 324, 350 (1979). Voorlopig wordt hier steeds gesproken over het onderscheid tussen regels en beginselen en wordt aangenomen dat beiden deel uitmaken van het rechtssystem. Een algemeen gedeelde opvatting is dat rechtsbeginselen eerder een algemeen en abstract karakter bezitten dan rechtsregels. Een andere gehanteerde typering komt naar voren uit concrete toepassing: waar regels strijden om voorrang en geldigheid, treden rechtsbeginselen terug en verliezen niet hun geldigheid wanneer zij geen toepassing op een concrete zaak verkrijgen (zie Dworkin 1977, p. 24 e.v.).

322 Alexy 1994, p. 77 e.v.

de rechterlijke rechtsvinding en de mate van autonomie in de rechtsvinding van de rechter bevindt zich in beginsel tussen twee polen: van rechtsvinding waarin mechanische toepassing van een rechtsregel uit een kenbare wetstoepassing plaatsvindt enerzijds tot rechtsvinding waarin rechtsbeginselen worden geformuleerd en vervolgens nader worden toegespitst op het concrete geschil anderzijds. Rechtsbeginselen kunnen door de rechter via een inductie worden ontwaard in verschillende rechtsbronnen: dat kunnen samenstellingen van wettelijke normen of rechterlijke uitspraken zijn, maar evengoed kunnen zij worden afgeleid uit preambules en uit contaminaties van internationaalrechtelijke bepalingen.³²³ Deze vaststellingen zijn bij een rechtsregel die voorhanden is in beginsel minder noodzakelijk. Wanneer rechtsbeginselen worden toegepast in de oplossing van een geschil, is het evenzeer noodzakelijk de juridische consequenties nader te concretiseren. Naarmate de toe te passen rechtsnorm een abstracter karakter heeft, lijkt nadere concretisering meer aangewezen.

De norm van hoger recht

De rechter concentreert zich bij analoge uitleg van grondwet of verdrag op de bijzonderheden van een aantal te vergelijken gevallen, om via de analogie een norm van hoger recht te ontwaren die aan de te vergelijken gevallen ten grondslag ligt. Het stellen dat een norm van hoger recht ten grondslag ligt aan bijvoorbeeld een wetsregel of aan een lijn in de jurisprudentie leidt in beginsel steeds tot het formuleren van een abstracte norm die uitstijgt boven het vergelijkingsmateriaal aan de hand waarvan de latere normtoepassing wordt gelegitimeerd. De normtoepassing vertaalt zich na concretisering van de norm van hoger recht in een extensieve uitleg van een bestaande rechtsnorm (wetsanalogie) of in de positivering van een nieuwe norm (rechtsanalogie). Zoals in de inleiding reeds werd aangegeven, is het begrip van de norm van hoger recht niet onprobleematisch. Het is geen in de literatuur of rechtspraak gangbaar begrip. Toch wordt het hier zinvol geacht met dit begrip te werken; er wordt in beginsel geen keuze gemaakt ter zake van de vraag of de rechter nu een erkende rechtsnorm hanteert in zijn rechtsvinding, of dat hij een norm construeert die later eventueel gelding verkrijgt, maar het op het moment van positivering nog niet noodzakelijkerwijze heeft. Op deze manier wordt getracht inzichtelijk te maken op welke wijze de rechter soms lijkt te worstelen met de status van de in de rechtsvinding betrokken normen. Daarnaast wekt het concept van de norm van hoger recht de indruk, dat alleen 'hogere' normen worden betrokken in de analyse.

De notie 'normen van hoger recht' vormt een overkoepelend begrip van 'rechtsbeginselen' en 'andere beginselachtige normen'. Bij 'andere beginselachtige normen' kan worden gedacht aan hogere normen die in een samenleving op een bepaald tijdstip gelden, maar die niet zijn gepositiveerd via wetgeving of rechtspraak. Ook is niet duidelijk of het een notie betreft die gelding heeft verkregen in het rechtsnormensysteem. 'Rechtsbeginselen' bezitten een zekere juridische kwaliteit; op dat punt onderscheiden zij zich van die andere beginselachtige normen. Met 'normen van hoger recht' wordt

323 Gribnau 1997, p. 198.

aldus in het midden gelaten met welk type norm we precies te maken hebben – met een rechtsbeginsel of een ‘andersoortige beginselnorm’ – indien wordt gesteld dat de rechter de betekenis van een grondrecht tracht te achterhalen aan de hand normen van hoger recht.³²⁴ Het begrip ‘norm van hoger recht’ doet overigens vermoeden, dat het steeds om normen gaat die zich in letterlijke of in overdrachtelijke zin ‘boven de constitutie’ bevinden. Dat behoeft echter niet steeds het geval te zijn. Wanneer de rechter in de rechtsvinding bijvoorbeeld steunt op natuurrechtelijke noties, zou er inderdaad van normen die zich ‘boven’ de constitutie bevinden sprake kunnen zijn. Omgekeerd wijst de rechter in zijn rechtsvinding ook regelmatig op rechtsbeginselen die ‘ten grondslag liggen’ aan de constitutie.³²⁵ In dergelijke gevallen ligt het minder voor de hand om te spreken van een norm van ‘hoger’ recht, omdat beide concepten elkaar uit lijken te sluiten. Toch worden ook normen, die ‘ten grondslag liggen’ aan de constitutie geacht te vallen onder de ‘norm van hoger recht’. Dat is mogelijk, omdat beide normen op vergelijkbare wijze worden ingezet in de rechtsvinding: uit beiden worden concrete normen afgeleid die toepasbaar zijn op het voorliggende geschil. Op deze overeenkomst is de aanduiding ‘hogere’ norm van toepassing: de norm is abstract van karakter en beheerst de invulling van concrete normen. In die zin staat de norm van hoger recht in hiërarchie boven de concreet toe te passen rechtsnormen.

Het rechtskarakter van de norm van hoger recht is van belang in verband met de legitimatie van de concretisering die eruit voortvloeit. De rechter kan besluiten de nog niet eerder toegepaste norm of de nieuwe uitleg van een bestaande regel, die voortvloeit uit de norm van hoger recht, een plaats toe te kennen in de bestaande normenhiërarchie. Vraag is wat precies het karakter is van de norm van hoger recht, en of de rechter aangeeft wat het karakter is van die norm. De rechter heeft bij de kwalificatie van individuele aanspraken en vaststelling van de reikwijdte van grondrechten te maken met een hiërarchie van rechtsnormen, die hij dient te respecteren wanneer hij over gaat tot erkenning van de aanspraken. Hij zal zich in zijn rechtsvinding dienen te oriënteren aan rechtsnormen omdat die de legitimatie van het resultaat – de extensieve interpretatie of het onbenoemde recht – het meest solide kunnen onderbouwen. Een beroep op een norm van hoger recht die behoort tot het geldend recht behoeft in beginsel minder motivering dan wanneer een norm van hoger recht wordt ingeroepen die (nog) niet als rechtsnorm is ‘aanvaard’. De grondslag van de norm van hoger recht zou in het laatste geval twijfelachtig zijn, en niet goed kunnen leiden tot een rechterlijke beslissing die is gebaseerd op geldend recht. Daarmee wordt de aanvaardbaarheid

324 Er had eveneens voor een andere benaming – bijvoorbeeld fundamenteel recht of fundamentele notie – kunnen worden gekozen; doorslaggevend was het uitgangspunt dat begrippen die een bepaalde dogmatiek vooropstellen werden afgewezen. Met de keuze voor ‘norm van hoger recht’ kan een open benadering naar de wijze waarop de rechter ‘recht vindt’ in het kader van constitutionele interpretatie worden gehandhaafd. Het is bovenal een meer pragmatische benadering van de hogere normen. Beantwoording van de vraag of de rechter zich nu op de juiste rechtsnorm beroept staat niet centraal in dit boek.

325 Zie bijvoorbeeld in *Valkenhorst*: ‘Uitgangspunt voor de beoordeling van het middel is dat het aan grondrechten als het recht op het 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.’

van de rechterlijke beslissing die is gebaseerd op een norm van hoger recht in het algemeen niet vergroot. Hieronder zal kort worden ingegaan op de wijze waarop door een aantal vooraanstaande commentatoren wordt gedebatteerd over de gelding van rechtsbeginselen in het recht.

Normen van hoger recht en rechtsbeginselen

Rechtsbeginselen vormen een deelverzameling van het groter geheel van normen van hoger recht. Waar het onderscheid tussen regel en rechtsbeginsel niet scherp kan worden gemaakt, is het onderscheid tussen het rechtsbeginsel en de norm van hoger recht eveneens problematisch. Hier wordt als richtsnoer aangenomen, dat van een rechtsbeginsel sprake is indien de norm een in het algemeen rechtsbewustzijn erkende rechtsnorm betreft.³²⁶ Het is aldus onderdeel van het 'geldend recht'. Het rechtsbeginsel drukt tevens een normatief behoren uit, het draagt meestentijds een sterk ethische lading.³²⁷ Indien beide eigenschappen – ethische lading en rechtsgeldigheid – aanwezig kunnen worden geacht in de beschrijving van de norm, die de rechter hanteert om het vergelijkingsmateriaal in zijn rechtsvinding te harmoniseren, zal worden gesproken van een rechtsbeginsel.³²⁸ Indien één van deze eigenschappen niet naar voren komt in zal in de hiernavolgende jurisprudentieanalyse de term 'norm van hoger recht' worden gebruikt. Daarmee is niet gezegd dat de norm geen rechtsbeginselkarakter kan worden toegedicht: met de duiding 'norm van hoger recht' wordt, afgaande op hetgeen in grondwet, verdrag of rechtspraak is gevonden, in het midden gelaten of van een *rechtsnorm* sprake is.

Een voorbeeld kan deze benadering verduidelijken. In de bewering dat 'ieder individu streeft naar geluk' ligt niet vanzelfsprekend een normatief behoren opgesloten. Vraag is of het een rechtsbeginsel betreft. Deze norm zou in dit verband worden aangemerkt als een norm van hoger recht die de Amerikaanse rechter hanteerde in de wetsanalogie in de zaak *Meyer t. Nebraska*.³²⁹ Het algemene persoonlijkheidsrecht – norm van hoger recht – zoals gepositieerd in *Valkenhorst* lijkt vanwege herhaling in de rechtspraak de status van rechtsnorm te verkrijgen. Het persoonlijkheidsrecht had niet vanzelfsprekend gelding en was op het moment van de uitspraak nog niet gepositieerd. Normen van hoger recht kunnen echter wel de status van rechtsbeginsel verwerven, bijvoorbeeld door erkenning in rechtspraak of door opnemingswetgeving. Zij beïnvloeden het recht en kunnen doordringen in het systeem van het geldende recht en langs die weg een juridische kwaliteit verkrijgen. De juridische kwaliteit lijkt deels af te hangen van

326 In dit verband onderscheidt een rechtsbeginsel zich van het gewoonterecht omdat er geen sprake hoeft te zijn van gewoonten. Het komt, zoals de rechtspraakanalyse aantoont, voor dat een rechtsbeginsel als rechtsnorm door de rechter wordt 'gevonden' in een ongeprecedeerde casus. Dat is bij een norm van gewoonterecht ongebruikelijk (zie De Waard 1987, p. 84-85).

327 De Waard 1987, p. 92.

328 Deze opvatting sluit aan bij die van De Waard: 'Tot de "rechtsbeginselen" zullen hier verder alleen beginselen gerekend worden, die een sterke ethische lading bevatten en: in het recht van een bepaalde tijd en binnen een bepaalde rechtsgemeenschap als toetsingsnorm voor de rechtmatigheid van een (voorgenomen) gedraging of (rechts)handeling fungeren (De Waard 1987, p. 92).

329 Zie par. 4.4.3 (*Meyer t. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923)).

de erkenning door wetgever of rechter. Er is geen harde waterscheiding die rechtsnormen afsluit van andere, in de samenleving geldende normen. In *Niemietz t. Duitsland* deed zich een andere bijzonderheid voor: in die zaak werd de rechtsregel inhoudende het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM gehanteerd als een norm van hoger recht waaruit een nieuwe rechtsnorm werd afgeleid. Van het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM kan worden gesteld dat het een erkend, in het algemeen bewustzijn levende rechtsnorm is, en vanuit die gedachte dat er sprake was van een rechtsbeginsel.³³⁰

Het belang van de rechtsnorm voor de constitutionele verhouding

Het voorgaande over rechtsnormen betekent nog niet dat de rechter vrij is allerlei normen als juridisch verbindend te verklaren. Het recht, en meer in het bijzonder de rechtsvindingsmethoden bepalen hoe de rechter recht dient te spreken; dat het recht in dit opzicht door in de samenleving bestaande opvattingen wordt ingekleurd doet daaraan niet af. De rechter heeft daarbij tot op zekere hoogte de mogelijkheid te bepalen wat de inhoud van het recht is. Dat hangt in belangrijke mate samen met de precedentwerking, die in alle onderzochte rechtsstelsels aanwezig is.³³¹ Bij de vorming van nieuw recht spelen normen die zich bevinden op het grensvlak van rechtsnormen enerzijds en andersoortige normen anderzijds een belangrijke rol.³³² Van autonome rechtsvinding is sprake wanneer de rechter het werkingsgebied van bestaande rechtsbeginselen wijzigt, of normen van hoger recht die nog geen vaste plaats hebben verworven in het geldend recht, als rechtsbeginsel gaat hanteren. In dit verband rijst de vraag of deze autonome rechtsvinding negatief beoordeeld dient te worden in het licht van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever. Hierover bestaan uiteenlopende opvattingen in de rechtspraak en in de literatuur. Vraag is of hantering van een norm van hoger recht in de rechtsvinding steeds leidt tot positivering van een rechtsbeginsel. Kan er een transformatie plaatsvinden van norm naar rechtsnorm in de rechtspraak?

4.6.3 Rechtskarakter van het recht op persoonlijkheid

In het tweede hoofdstuk is ingegaan op wat er onder het recht op persoonlijkheid wordt verstaan. Daar bleek, dat het recht op persoonlijkheid een overkoepelende notie is voor grondrechten en ongeschreven rechten die allen centreren rond een kern van een recht op ontplooiing van het individu, waarbij zelfbeschikking en persoonlijke autonomie onontbeerlijke elementen zijn en waarbij afscherming en het respectvol bejegend worden centraal staan.³³³ Het recht op persoonlijkheid verkrijgt met deze typering het karakter van een norm van hoger recht. Er kan niet voor alle stelsels definitief en eenduidig worden gesproken over algemene aanvaarding van een rechtsnorm van een recht op persoonlijkheid. Er bestaan aanwijzingen voor afzonderlijke elementen van het recht op persoonlijkheid, maar nergens kan in dit verband worden gesproken van een

330 In dit verband zou er dan sprake zijn van zowel een norm van hoger recht alsook van een rechtsbeginsel.

331 Zie hierna par. 4.7.4.

332 De Waard 1987, p. 91.

333 Zie par. 2.1.5.

alomvattend rechtsbeginsel. Om die reden wordt gekozen voor typering van het recht op persoonlijkheid als een norm van hoger recht. Het recht op persoonlijkheid is een soort vergaarbak van rechtsnormen in de rechtspraak die allen te maken hebben met de persoonlijke ontplooiing en de zelfbeschikking van het individu. Dat kunnen zowel rechtsregels als rechtsbeginselen zijn.

4.7 Gezag en gelding van rechtsnormen

4.7.1 Inleiding

Het belang van de *gelding* van rechtsnormen is gelegen in de vraag naar de mate waarin de rechters zich bezighouden met het scheppen van 'nieuwe rechtsnormen'. Deze vraag wint aan verdere betekenis, indien zij wordt beschouwd in het licht van de constitutionele verhoudingen waarbinnen de rechter opereert. In de rechtsstelsels is rechtsvinding door de rechter tot op zekere hoogte een erkend en geaccepteerd verschijnsel, al geeft de wijze waarop en de mate waarin de rechter bijdraagt aan rechtsontwikkeling aanleiding tot verhitte debatten over de juiste taakopvatting van de rechter. Vraag is of het tot de bevoegdheden van de rechter behoort, vast te stellen welke normen behoren tot het geldend recht. Als er in dit opzicht een taak voor de rechter is weggelegd, luidt de vraag waarop die bevoegdheid dan is gebaseerd. In dit verband doet de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever zich gevoelen vanwege het uitgangspunt dat de wetgever de regels vaststelt en de rechter deze regels interpreteert en toepast. Wanneer de rechter zich nu kan uitlaten over de vaststelling van de gelding van rechtsnormen begeeft hij zich op het werkterrein van de wetgever.

Om vast te stellen hoe normen tot het systeem van rechtsnormen worden toegevoegd is een korte excursie naar de theorie van gelding van rechtsnormen noodzakelijk. Onderzocht dient te worden welke regels de gelding beheersen, en in hoeverre de rechter een bevoegdheid toekomt om die gelding vast te stellen. De vraag naar gelding van rechtsnormen rijst in verband met dit onderzoek specifiek op twee terreinen. In de eerste plaats hebben we in de wetsanalogie te maken met een norm van hoger recht die een extensieve lezing van bestaande normen dient te rechtvaardigen. In de tweede plaats worden uit de norm van hoger recht die in de rechtsanalogie wordt gehanteerd, nieuwe rechtsnormen geconcretiseerd. Welke juridische status verkrijgt de norm van hoger recht, welke juridische status komt de extensieve lezing (voortvloeiend uit de wetsanalogie) toe en welke is de juridische status van de nieuwe rechtsregel (voortvloeiend uit de rechtsanalogie) in het kader van geldende rechtsnormen?

Wetgever en rechter leveren hun bijdrage aan het rechtsnormenkader via een voortdurend proces van rechtsschepping en rechtsvinding. In beginsel is de rechtsscheppende rol voor de wetgever weggelegd, terwijl de rechter zich eerder toelegt op de rechtsvinding.³³⁴ Nu kan dit beeld ten aanzien van de Grondwet of het Verdrag worden genuan-

³³⁴ Zie hoofdstuk 3.

ceerd; voorheen is aangetoond, dat Grondwet en Verdrag niet op regelmatige basis worden aangepast, maar dat aanpassing naar plaats en tijd als het ware door de wetgever is ingecalculleerd.³³⁵ In deze benadering is deels een belangrijke rechtsvindende taak voor de rechter weggelegd, maar daarmee is nog niets gezegd over de toelaatbare intensiteit van de modificatie van grondwettelijke regels door de rechter. Een andere benadering van aanpassing van grondwet of verdrag is ook mogelijk: sommige rechters zien het niet als hun taak deze aan te passen naar condities, maar geven er de voorkeur aan veranderingen door de grondwetgever te laten doorvoeren vanuit de gedachte dat dat het meest tegemoet komt aan vereisten van democratische legitimatie. In deze optiek levert rechtsvinding al gauw ongeoorloofd rechterlijk activisme op.

De rechtspraak op het terrein van het recht op persoonlijkheid geeft een aantal treffende voorbeelden weer waarin de rechter een uitgesproken rechtsscheppende bijdrage leverde. De Amerikaanse rechter kwalificeerde abortus onder privacy, het EHRM plaatste het recht op informatie over de kwaliteit van het leefmilieu onder 'privé-leven' ex Art. 8 EVRM, en de Hoge Raad positiverde voor het recht op kennis van de biologische afstamming een hogere norm van het algemene persoonslijksrecht.³³⁶ Deze voorbeelden schetsen niet een beeld van een rechtsnormen toepassende maar eerder van een rechtsvormende rechter. De vraag die zich opdringt ter zake van het karakter van het recht op persoonlijkheid en de daaruit geconcretiseerde rechten, is in hoeverre gesproken kan worden van normen van 'geldend recht': in hoeverre behoort een recht op abortus of een recht op kennis van de biologische afstamming tot het 'geldend recht' op het moment dat de rechter dat voor het eerst uitspreekt?

Hieronder zullen enkele standpunten in de literatuur ter zake van wanneer een rechtsnorm nu tot geldend recht behoort, worden geschetst. Daarmee samenhangend komen aspecten ter zake van de constitutionele verhouding aan de orde: in hoeverre komt in dit verband een bevoegdheid aan de rechter toe? In constitutioneel opzicht is deze vraag van cruciaal belang, omdat een bevoegdheid ter zake van het scheppen van normen tot op zekere hoogte een beoordelingsruimte impliceert. Vraag is of en in hoeverre de rechter als schepper van nieuw recht gebonden is aan grenzen. In hoofdstuk 2 en 3 zijn enkele grenzen in het kader van de constitutionele verhouding uitgewerkt. Sommigen menen dat de rechter niet ongelimiteerd en naar eigen inzicht nieuwe normen van hoger recht en rechtsregels 'uit de hoge hoed' tevoorschijn kan halen. Dit spanningsveld is in de rechtspraak vanuit uiteenlopende invalshoeken afwisselend positief en negatief benaderd. Het is hier uitdrukkelijk niet de bedoeling, de discussie over gelding van rechtsnormen definitief te beslechten; veeleer wordt hier getracht in kaart te brengen welke de belangrijkste lijnen zijn langs welke voornoemde problematiek van de rechtsvormende rechter wordt benaderd. In dat verband zal eerst aandacht worden geschonken aan de rechtspositivistische en de natuurrechtelijke visie op de gelding van rechtsnormen. In de tweede plaats wordt bekeken welke de belangrijkste denkrich-

335 Zie hoofdstuk 2 en 3.

336 Zie respectievelijk *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113; *Guerra v. Italië*, EHRM 19 februari 1998, JB 1998/70; *Abstammungskennntnis*, 79 BVerfGE 256 (1989) en *Valkenhorst*, HR 15 april 1994, NJ 1994/608.

tingen zijn over de vraag in hoeverre het tot de taak van de rechter behoort om geldigheid van rechtsnormen vast te stellen; in dit verband wordt het debat over gelding van normen en de functie van de rechter ter zake tussen Hart, Dworkin en MacCormick geschetst. Ten slotte wordt aandacht besteed aan de precedentwerking van rechterlijke uitspraken in de rechtsstelsels, omdat soms aan vaste jurisprudentie geldigheid wordt toegekend.³³⁷

4.7.2 *Gelding van rechtsnormen: de grens van het recht*

Een gangbare definitie van geldend recht is het recht dat op een bepaald moment in een bepaalde samenleving is vastgelegd.³³⁸ Geldend recht is in deze optiek te vinden in formele rechtsbronnen, waartoe in elk geval wetgeving, verdrag en gewoonte. Jurisprudentie wordt niet vanzelfsprekend tot de formele rechtsbronnen gerekend, maar komt in het algemeen een 'de facto' betekenis als rechtsbron toe.³³⁹ Rechtsbronnen ontleen hun gezag aan de autoriteit, die de rechtsnormen in het leven heeft geroepen. Geldend recht wordt ofwel in een gevormde rechtsregel, ofwel in een rechtsbeslissing gevormd.³⁴⁰ Bruggink maakt een onderscheid tussen positief recht en geldend recht. Positief recht is in zijn optiek het recht dat is 'veruiterlijkt'; het recht heeft een min of meer vaste vorm in wettelijke regels en rechterlijke beslissingen gekregen. Positief recht kan geldend recht zijn wanneer dat blijkt uit zijn functioneren in de samenleving, maar positief recht behoort niet vanzelfsprekend tot het geldend recht.³⁴¹ Deze visie op het geheel aan geschreven rechtsregels en jurisprudentie geeft slechts een statische momentopname van het geldende recht weer. Indien wordt onderzocht, welke rechtsnormen in een concrete situatie tot het geldend recht behoren, dient de wisselwerking tussen rechtsregels en rechtsbeslissingen in de beschouwing te worden betrokken. In het proces van rechtsvinding worden positieve regels uit formele rechtsbronnen toegepast door de rechter, die met zijn rechtsbewustzijn deze regels toepast in een concreet geval. Hiermee verkrijgt een geschreven rechtsnorm gelding. Het geldend recht is voortdurend in beweging; het wisselt naar plaats en tijd – wil geldend recht functioneel blijven in een samenleving, dan zal het zich moeten aanpassen. In dit verband vervult de rechtsvindingsactiviteit van de rechter een brugfunctie tussen het statische geldende recht enerzijds en de eisen van een dynamische samenleving aan het geldend recht anderzijds. De vraag welk gezag toekomt aan een norm, is onderwerp van een debat tussen ruwweg twee stromingen in de rechtsfilosofie, die tussen aanhangers van het natuurrecht enerzijds en die van het rechtspositivisme anderzijds.³⁴²

337 De Waard 1987, p. 67.

338 Bruggink 1990, p. 16.

339 Gribnau 1997, p. 197.

340 Daarnaast wordt, om de dynamiek van het recht in de samenleving te onderkennen, eveneens erkend dat geldend recht zijn grondslag ook in niet-formele rechtsbronnen vindt. Hiertoe behoren het volgen van rechtsnormen in de juridische praktijk en het recht dat wordt gevormd in de doctrine (Bruggink 1990, p. 16 e.v.).

341 Bruggink 1990, p. 12. Positief recht behoort in die optiek niet tot het geldend recht wanneer een rechtsnorm niet als geldend recht door de justitiabelen in de samenleving wordt aanvaard (Bruggink 1990, p. 24).

342 Van Oenen 1994, p. 16 en Smith 1998, p. 49.

Rechtspositivisten

De rechtspositivisten, die zich ten opzichte van de natuurrechtelijke aanhangers aan de ene kant van het spectrum manifesteren, hanteren een formele benadering van het gezag van de geldende rechtsnorm. Het rechtspositivisme neemt formele criteria als uitgangspunt om te bepalen welke regels nu rechtskracht hebben. Deze opvatting komt voort uit de doctrine, dat de wetenschap enkel feiten die zintuiglijk waarneembaar zijn en die op geen enkele wijze door subjectieve opvattingen worden gekleurd, aangemerkt worden als wetenschappelijk relevante feiten. De subjectieve opvattingen en regels die niet waarneembaar zijn, zijn evenwel van belang, maar zij behoren niet tot geldend recht. Rechtsbeginselen behoren in deze optiek niet tot het geldend recht. Vraag is dan, welke het karakter van de norm van hoger recht is, waarop de rechter een beroep doet wanneer hij een wets- of rechtsanalogie hanteert. Rechtspositivisten wijzen het bestaansrecht van een dergelijke regel in beginsel af wanneer het geen *rechtsregels* zijn.

Rechtspositivisten zien hier evenwel aanleiding, een scheiding aan te brengen tussen de soorten regels. Zij onderscheiden recht zoals het 'feitelijk is', vastgelegd in de wet of in de rechtspraak enerzijds, en moraal, recht zoals het 'behoort te zijn' anderzijds. Rechtspositivisten onderkennen aldus, dat het recht enerzijds regels kent die worden gevolgd, terwijl er anderzijds regels bestaan die zouden moeten worden gevolgd. Toch staat gelding van de regel centraal voor de rechtspositivist: alleen normen die waarneembaar zijn, behoren tot het geldend recht. Het rechtspositivisme onderkent wel het belang van de morele normen, maar zij maken in deze optiek niet noodzakelijkerwijze deel uit van het geldend recht. Morele normen zijn subjectief, terwijl rechtsnormen objectief bepaalbaar zijn. Problematisch met de rechtspositivistische opvatting is nu juist, dat bijvoorbeeld in de rechtspraak met geldende rechtsregels niet alleen wordt geduid op normen die worden gevolgd, maar ook op normen die moeten worden gevolgd. Rechtsregels houden bijvoorbeeld richtlijnen in voor toekomstige gedragingen, ook al zijn zij echter (nog) niet waarneembaar in die zin dat zij in de rechtspraktijk worden aangevend. Zo kunnen eveneens rechtsbeginselen worden betrokken in de rechtsvinding. Het geldende recht komt in dit verband niet alleen voort uit het 'waarneembare' recht. Hiermee hangt een ander bezwaar samen. In de jurisprudentie komt het regelmatig voor dat de rechter afwijkt van een bestaande rechtsnorm voor de oplossing van een geschil. De scheiding van de rechtspositivist tussen het recht 'zoals het is' en het recht 'zoals het behoort te zijn' lijkt in de praktijk van de oordelende rechter moeilijk vol te houden; zij lijkt althans niet zo scherp te trekken als de precieze rechtspositivist wil doen geloven.³⁴³

343 Smith 1998, p. 52. Uiteraard is binnen de groep aanhangers van het rechtspositivisme een onderverdeling aan te brengen van 'rekkelijken' en 'preciezen', en zijn er genuanceerder meningen weer te geven. Het gaat er hier echter om, het uitgangspunt van het rechtspositivisme te schetsen. Zie voor verwijzingen naar schakeringen binnen de rechtspositivistische opvatting bijvoorbeeld Bengoetxea 1993, met name Hoofdstuk 1; Van Oenen 1994, Smith 1998, p. 49 e.v.

Natuurrechtsleer

Aan de andere kant van het spectrum ter zake van de vraag hoe geldigheid van het recht kan worden vastgesteld, vinden we de aanhangers van de zogenoemde natuurrechtsleer.³⁴⁴ In de natuurrechtelijke opvatting wordt de theorie gehuldigd, dat aan rechtsnormen geen rechtskracht toekomt, voor zover zij in strijd zijn met de doelstelling waaraan het recht volgens natuurrechtelijke filosofen dient te voldoen.³⁴⁵ Zij hanteerden voor de invulling van hun doelstellingen ethische beginselen; indien een rechtsnorm in strijd is met een dergelijk beginsel, kan deze norm geen gelding hebben in het recht.³⁴⁶ Een wet die in strijd is met een ethisch beginsel kan aldus geen kracht van wet verkrijgen. De natuurrechtsfilosoof hanteert aldus een materiële invulling van de vraag wat geldend recht is. Recht en moraal lopen door elkaar heen, en een scheiding wordt onmogelijk geacht. In de jurisprudentie zijn wel voorbeelden te vinden, waarin uitgangspunten van de natuurrechtelijke opvatting zijn te ontwaren. In een enkele zaak is deze benadering zelfs van doorslaggevende aard geweest in de rechtsvinding. In Duitsland is bijvoorbeeld de 'Radbruch'sche Formel' tot ontwikkeling gekomen, die inhoudt dat indien een wet strijdt met beginselen van menselijke waardigheid, zij nooit kan hebben gegolden, ook al leek de wet formele gelding te hebben.

De 'Formel' of formule van Radbruch vindt haar oorsprong in de beoordeling van misdaden begaan onder het nazi-regime, die gelegitimeerd leken vanwege het feit dat de formele wet voor dergelijke handelingen bevoegdheden verleende. Een fraai recent voorbeeld van de toepassing van deze 'Formel' door het Duitse Federale Constitutionele Hof is te vinden in de zaak *Mauerschützen*, waarin geoordeeld werd over de vraag, of voormalige DDR-grenswachten die vluchtende DDR-burgers hadden neergeschoten, strafrechtelijk konden worden vervolgd.³⁴⁷ Onder DDR-recht voerden deze grenswachten in beginsel hun plicht uit; niet echter in de opvatting van het Duitse Hof. Er gelden nu eenmaal rechtsbeginselen van menselijke waardigheid, die niet kunnen worden genegeerd, ook niet door grenswachten die in de veronderstelling verkeren dat zij de hun opgedragen taak uitvoeren, aldus het Hof. Deze beginselen kunnen zijn vastgelegd in Grondwetten of verdragen, maar noodzakelijk voor de gelding van de rechtsnorm is dat niet. Het feit dat destijds intern een andere waarde werd gehecht aan die morele waarde in relatie tot de staatsveiligheid doet daar evenmin aan af: het beginsel van menselijke waardigheid en meer specifiek het recht op leven vormt een superieur rechtsbeginsel van de Grondwet van de DDR.³⁴⁸

344 Ook hier zijn uiteenlopende schakeringen van deze opvatting in de literatuur te vinden; zie onder meer Linsmayer 1963, Finnis 1980; Shiner 1992.

345 Smith 1998, p. 54.

346 Smith 1998, p. 54.

347 *Mauerschützen*, 95 BVerfGE 96, 134 (1996).

348 Zie voor nadere beschouwingen van deze uitspraak bijvoorbeeld Mevis 1998. Naderhand heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zich uitgelaten over de legitimiteit van het oordeel van het Duitse Hof in het licht van het legaliteitsbeginsel (zie *K.-H. W. t. Duitsland*, EHRM 22 maart 2001, EHRC 2001/31).

In de jurisprudentie van de andere rechtsstelsels zijn eveneens uitspraken met natuurrechtelijke noties aangetroffen. Het Amerikaanse Hooggerechtshof hanteerde bijvoorbeeld in *Griswold t. Connecticut* een natuurrechtelijke notie van privacy, die de gelding van een recht op abortus diende te ondersteunen:

'We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights – older than our political parties, older than our school system'.³⁴⁹

De Amerikaanse Grondwet expliciteert geen recht op privacy waaruit voortvloeit dat individuen zelf een keuze moeten kunnen maken ter zake van het gebruik van voorbehoedsmiddelen. In *Griswold* was deze overweging overigens niet doorslaggevend, maar bood zij belangrijke ondersteuning aan de door de rechter toegepaste rechtsanalogie.³⁵⁰ Niet duidelijk was echter op welke rationeel traceerbare grondslag de gelding van de morele norm nu is gebaseerd.³⁵¹ Er is niet noodzakelijkerwijze sprake van een systeem of methodologie, waaraan rechtsgeldigheid van de morele norm wordt ontleend. Dat blijkt ook uit de kritiek, die bijvoorbeeld werd geleverd op de natuurrechtelijke notie van privacy in *Griswold t. Connecticut*.³⁵² De grondslag op basis waarvan een rechtswet tot geldend recht wordt verheven, is in de optiek van critici in hoge mate afhankelijk van de subjectieve opvatting van de rechtsvinder, waardoor rechtsonzekerheid en willekeur worden aanvaard, zo is de gedachte achter de afwijzing van natuurrechtelijke opvattingen. Er lijkt aldus veel te worden overgelaten aan de voorstelling van de rechtsvinder over de vraag wat rechtvaardig is en welke morele normen behoren tot het geldende recht. Over dat aspect in de rechtsvinding, interpretatieruimte van de rechtsvinder in relatie tot de gelding van rechtswetten, wordt in de moderne rechtstheorie een debat gevoerd tussen de rechtspositivist Hart enerzijds en Dworkin anderzijds.³⁵³ Hart is van mening, dat waar de wet ruimte laat voor rechtsvorming, de rechter een ruime mate van discretie wordt gelaten hetgeen in zijn optiek onwenselijk wordt geacht in het licht van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever. Dworkin relativeert de stellingname over de discretie van de rechter. De kwestie van de mate van discretie is eveneens van belang in de vraag naar de ruimte die de interpreterende rechter toekomt in het kader van de constitutionele verhouding.³⁵⁴

349 *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965).

350 Zie par. 5.3.2.

351 De herleidbaarheid van deze norm naar een rechtsbron is niet eenduidig; het recht op privacy ten tijde van *Griswold t. Connecticut* heeft sterk het karakter van een norm van hoger recht.

352 Tot de meest afwijzende critici van dit oordeel en met name de natuurrechtelijk getinte opmerking behoren onder meer Bork 1990, p. 95 e.v.

353 Hart 1961 en Dworkin 1977.

354 Er wordt in dit verband geen definitieve stelling betrokken met betrekking tot de vraag of de rechter nu wel of geen discretie toekomt in de constitutionele interpretatie. Van belang is hierna in de jurisprudentieanalyse veeleer inzichtelijk te maken, hoe de rechter worstelt met de onderliggende problematiek van de constitutionele verhoudingen bij de vraag naar de mate van discretie.

4.7.3 *Hart en Dworkin: vaststelling van geldigheid van rechtsnormen door de rechter*

De theorie van Hart vertoont ten opzichte van die van Dworkin sterke rechtspositivistische trekken.³⁵⁵ Dworkin heeft tegenover het rechtspositivisme gesteld, dat recht niet los kan worden gezien van moraal. Tevens bestrijdt hij de natuurrechtelijke notie, dat recht en morele beginselen één zijn: het recht kan in zekere mate in strijd komen met morele beginselen. Harts theorie komt in het kort op het volgende neer. Volgens Hart kunnen rechtsnormen als zodanig worden geïdentificeerd via secundaire regels. Secundaire regels zijn regels die aan ambtsdragers – wetgever en rechter – bevoegdheden verlenen om de rechtsregels gezaghebbend te identificeren, te veranderen en inbreuken erop te af te wijzen. De geldigheid van rechtsregels wordt ontleend aan de secundaire regels.³⁵⁶ De rechtsregels zijn als gevolg van de openheid van de taal en de dynamische aard van de samenleving nagenoeg altijd gebrekkig en geven lang niet altijd een eenduidige oplossing in een juridisch geschil. De rechter zal in die geschillen waarin rechtsregels geen eenduidige oplossing aanreiken, een discretionaire beslissing moeten nemen. Hierbij kan hij zich oriënteren aan rechtsregels en aan rechtsbeginselen. Rechtsregels maken deel uit van het recht volgens Hart, rechtsbeginselen vloeien in zijn optiek daarentegen voort uit een niet-juridische bron. Zij kunnen niet als juridisch worden aangemerkt, omdat rechtsbeginselen morele normen inhouden. Recht en moraal zijn, zoals hiervoor bij het rechtspositivisme beschreven, twee gescheiden thema's waarbij moraal geen onderdeel van het recht kan zijn. Indien de rechter nu rechtsbeginselen betreft in zijn rechtsvinding, maakt de rechter in Harts optiek nieuw recht, en doet in ruime mate aanspraak op een discretie.

Dworkins kritiek op Harts theorie is dat de scheiding tussen recht en moraal niet juist is, en dat morele opvattingen evenzeer deel uitmaken van het recht.³⁵⁷ Rechtsbeginselen zijn juist een onderdeel van het recht; zij spelen zelfs een centrale rol in Dworkins opvatting over hoe een rechter dient te beslissen. In moeilijke gevallen, aldus Dworkin, blijkt dat rechters niet in de eerste plaats zoeken naar toepasselijke rechtsregels maar naar een oplossing die zo goed als mogelijk kan worden gerechtvaardigd. In de opbouw van de argumentatie van de rechtvaardiging worden rechtsbeginselen betrokken. Rechtsbeginselen vormen aldus een volwaardige rechtsbron in Dworkins optiek. Het betrekken van deze rechtsnormen in de argumentatie levert niet zozeer een rechterlijke discretie op; tenslotte is de rechter, afgaand op zijn taak, verplicht de meest rechtvaardige beslissing te nemen. Wanneer 'dwingende morele normen' deel uitmaken van het recht, hanteert een rechter die dergelijke normen interpreteert en toepast, geen discretie. Dworkins visie op rechtsbeginselen als erkende rechtsnormen in een rechtsorde sluit in sommige opzichten aan bij de erkenning van rechtsbeginselen zoals Hart die ziet.

355 Hart 1961.

356 Hart 1961, Hoofdstukken 5 en 6.

357 Dworkin 1977.

Hart stelt dat hetgeen recht is, beschreven kan worden in termen van sociale feiten. Een verwijzing van morele inhoud van de rechtsnormen is daarvoor niet noodzakelijk, al is die morele inhoud vaak wel te herkennen in de rechtsregel. Van belang is hier, dat voor identificatie van een rechtsnorm niet een morele inhoud noodzakelijk is. In Dworkins visie zijn beiden onlosmakelijk met elkaar verbonden. Dworkins probleem met deze visie van Hart is dan ook, dat Harts theorie van identificatie van rechtsregels bepaalde categorieën van rechtsbeginselen principieel niet kan omvatten, terwijl deze rechtsbeginselen van groot belang zijn voor de consistentie en de coherentie van het recht. Dworkin onderscheidt in dit verband rechtsbeginselen die reeds zijn gepositieerd, en rechtsbeginselen die slechts gedeeltelijk of helemaal niet gepositieerd zijn.³⁵⁸ In de laatste categorie liggen niet alleen rechtsbeginselen besloten die hun bevestiging vinden in het recht of in de samenleving, maar ook rechtsbeginselen die eerder een controverse status hebben. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan morele noties, waarover in de samenleving geen consensus bestaat. Harts theorie kan, aldus Dworkin, zonder problemen de gepositieerde rechtsbeginselen omvatten; zij zijn beschreven.³⁵⁹ Rechtsbeginselen die niet zijn gepositieerd, met andere woorden, rechtsbeginselen die niet zijn geëxpliciteerd in de wet of in de rechtspraak, kunnen in Harts theorie niet zomaar worden geaccepteerd als rechtsnormen. Het gaat hier om rechtsbeginselen, die zich tot dusverre niet expliciet hebben gemanifesteerd in wet of rechtspraak maar die wel zichtbaar of voelbaar bewegen achter de erkende rechtsnormen:

‘Het gaat dan om beginselen die als het ware de ‘dieptegrammatica’ van het recht vormen. Ze liggen in de diepte van het recht besloten, maar pas als zij ‘aan de oppervlakte komen’ kunnen zij onderdeel worden van een rechterlijke gewoonte, of bewust (reflectief) worden ‘geaccepteerd’.³⁶⁰

De rechter zal, wil hij zich in de optiek van een rechtspositivist op legitieme wijze oriënteren aan deze categorie van rechtsbeginselen, moeten waarmaken dat het betrokken rechtsbeginsel nog niet is geëxpliciteerd, maar dat het wel besloten ligt in het recht zoals dat door het systeem van de rechtsregels wordt gedictieerd. Het moeilijkst is de categorie van rechtsbeginselen, die kunnen worden aangemerkt als ‘controverse rechtsbeginselen’. Met de controverse rechtsbeginselen hebben positivisten de grootste problemen; zij zijn niet te herleiden, ook niet indirect, tot beschreven sociale feiten. Dat is, in Dworkins visie, ook niet noodzakelijk voor de gelding van deze rechtsbeginselen. Hart kiest voor de interpreterende rechter een uitgangspunt waarin rechten verschijnen als uitvloeisel van een arsenaal van gepositieerde rechtsnormen. In Dworkins visie op het recht speelt echter rechtvaardiging een doorslaggevende rol in de rechtspraak. Rechtspraak dient altijd te streven naar rechtvaardiging van toegekende rechten. Wat deze rechten inhouden kan, aldus Dworkin, niet worden onderzocht aan de hand van de door Hart geïdentificeerde test, maar moet in concreto worden vastgesteld. De rechter zal volgens Dworkin, inherent aan de taak die hem is opgedragen, in

358 Dworkin 1977, p. 40.

359 Van Oenen geeft als voorbeeld Art. 1 Grondwet (Van Oenen 1994, p. 41).

360 Van Oenen 1994, p. 72.

beginsel altijd de best mogelijke oplossing nastreven. In die zin heeft de rechter geen discretie bij het kiezen van de oplossing: die dient rechtvaardig te zijn.³⁶¹

Problematisch aan de theorie van Hart is, dat in principe voor ongeschreven rechtsbeginselen geen plaats is; zijn 'rule of recognition' staat daaraan in de weg. Dat is een van de voornaamste kritiekpunten van Dworkin.

MacCormick is gekomen met een tussenvariant van de opvattingen van Hart en Dworkin.³⁶² Hij stelt dat er wel een relatie bestaat tussen de 'rule of recognition' en rechtsbeginselen, maar die relatie is indirect in zijn optiek. Rechtsregels hebben hun regelkarakter vanwege de afkomst, terwijl beginselen die rechtsgeldigheid hebben, deze geldigheid bezitten vanwege hun functie in relatie tot die rechtsregels. Rechtsbeginselen worden gebruikt bij het rationaliseren van rechtsregels. Volgens MacCormick kunnen beginselachtige normen op twee wijzen getransformeerd worden tot een rechtsbeginsel; zij kunnen worden opgenomen in de wet en op die wijze rechtsgeldigheid verkrijgen, terwijl zij daarnaast in de jurisprudentie kunnen worden opgenomen, en aldaar geldigheid verkrijgen. Dat laatste gebeurt niet plots; de rechter zal in beginsel in een reeks van uitspraken laten zien in welke mate hij de existentie van een norm als rechtsbeginsel aanmerkt. Het recht is, zoals ook Dworkin stelt, niet hermetisch afgesloten voor morele en politieke waarden.³⁶³ Op deze wijze kan in een positivistische visie plaats zijn voor rechtsbeginselen als normen van geldend recht.

4.7.4 Legitimatie van rechtsnormen in de rechtspraak: precedentwerking

In de zaak *Niemietz t. Duitsland* werd via 'het recht van het individu, met andere individuen relaties te vestigen en te onderhouden' via de wetsanalogie inhoud gegeven aan de rechtsnorm van het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM.³⁶⁴ Nu bestaat over de geldigheid van Art. 8 EVRM als rechtsnorm geen twijfel; de vraag is echter, of de door het Hof geconstrueerde rechtsnorm van het recht op privé-leven kan worden aangemerkt als rechtsbeginsel.³⁶⁵ De norm die voortvloeit uit het recht op privé-leven kan

361 Barak definieert rechterlijke discretie als volgt, dat de rechter uit twee of meer legitieme alternatieven kan kiezen om een rechtsgeschil tot een oplossing te brengen. Hij onderscheidt in dit verband een ruime en een enge discretie, afhankelijk van de mate waarin de rechter keuzemogelijkheden heeft (Barak 1989, p. 7 e.v.). Barak onderscheidt rechterlijke discretie naar de vaststelling van de feiten, naar de normvaststelling en de normtoepassing. In dit verband staat de rechterlijke discretie naar de normvaststelling door de constitutionele rechter centraal. Dworkin stelt in dit verband dat de rechter nauwelijks tot geen discretie toekomt: hij dient te kiezen voor de meest rechtvaardige oplossing, en dat is er steeds maar één. Hart stelt daarentegen dat de rechter al gauw een ruime mate van discretie heeft bij de vaststelling van de toepasselijke norm, omdat er op een geschil meer juridisch verdedigbare normen van toepassing kunnen zijn.

362 MacCormick 1997, p. 233.

363 MacCormick 1997, p. 236.

364 *Niemietz t. Duitsland*, EHRM 16 december 1992, Serie A vol. 251-B.

365 De vraag naar de geldigheid van rechtsnormen doet zich nog directer gevoelen in het geval dat de rechter een rechtsanaloge redenering hanteert. In het geval van de rechtsanaloge redenering was een toepasselijke grondwetsregel niet voorhanden; in dergelijke gevallen bestaat de noodzaak, een rechtsregel te construeren die aan te merken is als rechtsgeldig. In de *Valkenhorst* werd het recht om kennis van de

echter gelding verkrijgen via herhaling in de jurisprudentie. Jurisprudentie is niet alleen een belangwekkende bron van recht in de rechtsvinding. Jurisprudentie is tevens een onderdeel van het recht waarin de gelding van het recht tot uitdrukking komt. De rechter kan bijvoorbeeld trachten de juridische concepten, die als het ware 'verborgen' zitten in de precedënten, naar voren te halen. Het gezag dat jurisprudentie heeft in de rechtsstelsels kan een dergelijke benadering ondertussen tot op grote hoogte rechtvaardigen; zij heeft in de afgelopen decennia aan gezag gewonnen. Eén van de consequenties hiervan zou kunnen zijn dat wanneer een norm erkenning vindt in de rechtspraak het vermoeden bestaat dat deze tot het geldend recht behoort. Over de aard van de binding die uitgaat van jurisprudentie bestaat in de verschillende stelsels discussie; nieuwe normen die door de rechter zijn gepositieerd kunnen niet vanzelfsprekend rekenen op erkenning in de rechtsgemeenschap.

Traditioneel wordt ter zake van de bindingswerking van jurisprudentie gesproken over de leer van 'stare decisis' of die van het precedent. Deze doctrine wordt in beginsel als een fenomeen van 'common-law' systemen aangemerkt.³⁶⁶ De continentale rechter is, zo gold lange tijd de gedachte, gebonden aan de wet, en is ter zake van precedënten relatief vrij.³⁶⁷ Intussen kan worden vastgesteld, dat de verschillen tussen 'common-law' rechtsstelsels en 'civil-law' rechtsstelsels gradueel zijn, en met name in de praktijk veel genuanceerder zijn dan de uitgangspunten van beide typen rechtsorden doen vermoeden.³⁶⁸ Jurisprudentie is niet in alle rechtsstelsels al lange tijd aanvaard als zelfstandige bron van recht. In de Nederlandse rechtspraak wordt naar jurisprudentie pas sinds het begin van de jaren zeventig expliciet verwezen.³⁶⁹ Dat wil geenszins zeggen, dat jurisprudentie voorheen geen betekenis toekwam: in oudere rechtspraak treft men soms herhalingen aan van argumenten en formuleringen uit eerdere uitspraken.³⁷⁰ Inmiddels is jurisprudentie in de Nederlandse rechtsorde aanvaard als zelfstandige bron van ongeschreven recht. Precedenten lijken in alle stelsels een belangwekkende functie te vervullen voor de rechtvaardiging van het bestaan van normen van hoger recht en daaruit voortvloeiende concretisering.³⁷¹

Er is wel een aantal verklaringen te geven, waarom ook continentale rechtsstelsels jurisprudentie erkennen als bron van recht. Het argument van rechtszekerheid is in dit

afstamming te kunnen vernemen afgeleid uit een norm van hoger recht, het nog niet eerder geuite algemene persoonlijkheidsrecht (*Valkenhorst*, HR 15 april 1994, NJ 1994/608).

366 Met 'Stare decisis' wordt bedoeld op de benaming 'stare decisis et non quieta movere', hetgeen inhoudt dat vastgehouden dient te worden aan precedënten en dat gevestigde zaken niet moeten worden getornd. Met 'common-law' wordt bedoeld op een Angelsaksisch georiënteerde rechtsorde.

367 Scholten 1974, p. 85 e.v.

368 Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 87; McCormick en Summers 1991, p. 487.

369 Het *Stierkalfarrest* wordt wel aangemerkt als de uitspraak waarin één van de eerste verwijzingen naar jurisprudentie werd gedaan, zie HR 7 maart 1980, NJ 1980/353. Een expliciete verwijzing naar de toegenomen betekenis van precedënten in de Nederlandse rechtspraak is te vinden in HR 15 januari 1988, NJ 1988/888.

370 Scholten 1974, p. 87.

371 Zie het voorbeeld van *Meyer t. Nebraska*, waarin het Hof op basis van jurisprudentie (en een regel uit de Preamble) een rechtsnorm inhoudende het individuele recht op nastreven van geluk construeerde.

opzicht van belang, evenals het beginsel van gelijke behandeling. Daarnaast wordt een argument dat enkel is gebaseerd op de wet in veel gevallen niet (meer) voldoende geacht; de rechter ziet kennelijk een noodzaak om met ondersteunende argumentatie te komen. In veel rechtssystemen wordt precedentwerking zinvol geacht omdat het tevens de coherentie van het recht als systeem versterkt.³⁷² Vóór de benadering dat jurisprudentie een bron is van ongeschreven recht pleit dat rechterlijke uitspraken vaak ook een meer algemene, boven het concrete geschil uitstijgende betekenis hebben. Tegen de opvatting dat jurisprudentie een zelfstandige bron van ongeschreven recht vormt, pleit het uitgangspunt dat de rechter zich enkel uitspreekt over een concreet geschil.³⁷³ Het tweede standpunt lijkt in belangrijke mate te worden gerelativeerd door het eerste, althans voor wat betreft de onderzochte stelsels. Wanneer de rechter nieuwe normen expliciet in de rechtspraak erkent en ontwikkelt, positioneert de rechter zich ten opzichte van de wetgever op een andere wijze dan wanneer hij herhaaldelijk aangeeft slechts in het onderhavige geval te willen beslissen en niet boven het concrete geschil uit te stijgen.

De omvang van precedentenwerking

Wanneer de rechter wordt beschouwd als louter wetsvertolker ligt het minder snel voor de hand dat aan precedentwerking van rechtspraak een zekere binding kan toekomen. Wanneer daarentegen juist wordt erkend dat rechterlijke uitspraken ook een rechtsvormende waarde hebben, kan binding van betekenis juist wel toekomen aan jurisprudentie. In de constitutionele rechtspraak of in de literatuur ter zake in de stelsels kon nauwelijks één lijn worden vastgesteld; de keuze voor de ene of de andere benadering hangt bijvoorbeeld samen met het onderwerp dat in het geschil aan de orde is, en met de mate waarin een rechtsopvatting van de rechter aanvaard is bij zijn forum. Wanneer aanvaardbaarheid van een rechtsvinding wordt afgetast, kan de rechter bijvoorbeeld opteren voor een casuïstische benadering en aangeven dat hij met het voorliggende geschil niet voornemens is maatstaven voor de toekomst aan te leggen.³⁷⁴ De rechter kan hiermee uitdrukkelijk aangeven dat in dit opzicht een taak is weggelegd voor de wetgever.³⁷⁵ Er bestaat een gradatie van gezag van jurisprudentie.³⁷⁶ Van gebondenheid in de zin van een zelfde mate van onderwerping aan iedere uitspraak is geen sprake; in alle stelsels worden nu eenmaal belangwekkende en minder belangrijke uitspraken gedaan. In de rechtspraak kan erkenning van een gezag van de rechtsnorm plaatsvinden doordat de rechter deze in een reeks van gevallen herhaalt. In sommige gevallen is een reeks van uitspraken niet noodzakelijk, en wordt gezag toegekend aan één enkele rechterlijke uitspraak. Een dergelijke uitspraak kan herkend worden aan de wijze waarop het dictum is geformuleerd. Hoe meer dat betrekking heeft op de algemeenheid, hoe

372 MacCormick en Summers 1991, p. 488.

373 Zie bijvoorbeeld Art. 12 Wet Algemene Bepalingen.

374 Het uitgangspunt van de casuïstiek is in de literatuur uitgewerkt door Sunstein 1999.

375 De vraag rijst of aan deze uitspraak niet naderhand toch een groot gezag kan worden toegekend, bijvoorbeeld in een volgende uitspraak van de rechter. Die omstandigheid doet dan echter niet af aan het geringe gezag dat de rechter wil toekennen in het geschil dat op dat moment voor hem ligt.

376 Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 89.

groter de draagwijdte van de uitspraak wordt. Indien de uitspraak verder af komt te staan van het feitencomplex dat de aanleiding vormde voor het geschil, ligt eerder voor de hand dat de rechter algemene lijnen formuleert.

Een fraai voorbeeld van het vaststellen van algemene lijnen is te vinden in *Roe t. Wade*, waarin het Amerikaanse Hooggerechtshof kwam tot de ongrondwettigverklaring van het verbod op abortus.³⁷⁷ Het Hof ontwikkelde in die uitspraak tevens een trimestersysteem, aan de hand waarvan diende te worden beoordeeld welke criteria in acht moeten worden genomen bij het besluiten tot abortus. Van belang in dit verband is de mate waarin de rechter een beleid kan maken ter zake van de geschillen die het wenst te beslechten. Het Amerikaanse certiorari-systeem leidt er tot op grote hoogte toe, dat het Hooggerechtshof kan kiezen in welke zaken het uitspraken wenst te doen.³⁷⁸ De bevoegdheid om te kunnen selecteren houdt in dit verband de keuzevrijheid in, te beslissen over de vraag of een precedent dient te worden uitgesproken met het oog op bevestiging of juist het afbuigen van een jurisprudentiële lijn. Consequentie van certiorari is, dat nagenoeg iedere uitspraak een precedent van gewicht is. Van de uitspraken van de hoogste rechter, die daarentegen weinig discretie kent in zijn ontvankelijkheid, gaat in vergelijking met die van het Hooggerechtshof in minder dringende mate bindende werking uit. De jurisprudentie is in dat geval eerder een 'bijproduct', in vergelijking met de betekenis die zij heeft in de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof. Dit laatste lijkt vooral op te gaan voor de Duitse, de Nederlandse, de Luxemburgse en de Straatsburgse rechter.³⁷⁹

Het Amerikaanse Hooggerechtshof

Het Hof kan ter zake van precedentwerking een zeker beleid voeren; het heeft een bepaalde mate van discretie.³⁸⁰ Het Hof is ter zake van constitutionele rechtspraak relatief vaak afgeweken van jurisprudentielijnen, zeker in vergelijking met oordelen van gewone wetsinterpretatie.³⁸¹ Heringa voert dit verschil terug op de moeizame en

377 *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Op de casus van *Roe t. Wade* had het trimestersysteem geen betrekking meer, omdat het kind inmiddels ter wereld was gekomen.

378 Zie par. 3.2.

379 Daarmee is echter niet gezegd dat aan die rechtspraak geen gezag kan toekomen; de uitspraak van het Luxemburgse Hof ter zake van bijvoorbeeld de rechtstreekse werking en de suprematie van het EG-recht, de Straatsburgse extensieve interpretatie van het recht op privé-leven en het algemene persoonlijkheidsrecht in de rechtspraak van de Hoge Raad bewijzen het tegendeel.

380 De common law rechter dient afwijkingen van bestaande jurisprudentielijnen te rechtvaardigen. Dat doet hij met behulp van de techniek van het 'overrulen' van de bestaande lijnen. Indien het voorliggende geschil overeenkomsten vertoont met gevallen in de jurisprudentie, maar er lijken geen redenen aanwezig om vergelijkbaarheid aan te nemen dan dient de rechter te motiveren – to distinguish – waarom hij met zijn keuze afwijkt. Kern van de motivering is steeds de dwingendheid van de reden tot afwijking. Over de dwingendheid kunnen de meningen ver uiteenlopen. Er is echter geen eensluidende doctrine stare decisis; in het algemeen kan worden gesteld dat de maatstaven voor het 'overrulen' en het 'distinguishen' door de tijd heen variabel zijn gebleken (Llewellyn 1989, p. 50).

381 Zie Heringa 1996, p. 96 voor verdere verwijzingen. Heringa stelt hier naar aanleiding van empirisch onderzoek, dat constitutionele beslissingen twee keer zo vaak veranderd zijn in latere uitspraken dan oordelen over gewone wetsinterpretatie.

gecompliceerde wijze waarop de Grondwet geamendeerd dient te worden; een gewone wet kan eenvoudiger door de wetgever worden aangepast. Daarnaast speelt er een democratisch aspect mee: de rechters genieten indirect een democratische legitimatie omdat zij direct door de president worden benoemd.³⁸² De aanvaardbaarheid van de geringere binding aan precedënten – en mitsdien een ruimere bevoegdheid van de rechter de lijnen van de grondwetsuitleg te wijzigen – wordt vanuit deze gedachten gelineerd. Voor het afwijken van een precedent kan een aantal factoren worden aangewezen. In de eerste plaats kan het zijn dat er in de tussentijd een verandering in de regels heeft plaatsgevonden en in de tweede plaats kan een precedent een onwerkbaar regel opleveren die bijstelling behoeft. Waar enerzijds gelijkheid, rechtszekerheid en consistentie waarden zijn die ten grondslag liggen aan de gedachte van precedentwerking, wordt anderzijds erkend dat dezelfde eisen juist een bijstelling of afwijking van een lijn van precedënten kunnen rechtvaardigen.³⁸³

Er bestaat geen eensluidende invulling van de doctrine, en het is mitsdien lastig om eenduidig aan te geven in hoeverre gelding van nieuwe rechtsnormen in de jurisprudentie bevestiging verkrijgt. In dit opzicht verschaffen twee historische voorbeelden inzicht in de wijze waarop het Hof omgaat met precedentwerking ter zake van rechtsvinding met betrekking tot grondrechten. Vanaf *Lochner t. New York* verklaarde het Hof gedurende een aantal decennia sociaal-economische wetgeving ongrondwettig totdat het in *West Coast Hotel Co t. Parrish* resoluut brak met die kritische benadering.³⁸⁴ Vraag is hoe met de lijn van precedënten werd gebroken. Oordelend over de toelaatbaarheid van wetgeving over het minimumloon stelde het Hof dat de in *West Coast Hotel* gevolgde redenering reeds lang besloten lag in beginselen die ten grondslag liggen aan de Grondwet:

'It is manifest that this established principle is peculiarly applicable in relation to the employment of women in whose protection the state has a special interest. That phase of the subject received elaborate consideration in *Muller v. Oregon* (1908) where the constitutional authority of the state to limit the working hours of women was sustained'.³⁸⁵

Uit de uitspraak kwam niet helder naar voren, hoe de hier 'nieuw' ontdekte beginselen zich verhouden met de door het Hof voorheen gehanteerde beginselen die steeds hadden geleid tot afwijzing van sociaal-economische wetgeving. Een tweede belangrijk voorbeeld van de betekenis van precedentwerking is te vinden in één van de abortusuitspraken, *Planned Parenthood t. Casey*.³⁸⁶ Over de vraag of het recht op abortus zoals neergelegd in *Roe t. Wade* dient te worden bijgesteld bestaan al lang discussies in het

382 *Smith t. Allwright*, 321 U.S. 649, 665 (1944).

383 Over de mate waarin dat wenselijk is lopen de meningen zeer uiteen. Rechter Douglas, die deel uitmaakte van het Warren Court dat rechtsvernieuwing bracht op het terrein van fundamentele rechten, hanteerde een flexibele benadering ter zake, terwijl Scalia eerder een terughoudende opvatting aanneemt over de vraag of precedënten wijziging verdienen (zie voor verdere verwijzingen Heringa 1996, p. 98).

384 *Lochner t. New York*, 198 U.S. 45 (1905) en *West Coast Hotel Co. t. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

385 *West Coast Hotel Co. t. Parrish*, 300 U.S. 379, 394 (1937).

386 *Planned Parenthood of Southeastern P.A. t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

Hof.³⁸⁷ In de periode tussen *Roe* en *Casey* had zich de opvatting in het Hof over de grondwettigheid van het recht op abortus gewijzigd, mede onder invloed van een veranderde samenstelling van het Hof. In bijna drie decennia had het Hof vanwege een veranderde samenstelling een conservatief 'gezicht' gekregen, hetgeen onvermijdelijk doorklonk in de wijze waarop werd gedelibereerd over het recht op abortus. Er leek net geen meerderheid te ontstaan, die vóór het wegstemmen van abortus is. Tot op heden staat de kernoverweging van *Roe t. Wade*, het recht op abortus, nog overeind; daarentegen zijn flankerende maatregelen, die bijvoorbeeld het recht op abortus toegankelijk en effectief zouden kunnen maken, resoluut door het Hof van de hand gewezen.³⁸⁸ De gelding van de essentie van *Roe* – de concretisering uit het rechtsbeginselachtige privacy³⁸⁹ – werd door de meerderheid bevestigd. De minderheid stelde dat het in de rechtspraak ontwikkelde recht op privacy waaruit het recht op abortus werd geconcretiseerd geen gelding toekomt omdat het geen grondslag heeft in de geschreven grondwet.³⁹⁰

De continentale rechtsstelsels

Voor het Duitse Federale Constitutionele Hof valt aan het uitgangspunt, dat van precedenten in beginsel geen bindende werking uit gaat, ook een en ander af te dingen.³⁹¹ Formeel bindt jurisprudentie het Hof niet, maar volgens Art. 31 lid 1 BVerfGG³⁹² binden de uitspraken van het Hof de federale en statelijke wetgevers en rechters. Het Hof rekent zichzelf als gevolg van die formulering ook tot de instellingen die gebonden zijn aan de uitspraken, maar dat houdt niet in dat afwijking van eigen precedenten niet mogelijk is. Formeel zijn verder alleen de partijen bij het geding gebonden, hetgeen betekent dat individuen in principe niet gebonden zijn.³⁹³ De praktijk laat zien dat het Hof niet gauw van de eigen uitgezette lijnen in de jurisprudentie afwijkt.³⁹⁴ Het Hof heeft al snel aangegeven, dat het zich aan de 'tragenden Gründe' ter zake van de interpretatie van de Grondwet gebonden acht.³⁹⁵ Over de precieze betekenis van welke onderdelen van de uitspraak nu worden geacht te behoren tot de doorslaggevende

387 Zie bijvoorbeeld rechter Scalia in zijn afwijkende mening bij *Webster t. Reproductive Healthservices*, 492 U.S. 490 (1989).

388 Zie par. 5.3.3. In *Casey* komt de discussie over de betekenis van *stare decisis* fraai naar voren (met name in de uiteenzetting van rechter O'Connor). Zie voor de tussenliggende zaken onder meer *Harris t. McRae*, 448 U.S. 297 (1980) en *Webster t. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

389 Zie par. 5.3.2 en 5.3.3.

390 Rehnquist, dissenting bij *Planned Parenthood of Southeastern P.A. t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

391 Brugger 1994, p. 412.

392 Art 31 lid 1 BVerfGG luidt: 'Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden'.

393 Schlaich 1997, p. 322.

394 Interessant in dit verband is wel, dat er tussen de Eerste en de Tweede Senaat verschillende betekenissen wordt gehecht aan precedenten. De Tweede Senaat acht het niet mogelijk, dat de wetgever een norm tot stand brengt, die eerder door het Hof als ongrondwettig was aangemerkt. Deze norm is dan bij voorbaat nietig. De Eerste Senaat is in dit verband iets rekkelijker gebleken. Zie hierover Schlaich 1997, p. 324 e.v.

395 *Südwesturteil*, 1 BVerfGE 14, 37 (1951) en *Berlin-Vorbehalt II*, 19 BVerfGE 377, 392 (1966).

argumenten bestaat in de literatuur echter weinig duidelijkheid.³⁹⁶ Obiter dicta behoren er niet toe, maar welke dicta nu precies bindend zijn wordt niet eensluidend beantwoord.³⁹⁷ Kijkend naar de jurisprudentie van het Hof blijkt, dat wanneer extensieve interpretatie van grondrechten en ongeschreven rechten opduikt, deze veelvuldig wordt onderbouwd aan de hand van jurisprudentie. De vestiging van nieuwe normen van hoger recht en de daaruit voortvloeiende extensieve interpretaties en ongeschreven rechten vindt eveneens plaats in de jurisprudentie. De rechtspraak van het Hof wordt in het algemeen aangemerkt als zeer gezaghebbend, hetgeen onder meer voortvloeit uit het feit dat diens uitspraken kracht van wet verkrijgen. De stellingname van het Hof ter zake van zijn rol in de constitutionele rechtsontwikkeling wordt deels bepaald door het ruime mandaat dat is toegekend aan het Hof.³⁹⁸

Het Luxemburgse Hof aanvaardt in beginsel geen binding aan de eigen rechtspraak³⁹⁹, al blijkt uit sommige uitspraken het tegendeel en worden juist belangrijke lijnen in de jurisprudentie ontwaard die in latere rechtspraak een grondslag bieden voor positivering van nieuw recht.⁴⁰⁰ Ook dit Hof is gebaat bij consistentie, rechtszekerheid en stabiliteit in zijn rechtspraak, maar evenzeer bij flexibiliteit. Het EVRM kent geen regel die het Hof formeel bindt aan de eigen uitspraken, maar vanuit de gedachte van rechtszekerheid en consistentie van rechtsontwikkeling⁴⁰¹ is in *Cossey* een regel ter zake van precedentwerking geformuleerd:

'it is true that [...] the Court is not bound by its previous judgements; indeed, this borne out by Rule 51 par. 1 of the Rules of Court. However, it usually follows and applies its own precedents, such as a course being in the interest of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law. Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so'.⁴⁰²

Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat precedenten doorgaans keurig worden gevolgd.⁴⁰³ Daaruit blijkt eveneens dat eenmaal naar voren gehaalde rechtsbeginselen en daaruit voortspruitende extensieve interpretaties en ongeschreven rechten daarin kunnen worden bevestigd.⁴⁰⁴ Daarmee is nog niet de vraag beantwoord, in welke mate het

396 Schlaich 1997, p. 328.

397 Schlaich 1997, p. 328 e.v.

398 Sommige auteurs stellen in dit verband dat het Hof de individuele klachten die het moet beoordelen ziet als een aanleiding om het constitutionele recht verder te ontwikkelen en de inhoud daarvan bindend vast te leggen (zie Schlaich 1997, p. 327 voor verwijzingen).

399 Ukrow 1994, p. 188.

400 Zie onder meer enkele voor de Gemeenschap constituerende uitspraken als *Van Gend en Loos*, zaak 26/62 (1963), Jur. p. 1 (1963) en *Costa t. ENEL*, zaak 6/64 (1964), Jur. p. 585 (1964). Beide zaken figureerden in latere rechtspraak ter rechtvaardiging van het bestaan van suprematie van Europees recht en directe doorwerking van EG-recht in de nationale rechtsorde.

401 Mahoney 1990, p. 76 e.v.

402 *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1990, Serie A vol. 184, par. 35. Zie ook *Ierland t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 januari 1978, Serie A vol. 25.

403 Schokkenbroek 2000, p. 5. Zie Wildhaber 2000, p. 1529 e.v. voor een fraai overzicht van de precedentwerking in de rechtspraak van het EHRM.

404 Voor het eerst werd de norm ingezet in *Niemietz t. Duitsland* EHRM 16 december 1992, Serie A vol. 251-B, par. 29, naderhand werd deze in *Burghartz t. Zwitserland*, EHRM 22 februari 1994, Serie A vol.

Hof opteert voor grote sprongen voorwaarts in de jurisprudentie, of juist voor een meer casuïstische benadering van concrete geschillen. Het Hof lijkt de laatste benadering te willen benadrukken omdat uit een 'minimalist approach' eerder een rechterlijke terughoudendheid blijkt.⁴⁰⁵ Door middel van minimaal 'aangroeiende' veranderingen in concrete zaken tracht het Hof een weerstand tegen schoksgewijze rechtsontwikkeling in de Verdragsstaten te voorkomen.⁴⁰⁶ Deze strategie ter zake van de rechtsvinding is door het Hof regelmatig herhaald, maar dat neemt niet weg dat er in de rechtspraak lijnen te erkennen zijn waaruit een rechterlijke bereidheid blijkt om ook uitspraken te doen die boven het concrete geschil uit stijgen.⁴⁰⁷

Aan de uitspraken van de Hoge Raad wordt in verschillende mate gezag gehecht.⁴⁰⁸ In principe wordt de jurisprudentie tot de rechtsbronnen gerekend, zij het dat daarbij wordt aangetekend dat er geen normatieve precedentenbinding bestaat, maar wel een feitelijke.⁴⁰⁹ In de jurisprudentieanalyse zal worden nagegaan, of en in hoeverre de door de rechter gehanteerde rechtsnormen op het terrein van het recht op persoonlijkheid bestending hebben gevonden in latere rechtspraak. Langs die weg kunnen in beperkt opzicht uitspraken worden gedaan over de wijze waarop deze nieuwe normen geldigheid verkrijgen.

4.8 Slot

4.8.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zijn de verschillende soorten normen die in de rechtsvinding aan bod kunnen komen beschreven. De rechter heeft een aantal instrumenten voor de rechtsvinding tot zijn beschikking, waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen technisch-juridische rechtsvindingsmethoden en analoge redeneerwijzen.⁴¹⁰ De analoge redeneerwijze lijkt in de te onderzoeken rechtsstelsels onder meer te worden benut om een extensieve lezing van rechtsnormen of ongeschreven rechten te legitimeren. Het lijkt er sterk op, dat met name de rechtsanaloge redeneerwijze in hogere mate kan leiden tot

A 280-B par. 24 gehanteerd om te onderzoeken of het recht op het kiezen van een eigen naam deel uitmaakt van de strekking en reikwijdte van Art. 8 EVRM. Na *Burghartz* werd het voor de afbakening van Art. 8 EVRM onder meer gehanteerd in *Stjerna t. Finland*, EHRM 25 november 1994, Serie A vol. 299-B (ook met betrekking tot het kiezen van een naam) en *Mikulić t. Kroatië* EHRM 7 februari 2002, EHRC 2002/25, par. 53 (voor een recht van het kind op de vaststelling van biologisch vaderschap via een DNA-test). Zie voor verdere uitwerking par. 8.3.5.

405 Mahoney 1990, p. 77.

406 *Boyle en Rice t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 april 1988, Serie A vol. 139, par. 87.

407 Zie bijvoorbeeld par. 8.3.7 (hulp bij zelfdoding); in hoofdstuk 8 zijn meer voorbeelden te vinden.

408 Naar aanleiding van een jurisprudentieonderzoek van de rechtspraak van de Hoge Raad in de periode 1996/1997 stelde Barendrecht vast, dat een jaar 'rechtsvorming' scherpe regels, vuistregels, afwegingsregels en ander aanwijzingen had opgeleverd. (Barendrecht 1998, p. 16 e.v.); zie ook Asser-Vranken 1995, p. 45 e.v. en Asser-Scholten 1974, p. 90 e.v.

409 De Waard 1987, p. 67; Tak 1994, p. 176.

410 De technisch-juridische interpretatiemethoden zijn hiervoor reeds besproken in par. 4.3.6.

rechtsvorming dan de wetsanaloge redenering.⁴¹¹ Bij de wetsanaloge methode hanteert de rechter nog als uitgangspunt een wetsbepaling, waarvan hij zich afvraagt of deze een reikwijdte heeft die de individuele aanspraak en het bijbehorende feitencomplex nog kunnen dekken. In het geval de rechtsanaloge methode ter hand wordt genomen, is het brandpunt van een wettelijke bepaling niet meer aanwezig; de rechter construeert zelfstandig een rechtsnorm. Waar een beoordelingsruimte bij hantering van de wetsanalogie al enigermate aanwezig is, lijkt deze in de rechtsanalogie omvangrijkere proporties aan te nemen.

In alle stelsels worden de formuleringen van grondrechtelijke normen gerelateerd aan het recht op persoonlijkheid aangemerkt als problematisch in de rechtsvinding; in dat verband wordt wel gesproken van 'moeilijke gevallen'.⁴¹² De rechter, die de individuele aanspraken op die rechten dient te beoordelen, heeft in sommige opzichten te maken met leemten, in andere met het maken van keuzes voor de invulling van open normen.⁴¹³ Voor vaststelling van de inhoud van die open normen lijkt in de rechtstelsels geen hiërarchie betreffende de interpretatiemethoden te bestaan. De analoge redeneermethode lijkt op het eerste gezicht niet het eerste instrument te zijn dat wordt gehanteerd bij het zoeken naar de betekenis van grondrechtsnormen.

Hantering van de analogie lijkt een aantal problemen met zich mee te brengen. Er werd bijvoorbeeld al gesteld dat niet steeds duidelijk is welke de juridische status is van de norm van hoger recht, die de rechter hanteert om zijn extensieve lezing of het ongeschreven recht te kunnen legitimeren. Een zelfde onduidelijkheid bestaat ten aanzien van het resultaat van de extensieve interpretatie en ten aanzien van de ongeschreven rechtsnormen. De juridische status van door de rechter gepositieerde normen wordt in beginsel niet als een vanzelfsprekendheid aanvaard in de rechtsgemeenschap, hetgeen samenhangt met de oorspronkelijke bevoegdheid van de rechter: recht spreken, niet maken. Rechtstheoretici hebben op verschillende manieren getracht, tegemoet te komen aan de opvattingen die in de rechtsgemeenschap leven ten aanzien van de taakinvulling door de rechter. Er bestaat echter geen eensluidende opvatting over de wijze waarop deze activiteit moet worden beoordeeld. In de discussie tussen Hart en Dworkin wordt zichtbaar, hoezeer het vertrekpunt van de beoordelaar bepaalt, in welke mate de rechter nu een beoordelingsruimte toekomt en hoe deze dient te worden gewaardeerd. De omvang die aan deze beoordelingsruimte wordt toegedicht in de bevoegdheid van

411 Er is steeds een onderscheid gemaakt tussen het wetsanaloge redeneermodel en het rechtsanaloge redeneermodel, maar in de analyse van de rechtspraak hierna wordt gezien, in welke mate een hard onderscheid tussen beide modellen te handhaven is. Vooralsnog worden wets- en rechtsanalogie hier benaderd als twee te onderscheiden methoden.

412 Zie par. 4.2.3.

413 Enkel het Luxemburgse Hof heeft te maken met een leemte ter zake van normen die verwant zijn aan het recht op persoonlijkheid; bij de totstandkoming van het Verdrag van Nice hebben de Lid-Staten niet gekozen voor een bindend Handvest. In welke mate deze leemte nu gevolgen heeft voor 's Hof's rechtsvinding ter zake van individuele aanspraken die aanknopen bij het recht op persoonlijkheid, wordt hierna in de rechtspraakanalyse verder uitgediept.

de rechter vertoont samenhang met de wijze waarop men de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever percipieert.

4.8.2 *De juridische status van het rechtsbeginsel en van de norm van hoger recht*

Het identificeren van een rechtsbeginsel of het definiëren van een norm van hoger recht lijkt in de analoge redenering tot op grote hoogte onvermijdelijk, omdat deze norm van hoger recht het brandpunt vormt van waaruit kwalificatie van de individuele aanspraak binnen de extensief geïnterpreteerde wetsnorm of onder het ongeschreven recht kan plaatsvinden. Aangenomen wordt dat er tussen de norm van hoger recht en het rechtsbeginsel een principieel onderscheid te maken is, dat met name gelegen is op het vlak van de erkenning van de norm op een bepaald tijdstip in de rechtsgemeenschap en de ethische lading die een rechtsbeginsel in zich draagt. Het is echter lastig uit te maken of er steeds daadwerkelijk sprake is van een rechtsbeginsel of van een norm van hoger recht. Ook over de definitie van een rechtsbeginsel ten opzichte van een rechtsregel bestaat in geen van de onderzochte rechtsstelsels overeenstemming. Op rechtsbeginselen zijn verschillende benaderingen denkbaar, waarbij de visies van Hart, Dworkin en MacCormick allen verdedigbaar zijn. Wanneer de rechter normen van hoger recht met het oog op uitlegging van rechtsregels hanteert, lijkt hij uit te gaan van Dworkins benadering. Hij gaat er impliciet vanuit, dat de door hen aangehaalde norm deel uitmaakt van de in het stelsel geldende rechtsnormen: een rechter kan nu eenmaal niet niet-geldige rechtsnormen betrekken in zijn rechtsvinding. Gesteld kan dan worden, dat de rechter tot op grote hoogte lijkt te kunnen bepalen, welke normen behoren tot het geldend recht. Voor de onderbouwing van de norm van hoger recht als norm van geldend recht kan, indien de rechter dat noodzakelijk acht, worden teruggesproken op uiteenlopende bronnen.

Naast constructies die worden afgeleid uit de wet om het bestaan van een norm van hoger recht te onderbouwen kunnen precedenteren en het bestaan van een consensus ter zake een bron vormen voor de rechtvaardiging van het bestaan van de norm van hoger recht. Sommige rechters hanteren ook natuurrechtelijke opvattingen in hun rechtsvinding, al blijken zij dat niet in hoge mate te doen, of althans expliciet te stellen. Natuurrechtelijke overwegingen lijken in beginsel niet als zelfstandige legitimatie voor een rechtsgrondslag te worden aanvaard vanwege het bezwaar van oncontroleerbaarheid van de argumenten en het gevaar van rechterlijke subjectiviteit. De rechter zal zijn forum er in dat geval van moeten overtuigen, dat de norm van hoger recht en de concretisering al deel uitmaken van het geldend recht. In dit verband kunnen precedenteren en consensus behulpzaam zijn: die verzekeren als het ware de inbedding van de norm van hoger recht in het kader van geldende rechtsnormen.

4.8.3 *De juridische status van het resultaat van de extensieve interpretatie en van het nieuw gepositieerde recht*

Ook voor de rechtvaardiging van de extensieve lezing of het bestaan van nog niet eerder gepositieerde normen kan de rechter uit bronnen van precedenteren en consensus putten. De grondslag, de norm van hoger recht of het rechtsbeginsel, van waaruit de

extensieve interpretatie of het ongeschreven recht werd gelegitimeerd is dan reeds geformuleerd. De norm van hoger recht heeft in het algemeen steeds een meer abstract karakter, terwijl de daaruit geconcretiseerde rechten juist eerder een concreter, meer rechtsregelkarakter dragen. Omtrent de vraag of de rechter zelfstandig rechtsregels mag vastleggen bestaat geen overeenstemming. Aspecten van de constitutionele interpretatie pleiten zowel voor als tegen deze opvatting. Voor een ruimere taakopvatting pleit onder meer de open textuur van de Grondwet of van het Verdrag. Eerder was al vastgesteld, dat aanpassing daarvan door de rechter naar plaats en tijd in concrete gevallen als het ware inherent kan worden geacht aan Grondwet en Verdrag; aanpassing ervan door de wetgever ligt minder voor de hand. Vanuit pragmatisch oogpunt lijkt het voor de hand liggend om hier een ruimte te aanvaarden binnen de rechterlijke bevoegdheid, maar over de vraag in welke mate de rechter grondrechtelijke normen kan modificeren in concrete toepassing lopen de meningen weer ver uiteen. De weerstand vloeit voort uit de gedachte dat het scheppen van rechtsregels buiten de taak van de rechter valt wanneer wordt aangenomen dat open textuur van grondwet of verdrag wordt afgewezen. Ook hier kan de rechter dit bezwaar tot op zekere hoogte omzeilen door aan te tonen dat zijn bevindingen niet het resultaat zijn van zijn subjectieve opvatting maar dat zij als het ware logisch voortvloeien uit een systeem van rechtsnormen. De extensieve interpretatie of het ongeschreven recht zijn in die optiek logische consequenties uit het systeem van het recht. Het resultaat dat volgt uit de wetsanalogie bestond reeds, maar de rechter heeft het aan de hand van de analogie slechts 'zichtbaar' gemaakt.

4.8.4 *Constitutioneelrechtelijke bezwaren tegen de analogie in de rechtsvinding*

In hoeverre de activiteit, inhoudende een vaststelling welke normen deel uitmaken van het geldend recht, nu te kwalificeren is als discretionair, is niet op eenduidige wijze te beantwoorden. De perceptie van de omvang van de rechterlijke discretie hangt direct samen met het vertrekpunt van de toeschouwer: vanuit een positivistische visie komt een rechter, die analoog interpreteert, een grote mate van discretie toe. Hij voegt immers uit een niet-geldige catalogus van morele normen en rechtsbeginselen een nieuwe rechtsnorm toe aan de bestaande rechtsnormen. Wordt daarentegen een Dworkiniaanse visie als uitgangspunt genomen, dan lijkt discretie niet of nauwelijks te bestaan: de rechter dient in die optiek rechtvaardig recht te spreken. Dworkins optiek laat evenzeer morele normen en algemene rechtsbeginselen toe tot het arsenaal van rechtsnormen, die de rechter in zijn rechtsvinding dient te betrekken; het doel van het vinden van een rechtvaardige oplossing staat in dit verband centraal.

De analoge redeneerwijze, zo lijkt het, stelt de rechter in staat zijn rechtsvinding zó in te richten, dat de rechter niet anders doet dan logische consequenties trekken uit het systeem van geldige rechtsnormen. Dat geldt voor zowel de formulering van de norm van hoger recht of het rechtsbeginsel, als voor de extensieve interpretatie en het ongeschreven recht. In het licht van de constitutionele verhoudingen kan deze redeneertechniek goed van pas komen: op het moment dat de rechter erin slaagt, zijn gehoor te overtuigen van de het feit, dat hij niets anders aan het doen is dan toepassen van bestaande rechtsnormen, blijft hij binnen de grenzen van zijn taak. Punt is dan dat de rechter dat op overtuigende wijze moet aantonen, en de daaraan gekoppelde vraag is

welke technieken en methoden de rechter ter beschikking staan, om die overtuigingskracht in zijn rechtsvinding te leggen. De overtuigingskracht ligt voor een deel besloten in de analoge redeneertrant zelf. Die gaat uit van het bestaan van een coherent rechtsnormensysteem waarvan een deel van de rechtsnormen in de wet is gepositieerd. Daarnaast bevinden zich in het systeem rechtsnormen die niet zichtbaar zijn, maar wel onderdeel zijn van het geldend recht.

Voorheen werd gesteld, dat een belangrijk criterium dat de rechter begrenst in de vrijheid ter zake van rechtsvinding is gelegen in de eis van consistentie en coherentie van het rechtsnormensysteem.⁴¹⁴ Indien de rechter een uitspraak doet, dient hij deze uitspraak in te passen in het bestaande stelsel van rechtsnormen. Het recht kan worden waargenomen als een systeem, waarin ook de rechter – naast de wetgever – zijn bijdrage levert met de concrete toepassing en verwerkelijking van het recht. De analoge redenering gaat zoals hiervoor gesteld, uit van het bestaan van een systeemopbouw. De rechter die de analogie toepast, zal zich in beginsel ‘beschermd’ weten door de gedachte dat zijn redenering een bijdrage levert aan het bestaande systeem van rechtsnormen. Hij verlaat zich – ook al ontbreekt een toepasselijke norm voor het concrete geschil voor hem – niet alleen op de rechtsnormen die in het systeem zijn vervat – de eis van consistentie – maar bestendigt dat systeem tevens, door te laten zien op welke wijze hij zijn redenering en uitspraak inpast in het systeem. Hij maakt het systeem als het ware zichtbaar met het resultaat van zijn rechtsvinding, die haar legitimatie vindt in het geldend recht het systeem. De rechter kan in een wetsinterpretatie voor de legitimatie van de norm van hoger recht bijvoorbeeld stellen, dat zich achter de ingeroepen grondrechtsnorm een rechtsbeginsel ‘voelbaar of zichtbaar’ beweegt, hetgeen een extensieve lezing – en mitsdien kwalificatie van de voorliggende individuele aanspraak rechtvaardigt.⁴¹⁵ Daarnaast kan een zekere overtuigingskracht uit gaan van de aanname, dat de rechter zich in zijn rechtsvinding enkel op geldende rechtsnormen lijkt te baseren. Lijkt te baseren, want de analogie laat nu juist toe, dat de toe te passen rechtsnorm niet direct ‘zichtbaar’ aanwezig is in het systeem. Daar tegenover staat, dat de rechter zijn redenering via de analogie tot op zekere hoogte inzichtelijk maakt, omdat hij aan zijn forum moet laten zien, op welk vergelijkingsmateriaal hij zich baseert.

414 Zie par. 4.3.6.

415 Zie bijvoorbeeld nogmaals de opmerking van Van Oenen, geciteerd in par. 4.6.4 (Van Oenen 1994, p. 72).

Hoofdstuk 5

Analoge rechtsvinding in de jurisprudentie van het Amerikaanse Hooggerechtshof

5.1 Inleiding

In de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof zijn op het terrein van het recht op persoonlijkheid de eerste wetsanaloge uitspraken aan het einde van de negentiende eeuw gedaan. Aanvankelijk deden de uitspraken zich voor op het terrein van de zogenoemde economische rechten. Het recht op eigendom en contractsvrijheid vormden in deze methode het belangrijkste aanknopingspunt. In de Amerikaanse rechtspraak wordt vaak gesproken van 'substantive due process'. 'Substantive due process' is een term in de Amerikaanse constitutionele rechtspraak waarmee wordt aangeduid dat niet expliciet in de grondwet genoemde rechten evenwel grondwettelijke bescherming genieten via de algemene clausules van 'due process' en 'equal protection'.¹ Eén van de gebezigde redeneermethoden via welke inhoud aan 'due process' wordt gegeven, is de wetsanalogie. Kort gezegd worden via deze redenering rechten in de clausules van de Bill of Rights ingelezen, die niet expliciet zijn opgenomen in de tekst, maar die een categorie van ongeschreven aanspraken vormen die constitutionele bescherming dienen te verkrijgen.² De eerste aanwijzingen voor 'substantive due process' doken reeds tegen het einde van de negentiende eeuw op, maar het duurde tot 1905 voordat het Hof statelijke wetgeving expliciet met het resultaat van een wetsanalogie ongeldig verklaarde.³ Naderhand inspireerde de wetsanaloge redeneermethode de rechtspraak op het terrein van de individuele rechten, zoals bijvoorbeeld het recht van een ouder zelf te kunnen kiezen voor de opvoeding en opleiding van het kind, of recht op toegang tot een rechter.⁴ In de jaren '60 van de vorige eeuw werd het recht op 'privacy' met gebruikmaking van de rechtsanalogie in de Bill of Rights 'ingelesen'.

De vroege ontwikkelingen in de Amerikaanse constitutionele interpretatie lijken deels verklaarbaar uit het feit dat de Amerikaanse grondwet van ouder datum is en zeer beknopt is en de bereidheid van de rechter om op sommige momenten rechten te lezen in de op zichzelf beknopte Bill of Rights. De Bill of Rights werd in de zeer vroege

1 Zie het Vijfde en het Veertiende Amendement voor 'due process' en het gebod van gelijke behandeling in het Veertiende Amendement.

2 Currie 1989, p. 335.

3 In 1873 werd in de *Slaughter-House*-zaken, 16 Wall. (83 U.S.) 36, 21 L. Ed. 394 (1873), door concurrerende ondernemers het recht op contractsvrijheid ingeroepen tegen een maatregel van de staat Louisiana. Deze had beslist, dat slechts één onderneming werd aangewezen voor het verwerken van slacht, waardoor de andere ondernemers met een vergelijkbare soort onderneming hun contractsvrijheid in zeer vergaande mate aangetast zagen. Dat recht op contractsvrijheid werd in deze zaak echter niet gehonoreerd; dat zou nog ruim een kwart eeuw duren. In de *dissents* werden echter argumenten aangevoerd, die in 1905 zouden leiden tot een omgaan van het Hooggerechtshof ter zake van dat recht op contractsvrijheid. Zie ook Gunther en Sullivan, p. 421 e.v.; Tribe 2000, p. 10.

4 *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) en *Bounds v. Smith*, 430 U.S. 817 (1977).

rechtspraak, onder invloed van een aanwezige natuurrechtelijke traditie die geschoeid was op Britse leest, in een enkel geval gezien als een geschreven constitutie die niet de initiële bron was, maar enkel een onderdeel vormde van een groter geheel van 'reeds bestaande' fundamentele rechten. Reeds eind achttiende eeuw is deze visie terug te vinden in de rechtspraak van het Hooggerechtshof.⁵

Deze opvatting is sindsdien niet onbestreden gebleven – de rechtspraak die is voortgekomen uit extensieve interpretatie riep destijds en roept heden ten dage grote weerstand op bij 'tegenstanders' van deze opvatting. Algemene kritiek in dit verband is dat de rechter zijn rechtsvormende taak te ruim opvat en naar believen rechten in een raamwerk van grondwettelijke bescherming 'inleest'.⁶ De discussie omtrent rechtsvinding door de rechter spitst zich in de Verenigde Staten toe op drie met elkaar samenhangende punten. Allereerst rijst de vraag, in hoeverre resultaten die voortvloeien uit de analogie te rechtvaardigen zijn als juiste interpretatie van de grondwet. In dit verband spreken enkele commentatoren van 'non-interpretative interpretation', omdat de gebruikte rechtsvindingsmethode geen deel uitmaakt van de verzameling 'erkende' interpretatiemethoden.⁷ In de tweede plaats wijzen de tegenstanders van extensieve interpretatie erop dat de rechter aansluiting dient te zoeken bij morele, sociale of economische basisnormen in de samenleving. De kwestie die naar aanleiding van de vaststelling van deze basisnormen rijst is, in hoeverre het een goede zaak is aan de rechter over te laten een consensus vast te stellen. Grote verdeeldheid bestaat over de beantwoording van de vraag welke informatie de grondwet precies geeft over de omtrekken van de grondrechten. Dient de interpreter zich te oriënteren aan de tekst, of aan de bedoeling van de Framers? Hadden de Framers de rechtsvindingsmethode voor ogen die de non-interpretevists hanteren, en erkenden zij het bestaan van ongeschreven rechtsbeginselen? Indien dat het geval is, kan rechtsvinding aan de hand van de analoge redenering worden aanvaard; daarin wordt rechtsvinding (deels) bedreven aan de hand van ongeschreven rechtsnormen.

5 Zie bijvoorbeeld *Calder t. Bull*, 3 Dall. (3 U.S.) 386 (1798), waarin enkele natuurrechtelijke noties werden betrokken in de rechtsvinding: rechter Chase stelde dat de constitutie dient te worden benaderd als een eenheid. Uit de textuur van die eenheid vloeit voort, dat de constitutie fundamentele rechten garandeert. Voor de vaststelling welke individuele rechten daaronder dienden te worden verstaan bood de eenheid van de grondwet voldoende aanknopingspunten. Expliciete opname van een recht in de grondwet zag hij niet als voorwaarde voor grondrechtelijke bescherming. Zie eveneens *Fletcher t. Peck*, 6 Cranch (10 U.S.) 87 (1810). Zie ook Grey 1975, p. 703-718 en Grey 1978, p. 849 e.v. voor een historisch overzicht van de discussie over dit thema.

6 Zie onder meer de meerderheidsopvatting in de *Slaughter House* zaken: 'And it is sufficient to say that under no construction of that provision that we have ever seen, or any that we deem admissable, can the restraint imposed by [Louisiana] upon the exercise of their trade by the butchers of New Orleans be held to be a deprivation of property within the meaning of that provision' (16 Wall. (83 U.S.) 36, 21 L.Ed. 394 (1873)).

7 Par. 4.3.1.

5.2 Rechtsontwikkeling door het Amerikaanse Hooggerechtshof

De uitspraken die zijn geselecteerd voor de analogie hebben allen gemeenschappelijk, dat het Hooggerechtshof voor de invulling van het grondwettelijke begrip 'liberty' gezocht heeft naar normen van hoger recht, aan de hand waarvan de individuele aanspraken onder grondrechtelijke bescherming werden geschaard. 'Liberty' is een begrip dat is neergelegd in het Vijfde en in het Veertiende Amendement. Het Vijfde stipuleert de rechten van de verdachte in strafzaken.⁸ De voor de wetanalogie relevante paragraaf van het Veertiende Amendement houdt een bescherming in van de burgerlijke rechten – van oorsprong op federaal niveau, maar sinds de incorporatie van een groot aantal grondrechten ook op statelijk niveau.⁹

Liberty in het Veertiende Amendement: economische rechten

In *Lochner t. New York* (1905) toonde het Hof de expliciete bereidheid het begrip 'liberty' in het Veertiende Amendement van de Bill of Rights nadrukkelijk ruim te interpreteren dan voorheen.¹⁰ De staat New York beoogde met een wettelijke maximering van het aantal werkuren. Werkgevers eisten echter dat hun werknemers een groter aantal uren zouden werken en protesteerden bij de rechter tegen deze wet. Gezien de hoge mate van werkloosheid en de nauwelijks aanwezige sociale rechtsbescherming achtte de staat New York het om gezondheidsredenen van arbeiders noodzakelijk een dergelijke wet tot stand te brengen: zij had als oogmerk werknemers, ook al genieten zij contractsvrijheid, te beschermen tegen de machtige belangen van de werkgever. Het recht op contractsvrijheid tussen werknemers en werkgevers stond in de optiek van het Hooggerechtshof echter in de weg aan deze wetgeving. Voordat het Hof het recht op contractsvrijheid stelde tegenover de doelstelling van de wet diende het Hof eerst aan te geven op welke wijze en in welke mate contractsvrijheid is vastgelegd in de grondwet. Het Hof redeneerde als volgt:

'[...] Is this a fair, reasonable and appropriate exercise with the right of the individual to his personal liberty, to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family? Of course the liberty of contract relating to labor includes both parties to it. The one has as much right to purchase as the other to sell labor. Statutes of the nature of that under review, limiting the hours in which grown and intelligent men may labor to earn their living, are meddlesome interferences with the rights of the individual [...].'¹¹

Het recht van het individu, in vrijheid te kunnen contracteren genoot in de optiek van het Hof de status van 'personal liberty'. In de Bill of Rights wordt het recht op contractsvrijheid echter nergens met zoveel woorden genoemd. Aan de 'vorming' van dat

8 Par. 2.3.3.

9 Par. 2.3.3.

10 *Lochner t. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Voorafgaand aan *Lochner* had het Hof eveneens reeds in *Allgeyer t. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897) een ruime lezing van contractsvrijheid geaccepteerd. In *Lochner* was, meer dan in *Allgeyer*, sprake van wetgeving met een controversieel karakter, waardoor aan *Lochner* in de rechtsgemeenschap meer aandacht werd besteed.

11 Rechter Peckham, schrijvend voor de meerderheid in *Lochner t. New York*, 198 U.S. 45.

recht besteedt het Hof niet veel woorden: het recht op contractsvrijheid vormt niet meer dan een onmisbare en logische schakel in de keten van opeenvolgende voorwaarden, die het mogelijk maken dat individuen overeenkomsten met elkaar sluiten en daarmee zichzelf in staat stellen, een familie te onderhouden. Wie kan daar nu op tegen zijn? De staat, die in dit verband beschermend optreedt, wordt vanwege de wetgeving een paternalistische rol aangemeten omdat de individuen ten slotte 'grown and intelligent men' zijn die zelfstandig overeenkomsten kunnen aangaan. Een constitutioneel recht op contractsvrijheid werd in deze uitspraak voor het eerst gepositieerd. De wetsanalogie kan nu als volgt worden geconstrueerd. De grondwetsnorm waarvan moet worden vastgesteld of deze van toepassing is, wordt door het Hof betiteld als 'personal liberty' uit het Veertiende Amendement. De concretisering van 'liberty' leunt sterk op de notie van contractsvrijheid: het individu dient zelf te kunnen besluiten met wie het een overeenkomst sluit.¹² Daarbij wordt er vanuit gegaan, dat de contracterende partijen gelijkwaardig aan elkaar zijn. Er wordt verder nauwelijks vergelijkingsmateriaal (rechtspraak, wetgeving) opgevoerd, om de kwalificatie van de aanspraak als 'personal liberty' te onderbouwen.¹³ Goedbeschouwd is de analogie gebrekkig: de norm van hoger recht is niet direct te ontwaren, waardoor het lijkt alsof een stap werd overgeslagen in de analoge redenering.

In de daarop volgende jaren stelde het Hof talloze wetten met een beroep op de contractuele vrijheid buiten werking, waarbij regulering op het terrein van sociale wetgeving in het bijzonder kwetsbaar bleek.¹⁴ Rechter Holmes typeerde in zijn *dissenting* de uitkomst van *Lochner* echter als een uitspraak, die de contractsvrijheid van de persoon perverteerde en waaruit gevolgtrekkingen voortkwamen die ruimte boden aan een – in Holmes' optiek – ongewenst grote interpretatieruimte van het Hof. Tot die consequenties rekende hij bijvoorbeeld dat het Hof zichzelf een instrument had verschaft om in de grondwet een voorkeur in te lezen voor een bepaalde economische theorie:

'Some of these laws [i.e. de wet die een maximum aantal werkuren voor bakkerspersoneel stelde] embody convictions or prejudices which judges are likely to share. Some may not. But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions

12 Dit is enigszins speculatief, omdat de uitspraak geen eenduidige aanknopingspunten geeft.

13 Een onderliggende kwestie die speelde bij deze zaak was of de federale overheid zich diende in te laten met de statelijke overheid, meer specifiek of de federale rechter zich moest uitlaten over de statelijke wetgever. De meerderheid in *Lochner* erkende wel dat aan staten een 'police power' (een autonomie) toekomt, maar dat deze zijn grenzen kent in de toepassing van onder meer het Veertiende Amendement: dat richt zich expliciet tot de staten. De kwestie van verdeling van bevoegdheden tussen federatie en staten speelt in veel zaken, soms expliciet, een rol. Het Hof moet rekening houden met de autonomie van de staten, waardoor grondrechtelijke bescherming op het terrein van het recht op persoonlijkheid soms minder omvattend dan wenselijk is (zie ten aanzien van rechtspraak over het gelijkheidsbeginsel door het Hof Gerards 2002, p. 372 e.v.).

14 Gunther en Sullivan noemen in dit verband een getal van bijna tweehonderd wetten, die ongrondwettig werden verklaard (Gunther en Sullivan 1997, p. 466).

natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgement upon the question whether statutes embodying conflict with the Constitution'.¹⁵

Van belang is dat Holmes de door de meerderheid gehanteerde rechtsvindingsmethode niet als zodanig afwees, maar dat hij zeer kritisch was over de gevolgtrekkingen die voortvloeiden uit de notie van 'liberty'. Het begrip 'liberty', dat volgens het Hof mede de contractsvrijheid omvat, bood namelijk de ruimte de visie van de wetgever zonder al te veel argumentatie terzijde te stellen. Deze ruimte ontstond doordat verschillende hypothesen die aaneen werden geregen, die op zichzelf genomen in een logisch verband met elkaar staan, maar niet noodzakelijkerwijze moeten leiden tot één dwingende conclusie.¹⁶ In beginsel dient het individu vrij te zijn, overeenkomsten te kunnen sluiten. Dat houdt echter niet in, dat het individu ook altijd vrij is om te contracteren met wie het wil. Belangen die hier over het hoofd werden gezien, zoals bijvoorbeeld het belang van een werknemer bij gezette rusttijden, werden niet meegenomen in de beoordeling van de in het geding zijnde belangen.

In de periode van *Lochner* kwam zeer veel kritiek op de 'activistische' koers van het Hof ter zake van wetgeving over arbeidsomstandigheden. Met 'activisme' wordt in het geval van *Lochner* bedoeld op 's Hof's bereidheid nagenoeg alle sociaal-economische wetgeving ongrondwettig te verklaren. Veelal wordt daarbij gewezen op de interpretatiemethode die hieraan vooraf gaat: die zou 'activistisch' zijn omdat deze immers leidt tot een interpretatieruimte waarin het Hof allerlei aanspraken als grondrechtelijk kan erkennen.¹⁷ Het Hof verliet later zijn benadering ter zake van statelijke wetgeving over arbeidsomstandigheden, maar daarmee nam het Hof zeker geen afscheid van de in *Lochner* gebruikte redenering.¹⁸ In de jaren twintig van de vorige eeuw werd deze namelijk gebruikt in geschillen omtrent individuele rechten niet zijnde economische rechten. Hiermee verkreeg 'liberty' in het Veertiende Amendement vanaf toen een fundamenteelrechtelijk reliëf verkreeg. In het hiervoor reeds uitgewerkte *Meyer t. Nebraska*, waarin werd geklaagd over het feit dat niet mocht worden onderwezen in een andere taal dan het Engels, werd door het Hof middels een wetsanalogie inhoud gegeven aan het begrip 'liberty'.¹⁹ In die uitspraak stond de norm van hoger recht, de 'pursuit of happiness', centraal.²⁰

15 Rechter Holmes in zijn dissenting bij de uitspraak in *Lochner*.

16 Het Hof deed wel voorkomen alsof de door hem voorgestelde uitkomst de enige juiste is; in dit verband is de retoriek die wordt gehanteerd van groot belang: 'Of course the liberty of contract relating to labor includes both parties to it. The one has as much right to purchase as the other to sell labor. Statutes of the nature of that under review, limiting the hours in which grown and intelligent men may labor to earn their living, are meddlesome interferences with the rights of the individual [...]' (cursiveringen H.L.J.).

17 Rechter Scalia, schrijvend voor de meerderheid in *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186, 193 (1986).

18 *West Coast Hotel Co. t. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); zie ook par. 3.2.6.

19 'Liberty' en vrijheid(sbegrip) worden in het vervolg gebruikt als synoniemen. Zie voor de behandeling van deze zaak ook par. 4.4.3.

20 In *Pierce t. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus*, 268 U.S. 510 (1925) borduurde rechter McReynolds op dezelfde norm van hoger recht voort. In dit geval verplichtte de wetgever van de staat Oregon ouders hun kinderen naar openbare scholen te sturen. Enkele leiders van bijzondere scholen kwamen hiertegen op, hetgeen aanleiding was het vrijheidsbegrip van de ouders te definiëren: 'the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control. [...]'

Liberty in het Vijfde Amendement

In *Kent t. Dulles* (1958) bleek het Hooggerechtshof bereid, het recht van het individu, zich te kunnen verplaatsen en vrij te kunnen reizen via een wetsanalogie in te lezen in 'liberty'. Voor dit 'recht' bestonden geen expliciete aanwijzingen in de Bill of Rights, maar met een wetsanalogie werd de individuele aanspraak 'ingelesen' in 'liberty':

'In Anglo-Saxon law that right was emerging at least as early as the Magna Carta. [...] Freedom of movement across frontiers in either direction, and inside frontiers as well, was a part of our heritage. Travel abroad, like travel within the country, may be necessary for a livelihood. It may be as close to the heart of the individual as the choice of what he eats, or wears, or reads. Freedom of movement is basic in our scheme of values. [...] Our nation [...] has thrived on the principle that, outside areas of plainly harmful conduct, every American is left to shape his own life as he thinks best, do what he pleases, go where he pleases. [...] Foreign correspondents and lecturers on public affairs need first-hand information. Scientists and scholars gain greatly from consultations with colleagues in other countries. Students equip themselves for more fruitful careers in the United States by instruction in foreign universities. Then there are reasons close to the core of personal life – marriage, reuniting families, spending hours with old friends. Finally, travel abroad enables American citizens to understand that people like themselves live in Europe and helps them to be well-informed on public issues'.²¹

Vrijheid van reizen blijkt, net als de contractsvrijheid in *Lochner*, een concretisering van 'liberty' te zijn. De rechter steunde voornamelijk op een aantal natuurrechtelijke overwegingen, die voor de positivering van het 'recht' op vrij reizen onder 'liberty' essentieel waren. De norm van hoger recht, die de wetsanalogie hier lijkt te beheersen, werd gevonden in de aanknoping bij reizen als 'part of our heritage'. De vergelijking met 'noodzakelijkheden' in een mensenleven als eten, kleden of lezen, diende de lezing van vrijheid van reizen als een 'liberty' te rechtvaardigen: 'freedom of movement is basic in our scheme of values'. Daarnaast zijn er twee andere normen van hoger recht te herkennen: de eerste hangt met een zekere persoonlijke autonomie samen: 'Our nation has thrived on the principle that [...] every American is left to shape his own life as he thinks best'. De tweede is eveneens gelieerd aan 'the core of personal life'. In verband hiermee wordt een aantal (deels in de jurisprudentie erkende) occupaties in een mensenleven aangevoerd die van belang zijn, en die zonder vrijheid van reizen wellicht niet optimaal genoten zouden kunnen worden. Hierin schuilt een element van noodzakelijkheid van het bestaan van het recht op vrij reizen.²² De norm van hoger recht in

The child is not the mere creature of the state; those who nurture him and direct his destiny have the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations'. In deze uitspraak werd in het geheel geen voorafgaande rechtspraak aangevoerd ter rechtvaardiging van de interpretatie van 'liberty'.

²¹ *Kent t. Dulles*, 357 U.S. 116, 127 (1958).

²² Gevolg was de beslissingen van de verantwoordelijke staatssecretaris, inhoudende de weigering tot afgifte van een paspoort aan personen met communistische sympathieën, niet langer stand konden houden. De weigeringen vonden plaats op basis van een federale wet die, in het geval van een noodtoestand als afgekondigd door de President, weigeringen van paspoortafgifte mogelijk maakte. De wet kon in stand blijven, maar de staatssecretaris bleek genoemde wet te ruim te hebben geïnterpreteerd.

Kent t. Dulles lijkt vooral te worden gevormd door een morele notie, althans niet door op het eerste gezicht herkenbare rechtsbeginselen.²³

5.3 Ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid met analoge redeneringen

5.3.1 Inleiding

Na de jaren '30 van de vorige eeuw breekt in de rechtspraak een periode aan waarin de analogie regelmatig werd gehanteerd om de reikwijdte van 'liberty' als fundamenteel recht te kunnen vaststellen. Opvallend is dat de hoeveelheid rechtspraak waarin de grenzen van 'liberty' worden afgetast, niet van grote omvang is. Daarmee is niet gezegd, dat het belang ervan voor het rechtsvindingsdebat navenant is. De kritiek houdt verband met de opvatting dat een rechter die via een analogie ongeschreven rechten toevoegt aan de bestaande rechtsnormen in de Bill of Rights zich 'activistisch' opstelt. Hij voegt willekeurig normen aan de bestaande grondrechtsnormen toe, hetgeen vanuit het oogpunt van de constitutionele verhoudingen als onwenselijk wordt aangemerkt. Aanspraken als een recht op intiem privé-leven, een recht op familiebetrekkingen en een recht op fysieke en geestelijke integriteit werden door het Hof 'ontdekt' als onbenoemde maar wel aanwezige normen of 'ingelesen' in de ongeschreven normen van de constitutie. Vraag is of de kwalificatie van een rechter die dergelijke normen inleest, wel als activistisch is aan te merken. Enkele individuele aanspraken kwamen daarentegen niet in aanmerking voor grondrechtsbescherming. Regelmatig speelde daarbij het argument van de terughoudende rechterlijke taakopvatting een prominente rol. Het is aldus zinvol om ook deze uitspraken te bespreken omdat zij laten zien welk debat in het Hooggerechtshof is gevoerd over de juiste wijze van interpretatie, en welke rol de constitutionele verhouding daarbij toekomt.

5.3.2 Toegang tot het gebruik van voorbehoedmiddelen

Op basis van een nergens in de grondwet expliciet neergelegd recht op 'privacy' heeft het Hof enkele uitspraken gedaan over een recht op keuzemogelijkheid met betrekking tot nageslacht tot zijn beschikking. Die rechtspraak had tot gevolg dat het staten niet werd toegestaan wetgeving tot stand te brengen, die verstrekking en gebruik van voorbehoedmiddelen en abortus verboden. De Bill of Rights bevat geen tekst over een recht op zelfbeschikking; evenmin zijn er impliciete of expliciete rechten met het oog op een vrije keuze ten aanzien van voortplanting in vastgelegd. In *Poe t. Ullman* (1961) rees de vraag voor het Hof, of en in hoeverre het verbod op verstrekking van voorbehoedmiddelen in de staat Connecticut inbreuk maakte op 'een recht' van het individu.²⁴ In *Poe* was geen sprake van een 'case and controversy', omdat de klagers wegens mogelijke vervolging een klacht hadden ingediend.²⁵ Wegens 's Hof's opvatting ter zake van

23 Dat geldt eveneens voor de normen van hoger recht die werden gehanteerd in de analogieën, voor zover aanwezig, in *Lochner t. New York*, *Meyer t. Nebraska* en *Pierce t. Society of Sisters*.

24 *Poe t. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).

25 De klagers, twee echtparen, wensten in staat te worden gesteld op legale wijze voorbehoedmiddelen te

'abstracte toetsing' was de meerderheid niet bereid het geschil in *Poe* inhoudelijk te beoordelen.

In zijn *dissenting* bij *Poe t. Ullman* gaat rechter Douglas echter wel in op de inhoudelijke aspecten van het geschil. Zijn uiteenzetting van het recht op 'privacy' is interessant, omdat die een aantal jaren later zal fungeren als basis voor de uitspraak in *Griswold t. Connecticut*, een zaak waarin het Hof wel overgaat tot beoordeling van een recht op het gebruik van voorbehoedmiddelen. Voor de uitkomst van *Poe* heeft Douglas' *dissenting* geen gevolgen. Douglas construeert in *Poe* uit het recht op 'liberty' onder het Veertiende Amendement van klagers van vervolging vrijwaard te blijven indien zij over zouden gaan tot het gebruik van voorbehoedmiddelen. De eerste aanzet, waarin hij binnen de grondwet ruimte ziet voor een ongeschreven recht op het gebruik van voorbehoedmiddelen, luidt als volgt:

"Though I believe that "due process" as used in the Fourteenth Amendment includes all of the first eight Amendments, I do not think it is restricted and confined to them. We recently held that the undefined "liberty" in the Due Process Clause of the Fifth Amendment includes freedom to travel.²⁶ The right "to marry, establish a home and bring up children" was said in *Meyer v. Nebraska*²⁷ [...] to come within the "liberty" of the person protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. [...] "Liberty" is a conception that sometimes gains content from the emanations of other specific guarantees [...] or from experience with the requirements of a free society'.²⁸

Douglas geeft onder meer via jurisprudentie invulling aan het vrijheidsbegrip onder het Veertiende Amendement. De door hem aangehaalde rechtspraak handelt over feitencomplexen en individuele aanspraken, die op het eerste gezicht niets te maken lijken te hebben met de individuele aanspraak op het gebruik van voorbehoedmiddelen. Niet de feitencomplexen uit *Meyer t. Nebraska* en *Kent t. Dulles*, maar de toepasselijke normen van hoger recht die op die zaken van toepassing zijn, vormen voor de beoordeling van de aanspraak op het gebruik van voorbehoedmiddelen in Douglas' optiek het uitgangspunt.²⁹ De 'experience with the requirements of a free society' verbindt hier impliciet *Kent t. Dulles*, *Meyer t. Nebraska* en *Poe t. Ullman* met elkaar. De norm van hoger recht, waaronder alle genoemde aanspraken vallen, is van een bijzonder hoog abstractiegehalte.

Douglas stelt vervolgens dat de gewraakte wet de intieme betrekking tussen twee echtelieden en mitsdien in de intimiteit van het huwelijk raakt. Teneinde echtparen te

kunnen verkrijgen vanwege gezondheidsredenen. Eén van de paren vreesde dat indien zij zich zouden voortplanten, hun kinderen hoogstwaarschijnlijk een erfelijke ziekte zouden dragen. Bij hen had zich deze situatie reeds eerder voorgedaan. Van het andere echtpaar zou een eventuele zwangerschap een grote en reële bedreiging vormen voor het leven van de vrouw vanwege haar depressiviteit.

26 *Kent t. Dulles*, 357 U.S. 116 (125-127), 1958.

27 *Meyer t. Nebraska*, 262 U.S. 390 (399), 1923.

28 Rechter Douglas, *dissenting* in *Poe t. Ullman*.

29 Zie voor *Meyer t. Nebraska* en *Kent t. Dulles* ook par. 4.2.

kunnen controleren op het gebruik van voorbehoedsmiddelen, zou ter zake namelijk een onderzoek in de slaapkamer moeten plaatsvinden, hetgeen de ertoe leidt dat de staat

'enters the innermost sanctum of the home. If it can make this law, it can enforce it. And proof of its violation necessarily involves an inquiry into the relations between man and wife. That is an invasion of the privacy that is implicit in a free society'.³⁰

Vier jaar na *Poe t. Ullman* sprak het Hof zich in *Griswold t. Connecticut* wel uit over de grondwettigheid van een wet die gebruik van voorbehoedsmiddelen verbiedt.³¹ Rechter Douglas schreef een korte, krachtige meerderheidsopinie, waarin hij zijn in *Poe* opgebouwde *dissenting* nader aanscherpte. Daartoe nam hij rechtspraak in overweging, die wederom op het eerste gezicht met het feitencomplex of de individuele aanspraak in *Griswold* niets van doen heeft. Vanuit een vergelijkbare benadering als in *Poe* construeert hij een norm van hoger recht die de door hem gekozen jurisprudentie met het voorliggend geschil met elkaar in verband lijkt te kunnen brengen. Douglas speurt nu, in tegenstelling tot *Poe*, naar een norm van hoger recht die aan de aanspraken in de verschillende zaken ten grondslag ligt. Die norm duidt hij aan als het recht op 'privacy'.

Douglas inventariseert daartoe de rechten die het Hof in het verleden heeft erkend onder het Eerste Amendement. Dat Amendement heeft onder meer tot doel, het recht op vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vereniging te waarborgen.³² Daartoe behoren onder meer het niet expliciet in de grondwet genoemde recht, kinderen op te voeden naar eigen inzicht³³ en het recht in een andere dan de Engelse taal te onderwijzen³⁴, evenals de onbenoemde rechten informatie te verspreiden, informatie te ontvangen, het recht te lezen en vrijheid van gedachte en onderwijskeuze.³⁵ Van belang is in dit verband Douglas' toevoeging, dat de 'geëxpliciteerde' rechten onder het Eerste Amendement zonder deze 'perifere' rechten een mindere mate van protectie zouden genieten. De vertaalslag van de rechten onder het Eerste Amendement naar het geschil moet dan echter nog worden gemaakt: wat de in *Griswold* geclaimde 'privacy' van echtparen in de slaapkamer van doen heeft met het recht op vrijheid van gedachte, mening en godsdienst en vereniging onder het Eerste Amendement, komt in de volgende stap aan de orde. De verbinding tussen beide aanspraken wordt ingeleid met *NAACP t. Alabama*, een zaak waarin het Hof een claim op het recht op 'privacy' van een

30 Rechter Douglas, *dissenting* in *Poe t. Ullman*.

31 *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

32 Het Eerste Amendement luidt: 'Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people to peaceably assemble, and to petition the Government for a redress of grievances'.

33 *Pierce t. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925). In dit geval verplichtte de wetgever van de staat Oregon ouders hun kinderen naar openbare scholen te sturen. Enkele leiders van bijzondere scholen kwamen hiertegen op, hetgeen aanleiding was het vrijheidsbegrip van de ouders te definiëren: 'the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control. [...] The child is not the mere creature of the state; those who nurture him and direct his destiny have the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations'.

34 *Meyer t. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

35 Voor de aangehaalde rechtspraak zie *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

burgerrechtenvereniging honoreerde.³⁶ Het Hof stelt in *Griswold* naar aanleiding van *NAACP*, dat zich in de 'halfschaduw', of in de perifere sfeer van het Eerste Amendement³⁷ kennelijk een recht op 'privacy' bevindt waarbinnen overheidsbemoeienis niet kan worden getolereerd. Zonder 'privacy' zou de vrijheid van vereniging niet volledig genoten kunnen worden. De norm van hoger recht van de aanspraken in *NAACP t. Alabama* en *Griswold t. Connecticut* lijkt aldus te zijn dat het individu een privé-sfeer toekomt waarin het zich kan afschermen voor ingrijpen van buitenaf.

Nu was in *NAACP t. Alabama* echter sprake van politieke belangen van de groepering in kwestie; op dat terrein ligt aanvaarding van de individuele aanspraak van *NAACP* ook wel voor de hand, gezien de betekenis van vrije meningsuiting en vrijheid van vereniging voor een democratische rechtsstaat. Douglas besteedde aan de politieke component van 'privacy' geen aandacht, hetgeen *NAACP* en *Griswold* wellicht minder vergelijkbaar zou maken, of althans tot een nadere motivering ter zake zou nopen. In plaats daarvan wees hij op jurisprudentie van na *NAACP*, waarin het Hof had erkend dat ook sociale, juridische en economische belangen van associaties in aanmerking kunnen komen voor bescherming van het recht op 'privacy'. Met andere woorden, de specifiek genoemde grondrechten in de Bill of Rights bevatten halfschaduw, of perifere rechten, die aan de geëxpliciteerde grondrechten nadere inhoud geven:

'The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance.'

De constructie rond het Eerste Amendement is slechts één voorbeeld in dit verband, aldus Douglas; ieder geëxpliciteerd recht in de Bill of Rights kent zo zijn eigen halfschaduw, of perifere terreinen van 'privacy'. Het Derde Amendement verbiedt inkwartiering van soldaten in particuliere woningen zonder toestemming van de eigenaar, hetgeen een ander facet van 'privacy' belichaamt.³⁸ Het Vierde en Vijfde Amendement bevatten eveneens elementen in de sfeer van 'privacy' als bescherming tegen inbreuken van de overheid³⁹:

'The Fourth and Fifth Amendments [...] as protection against all governmental invasions "of the sanctity of a man's home and the privacies of life". [...] We recently referred in [...] to the Fourth Amendment as creating a "right to privacy, no less important than any other right carefully and particularly reserved to the people"'.⁴⁰

36 *NAACP t. Alabama*, 357 U.S. 449, 462 (1958). In deze zaak eiste de staat Alabama, dat NAACP een ledenlijst zou overleggen in verband met de activiteiten van NAACP, die als doelstelling heeft het verbeteren van de positie van de zwarte burgers. Het Hof honoreerde de claim op het recht op 'privacy' van een associatie: 'This Court has recognized the vital relationship between freedom to associate and privacy in one's associations. [...] Inviolability of privacy in-group associations may in many circumstances be indispensable to preservation of freedom of association, particularly where a group espouses dissenting beliefs'.

37 In dit geval is het recht op 'the right of the people to peaceably to assemble' in het Eerste Amendement geëxpliciteerd.

38 Het Derde Amendement luidt: 'No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law'.

39 Voor de tekst van het Vierde en het Vijfde Amendement zie par. 2.3.1.

40 *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965).

Interessant in dit verband is, dat de zaken *Boyd t. United States* en *Mapp t. Ohio* in onderhavige uitspraak dienen als voorbeelden ter staving van het bestaan van het recht op 'privacy', omdat zij, net als de voorbeelden bij het Eerste Amendement, wat de individuele aanspraak of het feitencomplex betreft, niets van doen hebben met strafbaarstelling van het gebruik van voorbehoedsmiddelen.⁴¹ Deze uitspraken, die refereren aan 'privacy' en het recht alleen te zijn, duiden aan dat het recht op 'privacy' intussen een bestaansrecht heeft verworven.⁴² Het Negende Amendement werd enkel geciteerd; de betekenis ervan voor *Griswold* werd niet nader gemotiveerd in de beslissing van het Hof. Het lijkt echter alsof Douglas met de verwijzing naar het Negende Amendement een discussie wenste aan te zwengelen over de betekenis van dit Amendement in de constitutionele interpretatie. Rechter Goldberg pleitte in zijn *concurring* voor een toepasbaarheid van het Negende Amendement, zonder dat dat een bedreiging van de constitutionele verhoudingen zou hoeven inhouden:

'The Ninth Amendment simply shows the intent of the Constitution's authors that other fundamental personal rights should not be denied such protection or disparaged in any other way simply because they are not specifically listed in the first eight constitutional amendments. I do not see how this broadens the authority of the Court; rather it serves to support what this Court has been doing in protecting fundamental rights'.⁴³

In zijn *dissenting* bij *Griswold* antwoordde rechter Black op die suggestie dat met hantering van het Negende Amendement juist het gevaar dreigt dat het Hof langs die weg kans ziet om alle statelijke wetgeving ongrondwettig te verklaren.⁴⁴ Het verlenen van effect aan dit Amendement vormt in zijn optiek juist wel een bedreiging van de constitutionele verhoudingen:

'That Amendment was passed, not to broaden the powers of this Court [...], but, as every student of history knows, to assure the people that the Constitution in all its provisions was intended to limit the Federal Government [...]. If any broad, unlimited power to hold laws unconstitutional because they offend what this Court conceives to be the "[collective] conscience of our people" is vested in this Court by the Ninth Amendment, the Fourteenth Amendment or any other provision of the Constitution, it was not given by the Framers, but has rather been bestowed on the Court by the Court'.⁴⁵

41 *Boyd t. United States*, 116 U.S. 616, 630 (1886), *Mapp t. Ohio*, 367 U.S. 643, 656 (1961). Het Hof oordeelde de in deze geschillen gebruikte opsporingstechnieken als ongrondwettig.

42 Douglas voegt aan deze vaststelling, waarmee hij de meerderheidsopvatting afsluit, nog een natuurrechtelijke notie toe, die grondwettelijke bescherming van 'privacy' in huwelijkse betrekkingen moet staven: 'We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights – older than our political parties, older than our school system', zie ook par 4.7.2 voor natuurrechtelijke beschouwingen in de rechtsvinding.

43 In zijn *concurring* geeft rechter Goldberg weer – de rechters Warren en Brennan sluiten zich hierbij aan – hoe het Negende Amendement dient te worden verstaan. Hij acht op basis van beschouwingen van grondlegger van de grondwet Madison en Story (rechter in het Hof aan het einde van de negentiende eeuw) ruimte aanwezig om effectiviteit te verlenen aan dat Amendement, en aanvaardt vanuit het Negende Amendement de mogelijkheid om nieuwe rechten te positiveren.

44 Zie ook DeRosa 1996, p. 87-109 voor een kritische beschouwing van Goldbergs standpunt.

45 Black in zijn *dissenting* bij *Griswold t. Connecticut* 381 U.S. 479, 520 (1965).

Het debat over de betekenis van het Negende Amendement werd gevoerd in de *concurrings* en de *dissentings*.

De beschreven redenering heeft sterke kenmerken van een rechtsanalogie, omdat er geen invulling wordt gegeven aan een geschreven grondrecht. De norm van hoger recht is het recht op 'privacy' die wordt ontwaard in de perifere sfeer van een aantal Amendementen en gerechtvaardigd aan de hand van rechtspraak ter zake. De concretisering die uit 'privacy' voortvloeit, is in dit verband het recht op privé-sfeer in de echtelijke slaapkamer, waaraan een vrije keuze op het gebruik van voorbehoedsmiddelen gekoppeld wordt. *Griswold* wordt door sommigen samen met *Lochner* aangemerkt als één van de markantste interpretaties van de grondwet, omdat de interpretatie in zo vergaande mate losstaat van de gepositieerde individuele rechten in de Bill of Rights. Het grondrecht op 'privacy' in de echtelijke slaapkamer, is een recht dat met deze uitspraak voor de eerste maal is gepositieerd. Het recht op 'privacy' had aldus, afgaande op de Douglas' redenering, al eerder als 'onbenoemd' recht een plaats veroverd tussen de geldende rechtsnormen. Daarmee was het reeds een *geldende* rechtsnorm. De echtelijke privacy' blijkt vervolgens één van de logische voortvloeiselen van het recht op 'privacy'.

Kritisch hierover bleek Rechter Black. Hij aanvaardde in zijn *dissenting*, dat het Vierde en Vijfde Amendement een recht op 'privacy' in zich bergen. Black stond bekend als een tekstualist, hetgeen inhoudt dat hij bij grondwettelijke interpretatie zich zeer strikt houdt aan de letterlijke tekst van de Bill of Rights. Black geeft aan het begrip 'privacy' in deze Amendementen echter een veel beperkter reikwijdte:

'There are, of course, guarantees in certain specific constitutional provisions which are designed in part to protect privacy at certain times and places with respect to certain activities. But I think it belittles that Amendment to talk about it as though it protects nothing but "privacy".'

Rechter Black vergeleek de wijze van redeneren in *Griswold* met die in *Lochner*, en stelde vast dat zij als overeenkomst hebben dat de rechter natuurrechtelijke overwegingen in zijn beschouwing betreft, die tot gevolg hebben dat wetgeving op bijna elke grond terzijde kan worden gesteld. Het enige verschil tussen *Griswold* en *Lochner* is, aldus Black, dat in *Lochner* aan economische rechten en in *Griswold* aan individuele rechten uitleg wordt gegeven. Douglas vreesde deze kritiek al, en nam een voorschot aan het begin van zijn meerderheidsopinie door te stellen dat hij aanknopingspunten voor het ongeschreven recht 'zo dicht mogelijk' bij de wet en de rechtspraak zou zoeken. Hij stelde geen uitspraken te willen doen die niet zijn terug te voeren op de grondwet of die ver af staan van het concrete geschil, zoals destijds in *Lochner* wel was gebeurd. In *Griswold* diende de overheidsbemoeienis met één aspect van de intieme relatie tussen man en vrouw te worden beoordeeld, aldus Douglas: dat is van concreter orde dan de afbakening van de individuele aanspraak destijds in *Lochner*.⁴⁶

46 Voor de vergelijkbaarheid van *Lochner* en *Griswold* zie par. 5.4.3.

Na *Griswold* volgde in *Eisenstadt t. Beard* de claim, dat het recht op 'privacy' in de slaapkamer niet enkel voor gehuwden diende te gelden, maar eveneens voor ongehuwden in verband met de verspreiding van voorbehoedsmiddelen.⁴⁷ Het Hof honoreerde deze claim met een referentie aan het gelijkheidspostulaat en een toepassing van het recht op 'privacy' in de slaapkamer op de positie van het niet gehuwde *individu*, waardoor het onderscheid tussen gehuwde en niet-gehuwde paren terzake van verkrijging van voorbehoedsmiddelen onredelijk leek:

'It is true that in *Griswold* the right of privacy in question inhered in the marital relationship. Yet the marital couple is not an independent entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals each with a separate intellectual and emotional makeup. If the right to privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or to beget a child'.⁴⁸

Ook in *Eisenstadt* zat een analoge redenering verscholen: wanneer *gehuwde* paren voorbehoedsmiddelen mogen gebruiken, mogen *ongehuwde* paren dat eveneens. In *Griswold* stond het gehuwde paar centraal; in *Eisenstadt* werd de aanspraak als het ware geïndividualiseerd en gelijkgesteld met de aanspraak van het echtpaar. Daarvoor moest wel een analogie worden geconstrueerd. Deze is gelegen in Brennan's vergelijking van de 'independent entity' van het gehuwde paar enerzijds en de 'intellectual and emotional make-up' van het individu anderzijds. Weinigen zullen betwijfelen dat beide individuen in een huwelijk ieder een afzonderlijke 'intellectual and emotional make-up' hebben. Vraag is of met dit aspect van de vergelijking kan worden volstaan: simplificeerde Brennan de verschillen tussen de huwelijkse en de niet-huwelijkse staat, of kon worden volstaan met de door Brennan geconstrueerde vergelijking? Dat lijkt een kwestie van waardering. Brennan hanteerde een norm van hoger recht – 'privacy' – die leidde tot erkenning van de vergelijkbaarheid en daaruit voortvloeiend toepasselijkheid van de rechtsnorm van *Griswold* op het feitencomplex van *Eisenstadt*.

Rechter Burger vreesde echter met de door Brennan gebezigde redenering een terugkeer naar de tijd waarin het inlezen van fundamentele rechten aan de orde van de dag leek, en als gevolg daarvan een grenzeloze inperking van wetgevende prerogatieven van de staten.⁴⁹ *Eisenstadt* maakte, tezamen met *Griswold*, de weg vrij voor één van de meest omstreden uitspraken van het Hof, de beslissing over het verbod van de staat Texas op abortus in *Roe t. Wade*.⁵⁰ Sommige commentatoren benadrukken dat de uitkomst van de redenering in *Eisenstadt* – en dan met name de toevoeging van rechter Brennan ter zake van de vrijheid wel of niet voor nageslacht te kiezen – zelfs van doorslaggevend belang is geweest voor de uitkomst van *Roe t. Wade*.⁵¹ De opmerking in de

47 *Eisenstadt t. Beard*, 405 U.S. 438 (1972).

48 *Eisenstadt t. Beard*, 405 U.S. 438, 453 (1972).

49 'for these opinions seriously invade the constitutional prerogatives of the States and regrettably hark back to the heyday of substantive due process' (Burger, *dissenting bij Eisenstadt t. Beard*).

50 *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). De uitspraak *Roe t. Wade* werd beschouwd als controversieel vanwege het onderwerp dat aan de orde was alsook vanwege de gebruikte interpretatietechniek.

51 Gunther en Sullivan 1997, p. 529 waarin C. Fried wordt geciteerd: 'Justice Brennan's passing remarks

geciteerde passage, die verwijst naar 'the decision to bear or to beget a child' lijkt namelijk vooruit te lopen op *Roe*; deze zaak diende zich een jaar later aan bij het Hof.⁵² De opmerking van Brennan over het voldragen van een zwangerschap was strikt gezien niet noodzakelijk voor de kwalificatie van de aanspraak onder 'privacy'. Het obiter zou later echter de grondslag vormen voor *Roe*, dat reeds in behandeling was bij het Hof toen het uitspraak deed in *Eisenstadt*.⁵³

5.3.3 Het recht op abortus

In *Roe t. Wade* bestond die meerderheid uit 7 tegen 2, en in *Eisenstadt t. Beard* uit een meerderheid van 4 tegen 3.⁵⁴ Het draagvlak voor Blackmuns meerderheidsopinie mag in dit verband relatief ruim lijken, dat is het bij nader inzien niet. In *Roe t. Wade* werden scherpe *concurrings* en *dissentings* geuit die respectievelijk de gevolgde redenering als ook de redenering en de uitkomst afwezen. Blackmun begon de interpretatie met een historische uiteenzetting over wetgeving van en opvattingen in de samenleving over afbreking van zwangerschap. Uit het recht op 'privacy' werd vervolgens een recht van de vrouw, te beslissen of zij haar zwangerschap al of niet zal uitdragen geconcretiseerd. Het recht op 'privacy' fungeerde hier als norm van hoger recht waaruit niet alleen een recht op gebruik van voorbehoedmiddelen, maar wellicht ook een recht op abortus kan voortvloeien.

Blackmun nam aan dat het recht op 'privacy' reeds tot de (in de jurisprudentie) gepositieerde, geldende rechtsnormen behoorde.⁵⁵ Ter zake van de legitimatie van de legitimatie van het bestaan van 'privacy' als geldend recht en de kwalificatie van de aanspraak op abortus onder het recht op 'privacy' werd vastgesteld dat het Negende Amendement daartoe voldoende ruimte biedt:

'This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it, or [...] in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy'.⁵⁶

Critici wijzen op een strategie van het Hof: met de formulering zou worden getracht het Negende Amendement te incorporeren in het Veertiende Amendement.⁵⁷ De verwijzing

in *Eisenstadt* planted the seed from which *Roe* grew'.

52 'To bear' wijst op het dragen of het baren van kinderen; 'to beget' wijst op het verwekken van een kind. Het eerste is een voorbode van de benadering van *Roe*, terwijl het tweede het standpunt in *Eisenstadt* verwoordt. Zie ook Lazarus 1999, p. 364.

53 'Brennan knew well the tactic of "burying bones"—secreting language in one opinion to be dug up and put to use in another down the road. *Eisenstadt* provided the ideal opportunity to build a rhetorical bridge between the right to use contraception and the abortion issue pending in *Roe*' (zie Lazarus 1999, p. 364-365).

54 In *Eisenstadt* namen twee rechters namen geen deel aan de beslissing van de zaak.

55 Er werd in de uitspraak weinig aandacht besteed aan 'privacy' als rechtsnorm; hiermee wordt aangenomen dat 'privacy' door de meerderheid althans wordt verondersteld, een norm van geldend recht te zijn die is gepositieerd in de rechtspraak.

56 *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973).

57 DeRosa 1996, p. 93.

naar het Negende Amendement lijkt eerder op een obiter dictum dat in latere rechtspraak wellicht zou kunnen worden opgenomen, waardoor het via precedentenwerking grondrechtelijke 'autoriteit' zou kunnen verkrijgen.

Voor de omvang van het recht van de vrouw wordt vastgesteld, dat het hier niet gaat om een absoluut recht, hetgeen betekent dat het dient te worden afgewogen tegen de andere in het geding zijnde belangen. Ook de belangen van het ongeboren leven dienen te worden betrokken in die afweging. De vraag rees in hoeverre het Hof de keuze diende te expliciteren ter zake van de kwestie wanneer een recht op leven aanvangt; hiermee diende rekening te worden gehouden in de belangenafweging tussen die van de vrouw en het ongeboren leven:

'Texas urges that, apart from the fourteenth Amendment, life begins at conception and is present throughout pregnancy, and that, therefore, the State has a compelling interest in protecting that life from and after conception. We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer'.⁵⁸

De grondslag voor dit standpunt – met name voor de afwijzing van bepaling wanneer het leven nu begint – werd gevonden in verwijzingen naar de oudheid tot en met hedendaagse opvattingen. Het Hof ontwierp op basis van de belangenafweging een 'trimestersysteem', waarin de belangen van het ongeboren leven steeds zwaarder gaan wegen naarmate de tijd in de zwangerschap verstrijkt. Naast de positivering van een nieuw recht uit 'privacy' werkte het Hof de consequenties van dit trimestersysteem uit. Blackmun stelde dat een meerderheid van de Staten ter zake van de erkenning van abortus als recht inmiddels de gedachtegang van het Hof gebruikt:

'We note that those federal and state courts that have recently considered abortion law challenges have reached the same conclusion. A majority, in addition to the District Court in the present case, have held state laws unconstitutional, at least in part, because of vagueness or because of overbreadth and abridgement of rights'.⁵⁹

Op het trimestersysteem dat het Hof ontwikkelde naar aanleiding van de belangenafweging kwam, naast de beslissing over de legitimiteit van abortus zelf, een storm van kritiek: het Hof had zich in de ogen van commentatoren activistisch opgesteld door zelf in vergaande mate regelgevend op te treden. Als er al een recht op abortus bestond, diende de uitwerking ervan aan de statelijke of federale wetgever te worden overgelaten.⁶⁰ Een bijkomend punt van kritiek was dat de beslissing die samenhangen met de vaststelling over levensvatbaarheid van het ongeboren leven in een ander forum dient te worden beslist dan in het rechterlijke.

Na de beslissing in *Roe t. Wade* bleef het niet stil rond de kwestie van abortus. Zowel ter zake van de vraag of kwalificatie van deze aanspraak onder 'privacy' terecht was,

58 *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113, 159 (1973).

59 *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113, 154 (1973).

60 Rechter White, *dissenting* bij *Roe t. Wade*.

alsmede over de wijze waarop dat recht is gepositieerd blijven de meningen sterk verdeeld.⁶¹ Die verdeling is eveneens letterlijk te traceren in de meerderheden en minderheden die werden gevormd: in veel gevallen is er één doorslaggevende stem geweest die de kernoverweging *Roe* – het recht op abortus – als het ware sauveerde.⁶² In de rechtspraak wordt het recht op abortus betwist als geldige rechtsnorm omdat de rechtsgrondslag, ‘privacy’, door critici niet wordt aanvaard. Tot dusverre is het Hof nog niet volledig ‘omgegaan’ en heeft het de niet-strafbaarstelling van abortus in *Roe t. Wade* steeds bevestigd. Betwist kan worden in hoeverre het Hof heeft getracht, de kern van *Roe* te relativiseren of terzijde te schuiven. Van de rechtspraak na *Roe t. Wade* kan bijvoorbeeld worden gesteld dat het recht op abortus tot op zekere hoogte is gerelativeerd of niet door alle vrouwen kan worden geëffectueerd. In *Beal t. Doe* rees bijvoorbeeld de vraag, in hoeverre de kosten van abortus door de staat dienen te worden vergoed. De wettelijke regeling stelde gelden beschikbaar voor individuen die niet in staat waren, een noodzakelijke medische behandeling te betalen. Volgens het Hof viel abortus niet onder de noodzakelijke medische behandelingen; mitsdien behoefde de staat dergelijke ingrepen niet te vergoeden aan deze personen; de staat heeft volgens het Hof bij de bepaling van de noodzakelijkheid van behandeling een discretionaire bevoegdheid.⁶³ De keuze om niet te vergoeden is niet onredelijk, aldus het Hof. De *dissenters* hamerden in dat verband op het ‘fundamentele belang’ dat is gehecht aan het recht op abortus, en dat mitsdien aan de onthouding van dat fundamentele recht zware eisen dienen te worden gesteld.⁶⁴ Ook in *Harris t. McRae* zag het Hof geen aanleiding aan het recht op abortus een positieve verplichting voor de staat te verbinden. Het argument dat enkel personen die zich financieel kunnen permitteren een dergelijke ingreep kunnen laten uitvoeren, snijdt volgens het Hof geen hout:

‘It cannot be that because government may not prohibit the use of contraceptives [...], or prevent parents from sending their children to a private school [...], government, therefore, has an affirmative obligation to ensure that all persons have the financial resources to obtain contraceptives or send their children to private schools’.⁶⁵

61 Zie in de literatuur onder meer Ely 1980, p. 21 e.v., Bork 1991, p. 112 e.v., Tribe 1992, Dworkin 1994, p. 102-178, De Rosa 1996, p. 87 e.v., Gunther en Sullivan 1997, p. 530 e.v.; in de rechtspraak zie onder meer *Beal t. Doe*, 432 U.S. 438 (1977), *Harris t. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), *Thornburgh t. American College*, 476 U.S. 747 (1986), *Webster t. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989), *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) en *Stenberg t. Carhart*, 28 juni 2000.

62 De stemverhouding in de belangrijkste uitspraken was als volgt: *Beal t. Doe*, 432 U.S. 438 (1977), 6-3; *Harris t. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), 5-4; *Thornburgh t. American College*, 476 U.S. 747 (1986), 5-4. Vanaf *Webster t. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989) wordt het moeilijker om vast te stellen hoe de meerderheden zijn samengesteld, omdat rechters op onderdelen van de uitspraak instemmen of afkeuren; datzelfde fenomeen deed zich voor in *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) en *Stenberg t. Carhart*, 28 juni 2000. Deze opsplitsing in onderdelen hangt naar mijn mening tot op zekere hoogte samen met de krappe meerderheden die zich voordeden bij de abortusbeslissingen; zij zouden kunnen leiden tot verminderde legitimiteit van de uitkomst van de besluitvorming. Opsplitsing biedt een mogelijkheid om per onderdeel – constituerend of minder van belang voor bepaalde leerstukken, in casu voor besteding van het recht op abortus – een grotere meerderheid te vormen dan wanneer gestemd moet worden over het geheel (zie ook par. 3.2.5).

63 *Beal t. Doe*, 432 U.S. 438 (1977).

64 Zie voor de betekenis van ‘fundamentality’ par. 2.3.3.

65 *Harris t. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

In dit citaat kan het verband dat wordt gelegd tussen de aanspraak op een positieve verplichting van de staat, abortus toegankelijk te maken enerzijds en een aanspraak op financiering van privé-scholen anderzijds opmerkelijk worden genoemd. Vraag is of beide aanspraken zich laten vergelijken: had het Hof in *Roe t. Wade* niet uitgemaakt dat het recht op abortus een fundamenteel karakter heeft?⁶⁶ Ook een statelijk verbod op het inzetten van werknemers in overheidsdienst voor onderzoek dat is gericht op concrete abortusbeslissingen en het onthouden van subsidies aan campagnes die 'aanmoedigen tot abortus' werd door het Hof in *Webster t. Reproductive Health Services* in overeenstemming geacht met *Roe t. Wade*.⁶⁷ Vier rechters waren voor het 'overrulen' van *Roe*, maar om redenen van precedentwerking werd daarvan afgezien.⁶⁸ Rechter O'Connor, bij wie in dit verband de beslissende stem lag, stelde dat er terughoudendheid betracht diende te worden wanneer aan precedentwerking expliciet geen gevolg wordt gegeven.⁶⁹ Scalia repliceerde dit argument van rechterlijke terughoudendheid met de opmerking dat precedentwerking niet zo ver kan gaan dat een verkeerde rechtsregel niet terzijde kan worden gesteld.⁷⁰

Opvallend is dat de twijfel aan de fundering en het bestaan van het recht op abortus samenvalt met een vernieuwde samenstelling van rechters in het Hof die eerder een conservatief-liberale opvatting aanhangen. President Reagan stelde bij zijn aantreden dat hij zou zorgen voor een meer conservatief samengesteld Hof.⁷¹ De rechters die door conservatieve presidenten in het Hooggerechtshof werden gekozen keerden zich in beginsel af van het in *Roe* gepositieerde recht op abortus en oefenden stevast kritiek uit op de in *Griswold* en *Roe* gevolgde redeneringen: zij stellen dat het Hof buiten zijn bevoegdheid om nieuwe grondrechten heeft gecreëerd op basis van vage noties die niet letterlijk zijn terug te vinden in de Bill of Rights.⁷²

Planned Parenthood t. Casey is eveneens een belangrijke uitspraak: indien een gehuwde vrouw, die voornemens is abortus te laten plegen, vooraf haar echtgenoot dient in te lichten is er een schending van de centrale overweging van *Roe*.⁷³ Dat vond een meerderheid in het Hof te ver gaan; het recht in *Roe* zou met deze regeling in de kern worden aangetast omdat het zou leiden tot een hindernis die uitoefening van het recht illusoir maakt.⁷⁴ O'Connor, schrijvend voor de meerderheid, hechtte aan het recht op

66 Van een fundamenteel recht op onderwijs aan een privé-school is geen sprake.

67 *Webster t. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989). Zie in dit verband eveneens *Rust t. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

68 In casu wensten rechters Rehnquist, White, Scalia en Kennedy *Roe t. Wade* terzijde te stellen.

69 Rechter O'Connor, schrijvend voor de meerderheid op dit punt, zie *Webster t. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 525 (1989).

70 *Dissenting* van Scalia bij *Webster t. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 532 (1989).

71 Lazarus 1999, p.329 e.v., Heringa 1996, p. 132.

72 Hiervoor geeft met name de jurisprudentie zelf de beste aanwijzingen; de meningen van de afzonderlijke rechters worden weergegeven in meerderheidsopvattingen, *concurrings* en *dissents* waardoor zichtbaar wordt welke opvatting door een bepaalde rechter wordt aangehangen.

73 *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

74 Rechter O'Connor, schrijvend voor de meerderheid in *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

'privacy' zoals gepositieerd in *Griswold* en vanuit de precedentwerking aan de concretisering die uit het recht op 'privacy' zijn voortgekomen. Ook hier volgt weer kritiek van rechter Rehnquist die van mening is dat over het bestaan van fundamentele rechten dient te worden beslist door de wetgever. Het recht op abortus wordt in zijn optiek beperkt door een legitiem belang van de staten bij regulering van het recht op leven. Rechter Scalia ontkent het bestaan van een grondwettelijk recht op abortus. Rechter Blackmun pleitte hartgrondig tegen de opvattingen van de (ruime) conservatieve minderheid ter zake van het argument van de democratische besluitvorming:

'The Chief Justice's narrow conception of individual liberty and stare decisis leads him to propose the same standard of review proposed by the plurality in *Webster*. But, we are reassured, there is always the protection of the democratic process. While there is much to be praised about our democracy, our country since its founding has recognized that there are certain fundamental liberties that are not to be left to the whims of an election'.⁷⁵

De meningen buitelden over elkaar heen in *Casey*; in de rechterlijke filosofieën spelen constitutioneelrechtelijke doctrines steeds een voorname rol. Het rechterlijk toetsingsrecht en de juiste rechterlijke taakopvatting naar de wetgever, de afwezigheid van een democratische legitimatie, de bescherming van de minderheid tegen de democratisch gekozen meerderheid, de structuur van de grondwet en de verticale en horizontale machtenscheiding vormen allen aspecten in de discussie over de juiste constitutionele interpretatie. *Casey* werd echter door iets 'eenvoudigs' als precedentwerking beslecht, hetgeen grotendeels aangeeft hoe ingewikkeld het is om aan de hand van voornoemde staatsrechtelijke begrippen te komen tot een kader waarbinnen geoordeeld moet worden. Compromissen blijken in een klimaat waarin de opvattingen dermate zijn gepolariseerd niet tot de mogelijkheden te behoren, waarmee het debat als zeer 'principiële' aangemerkt zou kunnen worden.⁷⁶ Aan de basis van de stellingname in het debat ligt de vraag besloten, in hoeverre de in *Griswold* en *Roe* gehanteerde redeneringen tot op heden worden aanvaard. De blijvende verdeeldheid over de redenering en de stemmenverdeling ter zake over de uitkomst doen de bestending van het recht op abortus geen goed. Het nodigt statelijke wetgevers als het ware uit, de standpunten van het Hof te testen: van een status-quo lijkt vooralsnog geen sprake te zijn.⁷⁷

5.3.4 Vrije keuze van huwelijkspartner

Tot het einde van de jaren '60 bestond in verschillende staten wetgeving, die interraciale huwelijken verbood. In *Loving* werd een dergelijk statelijk voorschrift door het Hof ongrondwettig verklaard in verband met strijd met het recht op gelijke behandeling

75 Rechter Blackmun, gedeeltelijk dissenting en gedeeltelijk concurring bij *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

76 Heringa 1996, p. 135.

77 In de meest recente zaak, *Stenberg v. Carhart* verbood de Staat Nebraska de zogenoemde 'partial birth abortion', een abortusmethode waarbij de foetus niet in één keer kan worden weggehaald en in delen dient te worden afgedreven. Het Hof achtte dat verbod eveneens een 'undue burden' in de uitoefening van het recht op abortus, *Stenberg v. Carhart*, 28 juni 2000, no. 99-830. Een 'undue burden' houdt in dat het recht niet langer praktisch van betekenis is omdat het feitelijk (met een restrictieve interpretatie) onmogelijk wordt, het te kunnen uitoefenen.

en met het uitgangspunt dat het huwelijk tot de basisgrondrechten van het individu behoort. Het Hof volstond voor onderbouwing van het laatstgenoemde aspect als een *grondrecht* in *Loving t. Virginia* met een verwijzing naar *Skinner t. Oklahoma* (1942). In die zaak had het Hof geoordeeld dat een statelijke wet, die eiste dat criminelen zich ter voorkoming van 'ongewenste voortplanting' lieten steriliseren, ongrondwettig was. In *Skinner* construeerde het Hof een 'basic liberty' die niet toelaat dat het individu beroofd zou worden van een recht op voortplanting:

'We are dealing here with legislation which involves one of the basic civil rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race'.⁷⁸

Skinner bood in de optiek van het Hof aanknopingspunten voor een vergelijking met de aanspraak in *Loving* onder een abstracte norm van hoger recht: de 'basic civil rights of man'. Rechter Warren plaatste de aanspraak van *Loving* onder de norm van hoger recht 'basic civil rights of man' die eerder in *Skinner* al was gepositieerd:

'these statutes also deprive the Lovings of liberty without due process of law [...]. The freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men. Marriage is one of the "basic civil rights of man", fundamental to our very existence and survival'.⁷⁹

Ter versterking van de gevolgde redenering trachtte Warren het Hof in *Loving t. Virginia* met de volgende retorische benadering te overtuigen:

'To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law'.⁸⁰

Hij slaagde daarin, want zijn opvatting werd door een ruime meerderheid van het Hof aanvaard. Interessant bij *Loving* was nu, dat door geen van de rechters in een *concurring* kritiek werd geleverd op de door Warren gevolgde redenering, terwijl die daartoe toch aanleiding lijkt te kunnen geven, bijvoorbeeld vanwege afwezigheid van verwijzingen naar constitutionele bepalingen.⁸¹ Het feit dat de aangevochten wetgeving de intieme sfeer raakte en het racistische karakter van de wetgeving wetgeving, alsmede het feit dat dit geschil rees voor het 'Warren-Court'⁸² droegen waarschijnlijk bij aan de voortvarendheid waarmee de uitspraak in het Hof werd aanvaard.

De ongrondwettigheid van wetgeving die interracial huwelijken verbood was afwezig in een in sommige opzichten te vergelijken zaak met *Loving*. Het ging in *Zablocki t.*

78 *Skinner t. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

79 Rechter Warren, schrijvend voor de meerderheid in *Loving t. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

80 *Loving t. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

81 In dit verband dient echter te worden opgemerkt, dat het bestreden voorschrift reeds ongrondwettig was verklaard op basis van de Equal Protection Clause. Toch kon worden verwacht, dat de door Warren gebezigde extensieve interpretatie zou leiden tot kritiek – al was het 'voorzichtigheidshalve' met het oog op toekomstige rechtsontwikkelingen.

82 Kenmerkend voor het Warren-Court, waarin rechter Warren optrad als president van het Hof, is dat 's Hof's rechtspraak over het algemeen open stond voor erkenning van fundamentele individuele rechten.

Redhail niet om een interracial huwelijk, maar om noodzakelijke toestemming van de autoriteiten bij hertrouwen indien er kinderen uit een vorig huwelijk aanwezig waren. De staat Wisconsin had middels wetgeving bepaald, dat een ongehuwde ouder, die in het huwelijk wenst te treden met een ander dan degene met wie hij of zij een minderjarig kind heeft en waarvoor hij of zij financiële verplichtingen draagt, eerst toestemming dient te vragen aan de rechtbank alvorens het huwelijk kan plaatsvinden. In casu werd huwelijkssluiting geweigerd op basis van het feit dat er geen permissie was aangevraagd. De klager had dat achterwege gelaten omdat hij aan twee wettelijke vereisten niet voldeed: hij betaalde geen bijdrage voor zijn kind uit het vorige huwelijk, en omdat het kind overheidssteun ontving voor het levensonderhoud.⁸³ Anders dan in *Loving* was de huwelijkssluiting niet onmogelijk, en diende een persoon, die reeds een kind had en met een ander dan de ouder van dat kind in het huwelijk wilde treden, toestemming aan de rechter te vragen. Deze regeling was in het leven geroepen met het oog op de belangen van de financiële verplichtingen ter zake van het levensonderhoud van het kind. Het Hof kwam nu, in de meerderheidsopinie van rechter Marshall, met een aanspraak op 'privacy'. 'Privacy' werd in casu onderbouwd op vergelijkbare wijze als in *Griswold*, namelijk op basis van een aantal Amendementen als in *Griswold*. Hier werd het recht, vrij te kunnen kiezen voor de huwelijkspartner afgeleid uit die Amendementen:

'More recent decisions have established that the right to marry is part of the fundamental "right of privacy" implicit in the Fourteenth Amendment's Due Process Clause. In *Griswold* [...] the Court observed: 'We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights – older than our political parties, older than our school system. Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred'.⁸⁴

Eén van de steunpilaren in de redenering bleek aldus gebaseerd op een natuurrechtelijke overweging in *Griswold t. Connecticut*. Het Hof onderbouwde de aanvaarding van de aanspraak op vrije keuze voor het huwelijk onder de norm van hoger recht 'privacy' verder met rechtspraak.⁸⁵ Het onderzoek naar de kwalificatie van de aanspraak van *Zablocki* leidde op basis van de volgende vergelijking tot erkenning van een 'fundamentele' grondrechtelijke aanspraak:

'It is not surprising that the decision to marry has been placed on the same level of importance as decisions relating to procreation, childbirth, childrearing, and family relationships. As the facts of this case illustrate, it would make little sense to recognize a right of privacy with respect to other matters of family life and not with respect to the decision to enter the relationship that is the foundation of the family in our society'.⁸⁶

83 *Zablocki t. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

84 *Zablocki t. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978).

85 Die werd afgeleid uit het Eerste, Vijfde, Negende en Veertiende Amendement en de toepasselijke rechtspraak, waaronder *Meyer t. Nebraska*, *Skinner t. Oklahoma*, *Griswold t. Connecticut*, *Eisenstadt t. Beard*, *Pierce t. Society of Sisters*, *Roe t. Wade* en *Moore t. East-Cleveland*.

86 *Zablocki t. Redhail*, 434 U.S. 374, 386 (1978).

Norm van hoger recht was het recht op 'privacy'.⁸⁷ De kwalificatie van *Zablocki*'s aanspraak onder 'privacy' leidde tot de toepassing van een stringente toetsing van statelijke wetgeving.⁸⁸ Het recht te huwen werd naar de mening van enkele *concurring*s echter te weinig toegespitst op de individuele aanspraak, waardoor de deur was geopend voor afkeuring van alle wetgeving die de keuze voor huwelijkspartners beperkt.⁸⁹ De redenering wekte evenwel wrevel; Powell verwoordde in zijn *concurring* zijn kritiek als volgt:

'Our decisions indicate that the guarantee of personal privacy or autonomy secured against unjustifiable governmental interference by the Due Process Clause "has some extension to activities relating to marriage" [...]. But the Court has yet to hold that all regulation touching upon marriage implicates a "fundamental right" triggering the most exacting judicial scrutiny'.⁹⁰

Van belang is aldus volgens Powell, dat indien op deze wijze rechtsvinding wordt bedreven, gezocht wordt naar een zo specifiek mogelijke kwalificatie van de aanspraak onder een grondrecht. Wetgeving die verbiedt dat ouders en kinderen of personen in de eerste familielijn met elkaar huwen, of het verbod van bigamie maken eveneens een inbreuk op dat recht, maar zijn wel degelijk te rechtvaardigen. Een meer specifieke benadering had in *Zablocki* tot gevolg kunnen hebben, dat het recht op vrije keuze van huwelijkspartners evenwel van toepassing was op de aanspraak, maar dat het recht moet worden ingeperkt vanwege bijvoorbeeld belangen van derden.

5.3.5 *Het recht familiebetrekkingen te vestigen en te onderhouden*

Een aantal uitspraken met betrekking tot de omvang van het recht, familiebetrekkingen te vestigen en te onderhouden heeft een scherpe verdeling van standpunten in het Hof over de juiste interpretatie van 'liberty' en 'privacy' teweeggebracht. Een dergelijke verdeling gaf de rechtspraak omtrent abortus ook al te zien, en het lijkt erop dat de rechtspraak over vestiging en onderhoud van familiebetrekkingen op dezelfde punten wordt bekritiseerd als de abortusrechtspraak. De voornaamste kritiek op beide is gelegen in de wijze van rechtsvinding van de toepasselijke normen: de rechten die door het Hof werden in eerdere jurisprudentie erkend, zijn volgens critici niet terug te voeren op de tekst of de historische achtergrond van de grondwet. Verder redenerend stellen zij dat deze normen geen grondslag kunnen vormen voor de beoordeling van grondwet-

87 Het recht op het huwen werd in belang gelijkgesteld met de andere 'basic rights', die eveneens onder het recht op 'privacy' waren aanvaard.

88 In het citaat is een aantal voorbeelden van retoriek en metaforen te herkennen. De retorische elementen zijn hier gecursiveerd: 'It is *not surprising* that the decision to marry has been placed on the same level of importance as decisions relating to procreation, childbirth, childrearing, and family relationships. As the facts of this case illustrate, it would make little sense to recognize a right of privacy with respect to other matters of family life and not with respect to the decision to enter the relationship that is the foundation of the family in our society.' Het laatste wijst op een metafoor, die het geclaimde belang op een hoog plan voor grondrechtelijke bescherming zet.

89 De meerderheid besloot met 8-1; rechter Rehnquist sloot zich niet aan bij de meerderheid.

90 Rechter Powell in zijn *concurring*, *Zablocki t. Redhail*, 434 U.S. 374, 397 (1978).

tigheid van wetgeving. In dit verband worden twee uitspraken behandeld van het Hof: *Moore t. East-Cleveland* (1977) en *Michael H. t. Gerald D.* (1989).⁹¹

In *Moore t. East-Cleveland*⁹² werd een regeling van de staat Cleveland aangevochten, die stelde dat woningen in een bepaald gebied enkel mochten worden toegewezen aan gezinnen, waarbij het begrip 'gezin' zeer eng was gedefinieerd. De klaagster vormde samen met twee neven een gezin; deze samenstelling werd door East-Cleveland echter niet aangemerkt als 'gezinseenheid'⁹³ en kwam mitsdien niet in aanmerking voor een woning. De staat en later de statelijke rechter in East-Cleveland weigerde vergelijkbaarheid van de individuele aanspraak van mevrouw Moore met *Pierce* en *Meyer* vanwege de onderscheidenlijke feitencomplexen aan te nemen. Rechter Powell bestreed deze opvatting van de staat met referentie aan een ruimer kader, namelijk dat van uitspraken die zijn geassocieerd met een 'familie'-begrip:

'But unless we close our eyes to the basic reasons why certain rights associated with the family have been accorded shelter under the Fourteenth Amendment's Due Process Clause, we cannot avoid applying the force and rationale of these precedents to the family choice involved in this case'.⁹⁴

Powell vergeleek vervolgens niet de aan de kaak gestelde feitencomplexen van *Meyer* en *Pierce* met die van *Moore*, maar stelde de norm van hoger recht centraal, die de feitencomplexen van *Meyer* en *Pierce* beheerste enerzijds en toepasselijkheid daarvan op de aanspraak van *Moore* anderzijds.⁹⁵ In het aangehaalde citaat werd retoriek gehanteerd om de op handen zijnde vergelijking overtuigingskracht bij te zetten.⁹⁶ Powell herinnerde voorts met een verwijzing naar de *dissenting* van rechter Harlan in *Poe t. Ullman* aan het feit, dat via deze wijze van rechtsvinding reeds verschillende door het Hof als fundamenteel aangemerkte rechten zijn erkend:

'The full scope of liberty guaranteed by the Due Process Clause cannot be found in or limited by the precise terms of the specific guarantees elsewhere provided in the Constitution. This 'liberty' is not a series of isolated points pricked out in terms of the taking of property, the freedom of speech, press and religion [...]'.

De keuze voor deze wijze van rechtsvinding mag dan te rechtvaardigen zijn, een passende begrenzing van 'liberty' was in Powells optiek eveneens dringend gewenst vanwege de kritiek, dat 'liberty' in enkele gevallen willekeurige rechtsvinding had opge-

91 *Moore t. East Cleveland* werd met 5-4 beslist; *Michael H. t. Gerald D.* werd eveneens beslist met 5-4 ter zake van de interpretatievraag, of de aanspraak van de klager grondwettelijke bescherming dient te genieten.

92 *Moore t. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

93 '[...] any constitutional right to live together as a family extends only to the nuclear family - essentially a couple and their dependent children', zie *Moore t. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

94 *Moore t. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

95 'That history counsels caution and restraint. But it does not counsel abandonment [...]'.

96 De retorische elementen zijn recursieerd: 'But unless we close our eyes to the basic reasons why certain rights associated with the family have been accorded shelter under the Fourteenth Amendment's Due Process Clause, we cannot avoid applying the force and rationale of these precedents to the family choice involved in this case'.

leverd. Hij begrensde mogelijk vergaande gevolgtrekkingen uit het vrijheidsbegrip in de toekomst aan de hand van historische beschouwingen alsmede van 'erkende basisnormen die ten grondslag liggen aan de in de samenleving heersende opvattingen'. Powell construeerde vervolgens op basis van die beschouwingen en basisnormen een ruime notie van het begrip 'gezin', waarin andere samenlevingsvormen van familieleden dan die in het eng geformuleerde kerngezin worden erkend.⁹⁷ Er volgde echter geen historische analyse of onderzoek naar de normen in de samenleving om deze vaststelling te staven.⁹⁸ Rechter White merkte in zijn *dissenting* echter op dat voor oprekking van het in dit geval geclaimde recht geen basis voorhanden is in de tekst of textuur van de grondwet. Deze wijze van rechtsvinding zou volgens White mogelijkheden openen voor de meest willekeurige conclusies:

'That the Court has ample precedent for the creation of new constitutional rights should not lead it to repeat the process at will. The Judiciary, including this Court, is the most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language or even the design of the Constitution'.⁹⁹

In *Michael H. t. Gerald D.* komen de consequenties van (afwijzing van) interpretatie met een norm van hoger recht fraai naar voren.¹⁰⁰ In deze zaak kwamen rechter Scalia en rechter Brennan tegenover elkaar te staan ter zake van de vraag, welke maatstaf nu de 'juiste' interpretatiebenadering weergeeft in het licht van de constitutionele verhoudingen en de omvang van de grondrechtelijke bescherming. Een biologische vader, niet zijnde de echtgenoot van de moeder, claimde op basis van 'liberty' vaderschapsrechten ten aanzien van zijn dochter – de enige mogelijkheid voor hem omgang met haar te hebben. Deze dochter was in het huwelijk van de moeder ter wereld gekomen; moeder en echtgenoot wensten het vaderschap niet te betwisten. Rechter Scalia erkende, schrijvend voor de meerderheid, dat het begrip 'liberty' in het Veertiende Amendement meer omvat dan alleen vrijheid van fysieke inbreuk, maar duidde aan dat tegelijkertijd rechterlijke terughoudendheid past ten aanzien van toepasselijkheid. Uit de jurisprudentie citeerde hij een aantal uitspraken van rechters, die reeds hadden gewezen op richtlijnen en begrenzingen ter zake van constitutionele interpretatie: het geclaimde belang onder 'liberty' diende, Scalia citeerde hierbij rechter Harlan in *Griswold*, stevige wortels te hebben in de historie en in de basisnormen die ten grondslag liggen aan de samenleving.

97 'The tradition of uncles, aunts, cousins, and especially grandparents sharing a household along with parents and children has roots equally venerable and equally deserving of constitutional recognition'.

98 Een aanwijzing zou *Belle Terre t. Boraas* kunnen zijn, 416 U.S. 1 (1974), waarin eenzelfde soort verordening werd aangevochten door de eigenaar van een pand die dat verhuurde aan een groep studenten. Het Hof keurde in *Belle Terre* de wetgeving niet af, omdat de klagers geen recht konden aantonen dat constitutionele bescherming verdiende. Zij claimden onder andere het recht niet anders te worden behandeld dan gehuwden, die wel als samenlevingsvorm werden aangemerkt. Het Hof stelde vast dat hun eis niet viel in de categorie van onder meer *NAACP t. Alabama*, *Griswold t. Connecticut* of *Eisenstadt t. Beard*. Verder ging het hier om sociaal-economische wetgeving, waar het Hof de wetgever een ruime beoordelingsmarge toekent.

99 White, *dissenting in Moore t. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

100 *Michael H. t. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

Indien de rechter ervoor kiest het begrip 'liberty' in de lijn van historie en gevestigde traditie te interpreteren, wordt daarmee nog niet de voorkeur vastgelegd voor ruime of enge interpretatie van het begrip. Of die eng dan wel ruim uitvalt, hangt samen met de voorkeur voor hetgeen tot relevante historie en traditie wordt gerekend. Op het eerste gezicht lijken historische beschouwingen en traditie te pleiten voor een conservatieve benadering van het te interpreteren begrip, maar dit hoeft niet zo te zijn.¹⁰¹ Rechter Scalia koos in *Michael H. t. Gerald D* (1989) voor een historische tijdsspanne gelegen tussen 1569 en 1957.¹⁰² Scalia had bijvoorbeeld recentere rechtspraak over familiebetrekkingen in zijn beschouwing kunnen betrekken, om zo een completer beeld te schetsen van de ontwikkelingen in historisch en traditioneel perspectief. Enkele rechtsontwikkelingen in de rechtspraak boden op het terrein van familiebetrekkingen aanknopingspunten voor een meer progressieve benadering. Scalia's voorkeur voor de benaderingen van Bracton, Blackstone en Kent is daarmee niet bij voorbaat af te wijzen; vanuit het perspectief van de originalist is deze benadering juist de meest objectieve.¹⁰³ Het geheel achterwege laten van een motivering van de afwijzing van meer recente ontwikkelingen wekt onder meer in het licht van precedentwerking echter bevreemdend.

Rechter Brennan pleitte voor een wetsanaloge benadering, waarbij een norm van hoger recht de 'unitary family', waarin de ouder-kindrelatie centraal staat, dient te zijn.¹⁰⁴ In dat kader dient vervolgens de relatie tussen biologische vader en zijn kind te worden beschouwd. Er bestaat niet a priori een grondrechtens te beschermen band tussen biologische vader en kind; de vader dient zijn best te doen om hier inhoud aan te geven. Hiervoor bestaan ook aanwijzingen in de jurisprudentie, aldus Brennan: ook al kwamen de feitencomplexen en de individuele aanspraken van die uitspraken niet geheel overeen, het bleek toch mogelijk om uit de jurisprudentie een gemeenschappelijke norm van hoger recht te destilleren.¹⁰⁵ Rechter Scalia toonde zich zeer sceptisch over deze opzet van de redenering met een norm van hoger recht, die naar zijn zin te veel rechterlijke beoordelingsruimte liet.¹⁰⁶

101 Zie bijvoorbeeld rechter White in zijn dissenting bij *Moore t. East-Cleveland*. White keurde de historische beschouwing en traditie als maatstaf af omdat zij zouden leiden tot willekeur. Hij doelde echter op het aanhalen van historische beschouwingen en tradities die in het recente verleden lagen – met name *Griswold* en *Roe*.

102 'We have found nothing in the older sources, nor in the older cases, addressing specifically the power of the natural father to assert parental rights [...]. Since it is Michael's burden to establish that such a power [...] is so deeply embedded within our traditions as to be a fundamental right, the lack of evidence alone might defeat his case. But the evidence shows that even in modern times – when, as we have noticed, the rigid protection of the marital family has in other respects been relaxed – the ability of a person in Michael's position to claim paternity has not been generally acknowledged', Scalia schrijvend voor de meerderheid in *Michael H. t. Gerald D*.

103 Zie par. 4.3.1.

104 Rechter Brennan, dissenting bij *Michael H. t. Gerald D*, 491 U.S. 110, 143 (1989).

105 Hiervoor werden *Stanley t. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Quilloin t. Walcott*, 434 U.S. 246 (1983), *Caban t. Mohammed*, 441 U.S. 380 (1979) en *Lehr t. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983) aangehaald.

106 Zie voetnoot 6 in Scalia's opinie: 'Why should the relevant category not even be more general – perhaps "family relationships"; or "personal relationships" [...]? Though the dissent has no basis for the level of generality it would select, we do: We refer to the most specific level at which a relevant tradition protecting, or denying protection to, the asserted right can be identified'.

Interessant is dat juist Scalia aan de hand van de passage van rechter Harlan in *Griswold* en *Poe t. Ullman* pleitte voor een historische en traditiebepalende benadering. Harlan doelde in zijn opinie op een traditiebenadering in het licht van de 'condities en eisen van de hedendaagse samenleving', want 'that tradition is a living thing'.¹⁰⁷ De dynamisch-evolutieve variant van de historische en traditionele interpretatie die Harlan aldus voorstond wees Scalia in *Michael H t. Gerald D.* juist expliciet af. Van belang is overigens dat hier niet wordt verondersteld dat de conservatieve benadering van historie en traditie beter of minder goed is dan een meer dynamisch-evolutieve benadering. Veeleer wordt zichtbaar dat waar interpretatie van 'liberty' wordt geijkt aan historische en traditionele beschouwingen, er evenzéér ruimte blijft voor waarderingen. De aanhangers van de historische interpretatie pretenderen echter wel, een zo objectief mogelijke interpretatiemethode te volgen, terwijl zij de dynamisch-evolutieve benadering afkeuren als zou die teveel rechterlijke vrijheid ter zake van grondwetsinterpretatie met zich meebrengen:

'This innovation paved the way, so the plurality hints, for judges to substitute their own preferences for those of elected officials. [...] It finds its limitation in "tradition". Apparently, oblivious to the fact that this concept can be as malleable and as elusive as "liberty" itself, the plurality pretends that the tradition places a discernible border around the Constitution. This pretense is seductive [...].'¹⁰⁸

In *Michael H t. Gerald D.* wordt aldus zichtbaar, in welke mate de formulering onderdeel is van een 'interpretatiestrategie' in het licht van de constitutionele verhoudingen.¹⁰⁹ Scalia noemt de claim van de eiser een 'nieuw' belang, terwijl deze karakterisering vatbaar lijkt voor betwisting. Indien de rechter een nog niet eerder ingeroepen claim benoemt tot een 'nieuw' belang, ligt het eerder voor de hand, dat aangenomen wordt dat de rechter 'iets nieuws' gaat doen. Positivering van 'nieuwe' rechten duidt al gauw op rechterlijk activisme in de optiek van de originalist: via normen die niet te traceren zijn in de grondwet kan wetgeving terzijde worden gesteld.

In *Washington t. Glucksberg*, een zaak waarin het recht op hulp bij zelfdoding werd bepleit als concretisering van het recht op 'privacy', stelde rechter Rehnquist bijvoorbeeld:

'But we have always been reluctant to expand the concept of substantive due process because guideposts for responsible decisionmaking in this uncharted area are scarce and open ended. [...] We must therefore "exercise the utmost care whenever we are asked to break new ground in this field".'¹¹⁰

Nu kan de rechter, indien hij niet voelt voor honorering van een individuele aanspraak, duidelijk maken dat het niet zijn taak is, een dergelijk recht te 'formuleren'. Dat valt

107 Rechter Harlan, *concurring in Poe t. Ullman*, 367 U.S. 497, 523 (1961).

108 Zie Rechter Brennan, *dissenting* bij *Michael H. t. Gerald D.*

109 Dat wordt eveneens in andere uitspraken zichtbaar; hier wordt het genoemde arrest als uitgangspunt genomen.

110 Rehnquist, schrijvend voor de meerderheid, in *Washington t. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). Hulp bij zelfdoding wordt hierna uitgewerkt in par. 5.3.7.

immers, zoals te lezen is in Scalia's benadering van interpretatie van 'liberty', buiten de taakopvatting van de rechter. In het algemeen blijkt, dat rechters die 'nieuwe' rechten inlezen in de grondwet door tegenstanders van deze redeneertechniek als activistisch worden aangemerkt. Scalia formuleerde zijn standpunt ter zake als volgt:

'without that core textual meaning as a limitation, defining the scope of the Due Process Clause "has at times been a treacherous field for this Court", giving "reasons for concern lest the only limits to [...] judicial intervention become the predilections of those who happen at the time to Members of this Court".¹¹¹

Vraag is of het terecht is dat een rechter die analoog redeneert aan te merken is als activistisch: er kan ook worden geredeneerd dat de grondwet met de open textuur juist veronderstelt dat de rechter onbenoemde rechten interpoleert in het geschreven normensysteem. Een rechter die dat nalaat kan in deze optiek juist als activistisch worden aangemerkt: hij sleutelt dan eveneens aan de bedoelingen van de constitutie. Een rechter zal zijn woorden waarschijnlijk voorzichtig kiezen indien hij bereid is een nog niet eerder geclaimd belang te erkennen als geldend grondrecht. Het is in dat geval van belang de indruk te wekken dat het geclaimde belang een logisch voortvloeisel is van het recht op 'privacy' en past in een reeks van bestaande rechten, en op deze wijze een recht te positiveren in de rechtspraak. De indruk dat een nieuw recht wordt gepositiveerd dient zoveel mogelijk te worden weggenomen wanneer de rechter de indruk wenst te vermijden, 'de' constitutionele verhoudingen te negeren.

5.3.6 Seksuele voorkeur

Het Hof weigerde onder 'privacy' een recht op 'consensuele sodomie'¹¹² te erkennen in *Bowers t. Hardwick*.¹¹³ Bowers werd vervolgd wegens het plegen van homoseksuele handelingen in zijn huis – in de staat Georgia was wetgeving van kracht die seksuele handelingen tussen personen van hetzelfde geslacht verbod. Rechter White schreef voor een nipte meerderheid. Onder de reeds onder 'privacy' erkende fundamentele rechten – familiebetrekkingen, huwelijk, voortplanting – bevond zich geen recht, aldus White, dat zich op welke wijze dan ook zou kunnen lenen voor vergelijking met de individuele aanspraak in *Bowers*. White wees 'privacy' als norm van hoger recht, die wellicht zou kunnen leiden tot het ontwaren van een seksuele vrijheid, expliciet af. De individuele aanspraak op 'liberty' werd toegespitst op familiebetrekkingen en gebaseerd op een historische en traditionele benadering van de reikwijdte van grondrech-

¹¹¹ Rechter Scalia citeerde hier rechter Powell zoals die zich in *Moore t. East-Cleveland* had uitgesproken. Rehnquist formuleerde het als volgt in *Washington t. Glucksberg*: 'By extending constitutional protection to an asserted right or liberty interest, we, to a great extent, place the matter outside the arena of public debate and legislative action'.

¹¹² De lagere rechter had het recht als volgt geformuleerd en erkend: '[...] the Georgia statute violated respondent's fundamental rights because his homosexual activity is a private and intimate association that is beyond the reach of state regulation by reason of the Ninth Amendment and the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment', zie *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹¹³ *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). De zaak werd met 5-4 beslist in het nadeel van de klager die een aanspraak maakte op grondwettige bescherming van zijn seksuele voorkeur en seksuele handelingen in de privé-sfeer.

ten.¹¹⁴ De argumentatie voor deze enge definitie van 'liberty' werd in het midden gelaten. Een ruimere maatstaf zou bijvoorbeeld kunnen worden gevonden in een recht op seksuele vrijheid dat wel kan worden ontwaard in *Griswold t. Connecticut*, *Eisenstadt t. Beard* en in *Roe t. Wade*, maar in die zaken niet uitdrukkelijk wordt uitgesproken. In die zaken ging het om 'privacy' in de slaapkamer en de keuzevrijheid om wel of niet voor nageslacht te kunnen kiezen. Uit het recht op 'privacy' in de slaapkamer en een recht om seksuele handelingen te kunnen verrichten zonder dat die tot doel hebben, nageslacht te verwekken zou een aanspraak op homoseksuele handelingen kunnen worden gevestigd. Door de klager was deze zienswijze naar voren gebracht, maar het Hof taalde niet naar een dergelijke benadering en motiveerde de afwijzing van deze benadering verder niet.¹¹⁵ Er vond aldus geen analoge redenering plaats die aanleiding zou geven voor extensieve interpretatie.

Met de invulling van 'liberty', geënt op familierechtelijke betrekkingen zette het Hof lijnen uit voor het vervolg van de kwalificatie van de individuele aanspraak: grondwettelijke bescherming van seksuele voorkeur. Het recht op familierechtelijke betrekkingen – in dat vergelijkingskader werden aldus eveneens *Griswold*, *Eisenstadt* en *Roe* geplaatst – dient te worden ingevuld aan de hand van historische beschouwingen aan de hand waarvan de traditionele waarden van de Amerikaanse samenleving kunnen worden opgespoord, aldus het Hof. Aan de hand van historische beschouwingen in het licht van het consensusbeginsel kwam het Hof tot de conclusie, dat het verbod niet meer in alle Staten geldt maar dat een verbod, gezien het aantal staten dat een verbod hanteert, immer nog gerechtvaardigd kan worden:

'Against this background, to claim that a right to engage in such conduct is "deeply rooted in this Nation's history and tradition" or "implicit in the concept of ordered liberty" is at least facetious'.¹¹⁶

Interessant is, verderop, de verwijzing door het Hof naar *Lochner* in *Bowers*: deze verwijzing hangt direct samen met 's Hof's visie op de rechterlijke taakopvatting ter zake van de constitutionele interpretatie in het voorliggende geschil. *Lochner*, aldus het Hof, is het schoolvoorbeeld van rechterlijk activisme, en dient vanwege de gebruikte redenering pertinent te worden afgewezen omdat die leidt tot willekeurige rechtsvinding. Dat komt in conflict met de constitutionele verhoudingen:

'The Court is most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language or the design of the Constitution. That this is so was painfully demonstrated by the face-off between the Executive and the Court in the 1930's, which resulted in the repudiation of much of the

114 In dit opzicht werd geen dynamisch-evolutive benadering gehanteerd.

115 Zie voor een extensieve uiteenzetting van 's Hof's en klagers argumentatie op dit punt Tribe en Dorf 1991, p. 73 e.v.

116 Het Hof geeft daarbij het volgende overzicht: ten tijde van de ratificatie van de Bill of Rights was sodomie in alle 13 Staten verboden. In 1868, toen het Veertiende Amendement werd geratificeerd, was sodomie verboden in 32 van de 37 Staten. In 1961 was sodomie in 50 staten verboden.

substantive gloss that the Court had placed on the Due Process Clause [...]. The claimed right pressed on us today falls far short of overcoming this resistance'.¹¹⁷

Met een verwijzing naar *Lochner* onderbouwde het Hof met de weigering, 'nieuwe' fundamentele rechten te willen vaststellen.¹¹⁸ Vraag is in hoeverre het Hof 'nieuwe rechten' zou scheppen wanneer het de aanspraak van Bowers wel zou hebben erkend. Het Hof geeft in het citaat te kennen, bereid te zijn om rechten die hun wortel in de grondwettekst of in het 'ontwerp' van de grondwettekst hebben. Het Hof wilde evenmin aan een vergelijking met *Stanley t. Georgia*, volgens welke bezit van obscene materiaal in de huiselijke privé-sfeer grondwettelijke bescherming genoot.¹¹⁹ Eén van de centrale argumenten in *Stanley* was namelijk, dat bezit van obscene materiaal niet strafbaar gesteld mag worden omdat het zich in de persoonlijke, huiselijke sfeer bevond.¹²⁰ De seksuele handelingen in *Bowers* vonden eveneens in die sfeer plaats. Echter:

'Plainly enough, otherwise illegal conduct is not always immunized whenever it occurs in the home. Victimless crimes [...] do not escape the law where they are committed at home. [...] And if respondent's submission is limited to the voluntary sexual conduct between consenting adults, it would be difficult, except by fiat, to limit the claimed right to homosexual conduct while leaving exposed to prosecution adultery, incest, and other sexual crimes even though they are committed in the home. We are unwilling to start down that road'.¹²¹

Van groot belang was het verschil, aldus de meerderheid in het Hof, dat *Stanley t. Georgia* werd beoordeeld onder het Eerste Amendement. Op zich behoeft dat niet problematisch te zijn, getuige de visie van rechter Douglas op de verenigbaarheid van de perifere sfeer van verschillende Amendementen onder 'privacy' in *Griswold t. Connecticut*. Het 'Burger Court' wilde die benadering in *Bowers* niet overnemen, hoewel in *Stanley t. Georgia* ook een aspect van 'privacy' werd erkend in de individuele aanspraak.¹²² In deze uitspraak komt het belang van de maatstaf van vergelijkbaarheid naar voren. Van groot belang is de keuze voor het niveau waarop twee casusposities met elkaar worden vergeleken: wordt de vergelijking gezocht op binnen een norm van hoger recht die de rechter kan toepassen op het voorliggende geschil, of wijst hij een dergelijke toepasselijkheid af? Naarmate aan het vergelijkingsmateriaal, zoals in *Bowers*, meer gedetailleerde eisen worden gesteld voor wat de vergelijkbaarheid met het voor-

117 *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186, 193 (1986).

118 Hiermee appelleerde het Hof aan de verwerpelijkheid van de rechtsvinding in de jurisprudentie die in die periode (tot de uitspraak *Parrish t. West Coast Hotel* in 1937). Deze referentie aan *Lochner* dook steeds vaker op in de rechtspraak, met name waar de rechter de indruk wil vermijden dezelfde wijze van rechtsvinding te hanteren.

119 *Stanley t. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

120 In *Bowers* stelt Rechter White echter, dat de uitspraak van *Stanley* voor het overgrote deel op het Eerste Amendement berust, hetgeen betwist kan worden op basis van het feit dat in *Stanley* de uitspraak steunt op het Eerste en het Veertiende Amendement.

121 *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186, 193 (1986). In dit citaat schuilt een fraaie metafoor: 'we are unwilling to start down that road'.

122 'Moreover, in the context of this case – a prosecution for mere possession in the privacy of a person's own home – that right [het recht, informatie en ideeën te ontvangen, H.L.J.] takes on an added dimension. For also fundamental is the right to be free, except in very limited circumstances, from unwanted governmental intrusions into one's privacy', rechter Marshall schrijvend voor de meerderheid in *Stanley t. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

liggende geschil, zal het lastiger worden om tot een vergelijk te kunnen komen. Indien twee casus onder een abstracte norm van hoger recht worden beoordeeld, ligt vergelijkbaarheid eerder voor de hand.

5.3.7 Hulp bij zelfdoding

Heeft het Hof zich recentelijk uitgesproken over de grondwettigheid van wetgeving die hulp bij zelfdoding toelaat.¹²³ Enkele staten waren overgegaan tot het scheppen van die mogelijkheid; op federaal niveau achtte men een dergelijke ontwikkeling echter onwenselijk. Het Hof heeft geweigerd, het recht op hulp bij zelfdoding te kwalificeren als een recht onder 'liberty' in het Veertiende Amendement. In de zaak *Cruzan t. Director, Missouri Department of Health* had de lagere rechter een vordering van de ouders van *Cruzan* om een einde te maken aan het kunstmatig voeden van hun dochter afgewezen.¹²⁴ De lagere rechter achtte bewijs voor het bestaan van een wilsverklaring van de dochter onvoldoende aanwezig. Het Hooggerechtshof diende daarna de vraag te beantwoorden, in hoeverre een recht op hulp bij zelfdoding af te leiden is uit het Veertiende Amendement. Beoordeling van de aanspraak onder het Veertiende Amendement werd niet afgewezen, maar leidde evenmin tot de vaststelling dat er in casu inderdaad een recht was geschonden: een eenduidige wilsverklaring van de patiënt ontbrak immers.¹²⁵ De principiële vraag naar toelaatbaarheid van hulp bij zelfdoding werd in *Cruzan* niet beantwoord.

In *Washington t. Glucksberg* rees enkele jaren later de vraag of een bepaling van de staat Washington waarin hulp bij zelfdoding wordt verboden, in strijd is met het Veertiende Amendement. De lagere rechter had in deze zaak hierover namelijk het volgende overwogen:

'In examining whether a liberty interest exists in determining the time and manner of one's death, we begin with the compelling similarities between right-to-die cases and abortion cases. [Both] types of cases raise issues of life and death, and both arouse similar religious and moral concerns. Both also present basic questions about an individual's right to abortion. In deciding right-to-die cases, we are guided by the Court's approach to the abortion cases.'¹²⁶

De 'issues of life and death' terzake van abortus en hulp bij zelfdoding leidden in de redenering van de lagere rechter tot een norm van hoger recht die invulling geeft aan 'liberty' in het Veertiende Amendement:

123 Zie *Cruzan t. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990), *Washington t. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) en *Vacco t. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

124 *Cruzan t. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

125 *Cruzan t. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, 279 (1990).

126 *Compassion in dying t. Washington*, 79 F.3d 7 (9de Circuit) in 1996. In deze uitspraak vernietigde de rechter een wet die een verbod stelde op hulp bij zelfdoding. Later kwam deze zaak terecht bij het Hooggerechtshof onder *Washington t. Glucksberg*.

'These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment'.¹²⁷

De aanknopng van de claim van een individu, het moment van sterven zelf te kunnen bepalen, hangt samen met de abstracte begrippen menselijke waardigheid en zelfbeschikking. Over de aansluiting die de rechter bij abortus zoekt, kan worden gesteld dat die niet overtuigend wordt beargumenteerd – de reden, waarom beide zaken vergelijkbaar zijn, werd door de lagere rechter gezocht op een hoog abstractieniveau zonder nadere motivering van de gronden van vergelijkbaarheid. Het Hooggerechtshof kon zich naderhand niet vinden in deze extensieve interpretatie.

Rechter Rehnquist, schrijvend voor de meerderheid in *Washington t. Glucksberg* onderzocht vanuit historisch perspectief de wetgeving ter zake en concludeerde dat die in elk geval geen aanleiding gaf voor de aanname van het bestaan van een dergelijk recht. Ook een onderzoek in enkele afzonderlijke staten gaf daartoe geen aanleiding. Rehnquist beschreef de ontwikkelingen in de wetgeving ten tijde van de ratificatie van het Veertiende Amendement. Hij erkende dat de houding ten opzichte van het verschijnsel zelfdoding is veranderd, maar dat de verboden ter zake van hulp daarbij immer nog bestaan. Uitgangspunt voor de maatstaf voor het kwalificeren van een 'nieuw' recht onder 'liberty' dient, in de optiek van de meerderheid, te zijn dat deze in elk geval in overeenstemming is met tradities, historische beschouwingen en dat deze wortels heeft in de samenleving. Het Hof hanteerde ook bij de vraag naar de erkenning van de individuele aanspraak het argument van de rechterlijke terughoudendheid; die zou gediend zijn bij de hantering van een specifieke maatstaf, en een beschouwing van de aanspraak in het licht van historische beschouwingen en tradities. Rehnquist herinnerde in *Washington t. Glucksberg* aan het standpunt van het Hof, dat terughoudendheid dient te worden betracht bij het vaststellen van een nieuwe reikwijdte van 'liberty':

'By extending constitutional protection to an asserted right or liberty interest, we, to a great extent, place the matter outside the arena of public debate and legislative action. We must therefore "exercise the utmost case whenever we are asked to break new ground in this field", [...] lest the liberty protected [...] be subtly transformed into the policy preferences of the members of this Court'.¹²⁸

127 Rechter Reinhardt's meerderheidsofinie in *Compassion in dying t. Washington*, 79 F.3d 7 (9de Circuit), p. 813-814. Hij haalde daarbij *Planned Parenthood t. Casey* 505 U.S. 833, 851 (1992) aan.

128 *Washington t. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). Voor een uiteenzetting van de kwestie in hoeverre er een onderscheid bestaat tussen *Cruzan t. Director* enerzijds, waarin het recht op weigering van een behandeling werd erkend (maar niet gehonoreerd omdat bewijsmateriaal ter zake ontbrak) en *Washington t. Glucksberg* en *Vacco t. Quill* anderzijds, zie onder meer Lensing 1997, p. 2011 e.v.; Gunther en Sullivan 1997, p. 602 e.v.

5.4 Bevindingen

5.4.1 Inleiding

De zaken vonden hun weg naar het Hof via de procedure van 'certiorari'.¹²⁹ In een klein deel van deze gevallen beoordeelde het Hof in deze procedure beslissingen van federale rechters; daarnaast beoordeelde het Hof eveneens uitspraken van statelijke rechters. Wat de rechtsmacht over de statelijke rechters betreft, is een belangrijk criterium dat de uitspraak een eindbeslissing moet inhouden, en dat er een federale kwestie aan de orde moet zijn.¹³⁰ De uitspraken van federale rechters bereikten het Hof via de federale Courts of Appeal¹³¹ en in enkele gevallen direct vanuit de District Courts.¹³² In enkele gevallen sprak het Hof over 'probable jurisdiction'; in deze gevallen was het geschil via de certiorari procedure direct na de uitspraak bij het District Court bij het Hof aangebracht.¹³³ Het Hof geeft lang niet in alle gevallen aan, waarom het de zaak in behandeling nam. In enkele gevallen stelt het Hof in de uitspraak wel expliciet, dat er een dreigende ongelijke rechtsbedeling dreigt te ontstaan bij de lagere – federale Courts of Appeal – rechters.¹³⁴ Ook kan het Hof het noodzakelijk vinden, een constitutionele vraag op te lossen; dit was de voornaamste reden om de zaken omtrent hulp bij zelfdoding toe te laten tot beoordeling.¹³⁵ In bijna alle onderzochte gevallen werd geklaagd over statelijke wetgeving, die in strijd werd geacht met 'liberty' uit het Veertiende Amendement, of met 'privacy'.¹³⁶

In de meeste zaken werd geklaagd over een schending van 'liberty'. Het begrip 'privacy' veroverde pas na *Griswold t. Connecticut* een eigen plaats tussen de gepositieerde individuele rechten. Vaak vormde strafrechtelijke vervolging een aanknopingspunt, om wetgeving als strijdig met het recht op 'liberty' – en later 'privacy' – aan het Hof voor te leggen. De strafrechtelijke vervolging, en in enkele gevallen de weigering tot afgifte van toestemming of vergunning, vormde de aanleiding om de onderliggende

129 Zie par. 3.2.2.

130 Een willekeurige greep: zie bijvoorbeeld *Lochner t. New York*, 198 U.S. 45 (1905), *Meyer t. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Moore t. East-Cleveland* 431 U.S. 494 (1977), *Michael H. t. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

131 Zie bijvoorbeeld *Kent t. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958), en *Vacco t. Quill*, 521 U.S. 702 (1997).

132 Zie bijvoorbeeld *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

133 *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Zablocki t. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

134 *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

135 *Cruzan t. Director*, 497 U.S. 261 (1990). Daarnaast kan het eveneens voorkomen, dat het Hof een constitutionele kwestie op het terrein van de individuele rechten niet ter beslissing aan wil nemen. Hiervoor dienen de certiorari-beslissingen bestudeerd te worden, waarin het Hof besloot tot niet-beoordeling van het geschil. In casu zijn deze beslissingen niet afzonderlijk onderzocht. Er is verder geen specifiek onderzoek verricht naar de 'certs denied' waarin individuen aanspraken maakten op 'privacy'; de afwijzingen behoeven niet te worden gemotiveerd waardoor het lastig is om een compleet beeld te krijgen van het aannamebeleid van het Hof. Onderzoek hiernaar was in dit verband niet noodzakelijk; in dit onderzoek wordt enkel gekeken naar de zaken waarin het Hof zich wel heeft uitgelaten over de grondwettelijke 'geldigheid' van individuele aanspraken.

136 Dat doet vermoeden, dat de constitutionele verhouding, voor zover die een rol speelde in de keuze voor de gevolgde interpretatie, niet alleen in de horizontale machtenscheiding ligt, maar waarschijnlijk ook aspecten van de verticale machtenscheiding dekt.

wetgeving die ten grondslag ligt aan het besluit te toetsen aan het Veertiende Amendement. Het Hooggerechtshof hanteert echter geen toetsing in concreto: wanneer het besluit is genomen of de vervolging wordt ingesteld op basis van ongrondwettige wetgeving, is daarmee de onderliggende wet in strijd met de grondwet.¹³⁷ Het Hof bleek in *Poe t. Ullman* niet bereid zonder een concrete casus een toetsing uit te voeren, maar daarmee wordt niet iedere rechterlijke toetsing met een abstract karakter uitgesloten.¹³⁸

Het debat in het Hof over constitutionele interpretatie laat zien, dat analoge redeneringen in de constitutionele interpretatie niet vanzelfsprekend worden aanvaard. Originalists en intentionalists maken zich in de laatste twee decennia sterk voor een strikte lezing van de tekst zoals de 'Framers' die hebben neergeschreven. Die invalshoek wordt door anderen juist weer bestreden; zij voeren aan dat geredeneerd dient te worden vanuit aan de grondwet ten grondslag liggende rechtsbeginselen met een beroep op de bedoeling en huidige betekenis van een grondwet. Wanneer die rechten niet expliciet in de grondwet vastgelegd zijn maar wel kan worden aangetoond dat zij 'aanwezig' zijn in de rechtsorde, lijkt het Hof soms bereid om een analoge redenering te gebruiken: aan de hand van jurisprudentie en andere bronnen zal het Hof trachten die aanwezigheid te legitimeren. Het recht op 'privacy' zoals gepositieerd in *Griswold* is niet tekstueel uit de grondwet af te leiden; het werd via de rechtsanaloge redenering 'ingelezen'. 'Liberty' is een begrip dat niet behoefde te worden gepositieerd; het bevond zich immers al in het Vijfde en het Veertiende Amendement. Dat houdt niet in dat de omvang van 'liberty' vaststaat; wanneer een nog niet eerder beoordeelde individuele aanspraak op 'liberty' wordt gedaan beziet het Hof in welke mate de aanspraak door 'liberty' bestreken wordt, en dient zich de vraag aan hoe het Hof zijn lezing van 'liberty' in het gegeven geval rechtvaardigt.

5.4.2 Ontwikkeling van de grondslag voor de normen van hoger recht

De erkenning van een recht op 'privacy' als geldende rechtsnorm in de Amerikaanse rechtspraak is niet goed vast te leggen op één moment in de jurisprudentie. 'Privacy' werd in *Griswold* gepositieerd, maar de gelding van 'privacy' als rechtsnorm leek daarmee niet direct aanvaard.¹³⁹ In latere rechtspraak blijven rechters steeds zeer kritisch over het recht op 'privacy', maar het heeft meermaals als grondslag voor positivering van ongeschreven rechten gediend en is tot dusverre niet uit de rechtspraak verbannen. Ook voorafgaand aan *Griswold* lijken er aanwijzingen te bestaan dat een dergelijk recht gepositieerd zou gaan worden. Een reeks concretisering van 'liberty' stond model voor de wijze waarop naderhand uit 'privacy' individuele aanspraken zouden worden erkend. *Skinner* werd nog niet beschouwd onder het recht op 'privacy', maar had al wel elementen in zich terzake van de het belang van het individu om over zijn eigen voortplanting te kunnen beslissen. 'privacy' was ten tijde van deze uitspraak

¹³⁷ Par. 3.2.5.

¹³⁸ Par. 3.2.3.

¹³⁹ Dat leek tot op zekere hoogte ook te maken te hebben met de materie die in *Griswold t. Connecticut* en naderhand in *Roe t. Wade* werd bestreken; over het gebruik van voorbehoedmiddelen en het besluit om abortus te ondergaan bestonden (en over abortus bestaan) nog steeds scherp verdeelde opvattingen.

nog geen thema in de Amerikaanse constitutionele rechtspraak; het Hof knoopte aan bij de 'basic identity' als norm van hoger recht om de reikwijdte van 'liberty' vast te stellen. Deze jurisprudentie onder 'liberty' vormde later de basis voor de ontwikkeling van het recht op 'privacy' zoals geconcipieerd in *Griswold*.

De eerste aanwijzingen voor de intentie om een zelfstandig constitutioneel recht op 'privacy' te ontwikkelen zijn te vinden in *Poe t. Ullman*, waarin rechters Douglas en Harlan in hun *dissentings* een inhoudelijke visie op het geschil geeft.¹⁴⁰ *Dissentings* en *concurrings* vormen soms een proeftuin waarin nieuwe visies worden ontwikkeld en vooral uitgezet om te bezien wat de reactie in de (juridische) gemeenschap daarop is. Voorafgaand aan *Poe t. Ullman* bestond al een common law begrip van een recht op 'privacy'; de discussie van het recht op 'privacy' gaat in elk geval terug tot eind negentiende eeuw, toen Brandeis en Warren in een artikel pleitten voor het bestaansrecht van 'privacy'.¹⁴¹ De privaatrechtelijke notie speelt echter geen zichtbare rol in *Griswold*. In de jurisprudentie na *Griswold* werd 'privacy' in een reeks van uitspraken herhaald als grondslag voor andere aanspraken. Slechts een deel van die aanspraken werd uiteindelijk erkend, maar dat zegt niet per se iets over de gelding van 'privacy' als rechtsnorm: het feit dat het Hof onderzoekt of de aanspraak kan worden gekwalificeerd als een aanspraak onder 'privacy' is tot op zekere hoogte voldoende voor een bestendiging. In dit opzicht kan gesproken worden van een rationalisatie achteraf.

5.4.3 *Het recht op persoonlijkheid: bevindingen in interpretatie en reikwijdte*

Het recht op voortplanting

Het Hof heeft, na de positivering van de rechtsnorm 'privacy' als één van de constitutionele 'unenumerated rights' in *Griswold*, een aantal nieuwe rechten onder 'privacy' erkend. Vraag is nu, of gezegd kan worden welke aanspraken 'privacy' bestrijkt en of voorspelbaarheid ter zake is af te leiden uit de rechtspraak. Het omvat volgens de rechtspraak van het Hof in ieder geval de mogelijkheid van het individu om zelf te kunnen beslissen over zijn voortplanting. In *Griswold* werd het recht op privé-leven in de echtelijke slaapkamer gepositieerd. *Roe* lijkt in dit verband een soort sluitsteen: het Hof erkende een recht op 'personal privacy' dat kenmerken vertoont van een meer algemeen persoonlijkheidsrecht. In *Roe* ontbrak dat element van het binnendringen in de echtelijke 'privacy' geheel: in deze uitspraak leek het er sterk op dat de 'personal privacy', een individuele zelfbeschikking, van de vrouw centraal stond. *Eisenstadt* had voor deze invulling van 'privacy' de weg vrijgemaakt.¹⁴² 'To beget', of het doen ont-

140 *Poe t. Ullman* werd door het Hof niet beoordeeld, omdat er geen sprake was van een concreet geschil. Het Hof weigerde abstracte toetsing.

141 Warren en Brandeis, 4 H.L. Rev. 193 (1890); zie par. 2.3.4.

142 In de literatuur wordt gesuggereerd, dat het Hof in *Eisenstadt* met opzet de formulering toespitste op het recht 'to bear or beget a child' met het oog op hangende abortuszaken. Zie onder meer het volgende commentaar: 'More important, Brennan added the crucial "bear or beget" language in *Eisenstadt* precisely because, while he was working on his *Eisenstadt* draft, the Court was already considering *Roe*. Brennan knew well the tactic of "burying bones" - secreting language in one opinion to be dug up and put to use in another down the road. *Eisenstadt* provided the ideal opportunity to build a rhetorical

staan of verwekken, refereerde in *Eisenstadt* aan het recht van een paar, anticonceptiva te gebruiken, terwijl 'to bear', het dragen van een vrucht, enkel kon verwijzen naar een recht van de vrouw. De invulling van 'privacy' in *Roe* leek op een ruime opvatting van het begrip 'privacy' van het Hof te duiden: een meer algemeen persoonlijkheidsrecht, waarin zelfbeschikking van het individu over het eigen leven en keuzen ten aanzien daarvan centraal staat. Over de reikwijdte van 'privacy' is het einde van de discussie echter niet in zicht. Het lijkt erop, dat het Hof een andere koers heeft gekozen ná *Roe t. Wade* ter zake van de bereidheid, nieuwe concretisering van 'privacy' te willen erkennen. Het recht op 'privacy' omvat bijvoorbeeld niet, zo bepaalde het Hof in *Bowers t. Hardwick*, een vrijheid van het individu, zelf in de privé-sfeer te beslissen over de eigen seksuele voorkeur. Het omvat evenmin een aanspraak op hulp bij zelfdoding.

Huwelijk, gezinssamenstelling en het weigeren van medische behandelingen

Het recht te huwen met een partner van eigen keuze werd door het Hof erkend als individueel recht. In *Loving* werd dat recht nog afgeleid uit 'liberty' uit het Veertiende Amendement; in *Zablocki* werd het recht te kunnen huwen gezien als één van de 'personal decisions protected by the right of privacy'.¹⁴³ *Skinner* dat de grondslag bood voor de rechtsvinding in *Loving* werd beoordeeld onder 'liberty'.¹⁴⁴ Zogenaamd 'overspelige samenwonenden' die vanwege die reden waren ontheven uit hun functie van werknemer bij een overheidsinstelling deden later echter vergeefs een beroep op het recht op 'privacy'.¹⁴⁵ Zo lijkt het Hof de reikwijdte van 'privacy' heeft willen abakenen tot relaties tussen individuen die in de samenleving zijn aanvaard. Het opvoeden van kinderen en de vrije keuze van onderwijs werden door het Hof gepositieerd onder 'liberty', lang vóórdat het Hof het recht op 'privacy' had ontwikkeld.¹⁴⁶ Het recht van het individu, om zelf een gezinssamenstelling te kiezen werd onder het recht op 'liberty' erkend. Afwijkende samenstellingen van het 'kerngezin' mogen niet worden benadeeld bij de toewijzing van woningen, aldus het Hof in *Moore t. East Cleveland*.¹⁴⁷

De keuze voor een andere grondslag dan 'privacy' – in de hier genoemde gevallen werd steeds 'liberty' gekozen – heeft deels te maken met het feit, dat 'privacy' tot *Griswold* niet de status had van gepositieerde en geldige rechtsnorm. In de zaken ná *Griswold* is het lastiger te verklaren, waarom in het ene geval voor 'liberty' en in het andere voor 'privacy' werd gekozen. In *Cruzan t. Director* werd geclaimd dat 'privacy' een

bridge between the right to use contraceptives and the abortion issue pending in *Roe*, zie Lazarus 1999, p. 365-365.

143 *Loving t. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) en *Zablocki t. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

144 Naast *Skinner* werd *Maynard t. Hill*, 125 U.S. 190, 205 en 210-211 (1888) aangevoerd voor het bestaan van het belang van het huwelijk als onderdeel van 'liberty'.

145 *Holenbaugh t. Carnegie Free Library*, 439 U.S. 1052 (1978); certiorari werd niet toegekend en *Whisenhunt t. Spradlin*, 464 U.S. 965 (1983); certiorari werd evenmin toegekend. In het eerste geval achtte het Hof het recht op gelijke behandeling niet geschonden; in het tweede geval liet het Hof de beslissing van het Court of Appeals in stand, inhoudende dat er ten aanzien van het ontslag geen sprake was van een strafsancie zoals vereist in het Veertiende Amendement.

146 *Pierce t. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925) en *Meyer t. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

147 *Moore t. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

recht op weigering van medische behandeling omvat, ook als het stopzetten van de behandeling tot gevolg heeft dat de patiënt komt te overlijden.¹⁴⁸ In deze zaak lijkt het Hof erkenning onder 'privacy' te hebben afgewezen omwille van de connotatie van 'privacy' met een abstract algemeen persoonlijkheidsrecht.¹⁴⁹ Uiteindelijk werd de aanspraak onder een common law concept van 'informed consent' beoordeeld alsmede onder het recht op 'bodily integrity', zoals gepositieerd in *Jacobson t. Massachusetts*.¹⁵⁰ Een recht op hulp bij zelfdoding werd door het Hof noch onder een recht op 'privacy', noch onder 'liberty' erkend.¹⁵¹ De kwalificatie van Cruzan's aanspraak onder een common law concept, dat minder ruim is dan een constitutioneelrechtelijk concept van 'privacy' bood het Hof de gelegenheid *Vacco t. Quill* naderhand op formele gronden af te wijzen onder 'privacy'.

Bestendiging

'Liberty' als zodanig behoefde geen bestendiging in de constitutionele rechtspraak; het is immers vastgelegd in de Bill of Rights in het Vijfde en het Veertiende Amendement. Voor 'privacy' was die bestendiging minder vanzelfsprekend, omdat het zijn basis enkel heeft in de rechtspraak. In de jurisprudentie na *Griswold* werd 'privacy' in een reeks van uitspraken herhaald als grondslag voor andere aanspraken. Slechts een deel van die aanspraken werd uiteindelijk erkend, maar dat zegt niet steeds iets over de gelding van 'privacy' als rechtsnorm: het feit dat het Hof onderzoekt óf de aanspraak kan worden gekwalificeerd als een aanspraak onder 'privacy' is tot op zekere hoogte voldoende voor een bestendiging. Het fungeerde, afgaande op de onderzochte rechtspraak, als een vertrekpunt voor de formulering van nieuwe afgeleiden. In de uitspraken van de laatste twee decennia is echter een tendens te zien waarin 'privacy' als grondslag voor individuele aanspraken nauwelijks wordt benut.

De reikwijdte van privacy en liberty vergeleken

Wat de omvang van 'liberty' betreft, heeft het Hof in *Planned Parenthood t. Casey* aangegeven dat 'these matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment'.¹⁵² Met de 'most intimate and personal choices' doelde het Hof op huwelijk, voortplanting, gebruik van voorbehoedmiddelen, familiebetrekkingen, opvoeding van kinderen en de keuze voor hun opleiding. Nu blijkt uit de onderzochte rechtspraak, dat sommige van de hiervoor in *Planned Parenthood t. Casey* genoemde aanspraken werden erkend onder 'liberty', en enkele onder 'privacy'.¹⁵³ 'Privacy' lijkt, afgaande op de onderzochte jurisprudentie,

148 *Cruzan t. Director*, 497 U.S. 261 (1990).

149 *Cruzan t. Director*, 497 U.S. 261, 271 (1990).

150 *Jacobson t. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

151 *Vacco t. Quill*, nr. 95-1858, 26 juni 1997.

152 *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

153 Huwelijk werd eerst onder 'liberty' en later onder 'privacy' beoordeeld; aanspraken gerelateerd aan voortplanting tot *Griswold* onder 'liberty', erna onder 'privacy'; gebruik van voorbehoedmiddelen werd onder 'privacy' beoordeeld, evenals abortus; familiebetrekkingen werden weer onder 'liberty' beoor-

een deelverzameling van aparte subnoties binnen 'liberty' in het Veertiende Amendement te omvatten. Binnen alle gedragingen die 'liberty' omvat, houdt 'privacy' een te onderscheiden categorie van gedragingen in. Uit de literatuur en de rechtspraak blijkt echter niet eenduidig, welke gedragingen in toekomstige individuele aanspraken binnen 'privacy' en welke binnen 'liberty' gekwalificeerd moeten worden.¹⁵⁴ In de literatuur wordt overigens gesuggereerd, dat er een inhoudelijk wel verschil te maken is tussen 'liberty' en 'privacy'.

'Privacy', zo stelt Ely, is een recht dat centraal stelt dat het individu een recht heeft op een eigen, afgeschermd ruimte van regulering van staatswege. De hiervoor uit *Casey* geciteerde rechten centreren zich allen rond dit thema: het individu komt een recht toe, op bepaalde terreinen autonome keuzes te maken zonder overheidsbemoeienis van buitenaf. Naast dit concept van zelfbeschikking in een beslotenheid bestaat er een notie van zelfbeschikking die zich in de publieke sfeer beweegt. Die tweede notie heeft betrekking op het maken van autonome keuzes in de gemeenschap. Deze rol van het individu in de gemeenschap is van belang met het oog op betekenisvolle participatie van het individu in het politieke proces.¹⁵⁵ Zo gezien staat 'liberty' in dienst van politieke rechten, en omvat mede het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op verenigingsvrijheid. 'Privacy' is in dit verband een negatieve uitdrukking van 'liberty' omdat het primair staatsonthouding stipuleert, terwijl de politieke rechten als bijvoorbeeld neergelegd in het Eerste Amendement juist een positieve uitdrukking zijn van 'liberty'.

Een belangwekkend verschil tussen kwalificatie van de individuele aanspraak onder 'privacy' of 'liberty' is gelegen in het feit dat erkenning onder 'privacy' een verzwaarde bescherming tot gevolg heeft. Het Hof laat in de laatstgenoemde situatie in het algemeen een intensieve beoordeling van de gewraakte wet volgen. Bij 'liberty' volgt deze verzwaarde bescherming niet altijd.¹⁵⁶ De in de Bill of Rights erkende rechten worden door het Hof in beginsel benaderd als 'fundamentele rechten'. Het Hof bezigt een aantal criteria om vast te stellen of een grondrecht een 'fundamenteel' karakter toekomt. Het meest, en wellicht het enige, pregnante criterium in de vaststelling van de 'fundamentality' van een recht in de huidige rechtspraak, is de mate waarin een recht voldoende wortel heeft geschoten in de historie en het bewustzijn van de natie.¹⁵⁷ Indien de individuele aanspraak nu wordt erkend als een fundamenteel recht, stelt het

deelt en opvoeding en keuze van de opleiding van kinderen door de ouders eveneens.

154 Zie bijvoorbeeld Hoffman 1997, p. 202 e.v. en Ely 1980.

155 Ely 1980, met name hoofdstuk 3.

156 Een aanspraak op 'privacy' inhoudende een recht, om zelf de haarlengte te kunnen bepalen in het kader van werkzaamheden in politiedienst werd niet erkend onder 'privacy', maar wel onder 'liberty' (*Kelley t. Johnson*, 425 U.S. 238 (1976)). Zie ook *Whalen t. Roe*, 429 U.S. 589 (1977), waarin het opslaan van gegevens van patiënten met betrekking tot gebruik van medicijnen door klagers in strijd werd geacht met 'privacy'. Het Hof oordeelde in die zaak, dat het feitencomplex niet gekwalificeerd diende te worden onder 'privacy' maar onder 'liberty'. Er vond een marginale toetsing plaats.

157 Ducat en Chase 1992, p. 93 e.v. Hierover bestaat in de literatuur geen eensgezindheid. Een fraaie benadering terzake van de methodologie aan de hand waarvan het Hof het fundamentele karakter van een aanspraak vaststelt is te vinden in Hoffman 1997: 'The methodology is so indistinct that one is apt to conclude that a right is simply fundamental when a majority of the Court says it is' (p. 179).

Hof zware eisen aan het besluit dat inbreuk maakt op het geclaimde recht. De kwalificatie als fundamenteel recht is van groot belang voor de toetsingsintensiteit die het Hof naderhand zal aanwenden in de materiële beoordeling van grondwettigheid van het besluit.

Aanspraken onder 'liberty' worden aldus niet altijd als fundamenteel erkend. Aanspraken onder 'privacy' worden daarentegen wel altijd als fundamentele rechten aange merkt. Het is opvallend, dat het Hof geen uitleg heeft gegeven ter zake van de voorkeur voor 'privacy' in plaats van voor 'liberty'. De rechtspraak betreffende de erkenning van het recht op abortus is in dit verband exemplarisch. In *Planned Parenthood t. Casey* werd het recht op zwangerschapsafbreking onder 'liberty' geplaatst.¹⁵⁸ Dat is vreemd, omdat de positivering van dat recht in *Roe t. Wade* juist zo expliciet onder 'privacy' plaatsvond. De vraag rijst of deze 'nieuwe' kwalificatie gevolgen kan hebben voor de toetsingsintensiteit die wordt gehanteerd bij aanspraken die direct of indirect op een recht op abortus zijn gelieerd. De uitspraken na *Roe* geven een wisselend beeld ter zake van de kernoverwegingen in *Roe*.¹⁵⁹ De standaard van de 'undue burden' dient ervoor te waken dat het recht niet wordt uitgehold. Het Hof stelt in zijn latere rechtspraak evenwel dat de kernoverweging van *Roe t. Wade* niet is aangetast; niet zeker is of dat zo zal blijven, gezien de nipte meerderheden waarmee de latere abortusuitspraken werden ondersteund. Ook kan worden gesteld, dat sinds de positivering van het recht in *Roe* geen positieve verplichtingen – 'affirmative rights' – kunnen worden afgeleid uit het recht op abortus.¹⁶⁰ Daarnaast heeft het Hof in *Planned Parenthood t. Casey* een beslissing genomen ter zake van de termijnen van strafbaarstelling: het in *Roe* ontwikkelde trimestersysteem werd afgeschaft, en werd 'viability' of levensvatbaarheid van de foetus het belangrijkste criterium bij de vaststelling of abortus strafbaar dient te zijn.¹⁶¹ Het recht is geen rustig bezit in de constitutionele rechtspraak.

5.4.4 De analoge redenering

De uitspraken van het Hooggerechtshof zijn interessant omdat de relatie tussen constitutionele interpretatie en de juiste verhouding tussen rechter en wetgever waarneembaar wordt. Het Hof worstelt zichtbaar met de juiste rechterlijke taakopvatting waar het gaat om het oplossen en regelen van netelige ethische kwesties in de samenleving. Dient het Hof zich dergelijke kwesties aan te trekken, of juist aan de federale of statelijke wetgever over te laten? Wanneer het Hof besluit om voor het voorliggende geschil bij afwezigheid van toepasselijke grondwetgeving over te gaan tot een grond-

158 *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833, 846 (1992).

159 De kernoverweging in *Roe* luidt: 'We, therefore, conclude that the right of personal privacy includes the abortion decision [...]', *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113, 154 (1973), zie ook *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833, 871 (1992).

160 Recht op vergoeding van de ingreep van staatswege is er niet uit af te leiden (*Beal t. Doe*, 432 U.S. 438 (1977) en *Rust t. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991)). Statelijke ziekenhuizen kunnen niet worden verplicht tot het uitvoeren van abortus (*Maher t. Roe*, 432 U.S. 464 (1977)).

161 *Webster t. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989) en *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

wettelijke constructie voor oplossing van het geschil stelt hij zich activistisch op, zo leren *dissentings* en sommige *concurrings* ons wanneer de meerderheid besluit om het geschil op basis van een dergelijke constructie te beslechten. In het omgekeerde geval betichten de *dissentings* en *concurring opinions* de meerderheid van een te terughoudende taakopvatting: zij sluit de ogen voor de tekortkomingen van een democratisch gelegitimeerde wetgever en doen de rechtsbescherming van het individu tekort op oneigenlijke gronden. Deze is, zo deze critici, niet in staat om voldoende accuraat te reageren, terwijl het daarnaast gezien de materie die aan de orde is niet wenselijk is dat een meerderheid zich uitlaat over de vraag hoe een minderheid zich in zijn privé-leven dient te gedragen.¹⁶² In de interpretatiedebatten in het Hof wordt steeds gezocht naar de juiste benadering van individuele aanspraken die niet in eerste instantie lijken te kunnen worden geplaatst onder bestaande grondrechten. Het kamp waarin zich de pleitbezorgers van de originalists en intentionalists bevinden, wijzen analoge redeneringen waaruit ongeschreven rechten naar voren komen steeds af vanwege de in hun optiek niet aanwezige wettelijke grondslag voor ongeschreven rechten. Zij stellen dat er zo nauw mogelijk dient te worden aangesloten bij de wettekst, omdat extensieve interpretatie kan leiden tot willekeurige positiveringen.¹⁶³ De norm van hoger recht ontbeert een dergelijke basis al gauw, of is althans niet aanwijsbaar. De interpretevists stellen daarentegen dat wanneer extensief wordt geïnterpreteerd, er geen 'nieuwe' rechten worden gepositieerd.

De vraag rijst waaruit valt af te lezen of de rechter bereid is een aanspraak te erkennen – of elementen in de redenering duiden op een voorspelbaarheid in die richting. Opvallend is dat zowel de originalists en intentionalists alsook de interpretevists in hun rechtsvinding de analogie hanteren. Hierbij dient te worden aangetekend dat originalists en intentionalists die tot dusverre niet gauw gebruiken om onderliggende structuren te ontwaren waar het om grondrechten gaat. Zij hanteren de analoge redenering met een rechtsnorm van hoger recht indien nodig met name wanneer de inhoud van de zaak betrekking heeft op de horizontale of verticale machtscheiding.¹⁶⁴ Voorspel-

162 Dit komt naar voren in de *dissenting* van Brennan in *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 141 (1989).

163 In dit opzicht zijn er rekkelijke en meer precieze pleitbezorgers van de tekstuele interpretatie, zie ook par. 4.3.1.

164 Er werd gezocht naar de mate waarin de rechters (meest originalists) die hantering van een abstracte norm van hoger recht afwijzen, consequent zijn. Een korte zoekactie leverde in het Amerikaanse geval direct een aantal interessante aanwijzingen op dat van het consequent volhouden van het standpunt van een zo specifiek mogelijke norm van hoger recht door de rechters geen sprake kan zijn. Rechters die stellen dat het juist is om ter zake van grondrechten een specifieke norm van hoger recht te gebruiken vanuit het oogpunt van objectiviteit en respect voor de oorspronkelijke grondwetgever, zijn evenwel bereid om ter zake van geschillen met federalistische aspecten juist een abstracte vergelijkingsmaatstaf te hanteren. Uit het oogpunt van objectivering van de rechterlijke rechtsvinding lijkt mij deze benadering niet houdbaar. Zie bijvoorbeeld *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), waarin rechter Scalia schrijvend voor de meerderheid zijn redenering opbouwt aan de hand van een wetsanaloge redenering. Scalia wijst deze wijze van redeneren pertinent af wanneer grondrechten in het geding zijn, maar acht deze kennelijk wel legitiem in kwesties met betrekking tot de verticale machtscheiding. Zie eveneens *Nevada v. Hall*, 440 U.S. 410 (1979) waarin rechter Rehnquist, die eveneens afwijzend staat tegenover het gebruik van de analogie in grondrechtelijke aanspraken, de analoge redenering hanteerde. Hetzelfde geldt voor rechter Thomas (zie *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779, 845 (1999)) die in zijn

baarheid voor de erkenning van een individuele aanspraak als aspect van 'privacy' kan niet worden gegeven. Dat hangt tot op grote hoogte samen met de wijze waarop het Hof is samengesteld. De laatste twee decennia lijkt het Hof minder bereid, nieuwe aanspraken onder 'privacy' te kwalificeren, of een 'fundamentality' van 'liberty' te aanvaarden. Het onvoorspelbare element in deze is met name gelegen in het feit dat de onderwerpen veelal leiden tot 5-4 beslissingen, waardoor de uiteindelijke uitkomst van de zaak afhankelijk is van de *swingvoter*. Daarnaast is niet altijd duidelijk hoe over een bepaalde uitspraak is gestemd: de laatste jaren geeft de jurisprudentie steeds vaker 'gedeelde meerderheden' of 'gedeelde minderheden' te zien: in één uitspraak geven rechters afzonderlijk aan of zij een onderdeel in de besluitvorming steunen of niet. *Planned Parenthood t. Casey* is in dit verband een goed voorbeeld.¹⁶⁵ Gevolg is dat er grote onzekerheid kan bestaan over de interpretatiedoctrine die het Hof volgt.

Het zogenoemde '*Lochnerizing*' ontwikkelde zich tot een praktijk waarmee latere rechters zich zeker niet mee wilden associëren: het Hof had zich via deze formule naar de zin van velen te activistisch opgesteld. Het activisme was daarin gelegen, dat de erkenning van de individuele aanspraak – vanwege de 'fundamentality' van het recht 'privacy' – tot ingrijpen in federale of statelijke wetgeving. Bij de positivering van 'privacy' in *Griswold t. Connecticut* rees de vraag of het Hof zich niet weer aan '*Lochnerizing*' schuldig maakte. Rechter Douglas, schrijvend voor de meerderheid van het Hof vond zelf van niet: *Lochner* was het voorbeeld waarin het Hof als een opperwetgever bepaalde hoe wetten op terrein van economische en zakelijke kwesties en sociaal-economische vraagstukken moesten worden opgelost, terwijl in *Griswold* een inbreuk van staatswege aan de orde was op de intieme relatie tussen twee individuen.¹⁶⁶ De inhoudelijke problematiek was van andere orde, maar dat neemt niet weg dat het Hof in *Griswold* eveneens een analoge redenering hanteerde voordat het recht op 'privacy' kon worden gepositieerd. De analogie waarop *Lochner* steunde lijkt echter wel van andere kwaliteit te zijn dan *Griswold*: in *Lochner* werden nauwelijks precedenten aangehaald als basis voor het bestaan van een recht op vrij contracteren, terwijl rechter Douglas zijn argumentatie voor het bestaan van een recht op 'privacy' in *Griswold* steunde op andere Amendementen en rechtspraak. Douglas expliciteerde zijn vergelijkingsmateriaal en motiveerde de gekozen bronnen in de jurisprudentie. Hij rechtvaardigde zijn keuze op een uitvoeriger wijze dan het Hof in zijn redenering in *Lochner*, maar de oorsprong van de redenering, de analogie, bleef dezelfde.

Penumbral reasoning

De redenering zoals gebruikt in *Griswold* wordt in de Amerikaanse literatuur ook wel 'penumbral reasoning' genoemd.¹⁶⁷ Met 'penumbral' wordt bedoeld, dat met deze vorm redeneren logische gevolgtrekkingen voortvloeien uit de relevante onderdelen

dissenting de analogie hanteerde voor een door hem gewenste uitleg van het Tiende Amendement in een verticale machtscheidingkwestie.

165 *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

166 *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

167 Denning en Reynolds 1997, p. 1092.

van de constitutie, of uit de constitutie als geheel, eventueel ondersteund met rechtspraak. Heel simpel gezegd betekent 'penumbral reasoning' dat nieuwe rechten worden ingevoegd tussen de uitgesproken uitgangspunten in de Constitutie. De onuitgesproken uitgangspunten vormen dan 'logische aanwezigen' in de structuur van de Constitutie.¹⁶⁸ De analoge redeneerwijze zoals hier onderzocht is hiermee identiek: daarin wordt eveneens de structuur van de constitutie tot uitgangspunt genomen voor het detecteren van nieuwe rechten, en kan de rechtspraak aanknopingspunten opleveren voor positivering van nieuwe rechten. Het Amerikaanse Hof heeft met betrekking tot federalisme-vraagstukken reeds in het begin van de negentiende eeuw gebruik gemaakt van analoge redeneringen teneinde vast te stellen of het voorliggende geschil nu wel of niet door de grondwet werd bestreken en hoe het diende te worden opgelost.¹⁶⁹ Toch wordt *Griswold* het vaakst aangemerkt als 'penumbral', waarschijnlijk mede omdat daar expliciet werd gesproken over de 'penumbras', of halfschaduw van Amendementen die allen iets van een sfeer van 'privacy' in zich dragen.¹⁷⁰ 'Penumbral reasoning' wordt door de interpretevists in het debat over positivering van grondrechten aanvaard. De originalists en intentionalists wijzen de interpolatie aan de hand van 'penumbral reasoning' daarentegen af waar het gaat om constitutionele interpretatie op het terrein van grondrechten. Zij wijzen daarmee niet de analoge redenering in alle kwesties af; zij maken daar evenzeer gebruik van.

Algemeenheid en specificiteit in de analogie

De juiste mate van algemeenheid en specificiteit van de analoge redenering zijn in het Amerikaanse debat met name sinds *Bowers t. Hardwick* onderwerp van discussie. In de interpretatie van de begrippen 'liberty' en 'privacy' heeft de analoge redenering zoals voorheen aangetoond regelmatig extensieve interpretatie van bestaande rechten en soms positivering van nieuwe rechten door het Hof tot gevolg gehad. De initiatieven tot rechtsontwikkeling werden niet steeds positief ontvangen. Een deel van het Hof betwijfelde rechtsgeldigheid van de norm van hoger recht als zou die niet op geldend recht gebaseerd zijn, het betwistte de uit die norm van hoger recht afgeleide geconcretiseerde resultaten en het liet een zeer kritisch geluid horen over de wijze van rechtsvinding. Dat laatste slaat terug op het gevaar dat verschillende rechters en commen-

168 Zie bijvoorbeeld rechter Harlan in zijn *dissenting* bij *Poe t. Ullman*: 'This "liberty" is not a series of isolated points pricked out in terms of [such specific guarantees as speech and religion]. It is a rational continuum which, broadly speaking, includes a freedom from all substantial arbitrary impositions and purposeless restraints' (367 U.S. 497, 523 (1961)).

169 Zie bijvoorbeeld *McCulloch t. Maryland*, 4 Wheat. (17 U.S.) 316, 4 L. Ed. 579 (1819). In deze zaak rees de vraag, of het Amerikaanse Congress de bevoegdheid had, zelf een bank op te richten, en of de statelijke overheid deze federale bank fiscaal zou kunnen aanslaan. De grondwet laat zich over deze twee kwesties niet expliciet uit. Rechter Marshall formuleerde de oplossing aan de hand van de gehele structuur van de Constitutie die hij afleidde uit de relatie van de verschillende normen met elkaar, en uit algemene rechtsbeginselen. Zie voor een uitwerking ook Gunther en Sullivan 1997, p. 89 e.v. Zie eveneens *Hans t. Louisiana*, 134 U.S. 1 (1890), waarin het Hof stelde: 'Behind the words of the constitutional provisions are postulates which limit and control. There is the essential postulate that the controversies, as contemplated, shall be found to be of a justiciable character [...]'.

170 Onterecht, aldus bijvoorbeeld Denning en Reynolds 1997, p. 1092-1093.

tatoren zien in de wijze van rechtsvinding: analoge redeneringen kunnen al gauw leiden tot vaststelling van gemeenschappelijke beginselen en positivering van rechten, waarvan de strekking en inhoud niet te overzien zijn. Het is eerder een taak voor de wetgever, de consequenties van positiveringen te exploreren. Het ongeschreven recht vormt al gauw, zo luidt het bezwaar, 'an argument that proves too much'. Die karakterisering houdt in dat uit de samentrekkingen van expliciete grondrechten allerlei fraaie theorieën kunnen worden afgeleid, die op hun beurt ruimte creëren voor extensieve interpretatie.¹⁷¹ Het nieuwe recht kent geen nadere afbakeningen zodat geen overeenstemming bestaat over de vraag, welke feitencomplexen moeten worden bestreken door de rechtsgevolgen van het nieuwe recht.¹⁷² Wanneer het Hof zelf overgaat tot het aanbrengen van grenzen en afbakeningen, wordt het aangesproken op zijn rechtsvindende taak: het houdt zich in dat verband dan niet alleen meer bezig met het beslechten van het concrete geschil, maar laat zich expliciet in met rechtsvorming.¹⁷³ Nu lijkt rechtsvorming door de rechter niet onder alle omstandigheden te worden afgewezen; een inlaten met aspecten van het recht die verder af staan van het concrete geschil wordt in beginsel echter al gauw gezien als een activistische rechterlijke taakopvatting.

Vanuit deze optiek wordt wel gepleit voor een zo specifiek mogelijke benadering van de toepassing van vage normen of van normen van hoger recht op nog niet eerder opgeworpen individuele aanspraken.¹⁷⁴ In de onderzochte rechtspraak leidde de hanteling van een specifieke norm van hoger recht steeds tot afwijzing van vergelijkbaarheid, waardoor een extensieve interpretatie of positivering van een nieuwe rechtsnorm niet meer mogelijk was. Extensieve interpretatie en positivering van een nieuwe norm kunnen slechts tot ontwikkeling komen wanneer een abstracte norm van hoger recht wordt gehanteerd. De pleiters voor het gebruik van een zo specifiek mogelijke norm van hoger recht stellen dat hun benadering eerder leidt tot objectieve interpretatie. Indien de wetgever ruimte had laten bestaan voor normen van hoger recht, dan zou dat in de tekst van de wet of in de structuur ervan te traceren moeten zijn.¹⁷⁵ In dat uitgangspunt ligt een probleem besloten, dat steeds de kern van de interpretatiediscussie lijkt uit te maken: wanneer kan nu worden gesproken van de vaststelling dat een individuele aanspraak behoort tot de structuur van de wet? Een puur tekstuele benadering wordt vaak verbonden met de opmerking, dat rechterlijke terughoudendheid in acht

171 Zie de *dissenting* van rechter Holmes bij *Lochner t. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

172 'to limit the breath of issues which must be dealt with in particular litigation, this Court has generally insisted that parties rely only on constitutional rights which are personal to themselves. [...] this rule is related to the broader doctrine that constitutional adjudication should where possible be avoided [...]', *N.A.A.C.P. t. Alabama*, 357 U.S. 449, 459 (1958).

173 Zie bijvoorbeeld het Hof ontwikkelde trimestersysteem in *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) waarvan naderhand werd gesteld dat het Hof zijn taakopvatting te buiten was gegaan.

174 Zonder te claimen dat een scherpe afbakening mogelijk is tussen niveaus van algemeenheid of van specificiteit in de analoge redenering, geeft de rechtspraak van het Hof toch trends te zien van hetgeen als 'abstracte' norm van hoger recht of juist als specifieke benadering moet worden getypeerd. Zie bijvoorbeeld rechter Scalia schrijvend voor de meerderheid in *Michael H. t. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989). Hij bepleitte een zo specifiek mogelijk niveau van vergelijking, omdat alleen op die wijze de voor het geschil relevante traditie van de Amerikaanse natie kan worden gedetecteerd.

175 Zie par. 5.3.6 en *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186, 193 (1986).

wordt genomen.¹⁷⁶ De rechtspraak van het Hof laat in dit opzicht echter een wisselend beeld zien. Soms wordt nadrukkelijk gepleit voor het specifieke vergelijkingsniveau, terwijl het Hof zich in enkele gevallen juist sterk heeft gemaakt voor een meer abstracte vergelijkingsmaatstaf.¹⁷⁷ Er is evenzeer jurisprudentie waarin expliciet wordt gesteld dat een specifieke benadering niet gewenst is, of althans tekort zou doen aan 'de consistentie van het constitutionele recht'.¹⁷⁸ In die gevallen werd benadrukt dat er constitutionele leemten zijn waarvan de reikwijdte en strekking niet worden gekend, en dat een specifieke benadering niet in overeenstemming is met de reeds gepositieerde rechten als huwelijk en lichamelijke integriteit.

Meyer t. Nebraska bood, met zijn opsomming van menselijke handelingen die onder 'the orderly pursuit of happiness by free men' vielen, een veelvuldig gehanteerd vertrekpunt voor het Hof bij beoordeling van nieuwe individuele aanspraken onder 'liberty'.¹⁷⁹ De norm van hoger recht in *Meyer* verloor in de loop van de tijd zijn abstracte karakter niet. Het recht op voortplanting vormde, aldus de meerderheid in het Hof, één van de 'basic liberties of man'.¹⁸⁰ Ook deze norm van hoger recht kan worden aangemerkt als een abstracte norm die verschillende casus verenigt onder 'liberty'. In *Kent t. Dulles* werd een abstracte norm van hoger recht geformuleerd, dat de grondslag vormde voor erkenning van de individuele aanspraak onder 'liberty'.¹⁸¹ De individuele aanspraak op geheimhouding van ledenlijsten van de NAACP werd onder 'liberty' erkend vanwege een analogie met voorafgaande jurisprudentie.¹⁸² Een vergelijking die een norm van hoger recht tussen jurisprudentie en de aanspraak van de NAACP legitimeerde, leidde ertoe dat niet alleen natuurlijke personen, maar ook verenigingen een aanspraak konden maken op het Eerste Amendement en dat zij bepaalde gegevens niet hoefden onthullen.¹⁸³ De norm van hoger recht die de zaak NAACP en de andere door het Hof aangehaalde zaken gemeenschappelijk hadden zou als volgt geformuleerd kunnen worden: vrijheid van meningsuiting of vereniging mag niet worden beperkt, omdat

176 Zie bijvoorbeeld *Black* in zijn *dissenting* bij *Griswold t. Connecticut*, en *Scalia*, schrijvend voor de meerderheid bij *Michael H. t. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

177 Een voorbeeld van de voorkeur voor een meer specifieke maatstaf van vergelijking is te vinden in *Kelly t. Johnson*, 425 U.S. 238 (1976); *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986); *Michael H. t. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989); *Vacco t. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) en *Washington t. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997). In geen van deze uitspraken werd de aanspraak gekwalificeerd onder 'privacy' of onder de 'fundamentele variant' van 'liberty'. De overige onderzochte uitspraken vertoonden verder allen kenmerken van een meer algemene vergelijkingsmaatstaf in de analogie.

178 *Planned Parenthood t. Casey*, 505 U.S. 833.

179 *Pierce t. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925). Ook in latere zaken bleek *Meyer* aanknopingspunt te bieden voor positivering door het Hof. Zie onder meer *Griswold t. Connecticut*, *Boddie t. Connecticut*, *Roe t. Wade*, *Kelly t. Johnson*, *Whalen t. Roe*, waarin *Meyer t. Nebraska* werd aangehaald voor de erkenning van de individuele aanspraken.

180 *Skinner t. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942).

181 Zie *Kent t. Dulles*, 357 U.S. 116, 125-126 (1958). De analogie in die zaak werd gevormd op basis van uitingen in de Magna Carta en uitspraken in de rechtsliteratuur (357 U.S. 116, 125-126 (1958)) enerzijds en de individuele aanspraak anderzijds.

182 *N.A.A.C.P. t. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).

183 De andere zaken in dit verband waren *Gitlow t. People of State of New York*, 268 U.S. 652 (1925) en *Staub t. City of Baxley*, 355 U.S. 313 (1958).

de mening of de doelstellingen van de betrokkenen niet worden gedragen door een meerderheid in de samenleving.¹⁸⁴ De positivering van 'privacy' moest toen nog tot stand komen. 'Privacy' als grondslag voor positivering van nieuwe individuele aanspraken leek in het beginstadium van zijn ontwikkeling in de rechtspraak een 'individueel zelfbeschikkingsrecht' in zich te dragen. Vanaf de jaren '80 werden de individuele aanspraken op 'privacy' benaderd met een meer 'specifieke vergelijkingsmaatstaf'. Het gevolg was, althans voor de aanspraken op 'privacy', dat de aanspraken niet werden erkend.¹⁸⁵

5.4.5 Terminologie

Het Hof lijkt zich de laatste jaren meer thuis te voelen bij een specifiekere invulling van 'privacy'. De status van 'privacy' ten opzichte van andere grondrechten, met name 'liberty', blijkt niet eenduidig uit de rechtspraak. Uit de onderzochte rechtspraak blijkt niet of 'privacy' zich als een overkoepelend rechtsbeginsel 'boven' de Bill of Rights beweegt, of dat het een gelijke is van de andere Amendementen uit de Bill of Rights. De wijze waarop 'privacy' is ingezet voor het positiveren van nieuwe rechten doet eerder vermoeden, dat het 't karakter van een rechtsbeginsel heeft. Met die vaststelling is nog niets definitiefs gezegd over de status ten opzichte van andere grondrechten. Anderzijds zijn er uitspraken aan te wijzen waarin het Hof 'privacy' een aan het recht op 'liberty' complementair karakter heeft gegeven.¹⁸⁶ 'Liberty' wordt gezien als een overkoepelend recht van de in de Amendementen genoemde rechten, en tegelijkertijd als rechtsbeginsel waaruit verschillende concrete, niet in de Bill of Rights genoemde grondrechten kunnen voortvloeien.¹⁸⁷

184 Dit uitgangspunt werd bevestigd in *Aptheker t. Secretary of State*, waarin vrij reizen ook mogelijk dient te zijn voor personen die ideeën uitdragen (i.c. communistische sympathieën) die niet worden aangehangen of geaccepteerd door brede lagen van de bevolking (378 U.S. 500 (1964)). Een meer specifiek element in de analoge redenering van *Aptheker* was, dat kon worden aangehaakt bij een uitspraak die het Hof al eerder had gedaan in *Kent t. Dulles*. Die zaak had een vergelijkbaar feitencomplex. Het Hof achtte het echter kennelijk toch noodzakelijk, de erkenning van de individuele aanspraak te rechtvaardigen met het hiervoor aangehaalde rechtsbeginsel.

185 *Bowers t. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986); zie ook par. 5.3.6, *Michael H. t. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989), par. 5.3.5 en *Vacco t. Quill*, 521 U.S. 793 (1997), par. 5.3.7.

186 Zo ook Nieuwenhuis 2001, p. 66.

187 *Gitlow t. People of State of New York*, 268 U.S. 652, 666 (1925): 'For present purposes we may and do assume that freedom of speech and of the press – which we are protected by the First Amendment from abridgement by Congress – are among the fundamental personal rights and 'liberties' protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the States'. Zie ook Rechter Douglas in zijn dissenting bij *Poe t. Ullman*: 'Though I believe that "due process" as used in the Fourteenth Amendment includes all of the first eight Amendments, I do not think it is restricted and confined to them. We recently held that the undefined "liberty" in the Due Process Clause of the Fifth Amendment includes freedom to travel [...]', 367 U.S. 497, 516 (1961).

Hoofdstuk 6

Analoge rechtsvinding in de jurisprudentie van het Duitse Federale Constitutionele Hof

6.1 Inleiding

In de rechtspraak van het Duitse Federale Constitutionele Hof zijn veel voorbeelden aangetroffen waarin het Hof aan de hand van een analoge redenering onderzoekt of de individuele aanspraak op een grondrecht kan worden gerechtvaardigd. Hier wordt met name gekeken naar de rechtspraak van het Hof op het terrein van de menselijke waardigheid ex Art. 1 lid 1 GG, het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid ex Art. 2 lid 1 GG en ten slotte het algemene persoonlijkheidsrecht dat voortvloeit uit een contaminatie van Artt. 2 lid 1 GG en 1 lid 1 GG.¹ Alle drie rechten hebben in de jurisprudentie concrete toepassing gekregen: aan de open begrippen is nadere invulling gegeven. Vraag is welke inhoudelijke aanknopingspunten het Hof voor die invulling hanteerde, en hoe het zijn interpretatiebevoegdheid heeft ingezet voor het onderzoek naar de reikwijdte van voornoemde rechten. Deze kwestie staat in direct verband met de constitutionele verhouding waarin het Hof zich bevindt met de federale wetgever en in beginsel ook met de wetgevers van de Länder.² De vraag rijst hoe het Hof is omgegaan met verhouding tussen rechter en wetgever en in welke mate het aandacht besteedde aan aspecten van de rechterlijke taakopvatting. Het Duitse Hof is in de grondwet en enkele specifieke wetten een omvangrijke bevoegdheid toegekend; het kan onder meer wetgeving in abstracto toetsen, en zijn uitspraken hebben expliciet de kracht van wet.³

De opzet van dit hoofdstuk ziet er als volgt uit. Allereerst wordt aandacht geschonken aan een aantal voor de Duitse grondrechtspraak constituerende uitspraken van het Hof. Deze uitspraken zijn later van groot belang gebleken bij de invulling van het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid of het algemene vrijheidsrecht ex Art. 2 lid 1 GG en van het algemene persoonlijkheidsrecht ex Art. 2 lid 1 jo. 1 lid 1 GG.⁴ Daarna volgt een uiteenzetting over de ontwikkeling van de interpretatie van het recht op ontplooiing van de persoonlijkheid en van het algemene persoonlijkheidsrecht. Tenslotte wordt in de bevindingen een verband gelegd tussen de gevonden resultaten in de rechtspraak en de wijze waarop het Hof inhoud heeft gegeven aan zijn rechterlijke taakopvatting.

1 Zie par. 2.4.2, 2.4.3 en 2.4.4.

2 De meeste onderzochte uitspraken van het Hof hebben betrekking op toetsing van federale wetgeving; er wordt hierna vooral gesproken over de constitutionele verhouding tussen het Hof en de federale wetgever.

3 Zie par. 3.3.

4 Met het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid wordt hetzelfde uitgedrukt als met het algemene vrijheidsrecht.

6.2 Rechtsontwikkeling door het Duitse Federale Constitutionele Hof

In de rechtspraak van het Hof zijn reeds vanaf het begin van de jaren '50, kort na de installatie van het Hof, contouren te vinden die aan de begrippen 'Menschenwürde' en van 'freie Entfaltung der Persönlichkeit' zijn gegeven. In de eerste uitspraken zijn analoge redeneringen in rechtsvinding aangetroffen die hebben geleid tot een constructie van rechtsnormen. Er bestond echter nog weinig rechtspraak die kon worden benut bij de opbouw van de analogie, hetgeen tot gevolg had dat het Hof teruggreep op andere (rechts)bronnen. In enkele van deze vroege uitspraken gaf het Hof algemene bespiegelingen weer over deze begrippen, die later van grote betekenis zouden zijn voor de ontwikkeling van het recht op persoonlijke ontplooiing en het algemene persoonlijkheidsrecht. In de uitspraken *Investitionshilfe* (1954), *KPD-Verbotsurteil* (1956), *Elfes* (1957) en *Homosexuelle* (1957) schetste het Hof welke de betekenis van voornoemde begrippen is in het kader van een democratische rechtsstaat en in het kader van een sociale rechtsstaat.⁵ Deze uitspraken vormen namelijk een zeer belangrijke basis voor veel latere uitspraken waarin het Hof tot erkenning van individuele aanspraken als subjectieve grondrechten komt. In de Amerikaanse literatuur over de rechtsvinding van het Hof aan de hand van voornoemde begrippen wordt wel gesproken van de Duitse variant van 'substantive due process' omdat het Hof in staat is gebleken met de vage constitutionele begrippen te werken aan een catalogus van ongeschreven rechten.⁶

6.2.1 Constituerende uitspraken van het Hof over Art. 1 lid 1 en Art. 2 lid 1 GG

Art. 2 lid 1

In de zaak *Investitionshilfe* (1954) gaf het Hof zijn visie op de inhoud en reikwijdte van het recht op ontplooiing van de persoonlijkheid ex Art. 2 lid 1 GG.⁷ In de economische opbouwfase na de Tweede Wereldoorlog profiteerden vele ondernemingen van de fikke groei- en afzetmogelijkheden, maar bleven enkele industriële sectoren als de staal- en kolenbedrijven sterk achter. Op bondsniveau werd de wet 'Investitionshilfe' tot stand gebracht, die de minder succesvolle sectoren met een financiële prikkel zou ondersteunen. Succesvolle ondernemers ageerden hiertegen omdat de subsidies de markt en hun verworven marktposities negatief zouden beïnvloeden. Dat zou hen treffen in hun recht op het vrije ondernemerschap. De aanspraak op het vrije ondernemerschap leidden zij af uit het recht op persoonlijke ontplooiing ex Art. 2 lid 1 GG. Het Hof erkende de aanspraak van het recht op het vrije ondernemerschap onder Art. 2 lid 1 GG zonder problemen.⁸ Het honoreerde de aanspraak echter niet. Het Hof opende de overweging met de opmerking, dat het recht op het vrije ondernemerschap in casu geen inbreuk was gemaakt, omdat dat recht geen onbegrensde vrijheid betreft. Het individu is ingebonden

5 Respectievelijk *Investitionshilfe*, 4 BVerfGE 7 (1954), *KPD-Verbotsurteil*, 5 BVerfGE 85 (1956) en *Elfes*, 6 BVerfGE 32 (1957) en *Homosexuelle*, 6 BVerfGE 389 (1957).

6 Currie 1989, p. 358 en Kommers 1997, p. 359 (Kommers vergelijkt Art. 2 lid 1 GG met het recht op 'liberty' in de Amerikaanse grondwet).

7 *Investitionshilfe*, 4 BVerfGE 7 (1954)

8 *Investitionshilfe*, 4 BVerfGE 7, 15 (1954).

in een gemeenschap; mitsdien moeten beperkingen op de reikwijdte van grondrechten worden getolereerd:

‘Das Menschenbild ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus der Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG’.⁹

Vanwege de gebondenheid van het individu in een samenleving met anderen bestaan er soms redenen, aldus het Hof, de algemene handelingsvrijheid te beperken. Het Hof leidde dat af uit een samentrekking van respectievelijk de rechten op menselijke waardigheid, het algemene vrijheidsrecht, de beroepsvrijheid, het eigendomsrecht, de wijze waarop grondrechten kunnen worden beperkt – Art. 19 GG – en de constitutionele rechtsbeginselen ex Art. 20 GG.¹⁰ Uit de samentrekking van deze artikelen volgde een norm van hoger recht die stipuleert dat bij de vaststelling van de reikwijdte van een grondrecht rekening moet worden gehouden met de gebondenheid van het individu in de gemeenschap. Art. 2 lid 1 GG geeft zelf geen duidelijke richtlijn voor de omvang van de beperkingen in het kader van de individuele aanspraak. De beperkingsmogelijkheden moeten ruim worden opgevat. De analogie leidde in *Investitionshilfe* tot een afweging tussen het individuele en het algemene belang. Uiteindelijk liet het Hof de gewraakte wet voortbestaan. In deze zaak bestond nog geen vaste aanpak voor de vestiging van de aanspraak van het individu, maar *Investitionshilfe* zou in latere rechtspraak een argument opleveren aan de hand waarvan een beperking van de reikwijdte van Art. 2 lid 1 GG werd gerechtvaardigd. De vaststelling dat de mogelijkheid tot beperkingen ruim dient te worden geïnterpreteerd is van groot belang voor de constitutionele verhouding tussen wetgever en rechter: ter zake van de algemene handelingsvrijheid bestaat in beginsel geen vermoeden ten faveure van de individuele rechtsbescherming.¹¹

Art. 1 lid 1

Een jaar later volgde een voor de omvang van Art. 1 lid 1 GG belangwekkende uitspraak, waarvan de afloop in de context van de Koude Oorlog enigszins te voorspellen was. In 1956 verzocht de toenmalige Bondsregering onder K. Adenauer het Hof

9 *Investitionshilfe*, 4 BVerfGE 7, p. 15-16 (1954).

10 Het Hof doelde, om aan te geven dat de grondwet ook ruimte laat voor beperkingen op grondrechten, hier op Art. 19 lid 1: ‘Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten’. Art. 20 GG is van algemener strekking, en geeft enkele constitutionele uitgangspunten weer. Art. 20 lid 1 GG luidt: ‘Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat’. Art. 20 lid 2 GG luidt: ‘Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt’.

11 Par. 2.4.3 en 3.3.5.

om grondwettigheidstoetsing van een verbod van de communistische partij KPD.¹² Het Hof honoreerde dat verzoek nadat het onder meer onderzocht had, hoe de ideeën van de KPD – met als vooropgesteld einddoel de overwinning van het proletariaat – zich verhielden met de in de grondwet neergelegde rechtsbeginselen democratie en ‘Menschenwürde’.¹³ Een democratie verdraagt zich niet, aldus het Hof, met een door de staat vooropgesteld einddoel waaraan maatschappelijke ontwikkeling ondergeschikt moet worden gemaakt. Hieruit vloeit namelijk voort, aldus het Hof, dat alle beslissingen in de samenleving die van staatswege worden genomen, aan dat einddoel moeten bijdragen. De vrijheid van het individu wordt aan dat einddoel ondergeschikt geacht en mitsdien kan het vanuit deze gezichtshoek onherroepelijk worden beperkt. In een democratie daarentegen vormt dat vooropgestelde einddoel van de KPD een hindernis in de vrijheid van het individu. Het individu behoort in het KPD-einddoel tot een bepaalde sociale klasse, die door de staat wordt opgelegd om het door de KPD gestelde einddoel te kunnen bereiken, aldus het Hof:

‘Der Mensch wird in diesem System als mitglied einer Klasse gesehen. Er tritt zur Gesamtheit nur auf dem Weg über seine Klasse in Beziehung, die Ordnung der Gesellschaft ist im wesentlichen eine Ordnung der Klassenverhältnisse. [...] Das macht jeden Eingriff grundsätzlich zulässig, der aus der Klassenzugehörigkeit des Einzelnen und der Klassensituation im ganzen von der herrschenden Klasse hergeleitet wird’.¹⁴

De in de grondwet neergelegde individuele rechten verliezen hun materiële betekenis in dit systeem, omdat zij enkel gelden met de beperking, dat zij niet in tegenspraak mogen komen te staan met de door de staat uitgetekende doelstellingen. Deze visie op de verhouding tussen de staat en het individu doet bijvoorbeeld niet alleen de inhoud van politieke grondrechten teniet, zij raakt eveneens aan het uitgangspunt van de menselijke waardigheid, aldus het Hof:

‘In der freiheitlichen Demokratie ist die Würde des Menschen der oberste Wert. [...] Der Mensch ist danach eine mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte “Persönlichkeit”. [...] Um seiner Würde willen muß ihm eine möglichst weitgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert werden. [...] Der Staat hat ihm dazu den Weg zu öffnen [...]’.¹⁵

Menselijke waardigheid en grondrechten vormen in de optiek van het Hof onmisbare elementen voor de ontwikkeling van de democratische rechtsstaat:

‘Die Geistesfreiheit ist für das System der freiheitlichen Demokratie entscheidend wichtig, sie ist geradezu eine Voraussetzung für das Funktionieren dieser Ordnung; sie bewahrt es

12 *KPD-Verbotsurteil*, 5 BVerfGE 85 (1956). Deze uitspraak is van groot belang geweest voor de uitleg van het begrip van de ‘wehrhafte Demokratie’ (zie par. 2.4.1).

13 Art. 21 lid 2 GG: ‘Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht’.

14 *KPD-Verbotsurteil*, 5 BVerfGE 81, 201 (1956).

15 *KPD-Verbotsurteil*, 5 BVerfGE 85, 204 (1956).

insbesondere vor Erstarrung und zeigt die Fülle der Lösungsmöglichkeiten für die Sachprobleme auf.¹⁶

Het Hof keurde het partijverbod goed; de hierboven geciteerde overwegingen vormden belangrijke argumenten in het kader van de democratische ordening van de staat om aan te nemen, dat de ideeën van de KPD een bedreiging vormden voor de Duitse democratie. Het Hof knoopte in de beschouwingen over democratie niet expliciet aan bij afzonderlijke individuele rechten. Een aantal grondrechten, zoals de politieke grondrechten, het recht op persoonlijke ontplooiing en menselijke waardigheid passeerde in een meer natuurrechtelijke benadering de revue. Deze overwegingen in het *KPD-Urteil* zouden later in een aantal uitspraken van doorslaggevend belang blijken voor de argumentatie om een individuele aanspraak als recht onder Art. 1 lid 1 GG te erkennen.

Art. 2 lid 1 en Art. 1 lid 1

Waar *Investitionshilfe* en *KPD-Verbotsurteil* een aantal belangrijke lijnen trokken voor de omvang van de algemene handelingsvrijheid en de 'Menschenwürde, zou de zaak *Elfes* (1957) later van grote betekenis blijken voor de ontwikkeling van het algemene persoonlijkheidsrecht.¹⁷ Er werd in *Elfes* echter nog niets gezegd over aanspraken op of erkenning van een 'recht' op het algemene persoonlijkheidsrecht; dat zou het Hof eerst in *Tonband*, *Soraya* en *Eppler* in 1980 positiveren.¹⁸ In *Elfes* werd een aanspraak gedaan op Art. 2 lid 1 GG, dat werd geïnterpreteerd 'in verbinding met' Art. 1 lid 1 GG. Parlementslid Elfes was de mogelijkheid ontnomen, vrij te kunnen reizen. Hij was een actief lid van de Christen Democratische Unie (CDU) en gekozen in het parlement van Noordrijn-Westfalen. Hij was tevens woordvoerder van een rechts-radicale organisatie, en liet zich in die functie verschillende keren zeer kritisch uit over de Duitse defensiepolitiek en over hereniging met Oost-Duitsland. Vanwege het feit dat hij zowel in binnen- en buitenland forse kritiek leverde op de toenmalige regering van de Bondsrepubliek, werd bezoek door hem aan het buitenland niet wenselijk geacht. De geldigheidsduur van zijn paspoort werd met een beroep op de paspoortwet niet verlengd, waardoor hij niet naar onder meer politieke bijeenkomsten in het buitenland kon reizen. Hij vormde met zijn uitspraken een bedreiging voor de buitenlandse veiligheid van de Duitse Bondsrepubliek.¹⁹ Op Art. 11 GG, dat het recht op vrij reizen in de Bondsrepubliek regelt, vormde de inbreuk geen onacceptabele beperking. De klager had echter eveneens een beroep gedaan op Art. 2 lid 1 GG in verband met het reizen uit de Bondsrepubliek. Het Hof diende daartoe voor het eerst de betekenis, en vervolgens de reikwijdte van Art. 2 lid 1 GG te bepalen. Art. 2 lid 1 GG moet, aldus het Hof, meer omvatten dan alleen een intieme persoonlijke sfeer omdat anders niet valt in te zien hoe

16 *KPD-Verbotsurteil*, 5 BVerfGE 85, 203 (1956).

17 *Elfes*, 6 BVerfGE 32 (1957).

18 Zie hierna par. 6.3.2 en 6.3.5.

19 Art. 7 lid 1 van de federale Paswet (1954) luidde: 'Der Paß ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß a) der Antragsteller als Inhaber eines Passes die innere oder die äußere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland oder eines deutschen Landes gefährdet [...]'.

de ontplooiing van de persoonlijkheid met rechten van anderen of met de goede zeden zou kunnen strijden:

‘Gerade diese, dem Individuum als Mitglied der Gemeinschaft auferlegten Beschränkungen zeigen vielmehr, daß das Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 GG die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne meint’.²⁰

Maar in welke mate ‘umfassend’? Wat was het rechtskarakter van de grondrecht? Binnen welke kaders dient de ontplooiing van het individu vrijelijk tot stand kunnen komen? Art. 2 lid 1 GG is één van de onder Art. 1 GG vallende grondrechten, aldus het Hof. De andere grondrechten die zijn opgesomd in de grondwet, vormen eveneens uitleiselen van Art. 1 GG. In die zin is Art. 2 lid 1 GG een ‘gewoon’ grondrecht:

‘Damit ist jedoch nichts anderes gesagt, als daß Art. 1 GG in der Tat zu den tragenden Konstitutionsprinzipien gehört, die – wie alle Bestimmungen des Grundgesetzes – auch Art. 2 Abs. 1 GG beherrschen’.²¹

Het Hof zegt hiermee niet alleen dat Art. 2 lid 1 GG een subjectief grondrecht is; Art. 1 GG wordt eveneens een bijzondere plaats in de grondwetsorde toegekend.²² Art. 2 lid 1 GG vormt in de optiek van het Hof een soort ‘opvanggrondrecht’ voor individuele aanspraken, die grondwettelijke bescherming dienen te krijgen, maar die niet behoren tot de in de grondwet gestipuleerde grondrechten:

‘Neben der allgemeinen Handlungsfreiheit, die Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet, hat das Grundgesetz die Freiheit menschlicher Betätigung für bestimmte Lebensbereiche, die nach den geschichtlichen Erfahrungen dem Zugriff der öffentlichen Gewalt besonderes ausgesetzt sind, durch besondere Grundrechtsbestimmungen geschützt [...]. Soweit nicht solche besonderen Lebensbereiche grundrechtlich geschützt sind, kann sich der Einzelne bei Eingriffen der öffentlichen Gewalt in seine Freiheit auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen’.²³

Hiermee vestigde het Hof de mogelijkheid, individuele aanspraken die niet direct aansluiten bij de geschreven grondrechten eventueel onderdak te bieden onder Art. 2 lid 1 GG. Het Hof leidde, na de vaststelling van de functie van Art. 2 lid 1 GG in de grondwet, de reikwijdte van Art. 2 lid 1 GG af uit de structuur van de grondwet in zijn geheel. De formulering van Art. 2 lid 1 GG geeft daartoe immers alle aanleiding: de omtrekken van het recht worden bepaald door de rechten van anderen, door de ‘verfassungsmäßige Ordnung’ en de goede zeden. De vaststelling van de betekenis van het begrip ‘verfassungsmäßige Ordnung’ was in dit verband van groot belang, omdat deze orde, naast de genoemde goede zeden en de rechten van anderen, een handvat biedt voor de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijke ontplooiing. Het Hof bepaalde, dat tot die ‘grondwettelijke orde’²⁴ uiteenlopende grondwettelijke normen behoren:

20 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 36 (1957).

21 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 36 (1957).

22 Het verkrijgt met de uitspraak van het Hof zoals hier uit het citaat blijkt het karakter van een norm van hoger recht.

23 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 37 (1957).

24 Vertaling van het begrip ‘verfassungsmäßige Ordnung’.

'[...] der Bürger aber wird in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit legitim eingeschränkt nicht nur durch die Verfassung oder gar nur durch "elementare Verfassungsgrundsätze", sondern durch jede formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm'.²⁵

Deze formulering hield een wel zeer algemene beperking van de reikwijdte van Art. 2 GG in, zo luidde de kritiek. Wat met 'verfassungsmäßige Ordnung (hierna: de grondwettelijke ordening) werd bedoeld, was niet direct helder; deze onduidelijkheid zou voor wat betreft de materiële gelding van de grondrechten een rechtsonzekerheid met zich mee kunnen brengen. De door het Hof bijvoorbeeld in *KPD-Parteiverbot* gehuldigde opvatting, dat de staat niet willekeurig mag tornen aan de reikwijdte van grondrechten²⁶, leek gemakkelijk met een ruimhartige invulling van de grondwettelijke ordening terzijde te kunnen worden geschoven. Het Hof zag echter in de 'Ewigkeitsklausel' ex Art. 79 lid 3 GG een belangwekkende barrière tegen dit gevaar; deze beschermt namelijk de belangrijkste beginselen van de grondwettelijke orde, waartoe Art. 1 GG ook wordt gerekend, tegen verandering.²⁷ Art. 2 lid 1 GG geniet indirecte bescherming van Art. 79 lid 3 GG vanuit de hypothese, dat Art. 1 GG een overkoepelend beginsel is waaronder de grondrechten ex Artt. 2-19 GG zijn gevestigd, aldus het Hof.²⁸ Concluderend stelde het Hof wat de inroepbaarheid en de reikwijdte van Art. 2 lid 1 GG betreft het volgende vast:

'Verfahrensrechtlich bedeutet das: Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße; deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt'.²⁹

Verder was van belang hetgeen het Hof stelde over de inhoud van het recht op ontplooiing van de persoonlijkheid ex Art. 2 lid 1 GG. In *Elfes* bepaalde het Hof, dat het individu een recht op privé-leven toekomt.³⁰ Dat recht op privé-leven vormt één van de voorwaarden, die ontplooiing van het individu mogelijk maken. Het Hof werkte in twee stappen van een zeer abstracte aanspraak naar een concreet recht: in de eerste stap bevestigde het Hof het bestaan van een algemene aanspraak op vrijheid van persoonlijke ontplooiing; in de tweede stap werd dat recht nader gespecificeerd naar de in het geding zijnde individuele aanspraak, in casu het recht vrij het land uit te kunnen reizen, op een privé-leven. Over de vraag, aan welke begrenzingen de reikwijdte van het begrip privé-leven onderworpen is, gaf het Hof in *Elfes* geen uitsluitel; enkel een algemene beschouwing over het recht op privéleven:

25 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 38 (1957).

26 *KPD-Verbotsurteil*, 5 BVerfGE 85, 204 (1956).

27 Zie par. 2.4.1.

28 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 41 (1957).

29 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 41 (1957).

30 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 41 (1957).

‘Hieraus ergibt sich, daß dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist’.³¹

De grondslag voor de extensieve interpretatie leidde het Hof af uit de ontstaansgeschiedenis van Art. 2 lid 1 GG; het leidde uit een aanwijzing van de grondwetgever het volgende af:

‘Jeder kann tun und lassen was er will’.³²

6.2.2 Grenzen aan het recht op persoonlijke ontplooiing ex Art. 2 lid 1 GG

De vrijheid behoeft niet beperkt te blijven tot een intieme persoonlijke sfeer, aldus het Hof. Met *Elfes* leek het Hof de deur voor extensieve interpretatie van het recht op persoonlijke ontplooiing te hebben opengezet. Art. 2 lid 1 GG beschermt niet alleen rechten die in de kern gelegen zijn maar ook aanspraken die meer in de periferie van het recht te vinden zijn. Met de uitgangspunten die het Hof in *Elfes* had neergelegd, bestond in beginsel een basis voor rechterlijke toetsing van alle handelingen van de wetgever. In die zin vertoonde deze ontwikkeling in de rechtspraak overeenkomsten met de in de Verenigde Staten ontwikkelde ‘substantive due process formule’.³³ De begrenzings van Art. 2 lid 1 GG kunnen worden gevonden in de ‘verfassungsmäßige Ordnung’.³⁴ In de interpretatiefase kan op basis van *Elfes* in beginsel elke individuele aanspraak worden ingelezen in Art. 2 lid 1 GG, maar in de toetsingsfase bestaan ruime mogelijkheden om de individuele aanspraak te beperken.³⁵ In de daaropvolgende jurisprudentie zou blijken, welke de betekenis was van deze benadering door het Hof. Vraag was of er aanspraken bestonden die het Hof niet zou erkennen onder Art. 2 lid 1 GG. In *Homosexuelle*, een zaak uit 1957, bleek het Hof bereid, een individuele aanspraak op homoseksuele activiteiten als onderdeel van het privé-leven ex Art. 2 lid 1 GG te erkennen:

‘Zu dem Bereich der in Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht gewährleisteten freien Entfaltung der Persönlichkeit gehört auch das Gebiet des Geschlechtlichen’.³⁶

In deze zaak bezwaarden enkele homoseksuelen zich over het feit, dat homoseksuele activiteiten met straffen werden bedreigd – zij achtten dat in strijd met hun recht op de vrije ontplooiing van hun intieme persoonlijke seksleven. In hun optiek behoorde dat recht tot de kern van het recht op het privé-leven, zoals het Hof dat in *Elfes* had geformuleerd. Het Hof erkende de aanspraak op bescherming van het privé-leven als recht maar plaatste de aanspraak niet in de kernsfeer, volgens welke geen enkele inbreuk op het recht zou kunnen worden getolereerd:

31 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 41 (1957).

32 Zie Von Mangoldt, Parlamentarischer Rat, 42. Sitzung des Hauptausschusses, p. 533.

33 Currie 1989, p. 359.

34 Zie par. 2.4.3.

35 Zie hiervoor bij *Investitionshilfe* en zie ook Von Münch 2000, p. 136-137.

36 *Homosexuelle*, 6 BVerfGE 389, 432 (1957).

‘Sicherlich gibt es, wie in dem Urteil (*Elfes*, H.L.J.) ausgeführt, einen “letzten, unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit..., der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen”, in den einzudringen also dem Gesetzgeber schlechthin verwehrt ist. Dieser Bereich wird aber verlassen, wenn Handlungen des Menschen in den Bereich eines andern einwirken [...]’.³⁷

Hier zag het Hof zich genoodzaakt, een grens te trekken tussen aanspraken die behoren tot het ‘letzten, unantastbaren Bereich menschlicher Freiheit’ en aanspraken die niet daaronder vallen. Aanspraken die duiden op seksuele handelingen worden in beginsel door Art. 2 lid 1 GG beschermd; homoseksuele handelingen behoren daar volgens het Hof niet toe. Het Hof beargumenteerde zijn opvatting aan de hand van beschouwingen over de goede zeden: homoseksuele handelingen worden beschouwd als flagrante schendingen van het ‘Sittengesetz’.³⁸ De samenleving, aldus het Hof, beschouwt de homoseksuele activiteiten ondubbelzinnig in strijd met de goede zeden.³⁹ De sanctie op de handeling verkrijgt in die optiek een noodzakelijk karakter. Het Hof trachtte het verwijt, dat in het begrip ‘de samenleving’ ruimte bestond voor de subjectieve opvatting van de rechter, te voorkomen door religieuze opvattingen en historische beschouwingen ter zake in te brengen. Het in de overwegingen betrokken historisch vergelijkingsmateriaal dateerde van 1869 tot en met 1927.⁴⁰

In *Cannabis* (1994) rees later de vraag, of het gebruik van softdrugs gerekend kan worden tot een recht dat bescherming geniet als één van de uitvloeiselen van de algemene handelingsvrijheid; de klacht hield onder dat recht een aanspraak op zelfbeschikking in.⁴¹ Het Hof weigerde deze aanspraak te erkennen onder Art. 2 lid 1 GG. De klager eiste erkenning van een ‘recht op een roes’. Het Hof plaatste die aanspraak nadrukkelijk niet in de kernsfeer van het recht op privé-leven:

‘Art. 2 Abs. 1 GG schützt jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt [...]. Absolut geschützt und damit der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist allerdings nur ein Kernbereich privater Lebensgestaltung [...]. Dazu kann der Umgang mit Drogen, insbesondere auch das Sichberauschen, aufgrund seiner vielfältigen sozialen Aus- und Wechselwirkung nicht gerechnet werden’.⁴²

Het Hof onderzocht niet of het gebruik van cannabis in een perifere sfeer van de algemene handelingsvrijheid zou kunnen vallen. De vraag naar het bestaan van een ‘recht op een roes’ werd ontkennend beantwoord met het argument, dat aan het gebruik van cannabis negatieve sociale gevolgen kleven. Deze gevolgen rechtvaardigen de plaatsing buiten Art. 2 lid 1 GG, aldus het Hof.

37 *Homosexuelle*, 6 BVerfGE 389, 432 (1957).

38 ‘Dieses Grundrecht ist aber durch die verfassungsmaßige Ordnung begrenzt’, *Homosexuelle*, 6 BVerfGE 389, 432 (1957).

39 *Homosexuelle*, 6 BVerfGE 389, 432 (1957).

40 *Homosexuelle*, 6 BVerfGE 389, 434 (1957).

41 *Cannabis*, 90 BVerfGE 145, 153 (1994).

42 *Cannabis*, 90 BVerfGE 145, 171 (1994).

6.2.3 *Constitutioneel recht en privaatrecht*

De laatste uitspraak die in het kader van de constituerende uitspraken wordt besproken, is de zaak *Lüth* (1958).⁴³ *Lüth* had theaterdirecteuren, bioscoopeigenaren en het Duitse publiek opgeroepen tot een boycot van een film, die door een regisseur, die tijdens het nationaal-socialistische regime voor Hitler had gewerkt, was geproduceerd. Deze oproep werd door de civiele rechter beoordeeld als strijdig met de goede zeden ex Art. 826 BGB en werd mitsdien verboden.⁴⁴ Ter zake van de klacht van *Lüth* had het Hof vastgesteld, dat de grondrechten als 'objektive Wertordnung' eveneens de privaatrechtelijke voorschriften beïnvloeden en via de algemene bepalingen hun gelding doen gevoelen.⁴⁵ Het recht op vrije meningsuiting is één van de rechten, dat eveneens via privaatrechtelijke bepalingen doordringt in horizontale verhoudingen. Het Hof werkte vervolgens uit, op welke wijze dat recht in privaatrechtelijke geschillen dient te worden benaderd, namelijk via een belangenafweging.⁴⁶ Om tot de vaststelling van de omtrekken van het recht op vrije meningsuiting te kunnen komen, onderzocht het Hof de betekenis van het recht op vrije meningsuiting in de 'freiheitliche demokratische Ordnung'. Dat onderzoek naar de omtrekken is nu juist interessant, omdat het Hof later een aantal uitspraken doet die in individuele aanspraken die tegen de staat werden gedaan, zouden terugkeren. De meningsuiting, aldus het Hof, is één van de grondrechten die ressorteren onder de 'Menschenwürde' ex Art. 1 lid 1:

'Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es (het recht op vrije meningsuiting, H.L.J.) schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfGE 5, 85 (205)). Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (Cardozo)'.⁴⁷

Vrije meningsuiting is één van de grondrechten, die in aanmerking komt als een 'allgemeines Gesetz', dat andere privaatrechtelijke rechten en vrijheden kan beperken. Deze lezing van de 'allgemeine Gesetze' die het Hof als maatstaf voor de goede zeden ex Art. 826 BGB hanteert, verschafte het Hof de mogelijkheid, de uitspraken van de gewone rechter te controleren op grondwettigheid. Deze aanvullende werking van grondrechten in het privaatrecht werd door het Hof met *Lüth* gevestigd.⁴⁸ Echter, niet alleen beïnvloedt het constitutionele recht het privaatrecht, maar heeft het privaatrecht omgekeerd ook zijn invloed en betekenis gehad voor het constitutionele recht – zeker daar waar het de interpretatie van grondrechtsnormen betreft. Dat bleek toen het Hof zich in *Soraya* uitsprak over een rechtsnorm van het algemene persoonlijkheidsrecht, die al wel in het privaatrecht was gepositieerd, maar nog niet als zodanig in con-

43 *Lüth*, 7 BVerfGE 198 (1958).

44 Art. 826 BGB luidt: 'Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet'.

45 *Lüth*, 7 BVerfGE 198, 214 (1958).

46 *Lüth*, 7 BVerfGE 198, 210 (1958): 'Es wird deshalb eine "Güterabwägung erforderlich: das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden'. Zie ook Schneider 1979, p. 28.

47 *Lüth*, 7 BVerfGE 198, 208 (1958).

48 Schneider 1979, p. 27.

stitutionele context betekenis had verkregen.⁴⁹ In *Tonband*, kort voor de uitspraak in de zaak *Soraya*, had het Hof evenwel in een obiter aangegeven dat het algemene persoonlijkheidsrecht een rechtsnorm is die reeds zijn bestaansrecht heeft verworven in de straf- en het privaatrechtelijke rechtspraak van het Bundesgerichtshof.⁵⁰

6.3 Ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid met analoge redeneringen

6.3.1 Inleiding

Hieronder wordt een aantal concretisering van de algemene handelingsvrijheid en het algemene persoonlijkheidsrecht beschreven. Met name de wijze waarop het Hof zijn rechtsvinding fundeert staat hier centraal. Op basis van welke normen geeft het Hof een extensieve uitleg, en wat doet het Hof wanneer juridische noties tekort lijken te schieten? Welke beschouwingen wijde het Hof aan de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever? Er wordt zoveel mogelijk een chronologische volgorde aangehouden in de onderwerpen, maar het bleek niet goed mogelijk om de onderwerpen geheel los te laten ten faveure van de chronologie. Hier zullen achtereenvolgens het recht op zelfbeschikking, het recht om met rust te worden gelaten in het kader van resocialisatie van voormalig gedetineerden, het recht op het eigen beeld en het gesproken woord, een recht op 'informatie zelfbeschikking', het recht op kennis van de biologische afstamming en aspecten van fysieke, geestelijke en seksuele integriteit aan de orde komen.

6.3.2 Het recht op zelfbeschikking

Centraal in de ontwikkeling van een recht op zelfbeschikking staat de uitspraak *Mikrozensus* (1969), omdat het Hof in deze zaak voor het eerst uitdrukkelijk een aanspraak op zelfbeschikking kwalificeerde als een rechtens te beschermen belang.⁵¹ De rechtvaardiging voor de uiteindelijke erkenning van deze aanspraak steunde op een analoge redenering. In een prejudiciële beslissing vroeg de strafrechter in eerste aanleg om een beslissing van het Hof over de vraag, of van burgers kan worden verlangd dat zij informatie over hun privé-leven prijsgeven voor een van staatswege gewenste statistiek. De rechter had bij de wet de volgende opmerking:

'Die Bestimmung [...] des Änderungsgesetzes [...] widerspreche Art. 1 und Art. 2 GG insoweit, als die Auskunftspersonen zu Angaben über Urlaubs- und Erholungsreisen verpflichtet seien. [...] Derartige Fragen [...] verletzen die Intimsphäre der Befragten'.⁵²

Enkele burgers had namelijk geweigerd gegevens prijs te geven en werden mitsdien strafrechtelijk vervolgd. De klacht richtte zich tegen vermeende ongrondwettigheid van een wet, die burgers verplichtte mee te werken aan dergelijke ondervragingen. Ter be-

49 Zie voor de uitwerking par. 6.3.5.

50 *Tonband*, 34 BVerfGE 238, 247 (1973); zie par. 6.3.2.

51 *Mikrozensus*, 27 BVerfGE 1 (1969).

52 *Mikrozensus*, 27 BVerfGE 1, 3 (1969).

antwoording van de voorgelegde grondwettigheidsklacht over de wet, gaf het Hof eerst zijn visie op Artt. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG. Art. 1 GG vormt de hoogste norm, aldus het Hof in antwoord op de prejudiciële vraag, onder verwijzing naar *Elfes*. Deze norm beheerst Art. 2 lid 1, zodat aan eventuele inbreuken op Art. 2 lid 1, in het bijzonder op de privé-sfeer van het individu, strenge eisen moeten worden gesteld. Vervolgens stelde het Hof vast, dat het individu een waardigheid en respect toekomt:

‘Im Lichte dieses Menschenbildes kommt dem Menschen in der Gemeinschaft ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch zu. Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen (vgl. BVerfGE 5, 85 (204); 7, 198 (205)).’

Voor dit standpunt putte het Hof achtereenvolgens uit *KPD-Verbotsurteil* en *Lüth*. In die zaken was de vraag in welke mate het individu een object van de staat is echter in een andere context aan de orde dan in *Mikrozensus*. In *KPD-Verbotsurteil* beoordeelde het Hof de vraag in hoeverre de communistische doelstellingen van de KPD in overeenstemming waren met het mensbeeld van de grondwet. Kennelijk was de vaststelling, dat het individu niet tot object van de staat mag worden, eveneens relevant in de context van de ondervragingen door de staat. Deze abstracte norm van hoger recht – ‘Menschenwürde’ – lijkt zich te lenen voor onderscheidenlijke invullingen. Het Hof spitste deze overweging direct toe op de individuele aanspraak die aan de orde was in *Mikrozensus*:

‘Mit der Menschenwürde wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Staat das Recht für sich in Anspruch nehmen könnte, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren, sei es auch in der Anonymität einer statistischen Erhebung, und damit wie eine Sache zu behandeln, die einer Bestandsaufnahme in jeder Beziehung zugänglich ist’.⁵³

Het Hof concretiseerde de norm in een volgende stap naar de aanspraak in *Mikrozensus* om duidelijk te maken dat niet alleen ‘catalogisering’ tegen de menselijke waardigheid indruist, maar dat dat aspect tevens eist dat voor het individu een ruimte bestaat, waarin het volledig zichzelf kan zijn, zonder vrees voor bemoeienis of opdringerigheid van de zijde van de staat. Dit onderdeel van de menselijke waardigheid was echter tot dusverre nog niet naar voren gekomen in de rechtspraak. Het Hof verliet zich in dit verband op normen die niet direct kunnen worden getypeerd als rechtswetten:

‘Ein solches Eindringen in den Persönlichkeitsbereich durch eine umfassende Einsichtnahme in die persönliche Verhältnisse seiner Bürger ist dem Staat auch deshalb versagt, weil dem Einzelnen um der freien und selbstverantwortlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit willen ein “Innenraum” verbleiben muß, in dem er “sich selbst besitzt” und “in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt” [...].’⁵⁴

Het Hof erkende in deze overweging de door de rechter in eerste aanleg voorgestelde aanspraak inhoudende een recht op een intieme sfeer ter zake van ondervragingen voor statistische doeleinden. In de volgende stap dienden de omtrekken van het recht te wor-

53 *Mikrozensus*, 27 BVerfGE 1, 6 (1969).

54 *Mikrozensus*, 27 BVerfGE 1, 6 (1969).

den begrensd – de afbakening van het recht moest worden afgestemd op het voorliggende feitencomplex. Daartoe ging het Hof over tot de vaststelling van de reikwijdte van het recht op een intieme sfeer. Niet iedere ondervraging, aldus het Hof, vormt daarop een ontoelaatbare inbreuk; er zijn inbreuken die het individu moet tolereren omdat het nu eenmaal in een gemeenschap leeft:

‘Nicht jede statistische Erhebung über Persönlichkeits- und Lebensdaten verletzt jedoch die menschliche Persönlichkeit in ihrer Würde oder berührt ihr Selbstbestimmungsrecht im innersten Lebensbereich. [...]’

Tot dusverre had het Hof enkel de elementen ‘Menschenwürde’, ‘algemeen persoonslijksrecht’ en ‘privé-leven’ in het kader van Artt. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG uitgewerkt. In deze overweging werd echter een recht op zelfbeschikking aangehaald, dat niet zou mogen worden geraakt door ondervragingen. Wat allereerst opvalt, is dat die zelfbeschikking in dit verband direct werd verheven tot een recht: het Hof spreekt immers van een ‘Selbstbestimmungsrecht’. Uit de uitspraak blijkt niet precies welke de bron van dat recht is. Het Hof baseerde zich voor de vestiging van dat recht noch op voorafgaande rechtspraak, noch op grondwetsartikelen of samentrekkingen van grondwetsartikelen en/of vroegere uitspraken. Daarnaast kende het Hof het recht, afgaande op de formulering, dat recht in een nevenschikking gelijk met de in de grondwet gepositieerde rechten. In *Mikrozensus* werden de erkende aanspraken echter niet gehonoreerd. Het vereiste van proportionaliteit kon niet leiden tot ongrondwettigverklaring van de wet. De wet raakte niet de kern van de privé-sfeer; er bleken voldoende grondwettelijke waarborgen ingebouwd om willekeur te voorkomen. Er was voldoende anonimiteit gegarandeerd, waardoor het geveerde misbruik van gegevens werd gereduceerd.⁵⁵

Mikrozensus vormde naderhand in verschillende individuele aanspraken aanleiding, om nieuwe individuele aanspraken te erkennen onder de reikwijdte van Art. 2 lid 1 GG. Het stramien voor de redenering naar de erkenning van nieuwe rechten was neergelegd in *Mikrozensus*: vooreerst stelde het Hof vast, dat het individu een recht heeft op een privé-sfeer, waarvan de beschermingsomvang per situatie – afhankelijk van de aanspraak en het feitencomplex – dient te worden vastgesteld. Een andere concretisering werd bijvoorbeeld uitgewerkt in *Ehescheidungsakten*, een zaak waarin het Hof beoordeelde of de verplichte opening van een echtscheidingsdossier in het licht van een ontslagzaak in overeenstemming was met het recht op privé-sfeer ex Art. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG.⁵⁶ De betrokkene was ontslagen omdat hij een buitenechtelijke affaire had gehad met een collega; de informatie in het echtscheidingsdossier leverde bewijsmateriaal voor een ontslaggrond. Het Hof hanteerde hier eveneens de hiervoor genoemde benadering: de aanspraak diende te worden beoordeeld onder het privé-leven, meer in het bijzonder het recht op geestelijke integriteit: het individu dient voor zover mogelijk zelf te kunnen kiezen voor openbaring van intieme gegevens. Geestelijke integriteit maakte echter nog niet vanzelfsprekend deel uit van Art. 2 lid 1 GG, maar het Hof

55 *Mikrozensus*, 27 BVerfGE 1, 8-9 (1969).

56 *Ehescheidungsakten*, 27 BVerfGE 344 (1970).

vergeleek het recht op geestelijke integriteit met het recht op fysieke integriteit zoals het dat had erkend onder Art. 2 lid 2 GG:

‘Dabei kann von den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit entwickelt hat [...], ausgegangen werden. Jedoch ist dem Schutz der Integrität der menschlichen Person in geistig-seelischer Beziehung ein besonders hoher Wert beizumessen [...]’.⁵⁷

Een zelfde redenering werd gevolgd in de zaak *Ärztliche Schweigepflicht*, waarin succesvol werd geklaagd over de inbeslagname van staatswege van medische informatie van een patiënt: het Hof beoordeelde de aanspraak op bescherming van de intieme sfeer onder Art. 2 lid 1 en 1 lid 1 GG en stelde vast dat de aanspraak binnen de privé-sfeer viel.⁵⁸ De concretisering hield in dat het individu recht heeft op geheimhouding van medische gegevens:

‘Ärztliche Karteikarten [...] betreffen mit ihren Angaben über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen zwar nicht die unantastbare Intimsphäre, wohl aber den privaten Bereich des Patienten. Damit nehmen sie teil an dem Schutz, den das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG dem Einzelnen vor dem Zugriff der öffentlichen Gewalt gewährt. Insbesondere gilt das für die Erkenntnisse, die der Arzt durch seine berufliche Tätigkeit über den Gesundheitszustand des Patienten gewinnt und schriftlich niederlegt’.⁵⁹

Ook leidde het Hof uit het bestaan van de privé-sfeer af, dat in sommige gevallen andere dan de in de wet genoemde personen een aanspraak kunnen maken op een verschoningsrecht.⁶⁰ In *Zeugnisverweigerungsrecht* werd aangenomen, dat maatschappelijk werkers, die in een strafrechtelijke procedure zouden moeten getuigen, onder omstandigheden een verschoningsrecht toekomt in verband met de privé-sfeer van hun cliënten. In deze zaak werd een man verdacht van ontucht met zijn minderjarige zoon. De maatschappelijk werker die het kind had begeleid, weigerde verklaringen van het kind te onthullen. Het Hof baseerde zich voor de vaststelling van toepasselijkheid van een recht op privéleven op *Elfes*, *Mikrozensus*, *Ehescheidungsakten* en *Ärztliche Schweigepflicht*.⁶¹ De vraag rees, in welke mate de privé-sfeer van de cliënt in concreto zou worden geraakt, indien maatschappelijk werkers immer zouden worden gedwongen te getuigen in strafrechtelijke procedures. De toelaatbaarheid van de inbreuk hangt nu, aldus het Hof, af van de sfeer waarbinnen de aanspraak wordt geplaatst:

‘Das gilt schon deshalb, weil der Einzelne den innersten Bezirk, der ihm um seiner freien und selbstverantwortlichen Persönlichkeitsentfaltung willen verbleiben muß (BVerfGE 27, 1 (6)), zwangsläufig verläßt, sobald er sich Anderen freiwillig mitteilt’.⁶²

57 *Ehescheidungsakten*, 27 BVerfGE 344, 351 (1970).

58 *Ärztliche Schweigepflicht*, 32 BVerfGE 373 (1972).

59 *Ärztliche Schweigepflicht*, 32 BVerfGE 373, 379-380 (1971).

60 *Zeugnisverweigerungsrecht*, 33 BVerfGE 367, 374 (1972).

61 *Zeugnisverweigerungsrecht*, 33 BVerfGE 367, 377 (1972).

62 *Zeugnisverweigerungsrecht*, 33 BVerfGE 367, 377 (1972).

Het Hof ging er hierna toe over te bepalen of de aanspraak van de maatschappelijk werker in de kern of in een meer perifere sfeer van het begrip privé-leven moest worden beoordeeld. Het Hof koos voor de perifere sfeer, waarin op grond van zwaarwegende redenen inbreuken op dat privé-leven mogen worden gemaakt. Van een vrijwillige mededeling kan onder deze omstandigheden niet immer sprake zijn. Dit aspect in de verhouding tussen cliënt en maatschappelijk werker kan echter niet tot gevolg hebben, aldus het Hof, dat maatschappelijk werkers in het algemeen een verschoningsrecht toekomt.⁶³

In *Tonband* werd het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' voor de eerste keer door het hof genoemd.⁶⁴ In deze zaak werd geklaagd over het gebruik van een geluidsband die zonder toestemming van de klager was vervaardigd. Tegen deze klager was een strafrechtelijk onderzoek ingesteld; in het onderzoek naar belastingfraude werd de band gebruikt. De klacht was gebaseerd op Art. 2 lid 1 GG; het Hof aanvaardde de aanspraak onder het 'unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung'.⁶⁵ De juridische grondslag waarop de kwalificatie van de aanspraak beruiste, behoefde voor de beslissing van de zaak geen verdere uitwerking. Het Hof werkte echter uit in welke context de aanspraak eveneens kon te worden gezien, zonder dat die context direct noodzakelijk was voor de beslechting van het geschil:

'Private Gespräche müssen geführt werden können ohne den Argwohn und die Befürchtung, daß deren heimliche Aufnahme ohne die Einwilligung des Sprechenden oder gar gegen dessen erklärten Willen verwertet wird. Dem tragen im materiellen Strafrecht [...] und im Zivilrecht [...] die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht seit langem Rechnung'.⁶⁶

Het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' werd zoals hiervoor gesteld genoemd, maar niet als dragend argument voor de beslissing gebezigd. Dit obiter zou later van grote betekenis zijn voor de positivering van die rechtsnorm. Uit dat 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' leidde het Hof later in de zaak *Soraya* een grondslag voor toewijzing van immateriële schadevergoeding af.⁶⁷ In deze zaak claimde een uitgever dat hij bij afwezigheid van een wettelijke grondslag voor immateriële schadevergoeding in het privaatrecht niet kon worden gedwongen, een dergelijke schadevergoeding te betalen. *Soraya* had schadevergoeding in een onrechtmatige daadsactie op basis van Art. 823 lid 1 BGB geëist omdat een aantal gefingeerde interviews zogenaamd intieme details over haar

63 Er kunnen zich situaties voordoen, waarin onder de gegeven omstandigheden een afweging moet worden gemaakt tussen enerzijds het privé-leven van de cliënt en anderzijds een volwaardige strafprocesorde. In casu deed zich een uitzonderingssituatie voor: vanwege de bijzondere verhouding tussen deze cliënt en maatschappelijk werker week het Hof af van de wettelijk vastgestelde groep van personen, die een beroep kunnen doen op het verschoningsrecht, *Zeugnisverweigerungsrecht*, 33 BVerfGE 367, 386 (1972).

64 *Tonband*, 34 BVerfGE 238 (1973).

65 *Tonband*, 34 BVerfGE 238, 241 (1973).

66 *Tonband*, 34 BVerfGE 238, 243 (1973).

67 *Soraya*, 34 BVerfGE 269 (1973).

privé-leven onthouden.⁶⁸ In beginsel bood Art. 823 lid 1 BGB aanknopingspunten voor een grondslag tot schadevergoeding⁶⁹ maar stond Art. 253 BGB in de weg aan toekenning van immateriële schadevergoeding, omdat die bij wet moet zijn geregeld.⁷⁰

Het Bundesgerichtshof (BGH) had in deze zaak voorafgaand aan het Federale Constitutionele Hof erkend, dat 'een algemeen persoonlijkheidsrecht' kan dwingen tot het betalen van een immateriële schadevergoeding, ook al heeft de wetgever hiervoor geen regeling getroffen. Het Hof bevestigde de opvatting van het BGH. Nieuw in deze zaak was de erkenning van het door het BGH gehanteerde 'algemene persoonlijkheidsrecht' door het Federale Constitutionele Hof. Het Federale Constitutionele Hof stelde zich zeer terughoudend op naar het BGH en nam de door het BGH gevolgde redenering over, zonder daaraan expliciet de consequentie te verbinden dat het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' als rechtsnorm deel voortaan uitmaakt van de constitutionele rechtsorde.⁷¹ Het Constitutionele Hof trachtte zich met zijn aansluiting bij het BGH enigszins terughoudend op te stellen in verband met de constitutionele verhouding tussen Hof en wetgever: ten slotte was er op een twee decennia eerder gelanceerd parlementair wetsvoorstel voor immateriële schadevergoeding voor slachtoffers van de pers een storm van kritiek gekomen.⁷² Met bevestiging van de uitspraak van het BGH zou het Hof die keuze van de wetgever terzijde stellen. 's Hof's beroep op het verstrijken van de tijd en de groeiende noodzaak van immateriële schadevergoeding diende de destijds gemaakte keuze tegen immateriële schadevergoeding terzijde te stellen:

'Diesem Schutzzweck dient im Bereich des Privatrechts auch die Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; sie füllt Lücken im Persönlichkeitsrecht aus, die hier trotz Anerkennung einzelner Persönlichkeitsrechte verblieben und im Laufe der Zeit aus verschiedenen Gründen immer fühlbarer geworden waren'.⁷³

De benadering van het Hof laat zien dat een voorzichtige aanpak werd gekozen bij de introductie van het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' als constitutionele rechtsnorm. De prudente benadering is verklaarbaar vanuit de gedachte, dat deze vage norm nauwelijks omtrekken kent en mitsdien naast Art. 2 lid 1 GG een nieuwe 'due process'-clausule in het Duitse constitutionele recht zou kunnen binnenloodsen. In het licht van de constitutionele verhouding zou dat een met de Amerikaanse situatie vergelijkbare kritiek uitlokken: de rechter verschafft zich met het scheppen van een dermate onbepaald recht, een vrijbrief om iedere willekeurige wet te onderwerpen aan een grondwettigheidstoets. In *Tonband* werd het recht geïntroduceerd in een obiter dictum en niet

68 Art. 823 lid 1 BGB luidt: 'Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet'.

69 Het aspect 'ein sonstiges Recht' kwam hiervoor het eerst in aanmerking.

70 Art. 253 BGB luidt: 'Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden'.

71 Het Hof aanvaardde de redenering onder verwijzing naar *Elfes* en *Lüth*; *Soraya*, 34 BVerfGE 269, 281 (1973).

72 *Soraya*, 34 BVerfGE 269, 272-273 (1973).

73 *Soraya*, 34 BVerfGE 269, 281 (1973).

expliciet als constitutioneelrechtelijke norm aan de orde gesteld; *Soraya* herhaalde deze betekenis van de norm van privaatrechtelijke komaf en stelde in onduidelijke bewoordingen dat het ook een norm van constitutioneelrechtelijke betekenis zou kunnen zijn. De meest duidelijke aanwijzing, dat het Hof het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' als grondrechtelijke norm aanvaardde volgt uit deze passage:

'Gehört das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach der verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung dieser Bestimmung zu den hier aufgeführten Rechten, so kommt ihm nach dem Willen der Verfassung die Fähigkeit zu, das Grundrecht der Pressefreiheit [...] einzuschränken. Diese potentiellen Wirkkraft [...] erhält hier [...] eine verfassungsrechtliche Verstärkung aus dem Schutzauftrag der Art. 1 und 2 Abs. 1 GG'.

Hieruit volgt dat het Hof de nieuwe 'benaming' van de contaminatie van Art. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG een ruimere reikwijdte toekent dan het hiervoor steeds gehanteerde 'unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung'.⁷⁴ Het algemene persoonlijkheidsrecht zou enkele jaren later in *Eppler* (1980) daadwerkelijk worden gehanteerd als juridische grondslag voor een individuele aanspraak.

6.3.3 *Het recht, alleen te worden gelaten en het recht op resocialisatie*

Het recht op een 'unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung' bood in 1973 een grondslag voor erkenning van een recht op resocialisering.⁷⁵ Een aantal personen had een roofoverval op een munitiedepot gepleegd, waarbij ook enkele doden waren gevallen. Voor de aanslag en de gevolgen daarvan werden de betrokkenen strafrechtelijk veroordeeld. Toen tweederde van de duur van de veroordeling was verstreken, wenste een televisiestation uitgebreid aandacht te schenken aan deze roofoverval, die zes jaren eerder had plaatsgevonden. De daad en het strafproces hadden destijds veel opzien gebaard; in de media was in ruime mate aandacht besteed aan deze zaak.⁷⁶ Eén van de gedetineerden beriep zich voor de civiele rechter op een recht op 'privé-leven' ex Art. 2 lid 1 GG, dat onder meer een aanspraak niet publiekelijk vanwege zijn daad in het verleden te worden blootgesteld zou omvatten. Het Hof erkende de individuele aanspraak van de gedetineerde als een belang dat wordt beschermd onder het recht op ontplooiing van de persoonlijkheid ex Art. 2 lid 1 GG:

'Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Hierzu gehört auch das Recht, in diesem Bereich "für sich zu sein", "sich selber zu hören"[...], ein Eindringen oder einen Einblick durch andere auszuschließen (vgl. BVerfGE 27, 1 (6); 33, 367 (367))'.⁷⁷

Voor het recht, 'op zichzelf te zijn', 'tot zichzelf te behoren' zocht het Hof aldus aanknopings bij passages uit *Mikrozensus* en *Zeugnisverweigerungsrecht*, die naar derge-

⁷⁴ *Soraya*, 34 BVerfGE 269, 282 (1973).

⁷⁵ *Lebach*, 35 BVerfGE 202 (1973).

⁷⁶ *Lebach*, 35 BVerfGE 202, 206 (1973).

⁷⁷ *Lebach*, 35 BVerfGE 202 (220).

lijke rechtsnormen zouden verwijzen.⁷⁸ In *Mikrozensus* had het Hof zich echter niet expliciet uitgelaten over het bestaan van rechtsnormen uitgelaten:

‘Ein solches Eindringen in den Persönlichkeitsbereich durch eine umfassende Einsichtnahme in die persönlichen Verhältnisse seiner Bürger ist dem Staat auch deshalb versagt, weil dem Einzelnen um der freien und selbstverantwortlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit willen ein “Innenraum” verbleiben muß, in dem er “sich selbst besitzt” und “in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt”[...].’⁷⁹

’s Hof’s verwijzing in *Mikrozensus* gaf hoogstens enkele contouren van een recht om met rust te worden gelaten. Een nadere concretisering diende nog plaats te vinden. Daartoe boden eerdere feitencomplexen en aanspraken in de jurisprudentie niet direct aanknopingspunten. De abstracte formulering van het belang van het individu bij het alleen zijn bood echter veel ruimte voor vergelijking van uiteenlopend vergelijkingsmateriaal om het bestaan van recht op resocialisering te rechtvaardigen. Met dit recht kon het recht op vrijheid van meningsuiting, dat door het televisiestation werd geclaimd, in omvang worden gerelativeerd.

‘Vom Täter aus gesehen erwächst dieses Interesse an der Resozialisierung aus seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG’.⁸⁰

De analogie met *Mikrozensus* en *Zeugnisverweigerungsrecht* levert een abstracte norm van hoger recht op, die inhoudt dat het individu een recht heeft met rust te worden gelaten. Uit die norm van hoger recht werd vervolgens een recht op resocialisering en een rustige terugkeer in de samenleving afgeleid. De norm van hoger recht bezit hier een hoge mate van abstractie, waardoor zij uiteenlopende aanspraken lijkt te kunnen herbergen.

Het Hof had eveneens oog voor de belangen van het televisiestation⁸¹, maar de balans sloeg uiteindelijk door in het voordeel van de veroordeelde. Het recht om alleen te worden gelaten verkrijgt in de tijd een groter belang, naarmate een groter deel van de straf is uitgezeten door de persoon die wenst te reïntegreren in de samenleving.⁸² Die samenleving dient bereid te zijn, deze persoon op te nemen; een televisie-uitzending als voorgesteld door het station zou daaraan afbreuk kunnen doen. Uit het recht op resocialisering nadat de straf is uitgezeten vloeide in *Gefangenenentlohnung* een positieve verplichting voor de staat voort, werkelijk inhoud te geven aan de voorbereidingen die moeten worden getroffen voor de terugkeer in de samenleving.⁸³ Het Hof laat in dit verband een grote discretie aan de wetgever wat betreft de wijze waarop die verplichting dient te worden ingevuld. De verplichting vloeit voort uit een contaminatie van Art. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG, in verbinding met het ‘Sozialstaatsprinzip’ ex Art. 20 lid 1

78 *Zeugnisverweigerungsrecht*, 33 BVerfGE 367 (376).

79 *Mikrozensus*, 27 BVerfGE 1 (6).

80 *Lebach*, 35 BVerfGE 202 (236).

81 *Lebach*, 35 BVerfGE 220 (231-232).

82 *Lebach*, 35 BVerfGE 202 (233).

83 *Gefangenenentlohnung*, BVerfG 2 BvL 17/94, 1 juli 1998.

GG.⁸⁴ Resocialisering was hiermee gevestigd als norm van geldend recht waaraan tot op zekere hoogte zelfs positieve verplichtingen kunnen worden ontleend.⁸⁵

6.3.4 *Het recht op abortus*

In twee verzoeken om abstracte toetsing keurde het Hof federale wetgeving af, die abortus tot op zekere hoogte zou legaliseren. Vooral het eerste besluit (1975) van het Hof wordt wel aangemerkt als schoolvoorbeeld van rechterlijk activisme. In 1975 werd op initiatief van een groep parlementariërs een wet die abortus decriminaliseerde, een abstracte herziening door het Hof uitgevoerd.⁸⁶ Zij waren van mening dat abortus in strijd was met het recht op leven ex Art. 2 lid 2 GG en een recht op menselijke waardigheid. De eerste Senaat in het Hof achtte de wet ongrondwettig en steunde daarbij in belangrijke mate op het argument dat enerzijds het ongeborn kind een recht op leven toekomt, en anderzijds op een recht van de moeder op algemene handelingsvrijheid dat een beperkte reikwijdte toekomt nu zij verantwoordelijk is voor het ongeborn kind. Het ongeborn leven komt een zelfstandig rechtsbelang onder Art. 2 lid 1 GG toe. Het Hof onderbouwde dit standpunt met verwijzingen naar de gebeurtenissen onder het nationaal-socialistische regime, waarin aan sommige mensenlevens, aldus het Hof, geen waarde werd gehecht.⁸⁷ Daarnaast markeerde het recht een grens vanaf welk

84 'Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Gebot aus dem Selbstverständnis einer Rechtsgemeinschaft entwickelt, die die Menschenwürde in den Mittelpunkt ihrer Wertordnung stellt und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet ist. [...] Die Resozialisierung dient auch dem Schutz der Gemeinschaft selbst: Diese hat ein unmittelbares eigenes Interesse daran, daß der Täter nicht wieder rückfällig wird und erneut seine Mitbürger und die Gemeinschaft schädigt (vgl. BVerfGE 35, 202 [235] – Lebach)', zie *Gefangenenentlohnung*, BVerfG 2 BvL 17/94, 1 juli 1998, par. 132.

85 De zaak *Lebach* zou overigens ruim twee decennia later weer tot leven worden gewekt en beoordeeld onder het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht'. Een commerciële zender was voornemens, een documentaire getiteld "Verbrechen, die Geschichte machten" uit te zenden. Hierin zou geput worden uit het materiaal van het televisiestation dat over de moord in Lebach had willen berichten in 1973 (*Lebach II*, BVerfG 1 BvR 755/98, 25 november 1999). Het recht op resocialisering en het recht, alleen te worden gelaten verkregen in deze zaak een andere betekenis. Nu werden met name invulling van het tijdsverloop, de mate en intensiteit waarin burgers zich laten voorlichten door het medium televisie, alsmede afwezigheid van gevaar van onthulling van de identiteit van de klager op een andere wijze ingevuld dan destijds. Ook kan de daad waarvoor het individu strafrechtelijk is veroordeeld, een rol spelen in de mate waarin blootstelling van een dader acceptabel is via het medium televisie aan het publiek. In *Mißbrauchbeziehung* deed tijdverloop er juist minder toe dan in *Lebach*. De uiting van een vrouw, die haar vader in een televisie-uitzending had aangewezen als dader van incest, werd in dit verband door het Hof anders beoordeeld dan de klacht in Lebach, ook al lag de daad verder terug in het verleden dan *Lebach*, zie *Mißbrauchbeziehung*, 97 BVerfGE 391 (1998).

86 *Schwangerschaftsabbruch I*, 39 BVerfGE I (1975). De groep van 193 parlementariërs bestond voor het grootste deel uit Christendemocraten en betwistte de grondwettigheid van Art. 218 a van een herziening van het Wetboek van Strafrecht ter zake van abortus. De wet hield in dat abortus niet langer strafbaar was en dat de zwangere vrouw voorafgaand aan haar besluit verplicht werd om haar keuze met een arts of ander bevoegd persoon te overleggen. Na de derde maand van zwangerschap zou abortus wel weer strafbaar worden, behalve in gevallen waarin sprake was van gevaar voor het leven van de vrouw, of wanneer de zwangerschap was ontstaan uit verkrachting of incest.

87 *Schwangerschaftsabbruch I*, 39 BVerfGE I, 36-37 (1975).

moment de ongeborene een recht op leven toekomt: na de veertiende dag na de conceptie start het menselijke leven.⁸⁸

‘Er (het ontwikkelingsproces, H.L.J.) ist auch nicht mit dem Geburt beendet; die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewußtseinsphänomene z.B. treten erst längere Zeit nach der Geburt auf. Deshalb kann der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weder auf den “fertigen” Menschen nach der Geburt noch auf den selbständig lebensfähigen Nasciturus beschränkt werden’.⁸⁹

Vraag is of deze benadering een algehele afwijzing van afbreking van de zwangerschap kan rechtvaardigen. Echter, de veronderstelling dat het ongeboren leven een recht op leven toekomt, maakt dat een dergelijke vraag slechts op één wijze beantwoord kan worden. Vanuit de door het Hof geschetste benadering komt het ongeboren leven een primordiale plaats toe. Het Hof stelde dat de grondleggers van de grondwet deze invulling van het recht op leven eveneens voor ogen hadden. De vraag, of voor de staat in dat verband een positieve verplichting bestaat werd positief beantwoord; middels strafrecht dient dat recht op leven te worden beschermd, aldus het Hof:

‘Das menschliche Leben stellt, wie nicht näher begründet werden muß, innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert dar; es ist die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte’.⁹⁰

Bij de positionering van het recht van het ongeboren leven diende rekening te worden gehouden met het recht van de zwangere vrouw. De zwangerschap behoort in beginsel tot haar intieme privé-sfeer ex Art. 2 lid 1 en 1 lid 1 GG, maar omdat het embryo een zelfstandige aanspraak op het recht op leven toekomt, kan een inbreuk door de wetgever op die intieme privé-sfeer gerechtvaardigd zijn. Beëindiging van de zwangerschap heeft een sociale dimensie vanwege het belang van het ongeboren leven die de intimiteit van de privé-sfeer in hoge mate relateert.⁹¹ Eerst na deze constatering stelde het Hof de contouren van het recht op privé-leven van de zwangere vrouw vast:

‘Dieses Recht ist aber nicht uneingeschränkt gewährt – die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung, das Sittengesetz begrenzen es. Von vornherein kann es niemals die Befugnis umfassen, in die geschützte Rechtssphäre eines anderen ohne rechtfertigenden Grund einzugreifen oder sie gar mit dem Leben selbst zu zerstören, am wenigsten dann, wenn nach der Natur der Sache eine besondere Verantwortung gerade für dieses Leben besteht’.⁹²

88 ‘Leben im Sinne der geschichtlichen Existenz eines menschlichen Individuums besteht nach geisichter biologisch-physiologischer Erkenntnis jedenfalls vom 14. Tage nach der Empfängnis [...] an [...]. Der damit begonnene Entwicklungsprozeß ist ein kontinuierlicher Vorgang, der keine scharfen Einschnitte aufweist und eine genaue Abgrenzung der verschiedenen Entwicklungsstufen des menschlichen Lebens nicht zuläßt’, *Schwangerschaftsabbruch* I, 39 BVerfGE I, 37.

89 *Schwangerschaftsabbruch* I, 39 BVerfGE I, 37 (1975).

90 *Schwangerschaftsabbruch* I, 39 BVerfGE I, 42 (1975).

91 Waar het Hof eerst sprak van het recht op leven van de ‘ongeborene’ of van het ‘embryo’, refereerde het verderop in de uitspraak aan het recht van het ‘kind’ (*Schwangerschaftsabbruch* I, 39 BVerfGE I, 44 (1975)).

92 *Schwangerschaftsabbruch* I, 39 BVerfGE I, 43 (1975).

De verwijzing naar de 'Natur der Sache' werd niet toegelicht; aangenomen wordt dat hier werd gewezen op de verantwoordelijkheid van de zwangere vrouw voor het ongeboren leven. De vraag welke de consequentie is van de verantwoordelijkheid die de vrouw draagt wordt hier slechts op één manier beantwoord: zij kan wanneer zij zwanger is de verantwoordelijkheid voor de ruimte die de staatsvrije privé-sfeer kent kennelijk niet alleen dragen.⁹³ De aard van de zaak verlangt vanuit die gedachte overheidsingrijpen.⁹⁴ De uitkomst van de belangenafweging werd met deze opbouw van de rechtsvinding voorspelbaar.

In het Hof was men het in beginsel eens over de omtrekken van vastgestelde belangen – met name die van de zwangere vrouw. Er ontstond hevige strijd over de vraag in hoeverre het Hof zich in zijn interpretatie en ter zake van de gevolgen die daaruit voortvloeiden, te activistisch had opgesteld.⁹⁵ In de optiek van de *dissenters* dient de invulling van de 'objektive Wertordnung' aan de wetgever te worden overgelaten. Met name de positieve verplichting in de vorm van een 'recriminalisering' die het Hof verbond aan het recht op leven was hen een doorn in het oog; de *dissenters* waren van mening dat grondrechtelijke bescherming niet tot gevolg kan hebben dat de rechter strafrechtelijke consequenties aan een grondrecht kan verbinden.⁹⁶ Het is aan de wetgever om te beoordelen of op die wijze invulling aan grondrechten wordt gegeven. Het standpunt van het Hof, dat het leven na de veertiende dag na conceptie aanvangt, werd door de *dissenters* niet betwist. Wel stelden zij vragen ter zake van de vergelijking met de gebeurtenissen tijdens het nazi-regime; de omstandigheden waaronder abortus daar plaatsvond, en die waarin de wetgever in de jaren zeventig abortus in het eerste trimester wilde toestaan laten een vergelijking niet toe, althans niet zoals het Hof poneert:

'Hieraus Schlußfolgerungen für die verfassungsrechtliche Bewertung einer nicht vom Staat, sondern von der Schwangeren selbst oder mit ihrem Willen von Dritten vorgenommenen Abtötung der Leibesfrucht zu ziehen, ist um so weniger am Platze, als das nationalsozialistische Regime entsprechend seiner biologisch-bevölkerungspolitischen Ideologie gerade dazu einen rigorosen Standpunkt eingenommen hatte'.

- 93 Normaliter heeft een verwijzing naar de eigen verantwoordelijkheid van het individu onder Art. 2 lid 1 GG een andere connotatie: het individu wordt in staat geacht, zijn staatsvrije sfeer op een wijze in te richten die hem het beste past. Afgaand op de eigen verantwoordelijkheid van het individu past in beginsel geen staatsingrijpen. Hier wordt de verantwoordelijkheid op een andere wijze uitgelegd en toegepast, en gaat het Hof er vanuit dat de verwijzing naar de 'Natur der Sache' – verantwoordelijkheid van de vrouw voor het ongeboren leven – één benadering van de staat past. De vrouw kan kennelijk geen of onvoldoende eigen verantwoordelijkheid dragen voor het ongeboren leven.
- 94 Uitzonderingen op het verbod van abortus blijven mogelijk, bijvoorbeeld wanneer het leven of de gezondheid van de zwangere vrouw in gevaar is.
- 95 Aldus de *dissenters* bij deze uitspraak die met 6-2 werd beslist (*Schwangerschaftsabbruch* I, 39 BVerfGE I, 68 en met name 73 e.v. (1975)).
- 96 In *X en Y t. Nederland* (EHRM 25 maart 1985, Serie A vol. 91) leek sprake te zijn van een vergelijkbaar fenomeen: hier achtte het EHRM strafrechtelijke consequenties van schending van een grondrecht noodzakelijk. In *X en Y t. Nederland* bestond de strafrechtelijke sanctie echter al. Het Hof was vooral van mening dat die sanctie ook geëffectueerd moest kunnen worden door verstandelijk gehandicapten. Het klachtrecht diende aldus op enkele aspecten anders te worden ingericht.

Hier wordt de vergelijking die door de meerderheid werd gehanteerd als argument voor afwijzing van abortus in twijfel getrokken; de *dissenters* brengen een argument met een andere en evenzeer legitieme invalshoek in, namelijk de wil van de zwangere vrouw de zwangerschap te beëindigen.⁹⁷ Zij toonden met hun vergelijking aan, dat de door de meerderheid voorgestelde analogie met de gedwongen abortus onder het nazi-regime mank gaat. Na de hereniging met voormalig Oost-Duitsland diende zich in 1993 de tweede abstracte herziening aan.⁹⁸ De constitutionele vereisten ter zake van de voormalige meest liberaler Oost-Duitse abortuswetgeving zouden eerst twee jaar na toetreding tot West-Duitsland gaan gelden. Gedurende die twee jaren werd gewerkt aan een uniformerende wet; het compromis tussen de twee Duitse abortusbenaderingen hield uiteindelijk in dat abortus gedurende het eerste trimester niet meer strafbaar was, maar dat de zwangere vrouw die abortus overwoog zich uitgebreid moest laten voorlichten. De positieve verplichting van de staat in de vorm van een strafbaarstelling werd omgezet in uitgebreide voorlichtings- en besluitvormingsprocedures. Er werd bezwaar gemaakt door een groep van 250 parlementariërs. Op hoofdlijnen van het recht op leven en het recht van de vrouw op handelingsvrijheid werd *Schwangerschaftsabbruch I* bevestigd, en de decriminalisering van abortus in het eerste trimester van de zwangerschap aanvaard.⁹⁹ Het parlement aanvaardde uiteindelijk een regeling waarin de verplichte voorlichting zich specifiek toesneed op invloeden van buitenaf die een gevaar zouden kunnen betekenen voor de beslissing van de zwangere vrouw.

De beslissing van het Duitse Hof is wat de uitkomst betreft diametraal tegenovergesteld aan de beslissing van het Amerikaanse Hooggerechtshof in *Roe v. Wade*.¹⁰⁰ Twee uitgangspunten liggen hieraan ten grondslag: in de eerste plaats kent de Duitse rechter aan de ongeborene vanaf het begin van conceptie een recht op leven toe, en in de tweede plaats verbindt de Duitse rechter een positieve verplichting aan dat recht, namelijk strafbaarstelling van abortus.¹⁰¹ Beide aspecten zijn voor wat betreft de materiële invul-

97 Uiteindelijk stelde de wetgever een nieuwe wet op waarin de strafbaarstelling zoals door het Hof voorgeschreven werd gehandhaafd. Abortus was voortaan strafbaar, maar kon worden ondergaan indien medische, genetische, sociale en ethische gronden daartoe noopten. Abortus op medische indicatie kon worden uitgevoerd tot 22 weken, terwijl de abortussen met een andere indicatie na overleg met een deskundige konden worden ondergaan. Bijna 80% van de ondergane abortussen had een sociale indicatie (Kommers 1997, p. 347). Abortus wordt, om het even om welke reden, vergoed door de staat.

98 *Schwangerschaftsabbruch II*, 88 BVerfGE 203 (1993).

99 *Schwangerschaftsabbruch II*, 88 BVerfGE 203, 252 e.v. (1993).

100 Par. 5.3.3.

101 Overigens is het Duitse Hof na de eerste abortusbeslissing in 1975 niet meer zo ver gegaan, een strafbaarstelling te verbinden aan een positieve verplichting, ook niet op andere grondrechtelijke terreinen. Het Hof werd opgeroepen in een zaak over de stationering van kernwapens op Duitse bodem tot het invulling geven aan een positieve verplichting van de staat die zou inhouden dat de staat op een andere wijze zou moeten komen tot de best mogelijke afweer ervan (66 BVerfGE 39, 60 e.v. (1983)). Het Hof wees die eis af met een beroep op de beoordelingsvrijheid van de politieke organen in deze beslissing. In de zaak *Schleyer*, 46 BVerfGE 160 (1977) werd het Hof gevraagd te oordelen over het recht op leven van de ontvoerde Schleyer. De ontvoerders dreigden hun slachtoffer te doden als de regering niet snel zou besluiten om enkele RAF-leden uit gevangenschap vrij te laten. De regering weigerde dit echter, waardoor het leven van Schleyer op het spel kwam te staan. De zoon spande een kort geding aan bij het Hof met een aanspraak op het recht op leven ex Art. 2 lid 2 GG, die verder inhield dat de

ling in de Amerikaanse variant nagenoeg afwezig. Minstens zo interessant zijn de overeenkomsten. Zowel het Duitse Hof als het Amerikaanse Hooggerechtshof interpreteerden de individuele aanspraken aan de hand van zeer open normen. Beide rechters werden beticht van rechterlijk activisme: aan de hand van een extensieve invulling van rechtsnormen werd in beide gevallen wetgeving in formele zin terzijde gesteld.

Toch kan over de juistheid van de kwalificatie 'activisme' of 'terughoudendheid' in dit verband worden getwist, los van de al of niet gewenste uitkomst. De *dissenting* in de Duitse zaak pleitte tegen rechterlijke interventie vanwege de 'hercriminalisering' van abortus door de rechter. Zo twijfelden de *dissenters* in *Roe v. Wade* eveneens de indeling van de zwangerschap in trimesters aan de hand waarvan abortus legitiem kon worden geacht. Deze aspecten hadden, zo stelden de Duitse en Amerikaanse pleiters voor een terughoudende opstelling, overgelaten moeten worden aan de wetgever. Opvallend daarbij is, dat het kennelijk niet echt verschil maakt of het om een geschreven (het recht op leven ex Art. 2 lid 2 GG) of een ongeschreven grondrecht (privacy en het ongeschreven recht op abortus) ging: het feit dat de rechter zich voor de beoordeling van de concrete zaak ver weg bewoog van het concrete geschil wordt in dit verband doorslaggevend geacht voor de mate van activisme.¹⁰² Vraag is dan, of de beslissingen van de rechters zonder 'recriminalisering' (Duitsland) of trimesterssysteem (Verenigde Staten) wel stand hadden kunnen houden zonder verwijt van activisme. In dit verband blijkt uit de redeneringen, dat het van groot belang was dat het in het geding zijnde recht kennelijk nader diende te worden geconcretiseerd, en dat aan de concretisering de genoemde 'recriminalisering' respectievelijk het trimesterssysteem onlosmakelijk verbonden waren. Uit de reactie van de wetgever in beide stelsels blijkt de onzekerheid over de juistheid van de rechterlijke taakopvatting. In beide stelsels werd relatief kort na de beslissing wetgeving tot stand gebracht die deze op de proef stelde.

6.3.5 *Het recht op het eigen beeld en het gesproken woord*

Een aanspraak op de beschikking van het individu over het eigen gesproken woord en beeld dat het van zichzelf wil afgeven, bevestigde het Hof als recht in *Eppler*.¹⁰³ Deze uitspraak wordt hier nader belicht, omdat het Hof uiteen zet welke de betekenis is van Art. 1 lid 1 in combinatie met Art. 2 lid 1 GG. Het in *Soraya* erkende algemene persoonlijkheidsrecht werd hier tot maatstaf verheven voor grondrechtelijke beoordeling van de individuele aanspraak. Eppler, lid van de Sozialdemokratische Partei (SPD), zag zichzelf beschadigd door een speech van de Christendemokratische Union (CDU); hem werden uitlatingen en een gedachtegoed toegedicht die hij niet had geuit en die evenmin zo zouden kunnen worden afgeleid uit zijn bewoordingen.¹⁰⁴ De CDU meende uit

regering verplicht was om aan de eis tegemoet te komen. Het Hof wees die eis af; ook hier gaat een positieve verplichting niet zover. Het Hof stelde zich terughoudend op, al wees het de aanspraak op een recht op leven niet af. Deze werd echter niet gehonoreerd.

102 In de Amerikaanse situatie was de herkomst van het recht op abortus zeer omstreven; dat was met het recht op leven van het 'ongeboren leven' in de Duitse situatie nauwelijks het geval.

103 *Eppler*, 54 BVerfGE 148 (1980).

104 *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 149 (1980).

de woorden van Eppler te kunnen afleiden, dat de voorstellen van de SPD onmiskenbaar socialistisch zouden zijn, in die zin dat de partij, eenmaal aan de macht, voornemens was de banken en de industrieën te nationaliseren. Het Hof zag in deze civiele zaak voor zichzelf 'enkel een interpretatiefunctie' weggelegd. Uitgangspunt, aldus het Hof, is hier het uit Art. 1 lid 1 GG in samentrekking met Art. 2 lid 1 GG voortvloeiende algemene persoonlijkheidsrecht.¹⁰⁵ Dat algemene persoonlijkheidsrecht, zo herhaalde het Hof, vult de in de grondwet benoemde vrijheidsrechten aan:

'Dieses ergänzt als "unbenanntes" Freiheitsrecht die speziellen ("benannten") Freiheitsrechte, die, wie etwa die Gewissens- oder die Meinungsfreiheit, ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen'.¹⁰⁶

Naast deze vaststelling achtte het Hof het noodzakelijk de vangnetachtige functie van Art. 2 lid 1 GG te onderstrepen. Vanwege bijvoorbeeld voortschrijdende technische ontwikkelingen bestaat de noodzaak, om langs de niet in de grondwet geëxpliciteerde rechten te komen tot een zo volledig mogelijke rechtsbescherming van het individu:

Seine Aufgabe ist es, [...] die engere persönliche Lebenssphäre [...] zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen; diese Notwendigkeit besteht namentlich auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen für den Schutz der menschlichen Persönlichkeit'.¹⁰⁷

Deze overweging naar 'moderne ontwikkelingen' lijkt niet direct in verband met het feitencomplex of met de beoordeling van de aanspraak van *Eppler* te staan; zij heeft meer weg van een obiter dictum. In de latere rechtspraak, zo zal hierna blijken, vormde deze overweging echter vaak een belangrijke aanleiding voor de ontwikkeling van nieuwe rechten uit het algemene persoonlijkheidsrecht. Het algemene persoonlijkheidsrecht dat wordt afgeleid uit Art. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG tezamen, dient verder op andere wijze benaderd te worden dan bijvoorbeeld de algemene handelingsvrijheid ex Art. 2 lid 1 GG, aldus het Hof.¹⁰⁸ Art. 2 lid 1 GG vormt een actieve component van het algemene persoonlijkheidsrecht, welke de staat verplicht zich te onthouden van het treden in de algemene handelingsvrijheid. De andere, meer passieve componenten van het algemene persoonlijkheidsrecht dienen echter nog nader omschreven te worden. Het Hof duidde aan niet een uitputtend algemeen persoonlijkheidsrecht te willen positiveren, maar dat dat recht zich op casuïstische wijze zal ontwikkelen in de rechtspraak.¹⁰⁹ Op deze wijze zijn verschillende 'Schutzgüter' in het persoonlijkheidsrecht reeds erkend, aldus het Hof.¹¹⁰ De aanspraak van *Eppler* kon, aldus het Hof, echter niet worden

105 *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 153 (1980).

106 *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 153 (1980).

107 *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 153 (1980).

108 *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 153 (1980).

109 *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 153-154 (1980).

110 Het Hof vestigde in *Eppler* de aandacht op de erkenning onder het algemene persoonlijkheidsrecht van de privésfeer, geheimhouding en intieme sfeer (onder meer *Mikrozensus*, *Ehescheidungsakten*, *Arztkartei*, *Sexualkundeunterricht* en *Transsexuelle*); het recht op persoonlijke eer, het recht op beschikking van het individu terzake van de afbeelding (*Lebach*), het recht op beschikking over het eigen gesproken woord en onder bepaalde omstandigheden het recht verschoond te blijven van niet gedane uitingen

gekwalficeerd onder één van de tot dusverre in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen 'Schutzgüter':

'Den bisherigen Konkretisierungen des durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Persönlichkeitsrechts unterfällt der der Verfassungsbeschwerde zugrunde gelegte Sachverhalt nicht. [...] Sofern ein solches Schutzgut nicht beeinträchtigt ist, bedeutet es gleichfalls einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, wenn jemandem Äußerungen in den Mund gelegt werden, die er nicht getan hat und die seinen von ihm selbst definierten sozialen Geltungsanspruch beeinträchtigen'.¹¹¹

Het leek er even op, dat Epplers aanspraak zou worden gekwalficeerd onder het recht om verschoond te blijven van niet gedane uitingen, dat reeds in bijvoorbeeld *Soraya* tot ontwikkeling was gekomen, maar dat achtte het Hof voor Epplers aanspraak niet voldoende dekkend. In Epplers aanspraak school volgens het Hof een ander aspect van zelfbeschikking dat was geschonden: de uiting was niet alleen schadelijk voor Eppler als persoon – in zover was zijn aanspraak vergelijkbaar met die van *Soraya*.¹¹² De uitingen waren eveneens schadelijk voor het sociale verband – de kiezerskring die Eppler wenste aan te spreken. Het Hof definieerde dit belang van Eppler als volgt:

'[...] wenn jemandem Äußerungen in den Mund gelegt werden, die er nicht getan hat und die seinen von ihm selbst definierten sozialen Geltungsanspruch beeinträchtigen'.¹¹³

De analogie die het Hof in *Eppler* hanteerde voor de legitimatie van de norm van hoger recht, in casu het algemene persoonlijkheidsrecht, als norm was gebaseerd op twee grondwetsartikelen en op rechtspraak. Opvallend is, dat het Hof in *Eppler* uitspraken aanhaalde die tot ontwikkeling waren gekomen onder het dan toe gehanteerde recht op een 'unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung'. De positivering van het algemene persoonlijkheidsrecht had reeds in *Tonband* en *Soraya* zijn beslag gekregen; als zelfstandige rechtsgrondslag fungeerde het voor de eerste keer expliciet in *Eppler*. Epplers aanspraak vloeit, aldus het Hof, logisch uit dat algemene persoonlijkheidsrecht voort, evenals de andere door het Hof aangehaalde rechten. Het Hof koos hierbij voor het algemene persoonlijkheidsrecht als norm van hoger recht. De bestaande concretisering die tot ontwikkeling waren gekomen in het kader van het recht op een 'unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung' werden nu als het ware opnieuw geschikt onder het algemene persoonlijkheidsrecht. Een nadere motivering voor de vergelijkbaarheid van de verschillende casus werd niet gegeven; die achtte het Hof waarschijnlijk voldoende onderbouwd met het feit dat de genoemde jurisprudentie was gevestigd onder het recht op een 'unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung'. Het was echter niet duidelijk of dat recht hetzelfde inhield – in beschermingsomvang bijvoorbeeld – als het algemene persoonlijkheidsrecht.

(*Soraya*).

¹¹¹ *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 154 (1980).

¹¹² *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 155-156 (1980).

¹¹³ *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 155 (1980).

6.3.6 *Het recht op 'informationele zelfbeschikking'*

Een volgende opzienbarende uitspraak deed het Hof in *Volkszählung* (1983).¹¹⁴ Na in 1969 in *Mikrozensus*¹¹⁵ negatief geoordeeld te hebben over de vraag, of een onder-vraging over levensstijl een inbreuk zou kunnen betekenen op het algemene persoonlijkheidsrecht, oordeelde het Hof in 1983 in *Volkszählung* dat een wettelijke verplichting om daaraan mee te werken wel kan indruisen tegen het algemene persoonlijkheidsrecht.¹¹⁶ In een spoedprocedure besliste het Hof, dat de klacht ter zake van een dreigende inbreuk op het algemene persoonlijkheidsrecht toelaatbaar was; uitputting van de rechtsmiddelen was niet noodzakelijk omdat de gevreesde schade dan reeds zou zijn geleden.¹¹⁷ Het Hof achtte de wet niet strijdig met het recht op onschendbaarheid van de woning ex Art. 13 GG. Dat recht, aldus het Hof, ziet enkel toe op de ruimtelijke privé-sfeer en beschermt tegen fysiek binnendringen tegen de wil van de bewoner.¹¹⁸ Evenmin wordt een negatief recht op vrijheid van meningsuiting ex Art. 5 lid 1 GG – de vrijheid om een mening niet te uiten – geraakt door de wet: het Hof beschouwt het doen van mededelingen over feiten niet als het uiten van een mening in enge zin.¹¹⁹

Toetsingsmaatstaf was hier het algemene persoonlijkheidsrecht ex Art. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG. De kwalificatie van de aanspraak onder het algemene persoonlijkheidsrecht leek zonder problemen gerechtvaardigd te kunnen worden aan de hand van een analogie:

'Es umfaßt – wie bereits in der Entscheidung BVerfGE 54, 148 (155) unter Fortführung früherer Entscheidungen (BVerfGE 27, 1 (6) – Mikrozensus; 27, 344 (350 f.) – Scheidungsakten; 32, 373 (379) – Artzkarrei; 35, 202 (220) – Lebach; 44, 353 (372 f.) – Suchtkrankenberatungsstelle) angedeutet worden ist – auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgendende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden (vgl. ferner BVerfGE [...] 63, 131 (142) Gegendarstellung)'.¹²⁰

Het Hof nam de aanspraken uit deze zaken samen en concludeerde tot een norm van hoger recht inhoudende dat het individu zelf moet kunnen beslissen over het wel of niet afstaan van persoonlijke informatie. Nu komt dat recht, aldus het Hof in *Volkszählung*,

¹¹⁴ *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1 (1983).

¹¹⁵ *Mikrozensus*, 27 BVerfGE 1 (1983).

¹¹⁶ Middels federale wetgeving werd een volkstelling georganiseerd om data te verkrijgen over de demografische en sociale structuren in de Bondsrepubliek. Niet alleen werden basisgegevens met betrekking tot de identiteit gevraagd, maar eveneens werkgerelateerde gegevens onder meer over inkomen, opleiding, werktijden, wijze van transport van en naar het werk. In de wet was vastgelegd, dat delen van de statistische verzameling data konden worden overgenomen door lokale overheden, die aan de hand van die data hun beleid op het terrein van milieu en ruimtelijke ordening zouden kunnen bepalen en aanpassen.

¹¹⁷ *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 37 (1983).

¹¹⁸ *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 40 (1983). Tot fysiek binnendringen van de woning rekent het Hof eveneens het inbouwen van afliesterapparatuur en het gebruik daarvan in een woning, maar niet het vragen naar informatie omtrent activiteiten die in en om de woning worden ondernomen (zie bijvoorbeeld *Betriebsbetretungsrecht*, 32 BVerfGE 54, 72 (1971)).

¹¹⁹ *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 41 (1983).

¹²⁰ *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 42 (1983).

in het kader van de huidige technologische ontwikkelingen, een bijzondere mate van rechtsbescherming toe.¹²¹ Met de komst van moderne dataverwerkingsprocessen en mogelijke koppelingen van bestanden dreigt de 'Befugnis' van het individu, zoals het Hof hierboven aanduidt, in beginsel zelf te kunnen beslissen aan wie het welke informatie openbaart, illusoir te worden. Indien het individu niet met een minimale zekerheid kan overzien, welke informatie over hem in zijn sociale omgeving bekend is, zal het zich in zijn vrijheid wezenlijk geremd kunnen voelen, aldus het Hof.¹²²

Het Hof erkende een recht op 'informatieele zelfbeschikking' als onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht. Het bestaan van dat recht werd in de eerste plaats afgeleid uit de analogie met genoemde jurisprudentie, en nader gerechtvaardigd aan de hand van algemene beschouwingen over de gevaren van data-opslag en verwerking van gegevens van burgers. De norm van hoger recht, hiervoor aangeduid als een recht van het individu, zelf te kunne beschikken over persoonlijke informatie, is van abstract karakter. De genoemde uitspraken werden door het Hof niet vergeleken naar feiten-complex, maar naar de norm waardoor zij worden beheerst, en onder welke zij werden beoordeeld.

Nadat het Hof het recht op 'informatieele zelfbeschikking' had gepositieerd, ging het over tot de vaststelling van de reikwijdte van dit recht; ten slotte diende aan de hand van de 'informatieele zelfbeschikking' te worden gezien in hoeverre de federale wet grondwettig was.¹²³ *Mikrozensus* had voor de honorering van de aanspraak op het recht op 'informatieele zelfbeschikking' in *Volkszählung* nog een barrière kunnen opwerpen. In de eerste zaak had het Hof namelijk wel aangenomen dat het individu evenwel een zelfbeschikkingsrecht heeft, maar dat het door verplichte medewerking aan onder-vraging niet in te vergaande mate zijn persoonlijkheidsrecht zou worden getroffen. Dertien jaren later dacht het Hof daar kennelijk anders over. De opmerking, dat de technologische stand van zaken dwong tot een ruimer mate van bescherming van het recht op 'informatieele zelfbeschikking', was in de optiek van het Hof voldoende:

'Ihrem Schutz dient [...] das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das gerade auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen kann (vgl. 54, 148 (153)).'¹²⁴

Zoals hiervoor aangegeven leek de opmerking over 'moderne ontwikkelingen' in *Eppler* het karakter van een obiter dictum te dragen. In *Volkszählung* bleek deze zeer bruikbaar. Het recht op 'informatieele zelfbeschikking' bleek naderhand in zeer uiteenlopende grondrechtsconflicten uitkomst te bieden. Een onder curatele gesteld individu hoefde aan zijn verhuurder bij het aangaan van het huurcontract niets mede te delen over de curatele; de verhuurder behoefde niet te vrezen voor consequenties van de niet-nakoming van het huurcontract. Het onder curatele staande individu is immers

121 *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 42 (1983).

122 *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 43 (1983).

123 *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 44 (1983).

124 *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 41 (1983).

via een vertegenwoordiger contractueel gebonden. Een individu dat onder curatele staat kan een belang hebben bij verzwijging daarvan, omdat een eventuele verplichting tot mededeling stigmatiserend kan werken en terugkeer naar een 'gewone' burgerstatus bemoeilijken.¹²⁵

Het Hof erkende in *Transsexuelle II* onder verwijzing naar 'informatieele zelfbeschikking' uit *Volkszählung* eveneens de aanspraak van transseksuelen jonger dan 25 jaar, de voornaam aan te kunnen aanpassen aan de nieuwe geslachtelijke identiteit.¹²⁶ De wet sloot tot dusverre naamsverandering voor transseksuelen jonger dan 25 jaar uit. De bedoeling van de wet was juist, het recht op 'informatieele zelfbeschikking' te beschermen, aldus het Hof.¹²⁷ De gelijkstelling van transseksuelen van jonger en van ouder dan 25 jaar werd overigens beslist op basis van het recht op gelijke behandeling. De 'informatieele zelfbeschikking' werd in *Transsexuelle II* toegespitst op het recht van het individu op privé-sfeer op het terrein van intimiteit en seksualiteit. Dit aspect van de seksuele zelfbeschikking in de privé-sfeer, en meer van het algemene persoonlijkheidsrecht, had het Hof reeds erkend in *Sexualkundeunterricht* en bevestigd in *Transsexuelle I*.¹²⁸

In de zaak *Psychologisches Gutachten* rees de vraag, of een medisch-psychologisch onderzoek, dat werd ingesteld wanneer een automobilist werd betrappt het besturen van een voertuig na drugsgebruik, in overeenstemming was met het algemene persoonlijkheidsrecht.¹²⁹ De betrokken bestuurder weigerde zich aan een dergelijk onderzoek te onderwerpen, met onder meer een beroep op 'informatieele zelfbeschikking', en een bezwaar over het feit dat een dergelijk onderzoek niet werd ingesteld indien een bestuurder betrappt was op alcoholgebruik.¹³⁰ Het Hof erkende de aanspraak onder het algemene persoonlijkheidsrecht, meer in het bijzonder de 'informatieele zelfbeschikking'.¹³¹ De vragen die tijdens het psychologische onderzoek werden gesteld, drongen in te hoge mate binnen in het privé-leven van de klager, aldus het Hof.¹³²

125 *Entmündigten*, 84 BVerfGE 192, 195-196 (1991). In dit verband vormde de constitutionele variant van het algemene persoonlijkheidsrecht de norm van hoger recht waarmee de rechter ook in zuiver horizontale en dus privaatrechtelijke verhoudingen rekening dient te houden. De informatieele zelfbeschikking is één van de concretisering van daarvan, die echter voor de beoordeling van concrete geschillen wederom dient te worden gespecificeerd.

126 *Transsexuelle II*, 88 BVerfGE 87 (1993).

127 *Transsexuelle II*, 88 BVerfGE 87, 97 (1993).

128 Zie respectievelijk 47 BVerfGE 46, 73 (1977) en 49 BVerfGE 286, 289 (1978).

129 *Psychologisches Gutachten*, 89 BVerfGE 69 (1993).

130 *Psychologisches Gutachten*, 89 BVerfGE 69, 76 (1993).

131 'Dieses Recht schützt grundsätzlich vor der Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter (vgl. BVerfGE 32, 373 (378 ff.)); 44, 353 (372 ff.); 65, 1 (41 f.) [...]). Der Schutz ist um so intensiver, je näher die Daten der Intimsphäre des Betroffenen stehen, die als unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung gegenüber aller staatlicher Gewalt Achtung und Schutz beansprucht (vgl. [...] 65, 1 (45 f.).'

132 Gevraagd werd naar het ouderlijk huis, opleiding, beroep, burgerlijke status, kinderen, ziekten, operaties, alcohol, roken, financiële achtergronden en vrijetijdsbesteding.

Uit het recht op zelfbeschikking leek op het eerste gezicht verder eveneens voort te vloeien, dat het individu in beginsel een recht heeft, dagboekantekeningen voor zichzelf te behouden. In *Tagebuch* diende het Hof te beoordelen, in hoeverre deze aanspraak zou worden erkend als recht:

'Das in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden (vgl. BVerfGE 65, 1 (41)).'¹³³

In deze kwestie was de vraag gerezen of dagboekantekeningen nu wel of niet moesten worden geopenbaard in een strafproces. De lagere rechter had hierom verzocht, omdat de aantekeningen een inzicht zouden geven in de geestelijke toestand van de verdachte; deze werd verdacht van moord. Het Hof erkende niet een zelfstandig recht op geheimhouding van dergelijke aantekeningen, maar knoopte direct aan bij de norm van hoger recht zoals geformuleerd in *Volkszählung*. De aanspraak werd gevestigd onder een recht op informationele zelfbeschikking. Hierna diende te worden vastgesteld, welke de reikwijdte van dat recht in *Tagebuch* zou zijn. Daartoe bepaalde het Hof, in welke sfeer de aanspraak van de klager zich bevond. Kon de aanspraak op geheimhouding van intieme details worden geplaatst in een kern, die een absoluut onaanastbaar recht op privé-leven garandeert? Of diende de aanspraak te worden geplaatst in een meer perifere privé-sfeer waarin het individu – doordat het gedachten en gevoelens had opgetekend – in contact was gekomen met de buitenwereld? In de tweede sfeer kan zich de situatie voordoen, dat eventuele inbreuken op het recht op privé-leven – zij het op basis van zeer zwaarwegende redenen – moeten worden getolereerd. In dat geval zou de klager, na afweging van het algemene – het belang van een goede strafprocesorde – en het individuele belang van de klager, kunnen worden verplicht tot openbaring van de dagboekantekeningen.

Het Hof kwam niet tot overeenstemming in de kwestie van de sferen: vier rechters stemden voor plaatsing van de aanspraak in de absolute kern van het recht waarin ingrijpen op geen enkele manier gerechtvaardigd kan zijn, en vier rechters voor de plaatsing van de aanspraak in de meer perifere sfeer. Het gevolg was, dat de grondrechtsaanspraak werd afgewezen door het Hof.¹³⁴ Kern van het meningsverschil was de vraag, of het opschrijven van ervaringen en gevoelens nu wel of geen sociale betekenis toekwam.¹³⁵ Plaatsing in de kernsfeer zou tot gevolg hebben gehad, dat de dagboek-

¹³³ *Tagebuch*, 80 BVerfGE 367, 373 (1989).

¹³⁴ *Tagebuch*, 80 BVerfGE 367 (1989). Zie ook Art. 15 lid 3 BVerfGG, derde volzin: 'Bei Stimmengleichheit kann ein Verstoß gegen das Grundgesetz oder sonstiges Bundesrecht nicht festgestellt werden'.

¹³⁵ Zie ook *Schubart*, 82 BVerfGE 236 (1990). Het Hof moest in deze zaak beoordelen, of een persoon verantwoordelijk kan worden geacht voor rellen die ontstaan tijdens een demonstratie, indien hij een oproep doet tot een offensieve demonstratie. De vraag rees, of bestraffing van deze persoon niet inruist tegen zijn recht op vrijheid van meningsuiting ex Art. 5 lid 1 GG. Ook hier kwam het Hof niet tot overeenstemming. (82 BVerfGE 236, 269 (1990)).

aantekeningen niet onthuld zouden hoeven worden, terwijl plaatsing in de perifere sfeer juist ruimte voor inbreuken van staatswege zou hebben gecreëerd.

6.3.7 *Het recht, de biologische afstamming te kennen*

Het algemene persoonlijkheidsrecht vormde in *Kenntnis der eigenen Abstammung* (1989) de grondslag voor erkenning van de aanspraak, de waarheid over de biologische afstamming te kunnen vernemen.¹³⁶ Enkele civielrechtelijke bepalingen stonden in de weg aan het vernemen van die kennis: een meerderjarige vrouw wilde van haar ouders weten of haar wettelijke vader eveneens haar biologische vader was. Art. 1593, 1598 en 1596 BGB stonden onderzoek naar de kennisneming van de afstamming – tegen de wil van de ouder(s) – enkel toe in de gevallen waarin het kind meerderjarig was, de vader overleden was, de ouders gescheiden waren of indien kennisname vanwege erfelijke ziekten van de biologische vader aangewezen was en kon worden gerechtvaardigd. Van één van deze gronden was in voornoemde zaken geen sprake; de ouders hadden aangegeven, niet te willen scheiden.¹³⁷ De wetgever had in dit verband met name het belang dat het grondwettelijk beschermde instituut van ‘familie’ heeft bij rust en harmonie, voorrang willen verlenen boven het recht van het kind.¹³⁸ In dit verband erkende de wetgever enkel een ‘belang’ van het kind bij het kennen van de afstamming.

De opbouw van de redenering voor de erkenning van het belang van het kind bouwde het Hof in verschillende stappen op. Allereerst stelde het Hof vast, dat de aangevochten uitzonderingsloze wettelijke bepalingen in strijd met het algemene persoonlijkheidsrecht zijn.¹³⁹ Het Hof vervolgde met de vaststelling van de omvang van het algemene persoonlijkheidsrecht. Het zette daarin een aantal ijkpunten uit, die voor de vaststelling van de reikwijdte van het belang bij de kennis van de afstamming van belang zijn:

‘Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ergänzt als “unbenanntes” Freiheitsrecht die speziellen (“benannten”) Freiheitsrechte, die, wie etwa die Gewissens- oder die Meinungsfreiheit, ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen. Seine Aufgabe ist es, im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten, die sich durch die traditionellen Freiheitsgarantien nicht vollständig erfassen lassen; diese Notwendigkeit besteht namentlich auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen für den Schutz der menschlichen Persönlichkeit (vgl. BVerfGE 54, 148 (153)).’¹⁴⁰

¹³⁶ *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256 (1989).

¹³⁷ *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256, 257-258 (1989).

¹³⁸ ‘Grund für die Begrenzung des Anfechtungsrechts des Kindes sei es, den Familienfrieden und den Bestand der Ehe der Mutter nicht durch Prozesse zu gefährden oder gar zu zerstören. Damit werde das aus dem Persönlichkeitsrechts des Kindes abzuleitende Interesse an der Feststellung seiner wahren Abstammung sowie an einer entsprechenden familienrechtlichen Zuordnung zurückgestellt’, *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256, 260 (1989).

¹³⁹ *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256, 268 (1989).

¹⁴⁰ *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256, 268 (1989).

Vier zaken vallen op. In de eerste plaats maakt het Hof onderscheid tussen 'onbenoemde' en 'benoemde' fundamentele rechten. Het algemene persoonslijksheidsrecht omvat als onbenoemd recht een aanvullende categorie rechten die de in de constitutie benoemde rechten aanvult. Het Hof creëert aldus ruimte voor de tussenvoeging van een ongeschreven recht. De ruimte voor onbenoemde rechten is van belang omdat de 'traditionele' vrijheidsrechten niet altijd in staat zijn, aldus het Hof, een voldoende bescherming van het beginsel van de menselijke persoonslijksheid te garanderen. Het Hof heeft het persoonslijksheidsrecht juist daarom niet uitputtend beschreven: het houdt de weg open voor mogelijke rechtsontwikkelingen. In de tweede plaats vestigt het Hof de aandacht op het belang van een dynamisch-evolutieve benadering van het persoonslijksheidsrecht. De weg voor deze benadering had het Hof reeds geopend in *Eppler*, waarin het aangaf, dat moderne technologische ontwikkelingen een bedreiging zouden kunnen gaan vormen voor grondrechten. Nu werd de dynamische benadering in *Eppler* ingegeven door die technologische ontwikkelingen. In *Kenntnis der Abstammung* kreeg de dynamische benadering een ietwat merkwaardige functie. Aan de hand van het argument van de bedreigingen die voortvloeien uit technologische ontwikkelingen werd in *Eppler* geconcludeerd dat de uitoefening van het grondrecht tezeer werd beperkt, terwijl deze ontwikkelingen in onderhavige zaak juist leidden tot een potentiële uitoefening van een grondrecht. Ten derde werd ter zake van de interpretatie van het algemene persoonslijksheidsrecht de casuïstische benadering benadrukt door het Hof. Deze benadering wordt wellicht gehanteerd, om de indruk weg te nemen dat de rechter zelf wetgevende activiteiten tot stand brengt. Het punt van de casuïstiek is van belang, omdat het Hof het eventuele verwijt van rechterlijk activisme in de kiem wenst te smoren. Hij oordeelt immers in een concreet geschil:

'Wegen der Eigenart des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Inhalt des geschützten Rechts nicht abschließend umschrieben, sondern seine Ausprägungen jeweils anhand des zu entscheidenden Falles herausgearbeitet'.¹⁴¹

Deze aanloop naar het recht op kennis van de eigen afstamming is niet zonder belang, omdat de aanspraak, die tot dusverre nog geen gepositieerde rechtsnorm kende in de Duitse constitutionele orde, een plaats moest veroveren in het geheel van reeds benoemde fundamentele rechten. In de vierde plaats werd hier de analogie gehanteerd: het Hof grijpt terug op de reeds in andere zaken veelgeciteerde passage uit *Eppler*. Die verwijzing lijkt door zijn zeer algemene inhoud mogelijk te maken te komen tot de hiervoor genoemde dynamisch-evolutieve benadering. Het Hof vervolgde deze passage met een overweging waarin het tot een op de casus toegespitste interpretatie van het persoonslijksheidsrecht komt:

'Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann (vgl. BVerfGE 35, 202 (220)). Verständnis und Entfaltung der Individualität sind aber mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden. Zu diesen zählt neben anderen die Abstammung. [...] Als Individualisierungsmerk-

141 *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256, 268 (1989).

mal gehört die Abstammung zur Persönlichkeit, und die Kenntnis der Herkunft bietet dem Einzelnen unabhängig vom Ausmaß wissenschaftlicher Ergebnisse wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität. Daher umfaßt das Persönlichkeitsrecht auch die Kenntnis der eigenen Abstammung'.¹⁴²

In deze passage, die van doorslaggevend belang is voor de vaststelling van het belang bij het kennen van de afstamming, ontbreken directe verwijzingen naar concretere, juridische rechtsnormen.¹⁴³ Een eveneens veelgeciteerde passage uit *Lebach* vormde de grondslag voor de vestiging van het recht, de afstamming te kunnen kennen. De norm van hoger recht die *Lebach* en *Kenntnis der eigenen Abstammung* gemeenschappelijk hebben werd als volgt gedefinieerd:

'Das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Hierzu gehört auch das Recht, in diesem Bereich "für sich zu sein", "sich selber zu hören" [...].'¹⁴⁴

In *Lebach* leide het Hof uit het recht 'für sich zu sein' en 'sich selber zu hören' echter iets anders af dan in *Kenntnis der eigenen Abstammung*: *Lebach*, beoordeeld onder het recht op privé-leven, vestigde het recht op resocialisatie. In *Kenntnis der eigenen Abstammung* werd het belang van het individu, de biologische afstamming te kennen, erkend. De uitspraken *Lebach* en *Eppler* handelden beide over een norm van hoger recht van het individu te kiezen voor het persoonlijkheidsbeeld waarmee het in de openbaarheid wenst te treden. Dit element vormt in de optiek van het Hof een nadere concretisering van het algemene persoonlijkheidsrecht, dat een vergelijkbare grondrechtelijke status heeft met het recht, de afstamming te kennen. De rechtens relevante gemeenschappelijkheid van de uitspraken werd niet afgeleid uit de feitencomplexen maar uit de hier genoemde norm van hoger recht. Het Hof gaf in *Kenntnis der eigenen Abstammung* enkele algemene beschouwingen omtrent de invulling van het belang bij een recht op kennis van de afstamming. Juridische overwegingen spelen daarin niet direct een zichtbare rol:

'Sie (de afstamming) legt nicht nur die genetische Ausstattung des Einzelnen fest und prägt so seine Persönlichkeit mit. Unabhängig davon nimmt sie auch im Bewußtsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein'.¹⁴⁵

Enkele jaren later werden dezelfde bepalingen uit het BGB wederom aangevochten; deze keer werd geklaagd over het feit, dat het kind slechts gedurende een periode van twee jaren na het bereiken van de volwassen leeftijd, een procedure voor het achter-

142 *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256, 268-269 (1989).

143 Zeer kritisch over deze uitspraak die in *Kenntnis der eigenen Abstammung* werd gedaan is Ramm 1989, p. 1594 e.v. Hij stelt dat er geen enkele verwijzing werd gemaakt naar een juridische norm. De norm van hoger recht is in dit verband het aanknopingspunt voor de vergelijkbaarheid van beide zaken. Deze norm heeft een dermate hoge graad van abstractie, dat men zich kan afvragen of de norm een juridische kwaliteit heeft.

144 *Lebach*, 35 BVerfGE 202, 220 (1973).

145 *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256, 269 (1989).

halen van de precieze identiteit kon opstarten.¹⁴⁶ Deze beperking in de tijd was ingevoerd met de gedachte, dat een onbeperkte mogelijkheid, de wettigheid aan te vechten, rechtsonzekerheid zou kunnen opleveren.¹⁴⁷ Het Hof achtte de periode van twee jaren echter disproportioneel met het recht van het kind op de afstammingskennis. Die kennis is van belang om de volgende reden:

‘Zu den Elementen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit von entscheidender Bedeutung sein können, gehört die Kenntnis der eigenen Abstammung. [...] Die Kenntnis der Herkunft kann wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis des familiären Zusammenhangs und für die Entwicklung der eigenen Persönlichkeit geben. Die Unmöglichkeit, die eigene Abstammung zu klären, kann den Einzelnen erheblich belasten und verunsichern. Daher umfaßt das allgemeine Persönlichkeitsrecht das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung’.¹⁴⁸

Het gevolg van deze vaststelling was, dat het Hof dat deel van de bepaling dat de periode van twee jaren aangaf, ongrondwettig verklaarde. De wetgever werd opdracht gegeven, de bepaling, met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak en in *Kenntnis der Abstammung* was besloten, met de grondwet in overeenstemming te brengen.¹⁴⁹ In 1997 werd het bestaan van dat recht herbevestigd, en heeft het voorgoed bij de erkende constitutionele rechten een plaats verworven.¹⁵⁰

6.3.8 Aspecten van de geestelijke, fysieke en seksuele integriteit

In *Transsexuelle I* (1978) werd geklaagd over het feit dat de nieuwe geslachtelijke identiteit van een transseksueel niet werd erkend in de burgerlijke stand. De ambtenaar had geweigerd, een bij het nieuwe geslacht passende nieuwe naam op te nemen in het register van de burgerlijke stand. Een naamsverandering kon slechts worden doorgevoerd indien de nieuwe geslachtelijke identiteit in het bevolkingsregister was aangepast, maar daaraan stond de in beginsel onveranderlijkheid van de geslachtelijke identiteit in de weg. Het Hof was echter van mening, dat de aanspraak op een bij het geslacht passende naam diende te worden gezien als persoonlijkheidsrecht:

‘Dabei sind selbst unter Berücksichtigung des geschlechtsneutralen Vornamens Konfliktsituationen für den Beschwerdeführer nicht auszuschließen; die Sphäre, die diese berühren,

¹⁴⁶ *Ehelichkeitsanfechtung*, 90 BVerfGE 263 (1994).

¹⁴⁷ *Ehelichkeitsanfechtung*, 90 BVerfGE 263, 271 (1994).

¹⁴⁸ *Ehelichkeitsanfechtung*, 90 BVerfGE 263, 270-271 (1994).

¹⁴⁹ *Ehelichkeitsanfechtung*, 90 BVerfGE 263, 275 (1994). In *Vaterschaftsaskunft* in 1997 nam het Hof het bestaan van een recht, kennis van de afstamming te kunnen vernemen, wederom aan; ditmaal speelde de aanspraak in een horizontale verhouding. De klagster in deze zaak weigerde haar dochter mede te delen, wie haar biologische vader zou kunnen zijn. In de zaak *Vaterschaftsaskunft* stonden andere belangen tegenover elkaar dan in *Kenntnis der Abstammung* en *Ehelichkeitsanfechtung*. De moeder had in *Vaterschaftsaskunft* een zelfstandig recht bij de niet-onthulling van de identiteit van de vader – een recht op privé-leven. Dat recht op privé-leven – geconstrueerd uit het algemene persoonlijkheidsrecht ex Art. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG – omvatte eveneens de aanspraak van de moeder. De lagere rechters hadden naar de mening van het Hof aan het belang van de moeder niet het juiste gewicht toegekend. In *Vaterschaftsaskunft* besteedde het Hof met name aandacht aan het algemene persoonlijkheidsrecht van de moeder.

¹⁵⁰ *Vaterschaftsaskunft*, 96 BVerfGE 56 (1997).

gehört zum intimsten Bereich der Persönlichkeit, der prinzipiell staatlichen Zugriff entzogen ist [...] (vgl. BVerfGE 47, 46 (73)).¹⁵¹

De norm van hoger recht, het algemene persoonlijkheidsrecht, die *Transsexuelle I* beheerste is abstract van karakter. Meer concreet is de aanspraak gericht op een seksueel intieme privé-sfeer onder het algemene persoonlijkheidsrecht. De wetgever creëerde als gevolg van de uitspraak van het Hof een wet, die het mogelijk maakte de nieuwe identiteit van transseksuelen vast te leggen. Echter, enkele jaren na de inwerkingtreding van deze wet kwam er een klacht ter zake van de leeftijdsgrens, die was gesteld voor de mogelijkheid om een naamsverandering door te voeren in de burgerlijke stand. In *Transsexuelle II* kon de na *Transsexuelle I* aangepaste wet, die transseksuelen eerst vanaf de leeftijd van 25 jaren toestond de naam aan het geslacht aan te passen, geen genade vinden in de optiek van het Hof.¹⁵² Hier bracht het Hof het recht op erkenning van de nieuwe geslachtelijke identiteit in verband met het recht op informatiele zelfbeschikking dat het in *Volkszählung* had erkend.

Daarentegen was het Hof niet bereid, het recht op huwelijksluiting van partners van gelijk geslacht te erkennen als recht dat voortvloeit uit het algemene persoonlijkheidsrecht.¹⁵³ Steunend op *Transsexuelle I* hadden de klagers gehoopt een aanspraak te kunnen vestigen op die geslachtelijke identiteit. Het Hof had in *Transsexuelle I* namelijk enkele overwegingen gewijd aan de mogelijkheid van transseksuelen in het huwelijk te treden met een partner die het geslacht had dat zij voorheen zelf hadden gehad. In *Transsexuelle I* liet het Hof doorschemeren, niet te willen overgaan tot erkenning van het homohuwelijk onder het algemene persoonlijkheidsrecht:

‘Es mag sein, daß in der Bevölkerung die Eheschließung eines männlichen Transsexuellen mit einem Mann aus der unterschwelligen Vorstellung heraus abgelehnt wird, dies sei sittlich zu mißbilligen. [...] Hinzu kommt, daß nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse der männliche Transsexuelle keine homosexuellen Beziehungen wünscht, sondern die Verbindung mit einem heterosexuellen Partner sucht [...]’.¹⁵⁴

Het Hof weigerde in een latere zaak over het homohuwelijk überhaupt een aanspraak op een huwelijk tussen partners van gelijk geslacht te erkennen onder het algemene persoonlijkheidsrecht (1993).¹⁵⁵ Hier leek de grens van hetgeen mogelijk is in het kader van rechterlijke rechtsvinding ter zake van het algemene persoonlijkheidsrecht bereikt. Uit de uitspraak blijkt verder niet in hoeverre het Hof rekening houdt met de constitutionele verhoudingen; het maakt geen verwijzing naar discussies die in de samenleving worden gevoerd of over eventuele wetgeving in voorbereiding. Dat hoefde het Hof ook niet te doen: de kwalificatie van de aanspraak was immers afgewezen zodat aan genoemde discussies geen afzonderlijke aandacht behoefde te worden besteed.

151 *Transsexuelle I*, 49 BVerfGE 286 (298).

152 *Transsexuellengesetz*, 88 BVerfGE 87 (97).

153 *Kein Recht auf Eheschließung für gleichgeschlechtliche Partner*, BVerfGE 1 BvR 640/93, 1993 NJW 47, p. 3058.

154 *Transsexuelle I*, 49 BVerfGE 286, 300 (1978).

155 *Kein Recht auf Eheschließung für gleichgeschlechtliche Partner*, BVerfGE 1 BvR 640/93, 1993 NJW 47, p. 3058.

Ten slotte wordt de aandacht gevestigd op een analogie waarin de vergelijkbaarheid tussen de casus nauwelijks aanvaardbaar kan worden geacht. Het Hof heeft de aanspraak op het naamrecht expliciet erkend als uitvloeisel van het algemene persoonlijkheidsrecht.¹⁵⁶ De klagers in *Familiennamen* achtten het stelsel van naamtoewijzing na huwelijkssluiting echter niet in overeenstemming met het algemene persoonlijkheidsrecht: echtgenoten werden verplicht een dubbele naam te voeren. Zij wensten echter ieder de eigen achternaam te behouden. De rechter in eerste aanleg legde het Hof de prejudiciële vraag voor in hoeverre de wetbepalingen dienaangaande in overeenstemming waren met de grondwet. Het Hof erkende een recht de eigen naam te kunnen kiezen als uitvloeisel van het algemene persoonlijkheidsrecht onder verwijzing naar een uitspraak waarin het had geoordeeld over gemeentelijke herindeling in *Söhlde*.¹⁵⁷ De feitencomplexen van *Familiennamen* en *Söhlde* boden echter nauwelijks aanknopingspunten voor een gemeenschappelijkheid in de vorm van een norm van hoger recht, ware het niet dat het Hof in *Söhlde* vast had gesteld dat het kiezen van een eigen naam onderdeel van de gemeentelijke autonomie vormt. In *Söhlde* werd namelijk geklaagd over het feit dat het Ministerie van Binnenlandse Zaken van het Land Niedersachsen bij besluit na samenvoeging van enkele gemeenten een nieuwe naam voor de samengevoegde gemeenten had bepaald. De klagende gemeenten konden zich niet vinden in de nieuwe naam, die door het Ministerie was gekozen omdat deze naam de grootste voormalige gemeente vertegenwoordigde. Het Hof stelde in *Söhlde* aldus vast:

‘Gesetzliche Beschränkungen der Selbstverwaltung sind zulässig, wenn und soweit sie deren Kernbereich unangetastet lassen. [...] Teil der historisch überkommenen Gemeindehoheit ist das Recht der Gemeinden zur Führung ihres einmal bestimmten Namens. Dieser vermittelt der Gemeinde rechtliche Identität und ist zugleich Ausdruck ihrer Individualität [...]’.¹⁵⁸

Deze overweging vormde in *Familiennamen* het doorslaggevende argument voor de erkenning van de aanspraak op de keuzevrijheid voor de naam:

‘Er dient nicht nur als Unterscheidungs- und Zuordnungsmerkmal, sondern ist darüber hinaus Ausdruck der Identität und Individualität (vgl. BVerfGE 59, 216 (226))’.¹⁵⁹

De norm van hoger recht in beide zaken is aldus het belang van individualiteit en identiteit bij de naam; in het ene geval betrof het een recht van een gemeente, in het andere het recht van een individu. Deze vindt zijn toepassing aldus in twee zeer uiteenlopende individuele aanspraken; reden om hier een hoge mate van abstractie van de norm van hoger recht aan te nemen. In *Familiennamen* leidde de erkenning van de aanspraak als recht overigens niet tot honorering. Er bestaan, aldus het Hof in *Familiennamen*, voldoende redenen om aan te nemen dat de inbreuk op het recht niet onevenredig is.¹⁶⁰ Belangrijk achtte het Hof in dat verband het feit dat twee namen konden worden samengevoegd; samenvoeging van de namen was voldoende het aspect van de identiteit te handhaven. De ene naam behoefde immers niet te wijken voor de andere.

156 *Familiennamen*, 78 BVerfGE 39 (1988).

157 *Söhlde*, 59 BVerfGE 216 (1982).

158 *Söhlde*, 59 BVerfGE 216, 226 (1982).

159 *Familiennamen*, 78 BVerfGE 39, 49 (1988).

160 *Familiennamen*, 78 BVerfGE 39, 50-52 (1988).

6.4 Bevindingen

6.4.1 Inleiding

De aanspraken op de algemene handelingsvrijheid en het algemene persoonlijkheidsrecht kwamen via verschillende procedures bij het Hof terecht. In de onderzochte rechtspraak gebeurde dat het vaakst via de ‘Verfassungsbeschwerde’, de procedure ex 93 lid 4 sub a GG volgens welke het individu zijn klacht na uitputting van de rechtsmiddelen direct kan richten tot het Hof.¹⁶¹ Enkele zaken werden voorgelegd in de prejudiciële procedure. In deze procedure schorst de civiele-, straf- of bestuursrechter de aanhangige procedure, en legt zijn vraag ter zake van de grondrechtelijke aspecten in het geschil voor aan het Hof. In *KPD-Urteil* legde de regering een partijverbod voor aan het Hof. In de onderzochte rechtspraak was abstracte toetsing in de abortusuitspraken aan de orde. De ‘Verfassungsbeschwerde’ vormde in de onderzochte zaken veruit de belangrijkste aanleiding voor het Hof, zich te buigen over de vraag of en in welke mate een ‘allgemeines Persönlichkeitsrecht’ was geschonden. In *Mikrozensus* en *Volkszählung* werden enkele bepalingen uit de relevante formele wetten direct betwist, dat wil zeggen niet via de aanvechting van een besluit of een beschikking. Ook vormden strafrechtelijke vervolgingen aanleiding, enkele strafrechtelijke bepalingen of daaruit voortvloeiende besluiten te onderwerpen aan de toets van onbenoemde individuele rechten die voortvloeien uit het algemene persoonlijkheidsrecht. In enkele gevallen werd de overeenstemming van een wetbepaling met een concretisering van het algemene persoonlijkheidsrecht in een horizontaal conflict betwist.

6.4.2 Ontwikkeling van de grondslag voor de normen van hoger recht

De algemene handelingsvrijheid

Art. 2 lid 1 GG is vastgelegd in de grondwet en heeft ten opzichte van de andere grondrechten in sterke mate een vangnetfunctie.¹⁶² Dat houdt in dat het wat de toepassing betreft een subsidiair karakter heeft en aldus aanvullend werkt ten aanzien van de andere grondrechten.

Het algemene persoonlijkheidsrecht

De ontwikkeling van het algemene persoonlijkheidsrecht is in de jurisprudentie tot stand gekomen uit de contaminatie van Art. 1 lid 1 GG en Art. 2 lid 1 GG.¹⁶³ Beide grondwetsartikelen vormen samen de basis voor het algemene persoonlijkheidsrecht.¹⁶⁴

161 Par. 3.3.1.

162 Pieroth en Schlink 1999, p. 85. Zeer uiteenlopende activiteiten, die het Hof onder Art. 2 lid 1 GG heeft beoordeeld, waren onder meer het aangaan van overeenkomsten (*Preisgesetz*, 8 BVerfGE 274 (1958)), brommerrijden zonder helm (59 BVerfGE 274 (1982)), autorijden zonder veiligheidsgordel (BVerfG, NJW 1980, p. 180), paardrijden op bospaden (*Reiten im Walde*, 80 BVerfGE 137 (1989)), het houden van honden (*Hundensteuergesetze*, 7 BVerfGE 89 (1958)) en het voeren van duiven (*Taubenfuttern*, 54 BVerfGE 143 (1980)).

163 Hesse 1991, p. 175.

164 Scholz 1975, p. 90-91.

Het Hof geeft veelvuldig in zijn jurisprudentie aan dat het algemene persoonlijkheidsrecht niet uitputtend kan worden beschreven, omdat de ontwikkeling ervan een voortdurende is. De Duitse grondwet maakt van dat algemene persoonlijkheidsrecht geen melding. Het Hof noemde de norm die voortvloeide uit contaminatie tot aan *Soraya* en *Eppler* een recht op privé-sfeer of recht op een persoonlijke levenssfeer. In *Tonband*, een uitspraak die kort voor *Soraya* werd gedaan, werd het algemene persoonlijkheidsrecht door het Hof genoemd als materiële rechtsnorm die door het Bundesgerichtshof reeds werd gehanteerd in de strafrechtelijke en de privaatrechtelijke context.¹⁶⁵ In *Tonband* was sprake van een obiter dictum, dat duidde op de waarschijnlijke komst van een nieuwe grondrechtelijke notie. In *Soraya* was de status van het algemene persoonlijkheidsrecht als zelfstandige grondslag voor de aanspraak van *Soraya* niet eenduidig, maar aangenomen mag worden dat het inderdaad de basis bood voor de erkenning van immateriële schadevergoeding.

Een eerste basis van het algemene persoonlijkheidsrecht lijkt het Hof, afgaande op *Eppler* (1980) al in *Elfes* (1957) te hebben neergelegd. In *Elfes* werd het algemene persoonlijkheidsrecht echter nog niet genoemd.¹⁶⁶ Tot aan *Eppler* werd steeds gesproken over een recht op een 'unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung' die voortvloeit uit Art. 1 lid 1 en 2 lid 1 GG.¹⁶⁷ Of dit recht en het later tot ontwikkeling gekomen algemene persoonlijkheidsrecht elkaars gelijke zijn is niet eenduidig af te leiden uit de rechtspraak. De concretisering die voortvloeit uit het algemene persoonlijkheidsrecht en de overige, in de grondwet benoemde grondrechten zijn in rangorde gelijk. In de toetsingsfase beslist het Hof welk grondrecht in het concrete geval de doorslag moet geven. De rechtspraak die volgde op *Eppler* bevestigt deze indruk.¹⁶⁸

Het algemene persoonlijkheidsrecht is in de jurisprudentie steeds gehanteerd als een rechtsnorm met een rechtsbeginselachtig karakter: het persoonlijkheidsrecht als zelfstandig recht concretiseert geen norm en het creëert als zodanig nog geen rechtsgevolgen. Waar het Hof in *Eppler* en in direct daarna volgende jurisprudentie telkens uitlegt wat de grondslag is van het algemene persoonlijkheidsrecht, volstaat het een de-

¹⁶⁵ *Tonband*, 34 BVerfGE 238, 247 (1973).

¹⁶⁶ *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 36 (1957).

¹⁶⁷ Tussen *Soraya* en *Eppler* bleef het Hof een recht op privé-leven uit de contaminatie van Art. 2 lid 1 en 1 lid 1 GG gebruiken. De steeds terugkerende formule was het 'unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung'. Dat begrip heeft in *Eppler* als het ware een 'herformulering' ondergaan tot een constitutioneel algemeen persoonlijkheidsrecht. *Eppler*, 54 BVerfGE 148, 153 (1980). Zie Maunz en Zippelius 1998, p. 173; Alexy 1996, p. 333; Hesse 1991, p. 95.

¹⁶⁸ Zie in dit verband ook Maunz 1962, Art. 2 lid 1, nr. 3 en Scholz 1975, p. 87. Zie ook de ontstaansgeschiedenis van Art. 2 lid 1 GG bood hiertoe aanleiding; centraal in de opmerkingen hierover van de Parlementaire Raad: 'Jeder kann tun und lassen was er will' (V. Mangoldt, Parlamentarischer Rat, 42. Sitzung des Hauptausschusses, p. 533). Verder leverden de historische ervaringen het Hof eveneens aanknopingspunten voor de mogelijkheid, Art. 2 lid 1 GG zeer extensief te interpreteren (zie *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 37 (1957)).

cennium na *Eppler* enkel met het noemen van het algemene persoonlijkheidsrecht als grondslag voor positivering van nieuwe aanspraken.¹⁶⁹

6.4.3 *Het recht op persoonlijkheid: bevindingen in interpretatie en reikwijdte*

Algemene handelingsvrijheid

In *Elfes* heeft het Hof uitgewerkt, wat de reikwijdte van het recht op privé-leven omvat: de 'ganse Umfang der persönlichen Betätigung', waaronder contractsvrijheid, economische activiteiten, geestelijke, artistieke en sportieve activiteiten worden verstaan. Deze handelingen zijn in de jurisprudentie na *Elfes* tot ontwikkeling gekomen, maar in *Elfes* had het Hof al wel een basis voor extensieve interpretatie gelegd. Een belangrijke aanleiding voor de extensieve uitleg vond het Hof in de ontstaansgeschiedenis van Art. 2 lid 1 GG.¹⁷⁰ Er zijn nauwelijks handelingen, die geen bescherming vinden onder de algemene handelingsvrijheid; de extensieve interpretatie heeft veel kritiek te verduren gekregen.¹⁷¹ Het Hof is eenmaal expliciet op deze kritiek ingegaan met de stelling dat een beperking van de reikwijdte niet in overeenstemming zou zijn met de ontstaansgeschiedenis alsmede met de opmerking dat iedere poging, de reikwijdte te beperken zou leiden tot een verlies van de omvang van de vrijheid van het individu.¹⁷² De extensieve wijze waarop het Hof de algemene handelingsvrijheid interpreteert, doet de indruk ontstaan dat het Hof uitgaat van een gesloten grondrechtensysteem waarin geen leemten bestaan.

De begrenzingen van de algemene handelingsvrijheid worden echter nog niet ten volle gesteld bij de kwalificatie, maar in de toetsingsfase die volgt na de interpretatiefase. De rechtspraak laat zien dat ter zake van de beperkingen op het erkende recht ruime mogelijkheden bestaan. Het extensieve interpretatiebeleid van het Hof onder Art. 2 lid 1 GG waarin het Hof zich een onbeperkt toetsingskader van wetgevende handelingen lijkt aan te meten wordt tot op zekere hoogte gerelativeerd in de toetsingsfase. Het Hof hanteert in die fase twee uitgangspunten waarmee het in belangrijke mate tegemoet kan komen aan de wetgever. Het uitgangspunt van het vermoeden ten faveure van de individuele rechtsbescherming geldt niet wanneer een aanspraak wordt gedaan op de algemene handelingsvrijheid; in beginsel wordt in dat verband aan wetgeving steeds een presumptie van grondwettigheid toegekend. Daarnaast bevindt zich in de toetsingsfase de belangenafweging alsmede de mogelijkheid om de uitspraak te relativieren.¹⁷³ Wanneer het Hof de aanspraak onder Art. 2 lid 1 GG aldus *erkent*, wil dat niet zeggen dat de aanspraak steeds wordt *gehonoreerd*.¹⁷⁴ De beperkingsmethodiek die in Art. 2

169 De positivering van de individuele aanspraak naar een recht lijkt, afgaande op de onderzochte rechtspraak, eerder het karakter te hebben van een rationalisatie achteraf.

170 *Elfes*, 6 BVerfGE 32 (1957).

171 Hesse 1991, p. 173 e.v. en Scholz 1975, p. 80 e.v. en 267 e.v.

172 *Reiten im Walde*, 80 BVerfGE 137, 154 (1989).

173 Zie par. 3.3.3.

174 In *Mikrozensus* werd bijvoorbeeld naast een recht op zelfbeschikking tevens erkend dat inzage in persoonlijke data een inbreuk kan betekenen op de persoonlijke levenssfeer. De aanspraak werd aldus erkend, maar in die zaak niet gehonoreerd (zie par. 5.3.2). Ook heeft de sferenleer, waarin diverse 'la-

lid 1 GG besloten ligt, draagt een aantal verschuifbare maatstaven in zich waarmee het Hof eventuele bezwaren die kunnen voortvloeien uit de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever kan relativeren.

Algemeen persoonlijkheidsrecht

Erkenning van individuele aanspraken onder het algemene persoonlijkheidsrecht vindt in vergelijking met erkenning van aanspraken onder de algemene handelingsvrijheid minder vanzelfsprekend plaats. De reikwijdte van het algemene persoonlijkheidsrecht is tot dusverre wat minder omvangrijk dan die van de algemene handelingsvrijheid.¹⁷⁵ Het belang van de vrouw in de kwestie over abortus werd in 1975 niet onder het algemene persoonlijkheidsrecht erkend; deze werd onder de algemene handelingsvrijheid ex Art. 2 lid 1 GG beoordeeld.¹⁷⁶ Het zou denkbaar geweest zijn dat de aanspraak, wel of niet te kunnen kiezen voor het voldragen van de zwangerschap in verband met de keuzevrijheid van de inrichting van het leven onder het algemene persoonlijkheidsrecht zou zijn beoordeeld. De abortuszaak in 1993 laat in het midden of het algemene persoonlijkheidsrecht als interpretatiemaatstaf gold: er wordt wel gesproken over een recht op persoonlijkheid, maar het Hof refereerde niet aan het algemene persoonlijkheidsrecht.¹⁷⁷

Het verschil in kwalificatie is evenwel dat beperkingen van het algemene persoonlijkheidsrecht in beginsel strikter worden getoetst dan beperkingen op de algemene handelingsvrijheid. Dat hangt tot op grote hoogte samen met het feit dat aan het recht op algemene handelingsvrijheid in principe geen vermoeden ten gunste van de individuele vrijheid wordt toegekend, terwijl dat wel geldt voor aanspraken op het algemene persoonlijkheidsrecht.¹⁷⁸ Daarnaast geldt voor beperking van het algemene persoonlijkheidsrecht dat deze slechts via een wet in formele zin tot stand kan worden gebracht.¹⁷⁹

6.4.4 De analoge redenering

Aard en omvang

Van de wetsanaloge redenering is sprake, indien een rechtsnorm gegeven is maar niet zonder meer toepasbaar op de voorliggende individuele aanspraak. Wanneer de vraag rijst of de voorliggende aanspraak kan worden gekwalificeerd onder de eventueel van toepassing zijnde rechtsnorm kan een wetsanalogie uitkomst bieden.¹⁸⁰ Aan de hand van vergelijkingsmateriaal tracht de rechter dan te komen tot de formulering van een

gen' van de intieme sfeer te onderscheiden zijn (zie bijvoorbeeld *Psychologisches Gutachten*, par. 5.2) bijgedragen aan de gevolgen van de erkenning van aanspraken onder de algemene handelingsvrijheid.

175 Zo ook A.J. Nieuwenhuis 2001, p. 98.

176 *Schwangerschaftsabbruch I*, 39 BVerfGE 1, 43 (1975).

177 *Schwangerschaftsabbruch II*, 88 BVerfGE 203, 254 (1993).

178 Zie par. 2.4.3.

179 Zie par. 2.4.4. Verder gelden dezelfde beperkingsmechanismen als voor de algemene handelingsvrijheid ex Art. 2 lid 1 GG.

180 Par. 4.4.1.

norm van hoger recht, die vervolgens de toepassing van de rechtsnorm op de voorliggende individuele aanspraak dient te rechtvaardigen.

Het Hof heeft verschillende normen van hoger recht gehanteerd om aanspraken onder Art. 2 lid 1 GG te kwalificeren. De norm 'alleen te worden gelaten' fungeerde bijvoorbeeld als een norm van hoger recht, waaronder uiteenlopende aanspraken konden worden samengebracht omdat zij die norm gemeenschappelijk hadden. Omdat Art. 2 lid 1 GG onder meer wordt beheerst door die norm, kon de voorliggende individuele aanspraak eveneens worden gekwalificeerd onder Art. 2 lid 1 GG. Nu heeft deze norm van hoger recht een abstract karakter, waardoor het mogelijk wordt om er zeer uiteenlopende aanspraken onder te brengen: het recht om alleen te worden gelaten was aanleiding om in *Soraya*, *Lebach* en *Kenntnis der eigenen Abstammung* achtereenvolgens een recht op schadevergoeding wegens publicatie van niet-gedane uitspraken, een recht op resocialisering en een recht op kennis van de afstamming te erkennen. In *Mikrozensus* werd een abstracte norm van hoger recht gehanteerd voor de erkenning van het recht van het individu, zich niet aan willekeurige ondervragingen door de staat te hoeven laten onderwerpen. De norm van hoger recht inhoudende dat het individu niet een object van de staat is, lag eveneens ten grondslag aan de individuele rechten als gepositieerd in *KPD-Verbotsurteil* en *Lüth*. Niet duidelijk is of deze norm die de drie zaken gemeenschappelijk hebben kan worden getypeerd als een beginselachtige notie of als 'algemeen erkend rechtsbeginsel'. De constante herhaling in de rechtspraak lijkt op een rechtsbeginselachtig karakter te duiden.

Aan de aanspraak in *Ehescheidungsakten*, waarin het recht op geheimhouding van persoonlijke documenten werd erkend, lag eveneens een abstracte norm van hoger recht ten grondslag. Het Hof maakte in die zaak een vergelijking tussen Art. 2 lid 2 GG en Art. 2 lid 1 GG. Het eerste omvat een recht op fysieke integriteit. Het tweede bood in de optiek van het Hof voldoende ruimte om een recht op geestelijke integriteit te kunnen omvatten. De overeenkomst tussen geestelijke en fysieke integriteit werd niet expliciet genoemd, maar aan beide aspecten van integriteit lijkt een norm van hoger recht ten grondslag te liggen die stelt dat het individu een privé-sfeer toekomt waarin het ongestoord zichzelf kan zijn zonder angst voor ingrijpen van staatswege. In de zaken *Ärztliche Schweigepflicht* en *Zeugnisverweigerungsrecht* werden eveneens normen van hoger recht door het Hof tot uitgangspunt verheven in een analoge redenering; in beide zaken werd de die gevormd door 's Hof's aanname van het bestaan van een 'unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung'. Het begrip is gepositieerd in de rechtspraak en heeft naderhand bij de beoordeling van uiteenlopende aanspraken geënd als maatstaf om te beoordelen of de aanspraken onder Art. 2 lid 1 GG en Art. 1 lid 1 GG konden worden erkend.

De aanspraak van de zwangere vrouw op een recht, ingrijpende keuzes ten aanzien van het eigen leven te kunnen maken, werd in beide zaken gebaseerd op Art. 2 lid 1 GG, maar verkreeg geen nadere uitwerking. Het recht op leven ex Art. 2 lid 2 GG van het ongeboren kind werd door alle rechters aangenomen. Aan de afwijzing van abortus werd daarentegen uitvoerig aandacht besteed in de interpretatiefase. Het niet motiveren

van de aanspraak van de zwangere vrouw maakte de afweging tussen het belang van de zwangere vrouw enerzijds en dat van het ongeboren leven anderzijds misschien wel iets minder zwaar: door uitgebreid aandacht te besteden aan de betekenis van abortus in de het regime in de Tweede Wereldoorlog werd de kans op sympathie voor voorrang van het recht op leven boven de aanspraak van de vrouw vergroot.¹⁸¹

In *Transsexuelle I* gebruikte het Hof een analoge redenering voor de positivering van de aanspraak van transseksuelen op de nieuwe geslachtelijke identiteit. Het recht op erkenning van die nieuwe identiteit behoort tot de rechten die het algemene persoonlijkheidsrecht beoogt te beschermen. De analogie met *Sexualkundeunterricht* was niet toevallig gekozen: de individuele aanspraak in die zaak was een andere dan in *Transsexuelle I*, maar bood het Hof niettemin aanknopingspunten voor erkenning van de aanspraak op een seksuele intieme sfeer in *Transsexuelle I*. De gemeenschappelijkheid van deze norm van hoger recht werd niet nader gemotiveerd; niet werd uitgesproken op welke punten beide zaken vergelijkbaar waren. Het noemen van een seksuele intieme sfeer zou voldoende aanknopingspunten voor de kwalificatie bieden. Dat onuitgesproken gemeenschappelijke kenmerk leek nadere toelichting overbodig te maken. Het zwijgen over de nadere inhoud van die norm van hoger recht kon in dit verband ook worden opgevat als een weigering, verder vorm te geven aan dit aspect van het algemene persoonlijkheidsrecht. Een expliciet noemen zou bijvoorbeeld aanspraken kunnen uitlokken ter zake waarvan het Hof (nog) geen mening wil uitspreken. In *Transsexuelle II* deed zich die situatie voor: het recht op een seksuele intieme sfeer hield geen recht op huwelijkssluiting van homoseksuele paren in. De klacht ter zake lag bij het Hof op de stapel om te worden beoordeeld, op het moment dat het een uitspraak deed in *Transsexuelle II*.

In *Soraya* constateerde het Hof aan de hand van een abstracte analogie dat de privaatrechtelijke notie van het algemene persoonlijkheidsrecht eveneens een constitutioneel-rechtelijke variant kende. De privaatrechtelijke notie werd door het BGH gebaseerd op Artt. 2 lid 1 en 1 lid 1 GG, maar was tot dusverre als zelfstandige aanspraak in de privaatrechtelijke orde tot ontwikkeling gekomen.¹⁸² Deze grondslag bood het Hof in beginsel een relatief eenvoudige mogelijkheid, het algemene persoonlijkheidsrecht te verheffen tot constitutionele notie. Het Hof liet in *Soraya* echter niet expliciet blijken, aan de bestaande grondrechtelijk erkende aanspraken een nieuwe toe te voegen. Het Hof koos, afgaande op formuleringen die in de gehele uitspraak terug te vinden zijn, voor een lijn waarin het algemene persoonlijkheidsrecht al onderdeel uitmaakte van de constitutionele rechtsorde. Achter deze keuze speelde wellicht de strategie niet teveel ineens te willen positiveren: in *Soraya* kende het Hof namelijk schadevergoeding voor immateriële schade toe, een erkenning die niet kon worden gebaseerd op dan toe bestaande wetgeving.

181 In dit aspect lag evenwel een analogie opgesloten; de vraag rijst echter of zij aanvaardbaar is (zie par. 6.3.4).

182 *Leserbrief*, 13 BGHZ 334, 25 mei 1954, was de eerste zaak waarin het Bundesgerichtshof het algemene persoonlijkheidsrecht als individuele aanspraak in een civielrechtelijk conflict erkende.

De eerste 'echte' toepassing van het constitutionele algemene persoonlijkheidsrecht vond echter pas zijn beslag in *Eppler*. Ook hier werd dat recht als zelfstandige rechtsgrondslag voor positivering van nog niet eerder gedane aanspraken via een analoge redenering erkend. Ook in *Eppler* kon geen sprake zijn van specificiteit; er werden bijvoorbeeld geen feitencomplexen vergeleken. Het enige aanknopingspunt voor de vergelijkbaarheid was, dat de daar genoemde aanspraken allen waren erkend onder Art. 2 lid 1 jo. Art. 1 lid 1 GG. In *Eppler* was sprake van een rechtsanaloge redenering. Het Hof had in die zaak geen afzonderlijke wettelijke bepaling die moest worden geïnterpreteerd, maar construeerde zelfstandig een toepasselijke notie die was gebaseerd op twee wetsartikelen. In *Eppler* positiverde het Hof aldus een nieuw grondrecht – het algemene persoonlijkheidsrecht – alsmede een concretisering daaruit – het recht om geen uitspraken in de mond gelegd te krijgen die niet zijn gedaan. Van de jurisprudentie na *Eppler* waarin werd aangeknoopt bij het algemene persoonlijkheidsrecht kan worden gesteld dat er sprake was van een wetsanalogie. Het algemene persoonlijkheidsrecht was nu immers gepositieerd in de rechtspraak. Voor wat betreft de gelding van het algemene persoonlijkheidsrecht kan worden gesteld dat de reeks uitspraken waarin het heeft gediend als grondslag voor concretisering van individuele aanspraken, zijn gelding heeft verkregen.¹⁸³

Een voorbeeld waarin het Hof een onaanvaardbare analogie bezigde onder een norm van hoger recht is te vinden in *Familiennamen*.¹⁸⁴ De naam als een individualiseringskenmerk van het individu werd afgeleid uit *Söhlde*, een zaak waarin dat belang eveneens was erkend. In *Söhlde* stond echter niet een aanspraak van een individu centraal, maar die van een openbaar lichaam.¹⁸⁵ Het Hof achtte vergelijking van gemeentelijke autonomie ter zake van het kiezen van een naam en naam als individualiseringskenmerk mogelijk en concludeerde daaruit tot een recht van een individu, de eigen naam te kunnen kiezen.

De analogie werd in veruit de meeste gevallen gebaseerd op de eigen rechtspraak. In *Soraya* vormde de rechtspraak van het Bundesgerichtshof voor het onderzoek naar het algemene persoonlijkheidsrecht, dat tot *Soraya* bij uitstek een privaatrechtelijke notie was, een belangrijke grondslag voor verkenningen naar een constitutioneel persoonlijkheidsrecht. Het Hof schuwt natuurrechtelijke bronnen niet in het interpretatiestadium, indien zij van pas komen bij de kwalificatie van de individuele aanspraak onder de handelingsvrijheid of het algemene persoonlijkheidsrecht.¹⁸⁶ In enkele onderzochte zaken, waaronder *Investitionshilfe*, werden enkele uiteenlopende rechtswetten uit de grondwet tezamen genomen om het bestaan van een opvatting te rechtvaardigen. Bij de

183 Voor wat betreft de interpretatie van de algemene handelingsvrijheid is sprake van wetsanalogie; hier had de rechter wel steeds een wettelijke bepaling tot zijn beschikking.

184 *Familiennamen*, 78 BVerfGE 39, 49 (1988).

185 *Söhlde*, 59 BVerfGE 216, 226 (1982).

186 Zie bijvoorbeeld de wijze waarop het recht op kennis van de afstamming werd geformuleerd en gevestigd par. 6.3.7.

positivering van het algemene persoonlijkheidsrecht werden Art. 2 lid 1 en 1 lid 1 GG tezamen genomen. Bronnen van internationaal recht werden, afgaande op de onderzochte rechtspraak, in het interpretatiestadium niet aangehaald.

Wat betreft het onderscheid van algemeenheid en specificiteit in de analogie kon worden onderscheiden naar respectievelijk vergelijking van feitencomplexen enerzijds en vergelijking van toepasselijke normen van hoger recht – hetzij rechtsbeginselen of andere, niet juridische noties – anderzijds. Gerichte kritiek op de normen die het Hof hanteert, als zouden zij te weinig concreet zijn zoals in het Amerikaanse Hof wel werd geopperd, heeft zich niet in vergelijkbare mate voorgedaan. Dat is althans niet af te leiden uit de *dissentings* en *concurrings*.¹⁸⁷ De meest felle oppositie tegen de opvatting van de meerderheid werd gevoerd in de eerste abortuszaak; de *dissenters* ageerden tegen zowel de vergelijkingen alsook tegen de consequentie die het Hof verbond aan de ongrondwettigheid van het toelaten van abortus. Het verwijt als zou het Hof te zeer wetgevend optreden is evenmin veelvuldig teruggevonden in *dissentings* of *concurrings* in de onderzochte rechtspraak. Dat is opmerkelijk, omdat in de wijze waarop het Hof Art. 2 lid 1 GG heeft uitgewerkt, een gevaar op de loer ligt dat inhoudt dat het individu zich met ieder bezwaar tot het Hof kan richten om onwelgevallige wetgeving aan te vechten. Eénmaal is het Hof ingegaan op kritiek die in de literatuur werd geuit.¹⁸⁸ Het Hof lijkt zelfbewust om te springen met de interpretatieruimte die de algemene handelingsvrijheid ex Art. 2 lid 1 GG en het algemene persoonlijkheidsrecht ex art. 2 lid 1 GG in zich dragen. Het heeft meermaals gewezen op de casuïstische benadering die het hanteert bij de uitleg van deze rechten. De passage uit *Kenntnis der eigenen Abstammung* is tekenend in dit verband: in de rechtspraak, aldus het Hof, is dat persoonlijkheidsrecht niet uitputtend omschreven, maar worden de uitdrukkingen ervan op casuïstische wijze uitgewerkt.¹⁸⁹ Het Hof heeft, afgaande op de onderzochte rechtspraak, zich nooit aan een omschrijving van het algemene persoonlijkheidsrecht gewaagd. Steeds zijn er onderdelen beschreven, waarbij de concretisering onderdelen van de algemene handelingsvrijheid en het persoonlijkheidsrecht vormen.

In *Eppler* leek de opvatting, dat moderne ontwikkelingen beantwoord dienen te worden met een passende individuele grondrechtsbescherming, het Hof de gelegenheid te bieden om een dynamisch-evolutieve lezing te geven aan bestaande rechten.¹⁹⁰ Steeds werd daarbij verwezen naar *Eppler*, hoewel dit argument in die uitspraak het karakter had van een obiter dictum. De rechtspraak waarin dat argument werd opgebracht had op het materieelrechtelijke terrein of naar het feitencomplex weinig tot geen raakvlakken met *Eppler*; enige overeenkomst was dat het Hof constateerde dat moderne ontwikkelingen de grondrechtelijke positie van het individu bedreigde. Het argument van

187 In het Duitse Hof wordt van deze mogelijkheid beduidend minder gebruikgemaakt dan in het Amerikaanse Hooggerechtshof.

188 *Reiten im Walde*, 80 BVerfGE 137 (1989).

189 *Vaterschafts Auskunft*, 96 BVerfGE 56, 63 (1997).

190 *Volkszählung*, 65 BVerfGE 1, 42 (1983); *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256, 268 (1989).

moderne ontwikkelingen is geen juridische norm en lijkt zich te kunnen lenen voor uitbreiding van grondrechtelijke bescherming zoals het Hof dat noodzakelijk acht. Het speelt waarschijnlijk met name een rol in kwesties waarin de wetgever (bewust) niet voorzien heeft.¹⁹¹

Het formuleren van obiter dicta in een uitspraak lijkt soms een belangwekkende functie te krijgen: zij kunnen in latere uitspraken kennelijk worden aangehaald om nieuwe wegen in te slaan die vanwege verwijzing naar jurisprudentie niet nieuw lijken. Zo lijken zij een vergelijkbare functie te vervullen als *dissentings* en *concurrings*: zij vormen een proeftuin waarin nieuwe ideeën kunnen worden gelanceerd en waarop reacties in de rechtsgemeenschap kunnen worden afgewacht.¹⁹²

6.4.5 Terminologie

Het Hof rechtvaardigde in *Elfes* zijn vaststelling van de reikwijdte van Art. 2 lid 1 GG aan de hand van een retorische vraag. Met het recht op algemene handelingsvrijheid, aldus het Hof, kan niet alleen een absoluut, onaantastbaar recht op privé-sfeer bedoeld zijn. Waarom zou de wetgever anders begrenzings hebben gesteld aan de uitoefening van dat recht? Er moest, met andere woorden, nog een andere, niet absolute onaantastbare privé-sfeer bestaan waarop inbreuken moeten worden getolereerd. Het Hof creëerde met deze vaststelling verschillende sferen, waarbinnen het de verschillende aanspraken zou kunnen gaan beoordelen. Deze verschuifbare maatstaf bood de mogelijkheid, aanspraken die niet binnen de onaantastbare privé-sfeer te kwalificeren waren, toch te beoordelen binnen het grondwettelijk beschermingsregime. De onderscheiding tussen een kernsfeer en een perifere sfeer bleken naderhand handige instrumenten in de belangenafweging: rechten die zich buiten de kernsfeer bewegen, kunnen onderworpen worden aan een belangenafweging. Naarmate een aanspraak zich in de periferie van de tweede sfeer beweegt, kunnen beperkingen op dat recht wat gemakkelijker kunnen worden gerechtvaardigd. Omgekeerd kunnen aanspraken die zich eerder naar het kernrecht toe bewegen moeilijker worden beperkt. De redenen om een inbreuk te tolereren moeten van zwaarwegender aard zijn dan wanneer de aanspraak zich in de periferie van het recht bevindt.

In de terminologie is het Hof wat de positivering van nieuwe rechtsnormen betreft niet immer eenduidig. Dit geldt zowel voor de rechtspraak op het terrein van de algemene handelingsvrijheid als die van het algemene persoonlijkheidsrecht. De precieze status van de 'nieuwe' normen – is het nu een 'recht' of een 'belang' – is niet steeds eenduidig. Het Hof formuleerde de 'nieuwe' rechtsnorm meestal niet direct als 'recht'. Het spreekt niet over een recht op resocialisering, of een recht van het individu de afstamming te kennen. Het 'belang' bij de kennis van de afstamming wordt gedekt door het

191 In *Soraya* speelde dit dynamisch-evolutione aspect aspect eveneens; het leidde tot het aanvaarden van de mogelijkheid van immateriële schadevergoeding in gevallen waarin het individu beschadigd is geraakt door de pers.

192 Vergelijk hier de 'burying bones'-tactiek van rechter Brennan zoals geformuleerd door Lazarus, zie par. 5.3.2 en Lazarus 1999, p. 364-365.

algemene persoonlijkheidsrecht, het 'belang' bij een rustige terugkeer in de samenleving vormt een 'onderdeel' van het algemene persoonlijkheidsrecht en patiëntgegevens behoren tot het 'privé-domein' van de patiënt.¹⁹³ In *Homosexuelle* werd de aanspraak van de klagers – een recht op 'freie geschlechtliche Betätigung des Individuums' – door het Hof vertaald naar het tot Art. 2 lid 1 GG behorende 'Gebiet des Geschlechtlichen'.¹⁹⁴

In andere uitspraken zijn voorbeelden van retoriek en metaforen aangetroffen; zij werden gehanteerd met het oog op ondersteuning in de overtuigingskracht van de door het Hof gevolgde redenering. Een prangend voorbeeld werd aangetroffen in *Kenntnis der eigenen Abstammung*.¹⁹⁵ Het Hof stelde daarin dat ontplooiing van het individu sterk verbonden is met de kennis van de biologische afstamming. Deze kennis is 'persönlichkeitsprägend' en 'nimmt im Bewußtsein des einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein'.¹⁹⁶ De bron voor de nadere motivering van het Hof vertoonde in mening opzicht natuurrechtelijke kenmerken: in de passage die de doorslag gaf voor de erkenning van de aanspraak werd niet verwezen naar juridische bronnen. Het Hof heeft zich wellicht om die reden steeds voorzichtig getoond in zijn formulering waar het gaat om het erkennen van 'rechten' die tot dusverre nog niet waren gepositieerd. In *Elfes* werd bijvoorbeeld nog geen recht op privé-leven geformuleerd, maar 'eine Sphäre privater Lebensgestaltung'.¹⁹⁷ Het begrip 'sfeer' laat waarschijnlijk meer ruimte voor het aanbrengen van een bandbreedte waarin verschillende aanspraken kunnen worden erkend, dan het begrip 'recht'. Verder formuleerde het Hof in *Elfes* niet een recht op uitreizen naar het buitenland, maar een beginsel van vrij reizen – 'das Prinzip der freien Ausreise'.¹⁹⁸ Dat werd als één van de 'uitvloeiselen' van het recht op individuele ontplooiing ex Art. 2 lid 1 GG erkend. In dit verband kan de vraag worden gesteld, in hoeverre sprake is van een niet-juridische notie of van een recht. In het proces van de erkenning van nieuwe rechten zijn ondanks deze onhelderheid en eventuele verhulling verschillende fasen aan te wijzen, die duiden op een 'proces' van positivering van rechtsnormen in de rechtspraak.

In *Mikrozensus* echter, de zaak over verplichte medewerking aan een enquête, formuleerde het Hof voor het eerst direct een recht op zelfbeschikking.¹⁹⁹ Dat recht positieerde het Hof in een fase, waarin het de aanspraak van het individu al als uitvloeisel van de algemene handelingsvrijheid had erkend. Het Hof had het zelfbeschikkingsrecht dus niet meer primair 'nodig' in zijn argumentatie; het steunde de redenering hoogstens 'zijdelings'. De plaats van deze overweging doet eerder vermoeden dat het Hof in een obiter dictum wilde aanreiken, wat meer in het algemeen met inbreuken op het alge-

193 Zie bijvoorbeeld *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256, 268-269 (1989), *Lebach*, 35 BVerfGE 202, 220 (1973) en *Ärztliche Schweigepflicht*, 32 BVerfGE 373, 379 (1972).

194 *Homosexuelle*, 6 BVerfGE 389, 342 (1957).

195 Zie par. 6.3.7.

196 Zie par. 5.3.7 en zie *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256, 268-269 (1989).

197 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 41 (1957).

198 *Elfes*, 6 BVerfGE 32, 42 (1957).

199 *Mikrozensus*, 27 BVerfGE 1, 7 (1969).

mene persoonlijkheidsrecht werd bedoeld. Het Hof werkte in *Mikrozensus* niet de betekenis van het zelfbeschikkingsrecht uit, en evenmin de plaatsing van dat recht ten opzichte van de andere benoemde en onbenoemde grondrechten. Later zou dat recht op zelfbeschikking verscheidene keren terugkeren in de rechtspraak als argument voor de plaatsing van een individuele aanspraak onder het algemene persoonlijkheidsrecht. Naderhand bleek het recht op zelfbeschikking aanleiding voor kwalificatie van uiteenlopende aanspraken onder de algemene handelingsvrijheid en het algemene persoonlijkheidsrecht. Dit fenomeen deed zich eveneens voor bij het aspect van de 'moderne ontwikkelingen'.

Uit deze benadering zou een terughoudendheid ter zake van de interpretatie kunnen worden afgeleid. Vermoed wordt hier, dat het Hof met de erkenning van de aanspraken onder het algemene persoonlijkheidsrecht, zonder ze de meer heldere status van 'rechten' toe te kennen, voor zichzelf de ruimte behoudt om bepaalde aanspraken verder uit te werken en anderen te laten rusten. Een vestiging van een aanspraak als een 'recht' heeft gevolgen, die het Hof nog niet kan overzien op het moment van eventuele positivering. Het uitspreken van het benoemen van nieuwe rechten kan bijvoorbeeld leiden tot de vaststelling dat het Hof zich op wenst te stellen als grondwetgever. Aan een recht kunnen positieve verplichtingen kleven. Het nieuwe recht biedt wellicht aanknopingspunten voor nieuwe aanspraken. De rechter kan in dit verband kiezen voor een beleid van interpretatie, waarbij de vagere termen 'Schutzgut', 'Gebiet des Geschlechtlichen', 'Bereich' meer ruimte bieden voor navigatie en koersaanpassing dan 'harde' rechten. Die 'rechten' bieden in termen van rechtszekerheid een duidelijker handvat om aanspraken aan op te hangen, dan de genoemde vagere termen.

Hoofdstuk 7

Analoge rechtsvinding in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG

7.1 Inleiding

In de jurisprudentie van het Hof werd op het terrein van het recht op persoonlijkheid een aantal uitspraken aangetroffen, waarin een analogie in de rechtsvinding te ontwaren is.¹ Het aantal uitspraken dat het Hof heeft gedaan op het terrein van het recht op persoonlijkheid en die hebben geleid tot rechtsontwikkeling is overzichtelijk. Over een aantal aspecten van dat recht – privé-leven, een recht op medische geheimhouding en erkenning van transseksualiteit in het licht van EG-burgerrechten – heeft het Hof zich evenwel uitgelaten. Deze uitspraken zullen worden onderzocht op de wijze waarop het Hof voornoemde aspecten positiverde aan de hand van normen van hoger recht als rechtsnormen van communautair recht. Eerst zal worden stilgestaan bij de context waarin een recht op ‘privé-leven’, medische zelfbeschikking en erkenning van transseksualiteit tot ontwikkeling konden komen. Het EG-Verdrag kent geen specifieke rechtsnorm die een recht op persoonlijkheid vastlegt.²

7.2 Rechtsontwikkeling door het Hof van Justitie van de EG

Een belangrijke bijdrage aan de opkomst van fundamentele rechten als rechtsbeginselen van de Europese Gemeenschap is geleverd via de analoge redenering. Over de opkomst van fundamentele rechten als beginselen van Gemeenschapsrecht is reeds veel geschreven.³ In 1960 stelde het Hof, dat Gemeenschapsrecht zoals dat voortvloeit uit de EGKS geen algemene rechtsbeginselen inhoudt die fundamentele rechten garanderen.⁴ Een eerste teken van bereidheid, fundamentele rechten als rechtsbeginselen van Gemeenschapsrecht te aanvaarden werd later evenwel gegeven in *Stauder*.⁵ Het Hof merkte in een obiter dictum op dat fundamentele rechten deel uitmaken van het Gemeenschapsrecht.⁶ Door verschillende auteurs wordt geopperd dat dit dictum het ge-

1 Zie ook Langenbucher 1998, p. 481-521 over analoge redeneringen in de rechtsvinding van het Hof van Justitie van de EG.

2 Par. 2.5.

3 Zie voor verdere verwijzingen onder meer Craig en De Búrca 1998, p. 296 e.v., Schermers 2000, p. 61 e.v., Toth 2000, p. 73 e.v.; Cassese, Clapham en Weiler 1991, p. 51 e.v. en Weiler en Lockhart 1995, p. 579 e.v.

4 *Stork t. Hoge Autoriteit van de EGKS*, zaak 1-58 (1959), Jur. p. 43 (1959); *Brescia t. Hoge Autoriteit van de EGKS*, zaak 31/59 (1960), Jur. p. 98 (1960); *Geitling, Nold e.a. t. Commissie*, zaken 36/59, 37/59, 38/59 en 40/59 (1960), Jur. p. 885 (1960).

5 *Stauder t. Ulm*, zaak 29/69 (1969), Jur. p. 419 (1969).

6 Het obiter luidde: ‘Interpreted in this way the provision at issue contains nothing capable of prejudicing the fundamental human rights enshrined in the general principles of Community Law and protected by the Court’, *Stauder t. Ulm*.

volg was van de aanhoudende druk op het Hof uit Duitsland na de uitspraak van het Federale Constitutionele Hof in 'Solange'.⁷ In die zaak werd gesteld dat nationale grondrechtelijke bescherming vanwege suprematie van het Gemeenschapsrecht aan datzelfde Gemeenschapsrecht ondergeschikt werd gemaakt terwijl datzelfde Gemeenschapsrecht geen grondwettelijk kader biedt. De Duitse *Solange*-zaak die bij het Hof als *Internationale Handelsgesellschaft* arriveerde, zou de eerste uitspraak zijn waarin het Hof bevestigde dat fundamentele rechten als onderdeel van rechtsbeginselen van de Gemeenschap deel uitmaken en dat het Hof een taak toekwam, deze rechtsnormen te waarborgen:

'However, an examination should be made as to whether or not any analogous guarantee inherent in community law has been disregarded. In fact, respect for fundamental rights forms an integral part of the general principles of law protected by the Court of Justice'.⁸

Hier legde het Hof zijn mandaat zoals neergelegd extensief uit: onder het recht ex Art. 220 EG-Verdrag dient niet alleen geschreven, maar ook ongeschreven recht te worden verstaan. Wanneer we nu de analogie bezien, ontstaat het volgende beeld. Het Hof ontleent het toepasselijke rechtsnormenkader aan de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten. Deze verwijzing wordt hier aangemerkt als norm van hoger recht, die pas later dienst zou gaan doen als bron voor concretisering van rechtsnormen die niet 'zichtbaar' deel uitmaken van het EG-Verdrag. In *Internationale Handelsgesellschaft* leidde het Hof uit deze norm geen op het voorliggende geschil toe te passen rechtsnormen af. In *Internationale Handelsgesellschaft* knoopte het Hof niet aan bij een in het EG-Verdrag neergelegde rechtsnorm.⁹ Dat sterkt het vermoeden, dat in deze zaak niet een wetsanalogie, maar een rechtsanalogie werd gehanteerd.

Het Hof verwees ter zake van het toepasselijke rechtsnormenkader naar het obiter in *Stauder*. In *Nold* zou het Hof aan de constitutionele tradities van de Lid-Staten het normenkader van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens aan toevoegen.¹⁰ Het beginselenkader van fundamentele rechten werd aldus geschoeid op de gemeenschappelijke tradities en op het EVRM dat door alle Lid-Staten was geratificeerd, hetgeen uit het oogpunt van erkenning van de extensieve interpretatie door het Hof van de eigen taak voor de Lid-Staten niet ongelegen kwam. De herkenning van twee gemeenschappelijke elementen – traditie en bescherming van fundamentele rechten in het EVRM – zouden aanvaarding van 's Hof's includering van fundamentele rechtsnormen als beginselen van gemeenschapsrecht versnellen. De verwijzing naar de traditie zou nog kunnen duiden op een terughoudendheid in interpretatie van de rechtsbeginselen die nu op instigatie van het Hof deel uitmaakten van het rechtsnormenkader: traditie wijst in zekere zin op respect voor het tot dan toe bestaande en impliceert op het eerste gezicht geen progressieve benadering. Daarnaast dient de traditie ook gemeenschappe-

7 Zie onder meer Schermers 2000, p. 65. Voor *Solange I* zie 37 BVerfGE 271 (1974).

8 *Internationale Handelsgesellschaft*, zaak 11/70 (1970), Jur. p. 1125 (1970).

9 Een vraag of de individuele aanspraak kon worden gekwalificeerd onder één van de rechten uit het Verdrag werd hier niet gesteld.

10 *Nold t. Commissie*, zaak 4/73 (1974), Jur. p. 917 (1974).

lijk te zijn, hetgeen lijkt in te houden dat het Hof zich op de hoogte stelt van bijvoorbeeld de strekking en reikwijdte van fundamentele rechten in de Lid-Staten.

Werd in de voorafgaande uitspraken werd enkel een toepasselijk normenkader gecreëerd – in *Nold* werd een rechtsregel, namelijk het recht op bescherming van de eigendom afgeleid uit dat normenkader en erkend als beginsel van gemeenschapsrecht. In *Nold* is sprake van een rechtsanalogie. Een rechtsanalogie wordt gehanteerd indien de rechter voor de formulering van een toepasselijke rechtsnorm niet meer aanknoopt bij een wettelijke norm; hij leidt de toe te passen rechtsnorm daarentegen rechtstreeks af uit de norm van hoger recht. Het Hof leidde de in *Nold* toepasselijke rechtsregel preciezer af uit de constituties van de Lid-Staten en Art. 1 lid 1 van het Eerste Protocol van het EVRM. Eventueel van toepassing zijnde beperkingen op dat recht werden door het Hof echter in een 'eigen' EG-rechtelijke context geplaatst. Het Hof aanvaardde een 'kernrechtgedachte' uit het toepasselijke rechtsbeginsel, maar het liet zich voor bijvoorbeeld een toepasselijke beperkingsmethodiek niet inspireren door het EVRM of constitutionele doctrine van enige Lid-Staat. Het deinsde terug voor een meer integrale overname van de EVRM-beperkingsdoctrines; een uitwerking van een dergelijk toetsingskader leek gezien de afwezigheid van een grondrechtelijk normenkader niet haalbaar. In dit verband kan dan ook niet worden gesproken van een incorporatie van het EVRM in het EG-recht zoals die heeft plaatsgevonden in het Amerikaanse constitutionele recht.¹¹ Het Hof had dan zeer algemene uitspraken moeten doen over normen die niet expliciet behoren tot het EG-recht. In het licht van het EG-Verdrag leek dat waarschijnlijk niet verdedigbaar jegens de aan het Verdrag gebonden partijen: zij hadden immers gekozen voor een EG-Verdrag zonder grondrechtencatalogus.

Het bestaan van een normenkader inhoudende fundamentele rechten als rechtsbeginselen van EG-recht was nu evenwel door het Hof erkend. Het Hof concretiseerde daarna mondjesmaat uit die norm van hoger recht concrete rechtsnormen die vooral in formulering steeds sterke gelijkenis vertoonden met rechten uit het EVRM.¹² De Instellingen bevestigden de consequentie van 's Hof's extensieve interpretatie – includering van fundamentele rechten als beginsel van Gemeenschapsrecht – later in algemene termen.¹³ In 2000 werd door de Lid-Staten het Handvest met daarin een aantal grondrechten aanvaard, maar dat heeft tot dusverre geen bindende werking.¹⁴

¹¹ Zie par. 2.3.3.

¹² Hiertoe behoren onder meer het recht op vrijheid van meningsuiting, *ERT*, zaak C-260/89 (1991), Jur. p. I-2925 (1991); het recht op respect voor de vrijheid van godsdienst, *Prais t. Raad*, zaak 130/75, (1976), Jur. p. 1589 (1976); het recht op vrijheid van vereniging, *Rutili t. Minister van Binnenlandse Zaken*, zaak 36/75 (1975), Jur. p. 1219 (1975); *Union Syndicale t. Raad*, Zaak 175/73 (1974), Jur. p. 917 (1974); het Hof vestigde het recht op vakbondsactiviteiten op een algemeen beginsel van arbeidsrecht en *Union Royale Belge t. Bosman*, zaak C-415/93 (1995), Jur. p. I-4921 (1995); het recht op 'privé-leven' en bescherming van de woning, *Panasonic t. Commissie*, zaak 136/79 (1980), Jur. p. 2033 (1980), het beginsel van het verbod van terugwerkende kracht van wetgeving, *Regina t. Kent Kirk*, zaak 63/83 (1984), Jur. p. 2689 (1984), het recht op toegang tot een rechter, *Johnston t. Chief Constable of the Royal Ulster*, zaak 222/84 (1986), Jur. p. 1651 (1986) en het recht op verdediging in strafzaken, *Orkem t. Commissie*, zaak 374/87 (1989), Jur. p. 3283 (1989).

¹³ Zie de Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission on fundamental

In 1975 bood de zaak *Rutili* voor het Hof een belangrijke aanleiding, aan te duiden welke normen op de beperkingen die Lid-Staten wensen aan te brengen op het vrije verkeer van werknemers, van toepassing zijn.¹⁵ Beperkingen op dat vrije verkeer kunnen worden gesteld op grond van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid. De aangebrachte beperkingen dienen echter evenzeer te worden getoetst aan normen, die niet in het EG-Verdrag zijn geëxpliciteerd, maar die wel als rechtsbeginselen onderdeel zijn van de EG-rechtsorde. Daarvoor staan de Artikelen 8, 9, 10 en 11 EVRM model, evenals het op *Rutili* van toepassing zijnde Art. 2, Vierde Protocol.¹⁶ Het Hof haalde de beperkingsgronden die gelden voor grondrechten binnen de EG-rechtsorde als rechtsbeginselen, waarmede bij de uitleg van Art. 39 lid 3 EG-Verdrag rekening dient te worden gehouden.

'Taken as a whole, these limitations placed on the powers of member States in respect of control of aliens are a specific manifestation of the more general principle, enshrined in Articles 8, 9, 10 and 11 of the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, signed [...] by all Member States, and in Article 2 of Protocol No. 4 [...] which provide, in identical terms, that no restrictions in the interests of national security or public safety shall be placed on the rights secured by the above quoted articles other than such as are necessary for the protection of those interests 'in a democratic society'.'¹⁷

Rutili leverde de eerste verwijzing op naar die EVRM-verdragsartikelen, maar het was het Hof te doen om de eisen die samenhangen met de noodzaak van beperkingen in een democratische samenleving, die het tweede lid van de Artt. 8 tot en met 11 gemeen hebben. Met 's Hof's verwijzing naar deze EVRM-artikelen was echter al wel een opningszet gegeven voor de substantiële rechten die zijn vastgelegd in de Artt. 8 tot en met 11. Het Hof benutte ze in *Rutili* echter niet. Daartoe zouden latere geschillen in latere rechtspraak aanleiding geven.

7.3 Ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid met analoge redeneringen

7.3.1 Het recht op 'privé-leven'

Verplichtingen van rechtspersonen in het kader van mededinging onder Art. 81 EG-Verdrag

Het recht op 'privé-leven' werd in *Panasonic* voor het eerst expliciet gevestigd als rechtsbeginsel van de communautaire rechtsorde in het kader van een concreet geschil omtrent de uitleg van de bevoegdheden van de Commissie Art. 81 EG-Verdrag.¹⁸ Het

rights, 5 april 1977, Pb. C 103/1 (1977).

14 Par. 2.5.2.

15 *Rutili t. Minister van Binnenlandse Zaken*, zaak 36/75 (1975), Jur. p. 1219 (1975).

16 Art. 2 lid 1, Vierde Protocol EVRM luidt: 'Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence'.

17 *Rutili*, par. 32.

18 Zie onder meer *Panasonic t. Commissie*, zaak 136/79 (1980), Jur. p. 2033 (1980); *Hoechst t. Commissie* zaak 46/87 (1989), Jur. p. 2859 (1989).

recht op 'privé-leven' als een rechtsbeginsel van Gemeenschapsrecht werd afgeleid uit het arsenaal van rechtsbeginselen van Gemeenschapsrecht. De norm van hoger recht waaruit het recht op 'privé-leven' werd afgeleid – 'fundamentele rechten als rechtsbeginselen van gemeenschapsrecht' – heeft een abstract karakter. Het Hof motiveerde zijn vondst niet uitputtend: het recht op 'privé-leven' is immers in de meeste grondwetten gecodificeerd en vastgelegd in het EVRM. Na de vraag van de toepassing rees de vraag van de reikwijdte in *Panasonic*, meer specifiek toepasselijkheid van het recht op 'privé-leven' op rechtspersonen. Het Hof liet een duidelijke keuze in het midden, al leek het te aanvaarden dat rechtspersonen eveneens onder de reikwijdte vallen. Voor wat betreft de toetsingsmethodiek wees het Hof op het toetsingskader zoals het EHRM dat hanteert, al kon vervolgens niet worden gesproken van een parallelle toepassing van het toetsingskader. Had het Hof dat overgenomen, dan had een indringende toetsing van het handelen van de Commissie waarschijnlijk voor de hand gelegen: de benadering ten faveure van de individuele rechtsbescherming had in dit verband voorgeschreven dat beperkingen op het individuele recht in beginsel restrictief dienen te worden geïnterpreteerd. De proportionaliteitstoets zou daarna evenwel een relativisering kunnen aanbrengen. Het Hof paste in *Panasonic* een marginale toets toe die werd gebaseerd op het belang dat in het EG-Verdrag wordt gehecht aan de onderzoeksbevoegdheden in verband met de Verdragsdoelstellingen. De marginale toets leidde tot instand laten van de gewraakte beschikking van de Commissie.

In *Panasonic* werd de aanspraak van de rechtspersoon op het recht op 'privé-leven' zonder meer aanvaard. In *Hoechst t. Commissie* en enkele andere zaken in de late jaren '80 was de bereidheid om het recht op 'privé-leven' op dit punt extensief te interpreteren minder vanzelfsprekend. A-G Mischo had in het kader van *Hoechst t. Commissie* een rechtsvergelijkend onderzoek verricht, en was tot de conclusie gekomen dat rechtspersonen in de meeste Lid-Staten geen bescherming van een recht op 'privé-leven' genoten, of dat het althans niet zover strekte, dat dat recht in gelijke mate van toepassing was op rechtspersonen in vergelijking met individuen.¹⁹ Het doorslaggevende argument voor deze benadering was gelegen in de rechtsvergelijking van rechtspraak in de Lid-Staten, hetgeen lijkt te duiden op een consensubenadering van het Hof.

Tevens stelde A-G Mischo dat het EHRM ter zake geen beslissende jurisprudentie kende. Met name dat laatste punt is niet onomstreden.²⁰ Het Hof koos nu expliciet voor

19 *Hoechst, Dow Benelux NV, Dow Iberica SA, e.a.*, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, zaak 85/87 en gevoegde zaken 97, 98 en 99/87; Opinie van A-G Mischo, 21 februari 1987, par. 49-100. A-G Mischo onderzocht in alle Lid-Staten wetgeving en rechtspraak ter zake.

20 De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens had in 1989 zijn standpunt gewijzigd en erkend, dat een rechtspersoon aanspraak kan maken op de vrijheid van godsdienst ex Art. 9 EVRM (Ann. XXII 1979, p. 246). Het EHRM had in *Chappell* uitspraak gedaan over de toepasselijkheid van Art. 8 EVRM op bedrijfsactiviteiten in *Chappell t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 30 maart 1989, Serie A vol. 152-A. In die uitspraak ging het om een samenloop van ingrepen in de privé-sfeer en in de sfeer van bedrijfsactiviteiten. De ingrepen waren voornamelijk gericht op de bedrijfsactiviteiten van Chappell in verband met vermeende overtreding van auteursrechten. Zie voor een uitwerking van een vergelijking van beide uitspraken Cath 1991, p. 28-54. Zie eveneens par. 8.3.4 van dit boek.

een benadering ten faveure van de achterliggende doelstellingen bij de bevoegdheid van de Commissie en beriep zich voor zijn keuze eveneens op het loyaliteitsartikel ex Art. 10 EG-Verdrag.²¹ Het motiveerde de strengere invulling ter zake van de rechtsbescherming van rechtspersonen ten opzichte van *Panasonic* verder niet; kennelijk werden de resultaten uit de rechtsvergelijking geacht voldoende onderbouwing te bieden.²² Het feit dat het recht op 'privé-leven' als rechtsbeginsel deel uitmaakt van de geldende rechtsnormen van EG-recht is daar tot op grote hoogte debet aan. Rechtsbeginselen bezitten een andere geldingskracht dan rechtsregels; rechtsbeginselen zijn bijvoorbeeld niet in dezelfde mate inroepbaar en afdwingbaar als rechtsregels. De rechter lijkt met een rechtsbeginsel een 'rekkelijker' norm tot zijn beschikking te hebben dan met een rechtsregel. Het dient te worden afgewogen tegen de andere beginselen van Gemeenschapsrecht, die hun beslag hebben in het EG-Verdrag, zoals de verplichting tot loyale samenwerking ex Art. 10 EG-Verdrag in het kader van Verordening 17 over de verificatiebevoegdheden van de Commissie ter zake van het opsporen van mogelijke inbreuken op het mededingingsbeleid.²³

In *AM&S t. Commissie* was een rechtsvergelijking een belangrijke aanleiding tot het aanvaarden van een rechtsbeginsel, dat op dat moment niet in het EVRM of in één van de EG-Verdragsbepalingen, maar wel in sommige Lid-Staten was geëxpliciteerd.²⁴ In de constitutionele tradities van de Lid-Staten is, aldus klagers in *AM&S*, een rechtsbeginsel te ontwaren, dat het recht op vertrouwelijkheid van de correspondentie tussen een advocaat en een rechtspersoon garandeert. Het Hof was in eerste instantie niet overtuigd van het bestaan van dit rechtsbeginsel in de Lid-Staten, temeer daar bijvoorbeeld van Franse zijde werd beargumenteerd, dat het hier enkel om een commonlaw-begrip ging en dat het niet voorkwam in de continentale rechtstraditie.²⁵ Het Hof had de partijen verzocht, bewijzen van het al dan niet bestaan van dat beginsel voor te leggen. Na bestudering van de rechtsvergelijking werd een rechtsnorm gepositieerd in de communautaire rechtsorde:

'Community law, which derives from not only the economic but also the legal interpenetration of the Member States, must take into account the principles and concepts common to the laws of those states concerning the observance of confidentiality, in particular, as

21 *Hoechst t. Commissie*, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, par. 5 en *Dow Chemical Ibéria e.a. t. Commissie*, gevoegde zaken 97/87, 98/87 en 99/87 (1989), Jur. p. 3165 (1989), par. 5.

22 Het Gerecht deed recentelijk uitspraak in *Limburgse Vinyl e.a. t. Commissie* (GvEA 20 april 1999, Jur. 1999, p. II-931) en hield vast aan het standpunt, dat er geen aanleiding bestond de rechtsopvattingen ter zake van aanspraken van het recht op 'privé-leven' door rechtspersonen bij te stellen. Zie par. 8.3.4 voor de uitwerking van deze uitspraak in verband met EVRM-rechtspraak.

23 De lijn in het *Hoechst*-arrest is recentelijk bevestigd in *Roquette Frères S.A. t. Commissie*, zaak C-94/00 (HvJ EG 22 oktober 2002, zie www.curia.int; laatstelijk geraadpleegd op 1 november 2002).

24 *AM&S t. Commissie*, zaak 155/79 (1982), Jur. p. 1575 (1982). Zie ook Forrester 1983, p. 75-85 en Pagone 1984, p. 663-683 voor een rechtsvergelijking met Australië en Canada.

25 *AM&S t. Commissie*, zaak 155/79, par. 12. Frankrijk ondersteunde de Commissie in de argumentatie maar was zelf geen partij in de zaak.

regards certain communications between lawyer and client. [...] That confidentiality serves the requirements, the importance of which is recognized in all Member States [...].²⁶

Ook hier hanteerde het Hof een rechtsanalogie: wederom ontbrak een expliciete norm in het EG-Verdrag aan de hand waarvan het Hof had kunnen onderzoeken in welke mate aan de individuele aanspraak rechtsbescherming dient te worden toegekend. De norm van hoger recht die ten grondslag lag aan de erkenning van het recht op vertrouwelijkheid van correspondentie tussen advocaat en onderneming wordt hier gevormd door 'principles and concepts common to the laws of those states' die te ontwaren zijn als het gevolg van 'legal interpenetration'. Uit deze norm van hoger recht vloeide het rechtsbeginsel van vertrouwelijkheid van correspondentie voort. De consequenties van aanwezigheid van dit beginsel in de communautaire rechtsorde moesten echter nog nader worden vastgesteld. Deze gevolgen hielden in een nadere concretisering van het rechtsbeginsel naar het voorliggende geschil in *AM&S*. Niet elke correspondentie genoot overigens grondrechtelijke bescherming: indien de advocaat bijvoorbeeld gelieerd was aan de onderneming, kon de bescherming van vertrouwelijkheid bijvoorbeeld al niet meer opgaan.

7.3.2 *Het recht op medische zelfbeschikking*

Art. 30 EG-Verdrag: uitzonderingen op het verbod van invoerbeperkingen

Het Hof erkende in *Commissie t. Duitsland* voor het eerst een recht op medische geheimhouding als aspect van het recht op 'privé-leven' dat in *Panasonic* was erkend als rechtsbeginsel van Gemeenschapsrecht. In het kader van de analogie werkte het Hof het rechtsbeginsel van het recht op 'privé-leven' uit en concretiseerde daaruit het recht op medische geheimhouding dat door het Hof werd 'ontdekt' in de Duitse rechtsorde. Het Hof ontkwam er niet aan om in te gaan op het door de Duitse regering opgebrachte beginsel van medische zelfbeschikking bij de uitleg van de uitzonderingen op de invoerbeperkingen ex Art. 30 EG-Verdrag. Het vormde immers de grondslag op basis waarvan Duitsland een uitzondering rechtvaardigde. Het Hof positiverde het recht op medische vertrouwelijkheid als een norm van de Europese rechtsorde als volgt:

'The right to respect for private life and, as one of its aspects, the right to protection of medical confidentiality constitute fundamental rights protected by the legal order of the Community (see judgement in [...] *National Panasonic t. Commission* [...]).²⁷

Het is, net als *AM&S t. Commissie*, een fraaie illustratie van het feit dat op deze wijze dergelijke nationale grondrechtsbegrippen het EG-recht binnendringen: het in Duitsland erkende recht op medische vertrouwelijkheid wordt uit het EG-rechtsbeginsel van een recht op 'privé-leven' – dat op zijn beurt is afgeleid uit het EVRM en gepositiveerd in *Panasonic*²⁸ – verheven tot recht in de communautaire orde. In het conflict tussen Duitsland en de Commissie bestreed de Commissie een Duitse maatregel inhoudende

26 *AM&S t. Commissie*, zaak 155/79, par. 18.

27 *Commissie t. Duitsland*, zaak C-62/60 (1992), Jur. p. I-2572 (1992), par. 23.

28 *Panasonic t. Commissie*, zaak 136/79, par. 19.

zeer stringente beperkingen met betrekking tot invoer van medicijnen voor privé-gebruik uit een andere Lid-Staat. De Duitse regering had deze maatregel getroffen met het oog op bescherming van de volksgezondheid met een beroep op Art. 30 EG-Verdrag. Zij achtte een dergelijke invoerbeperking noodzakelijk omdat de volksgezondheid op geen andere wijze zonder inbreuk te maken op de eis van medische geheimhouding kon worden gegarandeerd. In Duitsland gelden strikte voorschriften met betrekking tot de verpakking van medicijnen die apothekers in acht dienen te nemen. Deze vereisten zouden in de andere Lid-Statens, aldus de Duitse regering, niet worden gesteld hetgeen een bedreiging zou kunnen vormen voor de gezondheid van Duitse onderdanen indien zij in andere Lid-Statens medicijnen voor eigen gebruik aankopen. De Duitse regering betoogde dat een invoerverbod de enige mogelijkheid bood om die bedreiging te ondervangen. Elke andere wijze van bescherming van volksgezondheid – bijvoorbeeld controle aan de grens op invoer van een maximale hoeveelheid medicijnen – zou inbreuk maken op het recht op medische vertrouwelijkheid van het individu, aldus de Duitse regering.

In de rechtsvinding van het Hof is sprake van een wetsanalogie: de strekking en reikwijdte van de uitzonderingen – met name bescherming van de gezondheid – in Art. 30 EG-Verdrag dienden nader te worden vastgesteld. De Verdragsnorm waarbij aldus werd aangeknoopt was Art. 30 EG-Verdrag. De norm van hoger recht, met behulp waarvan het Hof de nieuwe rechtsnorm van medische geheimhouding kwalificeerde als eventueel van toepassing zijnde grondslag voor een beperking, werd in casu gevormd door het recht op ‘privé-leven’. ‘Privé-leven’ had in dit verband een abstracte betekenis: er werd bijvoorbeeld niet gerefereerd aan een enger begrip waarin plaats is voor de ruimtelijke afscherming van het ‘privé-leven’, maar eerder aan een notie waarin het ruimtelijke aspect van afscherming juist werd losgelaten.

Het recht op medische geheimhouding werd door het Hof verder uitgewerkt in *X t. Commissie*.²⁹ Een sollicitant klaagde over het feit dat de Commissie in een medisch onderzoek ter zake van de aanstelling ongevraagd een aids-test had uitgevoerd. Uit die test bleek dat klager seropositief was. Het Gerecht van Eerste Aanleg had de Commissie na een klacht van X in het gelijk gesteld ter zake van de vraag of een dergelijke test zonder instemming van de betrokkene was toegestaan³⁰, maar het Hof van Justitie vernietigde deze uitspraak met een erkenning van het recht van het individu gegevens omtrent zijn gezondheid geheim te houden:

“The Court of Justice has held that the right to respect for private life, embodied in Article 8 of the EHRC and deriving from the common constitutional traditions of the Member States, is one of the fundamental rights protected by the legal order of the community (*Commission v. Germany*). It includes in particular a person’s right to keep his state of health secret”.³¹

29 *X t. Commissie*, zaak C-404/92 (1994), Jur. p. I-4737 (1994); zie ook Hendriks 1995, p. 231-238 en Twomey 1995, p. 1013-1023.

30 *X t. Commissie*, zaak T-121/89 en T-13/90 (1992), Jur. p. II-2195.

31 *X t. Commissie* zaak C-404/92, par. 17.

Waar het Gerecht in Eerste Aanleg ter zake de individuele aanspraak niet had gekwalificeerd onder een nadere concretisering van Art. 8 EVRM – Art. 8 EVRM werd enkel genoemd³² – was het Hof van Justitie bereid om aan het recht op ‘privé-leven’ een nadere uitwerking te geven. De vestiging van het recht op medische geheimhouding als beginsel van Gemeenschapsrecht werd gestoeld op de hiervoor genoemde zaak *Commissie t. Duitsland*. De in *Commissie t. Duitsland* aan de orde zijnde individuele aanspraak vertoont geen directe gelijkenis met de casus in *X t. Commissie*, maar het Hof zag hier toch een aanleiding om het recht op medische geheimhouding analoog te interpreteren. Om de analogie mogelijk te maken hanteerde het Hof een abstracte norm van hoger recht die werd uitgewerkt door A-G Van Gerven. Hij kwalificeerde de individuele aanspraak onder het recht op medisch geheim – hetgeen volgens hem afgeleid wordt uit het in Art. 8 EVRM erkende recht op lichamelijke integriteit:

‘It seems to me that this argument of the Commission must be examined on the basis of the principle of medical law in accordance with which the informed consent of the person concerned is required for any medical action. [...] This principle, frequently referred to by the expression ‘informed consent’, which comes from the United States [...], appears to be generally accepted in the medical law of the Member States [...] and is generally deduced from the right to physical integrity and from a (wider) right of self-determination’.³³

Van Gerven put voor de rechtvaardiging van het bestaan van dat recht zowel uit communautaire als niet-communautaire bronnen. Naast de gemeenschappelijke tradities van de Lid-Statens vormde een niet-communautaire rechtsbron – een uitspraak van het Amerikaanse Hoogerechtshof over het begrip ‘informed consent’ – een inspiratiebron.³⁴ In de Opinie werkte de A-G uit op welke manier het recht dient te worden begrepen en paste ter zake van de toepassing van het recht op de individuele aanspraak een test toe die de toets van het EHRM Art. 8 lid 2 EVRM zeer dicht nadert.³⁵ De norm van hoger recht behelst in casu het recht op ‘privé-leven’ ex Art. 8 EVRM en meer specifiek erkenning van het bestaan van een recht op lichamelijke integriteit. Deze norm geeft invulling aan het beginsel van gemeenschapsrecht dat een recht op medische geheimhouding stipuleert. De redenering van Van Gerven wordt hier getypeerd als een rechtsanalogie: ook hier ontbrak een uit het EG-Verdrag toepasselijke rechtsnorm die een grondslag zou kunnen bieden aan de individuele aanspraak op medische geheimhouding. Het Hof volgde de A-G grotendeels in de toepassing. Opvallend is dat het Hof in *X t. Commissie* een meer individueelrechtelijke oriëntatie volgde, waarin bescherming van individuele rechten voorop staat. Dat heeft tot op grote hoogte te maken met de context waarin de individuele aanspraak werd gedaan – in een geschil tussen een communautaire Instelling enerzijds en het individu anderzijds. Van geprioriteerde beleidsterreinen zoals in *Panasonic* en *Hoechst* – waarin mededinging centraal stond – was geen sprake.

32 *X t. Commissie*, Zaak T-121/89 en T-13/90, par. 58 en 59.

33 Opinie van A-G Van Gerven bij *X t. Commissie*, zaak C-404/92 van 27 april 1994, par. 23.

34 Opinie van A-G Van Gerven bij *X t. Commissie*, par. 23 en bijbehorende referentie naar voetnoot 21 in de Opinie.

35 Opinie van A-G Van Gerven bij *X t. Commissie*, par. 25.

7.3.3 *Het recht op de naam*

In *Konstantinidis* rees de vraag, in welke mate het recht op de eigen naam als rechtsbeginsel van de EG-rechtsorde invulling kan geven aan het recht op vrijheid van vestiging ex Art. 43 EG-Verdrag.³⁶ In het geschil legde de Duitse rechter aan het Hof de prejudiciële vraag voor, in hoeverre een van staatswege verplichte herschrijving van de naam van een onderdaan uit een andere Lid-Staat, die bedrijf houdt in Duitsland, in strijd is met EG-recht.³⁷ Als gevolg van die herschrijving ondervond de klager naar eigen zeggen hinder in zijn beroepsuitoefening. De individuele aanspraak werd door het Hof gekwalificeerd onder Art. 43 EG-Verdrag, maar het Hof hield een zuiver economische interpretatie van dat artikel aan. Voor de analoge redenering met een recht op persoonlijkheid is niet zozeer de redenering van het Hof, maar de Opinie van A-G Jacobs toonzettend. Hij bepleitte in zijn opinie een meer fundamenteelrechtelijke benadering van de individuele aanspraak: hij leidde een recht op de eigen naam af uit een alomvattend rechtsbeginsel op menselijke waardigheid.³⁸ Het bestaan van dat rechtsbeginsel met daaruit voortvloeiend het recht op de eigen naam in de EG-rechtsorde rechtvaardigde Jacobs aan de hand van het EVRM en het IVBPR, die volgens Jacobs ieder op hun eigen wijze een specifieke betekenis hebben in de EG-rechtsorde. Als norm van hoger recht kan hier 'menselijke waardigheid' worden aangewezen, waaruit een nadere concretisering, namelijk een recht op de eigen naam voortvloeit. Jacobs hanteert een rechtsanalogie vanwege het feit dat hij niet aanknoopt bij een recht uit het EG-Verdrag.

Het beginsel van menselijke waardigheid bevindt zich als een gemeenschappelijk beginsel in de constitutionele tradities van de Lid-Staten.³⁹ Hoewel A-G Jacobs niet alle constitutionele tradities op dit terrein citeert, is hij evenwel van mening dat dat rechtsbeginsel ook in die stelsels bestaat waarin het niet expliciet is uitgesproken in constitutie of rechtspraak:

'A person's right to his name is fundamental in every sense of the word. After all, what are we without a name? It is our name that distinguishes each of us from the rest of humanity. It is our name that gives us a sense of identity, dignity and self-esteem. To strip a person of his rightful name is the ultimate degradation [...].'⁴⁰

Vraag is vervolgens in hoeverre een aanspraak op een keuze van een naam onder het recht op menselijke waardigheid wordt aanvaard. Jacobs stelt dat het om een subjectief recht gaat en rechtvaardigt dat aan de hand van een retorische vraag, die nauwelijks kan leiden tot een andere vaststelling dan dat het recht op een naam bestaansrecht heeft onder het recht op menselijke waardigheid. Hij putte daarnaast uit verschillende rechts-

36 *Christos Konstantinidis t. Stadt Altensteig*, zaak C-168/91 (1993), Jur. p. I-1191 (1993); zie ook Lawson 1994, p. 395-412 en Schermers 1994, p. 267-275.

37 De herschrijving van de Griekse naam van de klager voor de Duitse rechter vond plaats in het kader van een strikte toepassing van een nationale ISO-standaard.

38 Opinie van A-G Jacobs bij *Konstantinidis*, zaak C-168/91 van 9 december 1992, par. 24.

39 Opinie A.G. Jacobs bij *Konstantinidis*, par. 37.

40 Opinie A.G. Jacobs bij *Konstantinidis*, par. 40.

bronnen, waaronder een rechtsvergelijkend onderzoek en onderzoek naar de rechtspraak van het EHRM.⁴¹ Tevens werden andere internationale verdragen als rechtsbron aangehaald; uit het IVBPR stond in het bijzonder Art. 24 lid 2 model, hetgeen een recht van het kind op een naam omvat en uit het de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens werd het concrete recht op de naam van het individu overgenomen.⁴² De Gemeenschap heeft zich niet formeel aan het IVBPR verbonden, maar al wel eerder is betekenis toegekend aan dit verdrag in de zaak *Orkem*.⁴³ A-G Darmon had het Hof reeds eerder al gewezen op de betekenis van het IVBPR als één van de bronnen van het EG-recht.⁴⁴ Het feit dat het Hof het IVBPR – meer in het bijzonder Art. 14 lid 3 sub g – reeds in *Orkem* tot rechtsbron had verheven kon, afgaand op de redenering van Jacobs, in dit geval toepassing van een ander recht uit het IVBPR rechtvaardigen.

De aanhaling van de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens lag minder voor de hand. De laatste diende waarschijnlijk de universaliteit van het belang van het recht op de eigen naam te onderstrepen. De opmerkingen van de A-G geven een overzicht van de normen, die kunnen worden beschouwd als bronnen voor de argumenten voor het vestigen van een nieuwe norm. Ook bronnen, waartoe de Gemeenschap zich niet verbonden heeft, worden ingeroepen om de alomgeldigheid ervan te onderstrepen teneinde het draagvlak voor het bestaan van een nieuwe norm te vergroten. De verwevenheid van de verschillende bronnen wordt op deze manier benadrukt. Dat die toevoegingen uit andere Verdragen in de rechtspraak plaatsvinden is heel wel mogelijk, aldus A-G Darmon bij de zaak *Orkem*, omdat het Hof nimmer heeft besloten tot een uitputtende lijst van internationaal-rechtelijke rechtsbronnen.⁴⁵ Het feit dat één Lid-Staat het IVBPR toentertijd nog niet had ondertekend staat volgens Darmon niet in de weg aan het toevoegen van dit instrument aan de bronnen van EG-recht. Het Hof liet zich in *Orkem* overigens niet uit over het aantal Lid-Staten dat een bron moet hebben erkend, voordat de bron van betekenis kan zijn voor de communautaire rechtsorde.

Het Hof kwam echter niet toe aan de vraag, in hoeverre de nieuwe spelling in overeenstemming is met het door Jacobs voorgestelde normenkader van EG-recht: zij voldoet reeds niet aan eisen van een EG-Verdragsbepaling. Deze casus biedt een voorbeeld van de subsidiariteit van de analoge redeneermethode ten opzichte van technisch-juridische methoden. Indien interpretatie van een regel uit het EG-Verdrag mogelijk is, zal het Hof waarschijnlijk eerst uit dat kader een toepasselijke rechtsregel putten.⁴⁶

41 Opinie A.G. Jacobs bij *Konstantinidis*, par. 35 tot en met 39.

42 Art. 18, Amerikaanse Conventie van de Rechten van de Mens luidt: 'Every person has the right to a given name and to the surnames of his parents or that of one of them. [...]', zie Van Dijk, Flinterman en Janssen 1998, p. 224.

43 Zaak 374/87, *Orkem t. Commissie* (1989), Jur. p. 3283 (1989), par. 31. In *Orkem* werd daarnaast Art. 6 EVRM inhoudende het recht op vooronderstelling van onschuld en meer in het bijzonder het verbod van zelf-incriminatie aangehaald in verband met de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie in het kader van Art. 81 (85 oud) EG-Verdrag.

44 Opinie A-G Darmon bij *Orkem t. Commissie* van 18 mei 1989, par. 126.

45 Opinie A-G Darmon bij *Orkem t. Commissie* van 18 mei 1989, par. 127.

46 Zo ook Flynn 1997, p. 383.

7.3.4 *Erkenning van de transseksuele en homoseksuele identiteit*

Art. 141 EG-Verdrag is voor individuen in het recente verleden verschillende keren aanleiding geweest, om een ruime notie van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ter zake van beloning en in arbeidsverhoudingen te claimen.⁴⁷ Het Hof is steeds terughoudend geweest met het erkennen van een extensieve interpretatie – buiten de context van arbeidsrechtelijke verhoudingen – van Art. 141 EG-Verdrag, al is een enkele uitzondering die duidt op een ruimere benadering van gelijke behandelingskwestie opgespoord. In *P t. S en Cornwall County* aanvaardde het Hof aan de hand van een analoge redenering een ruime strekking van Art. 141 EG-Verdrag.⁴⁸ De individuele aanspraak behelsde gelijke behandeling van de nieuwe geslachtelijke identiteit na het ondergaan van een geslachtsveranderende operatie. Vraag was in hoeverre een richtlijn, die het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ter zake van arbeid en beloning ex Art. 141 implementeert, van toepassing was op een individuele aanspraak van een klager die was ontslagen op grond van de geslachtsveranderende operaties.⁴⁹ De extensieve interpretatie van Art. 141 EG-Verdrag werd in dat kader gebaseerd op een individueelrechtelijke notie van gelijkheid van mannen en vrouwen, die niet expliciet in Art. 141 is terug te vinden. Het gelijkheidsbeginsel ter zake van beloning van mannen en vrouwen, een constituerende EG-Verdragsnorm die is gepositieerd in Art. 141 EG-Verdrag, werd in *P t. S* geïnterpreteerd tegen de achtergrond van een norm van hoger recht van menselijke waardigheid:

‘To tolerate such discrimination would be tantamount, as regards such a person, to a failure to respect the dignity and freedom to which he or she is entitled, and which the Court has a duty to safeguard.’⁵⁰

Ter ondersteuning van de opvatting, dat het in casu om een gelijkheidsbeginsel met fundamenteelrechtelijk karakter ging stelde het Hof:

‘Moreover, as the Court has repeatedly held, the right not to be discriminated against on grounds of sex is one of the fundamental human rights whose observance the Court has a duty to ensure [...]’⁵¹

Het Hof baseerde zich voor de rechtvaardiging van deze fundamenteelrechtelijke benadering van Art. 141 EG-Verdrag op *Defrenne t. Sabena* en *Razzouk en Beydoun t. Commissie*.⁵² Voor de analogie is het interessant te bekijken welke aspecten uit *De-*

47 Zie voor een overzicht en verwijzingen Craig en De Búrca 1998, met name hoofdstuk 19.

48 *P t. S en Cornwall County*, zaak C-13/94 (1996), Jur. P. I-2143 (1996). Zie voor verwijzingen en bespreking van de uitspraak onder meer Campbell en Lardy 1996, p. 412-418, Craig en De Búrca 1998, p. 333 e.v., Canor 2000, p. 269 en Flynn 1997, p. 367-387.

49 Richtlijn van de Raad van 9 februari 1976 ter zake van de implementatie van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in verband met toegang tot werkgelegenheid, opleidingen, promotie en werkomstandigheden (76/207 EEG), Pb 1976, Nr. L 39/40. Deze richtlijn is een concretisering van het beginsel als neergelegd in Art. 141 (Art. 119 oud) EG-Verdrag.

50 *P t. S*, zaak C-13/94, par. 22.

51 *P t. S*, zaak C-13/94, par. 19.

52 *Defrenne t. Sabena*, zaak 149/77 (1978), Jur. p. 1365 (1978) en *Razzouk en Beydoun t. Commissie*, gevoegde zaken 75 en 117/82 (1984), Jur.p. 1509 (1984).

frenne en *Razzouk* het Hof voor die fundamenteelrechtelijke benadering precies relevant acht. Defrenne klaagde over het feit dat het contract van vrouwelijke werknemers bij het bereiken van de veertigjarige leeftijd niet werd verlengd. Deze regel gold niet voor mannelijke werknemers, hetgeen naar nationaal recht was geoorloofd. Dat laatste vormde nu volgens Defrenne een inbreuk op Art. 141. De prejudiciële vraag luidde, in welke mate Art. 141 extensief kon worden geïnterpreteerd – aanspraak op een eis van algemene gelijkheid ter zake van werkomstandigheden – zodat de aanspraak van Defrenne onder het beschermingsregime zou vallen van het discriminatieverbod ex Art. 141. Leeftijdscdiscriminatie tussen mannen en vrouwen was tot dusverre niet erkend als één van de gronden voor toepassing van Art. 141. In de optiek die Defrenne voorstelde, werd aangeknoopt bij een norm van hoger recht die ten grondslag ligt aan Art. 141. Die norm houdt een algemeen discriminatieverbod ter zake van mannen en vrouwen in werkomstandigheden in. Art. 141 EG-Verdrag is, aldus klaagster, slechts één van de uitingen van dat beginsel.

Het Hof koos in *Defrenne* niet voor deze analoge benadering maar voor hantering van een systematische benadering van Art. 141. Artt. 136 en 137 (Artt. 117 en 118 oud) werden in een contextuele benadering gelezen. Het Hof concludeerde uit de systematiek van het sociale hoofdstuk van het EG-Verdrag dat het programmatische karakter van Artt. 136 en 137 in de weg stond aan extensieve interpretatie.⁵³ De discretie van de Lid-Staten op dit terrein diende te worden gerespecteerd, en de gekozen uitleg leidde in dit verband tot een afwijzing van de door Defrenne voorgestelde toepassing van de norm van hoger recht door het Hof.

In *Defrenne* is echter, naast de vaststelling van de strekking en reikwijdte van Art. 141 door het Hof op een ander vlak een analoge redenering te herkennen. De uitkomst daarvan was van groot belang voor de redenering in *P t. S.* Het Hof aanvaardde in *Defrenne* namelijk dat het Gemeenschapsrecht inderdaad een abstracte norm van hoger recht, inhoudende verbod van onderscheid op grond van geslacht kent:

‘The Court has repeatedly stated that respect for fundamental personal human rights is one of the general principles of law, the observance of which it has a duty to ensure’.⁵⁴

In *Defrenne* had deze observatie echter geen gevolg voor de aanspraak van de klaagster, omdat het zijn werking enkel deed gevoelen in rechtsrelaties tussen individuen en gemeenschapsinstellingen, aldus het Hof in die zaak.⁵⁵ De opmerking verkreeg in dit verband eerder het karakter van een obiter dictum, dat in het kader van *P t. S.* aanknopingspunten voor een extensieve uitleg van Art. 141 kon rechtvaardigen.

53 *Defrenne*, zaak 149/77, par. 20.

54 *Defrenne*, zaak 149/77, par. 26.

55 *Sabbatini t. Europees Parlement*, zaak 20/71, (1972), Jur. p. 345 (1972) en *Airola t. Commissie*, zaak 21/74 (1975), Jur. 221 (1975) en *Razzouk en Beydoun t. Commissie*, gevoegde zaken 75 en 117/82 (1984), Jur. p. 1509 (1984). Zie *Defrenne*, zaak 149/77, par. 29-30.

Een zuiver EG-Verdragsrechtelijke benadering als in *Konstantinidis* van een EG-Verdragsbepaling werd in *P t. S* achterwege gelaten bij de formulering van de toepasselijke regel voor de kwalificatie van de individuele aanspraak. Het Hof richtte zich voor de invulling van een aanspraak op geslachtelijke identiteit op de fundamenteelrechtelijke benadering die het EHRM had gehanteerd in *Rees t. Verenigd Koninkrijk*:

‘The term “transsexual” is usually applied to those who, whilst belonging physically to one sex, feel convinced that they belong to the other; they often seek to achieve a more integrated, unambiguous identity by undergoing medical treatment and surgical operations to adapt their physical characteristics to their psychological nature. Transsexuals who have been operated upon thus form a fairly well defined and identifiable group’.⁵⁶

De fundamenteelrechtelijke benadering van het gelijkheidsbeginsel leidde tot een abstracte formulering van de oorspronkelijk enger geformuleerde eis, dat mannen en vrouwen gelijkelijk dienen te worden beloond voor gelijke arbeid.⁵⁷ Daaropvolgend rees de vraag, in hoeverre erkenning van de aanspraak betreffende het ontslag wegens geslachtsveranderende operaties terecht was onder Art. 141. Het Hof stelde vast, dat het onderscheid een direct gevolg was van discriminatie naar geslacht. Het Hof knoopte voor deze benadering aan bij Art. 3 lid 1 van Richtlijn 76/207:

‘Application of the principle of equal treatment means that there shall be no discrimination *whatsoever on grounds of sex* in the conditions, including selection criteria, for access to all jobs or posts, whatever the sector or branch of activity, and to all levels of the occupational hierarchy’.⁵⁸

Het Hof voegde hieraan toe dat discriminatie van transseksuelen ontoelaatbaar was in het licht van het recht op menselijke waardigheid waarop ook deze personen een geldige aanspraak hebben die het Hof dient te waarborgen. In de literatuur rees de vraag hoe discriminatie naar geslacht in deze casus diende te worden beoordeeld: in hoeverre hing het ontslag samen met de operatie, of met het feit dat P een operatie ondergaan had en vrouw was geworden?⁵⁹ Zouden vrouwen die na een operatie als man door het leven gaan, meer moeilijkheden ondervinden? Verdedigd had kunnen worden dat de aanspraak in casu niet handelde over onderscheidenlijk handelen ten aanzien van mannen en vrouwen, maar ten aanzien van transseksuelen en niet-transseksuelen. Het hangt ervan af waarop in de vergelijking de nadruk wordt aangebracht, al dient deze wel te passen in het door Verdrag en Richtlijn gegeven kader. Een meer abstracte benadering van gelijkheid zoals die in casu werd aanvaard door het Hof liet ruimte voor kwalificatie van P's aanspraak onder het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Het Hof koos voor de laatste benadering, waarin het maken van onderscheid dat op welke wijze dan ook is gerelateerd aan de sekse, wordt afgewezen.

56 *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 oktober 1986, Serie A vol. 106, par. 38.

57 Die eis is neergelegd in Richtlijn van de Raad 76/207 van 9 februari 1976 ter zake van de implementatie van het beginsel van gelijke behandeling voor mannen en vrouwen voor wat betreft de toegang tot arbeid, opleidingen en promotie en werkomstandigheden (Pb 1976, L 39, p. 40). Deze richtlijn werd in *P t. S* geïnterpreteerd.

58 In de hier gecursiveerde formulering zag het Hof aanleiding de aanspraak onder het gelijkheidsbeginsel te kwalificeren (*Defrenne*, zaak 149/77, par. 21).

59 Zie onder meer Flynn 1997, p. 373 e.v., Canor 2000, p. 277 Campbell en Lardy 1996, p. 413.

Het Hof werd echter al gauw gedwongen tot een principiële standpuntbepaling, immers: bij een dergelijk abstracte benadering door het Hof van het gelijkheidsbeginsel ex Art. 141 kon immers spoedig worden verwacht, dat ook klachten van individuen over discriminatie wegens bijvoorbeeld seksuele voorkeur bij het Hof terecht zouden komen.⁶⁰ A-G Tesaro had in zijn opinie bij *P t. S en Cornwall County* extensieve interpretatie bepleit van Art. 141 maar tegelijkertijd benadrukt dat de bedreigde groep van transseksuelen een kleine en zeer bepaalde groep individuen is die mogelijk hinder ondervindt.⁶¹ In *P t. S en Cornwall County* erkende en honoreerde het Hof de individuele aanspraak op gelijke behandeling ex Art. 141. Vanwege het feit dat hier invulling van een richtlijn op basis van Art. 141 plaatsvond, wordt hier gesproken van een wetsanalogie. De norm van hoger recht is in dit verband de notie van 'dignity and freedom', hier vertaald als menselijke waardigheid, ten aanzien waarvan het Hof de plicht heeft deze te beschermen.

In *Grant t. South-West Trains Ltd.* beoordeelde het Hof in hoeverre een seksuele voorkeur werd beschermd door Art. 141 EG-Verdrag; de uitspraak in *P t. S* had hoge verwachtingen gewekt.⁶² In *Grant* werd een beroep gedaan op Art. 141 EG-Verdrag; klaagster achtte een recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen in werkgerelateerde verhoudingen geschonden omdat haar werkgever weigerde, voordelen toe te kennen aan de partner die van hetzelfde geslacht was als klaagster. Deze voordelen werden in beginsel wel toegekend aan de gehuwde of samenwonende partner van de werknemer. De nationale rechter vroeg het Hof in dat verband om uitleg van Art. 141: in hoeverre bood dat aanknopingspunten voor rechtsbescherming aan de aanspraak van klaagster? Het Hof bleek niet bereid Grants aanspraak te kwalificeren onder het gelijkheidsbeginsel. Het handhaafde in dit verband het gelijkheidsbeginsel in enge zin, dat wil zeggen onder discriminatie tussen werknemers naar geslacht.⁶³

Een beroep op *P t. S* slaagde niet: daar ging het om geslachtsverandering, die een aanleiding vormde voor ongelijke behandeling, terwijl in *Grant* seksuele voorkeur de grond was voor ongelijke behandeling. Seksuele identiteit en seksuele voorkeur zijn in de optiek van het Hof geen vergelijkbare aanspraken onder Art. 141. Het Hof versmalde aldus zijn opvatting over de reikwijdte van Art. 141 van ruim in *P t. S* naar eng in *Grant*.⁶⁴ Vergelijkbaarheid van de individuele aanspraken was in dit verband eveneens te verdedigen: erkenning van zowel seksuele identiteit als seksuele voorkeur maken

60 Dat duurde ook niet lang, zie *Grant t. South-West Trains Ltd.*, zaak C-249/96 (1998), Jur. p. I-621 (1998).

61 Opinie van A-G Tesaro bij *P t. S en Cornwall County Council*, zaak C-13/94 van 14 december 1995, par. 9.

62 Campbell en Lardy 1996, p. 417: 'The decision of the Court [...] represents a major breakthrough for all those campaigning for an improvement in the legal status of transsexuals. [...] If tolerating discrimination against a transsexual person would be a "failure to respect the dignity and freedom to which he or she is entitled", then to permit discrimination against someone on the grounds that he or she is gay or lesbian must surely also represent such a failure of respect.'

63 *Grant t. South-West Trains*, zaak C-249/96, par. 28.

64 Zeer kritisch hierover De Werd in zijn noot bij *Grant*, JB 1998/109.

allebei deel uit van het recht op menselijke waardigheid, zo zou kunnen worden verdedigd. Het Hof gaf echter de voorkeur aan de meer specifieke benadering waardoor een recht op seksuele voorkeur niet kon gelden als basis voor aanspraken op gelijkheid. Vraag is waarom aan de specifieke benadering de voorkeur werd gegeven. Deze zou kunnen worden verklaard uit de weigering om aan de soevereine Lid-Staten een positieve verplichting op te leggen, aanspraken op seksuele voorkeur te moeten honoreren. Het verband tussen het rechtskader van de EG en de individuele aanspraak werd in dit verband wellicht niet aanwezig geacht.

Vormen *P t. S* en *Grant* voor de kwalificatie van de individuele aanspraak onder Art. 141 nu elkaars complement, of is hier juist sprake van inconsistente interpretatie van Art. 141?⁶⁵ In *P t. S* werd een fundamenteelrechtelijke invulling gegeven met behulp van het rechtsbeginsel van menselijke waardigheid; in *Grant* een EG-rechtelijke invulling zonder aanvullende interpretatie van menselijke waardigheid. Hantering van de norm van hoger recht uit *P t. S* en *Cornwall County* zou in *Grant* wellicht hebben kunnen leiden tot het scheppen van een precedent dat op weerstand zou stuiten in de Lid-Staten. Afgezien van het feit dat een gelijkstelling van homoseksuele met heteroseksuele paren niet aanvaardbaar is in verschillende Lid-Staten, zou deze gelijkstelling eveneens verstreckende consequenties hebben op verschillende terreinen van wetgeving.⁶⁶ De afwijzing van de analogie met *P t. S* is in dit verband aldus ingegeven door de constitutionele verhouding tussen rechter en nationale wetgevers. De consequenties van de interpretatie in *P t. S* waren daarentegen veel minder ingrijpend, zoals A-G Tesauron en Hof daarover opmerkten.⁶⁷ Tégen het standpunt van het Hof, dat 'geslachtsverandering' wel en 'seksuele voorkeur' niet onder Art. 141 EG-Verdrag kon worden gekwalificeerd kan worden aangevoerd dat beide kenmerken of gronden voor ongelijke behandeling in ieder geval worden beschermd door het rechtsbeginsel van menselijke waardigheid.

De motivering van de gevolgde redenering werd met name gebaseerd op uitspraken van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in het kader van een recht op familie- en gezinsleven ex Art. 8. Het EHRM had op dat moment reeds erkend dat een recht op seksuele voorkeur een aspect is dat Art. 8 EVRM beoogt te beschermen, maar heeft daaraan tot op heden geen positieve verplichtingen van de staat aan verbonden.⁶⁸ In vergelijkbare zaken betekent dat, dat het EHRM de individuele aanspraak op een recht op seksuele voorkeur onder Art. 8 EVRM wel zal erkennen, maar niet zal honoreren.⁶⁹ In de meeste gevallen beroept het EHRM zich in de toetsingsfase op af-

65 Flynn 1997, p. 367-387.

66 Canor 2000, par. 2.2 e.v.

67 A-G Elmer pleitte in zijn opinie bij *Grant* eveneens voor een extensieve interpretatie van Art. 141 EG-Verdrag aan de hand van het rechtsbeginsel human dignity. Hij nam daarbij de redenering van het Hof in *P t. S* als uitgangspunt (Opinie van A-G Elmer bij *Grant t. South-West Trains*, zaak C-249/96).

68 De door het Luxemburgse Hof aangehaalde uitspraken behelzen allen individuele aanspraken waarin de Commissie beoordeelde of ter zake van de aanspraak in de familierechtelijke context positieve verplichtingen voor de staat bestonden.

69 Zie par. 8.3.2.

wezigheid van een consensus hierover in de staten die lid zijn bij het EVRM. In casu werd de aanspraak door het Hof te Luxemburg niet erkend en werd aan de vraag over honorering niet toegekomen.

Recentelijk werd in *D. t. Raad* geklaagd over het achterwege laten door de Raad van kostwinnerstoelage wanneer de partner van hetzelfde geslacht is.⁷⁰ In dat verband diende het Hof het statuut ter zake van de begrippen 'gehuwde ambtenaar' en 'echtgenoot' uit het ambtenarenstatuut te interpreteren: klager had zijn relatie in de vorm van een partnerschapsregistratie gevestigd die in het land van herkomst geldt als gelijkwaardig aan de huwelijkse staat. Naar het oordeel van het Hof is er wel een gemeenschappelijke trend te onderkennen, maar kan nog niet worden gesproken van een gemeenschappelijke erkenning van het partnerschap als huwelijkse staat. Een abstracter benadering van het gelijkheidsbeginsel ex Art. 141 EG-Verdrag met inspiratie uit een recht op menselijke waardigheid als norm van hoger recht werd door het Hof niet aangenomen. Deze zou gelijkstelling van partners van werknemers onder het kostwinnersbeginsel kunnen rechtvaardigen, waarmee de vraag naar vergelijkbaarheid – zoals in *P t. S.* – vermeden had kunnen worden. De analoge redenering werd in dit geval afgewezen op gronden van afwezigheid van consensus.

Op het terrein van het recht op persoonlijkheid is slechts een klein aantal uitspraken aangetroffen waarin het Hof een rechtsanaloge redenering heeft gehanteerd, of waarin het werd geconfronteerd met een voorstel tot extensieve interpretatie of positivering van nieuwe normen. De analogie is van constituerend karakter gebleken voor de vestiging van fundamentele recht als rechtsnorm van EG-recht. Analogieën zijn vooral ook gehanteerd ter zake van vaststelling van de institutionele verhoudingen in horizontale en verticale zin. Een kleine excursie naar een fraai voorbeeld op het terrein van de verticale machtscheiding is dat van 'wederzijdse verplichting tot behoorlijke samenwerking'.⁷¹ Het Hof leidde uit Art. 10 EG-Verdrag ten aanzien van de Lid-Staten een ruimhartige verplichting tot samenwerking met de Instellingen af,⁷² hetgeen niet vreemd is aan de tekst van het EG-Verdrag op dit punt. Het Hof vestigde omgekeerd vanuit Art. 10 EG-Verdrag eveneens een verplichting van de Gemeenschapsinstellingen, zich coöperatief op te stellen naar de Lid-Staten. Een dergelijke verplichting volgt echter niet direct uit de tekst van Art. 10 EG-Verdrag; voor de rechtvaardiging van deze lezing van Art. 10 was een analogie noodzakelijk. De wederzijdse verplichting werd door het Hof al opgemerkt in *Luxemburg t. Parlement*. In deze zaak werd door de Luxemburgse regering geklaagd over een Resolutie van het Europees Parlement, waarin het Europees Parlement had besloten de zetel voor de vergaderingen van het Parlement te verplaatsen van Luxemburg naar Straatsburg. De Lid-Staten hebben namelijk

70 *D. t. Raad*, gevoegde zaken C-122/99 en C-125/99 (2001), Jur. P. I-4319 (2001).

71 Zie eveneens De Witte 2000, p. 146 en Mortelmans 1998, p. 67-88.

72 Art. 10 EG-Verdrag luidt: 'De Lid-Staten treffen alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Zij vergemakkelijken de vervulling van haar taak. Zij onthouden zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit Verdrag in gevaar kunnen brengen'.

de bevoegdheid de zetel van het Parlement te bepalen, maar het Parlement is omgekeerd bevoegd, ex Art. 142 (oud) EG-Verdrag geschikte maatregelen te treffen om behoorlijk functioneren van het orgaan te verzekeren. Teneinde de twee bevoegdheden op elkaar aan te laten sluiten, bestaat volgens het Hof een wederzijdse verplichting tot samenwerking. Het Hof stelde in een *obiter dictum*:

'Furthermore, the Parliament is authorized, [...] to adopt appropriate measures to ensure the due functioning and conduct of its proceedings. However, in accordance with the above-mentioned mutual duties of sincere cooperation, the decisions of the Parliament in turn must have regard to the power of the governments of the Member States to determine the seat of the institutions and to the provisional decisions taken in the meantime'.⁷³

Voor de beslechting van het geschil voegde het obiter van wederzijdse verplichtingen geen nieuw gezichtspunt toe.⁷⁴ Het zou echter later in *Zwartveld* het doorslaggevende argument blijken voor het Hof, de Commissie te dwingen tot samenwerking met de Lid-Staten.⁷⁵ Zwartveld, die als rechter-commissaris betrokken was bij het onderzoek naar een beschuldiging van valsheid in geschrifte op het terrein van de Europese visserijmarkt, verzocht de Commissie om inzage van de inspectierapporten. De Commissie wees dit verzoek af met een beroep op het Protocol inzake privileges en immuniteiten van de Europese Gemeenschap. Het Hof verplichtte de Commissie echter tot medewerking, onder verwijzing naar verplichting tot samenwerking als neergelegd in Art. 10 EG-Verdrag. Dat wekte verwondering, omdat de tekst van die bepaling enkel wijst op de samenwerkingsverplichting van de Lid-Staten naar de Gemeenschapsinstellingen:

'That principle not only requires the Member States to take all the measures necessary to guarantee the application and effectiveness of Community law, [...] but also imposes on Member States and the Community institutions mutual duties of sincere cooperation'.⁷⁶

Het Hof baseert zich voor deze vaststelling uitsluitend op *Luxemburg t. Parlement en Commissie t. Griekenland*.⁷⁷ Op basis van de wederzijdse verplichtingen interpreteerde het Hof in *Zwartveld* de relevante bepalingen in het Protocol, waarop de Commissie zich beriep, restrictief.⁷⁸ In deze reeks van uitspraken is te zien hoe het Hof aan Art. 10 via een wetsanaloge redenering een extensieve interpretatie geeft. Norm van hoger recht in dit verband was het bestaan van een norm die dicteert, dat er wederzijdse

73 *Luxemburg t. Parlement*, zaak 230/81 (1983), Jur. p. 255 (1983) par. 37.

74 De Witte 2000, p. 146.

75 *Zwartveld t. Commissie*, zaak C-2/88 (1990), Jur. p. I-1889 (1990).

76 *Zwartveld*, zaak C-2/88, par. 17.

77 *Commissie t. Griekenland*, zaak C-68/88 (1989), Jur. p. I-2965 (1991), par. 23. In de laatstgenoemde uitspraak had het Hof bepaald, dat een Lid-Staat onder Art. 10 verplicht is, alle noodzakelijke maatregelen te treffen teneinde de toepassing en effectiviteit van EG-recht te verzekeren, zelfs indien dat betekent dat naar het nationale recht een strafrechtelijke procedure dient te worden gestart. Deze uitspraak wijst op de verplichting van de Lid-Staat; *Luxemburg t. Parlement* wijst daarentegen op de verplichting van de Instellingen.

78 'When analysed in the light of those principles, the privileges and immunities which the Protocol grants to the European Communities have a purely functional character [...]. The Protocol therefore does not permit the Community institutions to neglect the duty of sincere cooperation with the national authorities, and in particular the judicial authorities [...]', *Zwartveld*, zaak C-2/88, par. 19-21.

verplichtingen bestaan, en niet alleen verplichtingen van de Lid-Staten jegens de Instellingen van de Gemeenschap.

7.4 Bevindingen

Het Hof heeft het bestaan van een nieuwe toepasselijke rechtsnorm aanvaard die tot dusverre nog niet was gepositieerd in Verdrag, lagere regelgeving of rechtspraak. De wijze waarop de zaken bij het Hof arriveerden vertoont een wisselend beeld: de klachten gebaseerd op de bevoegdheden van de Commissie inzake mededinging kwamen allen bij het Hof via de individuele klachtprocedure ex Art. 230, de zaken *P. t. S.*, *Grant* en *Konstantinidis* werden in het kader van een prejudiciële procedure ex Art. 234 beoordeeld en twee geschillen speelden zich af in de arbeidsrechtelijke verhoudingen tussen individuen en Instellingen, namelijk *X t. Commissie* en *D. t. Commissie*. Een bijzonderheid is dat een Lid-Staat een beroep doet op een fundamenteelrechtelijke norm, maar verklaarbaar binnen de Verdragsrechtelijke verhoudingen waarin een grondrechtelijk kader voor de toetsing van handelingen ontbreekt. Het Hof was zeer kritisch over de door Duitsland ingeroepen rechtsnorm; het Hof vermoedde achter de maatregel een ontoelaatbare importrestrictie.

7.4.1 Ontwikkeling van de grondslag voor de normen van hoger recht

De vraag naar de ontwikkeling van normen van hoger recht voor de positivering van nieuwe grondrechten is in verband met het EG-recht een vraag naar de erkenning van alle niet in het Verdrag genoemde fundamentele rechten. De basis voor de erkenning van grondrechten werd gelegd in de uitspraken *Stauder*, *Internationale Handelsgesellschaft* en *Nold*. De openingszet werd gegeven in het obiter in *Stauder*. Een obiter kan in beginsel niet een zelfstandige grondslag vormen voor positivering van een nieuwe norm. Kennelijk dragen zij soms een overtuigingskracht in zich die in latere jurisprudentie van pas kan komen. Er was opvallend vaak sprake van een rechtsanalogie, hetgeen samenhangt met het feit dat de individuele aanspraken in de onderzochte zaken niet konden worden ondergebracht onder één van de Verdragsrechten. In dat verband had het Hof ervoor kunnen kiezen, jurisdictie af te wijzen. Het koos echter voor een extensieve interpretatie van zijn mandaat ex Art. 220. Die keuze werd in belangrijke mate ingegeven door de steeds luidere kritiek in de Lid-Staten op het feit dat hun rechtsordes, de grondwet inclusief, ongeschikt werden geacht aan het Gemeenschapsrecht.

De rechtsbronnen die dienden ter legitimatie van rechtsbeginselen van gemeenschapsrecht werden gebaseerd op gemeenschappelijke tradities in de Lid-Staten, het EVRM en andere internationaalrechtelijke bepalingen. Dat was retorisch gezien een handige keuze van het Hof: de bronnen boden de Lid-Staten vertrouwd materiaal, terwijl het Hof tegelijkertijd vanwege het vage karakter van de uit die bronnen voortvloeiende rechtsnormen niet gebonden was aan de door de Lid-Staten gegeven uitleg van de 'constitutionele tradities'. Het Hof achtte zich evenmin gebonden aan de uitleg die het EHRM geeft aan het EVRM; het ontleent er normen aan maar lijkt er in concreto een

autonome invulling en toepassing van te geven. De verwijzing in *Rutili* naar EVRM-rechtelijke normen, hoewel niet toegepast in *Rutili*, is in dit opzicht enigszins merkwaardig; het Hof aanvaardde de begrenzing zoals die is neergelegd in het EVRM – de rechtspraak laat nauwelijks zien dat de beperkingsmethodiek van het EVRM wordt gehanteerd.⁷⁹ De grondslag waaruit de normen van hoger recht werden geput was van abstract karakter.

7.4.2 *Het recht op persoonlijkheid: concretisering*

Onder het recht op persoonlijkheid werd allereerst het rechtsbeginsel op 'privé-leven' met daaruit voortvloeiend onschendbaarheid van de woning, het recht op geheime correspondentie tussen advocaat en zijn onderneming en het recht op medische geheimhouding beschouwd. Het Hof typeert het recht op 'privé-leven' als een rechtsbeginsel van gemeenschapsrecht, terwijl de specificeringen eruit worden aangemerkt als toepasselijke rechtsnormen. Het recht op de naam werd door de A-G voorgesteld als rechtsnorm, maar niet door het Hof aanvaard en kan mitsdien (nog) niet worden aanvaard als een door het Hof gepositieerd recht. Tenslotte erkende het Hof een recht op transseksuele identiteit en de verplichting van Lid-Staten onder art.141 EG-Verdrag. Seksuele identiteit en seksuele voorkeur worden aldus niet gelijkelijk onder Art. 141 beschermd.

In de onderzochte zaken heeft het Hof aldus een wisselende bereidheid getoond tot erkenning van de individuele aanspraken.⁸⁰ In de zaak *X t. Commissie* bleek het Hof het sterkst een benadering ten faveure van de individuele rechtsbescherming te aanvaarden – niet alleen werd de aanspraak onder 'privé-leven' erkend; daarenboven aanvaardde het een ruime reikwijdte en een meer uitgewerkte toepassing van het recht in concreto. Dat had waarschijnlijk te maken met de aard van de partijen, die in een voor grondrechten meer gebruikelijke verhouding tegenover elkaar stonden en de aard van het geschil, dat niet één van de door het EG-Verdrag geprioriteerde beleidsterreinen betrof. Het Hof behoeft geen rekening te houden met beleids- en beoordelingsruimte die vaak met geprioriteerde beleidsterreinen samenhangen. Dat speelde waarschijnlijk eerder wel een rol in de onderzochte mededingingszaken.

Het onderscheid in erkenning en uiteindelijke honorering is van belang voor verdere rechtsontwikkeling van grondrechtelijke aanspraken in verband met Gemeenschapsrecht. Het Hof lijkt, afhankelijk van het beleidsterrein waar het geschil zich voordoet en aanwezigheid van consensus over het onderwerp in de Lid-Staten, bereid te zijn tot erkenning van individuele aanspraken. Het gaat echter niet gauw over tot honorering van de aanspraken. Het onderzoek naar honorering van de individuele aanspraak vindt plaats in de toetsingsfase: hierin wordt de rechtsregel in concreto toegepast. Een uit-

⁷⁹ In een recente zaak lijkt de bereidheid om de beperkingsmethodiek van de Artt. 8 tot en met 11 lid 2 EVRM wel aanwezig (*Connolly t. Commissie*, zaak C-274/00, HvJ EG 21 maart 2001).

⁸⁰ Expliciete erkenning van de individuele aanspraak vond plaats in *Panasonic t. Commissie*, *AM&S t. Commissie*, *Commissie t. Duitsland*, *X t. Commissie* en *P t. S en Cornwall County*. In de overige zaken werd de individuele aanspraak niet erkend.

gewerkt toetsingskader van grondrechtelijke aanspraken ontbreekt tot dusverre, hetgeen tot op grote hoogte samenhangt met afwezigheid van een grondrechtelijk toetsingskader in het EG-Verdrag.

7.4.3 *De analoge redenering*

De formulering van 'individuele rechten als rechtsbeginselen van communautair recht' bleken voor het Hof een nuttig instrument bij de beoordeling van de individuele aanspraken: rechtsbeginselen bieden het Hof mogelijkheden om te laveren tussen enerzijds de kritiek uit de Lid-Staten op handelingen van de Instellingen vanwege ondergeschiktheid van de nationale grondrechten aan EG-recht dat een dergelijk normenkader ontbeerde, en anderzijds de weigerachtigheid van de dezelfde Lid-Staten te komen tot een bindende lijst van fundamentele rechten. Ook dicteren de verdragsdoelstellingen andere prioriteiten – grondrechten maken daarvan vooralsnog geen deel uit. Deze situatie geeft deels een invulling aan de constitutionele verhouding waarmee het Hof rekening moet houden. Het positiveren van rechts'regels' op het terrein van het recht op persoonlijkheid door het Hof zou in dit verband minder voor de hand hebben gelegen. Rechtsbeginselen lijken in beginsel een grotere flexibiliteit in zich te dragen dan rechtsregels. Rechtsregels dicteren in beginsel rechtsgevolgen. Rechtsbeginselen zijn niet direct inroepbaar en afdwingbaar; de rechter dient ze eerst te concretiseren voordat zij toepassing kunnen verkrijgen. Nu valt daarover in het licht van de onderzochte rechtspraak te twisten: het recht op 'privé-leven' is niet dermate abstract van aard dat het steeds nader geconcretiseerd dient te worden. Gesteld kan worden, dat het Hof het recht op 'privé-leven' in enkele gevallen toepaste als rechtsregel, terwijl het steevast bleef spreken over een beginsel van gemeenschapsrecht. Hetzelfde geldt voor het recht op medische geheimhouding en de erkenning van de geslachtelijke identiteit.

Er was in wisselende mate sprake van wets- en rechtsanalogieën. Van de onderzochte zaken lijken soms beide karakteriseringingen te kunnen worden gegeven. Een wetsanalogie was aan de orde, wanneer het Hof de reikwijdte van een Verdragsbepaling of een bepaling van secundair recht uitlegde aan de hand van een ongeschreven grondrechtsnorm. Omdat het nauwelijks ging over de uitleg van een grondrechtelijke aanspraak – die kent het EG-Verdrag niet – werd bijna steeds gesproken over rechtsanalogieën. Een wetsanalogie deed zich in de andere stelsels voor wanneer de rechter een analogie hanteert om de reikwijdte van een aan het recht op persoonlijkheid gelieerde rechtsnorm vast te stellen. Nu kan bijvoorbeeld worden gesteld, dat het recht op medische zelfbeschikking als in *Commissie t. Duitsland* een invulling geeft aan een recht op persoonlijkheid, namelijk de in Art. 30 neergelegde derogatie ter zake van gezondheid en het leven van het individu. In de mededingingszaken en de aanstellingszaak *X t. Commissie* bleek een dergelijke norm die nader moest worden ingevuld niet aanwezig, en lijkt eerder sprake van een rechtsanalogie. De zaken over de seksuele identiteit en de seksuele voorkeur kunnen worden getypeerd als wetsanalogieën: het Hof legde Art. 141 uit aan de hand van menselijke waardigheid in *P. t. S.*

Teneinde het bestaan van een algemeen rechtsbeginsel van Gemeenschapsrecht te rechtvaardigen hanteerde het Hof steeds een abstracte norm van hoger recht. De grond-

slag werd gevormd door gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten, rechtsnormen uit het EVRM en andere internationale verdragen. In de periode na *Nold* werd aan de hand van deze grondslag het ene na het andere grondrecht gepositieerd als rechtsbeginsel van gemeenschapsrecht. Meestentijds vormden de normen uit het EVRM de grondslag voor de erkenning. Aan het IVBPR, dat eveneens belangrijke waarborgen op het terrein van fundamentele rechten vastlegt, werden minder vaak normen ontleend. Waar het kon zocht het Hof aansluiting bij het EVRM. In enkele gevallen werd het IVBPR tot uitgangspunt verheven, met name in die gevallen waarin het gezochte beginsel niet was geëxpliciteerd in het EVRM.⁸¹ Ook het ESH heeft gediend als bron van recht. Zodra erkenning van het recht in de jurisprudentie werd aanvaard, greep het Hof in een volgende casus terug op zijn eigen rechtspraak.⁸² Op die wijze verkrijgen de gepositieerde normen gelding in het EG-recht.⁸³

Slechts in twee casusposities – *Hoechst t. Commissie* en *Grant t. South-West Trains* – kon worden waargenomen dat het Hof een specifieke vergelijkingsmaatstaf hanteerde en dat een analogie met het vergelijkingsmateriaal werd afgewezen. De vergelijkingen op meer concreet niveau leidden tot een ont koppeling van de gevonden normen in het vergelijkingsmateriaal enerzijds en de ingeroepen norm in de individuele aanspraak anderzijds. In *Hoechst* werd die ont koppeling tot stand gebracht met een rechtsvergelijking, terwijl in *Grant* de ont koppeling tot stand kwam door het recht op seksuele identiteit enerzijds en het recht op seksuele voorkeur anderzijds niet te beschouwen onder een recht op menselijke waardigheid. In de opinies werd enkele keren een abstracte maatstaf voor de behandeling van het vergelijkingsmateriaal en de aanspraak in het voorliggende geschil voorgesteld; deze maakte het mogelijk om nieuwe individuele aanspraken via rechts- of wetsanalogie te positiveren. Het Hof volgde die voorstelling van zaken niet wanneer er dichter bij het Verdrag liggende mogelijkheden waren om het geschil op te lossen.

7.4.4 Terminologie

Hierboven zijn het recht op 'privé-leven', het recht op medische geheimhouding en het recht op seksuele identiteit getypeerd als rechtsnormen die deel uitmaken van het Gemeenschapsrecht als rechtsbeginsel. De typering van het Hof als rechtsbeginsel kan worden verklaard vanuit het vermoeden, dat dit het Hof wat meer ruimte oplevert voor

81 Zie *Orkem t. Commissie*, zaak 374/87, par. 31 waarin een verbod op zelf-incriminatie door het Hof werd erkend; in het EVRM was die norm op dat moment nog niet gepositieerd. Ook in *Defrenne t. Sabena*, zaak 149/77 werden normen aan het ESH en uit Conventie 111 van de Internationale Arbeids Organisatie ontleend. Alle Lid-Staten hebben het IVBPR geratificeerd, maar niet duidelijk is welke status het ESH in de Lid-Staten had op het moment van de uitspraak van *Defrenne*; dat blijkt althans niet uitdrukkelijk in de uitspraak.

82 Zie bijvoorbeeld *X t. Commissie*, waar ter zake van het recht op medische zelfbeschikking werd verwezen naar *Commissie t. Duitsland*.

83 Zie ook de zaken *Panasonic* en *Hoechst*, waarin werd verwezen voor het bestaan van een recht op 'privé-leven' naar *Nold* voor het normenkader waaraan dat recht werd ontleend. Daarna werd het bestaan van die norm in *Commissie t. Duitsland* en *X t. Commissie* bevestigd.

erkenning van individuele aanspraken.⁸⁴ Rechtsbeginselen vragen in het algemeen een nadere concretisering, terwijl in een rechtsregel wel operatoren aanwezig zijn voor toepassing in concreto. In de toepassing van rechtsbeginselen bestaat aldus een beoordelingsruimte voor de rechter, terwijl van daarvan bij rechtsregels minder snel sprake is. Afgewacht dient te worden hoe de invulling van toepasselijke rechtsnormen zal plaatsvinden, wanneer het Handvest bindende werking verkrijgt: het Hof heeft dan te maken met rechtsregels en een toetsingsmethodiek die bij deze rechtsnormen is vastgelegd.

84 Par. 7.4.3.

Hoofdstuk 8

Analoge rechtsvinding in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens

8.1 Inleiding

Wanneer het EHRM overgaat in de rechtsvinding tot het hanteren van een wets-analogie, zal hij voor de oplossing van het geschil zoveel mogelijk aansluiting zoeken bij bestaande verdragsbepalingen; ter zake van rechtsvinding op het terrein van het recht op persoonlijkheid komt dan eerst Art. 8 EVRM in aanmerking. De bewoordingen van Art. 8 EVRM lijken niet altijd direct toepasbaar op de individuele aanspraken die worden gedaan.¹ De rechter kan in dat geval besluiten, over te gaan tot de vorming van een rechtsregel die in hoge mate is geënt op Art. 8 en die een beoordelingsmaatstaf inhoudt die aan Art. 8 verwant is. Langs die weg onderzoekt hij aldus in hoeverre de individuele aanspraak gedekt wordt door de rechtsbescherming die Art. 8 biedt. De legitimatie van deze constructie wordt gevonden in een rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan enerzijds vergelijkingsmateriaal – bijvoorbeeld jurisprudentie – waarop Art. 8 van toepassing is, en anderzijds het voorliggende geschil dat met het vergelijkingsmateriaal overeenkomt en waarop de ‘nieuwe’ rechtsregel wordt gebaseerd. Een norm van hoger recht legitimeert aldus de kwalificatie van de individuele aanspraak onder een rechtsnorm die niet zichtbaar deel uitmaakt van Art. 8, maar die wel kan leiden tot toepassing op de voorliggende individuele aanspraak.

Onderzocht wordt, in hoeverre het EHRM een analoge benadering heeft gebezigd in de rechtsvindingsfase, om vast te stellen wat de omtrekken van Art. 8 zijn. De rechtspraak van het EHRM kan op uiteenlopende manieren worden benaderd. In de literatuur is het niet ongebruikelijk, de rechtspraak te verdelen naar verschillende aspecten van Art. 8 waaraan bescherming wordt geboden. Deze lijn wordt hier in principe ook aangehouden, zij het dat ook de chronologie zoveel mogelijk wordt gerespecteerd. Analoge interpretatie van andere verdragsbepalingen zal kort worden geschetst indien zij belangwekkende gezichtspunten opleveren voor de analoge redeneerwijze.

8.2 Rechtsontwikkeling door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens²

Het EVRM stipuleert in de tekst geen specifiek recht in ter zake van het recht op persoonlijkheid van individuen. Aangenomen wordt echter dat vanuit een systeem-benadering van de algehele individuele rechtsbescherming van het EVRM een aantal

1 Zie bijvoorbeeld *Niemietz t. Duitsland*, EHRM 16 december 1992, Serie A vol. 251-B, zie ook hoofdstuk 1 in het voorbeeld van de wetsanalogie en hierna par. 8.3.4.

2 In deze schets van de rechtsontwikkeling door het EHRM zijn ook enkele uitspraken van de ‘oude’ Europese Commissie voor de Rechten van de Mens opgenomen.

aspecten van de persoonlijkheid af te leiden is.³ De Preamble verwijst naar de Universele Verklaring voor de rechten van de Mens. Velu wees in 1970 al op Art. 8 als een recht waaronder verschillende persoonlijkheidsrechtelijke aanspraken waren gevestigd.⁴ Het Hof heeft in de afgelopen decennia steeds nieuwe aanspraken erkend onder Art. 8 en daarbij afgezien van een uitputtende beschrijving van Art. 8. Deze benadering, tezamen met het uitgangspunt dat het EVRM dient te worden uitgelegd als een 'living instrument' waarvan de interpretatie zich ontwikkelt in de tijd, wijst op het in standhouden van een verdragsnorm die open staat voor erkenning van nieuwe rechten onder het recht op privé-leven wanneer omstandigheden in de samenleving daartoe nopen.⁵ De eerste extensieve uitleg van het recht op privé-leven werd door de Europese Commissie gegeven ter zake van een individuele aanspraak met de vraag of het houden van honden behoort tot belangen die Art. 8 beoogt te beschermen.⁶ In haar opinie legde de Commissie uit hoe het recht op privé-leven dient te worden verstaan:

'In the opinion of the Commission, however, the right to respect for private life does not end there. It comprises also, to a certain degree, the right to establish and to develop relationships with other human beings, especially in the emotional field for the development and fulfilment of one's own personality'.⁷

Niet lang daarna beoordeelde de Commissie een individuele aanspraak op het recht op privé-leven ex Art. 8 in verband met de strafbaarstelling van abortus.⁸ Vraag was in hoeverre deze strafbaarstelling ingreep in het persoonlijk leven van de zwangere vrouw. De Commissie interpreteerde het recht op privé-leven en stelde dat er grenzen bestaan aan dat recht:

'The right to respect for private life is of such a scope as to secure to the individual a sphere within which he can freely pursue the development and fulfilment of his personality. To this effect, he must also have the possibility of establishing relationships of various kinds, including, sexual, with other persons. [...] However, there are limits to the personal sphere. [...] the claim to respect for private life is automatically reduced to the extent that the individual himself brings his private life into contact with public life or into close connection with other protected interests'.⁹

Enkele constituerende uitspraken over de reikwijdte van Art. 8 EVRM werden door het Hof gedaan in de jaren '70.¹⁰ Daarna ontwikkelden zich verschillende categorieën van aanspraken op het privé-leven, die gedeeltelijk parallel lopen met de vier in Art. 8 op-

3 Loucaides 1995, p. 176; Doswald-Beck 1983, p. 286 e.v.

4 Velu 1970 (in: Robertson 1973), p. 92 e.v.

5 Zie bijvoorbeeld *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 april 1978, Serie A vol. 26, par. 31.

6 *X t. IJsland* nr. 6825/74, D en R, vol. 5 p. 87.

7 *X t. IJsland* nr. 6825/74, D en R, vol. 5 p. 87. Er was geklaagd over een verbod tot het houden van honden, waarop slechts een minimale uitzondering was geformuleerd. De Commissie achtte het houden van honden weliswaar een onderdeel van het recht op privé-leven, maar dat verhinderde niet dat de staat op sommige terreinen kan ingrijpen omdat het houden van honden deels de publieke sfeer raakt.

8 *Brüggemann en Scheuten t. Duitsland*, nr. 6959/75, D en R, vol. 10, p. 100 e.v.

9 *Brüggemann en Scheuten t. Duitsland*, nr. 6959/75, D en R, vol. 10, par. 55 e.v. Zie ook *X t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8416/79, D en R, vol. 19, p. 244 e.v. voor de vraag in hoeverre het recht op privé-leven van de toekomstige vader geschonden is wanneer de vrouw besluit haar zwangerschap te beëindigen.

10 *Airey t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 9 oktober 1979, Serie A vol. 32.

gesomde aspecten van het privé-leven. In de eerste plaats erkende de Commissie dat gedetineerden een recht hebben op geheime correspondentie. Dat recht is gelieerd aan een op de persoonlijkheid betrokken belang:

'In the context of present-day conditions of imprisonment, the requirements of a democratic society involve the striking of a balance between the legitimate interests of public order [...] and that of the rehabilitation of prisoners (e.g. encouragement of and assistance to a prisoner 'to lead a good and useful life', to maintain his 'self-respect and a sense of personal responsibility' and to 'establish and maintain such relations with persons and agencies outside prison as may [...] best promote the interests of his family and his own social rehabilitation').¹¹

Het Hof bevestigde later in *Golder* het belang van gedetineerden bij geheime correspondentie.¹² Privé-leven houdt eveneens een aspect van erkenning van de seksuele identiteit en voorkeur in, evenals een recht op geestelijke en fysieke integriteit. Tot op zekere hoogte heeft het Hof in Art. 8 ook een recht op culturele identiteit ingelezen. Daarnaast worden bedrijfsmatige activiteiten beschermd onder Art. 8, al varieert de mate waarin die bescherming wordt toegekend met de mate waarin de activiteiten zich in de privé-sfeer bevinden. Aspecten van de persoonlijke identiteit als de naam en kennisneming van het eigen verleden werden eveneens aangemerkt als zaken die door Art. 8 worden bestreken. In de laatste jaren werd door het Hof het recht van het individu op adequate informatie over het leefmilieu onder Art. 8 erkend en uitgewerkt. De wijze waarop aanspraken werden gekwalificeerd onder Art. 8 EVRM wordt hieronder uiteen gezet.

8.3 Ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid met analoge redeneringen

8.3.1 Geestelijke en fysieke integriteit

Het concept van privé-leven omvat het recht op geestelijke en fysieke integriteit van het individu. Op zich niet opzienbarend, maar bijzonder is dat het Hof in uiteenlopende gevallen vaststelde dat voor de staat ter zake een positieve verplichting bestaat. De staat wordt in dergelijke gevallen verplicht te zorgen voor een minimum waarborg voor een effectieve bescherming van dat recht: het dient voor het individu voorwaarden te creëren werkelijk van het recht te kunnen genieten. De staat heeft ter zake van de bescherming van geestelijke en fysieke integriteit een positieve verplichting, aldus het Hof in *X en Y t. Nederland*.¹³ Y, een minderjarig geestelijk gehandicapt kind, was seksueel misbruikt in de instelling waarin zij verbleef in verband met haar handicap. Haar vader klaagde bij de nationale rechter over het seksuele misbruik teneinde een vervolging te laten instellen. De klacht werd afgewezen onder verwijzing naar een strafrechtelijk-procedureel vereiste, dat het slachtoffer zelf een klacht moest indienen. De aanspraak van vader en kind op Art. 8 EVRM werd bij het Hof onderbouwd met de

11 Nr. 5947/72, D en R, vol. 3, p. 475.

12 *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 februari 1975, Serie A vol. 18, par. 43 e.v.

13 *X en Y t. Nederland*, EHRM 26 maart 1985, Serie A vol. 91, par. 21 e.v.

stelling, dat ouders in de gelegenheid moeten worden gesteld een strafrechtelijke procedure in te stellen indien hun kinderen het slachtoffer zijn van seksueel misbruik, ook indien de kinderen volgens de wet oud genoeg zijn om zelf een klacht in te dienen. Het Hof erkende deze aanspraak onder Art. 8:

'the facts underlying the application to the Commission concern a matter of "private life", a concept which covers the physical and moral integrity of the person, including his or her sexual life'.¹⁴

De aanspraak werd niet alleen erkend, maar eveneens gehonoreerd:

'The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved by criminal-law provisions [...]'.¹⁵

Voor de vaststelling, dat voor de optimale verwezenlijking van het privé-leven ex Art. 8 positieve verplichtingen bestaan, haalde het Hof de zaak *Airey t. Ierland* aan. In die zaak had het Hof geoordeeld dat de staat verplicht is om kosten voor rechtsbijstand te dragen indien de echtscheidingsprocedure rechtsbijstand eist, en gesteld dat de mogelijkheid tot echtscheiding niet afhankelijk mag zijn van de financiële draagkracht van het individu.¹⁶ Airey bezat niet de financiële middelen om de rechtsbijstand te bekostigen in verband met de echtscheidingsprocedure.

'As regards marriage, husband and wife are in principle under a duty to cohabit but are entitled, in certain cases, to petition for a decree of judicial separation; this amounts to the recognition of the fact that the protection of their private or family life may sometimes necessitate their being relieved from the duty to live together'.¹⁷

Het Hof haalde *Airey t. Ierland* aan in *X t. Y* om aan te tonen dat positieve verplichtingen kunnen bestaan ter zake van het recht op privé-leven. *Airey* had een ander feitencomplex dan *X en Y t. Nederland*. Er werd een gemeenschappelijkheid gevonden in *X en Y t. Nederland* en *Airey t. Ierland* in het bestaan van een positieve verplichting. Met deze wetsanalogie – de vraag of kwalificatie onder Art. 8 mogelijk is – was echter nog niets gezegd over het inhoudelijke karakter van de positieve verplichting ex Art. 8 die in *X en Y t. Nederland* bestond. In *Airey* stond effectuering van het recht op een keuze in de persoonlijke levenssfeer – beëindiging van het huwelijk – centraal, terwijl in *X en Y* het indienen van een klacht mogelijk zou moeten zijn door de ouders namens hun geestelijk gehandicapt kind. Het Hof nam in *X en Y* aan dat lichamelijke integriteit door art. 8 wordt bestreken. Nieuw was in die zaak echter, dat het Hof daaraan voor de staat de verplichting verbond, dat recht ook afdwingbaar te maken in het strafrecht.¹⁸

14 *X en Y t. Nederland*, par. 22.

15 *X en Y t. Nederland*, par. 27.

16 *Airey t. Ierland*, EHRM 9 oktober 1970, Serie A vol. 32, par. 32.

17 *Airey*, par. 33.

18 De vaststelling door de rechter, dat bepaalde gedragingen strafbaar dienen te worden gesteld die dat voorheen niet waren, werd al eerder aangetroffen in de jurisprudentie van het Duitse federale Constitutionele Hof in *Schwangerschaftsabbruch I*, 39 BVerfGE 1 (1975). In die zaak was de verplichting

Om *Airey* en *X en Y* te kunnen vergelijken, diende een aanknopingspunt te worden gevonden waardoor kwalificatie van de aanspraak van *Airey* onder Art. 8 logisch was. De 'fundamental values and essential aspects of private life' vormden het belangrijkste aanknopingspunt tussen *X en Y* enerzijds en de casuspositie anderzijds, en kan hier worden aangemerkt als norm van hoger recht die de kwalificatie van *Airey's* aanspraak onder Art. 8 rechtvaardigde.

De grenzen van het privé-leven ter zake van de geestelijke en fysieke integriteit werden verder door het Hof in de zaak *Botta t. Italië* onderzocht.¹⁹ In die zaak rees de vraag, in hoeverre Art. 8 EVRM een recht inhoudt, dat stipuleert dat voor de staat een positieve verplichting bestaat, publieke voorzieningen voor lichamelijk gehandicapten toegankelijk te maken. *Botta* eiste dat de staat maatregelen zou treffen, om bezoek van lichamelijk gehandicapten aan het strand mogelijk te maken. De Italiaanse wetgever had een wet uitgevaardigd die beoogt de toegankelijkheid van privé-gebouwen en instellingen te vergroten. Aan *Botta's* verzoek maatregelen te treffen die strandbezoek voor hem mogelijk zouden maken werd echter geen gehoor gegeven. *Botta's* aanspraak op Art. 8 voor het EHRM was als volgt geformuleerd:

'he was unable to enjoy a normal social life which would enable him to participate in the life of the community and to exercise essential rights, such as his non-pecuniary personal rights [...] on the account of its (de staat, H.L.J.) failure to discharge its positive obligations to adopt measures [...]'.²⁰

Het Hof wees de aanspraak van *Botta* onder Art. 8 EVRM echter af. Het zag, wat de afwijzing betreft, geen direct verband tussen de geëiste positieve verplichting van de staat enerzijds en de ingeroepen 'non-pecuniary personal rights'. *Botta* doelde op de verplichting van de staat, het recht van gehandicapten op menselijke waardigheid inhoudende het recht op vrijheid, onafhankelijkheid, integratie in het gezinsleven, in opleidingen, werkgelegenheid en in de samenleving effectief te waarborgen.²¹ In de optiek van de Commissie waren deze rechten echter te onbepaald om onder Art. 8 rechtsgevolgen in het leven te roepen:

'The rights asserted by the applicant were social in character, concerning as they did participation by disabled people in recreational and leisure activities associated with beaches, the scope of which went beyond the concept of legal obligation inherent in the idea of 'respect' for 'private life' contained in [...] Article 8'.²²

('recriminalisering' van abortus) die het Hof afleidde uit het recht op leven zeer omstreden omdat de wetgever in formele zin juist had besloten, abortus gedeeltelijk uit de strafrechtelijke sfeer te halen. In de Nederlandse situatie, waarover het EHRM in *X en Y t. Nederland* oordeelde, lijkt er eerder sprake te zijn van een ommissie in de strafwet waardoor in mindere mate sprake is van een rechterlijk ingrijpen in keuzes die de wetgever heeft gemaakt. Ook is de aard van de materie verschillend: het recht op abortus is niet onomstreden, terwijl in beginsel wordt aanvaard dat seksueel misbruik van geestelijk gehandicapten strafbaar is.

19 *Botta t. Italië*, EHRM 24 februari 1998, JB 1998/70.

20 *Botta t. Italië*, par. 27.

21 *Botta t. Italië*, par. 27.

22 *Botta t. Italië*, par. 28.

De staat opperde dat aanvaarding van Botta's aanspraak zou kunnen leiden tot een rechtsontwikkeling op het terrein van Art. 8 die buiten de bedoeling van de verdragswetgevers zou treden. Daarnaast zou het in de optiek van de verwerende staat lastig kunnen worden de grenzen van Art. 8 te bepalen. Daarmee doelde zij op het gevaar van het 'argument that proves too much', hetgeen inhoudt dat wanneer een recht dermate extensief wordt geïnterpreteerd, het kan worden uitgehold omdat het alle mogelijke aanspraken lijkt te kunnen dekken. Het recht is dan een lege huls geworden en kan worden ingeroepen tegen iedere willekeurige nationale wet. Het Hof wijdde vervolgens een substantieel deel van zijn uitspraak aan de interpretatie van Art. 8 ter zake van Botta's claim. Het Hof typeerde Botta's aanspraken uiteindelijk als 'te onbepaald' om voor toepassing van en beoordeling onder Art. 8 in aanmerking te kunnen komen.

Vraag is, in hoeverre het Hof in *Botta* een analoge redenering toepaste in het onderzoek naar de kwestie of onder Art. 8 positieve verplichtingen kunnen bestaan. Het Hof verichte een onderzoek naar enkele aan *Botta* voorafgaande uitspraken, die allen positieve verplichtingen betroffen die niet rechtstreeks waren te herleiden uit de tekst van Art. 8 EVRM. In *X en Y t. Nederland* werd het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit tot een belang verheven, dat bescherming verdient onder Art. 8.²³ *Airey t. Ierland* figureerde in de context met *Botta* als de erkenning van een positieve verplichting van de overheid, dat een echtscheidingsprocedure daadwerkelijk toegankelijk dient te zijn – de toegankelijkheid mag niet afhankelijk zijn van de vraag of het individu rechtsbijstand kan betalen. Ook *López Ostra t. Spanje* en *Guerra t. Italië* werden door het Hof aangehaald als voorbeelden waarin daadwerkelijk woongenot en een schone leefomgeving aanspraken van het individu vormen, ter zake waarvan de staat ex Art. 8 een positieve verplichting heeft.²⁴

Het Hof zocht aldus aanknoping bij bronnen van positieve verplichtingen in de eigen jurisprudentie. Het stelde echter geen norm van hoger recht vast, die kon leiden tot toepassing van Art. 8 op Botta's aanspraak enerzijds en de andere genoemde aanspraken anderzijds. Daarvoor ontbrak het verband tussen de geclaimde positieve verplichting en de 'interpersoonlijke relaties' te zeer, aldus het Hof. Die werd, zij het onuitgesproken, wel aanwezig geacht in de andere uitspraken waarbij het Hof aansluiting trachtte te vinden. Men kan zich afvragen, in hoeverre het terecht is dat Hof in zijn redenering vasthoudt aan de opvatting dat strandbezoek in een dermate ver verwijderde relatie staat met het begrip 'interpersoonlijke relaties', dat van bescherming van die aanspraak onder Art. 8 geen sprake kan zijn.²⁵ De beoordeling van het Hof was wellicht anders geweest, indien Botta op interpersoonlijke relaties had gedoeld ter zake van bezoek aan vrienden en familie. Het Hof hanteert aldus een criterium waarmee het vaststelt of van interpersoonlijke relaties sprake is. Er dient een 'direct verband' te bestaan tussen

23 *X en Y t. Nederland*, EHRM 26 maart 1985, Serie A vol. 91, par. 22.

24 *López Ostra t. Spanje*, EHRM 9 december 1994, Serie A vol. 303-C, par. 51, zie JB 1995/67 en *Guerra t. Italië*, EHRM 19 februari 1998, par. 40, zie JB 1998/49. Botta levert in dit verband een fraai overzicht van erkende aanspraken, die in eerste instantie niet vanzelfsprekend onder Art. 8 te kwalificeren waren.

25 *Botta*, par. 35.

aanspraak en Art. 8. Dat criterium was in eerdere rechtspraak nog niet naar voren gekomen.²⁶

8.3.2 Seksuele oriëntatie en seksuele identiteit

Seksuele oriëntatie houdt onder meer seksuele voorkeur en bescherming van seksuele activiteiten in de privé-sfeer in. Begin jaren '80 werd in *Dudgeon* het recht van het individu op een seksuele voorkeur onder Art. 8 EVRM expliciet erkend.²⁷ Het seksuele leven van het individu is een aspect van het privé-leven, met name waar het uitingen van homoseksualiteit betreft die in de privé-sfeer plaatsvinden. Het Hof baseerde deze constatering deels op *Marckx t. België*, dat in feitencomplex geen overeenkomst vertoont. De vergelijkbaarheid was gelegen in het enkele feit dat in beide gevallen een wet bestond die, ook al werd deze niet meer toegepast, leidde tot een voortdurende schending van respectievelijk het recht op gezinsleven en het recht op privé-leven.²⁸ Enkele rechters gaven in hun *dissenting* te kennen dat zij het niet eens waren met de kwalificatie; rechter Matscher gaf aan dat hij de vergelijking met *Marckx* niet voldoende overtuigend achtte om de aanspraak van *Dudgeon* onder Art. 8 te kwalificeren.²⁹ Zijn grootste kritiek is dat het Hof zich met een te vage en algemene norm een vergelijking permitteert van beide aanspraken onder Art. 8. Hantering van de vage norm van hoger recht zonder de vergelijkbaarheid van beide feitencomplexen te specificeren leidt in casu een vaststelling van een positieve verplichting, aldus Matscher, waartoe Art. 8 niet verplicht.³⁰ Hij wees vergelijkbaarheid en daarmee de analogie aldus af.³¹

26 Zie onder meer Lawson, noot bij *Botta t. Italië*, (1998), p. 603 en Heringa, noot bij *Botta t. Italië* in JB 1998/49.

27 *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 oktober 1981, Serie A vol. 45, par. 37.

28 In *Marckx* betrof dat het recht van het buitenechtelijke kind op volledige erkenning. In *Dudgeon* was dat de aanspraak om niet geconfronteerd te worden met een wet die homoseksuele handelingen verbood: 'The maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant's right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8 par. 1. In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life (see, mutatis mutandis, the *Marckx*-judgement of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 13, par. 27): either he respects the law and refrains from engaging – even in private with consenting male partners – in prohibited sexual acts to which he is disposed by reason of his homosexual tendencies, or he commits such acts and thereby becomes liable to criminal prosecution', *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 oktober 1981, Serie A vol. 45, par. 41.

29 *Dissenting* van Matscher bij *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*.

30 Matscher wees in dit verband op het fundamentele verschil tussen *Marckx t. België* en *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*. In het eerste geval betekende de wet een directe en constante inbreuk op het familieleven van klaagster, terwijl hij de mate van de inbreuk op het privé-leven van *Dudgeon* betwijfelde: 'In these circumstances, the existence of "fear, suffering and psychological distress" experienced by the applicant as a direct result of the laws in force – something which the Commission and the Court saw no reason to doubt [...] seems to me [...] to be extremely unlikely'.

31 Een andere *dissenter* (rechter Walsh) vestigde de aandacht op ontwikkelingen in de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof ter zake van het recht op privacy, en stelde dat dat recht niet alle seksuele activiteiten beschermt, maar wel seksuele activiteiten in het kader van het huwelijk: 'Outside marriage, there is no such compelling interest of privacy which by its nature ought to prevail in respect of such activities' (par. 23).

De aanspraken op seksuele voorkeur hielden afwisselend negatieve en positieve aanspraken in. Ter zake van de negatieve aanspraken was het Hof kritisch over inbreuken op het recht op een eigen seksuele voorkeur van het individu³², waar aanspraken op positieve verplichtingen in het geding waren stelde het Hof zich echter terughoudender op. Wanneer homoseksuelen een aanspraak maken op bijvoorbeeld het vestigen van familiebanden is het Hof niet snel bereid aan te nemen dat er ter zake positieve verplichtingen bestaan.³³

De seksuele voorkeur omvat eveneens tot op zekere hoogte bescherming van sadomasochistische activiteiten. Het hof beoordeelde in *Laskey e.a. t. het Verenigd Koninkrijk* de vraag in welke mate sadomasochistische activiteiten onder bescherming van het privé-leven ex Art. 8 kunnen worden gebracht.³⁴ Sadomasochistische uitingen vormen een aspect van het intieme privé-leven, maar het Hof kwalificeerde de individuele aanspraak buiten de privé-sfeer ex Art. 8 voor zover de gezondheid van de betrokkenen in het geding kon raken. Kennelijk was ook hier een grens bereikt in de omtrekken van het recht op privé-leven:

‘However, a considerable number of people were involved in the activities in question which included, inter alia, the recruitment of new “members” the provision of several specially-equipped “chambers” and the shooting of many video-tapes which were distributed among the “members”[...]. It may thus be open to question whether the sexual activities of the applicants fell entirely within the notion of “private life” in the particular circumstances of the case’.³⁵

In de interpretatie aanvaardde het Hof de aanspraak in zijn geheel onder Art. 8, maar kwam daar in de toetsingsfase bij de beantwoording van de vraag van noodzakelijkheid van de beperking in een democratische samenleving deels op terug. Het feit dat betrokkenen gewond raakten of konden raken – het belang van de gezondheid van anderen ex Art. 8 lid 2 – diende te worden afgewogen tegen het persoonlijke zelfbeschikkingsrecht van het individu, aldus het Hof.³⁶ Het door de klagers opgebrachte argument, dat de betrokkenen in casu hadden ingestemd met de handelingen die eventueel tot verwonding konden leiden verwoordde het Hof onder ‘personal autonomy’. Aan betekenis of rechtskarakter van deze notie werd verder door het Hof geen aandacht besteed; zij werd ook niet gehonoreerd in de toetsingsfase. De analogie speelde geen zichtbare rol van betekenis in de interpretatiefase in *Laskey*. Dat houdt niet in dat zij daarmee geheel afwezig is in de vaststelling van de reikwijdte van Art. 8. *Dudgeon* werd aangehaald ter bevestiging van het bestaan van het recht op een seksuele voorkeur. *Laskey* lijkt echter niet zozeer over seksuele voorkeur te gaan, maar over seksuele activiteiten en seksuele oriëntatie.³⁷ Vanwege vergelijkbaarheid met *Dudgeon* onder een norm van hoger recht inhoudende ‘an intimate aspect of private life’ lijkt *Laskey*’s aanspraak aanvaard.

32 *Lustig-Prean en Beckett t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1999, EHRC 2000/2.

33 *Fretté t. Frankrijk*, EHRM 26 februari 2002, EHRC 2002/30.

34 *Laskey, Jaggard en Brown t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 19 februari 1997, 1997-I, par. 35 e.v.

35 *Laskey*, par. 36.

36 *Laskey*, par. 44.

37 Naderhand deed het Hof uitspraak in *A.D.T. t. Verenigd Koninkrijk*, waar bij wet was verboden dat meer

Het Hof heeft ondertussen een zestal uitspraken gedaan over transseksualiteit, die hier wordt aangemerkt als aspect van seksuele identiteit.³⁸ In de eerste vier zaken ging het om de vraag of de vermelding van geslacht in het geboorte- of persoonsregister dient te worden gewijzigd vanwege de gewijzigde geslachtelijke identiteit. Waar het Hof tot aan *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* slechts in één zaak een schending van Art. 8 vaststelde, oordeelde de Commissie in vijf zaken tot een schending.³⁹ In *Rees t. Verenigd Koninkrijk* boog het Hof zich voor de eerste keer over de kwestie in welke mate transseksuelen aan Art. 8 EVRM aanspraken op een huwelijk kunnen ontlenen in verband met hun nieuwe geslachtelijke identiteit.⁴⁰ De Britse staat weigerde de nieuwe identiteit van klager op te nemen in het geboorteregister, zodat hij op officiële documenten steeds werd geconfronteerd met zijn oude geslacht. Dit zou, aldus klager, in de weg staan aan volledige integratie in het maatschappelijke verkeer, omdat hij het als vernederend ervoer dat hij het verschil tussen de vermelding van zijn geslacht in officiële documenten en de werkelijkheid steeds toe moest lichten. Het Hof aanvaardde de individuele aanspraak onder Art. 8, maar honoreerde deze in *Rees* niet. De aanspraak behelsde in casu een positieve verplichting van de staat: deze dient volledige integratie van transseksuelen in de samenleving te faciliteren en een huwelijk mogelijk te maken. In *Rees* wilde het Hof echter niet zover gaan, maar recentelijk heeft het in *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* vastgesteld dat een dergelijke verplichting bestaat.⁴¹

Ter zake van positieve verplichtingen op dit terrein laat het Hof aan de verdragsstaten een ruime beoordelingsruimte die voortvloeit uit afwezigheid van consensus.⁴² De ruime beoordelingsmarge wordt door het Hof ter zake van positieve verplichtingen in beginsel wat eerder aangenomen, al lijkt er de laatste jaren geen groot verschil meer te bestaan ten opzichte van de negatieve verplichtingen. Er bestaat, aldus het Hof in *Rees*, geen overeenstemming in de verdragsstaten over de wijze waarop het respect voor deze aanspraak zou moeten worden verwekelijkt. Mitsdien genieten de staten bij de wijze waarop de geslachtelijke identiteit van het individu geïntegreerd moet worden in de samenleving, een grote beoordelingsruimte. Het Hof gaf signaleerde in *Rees* evenwel dat de consensus in de verdragsstaten groeiende is:

‘However, the Court is conscious of the seriousness of the problems affecting these persons and the distress they suffer. The Convention has always to be interpreted and applied in the light of current circumstances [...]. The need for appropriate legal measures should there-

dan twee mannen met elkaar seksuele handelingen verrichten. Het Hof achtte Art. 8 volledig toepasbaar en eveneens geschonden; in deze zaak speelde niet het aspect van de gezondheid van anderen (*A.D.T. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 31 juli 2000, EHRC 2000/69).

38 *Van Oostervijk t. België*, EHRM 1 maart 1979, Serie B vol. 36; *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 oktober 1986, Serie A vol. 106; *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1990, Serie A vol. 184, *B t. Frankrijk*, EHRM 25 maart 1992, Serie A vol. 232-C, *X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 april 1997, NJCM 1998, p. 316-331 en *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juli 2002, EHRC 2002/74.

39 Noot Forder bij *X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk*, NJCM 1998, p. 328.

40 *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 oktober 1986, Serie A vol. 106.

41 *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juli 2002, EHRC 2002/74.

42 *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, par. 35.

fore be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments'.⁴³

De zaak *Cossey t. Verenigd Koninkrijk* bood het Hof de eerstvolgende gelegenheid.⁴⁴ Gezien het feit echter, aldus het Hof, dat zich in de tijdsspanne tussen *Rees* en *Cossey* geen belangwekkende wijzigingen hadden voorgedaan in de verdragsstaten ter zake van de opvattingen over erkenning van de geslachtelijke identiteit van transseksuelen in officiële documenten, zag het Hof geen reden af te wijken van *Rees*.⁴⁵ De aanspraak werd wederom erkend, maar niet gehonoreerd.⁴⁶ In *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* tenslotte, aanvaardde het Hof het bestaan van voldoende consensus om over te gaan tot honorering van de aanspraak.

Afwezigheid van consensus heeft veelal tot gevolg dat aan de staten een beoordelingsmarge wordt toegekend; er bestaat onzekerheid over de aard van de aanspraak en de gevraagde bescherming. Indien een consensus niet kan worden ontwaard, blijft het Hof bij de erkenning van de aanspraak onder Art. 8, maar wordt honorering van de aanspraak bijna onmogelijk, omdat de staten ter zake van de bepaling van de reikwijdte van het recht een ruime beoordelingsmarge toekomt. Het Hof handhaafde een opening naar erkenning en honorering in *Rees* en *Cossey* in de toekomst.⁴⁷ Het bestaan van voldoende consensus noopte recentelijk in *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* tot een bijstelling van de opvatting dat een consensus afwezig is.

In verband met de analoge redenering zijn de uitspraken over transseksualiteit ter zake van 's Hof's vaststellingen van de reikwijdte van Art. 8 in de interpretatiefase niet opzienbarend: het Hof stelde zonder veel omhaal vast dat de aanspraak onder Art. 8 bescherming geniet. Een fraaie, hier te bespreken analogie is te vinden in de *dissenting* van Martens.⁴⁸ Martens bepleitte in zijn *dissenting* een expliciete erkenning van een norm van menselijke waardigheid bij *Rees* en *Cossey*. Het recht op respect voor de geslachtelijke identiteitsbeleving dat, net als Art. 8 EVRM, voortvloeit uit het rechtsbeginsel van menselijke waardigheid, behoeft een volwaardige bescherming. Hij ontleende zijn redenering aan de Duitse rechtspraak:

'Human dignity and everyone's fundamental right to develop his personality freely make it imperative to assign a man's personal status to the sex to which he belongs according to his psychological and physical constitution'.⁴⁹

43 *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, par. 47.

44 *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1990, Serie A vol. 184.

45 *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, par. 40.

46 Forder vraagt zich in haar noot bij X, Y en Z *t. Verenigd Koninkrijk* af hoeveel overeenstemming er moet bestaan voordat van een consensus kan worden gesproken; zij onderzocht welke landen op dit terrein wetgeving ter zake kennen en welke initiatieven door de Raad van Europa zijn genomen (Forder 1998, p. 330 voor verwijzingen).

47 Zo ook Heringa 1999, p. 21.

48 Martens, *dissenting* bij *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*.

49 Martens, *dissenting* bij *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, par. 3.6.3 in de *dissenting* en refererend aan de voorheen besproken Duitse transseksuelenzaak (*Transsexuelle I*, 49 BVerfGE 286, 1978, zie par. 6.3.8).

Martens gebruikte in de analogie een norm van hoger recht die hier werd ingevuld door de menselijke waardigheid; deze norm werd gevonden in een uitspraak van het Duitse Federale Constitutionele Hof. Ook leverde de Amerikaanse rechtspraak een aantal bruikbare gezichtspunten op:

'In so ruling we do no more than give legal effect to a fait accompli based upon medical judgement and action which are irreversible. Such recognition will promote the individual's quest for inner peace and personal happiness, while in no way disserving any societal interest, principle of public order or precept of morality'.⁵⁰

Het Hof richtte zich vooral op het bestaan van een positieve verplichting, terwijl Martens zich met name richtte op de psychologische aspecten van transseksualiteit. Martens constateerde net als het Hof dat overeenstemming over het thema ontbreekt in de verdragsstaten, maar dat wierp in zijn redenering geen barricade op voor de honorering van de in *Rees* opgeworpen aanspraak. In het verleden, aldus Martens, is gebleken, dat eensgezindheid over een thema niet noodzakelijk is voor de aanname van een consensus over dat onderwerp van verdragsstaten. De analoge redenering van Martens creëerde evenwel ruimte voor honorering van de aanspraak: de opvattingen zouden met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht onder het uitgangspunt van menselijke waardigheid; die norm is overwegend in alle verdragsstaten aanvaard als rechtsbeginsel. Vraag is of er aan de constatering, dat de aanspraak te kwalificeren is onder dat rechtsbeginsel, ook consequenties moeten worden verbonden. Hiermee samenhangend had de vraag beantwoord moeten worden, in hoeverre het legitiem is dat het Hof een vaststelling doet die uitstijgt boven de concrete vraag. In beginsel is het Hof daartoe niet zeer bereid.

8.3.3 Culturele identiteit

Een recentere uitwerking van Art. 8 EVRM is te vinden op het terrein van de erkenning van de etnische identiteit. Een zigeunerfamilie werd door de Britse autoriteiten permissie geweigerd om in een woonwagen op het door haar aangekochte stuk land te leven. De vraag die in *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk* rees, was of de staat met de weigering tot afgifte van de vergunning een inbreuk had gemaakt op Art. 8.⁵¹ Tot dusverre had het Hof de wijze waarop zigeuners leven, niet gerekend tot één van de belangen, die Art. 8 beoogt te beschermen. In 1996 werd deze aanspraak nog in *Buckley*, waarin een vergelijkbare aanspraak door het Hof werd beoordeeld, afgewezen.⁵² In *Jane Smith* achtte het Hof echter voldoende consensus aanwezig, de individuele aanspraak onder het recht op privé-leven Art. 8 te kwalificeren en de in *Buckley* gehuldigde opvatting bij te stellen. De notie 'woning' ex Art. 8 EVRM was volgens het Hof niet voldoende ruim om de aanspraak van *Jane Smith* te dekken:

50 Martens, *dissenting* bij *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, refererend aan een uitspraak van het Superior Court, New Jersey (1976).

51 *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 januari 2001, EHRC 2001/19. Tezelfdertijd werd in vier andere zaken, die op een zeer vergelijkbaar feitencomplex betrekking hadden, uitspraak gedaan door het Hof. De interpretatie van Art. 8 was in alle zaken dezelfde.

52 *Buckley t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 september 1996, NJCM 23 (1998), p. 303 e.v.

'The court considers that the applicant's occupation of her caravan is an integral part of her ethnic identity as a gypsy, reflecting the long tradition of that minority of following a travelling lifestyle. [...] Measures which affect the applicant's occupation of her caravan have therefore a wider impact than on the right to respect for home. They also affect her ability to maintain her identity as a gypsy and to lead her private and family life in accordance with that tradition'.

Het Hof doelde met 'etnische identiteit' op een traditionele nomadische levensstijl. De aanspraak, die door het Hof onder privé-leven ex Art. 8 werd erkend, werd echter niet gehonoreerd. Het Hof concludeerde in de toetsingsfase dat er geen sprake was van een positieve verplichting van de zijde van de staat, de verzochte vergunning af te geven zodat de familie haar levensstijl op legale wijze zou kunnen voortzetten. De staten hebben een ruime beoordelingsmarge waar het gaat om besluiten op sociaal-economisch terrein. De toewijzing van vergunningen ter zake van woonwagens valt volgens het Hof binnen die sociaal-economische context.

In *Buckley* hield het Hof nog strikt vast aan de kwalificatie van de casus onder het begrip 'woning' ex Art. 8, hoewel die zaak wat de feiten betrof nagenoeg geheel overeenkwam met *Jane Smith*.⁵³ Met de strikte toepassing van het begrip 'woning' in *Buckley* kon het Hof destijds een discussie over de reikwijdte van Art. 8 in verband met de etnische identiteit vermijden.⁵⁴ Het begrip 'woning' werd voor wat de kwalificatie van de individuele aanspraak betreft in *Jane Smith* losgelaten. In *Jane Smith* werd echter niet expliciet aangewezen op welke leest de koerswijziging van het Hof na *Buckley* was geschoeid. Vast staat, dat in de laatste jaren op internationaalrechtelijk terrein veel aandacht is gekomen voor specifieke problemen van zigeuners in de staten waarin zij leven. De aangehaalde internationale documenten in de uitspraak hebben hoogstwaarschijnlijk een belangrijke rol gespeeld in 's Hof's besluitvorming ter zake van het belang van de traditionele nomadische levensstijl als uitvloeisel van het invullen van een onderdeel van het persoonlijk leven.⁵⁵ De rechtsbron waaruit het Hof het recht inhoudende de bescherming van de etnische identiteit destilleerde, werd in casu met name gevormd door resoluties van de Raad van Europa:

- 53 In *Buckley* wenste een zigeunerfamilie op een door haar aangekocht stuk land te gaan wonen in een woonwagen. Vanwege planbeleid en veiligheidsbeleid mochten de families daar niet langer verblijven in hun woonwagens.
- 54 De aanknopng bij de identiteit was door de klagers wel voor het voetlicht gebracht, maar het Hof besteedde hier geen aandacht aan. Het Hof merkte dan ook op, dat de aspecten 'privé-leven' en 'gezinsleven' niet apart onderzocht hoefden te worden. Uit latere rechtspraak lijkt echter naar voren te komen, dat het Hof wel een onderscheid maakt tussen bijvoorbeeld het privé-leven en het recht op gezinsleven (zie bijvoorbeeld *Fretté t. Frankrijk*, EHRM 26 februari 2002, EHRC 2002/30).
- 55 *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*, par. 62-74. Hierin zijn onder meer opgenomen 'The Framework Convention for the Protection of National Minorities', een verdrag van de Raad van Europa uit 1995, een Aanbeveling van de Raad van Europa (nr. 1203 uit 1993), een Resolutie van het Europese Parlement van de Europese Unie (van 21 april 1994) en een rapport over zigeuners van een sub-organisatie van de OVSE (7 april 2000).

'The Parties undertake to promote the conditions necessary for persons belonging to national minorities to maintain and develop their culture, and to preserve the essential elements of their identity, namely their religion, language, traditions and cultural heritage'.⁵⁶

De andere in de uitspraak aangehaalde bronnen verwijzen naar zigeuners als een specifieke bevolkingsgroep met de nomadische (woon)traditie die deel uitmaakt van hun levensstijl:

'It must be emphasised that whether an individual is nomadic, semi-nomadic or sedentary should, like other aspects of his or her ethnic identity, be solely a matter of personal choice'.⁵⁷

Ook heeft de Raad van Europa aandacht besteed aan zigeuners als minderheidsgroep, die speciale bescherming verdient in de Partijstaten bij de Raad van Europa:

'Guarantees for equal rights, equal chances, equal treatment and measures to improve their situation will make a revival of Gypsy language and culture possible, thus enriching the European cultural diversity'.⁵⁸

De betekenis van deze documentatie voor de vaststelling, of *Smith* onder Art. 8 EVRM een aanspraak heeft lijkt evident. Uit de citaten kon een beginsel worden geconstrueerd, dat het belang van culturele diversiteit en het bestaan van een etnische identiteit onderstreept. Uit dat beginsel vloeit voort, dat ook de nomadische levensstijl behoort tot de belangen die Art. 8 beoogt te beschermen, omdat die levensstijl wordt beleefd in het privé- en gezinsleven van de betrokkenen en daar aldus een belangrijk onderdeel in is.⁵⁹ Wat de aangehaalde rechtsbronnen betreft is van belang dat in de optiek van het Hof de aangehaalde documenten vooral belangrijke richtsnoeren zijn voor de nationale wetgevers. Zij houden in deze formulering geen voor het individu afdwingbare verplichtingen in. Het feit dat de verdragssluitende partijen geen overeenstemming konden bereiken over de wijze van implementatie van deze richtlijnen doet sterk vermoeden dat het hier niet om een afdwingbare verplichting kan gaan. Een consensus ter zake lijkt aldus te ontbreken. Erkenning van dit recht in de Straatsburgse rechtspraak, hoe beperkt ook, geeft wellicht een belangrijk signaal af aan de Europese verdragspartijen die zich verbinden aan de richtsnoeren en kan wellicht leiden tot een prikkel echt werk te maken van het recht op identiteit.

De wetsanalogie werd niet opgebouwd aan de hand van jurisprudentie maar aan de hand van volkenrechtelijke besluiten.⁶⁰ In *Buckley* werden geen internationaalrechtelijke

56 The Framework Convention for the Protection of National Minorities (1995), Art. 5. Aanbeveling 1203 van de Raad van Europa en de aangehaalde Resolutie van het Europese Parlement van de Europese Unie refereren aan de verplichting van de Lid-Staten om de sociale omstandigheden van zigeuners te verbeteren.

57 High Commissioner's Report on the Situation of Roma and Sinti in the OSCE Area, 7 april 2000, deel IV.

58 Aanbeveling 1203 (1993) van de Parlementaire Vergadering over zigeuners in Europa.

59 *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*, par. 80.

60 Het Hof achtte geen vergelijkbaarheid aanwezig met *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk* (zie hierboven): in *Dudgeon* was sprake van criminalisering van gedrag dat door het EVRM wordt beschermd. In *Jane*

lijke besluiten tot uitgangspunt verheven. Interessant was overigens in *Buckley* dat de *dissenting* van rechter Lohmus destijds al refereerde aan het bestaan van een Resolutie van de Raad van Europa, die wees op het recht op bescherming van het culturele erfgoed van minderheden.⁶¹ Vasthouden aan precedënten als *Buckley* en *Gillow* zou in *Jane Smith* hebben geleid tot niet-erkenning van het recht op de identiteit van deze minderheidsgroep. De precedënten vertoonden, zoals voorheen gesteld, sterke overeenkomsten met *Jane Smith* wat het feitencomplex betreft, maar kennelijk wilde het Hof *Jane Smith* niet onder hetzelfde gezichtspunt, recht op genot van de woning, beoordelen. Het loslaten van het begrip woning en aanknoping bij privé-leven leidde in *Jane Smith* tot ruimere omtrekken van Art. 8. Dat loslaten werd door het Hof niet expliciet verantwoord, maar aangenomen wordt hier dat het Hof zich door internationale ontwikkelingen bij de invulling van het recht op privé-leven heeft laten inspireren. Afgaande op de door het Hof relevant geachte internationale teksten wordt een norm van hoger recht, die inhoudt dat individuen recht hebben op het behoud van hun eigen culturele identiteit, aanvaard.⁶² Er lijkt sprake te zijn van een abstracte norm van hoger recht. De vraag rijst, in welke mate nu kan worden gesproken van positivering van een rechtsnorm inhoudende een recht op etnische identiteit. Rechtspraak na *Jane Smith* zal duidelijk moeten maken, of en in hoeverre dit recht wortel schiet in het kader van afdwingbare rechten van het EVRM.

8.3.4 Bescherming van bedrijfsmatige activiteiten

De zaak *Niemietz t. Duitsland* is in de inleiding als uitgangspunt genomen om te illustreren hoe de wetsanalogie werkt. In *Niemietz t. Duitsland* legde het Hof het recht van het individu op privé-leven in de interpretatiefase extensief uit.⁶³ Het had voor de hand gelegen, het begrip 'genot van de woning' als uitgangspunt te nemen, maar het Hof voorzag dat in de verdragsstaten zeer uiteenlopende interpretaties mogelijk waren van het begrip woning, en dat het lastig zou worden een eenduidig criterium voor de toepassing ervan te bedenken.⁶⁴ Wellicht speelde hier een rol het feit dat het Europese Hof van Justitie te Luxemburg reeds enkele jaren voor *Niemietz* had vastgesteld, dat ter zake van het begrip 'woning' ex Art. 8 EVRM in verband met de kwalificatie daar-

Smith t. Verenigd Koninkrijk was hiervan geen sprake: de zigeuners hadden (zij het zeer beperkt) een alternatief om de door hun gewenste levensstijl te kunnen nastreven (zie par. 84 in *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*).

61 Zie *Buckley*, afwijkende mening van rechter Lohmus. Lohmus verwees naar Resolutie van het Comité van Ministers (75)13 van de Raad van Europa.

62 Zie Donders over het recht op culturele identiteit en bespreking van *Jane Smith t. VK*, Donders 2002, met name p. 292-300.

63 *Niemietz t. Duitsland*, EHRM 16 december 1992, Serie A vol. 251-B.

64 *Niemietz t. Duitsland*, par. 28: 'The Court shares the Government's doubts as to whether this factor can serve as a workable criterion for the purposes of delimiting the scope of the protection afforded by Article 8. Virtually all professional and business activities may involve, to a greater or lesser degree, matters that are confidential, with the result that, if that criterion were adopted, disputes would frequently arise as to where the line should be drawn'.

onder van zakelijke en professionele activiteiten geen consensus in de Lid-Staten bestond.⁶⁵

Het begrip 'privé-leven' bood daarentegen meer aanknopingspunten, de individuele aanspraak van *Niemietz* onder Art. 8 te kwalificeren. Voordat het Hof het begrip 'privé-leven' toespitte op de individuele aanspraak, stelde het eerst vast, dat het begrip zich niet leent voor een uitputtende definitie. Het Hof benaderde het begrip privé-leven als een concentrische cirkel, waarin een kern van intieme privé-sfeer besloten ligt.⁶⁶ Het zou echter, in de optiek van het Hof, niet juist zijn de reikwijdte van Art. 8 te beperken tot deze kern. Het stelde vast, dat buiten deze kern van de intieme privé-sfeer een zone ligt, waarin het individu weliswaar in contact treedt met de buitenwereld, maar waarin immer nog sprake is van een privé-sfeer waarin het zichzelf kan zijn. In de kern van intiem privé-leven mag het individu in beginsel zijn persoonlijke leven leiden zoals hij dat zelf wenst in te richten. De meer perifere zone buiten de kern, waarin het individu zich in een verdergaande mate begeeft in de openbare sfeer, tolereert verdergaande inbreuken op het privé-leven dan de kern van de intieme privé-sfeer.

De vraag rees, indien kan worden gesproken over een kernsfeer en een meer perifere sfeer, in welke van de twee sferen *Niemietz*' aanspraak zich bewoog. In beginsel zijn privé-activiteiten die zich afspelen in de woning van intieme aard, ware het niet dat de klager zich in dit geval via de publicaties had begeven in de openbare sfeer. De huiszoeking in het advocatenkantoor vormde een inbreuk van ander kaliber dan huiszoeking in een privé-woning, en pleitte op het eerste gezicht voor kwalificatie van *Niemietz*' aanspraak in de meer perifere sfeer van het privé-leven. De vraag was of de beslissing, het doorzoeken van een advocatenkantoor te plaatsen binnen de intieme privé-sfeer, gerechtvaardigd kon worden. Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend. Professionele activiteiten vormen in beginsel een aspect van 'de buitenwereld' of de meer openbare sfeer, en worden niet geacht binnen de intieme sfeer van het begrip privé-leven te vallen. Echter, zo stelde het Hof vast, ook binnen de intieme sfeer van het privé-leven moeten individuen interpersoonlijke relaties met anderen kunnen vestigen en ontwikkelen.

Het Hof spitte het begrip privé-leven toe op professionele activiteiten van het individu. Het Hof creëerde een opening ter zake van de kwestie onder welke omstandigheden professionele activiteiten kunnen worden beschouwd binnen de intieme sfeer.⁶⁷ Het vergelijkingsmateriaal voor de wetsanalogie werd opgebouwd uit jurisprudentie. In andere zaken had eveneens de kwestie gespeeld, in welke mate professionele activiteiten konden leiden tot kwalificatie van Art. 8. Daartoe werden *Chappell t. Verenigd*

65 *Niemietz t. Duitsland*, par. 22.

66 *Niemietz t. Duitsland*, par. 29.

67 '[...] it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that [...] it is not always possible to distinguish clearly which of an individual's activities form part of his professional or business life and which do not', *Niemietz t. Duitsland*, par. 29.

Koninkrijk en Huvig t. Frankrijk aangehaald.⁶⁸ In *Chappell* werd een onderneming doorzocht op aanwijzingen van overtreding van auteursrechten; de politie beperkte zich daarbij niet alleen tot onderzoek in de bedrijfsruimten, maar doorzocht eveneens een slaapkamer die aanwezig was in één van de bedrijfsruimten. Het Hof kwalificeerde de *Chappell*-casus onder het bereik van de termen woning en privé-leven ex Art. 8, conform de aanspraak van de klager en met instemming van de staat. In de zaak *Huvig* was eveneens sprake van een onaangekondigde huiszoeking, waarbij de onderzoekers zich, net als in *Chappell*, evenmin beperkten tot de bedrijfsruimten. In *Huvig* werden naast bedrijfsruimten echter ook privé-ruimten onderzocht en zakelijke- en privé-telefoon-gesprekken getapt. In *Niemietz* werd alleen het kantoor, dat de advocaat bij zijn woning had, doorzocht. Het Hof argumenteerde aan de hand van deze zaken, dat er rechtsongelijkheid zou kunnen ontstaan, indien *Niemietz* niet onder Art. 8 zou worden gekwalificeerd, en *Chappell* en *Huvig* wel. Er bestond echter aanleiding om ongelijkheid tussen *Huvig* en *Chappell* enerzijds en *Niemietz* anderzijds aan te nemen; schending van het privé-leven aannemen lag eerder voor de hand in beide eerste zaken omdat daar ook werkelijk privé-ruimten betrokken werden in de huiszoeking. Het Hof achtte gemeenschappelijk in deze zaken een inbreuk van staatswege op het privé-leven dat in het algemeen professionele activiteiten kan omvatten. Die gemeenschappelijkheid is enkel te verdedigen indien men uitgaat van een abstracte norm van hoger recht.⁶⁹

Van belang is dat het Hof niet in het algemeen heeft gesteld, dat rechtspersonen bescherming onder Art. 8 verkrijgen.⁷⁰ Het Hof stelde recentelijk in *Stés Colas Est t. Frankrijk* vast dat deze zaak zich fundamenteel onderscheidt van *Funke e.a. t. Frankrijk*; in *Funke* klaagden natuurlijke personen, terwijl in *Stés Colas* werd geklaagd over inbreuk op Art. 8 door rechtspersonen.⁷¹ Het Hof aanvaardde in *Niemietz t. Duitsland* een extensieve interpretatie van Art. 8 ter zake van het doorzoeken van de bedrijfsruimte van een persoon met een vrij beroep. In *Chappell t. Verenigd Koninkrijk* beoordeelde het Hof een onderzoek in een bedrijfspand waarin zich eveneens een privé-vertrek vond dat ook werd doorzocht. In *Stés Colas Est* was enkel sprake van doorzoeken van bedrijfspanden. In alle zaken stelde het Hof een schending van Art. 8 vast. Het Hof aanvaardt nu dat rechtspersonen 'onder omstandigheden' een aanspraak kunnen doen op Art. 8.

In het licht van dynamisch-evolutieve interpretatie en rechtsontwikkelingen op andere terreinen blijkt een oprekking volgens het Hof verantwoord. Het Hof knoopte hiervoor aan bij de rechtsontwikkelingen betreffende inroepbaarheid van Art. 41 in combinatie met Art. 6 lid 1, in het bijzonder het recht op schadevergoeding door rechtspersonen.

68 *Huvig t. Frankrijk*, EHRM 24 april 1990, Serie A vol 176-B, par. 41 en *Chappell t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 30 maart 1989, Serie A vol. 152-A, par. 26.

69 Gesteld had bijvoorbeeld kunnen worden, dat de zaken niet vergelijkbaar waren op het punt dat in *Chappell t. Verenigd Koninkrijk* en *Huvig t. Frankrijk* ook privé-ruimten en gesprekken in het onderzoek waren betrokken, terwijl hiervan in *Niemietz* geen sprake was. De rechter zou dan een specifieke maatstaf ter hand hebben genomen.

70 Zo ook Lawson en Schermers 1997, p. 498. Anders: Cath 1991, p. 28 e.v.

71 *Stés Colas Est t. Frankrijk*, EHRM 16 april 2002, EHRC 2002/ 46.

De toepassing van andere EVRM-rechten op ondernemingen overziend, acht het Hof ruimte aanwezig om aan te nemen dat ondernemingen onder omstandigheden – het Hof specificceert niet welke – aanspraak kunnen maken op Art. 8. Het lijkt de grenzen aldus ietwat verschoven te hebben: in de andere zaken was steeds sprake van een aspect van een privé-vertrek of natuurlijk persoon, in onderhavige zaak zijn die aspecten geheel afwezig:

'La Cour rappelle que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle [...]. S'agissent des droits reconnus aux sociétés par la Convention, il y a lieu de souligner que la Cour a déjà, au titre de l'article 41, reconnu le droit à réparation du préjudice moral subi par une société sous l'angle de l'article 6 par. 1 de la Convention [...] Dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention, la Cour considère qu'il est temps de reconnaître, dans certains circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société, le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels [...]'.⁷²

Het Hof houdt in beginsel steeds een casuïstische benadering ter zake van de kwalificatie van de individuele aanspraak onder Art. 8 aan.

Niet alleen het EHRM, maar ook het Hof van Justitie en het Gerecht in Eerste Aanleg hebben hun interpretatie van Art. 8 gegeven.⁷³ De Luxemburgse rechters lijken aan Art. 8 een beperkter reikwijdte toe te kennen waar het gaat om bescherming van bedrijfsactiviteiten dan de Straatsburgse rechter, ook daar waar sinds *Hoechst* en *Dow Benelux* sprake was van rechtsontwikkelingen in de jurisprudentie van het EHRM.⁷⁴ Recentelijk heeft het Luxemburgse Hof zijn visie op toepasselijkheid van het recht op privé-leven op rechtspersonen in *Limburgse Vinyl Maatschappij* gegeven. Het verschil in opvatting tussen de Luxemburgse en Straatsburgse interpretatie bleef in die zaak voortbestaan⁷⁵, maar de motivering van het GEA laat in eerste instantie raden op basis waarvan de verschillen nu werden aanvaard:

'Aangezien de middelen en argumenten die thans door LVM en DSM worden aangevoerd, identiek of nagenoeg identiek zijn aan die welke destijds door Hoechst zijn aangevoerd, zijn er volgens het Gerecht geen redenen om af te wijken van de rechtspraak van het Hof (Hof van Justitie, H.L.J.). Bovendien is deze rechtspraak [...] gebaseerd op een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat van toepassing is op rechtspersonen. Dat de rechtspraak van

72 *Stés Colas Est t. Frankrijk*, EHRM 16 april 2002, EHRC 2002/46, par. 41. Het Hof maakt overigens wel een onderscheid tussen het Engelse begrip 'home' en het Franse 'domicile'. Het laatste is voldoende ruim om als uitgangspunt te nemen voor de kwalificatievraag; het Engelse begrip is daarentegen te eng aldus het Hof in par. 40 van de uitspraak.

73 Zie voor de interpretatie van het recht op privé-sfeer als beginsel van EG-recht door het Hof van Justitie en het Gerecht in Eerste Aanleg par. 6.2.2.

74 In *Stés Colas Est t. Frankrijk*, par. 26 en 27 werd door de Franse regering geopperd, dat bedrijfsactiviteiten een bescherming op het recht van het privé-leven niet kunnen rekenen, omdat het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG in *Limburgse Vinyl Maatschappij* had beslist dat Art. 8 geen gevolgen heeft voor de gegrondheid van de onderzoeken door de Commissie. Het EHRM ging in zijn uitspraak in *Stés Colas Est t. Frankrijk* geheel voorbij aan de beschouwing van het GEA ter zake van de reikwijdte van Art. 8 bij rechtspersonen in 1999.

75 Zie *Hoechst t. Commissie*, zaak 46/87 (1989), Jur. p.2859 (1989); zie ook par. 7.3.1.

het Europees Hof voor de rechten van de mens betreffende de vraag, of artikel 8 EVRM van toepassing is op rechtspersonen [...] is geëvolueerd, heeft derhalve geen rechtstreekse gevolgen voor de gegrondheid van de oplossingen die in die arresten zijn gegeven'.⁷⁶

Een motivering van verschillen ligt in dit verband – door een rechter die stelt dat hij zich laat inspireren door het EVRM – wel voor de hand; al kan afwezigheid ervan echter niet worden aangemerkt als een omissie. Het feit dat het Hof of het GEA EVRM-rechten als rechtsbeginselen betreft in zijn interpretatie, wil niet zeggen dat er overeenstemming bestaat of dient te bestaan tussen Luxemburg en Straatsburg over de reikwijdte en de toepassing ervan.⁷⁷ Daarnaast lijkt het verschil van belang, dat het Straatsburgse Hof rechtsregels interpreteert, terwijl de Luxemburgse rechter 'fundamentele rechten als rechtsbeginselen van communautair recht' interpreteert. De Luxemburgse typering van de EVRM-rechten als rechtsbeginselen van Gemeenschapsrecht lijkt ruimte te bieden voor divergenties in de interpretatie. Wellicht komt de kwalificatie van privé-sfeer als 'beginsel van gemeenschapsrecht' gelegen: de Luxemburgse rechter kan van de concretisering van het beginsel zelf nadere vorm en inhoud bepalen. In het licht van het mandaat van het Luxemburgse Hof, dat mede wordt ingekleurd door de economisch georiënteerde verdragsdoelstellingen, kan worden gesteld dat het primaat niet bij rechtsbescherming van rechtspersonen ligt, althans niet waar die rechtspersonen onder Artt. 81 en 82 EG-verdrag verplichtingen hebben.

De Franse regering steunde in de Straatsburgse zaak *Stés Colas t. Frankrijk* bij verdediging van de wet die vergaande opsporingsbevoegdheden inhield, op voornoemde rechtspraak van het Hof van Justitie en van het Gerecht van Eerste Aanleg.⁷⁸ Aan die rechtspraak besteedde het Straatsburgse Hof bij de vaststelling van de reikwijdte van Art. 8 EVRM geen aandacht.⁷⁹

De notie van de verschillende privé-sferen werd in *Niemietz* voor het eerst gehanteerd. Het Hof lijkt minder zware eisen aan de rechtvaardiging van inbreuken op het privé-leven te stellen wanneer een aanspraak zich meer in de openbare sfeer bevindt. Wordt de individuele aanspraak daarentegen gekwalificeerd in de intieme sfeer, dan stelt het Hof zware eisen aan de inbreuk op de privé-sfeer.⁸⁰ Uit de formulering van 'het recht,

76 *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*, gevoegde zaken T-305/94, T-307/94, T-313/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94 (1999), Jur. p. II-931 (1999), par. 419-420.

77 Craig en De Búrca 1998, p. 314 e.v.

78 Niet duidelijk is in hoeverre de bevoegdheden van de economische ambtenaren in verband staan met de inmiddels nagenoeg geheel door het EG-recht beheerste mededingingsregels. In casu werd de wet uit 1945 aangevochten; die zal tot op grote hoogte van Franse hand zijn. Niet helemaal ondenkbaar is dat nationale regels die op instigatie van de Europese wetgever in het nationale recht tot stand zijn gebracht, langs deze weg terecht zouden kunnen komen bij het EHRM. In deze uitspraak heeft het Hof een precedent geschapen – en aangegeven dat het te ruime onderzoeksbevoegdheden streng beoordeelt. Het is afwachten of het zover komt.

79 *Stés Colas Est t. Frankrijk* EHRM 16 april 2002, EHRC 2002/ 46.

80 Zie eveneens *Lustig-Prean en Beckett t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1999, JB 1999/ 261. In deze zaak refereerde het Hof aan de intieme sfeer op de volgende wijze: 'Concerning as it did a most intimate aspect of an individual's private life, particularly serious reasons by way of justification were

relaties met anderen te vestigen en te onderhouden' blijkt overigens niet helder, of het dat 'recht' wel juridische kwaliteit toekomt.⁸¹ Naderhand werd het recht, relaties met anderen te vestigen en te onderhouden gebruikt voor de vaststelling van de reikwijdte in andere individuele aanspraken. Daar werd het recht op dergelijke wijze ingezet: zo werden bijvoorbeeld het recht op het kiezen van een eigen naam, alsmede een recht op de kennis van de biologische afstamming gelegitimeerd op basis van dat recht.⁸² Deze norm lijkt daarmee via de rechtspraak definitief een plaats te hebben verworven als 'rechtsnorm van geldend recht'.

8.3.5 Persoonlijke identiteit

Het Hof achtte de mogelijkheid van het individu, kennis te kunnen vernemen over zijn persoonlijke ontwikkeling, gedocumenteerd in overheidsdossiers, van groot belang. De aanspraak op een dergelijk recht werd in *Gaskin*⁸³ beschouwd onder Art. 8 EVRM. Voor de overheid bestaat in beginsel de positieve verplichting het individu in staat te stellen kennis te verwerven van zijn persoonlijke ontwikkeling. Gaskin had het grootste deel van zijn jeugd doorgebracht in pleeggezinnen. Tijdens zijn ondertoezichtstelling echter, zou Gaskin volgens eigen zeggen meermalen zijn mishandeld. Om zijn problemen uit het verleden te kunnen verwerken wenste hij informatie over de personen waarbij en de omstandigheden waarin hij zijn jeugd had doorgebracht. Het Hof leunde bij beantwoording van de vraag, of deze claim onder Art. 8 diende te worden beschouwd, sterk op de bevindingen van de Commissie:

'in the opinion of the Commission, "the file provided a substitute record for the memories and experiences of the parents of the child who is not in care"'.⁸⁴

Voor Gaskin vormde inzage in zijn dossier de enige mogelijkheid, kennis te vernemen van zijn eigen verleden. Dat was kennelijk voldoende aanleiding, een recht onder Art. 8 te vestigen:

'it no doubt contained information concerning highly personal aspects of the applicant's childhood, development and history and thus could constitute his principal source on in-

In deze zaak refereerde het Hof aan de intieme sfeer op de volgende wijze: 'Concerning as it did a *most intimate aspect* of an individual's private life, *particularly serious reasons* by way of justification were required'. In deze zaak waren enkele homoseksuele werknemers in het leger ontslagen op basis van hun seksuele voorkeur. Het is niet geheel duidelijk, in hoeverre het Hof binnen de reeds bestaande kern van intiem privé-leven nog een afbakening wil aanbrengen waarbinnen nog zwaardere eisen aan de inbreuken worden gesteld, dan al het geval is bij inbreuken op de 'gewone' intieme sfeer. Vooralsnog lijkt het er niet op dat het Hof een derde sfeer heeft willen creëren; reeds in *Dudgeon* hanteerde het Hof de in *Lustig Prean and Beckett* geformuleerde 'zeer' intieme sfeer. *Dudgeon* handelde over de Ierse wet, die homoseksualiteit verbod en door het Hof in strijd werd geacht met Art. 8 (EHRM 22 oktober 1981, Serie A vol. 45, par. 52).

81 Het recht op privé-leven is abstract van karakter en behoeft nadere uitwerking voordat het kon worden toegepast op een concrete casus; hiertoe werd het in *Niemietz* onderscheid tussen professionele activiteiten en privé-leven binnenshuis gemaakt.

82 Zie *Burghartz t. Zwitserland*, EHRM 22 februari 1994, Serie A vol. A 280-B, par. 24 en *Mikulic t. Kroatië*, EHRM 7 februari 2002, EHRC 2002/25 (zie voor beide zaken hieronder par. 8.3.5).

83 *Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659.

84 *Gaskin*, par. 36.

formation about his past and formative years. Consequently, lack of access thereto did raise issues under Art. 8'.⁸⁵

Vraag was, hoe deze problematiek nu binnen het bereik van Art. 8 paste. Het hiervoor aangehaalde citaat plaatste de individuele aanspraak al onder Art. 8. Het Hof leek – geïnspireerd door de bevindingen van de Commissie – een op menselijke waardigheid en persoonlijke identiteit geschoeid beginsel in te roepen, alvorens de individuele aanspraak onder Art. 8 nader kan worden beschouwd:

'respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that in principle they should not be obstructed by the authorities from obtaining such very basic information without specific justification'.⁸⁶

Kort voor *Gaskin* had het Hof uitspraak gedaan in *Leander t. Zweden* over een aanspraak op het recht op privé-leven door een individu ter zake van de inzage van door de overheid verzamelde gegevens. Die gegevens waren door de veiligheidsdienst aangelegd in een dossier.⁸⁷ Zij vormden aanleiding, Leander te weigeren voor een betrekking in overheidsdienst. In *Leander* was het recht op privé-leven geschonden door overheidshandelen. Vraag was, of *Gaskin* in het kader van positieve verplichtingen diende te worden beschouwd. Het Verenigd Koninkrijk pleitte voor dat uitgangspunt, er vanuit gaande dat het Hof bij positieve verplichtingen vaak wat meer geneigd was om een ruimere beoordelingsruimte voor de staat aan te nemen.⁸⁸ Het Hof weerlegde dat argument met de opvatting, dat *Gaskin* niet de opslag van gegevens betwistte, maar dat de geweigerde toegang tot die gegevens een inbreuk vormde op het recht op kennisneming van die gegevens.⁸⁹

Het Hof differentieerde de twee zaken met de hypothese, dat de gevraagde informatie in *Gaskin* betrekking had op zijn 'basic identity', terwijl de gevraagde gegevens in *Leander* een ander karakter droegen. Het Hof zag zich in *Gaskin* genoodzaakt, dit onderscheid nader uit te werken, omdat de staat betoogde dat de aanspraak van *Gaskin* niet zoals die van *Leander* onder Art. 8 te kwalificeren was. Die uitwerking leverde enkele fraaie aanknopingspunten op voor de constatering, dat het Hof het recht op privé-leven ex Art. 8 soms lijkt te interpreteren als een meer algemeen recht op persoonlijkheid. Het belang van *Gaskin* bij kennisneming van de opgeslagen gegevens vond het Hof in een rechtsbelang van het individu, de 'basic identity' te kennen.⁹⁰ De reden waarom 'basic identity' een belang is dat bescherming verdient onder Art. 8 werd overigens niet ontwaard aan de hand van voorafgaande rechtspraak. Het belang van de kennisneming ervan werd met name ondersteund door gebruik van retoriek en metaforen die niet of niet direct zijn terug te voeren op juridische argumentatie.⁹¹

85 *Gaskin*, par. 36.

86 *Gaskin*, par. 39.

87 *Leander t. Zweden*, EHRM 26 maart 1987, Serie A vol. 116.

88 *Gaskin*, par. 40.

89 *Gaskin*, par. 41.

90 Het kennen van de 'basic identity' speelde niet in *Leander t. Zweden*; het Hof achtte de vergelijking in het licht van de vraag naar positieve verplichtingen met die zaak niet mogelijk.

91 Zie de citaten voor retoriek: 'it no doubt contained information' en voor metaforen: 'principal source',

Het Hof werkte in *Gaskin* het belang in de toetsingsfase nader uit vanwege de noodzaak van belangenafweging. Die afweging betrof de belangen van Gaskin tegenover de belangen van de pleegouders. Beide belangen worden namelijk gedekt door Art. 8. Er was aldus sprake een grondrechtencollisie. De belangenafweging noodzaakte het Hof tot het nader uitwerken van Gaskins belang:

‘In the Court’s opinion, persons in the situation of the applicant have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to know and to understand their childhood and development.’⁹²

Het Hof benadrukte in de toetsingsfase het belang van Gaskin bij het kennen van de gegevens nogmaals. De kwalificatie van Gaskins aanspraak onder Art. 8 had reeds plaatsgevonden in de interpretatiefase. In de toetsingsfase werd onderzocht in hoeverre de aanspraak gehonoreerd diende te worden. Het grondrechtsconflict tussen de belangen van Gaskin enerzijds en het recht op geheimhouding van deze gegevens van de pleegouders anderzijds dwong het Hof tot een specifiekere afbakening van Gaskins aanspraak onder Art. 8, teneinde tot een genuanceerde afweging van de belangen in kwestie te kunnen komen. De betekenis van een ‘vital interest’ werd echter niet uitgewerkt; de juridische status van deze formulering is niet duidelijk.

Een combinatie van toepassing van de normen in *Gaskin* en die in *Niemietz* deed zich voor in *Mikulić t. Kroatië*.⁹³ In die zaak eiste een buitenechtelijk kind dat de vermoedelijke vader een DNA-test zou ondergaan ter vaststelling van het vaderschap. Het nationale recht maakte dit mogelijk, en het Hof onderzocht in hoeverre een niet meewerken door de vermoedelijke vader aan die test nu een inbreuk vormde op het recht van het kind. De zaak werd beschouwd onder het recht op privé-leven en niet onder het recht op familie- en gezinsleven. Dat privé-leven, aldus het Hof, omvat het vestigen en onderhouden van relaties met anderen.⁹⁴ In dat verband ligt het niet voor de hand dat vestiging van een (juridische) relatie met de biologische vader wordt uitgesloten. Daarnaast dient het individu in staat te worden gesteld om details van zijn identiteit vast te stellen:

‘The Court has held that respect for private life requires that everyone should be able to establish details of their identity as individual human beings and that an individual’s entitlement to such information is of importance because of its formative implications for his or her personality [...]’.⁹⁵

Dit onderdeel in de analoge redenering ter vestiging van het recht van het kind op kennis van de afstamming en mitsdien medewerking van zijn vermoedelijke verwekker roept de vraag op, ten aanzien van welke aspecten *Gaskin* en in *Mikulić* nu vergelijkbaar zijn. Het Hof laat de waardering van de vergelijking in het midden. Het kind in *Mikulić* was ten tijde van de eerste vraag om een DNA-test nog geen jaar oud, en ten

‘such very basic information’ en ‘vital interest’ (zie voor het citaat in de tekst in de volgende paragraaf).

92 *Gaskin*, par. 49.

93 *Mikulić t. Kroatië*, EHRM 7 februari 2002, EHRC 2002/25.

94 Dit is het recht dat in *Niemietz t. Duitsland* werd geconcretiseerd uit het recht op privé-leven ex Art. 8.

95 *Mikulić t. Kroatië*, EHRM 7 februari 2002, EHRC 2002/25, par. 54.

tijde van de uitspraak van het Hof 6 jaren oud. *Gaskin* keek daarentegen terug naar een verleden waarin hij (deels) gevormd was door zijn opvoeders. Dat verleden 'bestond' al, terwijl het kind in *Mikulić* zijn 'formative years' nog moest ondergaan. Het leek in *Mikulić* te gaan om de kennis van de genetische afstamming, terwijl in *Gaskin* naar de omstandigheden van het milieu waarin hij opgroeide werd gezocht. Het Hof lijkt in deze zaak een abstracte, niet nader uitgewerkte gemeenschappelijkheid tussen *Gaskin* en *Mikulić* te aanvaarden; deze maakt kwalificatie van *Mikulić* op basis van de formule uit *Gaskin* mogelijk. De gemeenschappelijkheid tussen beide zaken lijkt aldus te zijn gelegen in de vaststelling dat kennis van de afstamming van belang is 'because of its formative implications for his or her personality'. De kwestie in hoeverre Art. 8 van toepassing is op de aanspraak van *Mikulić*, werd door het Hof als volgt benaderd:

'In the Court's opinion, persons in the applicant's situation have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of their personal identity'.⁹⁶

Het 'vitale belang' van het kind is kennelijk het aanknopingspunt in de kwalificatie van de aanspraak onder Art. 8; wat onder 'de waarheid' en 'belangwekkend aspect van de persoonlijke identiteit' moet worden verstaan laat het Hof aan de verbeelding van de lezer over.

In verband met de persoonlijke identiteit en het recht relaties te vestigen en te onderhouden heeft het Hof het recht op de naam van het individu erkend. Hoewel Art. 8 geen expliciete bepaling bevat ter zake van voornamen, zijn zij een middel van identificatie van personen, evenals achternamen. Zij worden dan ook beschermd onder Art. 8 EVRM in verband met het recht op privé- en gezinsleven. In *Burghartz* stelde het Hof:

'As a means of personal identification and of linking to a family, a person's name none the less concerns his or her private and family life. The fact that society and the state have an interest in regulating the use of names does not exclude this, since these public law aspects are compatible with private life conceived of as including, to a certain degree, the right to establish and develop relationships with other human beings, in professional or business contexts as in others [...].'⁹⁷

Van belang was, dat de klager zich vanwege de door de staat verplichte achternaamswijziging belemmerd achtte in zijn professionele leven. Deze belemmering werd veroorzaakt doordat volgens de Zwitserse wet klagers achternaam kwam te vervallen bij de aanvaarding van de achternaam van zijn echtgenote, hetgeen bij naamsbekendheid vanwege publicaties niet van pas kwam. Het handhaven van de eigen naam voor of na die van de echtgenote zou in dit verband geen belemmering opleveren, aldus klager. Het Hof accepteerde het verband tussen het belang van de identiteit via de naam middels een recht op identificatie van afkomst van een familie. Dat aspect inspireerde het Hof als norm van hoger recht bij de invulling van een recht op privé-leven.

⁹⁶ *Mikulić t. Kroatië*, EHRM 7 februari 2002, EHRC 2002/25, par. 64.

⁹⁷ *Burghartz t. Zwitserland*, EHRM 22 februari 1994, Serie A vol. 280-B, par. 24.

De kwalificatie hield daar echter niet op: het Hof droeg nog een tweetal argumenten aan, die het recht op de naam op *Burghartz* aanspraak toespitsen. Deze argumenten vormden belangrijke elementen in de wetsanalogie, omdat zij een recht op de naam vestigden, dat sterk geënt is op de strekking van Art. 8, maar dat evenwel als 'nieuw' recht kon worden aangemerkt. Als relevante bronnen van recht voor het vestigen van een recht op de naam werden andere internationale verdragen aangehaald, die allen op een recht op de naam stipuleren: het IVBPR⁹⁸ en de Conventie van de Rechten van het Kind⁹⁹ werden naar voren gebracht, die beiden in het algemeen ook door de Verdragsstaten van het EVRM zijn erkend. Ook de Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens werd door het Hof genoemd.¹⁰⁰

Het tweede argument voor de erkenning van het recht op de naam wordt gevonden in de uitspraak *Niemietz t. Duitsland*.¹⁰¹ Nu vertoont het feitencomplex van *Niemietz* niet direct overeenkomst met *Burghartz*, maar aanvaardde het Hof wel vergelijkbaarheid van de individuele aanspraak op de in *Niemietz* toegepaste norm bij de beoordeling van *Burghartz*. De vergelijkbaarheid van *Niemietz* en *Burghartz* werd gevonden in het recht op bescherming van professionele activiteiten. *Burghartz* werd ter zake van de erkenning van het recht op de naam onder Art. 8 EVRM voortaan vaste rechtspraak van het Hof.¹⁰² In *Guillot t. Frankrijk* werd aan het belang van de naam als identificatie in het maatschappelijk leven toegevoegd, dat de naam ook in het privé-leven een eigen betekenis heeft die bescherming verdient onder Art. 8. In *Guillot t. Frankrijk* speelden professionele activiteiten in verband met het recht op de naam geen rol meer.¹⁰³

8.3.6 Aspecten van de leefomgeving

Het EVRM bevat geen specifiek recht op een behoorlijke kwaliteit van de leefomgeving van het individu. Het Hof heeft zich bij de interpretatie van Art. 8 EVRM echter laten leiden door een norm van hoger recht die inhoudt dat een individu belang heeft bij een 'minimumkwaliteit' van zijn leefomgeving. Het Hof betrok in dat verband met name het genot van de woning ex Art. 8 EVRM bij de vraag, of de aanspraken van het individu onder Art. 8 konden worden gekwalificeerd. In 1990 oordeelde het Hof dat de aanspraak van twee klagers ter zake van sterk toenemend vliegtuiglawaai als gevolg van sterk gestegen economische activiteit op een nabijgelegen vliegveld onder Art. 8 EVRM diende te worden beschouwd:

98 Art. 24 lid 2 IVBPR luidt: 'Every child shall be registered immediately after birth and shall have a name'.

99 Art. 7 lid 1 van de Conventie van de rechten van het Kind luidt: 'The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents'. Art. 8 lid 1 luidt: 'States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference'.

100 Art. 18 van deze Conventie luidt: 'Every person has the right to a given name and to the surnames of his parents or that of one of them'.

101 Zie *Burghartz t. Zwitserland*, par. 24 en *Niemietz t. Duitsland*.

102 Zie *Stjerna t. Finland*, EHRM 25 november 1994, Serie A vol. 299-B, par. 37.

103 *Guillot t. Frankrijk*, EHRM 24 oktober 1996, NJ 1997/324, par. 22.

'[...] the quality of the applicant's private life and the scope for enjoying the amenities of his home have been adversely affected by the noise generated by aircraft using Heathrow Airport [...]. Article 8 is therefore a material provision in relation to both Mr Powell and Mr Rayner'.¹⁰⁴

Het begrip 'home' vormde in de kwalificatie van de aanspraak onder Art. 8 de sluitsteen: het recht op daadwerkelijk genot van de woning wordt geschaad door het lawaai. Het begrip 'home' werd in *Powell* ruim uitgelegd. In *Powell* kwam voor het eerst een aspect aan de orde, dat eerder refereerde aan de notie dat van staatswege een kwaliteit van de leefomgeving dient te worden gewaarborgd. Het Hof aanvaardde dat andere aspecten dan enkel het binnendringen van staatswege het begrip 'genot van de woning' konden betreffen. De wetsanalogie werd hier gehanteerd, om aan te tonen dat Art. 8 op dit terrein eveneens positieve verplichtingen kan behelzen. Het Hof knoopte aan bij *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, een zaak die wat betreft feitencomplex niet te vergelijken is met *Powell*, maar waarin het Hof een standaardformulering gebruikt om aan te tonen dat een positieve verplichting kan bestaan.¹⁰⁵ Voor de legitimatie van de extensieve lezing van het recht op onschendbaarheid van de woning werden verder geen argumenten aangevoerd.

Enkele jaren later werd in *Lopez Ostra* geklaagd over de stank die een leerlooierij verspreidde in een woongebied.¹⁰⁶ De staat had een milieuvergunning afgegeven, maar de klagers meenden dat het toestaan van de milieuoverlast een inbreuk vormde op hun recht op ongestoord woongenot ex Art. 8. Hier stond niet langer het begrip 'home' centraal, maar was 's Hof's referentie aan 'privé-leven' centraal in de vaststelling:

'Naturally, severe environmental pollution may affect individual's 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'.¹⁰⁷

Dat leek te duiden op een ontwikkeling: het privé-leven leek een ruimere categorie van individuele aanspraken te kunnen herbergen dan het recht op genot van de woning, hetgeen in latere rechtspraak zou worden uitgewerkt. In *Guerra t. Italië* werd eveneens geklaagd over milieuverontreiniging, die consequenties had voor de kwaliteit van de leefomgeving van individuen.¹⁰⁸ Hier hield het Hof niet langer vast aan het begrip 'home', maar werd de aanspraak onder het recht op 'privé-leven' beoordeeld. In *Guerra* bracht het Hof daartoe het begrip van de fysieke integriteit naar voren om de verwijzing naar het privé-leven te versterken:

'giving information to the applicants, all of whom lived barely a kilometre away from the factory, could have had a bearing on their private and family life and their physical integrity'.¹⁰⁹

104 *Powell en Rayner t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 februari 1990, Serie A vol. 172, par. 40.

105 *Powell en Rayner t. Verenigd Koninkrijk*, par. 41.

106 *Lopez Ostra t. Spanje*, EHRM 9 december 1994, Serie A vol. 303-C, JB 1995/67.

107 *Lopez Ostra*, par. 51.

108 *Guerra t. Italië*, EHRM 19 februari 1998, JB 1998/49 en NJCM-Bulletin 1998, p. 848.

109 *Guerra t. Italië*, par. 45.

Na *Powell* en *Lopez Ostra*, waarin het genot van de woning werd bedreigd door respectievelijk geluidsoverlast en stank, kon beoordeling van *Guerra* onder de notie 'home' worden verwacht. Het liep echter anders, mede omdat de aanspraak op andere wijze was geformuleerd dan in *Powell* en *Lopez Ostra*. De beoordeling van *Guerra*'s aanspraak onder Art. 8 EVRM verliep via een omweg: de klagers probeerden hun aanspraak via Artikel 10, een recht op informatie, erkend te krijgen. De klacht hield een aanspraak in op een positieve verplichting van de staat, essentiële informatie over de leefomgeving te verstrekken. Zo zouden de klagers de gezondheidsrisico's die zij liepen vanwege de milieuverontreiniging zelf kunnen inschatten ter zake van het verblijf in de omgeving waarin die milieuverontreiniging was opgetreden. Zij maakten aanspraak op rechtsbescherming ex Art. 10 EVRM, maar het Hof wilde niet zover gaan, een positieve verplichting tot informatieverstarring door de staat te erkennen onder Art. 10. De Commissie was vooraf evenmin bereid gebleken tot erkenning van de aanspraak onder Art. 10.¹¹⁰

Uit de uitspraak van het Hof blijkt echter, dat 8 leden van de Commissie in drie afwijkende opinies pleitten voor beschouwing van de klacht onder Art. 8 EVRM.¹¹¹ Het Hof was daartoe bereid, ook al betwistte de Italiaanse regering deze mogelijkheid. Het Hof repliceerde dit bezwaar – onder verwijzing naar Art. 32 EVRM – dat het laatste woord heeft ter zake van meningsverschillen over de rechtsmacht.¹¹² Van belang was de opmerking, dat het Hof voor wat betreft de toepasselijke verdragsbepaling niet enkel let op de rechtsgronden die klager aanvoert, maar dat het Hof de bevoegdheid heeft, rekening houdend met de feiten, deze gronden aan te vullen.¹¹³ Het Hof stelde vast, dat van de vervuilende fabriek een bedreiging uitging naar klagers privé- en familieleden en hun fysieke integriteit en dat voor de staat ter zake een positieve verplichting bestond.¹¹⁴ Normen van hoger recht spelen in *Powell* en *Lopez Ostra* geen zichtbare rol, omdat het Hof in die zaken redelijk gemakkelijk kon aanknopen bij de terminologie van Art. 8.

De klagers in *Guerra* brachten hun bezwaren tegen het nalaten van informatieverstarring door de staat niet onder Art. 8 voor het Hof. De wetsanalogie werd in casu gehanteerd voor de vaststelling, of een positieve verplichting kan bestaan ter zake van Art. 8. De wetsanalogie in *Guerra* werd gevonden in de aanknoping bij *Powell* en *Rayner*; deze vergelijking gaat echter niet over de materiële invulling van Art. 8 maar over het

110 *Guerra t. Italië*, ontvankelijkheidsbeslissing 14967/89, 6 juli 1995.

111 *Guerra t. Italië*, par. 40.

112 Art. 32 lid 2 EVRM: 'In geval van een meningsverschil met betrekking tot de vraag of het Hof rechtsmacht heeft, beslist het Hof'.

113 *Guerra t. Italië*, par. 44.

114 *Guerra t. Italië*, par. 58. Latere toepassingen van Art. 8 EVRM in verband met een (dreigende) inbreuk op het recht op een minimum kwaliteit van de leefomgeving volgden onder meer in *McGinley en Egan t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 9 juni 1998, NJB 1998, p. 1313. In deze zaak werd geklaagd over blootstelling aan radioactiviteit, waarbij de staat had verzwegen welke consequenties aan die blootstelling kleefden. Toegang tot informatie was essentieel voor het privé-leven en familieleden ex Art. 8 EVRM.

standpunt van het Hof dat het bevoegd is, de rechtsgronden – in casu met een recht op privé-leven, omdat daarop oorspronkelijk geen beroep was gedaan – aan te vullen:

'In the instant case the grounds based on Articles 8 [...] were not expressly set out in the application [...]. Clearly, however, those grounds were closely connected with the one pleaded, namely that giving information to the applicants, all of whom lived barely a kilometre away from the factory, could have had a bearing on their private and family life and their physical integrity'.¹¹⁵

Ten slotte deed het Hof in 2001 uitspraak in de *Hatton t. Verenigd Koninkrijk*.¹¹⁶ In deze zaak werd geklaagd over vliegtuiglawaai door omwonenden van de luchthaven Heathrow. Er was een systeem van geluidsquota opgezet, maar dat werd in de loop der tijd overschreden. De Britse rechter achtte uiteindelijk geen grondrecht geschonden, maar het Hof dacht hier anders over: staten zijn verplicht om inbreuken op het recht op privé-leven zo ver als mogelijk te beperken. Staten kunnen zich ter zake van aspecten die gerelateerd zijn aan milieubescherming niet langer beroepen op het belang van het economisch welzijn: de staat dient afdoende maatregelen te treffen om schadelijke effecten zoveel mogelijk te beperken. Deze norm werd afgeleid uit *Lopez Ostra*.¹¹⁷

Vraag is op basis waarvan *Lopez Ostra* kan dienen als vergelijkingsmateriaal voor beoordeling van de individuele aanspraak in *Hatton*. Was de economische impact van het beperken van de leerlooierijen in Lorca vergelijkbaar met de beperking van het aantal vliegbewegingen 's nachts op Heathrow? En in welke mate was 's Hof's afweging, dat economische belangen soms moeten terugtreden als het in strijd komt met een recht op privé-leven – terecht? Rechter Kerr liet zich in zijn *dissenting* zeer kritisch uit over de beslissing van het Hof. In zijn optiek zijn milieubelangen perifere rechten in de sfeer van Art. 8, en kunnen mitsdien niet zelfstandig leiden tot een beperking van het economisch welzijn. Hij bepleitte dat niet een abstract beginsel tot maatstaf verheven diende te worden: dat leidde in onderhavige zaak vooral tot ongeoorloofde rechterlijke discretie bij de vaststelling van rechtsnormen. Er diende in zijn optiek een meer specifieke vergelijking tussen *Lopez Ostra* en *Hatton* plaats te vinden, die gebaseerd is op vergelijking van feitencomplexen.¹¹⁸ Een meer specifieke vergelijking onder de norm van hoger recht had waarschijnlijk geleid tot een onderscheidenlijke waardering van het vergelijkingsmateriaal *Hatton* en *Lopez Ostra*: het economisch welzijn dat zich uitte in de activiteiten op de belangrijkste nationale luchthaven was in de Britse zaak van ander kaliber dan de meer locale economische belangen die werden gediend in de Spaanse zaak. In deze zaak komt een onderscheid tussen vergelijking aan de hand van feitencomplexen enerzijds en vergelijking aan de hand van individuele aanspraken naar voren. Het lijkt er daarbij sterk op, dat vergelijking van feitencomplexen eerder een specifieke vergelijkingsmaatstaf opleveren dan vergelijking van individuele aanspraken, die noodzakelijkerwijze een wat abstracter karakter hebben in de context van de

115 *Guerra t. Italië*, par. 45.

116 *Hatton t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 2 oktober 2001, EHRC 2001/79.

117 *Hatton t. Verenigd Koninkrijk*, par. 94-98.

118 *Dissenting* rechter Kerr bij *Hatton t. Verenigd Koninkrijk*.

vergelijking. Dat hangt samen met het feit, dat de individuele aanspraak is getransformeerd naar een rechtsaanspraak of een aanspraak op een norm waarvan de rechter nog moet onderzoeken of deze wel opgaat onder het geldend recht.

8.3.7 Hulp bij zelfdoding

Recentelijk erkende het Hof, zij het met veel reserves, een aanspraak op hulp bij zelfdoding onder het recht op privé-leven.¹¹⁹ Klaagster had in het zicht van een naderende verstikkingsdood gevraagd om hulp bij zelfdoding, maar de Britse rechter wees dat verzoek af vanwege wettelijke verboden ter zake. Hij baseerde zich in dat verband vooral op het argument van de constitutionele verhoudingen: ondanks het afschuwelijke vooruitzicht van mevrouw Pretty achtte de rechter zich niet bevoegd om in de bestaande wetten wijzigingen aan te brengen.¹²⁰ Het Hof onderzocht in hoeverre die afwijzing in stand kon worden gelaten onder het EVRM.¹²¹ Het Hof onderstreept dat het recht op privé-leven een norm is die open staat voor rechtsontwikkeling, waarna een opsomming volgt van de reeds onder Art. 8 erkende aanspraken in de jurisprudentie. Aan de basis van Art. 8 ligt een recht van zelfbeschikking van het individu ten grondslag; Art. 8 staat borg voor het kunnen kiezen van een kwaliteit van het leven.¹²²

Het Hof maakt een vergelijking van de aanspraak van *Pretty* onder Art. 8 met de aanspraken in *Laskey e.a. t. Verenigd Koninkrijk*: in beide zaken is de kwestie aan de orde, in hoeverre de staat rechtmatig kan ingrijpen in de intieme privé-sfeer, meer specifiek in de gekozen levensstijl en de gevolgen van die keuze. In *Laskey* waren de gevolgen riskant voor de gezondheid van de betrokkenen, terwijl ze in het geval van *Pretty* fataal zouden zijn.

Het Hof stelt twee uitgangspunten die naar zijn oordeel aan het EVRM ten grondslag liggen voorop, namelijk het recht op respect voor menselijke waardigheid en menselijke vrijheid. Hieruit vloeit onder meer het recht op leven voort, maar het omvat eveneens noties die refereren aan de kwaliteit van het leven die nader worden uitgewerkt onder Art. 8, aldus het Hof.¹²³ Die kwaliteit van het leven kan verloren gaan wanneer het individu wordt gedwongen volgens een bepaalde, in dit geval afhankelijke manier te leven: de persoonlijke autonomie komt dan in het gedrang. Het Hof lijkt de aanspraak op een recht op hulp bij zelfdoding onder Art. 8 EVRM te erkennen, maar honoreerde de aanspraak niet.¹²⁴

119 'The Court is not prepared to exclude that this constitutes an interference with her right to respect for private life as guaranteed under Art. 8 par. 1 of the Convention', *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 29 april 2002, EHRC 2002/47, par. 67.

120 Zie de overwegingen van de House of Lords die zijn afgedrukt in de uitspraak *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, par. 14.

121 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, par. 61-78.

122 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, par. 61 en 65.

123 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, par. 65.

124 Dat hangt sterk samen met de uitleg die werd gegeven aan Art. 2, het recht op leven; het Hof aanvaardde niet dat daaruit een recht op hulp bij zelfdoding kan voortvloeien. Zie ook verderop in deze paragraaf.

In de toetsingsfase werd door klagster aansluiting gezocht bij de wijze waarop het Hof met inbreuken op het seksuele privé-leven pleegt om te gaan.¹²⁵ Zo werd voorgesteld, de vergelijkingsmaatstaf aan de hand waarvan de beoordelingsmarge voor de staat moet worden vastgesteld, te ijken aan de toetsingsmaatstaf die bij het seksuele privé-leven pleegt te worden gebezigd. In beginsel wordt bij aanspraken op het intieme seksuele leven een smalle beoordelingsmarge voor de staat toegekend, maar volgens het Hof kan onderhavige zaak niet worden gelijkgesteld met aanspraken op de seksuele privé-sfeer. De afwijzing van de vergelijking heeft in casu, al zegt het Hof het niet met zoveel woorden, tot gevolg dat er een ruime beoordelingsmarge voor de staat ontstaat. De gebrekkige motivering ter zake van de vergelijking wekt, gezien de bereidheid tot vergelijking met *Laskey* in de interpretatiefase, wat bevreemdend. Vraag is of het Hof er vanuit gaat, dat het forum aanneemt dat seksuele intimiteit en hulp bij zelfdoding niet dezelfde feitencomplexen bestrijken. Wat betreft feitencomplex gaat het natuurlijk om verschillende zaken, maar wat de individuele aanspraken betreft zouden de verschillen wel eens minder groot kunnen zijn. De gemeenschappelijke norm van hoger recht die beide aspecten van het privé-leven beheerst houdt een recht op zelfbeschikking in een zeer intieme privé-sfeer van het individu in.

Van groot belang is hier de contextuele samenhang met Art. 2 EVRM. Klagster stelde namelijk dat Art. 2 niet alleen het recht op leven beschermt, maar ook een recht omvat om te kunnen kiezen, al dan niet verder te leven. Het Hof wilde een dergelijke lezing niet aan Art. 2 verbinden: Art. 2 is primair bedoeld om burgers te beschermen tegen levensbeneming door de staat, terwijl het daarnaast voor de staat soms een plicht kan impliceren maatregelen te treffen. Vraag in dit verband is of het Hof een negatief aspect aan dit recht wenste te verbinden: omvat het recht op leven ook een recht om te sterven? Het recht op leven zoals neergelegd in Art. 2 heeft geen verband, aldus het Hof, met de kwaliteit van het leven of met hetgeen iemand met zijn leven wenst te doen. Dergelijke aspecten worden beschermd in andere verdragsbepalingen, zoals Art. 8. Een vergelijking met landen die wel hulp bij zelfdoding toestaan leidt evenmin tot een vaststelling van een positieve verplichting ter zake: zelfs wanneer dergelijke wetgeving met Art. 2 verenigbaar is, dan betekent dit nog niet dat de staat in casu zijn verplichtingen schendt door hulp bij zelfdoding niet toe te staan.¹²⁶

8.3.8 *Het recht op menselijke waardigheid als grondslag voor opheffing van strafrechtelijke immuniteit*

De afwezigheid van strafrechtelijke immuniteit van de echtgenoot die zijn vrouw verkrachtte werd door het Hof gebaseerd op een norm van hoger recht van menselijke waardigheid. In de zaak *C. R. t. Verenigd Koninkrijk* kwam bij het Hof een klacht over terugwerkende kracht van wetgeving aan de orde.¹²⁷ Tot ver in de jaren '80 vormde

¹²⁵ Klagster zag in dit verband een parallel met de aanspraken in de zaken *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk* en *A.D.T. t. Verenigd Koninkrijk*, die hiervoor in par. 8.3.2 werden uitgewerkt.

¹²⁶ *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, par. 37-42.

¹²⁷ *C. R. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 november 1995, NJ 1997/1.

verkrachting binnen het huwelijk in het Verenigd Koninkrijk geen strafbaar feit. In die opvatting kwam echter een kentering aan het begin van de jaren '90. De voortschrijdende ontwikkeling van het strafrecht op basis van rechterlijke interpretatie die uitmondde in aanpassing van de rechtspraak aan de veranderende opvattingen, werd door het Hof in *C.R. t. Verenigd Koninkrijk* niet in strijd geacht met de voorzienbaarheids-eisen in Art. 7 EVRM.¹²⁸ De veranderde opvatting ter zake diende echter wel aan te sluiten bij de essentie van het delict en voorzienbaar te zijn, aldus het Hof. Het recht had in het Verenigd Koninkrijk het stadium bereikt waarin het loslaten van de immuniteit van de echtgenoot redelijkerwijze voorzienbaar werd geacht:

'The essentially debasing character of rape is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords [...] cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment [...].'¹²⁹

Het afwijzen van de immuniteit van de echtgenoot werd volgens het Hof materieel gerechtvaardigd op basis van het beginsel van menselijke waardigheid en vrijheid. De vraag naar de legitimiteit van de nieuwe interpretatie werd beantwoord aan de hand van die norm van hoger recht:

'What is more, the abandonment, of the unacceptable idea of a husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with a civilized concept of marriage but also, and above all, with the fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom'.¹³⁰

In verband met de analogie kan hier worden gesproken van de invulling van Art. 7 lid 1 aan de hand van een norm van hoger recht van menselijke waardigheid. Dat ligt volgens het Hof aan de basis ligt aan het gehele verdrag. De menselijke waardigheid vormt eveneens de grondslag voor de rechtvaardiging van de strafbaarheid van verkrachting door een echtgenoot. Wellicht heeft het Hof hier de schijn willen vermijden, in een strafrechtelijke context gebruik te maken van een analogie. Hantering van analogieën in het strafrecht wordt in beginsel als ongewenst beschouwd vanwege de strenge eis van legaliteit: de rechter vormt immers een ongeschreven strafrechtsregel.¹³¹ Hij zal moeten aantonen dat de ongeschreven regel voorzienbaar was en deel uitmaakt van het bestaande normenkader.

128 Art. 7 EVRM luidt: lid 1: 'Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was'. Lid 2: 'Dit artikel staat niet in de weg aan berechting en bestrafing van iemand, die schuldig is aan een handelen of nalaten, dat ten tijde van het handelen of nalaten, een misdrijf was overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen die door de beschaaftde volken worden erkend'.

129 *C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 42.

130 *C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 42.

131 Ook: Bruggink 1990, p. 115.

8.3.9 *Het recht op leven als grondslag voor afwijzing van een beroep op de wet bij verdediging van de staat*

Er is in de context van Art. 7 nog een zaak aan te wijzen, waarin het Hof een analoge benadering gebruikte. In *K-H. W t. Duitsland* werd geklaagd over terugwerkende kracht van Duitse wetgeving ten aanzien van voormalige DDR-soldaten. Zij dienden in opdracht van hun socialistische regering vluchtelingen die de DDR trachtten te ontvluchten neer te schieten.¹³² De klager in deze zaak was ten tijde van het socialistische regime in de DDR soldaat bij het nationale volksleger, en in die hoedanigheid gedurende enige tijd in 1972 gestationeerd als grensbewaker aan de grens tussen de DDR en de West-Duitse Bondsrepubliek. Tijdens zijn dienst gebruikte hij zijn vuurwapen, om een vluchteling die de DDR wilde verlaten, te verhinderen de grens te passeren. Personen die trachtten het land te verlaten, werden aangemerkt als staatsgevaarlijk, en in de optiek van het oude regime was het neerschieten van dergelijke subversieve individuen gerechtvaardigd. Door het Duitse BGH werd deze soldaat in 1995 veroordeeld tot bijna twee jaren gevangenisstraf vanwege het doodschieten van de vluchteling; het Federale Constitutionele Hof bevestigde deze uitspraak, die niet werd beschouwd als ongrondwettig.¹³³ De klacht voor het Hof te Straatsburg luidde, dat de Duitse rechter terugwerkende kracht had verleend aan strafwetgeving, die in 1972 – ten tijde van het neerschieten van de vluchteling – geen gelding had in de DDR.

Het EHRM onderzocht de toenmalige nationale DDR-wetgeving, om te bezien in welke mate het recht op leven van personen die de DDR trachtten te verlaten werd beschermd in de toenmalige DDR-wetgeving, en welke de verplichtingen waren van de grensbewakers. Art. 258 van het DDR-wetboek van strafrecht luidde:

‘Members of the armed forces shall not be criminally responsible for acts committed in execution of an order issued by a superior save where execution of the order manifestly violates the recognized rules of public international law or the written criminal law’.

Vervolgens werd ter invulling van ‘the recognized rules of public international law’ de in de DDR toepasselijke internationale regelgeving in de redenering betrokken. Het IVBPR, dat het recht op leven in Art. 6 stipuleert, werd door de DDR pas in 1974 geratificeerd. Het schietincident had echter in 1972 plaatsgevonden. Een argument dat gebaseerd was op dit verdragsartikel zou falen, maar het Hof omzeilde de vraag in welke mate ratificatie van belang was voor de geldigheid van dit argument met een verwijzing naar Art. 258 DDR-wetboek van strafrecht, dat in de voornoemde zeer algemene termen een recht op leven kon omvatten.¹³⁴ Daarnaast waren in de DDR-constitutie eveneens aanwijzingen te vinden voor het bestaan van een recht op leven.¹³⁵ De belang-

132 *K-H. W t. Duitsland*, EHRM 22 maart 2001, EHRC 2001/31. Zie ook Mevis 1998, p. 144 e.v. voor een beschouwing over deze zaak uit het oogpunt van de wijze van rechtsvinding.

133 *Mauerschützen*, 95 BVerfGE 96 (1996).

134 Zie hierna.

135 De DDR-grondwet hield enkele bepalingen in, die in de optiek van het Hof dat recht omvatten: ‘These provisions, which therefore expressly included the principle of proportionality and the principle that human life should be preserved, should be also read in the light of the principles enshrined in the

rijkste kwestie was nu, op welke wijze dat recht op leven diende te worden ingevuld. Dat onderzocht het Hof aan de hand van de – destijds en immer nog geldende – internationale rechtsbeginselen. Art. 258 DDR-wetboek van strafrecht liet daartoe in de optiek van het Hof voldoende ruimte:

‘The convergence of the above-mentioned instruments is significant: it indicates that the right to life is an inalienable attribute of human beings and forms the supreme value in the hierarchy of human rights’.¹³⁶

Het Hof doelde met de term ‘instruments’ op de Universele Verklaring voor de rechten van de Mens van 1948, alsmede op het IVBPR. De in deze verdragen neergelegde bescherming van het recht op leven drong in ’s Hofs optiek onder meer door via het hierboven geciteerde Art. 258 DDR-wetboek van strafrecht, dat sinds 1968 reeds wees op het bestaan van ‘recognized rules of public international law’. Hierin las het Hof een erkenning van algemene internationaal aanvaarde rechtsbeginselen. Het schaarde daaronder een soort universeel rechtsbeginsel, dat inhoudt dat het recht op leven de hoogste waarde heeft in de hiërarchie van mensenrechten. De expliciete erkenning van het IVBPR in de DDR-rechtsorde bleek niet een noodzakelijke voorwaarde voor de gelding van deze rechtsbeginselen; het recht op leven, en de internationale invulling daarvan, golden toch. In de formulering verkreeg dit recht bijna een natuurrechtelijke status.

Het Hof spreekt zich niet uit over de vraag welke andere rechten ‘inalienable attributes’ zijn van het individu, of welke normen behoren tot de categorie van universeel geldende normen. In ’s Hofs optiek vormde het recht op leven één van deze ‘inalienable attributes’. Het Hof leek een rechtsbron te hanteren, die genoemd wordt in Art. 38 lid 1 sub c van het Statuut van het Internationale Gerechtshof: als grondslag voor de interpretatie van het recht op leven werd tot uitgangspunt verheven een door de beschaafde naties erkend algemeen rechtsbeginsel.¹³⁷ Met de vaststelling van het bestaan van het recht op leven in de wettelijke bepalingen in het DDR-recht kon het Hof aldus niet volstaan; het diende de gekozen interpretatie te legitimeren in de context van het EVRM omdat de DDR geen lid was bij het verdrag. Het Hof stelde vast dat de invulling van het recht op leven diende te geschieden aan de hand van Straatsburgse maatstaven, en niet naar de maatstaven zoals die zouden zijn toegepast door een rechter in de voormalige DDR. Met de vaststelling, dat het recht op leven in de DDR gold zoals dat geldt in ‘beschaafde naties’, kon het Hof de veroordeling van de soldaat door het Federale Constitutionele Hof toetsen aan de vereisten van legaliteit ex Art. 7 EVRM.

Constitution of the GDR itself. Article 89 par. 3 of the Constitution provided: “Legal rules shall not contradict the Constitution”; Article 19 par. 2 provided: “Respect for and protection of the dignity and liberty of the person are required of all State bodies, all forces in society and every citizen”; lastly, Article 30 paras. 1 and 2 provided: “The person and liberty of every citizen of the German Democratic Republic are inviolable” [...], zie overweging 56 in *K.-H. W. t. Duitsland*.

¹³⁶ *K.-H. W. t. Duitsland*, par. 96.

¹³⁷ De casus werd door het Hof echter niet beoordeeld onder Art. 7 lid 2 EVRM (*K.-H. W. t. Duitsland*, par. 114). De wijze van rechtsvinding doet echter wel sterk denken aan toepassing van Art. 7 lid 2.

Daarnaast beoordeelde het Hof eveneens de aansprakelijkheid van de individuele soldaat, die orders opvolgde van de staat. Bij die beoordeling nam het Hof het internationaalrechtelijke recht op leven tot uitgangspunt en oordeelde, dat zelfs waar een gehoorzaamheidsplicht bestaat ter zake van statelijke orders, een soldaat niet of niet geheel vrij te pleiten is van zijn eigen verantwoordelijkheid. Hij kon of had kunnen weten dat het neerschieten van ongewapende vluchtelingen in flagrante strijd was met de nationaalrechtelijke en internationaalrechtelijke normen. Hiermee beoordeelde het Hof de voorzienbaarheid van de straf; in dit opzicht was Art. 7 EVRM evenmin geschonden.¹³⁸

Deze uitspraak duidt aan dat de interpretatiefase zeer beslissend was. Het recht op leven fungeerde hier als norm van hoger recht voor de beantwoording van de vraag, of DDR-recht kon worden geïnterpreteerd met die norm van hoger recht. Indien het recht op leven niet als richtinggevende norm was gehanteerd, had vaststelling van schending van het legaliteitsbeginsel ex Art. 7 EVRM eerder voor de hand gelegen. De *dissentings* en *concurrings* in het Hof ageerden over het algemeen tegen de mate van verantwoordelijkheid van de soldaat voor zijn daad binnen het bewakingssysteem. Een *dissenter* was kritisch over de door het Hof gegeven interpretatie van het recht op leven:

‘According to the dominant ideology at the time in the GDR, and to the world view and outlook on life which prevailed there, the applicant’s action, though regrettable, as I must reiterate, was regarded not as a crime but as a praiseworthy deed’.¹³⁹

Deze rechter pleitte voor de meer objectief-historische benadering van het recht. De loop der dingen in deze zaak zou daarvoor kunnen pleiten: de soldaat was destijds voor zijn handelen beloond; hij kreeg een bonus voor zijn actie en werd gelauwerd met een onderscheiding.¹⁴⁰ Indien een objectief-historische interpretatiemethode was gevolgd, was de beslissing voor wat betreft de legaliteit van de straf waarschijnlijk anders uitgevallen. Of dit correct zou zijn geweest in het licht van het positieve recht valt te bezien: het Hof heeft zijn invulling van de norm van hoger recht juist de indruk willen geven, dat het oordeelde aan de hand van de normen die destijds ook al golden. De vraag rijst dan, of in de objectief-historische benadering de invulling van het recht op leven van de toenmalige DDR-rechtsorde had moeten worden gevolgd, of die van de destijds kennelijk al geldende normen van internationaal recht. Bepleit kan worden, dat de regeling zoals die destijds binnen de DDR-rechtsorde gold, ook al in strijd was met de geldende normen van internationaal recht.

Het Hof beoordeelde eveneens aanspraken van personen die participeerden in de besluitvorming op het gebied van de grenspolitiek, en hield dezelfde redeneerwijze aan ter zake van de invulling van het recht op leven.¹⁴¹ Zij waren volgens het Hof, gezien

138 Klager was door de Duitse rechter veroordeeld tot één jaar gevangenisstraf. Belangrijke aanleiding voor de strafverlaging was het feit dat klager bevelen moest opvolgen. Dat pleitte hem echter niet geheel vrij van zijn verantwoordelijkheid. In casu werden de zogenoemde ‘Radbruch’sche Formel’ toegepast (zie ‘natuurrechtsleer’ in par. 4.7.2).

139 *Dissenting* van rechter Barreto bij *K-H. W t. Duitsland*.

140 *K-H. W t. Duitsland*, par. 17.

141 *Streletz, Kessler en Krenz t. Duitsland*, EHRM 22 maart 2001, nrs. 34044/96, 35532/97 en 44801/98.

hun verantwoordelijke positie, echter goed op de hoogte van de rechten van het individu in internationaalrechtelijk verband en konden zich mitsdien niet beroepen op een niet-weten. In de uitspraken over de reikwijdte van Art. 7 gaf het Hof invulling aan de materiële eis van legaliteit en voorzienbaarheid van een wet. De invulling van die maatstaf vond plaats aan de hand van normen van hoger recht: in *C.R. t. Verenigd Koninkrijk* het rechtsbeginsel van menselijke waardigheid, dat ten grondslag ligt aan de gehele Conventie, in *K.-H. W. t. Duitsland* het rechtsbeginsel van het recht op leven zoals dat geldt in het rechtsbewustzijn in beschaafde naties. De vraag in welke mate de rechter een ongeschreven strafrechtsregel 'vindt', lijkt in deze uitspraken in zoverre van belang, dat het Hof zijn best doet de schijn te vermijden dat het op creatieve wijze aan het interpreteren is door aan te knopen bij beginselen, die het plaatst in het kader van de algehele Conventie of in het kader van internationaal recht. Het Hof laat zich uit over de constitutionele normenhierarchie voor zover dat noodzakelijk is voor de waardering van de in het geding zijnde rechten en verplichtingen.

8.4 Bevindingen

Voordat het Hof te Straatsburg kan worden verzocht om een uitspraak, dient de klager eerst de nationale rechtsgangen te hebben uitgeput. In bijna alle zaken deden de klagers een beroep op Art. 8 EVRM, meer specifiek op het recht op privé-leven. Er deed zich in een aantal gevallen een bijzonderheid voor; in *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk* leek er bijvoorbeeld sprake van een abstracte toetsing door het Hof. Er was namelijk nog geen sprake van vervulling van het slachtoffervereiste. Het Hof interpreteerde dat vereiste echter op rekkelijke wijze.¹⁴² *Guerra t. Italië* arriveerde niet bij het Hof onder Art. 8, maar onder Art. 10 EVRM. De daarin geponeerde aanspraak op een recht op essentiële informatie van de overheid over de leefomgeving werd door het Hof op eigen initiatief onder Art. 8, in het bijzonder het recht op privé-leven en gezinsleven, beschouwd. Uitzonderingen ter zake van de aanspraken op Art. 8 zijn de zaken *C.R. t. Verenigd Koninkrijk* en *K.-H. W. t. Duitsland*; in deze zaken werd de klacht geformuleerd onder het legaliteitsbeginsel ex Art. 7 EVRM. Deze uitspraken zijn, hoewel ze niet gaan over interpretatie van het begrip privé-leven toch betrokken in de beschouwingen omdat het Hof in deze zaken een rechtsnorm heeft erkend, dat niet is gestipuleerd in het verdrag (*C.R. t. Verenigd Koninkrijk*) of dat vanwege tijdverloop niet van toepassing was op het feitencomplex (*K.-H. W. t. Duitsland*). In dat opzicht onderscheiden de te interpreteren rechtsnormen in deze zaken zich van de rechtspraak ter zake van het recht op privé-leven: dat is wel neergelegd – in bewoordingen, niet in precieze

¹⁴² In *Klass t. Duitsland* had het Hof gesteld dat het geen abstracte toetsing zal uitvoeren (*Klass t. Duitsland*, EHRM 6 september 1978, Serie A vol. 28, par. 33). In *Marckx t. België* werd vervolgens een soort 'uitzonderingsregel' op deze algemene regel geconstrueerd: 'Article 25 of the Convention entitles individuals to contend that a law violates their rights by itself, in the absence of an individual measure of implementation, if they run the risk of being directly affected by it' (*Marckx t. België*, EHRM 13 juni 1979, Serie A vol. 31, par. 27). In de kwestie in *Dudgeon* was niet sprake van een constante onwettigheid van de handelingen; de wet werd immers niet toegepast. Het Hof achtte echter de mogelijke effectieve criminalisering voldoende grond om slachtofferschap aan te nemen.

strekking – in het verdrag. Verder werd een aantal aanspraken aangebracht onder een recht op onschendbaarheid van de woning.¹⁴³ Later werd een aantal feitencomplexen – *Guerra t. Italië* en *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk* – onder het recht op privé-leven gekwalificeerd, terwijl de kwalificatie, gezien een aantal precedents, onder onschendbaarheid van de woning voor de hand had gelegen.¹⁴⁴ Privé-leven bood het Hof in die zaken echter een ruimer beoordelingskader dan onschendbaarheid van de woning of recht op gezinsleven. Het Hof wijzigde de aanspraak op dat punt zelfstandig.¹⁴⁵

Het karakter van de klachten varieerde – in verschillende zaken werd geklaagd over afwezigheid van wetgeving, terwijl in een ongeveer gelijk aantal werd geklaagd over bestaande wetgeving die strijdig zou zijn met het EVRM. Opvallend maar ook vanzelfsprekend is de afwezigheid van horizontale conflicten. Het Hof beoordeelt schendingen van het verdrag door staten, niet door andere individuen. Toch kan het Hof indirect wel iets zeggen over horizontale verhoudingen, namelijk via de positieve verplichtingen die een staat heeft ter zake van het recht op privé-leven. Een staat dient voldoende te waken over de aspecten van het privé-leven van het individu; andere individuen kunnen daar, indien er niet voldoende waarborgen bestaan, heel wel inbreuken op maken. Aan de staat is het om daar een einde aan te maken. Sommige zaken, zoals bijvoorbeeld *Airey t. Verenigd Koninkrijk*, *X en Y t. Nederland*, *Gaskin t. Verenigd Koninkrijk* en *Mikulic t. Kroatië* leken horizontale aspecten in zich te dragen. Het Hof beoordeelde deze zaken via de positieve verplichtingen.

8.4.1 Ontwikkeling van de grondslag voor de normen van hoger recht

Het recht op privé-leven bleek aanzienlijke ruimte te bieden als aanknopingspunt voor de positivering van afgeleide individuele rechten. De eerste expliciete aanwijzing in de rechtspraak van het Hof, voor de extensieve interpretatie van het begrip ‘privé-leven’ is te vinden in *Airey t. Ierland* in 1979. Een motivering voor de extensieve lezing ontbrak, maar dat verhinderde niet dat die uitspraak naderhand een belangrijke aanleiding vormde voor de vestiging van veel meer positieve verplichtingen onder het recht op privé-leven.¹⁴⁶ De ontwikkeling van het begrip positieve verplichtingen onder het recht op privé-leven kwam niet onmiddellijk na *Airey* op gang; ruim vijf jaren later vestigde het Hof een nieuwe positieve verplichting in *X en Y t. Nederland*.¹⁴⁷ De positieve ver-

143 *Powell en Rayner t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 februari 1990, Serie A vol. 172 en *Lopez Ostra t. Spanje*, EHRM 9 december 1994, Serie A vol. 303-C, JB 1995/67.

144 *Lopez Ostra t. Spanje*, EHRM 9 december 1994, Serie A vol. 303-C (stank van leerlooierij) en *Buckley t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 september 1996 (feitencomplex zeer vergelijkbaar met *Jane Smith's* feitencomplex). *Guerra t. Italië*, EHRM 19 februari 1998, JB 1998/49 en *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 januari 2001, EHRC 2001/19.

145 In *Guerra t. Italië* verliep dat niet zonder problemen; de staat achtte het Hof hiertoe niet bevoegd. Zie par. 8.3.6.

146 Strikt formeel geredeneerd werd in *Airey t. Ierland* de positieve verplichting opgehangen aan Art. 6 EVRM.

147 Andere zaken waarin het Hof nieuwe rechten positiverde uit de positieve verplichtingen in het kader van het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM: onder meer *X en Y t. Nederland*; *Rees, t. Verenigd Koninkrijk*; *Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*; *Powell en Rayner t. Verenigd Koninkrijk*; *Cossey t. Verenigd*

plichtingen en de rechten die daaruit voortvloeien hebben ook tot gevolg gehad, dat niet alleen verticale, maar ook horizontale geschillen tot de jurisdictie van het Hof konden worden gerekend. Voorafgaand aan *Airey* had het Hof in *Marckx t. België* al aangegeven, dat het verdrag niet alleen een onthoudingsplicht stipuleert maar ook, wil een effectief respect voor het gezinsleven kunnen worden gegarandeerd, positieve verplichtingen.

Een belangrijk sleutelbegrip voor de hypothese van het bestaan van positieve verplichtingen is het effectiviteitsbeginsel. Het recht op privé-leven in Art. 8 EVRM is in beginsel geredigeerd als onthoudingsplicht. In rechtspraak voorafgaand aan *Airey* had vooral ook de Commissie al een ruimere uitleg aan het recht op privé-leven gegeven. Het Hof duidde in *Airey* aan dat de rechten in het verdrag niet illusoir dienen te zijn, maar ook werkelijk – effectieve – bescherming aan het individu moeten kunnen bieden. Het beginsel van de effectieve bescherming verleende aan de uitleg van verdragsrechten een ongekennde dynamiek. Omdat de consequenties die uit de eis van effectiviteit voortvloeien nog nader moeten worden geconcretiseerd, bestaat in dit verband een zekere beoordelingsruimte voor het Hof ten aanzien van de reikwijdte van het recht dat aan de orde is het concrete geschil. Samen vormen positieve verplichtingen en het effectiviteitsbeginsel twee interpretatiemechanismen, die het mogelijk maken om aan het betreffende recht een variabele betekenis toe te kennen – afhankelijk van het concrete geschil dat voor de rechter ligt. De aard van de individuele aanspraak en het individu zijn bijvoorbeeld factoren, die van invloed zijn op de vaststelling van de reikwijdte van het recht. 's Hofs afbakening van verschillende sferen, zoals in *Niemietz* weergegeven, wijst op deze benadering.

Niemietz t. Duitsland bleek een belangwekkende uitspraak voor de vestiging van de grondslag voor een extensieve interpretatie van het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM. Het recht op het vestigen en onderhouden van relaties vloeit voort uit het recht op privé-leven. Dat bleek naderhand een aanknopingspunt te bieden voor de erkenning van aanspraken die op het eerste gezicht niet onder Art. 8 te kwalificeren waren. *Niemietz* werd daarbij consequent aangehaald als uitgangspunt voor de extensieve lezing van het recht op privé-leven. De uitspraak is van belang voor de extensieve interpretatie omdat het Hof in deze uitspraak expliciet aangaf, het begrip 'privé-leven' niet te willen beperken tot een Angelsaksische notie van privé-leven waarin de nadruk ligt op geheimhouding van persoonlijke informatie en de mogelijkheid van het individu te kiezen voor afzondering.¹⁴⁸ De jurisprudentie laat echter zien dat het Hof, en dat geldt voor enkele ontvankelijkheidsbeslissingen van de Commissie, ruim vóór *Niemietz* deze opvatting ter zake van het privé-leven al eerder was toegedaan. In de recente uitspraak over het recht op hulp bij zelfdoding gaf het Hof een overzicht van de stand van zaken in de jurisprudentie. Het Hof stelde dat het recht op respect voor menselijke waardigheid en menselijke vrijheid, alsmede een notie van persoonlijke autonomie ten grondslag liggen aan de rechten van het EVRM. Het erkende expliciet dat daarmee een norm

Koninkrijk en Burghartz t. Zwitserland.

¹⁴⁸ Harris, O'Boyle en Warbrick 1995, p. 305-6.

van hoger recht op zelfbeschikking aan de basis ligt van de rechten in het EVRM. Dat leidde het Hof af uit de positiveringen die vooraf zijn gegaan aan *Pretty*: het laat op fraaie wijze zien hoe het Hof uit een inductieve benadering van reeds gepositiverde aanspraken een dergelijk rechtsbeginsel afleidt.

De onderzochte rechtspraak ter zake van het legaliteitsbeginsel heeft geleid tot positivering van nieuwe noties die leiden tot concretisering en uiteindelijk staten binden en kunnen leiden tot een inperking van individuele aanspraken op grondrechten. Om te kunnen komen tot een beoordeling van de toelaatbare terugwerkende kracht van rechtsnormen, betrof het Hof materiële normen in zijn beschouwingen, die tot dusverre niet in het verdrag zijn opgenomen. Uit normen van hoger recht kunnen eveneens verplichtingen voortvloeien voor staten en hun burgers voortvloeiende, ook al hebben de staten de relevante verdragen waarin het recht op leven is vastgelegd, niet geratificeerd. In beide zaken positiverde het Hof overigens niet de individuele aanspraken zoals die door de klagers aan het Hof waren voorgelegd; zij beriepen zich op Art. 7 EVRM. De normen die het Hof formuleerde uit de normen van hoger recht van menselijke waardigheid en uit het recht op leven keerden zich namelijk als het ware 'tegen' de klagers.

8.4.2 *Het recht op persoonlijkheid: concretisering*

Het Hof heeft tot dusverre nooit een limitatieve opsomming willen geven van de positieve verplichtingen die voortvloeien uit het begrip privé-leven ex Art. 8 EVRM.¹⁴⁹ Het Hof lijkt in dit verband koers te kiezen die casuïstisch georiënteerd is.¹⁵⁰ Dat houdt echter niet in dat er geen algemene uitspraken worden gedaan over de systematiek van de rechten in het verdrag of de normen van hoger recht. Het Hof lijkt met algemene opmerkingen over het systeem van het EVRM echter wel enigszins terughoudend om te springen; vooral wanneer het zich genoopt ziet om kwalificaties van aanspraken te motiveren kan het Hof soms genegen zijn om de erkenning van de aanspraak in een ruimer kader te plaatsen. In *Niemietz* en *Pretty* gaf het Hof blijk van meer algemene bespiegelingen over het systeem van de Conventie. Tot dusverre heeft het Hof bijna alle aanspraken erkend. De aanspraak van *Botta* bleek een uitzondering: die was te weinig bepaald om bij het recht op privé-leven te kunnen aanknopen.

Vanwege een recht om relaties te kunnen vestigen en te onderhouden werden naderhand andere aanspraken onder privé-leven erkend. Het recht op een naam, het recht de identiteit van de biologische vader te kennen vormden andere concretisering en uit die norm. Er lijkt vooral een rationalisatie van de gelding van de norm achteraf plaats te vinden. In *Pretty* werd een recht op zelfbeschikking erkend en een notie van persoonlijke autonomie. De uitspraak is van zo recente datum dat nog geen uitspraken over concretisering en daaruit kunnen worden gedaan. De andere aanspraken volgden niet uit een zichtbare constructie zoals dat het geval was in *Niemietz*. Het recht op geestelijke en fysieke integriteit vloeide voort uit 'fundamental values and essential aspects of

¹⁴⁹ Harris, O'Boyle en Warbrick 1995, p. 303; *Niemietz t. Duitsland*, par. 29.

¹⁵⁰ *Abdulaziz, Cabales en Balkandali*, EHRM 28 mei 1985, Serie A vol. 94, par. 67.

private life'; volgens rechter Martens vloaide het recht op erkenning van de geslachtelijke identiteit voort uit menselijke waardigheid en het recht op ontwikkeling van de persoonlijkheid¹⁵¹ en positivering van de culturele identiteit volgde volgens het Hof uit een aantal internationaalrechtelijke bronnen en vormde de grondslag voor de erkenning van de nomadische levensstijl van zigeuners. De kennis van de persoonlijke identiteit volgde uit een grondslag die niet nader te definiëren lijkt; het Hof gebruikte daar voor- namelijk een op retoriek en metaforen geschoede redenering. Milieubelangen lijken nu ook deel uit te gaan maken van het recht op privé-leven; de kwalificatie van dergelijke aanspraken volgde uit een constructie van het recht op privé-leven en recht op fysieke integriteit.

Het recht op privé-leven wordt door het Hof steeds extensief uitgelegd.¹⁵² Aspecten van bijvoorbeeld de identiteit van een individu en het daarmee verbonden recht op respectvolle bejegening vallen onder privé-leven. Daartoe nodigt de formulering van Art. 8 EVRM ook enigszins uit: de aspecten die onder het meer 'traditionele', Angelsaksische begrip van privé-leven vallen, worden benoemd als aparte categorieën van het privé-leven. Het Hof heeft niet expliciet geuit, hoe het de verschillende rechten in Art. 8 ten opzichte van elkaar positioneert; het begrip privé-leven is niet perse een overkoepelend recht waaruit de andere rechten deelaspecten vormen, maar de wijze waarop het Hof de specifieke rechten uit Art. 8 hanteert sterkt dat vermoeden echter wel. Het Hof bezigt een enigszins pragmatische benadering; in *Marckx t. België* sprak het Hof nog van een 'inbreuk op het privé- en gezinsleven'.¹⁵³ In *Jane Smith* maakte het Hof later echter wel een onderscheid tussen woning en privé-leven: het privé-leven kon meer omvatten dan het recht op onschendbaarheid van de woning. Privé-leven is evenmin een statisch begrip; de mogelijkheid van een evolutieve benadering van verdragsrechten is in de jurisprudentie een aantal keren expliciet geuit door het Hof.¹⁵⁴ Wanneer een dynamisch-evolutieve lezing van het recht op privé-leven wordt gebruikt, lijkt het Hof naar een consensus over de uitleg van dat recht op zoek te gaan.¹⁵⁵

In 's Hof's rechtspraak is de interpretatiefase, waarin wordt besloten de individuele aanspraak wel of niet te beoordelen onder het recht op privé-leven, in beginsel steeds te onderscheiden van de toetsingsfase. In de gevallen waarin het Hof een feitencomplex beoordeelde, dat zich op het eerste gezicht niet direct leek te lenen voor kwalificatie onder privé-leven, werd relatief veel ruimte besteed aan de rechtvaardiging van die kwalificatie. Daarnaast vond in sommige gevallen nog een nadere precisering van de aanspraak in de toetsingsfase plaats. In *Gaskin* was de individuele aanspraak in de interpretatiefase erkend, maar in de toetsingsfase vond nadere afbakening plaats in verband met de noodzakelijke belangenafweging tussen de aanspraak van Gaskin en de rechten van zijn pleegouders. Opvallend is dat het Hof steeds bereid is individuele

¹⁵¹ Het Hof volgde dit standpunt niet, zie par. 8.3.2.

¹⁵² Zie ook *Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 maart 1993, Serie A vol. 247-C, par 36.

¹⁵³ *Marckx t. België*, par. 30.

¹⁵⁴ *Marckx t. België*, par. 41 en 48.

¹⁵⁵ Zie bijvoorbeeld de reeks over de erkenning van de geslachtelijke identiteit van transseksuelen.

aanspraken te erkennen; met de honorering van die aanspraken is het echter minder scheutig. Dat hangt tot op zekere hoogte samen met twee zaken. Allereerst is er de samenhang met het mandaat op het terrein van fundamentele rechten: het Hof hanteert de benadering ten faveure van de individuele rechtsbescherming. De 'margin of appreciation' waarmee het Hof tegemoet kan komen aan de constitutionele verhouding tussen het Hof en de nationale autoriteiten bevindt zich echter in de toetsingsfase.

8.4.3 *De analoge redenering*

Het Hof hanteerde in de onderzochte rechtspraak steeds een wetsanalogie. Dat lijkt voor de hand te liggen, omdat de open formulering van het recht op privé-leven ex Art. 8 het Hof de gelegenheid biedt voor erkenning van uiteenlopende aanspraken. Hierbij dient evenwel te worden aangetekend dat het Hof aan het recht op privé-leven eveneens een enge uitleg had kunnen geven. Het Hof benadert de rechten in de Conventie, afgaand op de onderzochte zaken, in contextuele zin en niet als een lijst specifieke rechten. Wanneer extensieve interpretatie – afgaand op de formulering en de bedoeling van de verdragswetgever – zeer wel mogelijk was, zag het Hof zich soms genoodzaakt om de extensieve lezing van Art. 8 kracht bij te zetten met argumenten ontleend aan de normen van hoger recht. De analogie biedt hiertoe zoals de rechtspraak laat zien, mogelijkheden.

Er is een aantal heldere analogieën gevonden in de rechtspraak van het Hof. Voor de rechtvaardiging van het bestaan van de norm van hoger recht werd steeds naar de eigen rechtspraak verwezen. Dat ligt voor de hand: ook het Hof hecht in het algemeen grote waarde aan precedentenwerking van zijn uitspraken.¹⁵⁶ De feitencomplexen van de aangehaalde jurisprudentie en van het voorliggende geschil behoeften niet overeen te stemmen om tot vaststelling van een norm van hoger recht te kunnen komen. Overeenstemming van de individuele aanspraken lijkt belangrijker te zijn. De vergelijkbaarheid werd in sommige gevallen niet nader gemotiveerd, hetgeen leidde in een enkel geval tot grote onvrede onder *dissenters*. Het Hof lijkt er bij summierië motivering vanuit te gaan dat het forum als vanzelfsprekend de door het Hof opgebouwde redenering volgt, en dat alternatieve benaderingen van de individuele aanspraak niet voor de hand liggen. In sommige gevallen werd de redenering met dat doel kracht bijgezet met behulp van metaforen en retorische formuleringen, waardoor de door het Hof gekozen benadering de enige correcte lijkt. Tot op zekere hoogte kan dat te maken hebben met een kwetsbaarheid die verbonden is aan positivering van individuele aanspraken als geldend recht: de rechter voegt een nieuwe uitleg toe, hetgeen zou kunnen duiden op een activistische benadering. Het gaat bij de analogie steeds om de legitimatie van de norm van hoger recht ter zake waarvan de verdragswetgever geen expliciete regels heeft vastgelegd. Niet motiveren maakt het Hof eveneens kwetsbaar. Een juridische motivering gebaseerd op erkende rechtsnormen of op preceden ten die concreet aanknopen bij het voorliggende geschil is niet steeds mogelijk. De afwezigheid van deze motivering

¹⁵⁶ Schokkenbroek 2000, p. 5.

wordt tot op zekere hoogte gecompenseerd met retoriek en metaforen. Vraag is, in welke mate de argumenten overtuigen.

Een uitgesproken voorkeur voor een concrete vergelijkingsmaatstaf is niet aangetroffen in de onderzochte rechtspraak, afgezien van de *dissenting* van rechter Matscher bij *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk* en die van rechter Kerr in *Hatton t. Verenigd Koninkrijk*.¹⁵⁷ Hij pleitte voor een specifieke benadering, die tot gevolg zou hebben gehad dat *Lopez Ostra* en *Hatton* onderscheidenlijk beoordeeld zouden zijn op het punt van het gewicht van de economische belangen. De toepassing van abstracte normen van hoger recht leidde steeds tot de erkenning van de aanspraken. Kortom: het Straatsburgse Hof is ruimhartig met de erkenning van individuele aanspraken, die via wetsanaloge redeneringen worden gelegitimeerd. De ruimhartigheid in de erkenningen kan echter worden gerelativeerd in de toetsingsfase: in die fase zijn verschillende mechanismen aan te wijzen waarin het Hof kan inspelen op de constitutionele verhouding tussen Hof en nationale autoriteiten.¹⁵⁸ Met name de beoordelingsmarge is in dit verband van belang. Het mandaat zoals neergelegd in het verdrag en de rechterlijke uitwerking ervan in de jurisprudentie laat de aanwezigheid van een aantal verschuifbare maatstaven zien die ertoe leiden uit erkenning van een aanspraak niet tevens een honorering volgt. Daarmee is niet gezegd dat het erkende maar niet gehonoreerde recht geen rechtsgeldigheid bezit. Herhaling van erkenning van normen zonder honorering, zoals in *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, kan op den duur onder invloed van veranderende opvattingen wel leiden tot gelding in het recht. Het recht op hulp bij zelfdoding is niet erkend als geldend recht, maar wel kan worden gesteld dat het is gepositieerd in de jurisprudentie van het Hof. Het is echter niet precies helder, welke de juridische status is: over de 'gelding' van het recht kunnen geen zekere uitspraken worden gedaan. De onzekerheid over de juridische status bestaat ook ten aanzien van het recht op zelfbeschikking zoals in *Pretty* gepositieerd. De gelding en de afdwingbaarheid staan allerm minst vast. Daarmee is de voorspelbaarheid voor het rechtszoekende individu niet direct gediend; het lijkt hier niet om rechtens afdwingbare normen te gaan.

8.4.4 Terminologie

Het Hof is niet steeds eenduidig in de terminologie die wordt gehanteerd in de wetsanalogie. Het niet hanteren van eenduidige termen in het proces van de rechtsvin-ding is één van de aspecten die dat proces minder transparant maken. Het achterwege laten van de motivering waarom zaken vergelijkbaar zijn vanuit het gezichtspunt van de norm van hoger recht zijn daar mede debet aan. Het Hof spreekt niet altijd even consequent van 'rechten' die worden geconcretiseerd vanuit een norm van hoger recht.¹⁵⁹ Ter zake van de toepassing lijkt er tot dusverre niet echt sprake van grote inconsis-

157 Zie par. 8.3.6.

158 In vergelijkbare zin Wiarda 1986.

159 De norm van hoger recht wordt niet in die termen aangeduid. In *Pretty* sprak het Hof achtereenvolgens over een 'recht' op zelfbeschikking, over een 'notie' van persoonlijke autonomie dat als één van de vooraanstaande beginselen ten grondslag ligt aan de uitleg van de waarborgen in het verdrag, en over een 'essentie' van menselijke waardigheid.

tenties, maar dat hangt tot op zekere hoogte ook samen met het feit dat het Hof de karakterisering van de normen in het algemeen vaag houdt. Dat kan soms handig uitkomen: rechtsnormen die eerst in de toepassing als rechtsregel door het leven gaan, kunnen wanneer dat aangewezen lijkt worden getransformeerd tot rechtsbeginsel.¹⁶⁰ Uit een rechtsbeginsel liggen nadere concretiseringën eerder voor de hand dan uit een rechtsregel.

¹⁶⁰ Zoals bijvoorbeeld in *Niemietz*: daar werd het recht op privé-leven, dat in beginsel wordt aangemerkt als een rechtsregel, gehanteerd als een rechtsbeginsel waaruit naast de benoemde concretisering ook andere, nog niet benoemde concretiseringën kunnen voortvloeien.

Hoofdstuk 9

Analoge rechtsvinding in de jurisprudentie van de Hoge Raad

9.1 Inleiding

Grondrechten uit de grondwet kunnen vanwege het toetsingsverbod geen uitkomst bieden wanneer een wet in formele zin strijdig wordt geacht met een bepaling uit de grondwet. In dergelijke gevallen wordt in het algemeen, indien mogelijk, steeds aangeknoopt bij een eenieder verbindende verdragsbepaling. In de regel worden het EVRM en het IVBPR ingeroepen; in verband met aanspraken op het recht op persoonlijkheid vormt Art. 8 EVRM het belangrijkste aanknopingspunt. In een aantal gevallen werd de grondrechtelijke aanspraak ingekleed in één van de civielrechtelijke open normen; deze figuur deed zich met name voor wanneer sprake was van een horizontale verhouding. Hiertoe lenen zich verschillende civielrechtelijke bepalingen, zoals bijvoorbeeld de onrechtmatige daad ex Art. 6:162 BW. Grondrechten werken in deze aanspraken indirect door, omdat zij invulling geven aan de open privaatrechtelijke norm.

De Hoge Raad heeft aan grondrechten die gerelateerd zijn aan een recht op persoonlijkheid zowel via aanspraken op de grondwet als via civielrechtelijke bepalingen uitwerking gegeven. Het onderscheid tussen directe en indirecte aanspraken op grondrechten wordt gehandhaafd bij het bespreken van de jurisprudentie. Grondrechten hebben in verticale verhoudingen onverkorte gelding. In horizontale verhoudingen gelden echter andere toepassingsregels, met name wat de beperkingsmechanismen en de rechtvaardiging van een eventuele inbreuk op het grondrecht betreft.¹ Indien de grondwet de in verticale verhoudingen toe te passen beperkingsmechanismen heeft omschreven, zal de rechter in een horizontale verhouding moeten nagaan in welke mate deze mechanismen zijn toe te passen in een conflict tussen individuen. De rechter zal in deze categorie conflicten een belangenafweging hanteren, om te komen tot oplossing van het geschil. Voor de juiste belangenafweging zijn in de grondwet in beginsel geen op horizontale conflicten toegesneden maatstaven vastgelegd. De rechter zal in dat horizontale verband zelf moeten komen tot een vaststelling van de omvang van de door het individu ingeroepen belangen. De te onderzoeken uitspraken centreren zich bijna allemaal rond Artt. 10 en 11 Grondwet en Art. 8 EVRM. Enkele uitspraken, die op andere grondwets- of verdragsartikelen betrekking hebben, zullen aan de orde komen voor zover zij interessante gezichtspunten opleveren voor de analogie en het vaststellen van de reikwijdte van grondrechtelijke bepalingen.

1 Zie hierover Verhey 1992.

9.2 Ontwikkeling van het recht op persoonlijkheid met analoge redeneringen

9.2.1 *Het recht op fysieke integriteit*

In het *Fluorideringsarrest*² (1973) was Hoge Raad de mening toegedaan, dat voor een regeling van de gemeente Amsterdam – toevoeging van fluor aan het drinkwater – geen formeelwettelijke grondslag bestond.³ De Waterleidingwet stipuleert in Art. 4 dat de leverancier een verplichting heeft, deugdelijk drinkwater te leveren. De bedoeling van de fluoridering was nu om de gezondheid van de consument te bevorderen. Art. 4 Waterleidingwet sloot wat strekking betreft niet perse het voorstel van de gemeente Amsterdam uit: de verplichting tot levering van ‘deugdelijk’ zou ook ‘gezond’ drinkwater kunnen inhouden. Het begrip ‘deugdelijk drinkwater’ diende aldus te worden uitgelegd, om vervolgens vast te kunnen stellen of het voornemen van de gemeente een wettelijke grondslag ontbeerde. De Hoge Raad stelde in zijn uitspraak dat toevoeging van fluoride een zo ingrijpende maatregel is dat zij verboden is, tenzij deze bij formele wet wordt toegestaan.

Vraag was waardoor de ‘ingrijpendheid’ van de regeling nu werd veroorzaakt. De Hoge Raad liet dat niet expliciet blijken. Hij deed de zaak af op de monopoliepositie van het waterleidingbedrijf: de klagers hadden geen alternatief voor het verkrijgen van drinkwater. Niet werd uitgesproken waarom het bestaan van een alternatief voor het gefluorideerde drinkwater zo wezenlijk was.

Het privé-leven, meer specifiek het uitgangspunt van lichamelijke onschendbaarheid, speelt in de rechtsvinding in *Fluoridering* een niet zichtbare, maar waarschijnlijk wel doorslaggevende rol. De Hoge Raad achtte het niet noodzakelijk in te gaan op het casatiemiddel dat stelde dat de fluoridering in strijd is met Art. 8 EVRM.⁴ Het lijkt in de uitspraak echter wel ten grondslag te liggen aan de belangen waarop inbreuk werd gemaakt met de fluoridering. De betekenis van het recht op privé-leven in de kwestie van fluoridering van het drinkwater op basis van besluiten van gemeenten verkreeg wat meer diepte in een uitspraak van de Arnhemse Rechtbank. De aanspraak op fysieke integriteit bleek in de weg te staan aan de geldigheid van deze wet:

‘Boven dit alles uit stijgt echter het bezwaar [...] dat [...] inbreuk wordt gemaakt op het behoudens zeer bijzondere noodsituaties, die echter thans niet aanwezig zijn, aan ieder mens toekomende recht en voorbehouden vrijheid om zelf te beslissen of hij al dan niet een geneesmiddel, ook indien de hem behandelende arts hem dat voorschrijft, zal innemen en of zich al dan niet aan een door hem behandelde arts noodzakelijk geachte of aangeraden fysieke ingreep zal onderwerpen’.⁵

2 HR 22 juni 1973, NJ 1973/386.

3 Zie voor een uitgebreide beschouwing over dit arrest Leijten 1975, p. 289-315.

4 De aanspraak van de klagers luidde dat het verschaffen van gefluorideerd drinkwater onder de gegeven omstandigheden (er was geen alternatief om niet-gefluorideerd drinkwater te verkrijgen) een inbreuk op de uitoefening van de rechten, toegekend in Art. 8 EVRM (zie de grief onder punt 1 d in HR 22 juni 1973, NJ 1973/386).

5 Rb. Arnhem 18 december 1973, NJ 1974/64.

De rechtbank motiveerde de grondslag van de individuele aanspraak ietwat uitgebreider dan van de Hoge Raad eerder had gedaan. Voor de rechtsvinding van de Rechtbank zijn wel aanknopingspunten in de jurisprudentie te vinden, maar het is gissen of die overwegingen ten grondslag lagen aan de rechtsvinding van de Rechtbank.⁶ Verschillende commentatoren zagen in de uitspraak van de Hoge Raad de aanleiding aan te nemen dat er een grondrecht op fysieke integriteit bestaat, ook al was die destijds nog niet opgenomen in de grondwet.⁷ Het *Fluorideringsarrest* is naderhand een belangrijke aanleiding geweest het recht op lichamelijke onschendbaarheid in de grondwet op te nemen bij de herziening van de grondwet.⁸ Vraag is of ter zake van de uitspraak van de Arnhemse rechtbank gesproken zou kunnen worden van een rechtsanalogie. In een rechtsanaloge redenering is een eventueel toepasselijke wettelijke grondslag afwezig, maar deze kan soms worden geconstrueerd aan de hand van één of meer argumenten ontleend aan jurisprudentie of rechtsnormen. Het recht op lichamelijke onschendbaarheid, zo zou kunnen worden gesteld, fungeerde in dit verband als norm van hoger recht. Deze lijkt met name in de optiek van de Arnhemse rechter 'voelbaar' achter de geconstrueerde norm te functioneren, die het individu vrijwaart van medisch ingrijpen tegen diens wil. Van een analogie kan echter nauwelijks worden gesproken: noch de Hoge Raad noch de Rechtbank Arnhem vergeleek de aanspraak in het voorliggende geschil met aanspraken in de jurisprudentie of anderszins relevant vergelijkingsmateriaal.

9.2.2 Hulp bij zelfdoding

In drie belangwekkende uitspraken heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over hulp bij zelfdoding, maar is van een 'grondrechtelijke uitwerking' van dat recht – zoals aangetroffen in de Amerikaanse of Straatsburgse rechtspraak – nauwelijks sprake.⁹ In dat verband wordt hier onderzocht, waarom in de Nederlandse jurisprudentie in mindere mate sprake is van een vergelijkbaar *grondrechtelijk* debat over recht op hulp bij zelfdoding. In de eerste uitspraak (1985) werd aangevoerd dat materiële wederrechtelijkheid van hulp bij zelfdoding ontbrak op grond van de gedachte, dat de verdachte in die zaak het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt had willen eerbiedigen. Dat zelfbeschikkingsrecht bestond daaruit, dat aan het individu een recht toekomt op waardig sterven

6 Zo beschouwde de Hoge Raad het afnemen van bloed, bij gebreke van toestemming van de betrokkene, als een onrechtmatige aantasting van diens lichamelijke integriteit (HR 26 juni 1962, NJ 1962/470); in een andere zaak sprake de Hoge Raad uit dat een arts als regel niet gerechtigd is een patiënt een door hem niet gewenste behandeling te laten ondergaan (in die zaak betrof het een neurochirurgische ingreep bij een persoon die ter beschikking van de regering was gesteld, HR 14 juni 1974, NJ 1974/436). In die zaak werd niet expliciet gewezen op een recht op lichamelijke onschendbaarheid.

7 Leijten 1975, p. 310, Zwart 1985, p. 255 en Alkema 1996, p. 92.

8 Zwart 1985, p. 255 en Heringa en Zwart 1991, p. 60. Zie ook over de vraag of een bepaling over het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam in de grondwet zou moeten worden opgenomen TK 1978-1979, 15463, nrs. 1-2 en MvT bij het voorstel om een grondrecht op lichamelijke onschendbaarheid op te nemen, TK 1979-1980, 16086, nr. 3 (p. 5).

9 Met 'grondrechtelijke uitwerking' wordt hier bedoeld, dat in de rechtspraak is geoordeeld over de aanspraak op een recht op zelfdoding, bijvoorbeeld van een patiënt. In de Nederlandse discussie is een dergelijke aanspraak tot dusverre niet beoordeeld onder enig grondrecht of, voor zover relevant, verdragsrecht (zie HR 27 november 1984, NJ 1985/106, HR 21 oktober 1986, NJ 1987/607 en HR 21 juni 1994, NJ 1994/656).

en verlichting of beëindiging van zijn ondraaglijk lijden.¹⁰ De raadsman had in die zaak aandacht gevestigd op een recht op zelfbeschikking maar de Hoge Raad sloot de discussie over een verband met dat recht af:

‘Mede gelet op dit betoog van verdachtes raadsman moet worden aangenomen, dat het Hof [...] tot uitdrukking heeft willen brengen, dat verdachtes opvatting dat hij onder de gegeven omstandigheden gerechtigd was te voldoen aan de [...] vermelde twee normen – zijnde a. eerbiediging van het zelfbeschikkingsrecht en b. hulpverlening aan de mens in nood, het behoeden van diens waardigheid en het verlichten of beëindigen van zijn ondraaglijk lijden – niet kan worden beschouwd als een maatschappelijk zo algemeen als juist aanvaarde opvatting, dat op grond daarvan euthanasie [...] reeds op zich zelf rechtens toelaatbaar zou zijn en mitsdien van een strafbaar handelen als in art. 293 Sr omschreven geen sprake zou kunnen zijn’.

Er is volgens de rechter sprake van ‘normen’, hoewel niet duidelijk is of die gelijk te stellen zijn aan ‘rechtsnormen’. De Hoge Raad onderbouwde de afwezigheid van maatschappelijke consensus met een verwijzing naar het oordeel van het Hof, dat ‘onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd’ was – volgens de Hoge Raad. De overweging van het Hof hield evenmin een motivering in ter zake van de vraag wat het rechtskarakter was van de normen en afwezigheid van consensus daarover. Een ‘recht’ op zelfbeschikking of een ‘recht’ op hulp bij zelfdoding werden niet erkend. De Hoge Raad erkende de mogelijkheid dat de door de arts toegepaste hulp bij zelfdoding naar objectief medisch inzicht als een in noodtoestand verricht handelen gerechtvaardigd was te achten. Deze meer pragmatische constructie liet de vraag of het individu een recht op hulp bij zelfdoding toekomt, buiten beeld; een principiële grondrechtelijke discussie kon worden vermeden.¹¹ Dat hing tot op grote hoogte samen met de aard van de partijen en het kader waarin het geschil rees: in deze zaken werd niet door een individu een aanspraak gemaakt op het recht op euthanasie, maar werden artsen vervolgd wegens het inwilligen van de wens van hun patiënten en beriepen zich op ‘noodtoestand’. Het beroep op de noodtoestand houdt in dat men een strafbepaling, in casu Art. 293 Sr, mag overtreden – en het daardoor beschermde rechtsbelang opofferen – om een rechtsgoed dat van hoger orde is te redden of te bevorderen.¹² De eerste vraag in dit verband is, welke belangen in het geding zijn. In dit geval is dat het belang van de arts in ‘noodtoestand’ die vanuit een medisch-ethisch principe ‘goed wil doen’, en niet van een recht op zelfbeschikking van de patiënt. Vraag is dan op welke wijze de belangen – bescherming van het recht op leven en bescherming van de belangen van de arts – tegen elkaar worden afgewogen. De rechter liet er zich niet expliciet over uit.

In de zaak van 1986 beoordeelde de Hoge Raad de vraag of een psychisch lijden een grond kan zijn voor toelating van hulp bij zelfdoding; ook deze aanspraak werd positief beoordeeld binnen de voornoemde constructie van de noodtoestand.¹³ In de zaak *Chabot* tenslotte besloot de Hoge Raad dat bij het beëindigen van het leven van een

10 HR 27 november 1984, NJ 1985/106.

11 Bood 1998, p. 187.

12 *Opticienarrest*, HR 15 oktober 1923, NJ 1923, p. 1329.

13 HR 21 oktober 1986, NJ 1987/607.

psychiatrische patiënt een beroep op noodtoestand gerechtvaardigd kan zijn.¹⁴ Met de twee uitbreidingen na 1985 lijkt de door de Hoge Raad geconstrueerde noodtoestand, aldus enkele commentatoren, te kunnen leiden tot aanvaarding van een regel van een aanvaard recht op hulp bij zelfdoding, waarbij strafbaarheid in de huidige vorm niet langer past.¹⁵ Van een erkend recht op hulp bij zelfdoding kan echter niet worden gesproken; althans niet in de jurisprudentie.

Vraag in dit verband is – indien een ‘recht’ op hulp bij zelfdoding wenselijk of noodzakelijk zou zijn – of deze kwestie nu zou moeten worden geconstitutionaliseerd. Constitutionalisering van een kwestie houdt in dat zowel de achterliggende waarden die in het recht op zelfdoding tot uitdrukking komen als het recht zelf, een ‘constitutionele status’ verkrijgen.¹⁶ Wat kan van constitutionalisering worden verwacht? Indien wordt besloten tot het uit de strafrechtelijke sfeer halen van hulp bij zelfdoding zal daarvoor een rechtvaardiging moeten worden aangedragen.¹⁷ Die zou gelegen kunnen zijn in één van de grondrechten, bijvoorbeeld in het recht op lichamelijke onschendbaarheid. In beginsel is dat een keuze die aan de wetgever is, voor zover deze voelt voor een erkenning. Daarvan lijkt echter geen sprake te zijn.¹⁸ Deze expliciete afwijzing staat kennelijk niet in de weg aan de praktische consequenties die kleven aan de rechterlijke constructie met de noodtoestand: hierdoor wordt hulp bij zelfdoding een activiteit die, afhankelijk van de omstandigheden, niet langer strafbaar is. Het lijkt er hier op dat de politiek hier een primaat aan de rechter heeft gelaten in het ‘regelen’ van een moeilijke ethische kwestie waarover in de samenleving en in de politiek geen eenduidigheid bestaat.

De Hoge Raad zag tot dusverre geen aanleiding, de tot op heden gebruikte constructie met de noodtoestand terzijde te stellen. De fundamentele keuzes ter zake van een recht op hulp bij zelfdoding laat de Hoge Raad in beginsel over aan de wetgever. Die heeft tot dusverre de situatie gehandhaafd.¹⁹ Ondertussen klemmt de vraag of de Hoge Raad zich bij de beoordeling van deze materie nu terughoudend of juist activistisch heeft opgesteld ten opzichte van de wetgever. Er is via de constructie met de noodtoestand een opening gecreëerd voor een casuïstiek die heeft geleid tot vaste lijnen in de jurisprudentie die de wetgever moeilijk kan negeren: terugdraaien van de ontstane praktijk zou waarschijnlijk niet zonder meer worden aanvaard in de samenleving. Gesteld zou kunnen worden dat de Hoge Raad in dit verband aan rechtsontwikkeling heeft gewerkt via een ‘achteringang’ – in vergelijking met de benadering van de aanspraak op hulp bij zelfdoding door het Amerikaanse Hooggerechtshof of het Straatsburgse Hof.²⁰ Het niet

14 HR 21 juni 1994, NJ 1994/656.

15 Kelk 1997, p. 101.

16 Kritisch over het constitutionaliseren van rechten is Cliteur 2000, p. 20 e.v.

17 Zie voor decriminalisering van hulp bij zelfdoding Griffiths 1997, p. 619 e.v.

18 Zie par. 2.7.2.

19 Zie voor een bespreking van regeeringsstandpunten Kelk 1997, p. 103.

20 Zie voor een vergelijking van de rechtspraak omtrent euthanasie in de Verenigde Staten en Nederland Bood 1998, p. 177 e.v.

bezigen van een constitutionele benadering door de rechter lijkt tot op zekere hoogte te kunnen leiden tot het vermijden van een discussie over het al dan niet bestaan van een recht op zelfdoding en over de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever.²¹

Het gaat in de Nederlandse situatie dan ook niet, zoals in de Amerikaanse rechtspraak omtrent recht op hulp bij zelfdoding, om de vraag naar rechterlijke toetsing van wetgeving in formele zin, maar om gewone strafrechtelijke jurisdictie.²² Het niet hanteren van de 'constitutionele' variant van recht op hulp bij zelfdoding doet wellicht juist ruimte ontstaan voor rechtsontwikkeling op het terrein van dat recht. Het debat over de juiste rechterlijke taakopvattingen lijkt minder in de weg te staan aan voortschrijdende inzichten over hulp bij zelfdoding. Indien wetgeving voor rechterlijke toetsing wordt voorgelegd aan de rechter, verschuift de vraag van een recht op hulp bij zelfdoding al gauw naar de taakverdeling tussen rechter en (federale of statelijke) wetgever, vooral waar het gaat om zeer uiteenlopende inzichten over zulke ingewikkelde ethische kwesties. Terughoudendheid van de Amerikaanse rechter ter zake van erkenning van een autonomiebeginsel is verklaarbaar vanuit het perspectief dat het lastig is om via een dergelijk ruime rechtsnorm op casuïstische basis aan rechtsontwikkeling te bouwen. Nadere specificatie van de aanspraak zou noodzakelijk zijn, hetgeen duidt op een activistische opstelling van de rechter omdat erkenning tot nadere begrenzingen van het recht zou noodzaken. In de tweede plaats heeft een erkenning van een aanspraak direct tot gevolg dat alle statelijke wetgevers gebonden zijn; een enkele rechter geeft in dat verband de voorkeur aan het overlaten van rechtsontwikkeling door de statelijke wetgever.²³

9.2.3 *Verplichtingen van de werkgever jegens de werknemer*

In de sfeer van arbeidsrechtelijke verhoudingen heeft de Nederlandse rechter aanleiding gezien, privaatrechtelijke normen in te vullen aan de hand van constitutionele rechten, die fungeerden als beginselen in de privaatrechtelijke rechtsvinding. In een zaak over permanente controle van bedrijfsruimten door middel van een gesloten TV-camera-circuit oordeelde het Hof Den Bosch (1986), dat deze praktijk eveneens in strijd was met een constitutioneelrechtelijk uitgangspunt. Permanente bewaking via een gesloten TV-cameracircuit druist in tegen hetgeen 'uit een oogpunt van menselijke bejegening aanvaardbaar is'.²⁴ In casu werd gerefereerd aan één van de facetten van het recht op persoonlijkheid, hoewel dat niet werd geëxpliciteerd door het Hof:

- 21 Lensing 1997, p. 2011; Lensing stelt dat deze kwesties in de rechtspraak onderbelicht zijn gebleven, maar dat zij verborgen liggen achter noties als noodtoestand, medische ethiek en medische wetenschap.
- 22 Deze 'constitutionele' gevolgen van het debat over recht op hulp bij zelfdoding zijn in het Nederlandse debat niet naar voren gekomen. Er vond aldus geen interpretatie van grondwettelijke normen plaats; van analoog redeneren kan – op het terrein van grondrechten geen sprake zijn. Desalniettemin zijn deze uitspraken interessant in het licht van de ontwikkelingen in de rechtspraak van het Amerikaanse Hoogerechtshof en van het EHRM.
- 23 Rechter O'Connor verwoordde het als volgt: 'the [...] challenging task of crafting appropriate procedures for safeguarding [...] liberty interests is entrusted to the "laboratory" of the States', O'Connor, *concurring* bij *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).
- 24 Hof 's-Hertogenbosch, 2 juli 1986, NJ 1987/451.

‘De werknemers [...] die in de bedrijfsruimten werkzaam zijn worden door de aanwezigheid van camera’s bij voortdurend blootgesteld aan een mogelijk langdurige en gerichte observatie waarop zij [...] geen enkele invloed hebben. Naar het voorlopig oordeel van het hof blijft een dergelijke werksituatie [...] verre ten achter bij wat uit een oogpunt van normale menselijke bejegening aanvaardbaar is’.

Dat privé-leven lijkt hier als beginsel de invulling van Art. 1638z BW (oud) te inspireren. Hoewel niet expliciet geuit, behoort het recht op privé-leven tot de belangen van de werknemer, die de werkgever dient te respecteren. De rechter werkte de reikwijdte van dat recht niet verder uit. Wellicht werd er vanuit gegaan dat hier een constante en flagrante schending van dat recht voor de hand lag en dat nadere uitwerking niet noodzakelijk bleek. Er werd niet gerefereerd aan jurisprudentie die iets zegt over ‘hetgeen vanuit een oogpunt van normale menselijke bejegening aanvaardbaar is’, noch werd aansluiting gezocht een rechtsnorm die mogelijk hieraan ten grondslag zou liggen.²⁵

Er zijn echter zaken aan te wijzen waarin de rechter zijn rechtsvinding uitgebreider en aan de hand van een analogie motiveerde. De aanspraken bevinden zich niet op het terrein van het recht op persoonlijkheid maar op het terrein van het recht op gelijke behandeling. In de zaak *Agfa t. Schoolderman* (1994) vulde de Hoge Raad het begrip ‘goed werkgeverschap’ ex Art. 1638z BW (oud) in aan de hand van het gelijkheidsbeginsel ex Art. 1 grondwet.²⁶ Schoolderman werkte gedurende een aantal jaren op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die telkens werd verlengd. Soms werkte zij via een uitzendbureau, en soms in rechtstreekse dienst van de onderneming. Zij werkte praktisch voor de volledige werktijd, en verrichte dezelfde werkzaamheden voor Agfa als personeel dat in vaste dienst van Agfa was en op wier arbeidsverhouding Agfa-voorwaarden van toepassing waren. Klaagsters honorering voor de werkzaamheden was echter lager dan die van het vaste personeel. Op zich behoeft een verschil in salaris geen probleem op te leveren tegen de achtergrond van gelijke behandeling, maar in casu was een situatie ontstaan waarin de werkverhouding tussen klaagster en werkgever feitelijk niet meer verschilde van die van overig personeel bij dezelfde werkgever. Het gelijkheidsbeginsel werd hier gehanteerd – via 1638z (oud) BW en Art. 3:12 BW – als een norm van hoger recht die bij de beoordeling van goed werkgeverschap in aanmerking genomen dient te worden.²⁷

Het gebod tot gelijke behandeling ex Art. 1 grondwet werd via Art. 3:12 BW herleid tot een in het algemeen rechtsbewustzijn levend rechtsbeginsel dat nadere invulling geeft aan het begrip van goed werkgeverschap ex Art. 1638z BW (oud). Het gevolg was, dat het in beginsel in verticale verhoudingen geldende gebod van gelijke behandeling eveneens dicteert op welke wijze goed werkgeverschap wordt ingevuld in horizontale ver-

25 Vraag is waarom de gevolgde redenering niet zichtbaar wordt gemaakt. In casu was sprake van een beroep in kort geding, hetgeen in de praktijk niet altijd leidt tot uitgewerkte overwegingen. Dat rechtvaardigt echter niet het achterwege laten van motivering, althans niet wanneer het het doorslaggevende argument betreft.

26 *Agfa t. Schoolderman*, Hoge Raad 8 april 1994, NJCM-Bulletin 19-6 (1994).

27 *Agfa t. Schoolderman*, met name overweging 3.5.

houdingen. Hier werd een wetsanalogie voltrokken voor de invulling van een vage privaatrechtelijke norm uit het BW, waarbij de norm van hoger recht werd gevormd door het gelijkheidsbeginsel. Vergelijkingsmateriaal werd evenwel niet geput uit jurisprudentie met vergelijkbare individuele aanspraken of vergelijkbare toepassingen van de norm, maar uit het feitencomplex zelf: de feitelijke omstandigheden van werknemers in vaste dienst en die van de werknemster in tijdelijke dienst werden vergeleken. De rechter concludeerde dat omstandigheden de facto geen verschillende behandeling konden rechtvaardigen.²⁸ De norm van hoger recht had in dit verband een abstract karakter, maar er was sprake van een vergelijking op concreet niveau vanwege de vergelijking van feitencomplexen.

Een ander fraai voorbeeld van een wetsanalogie in een zaak over gelijke behandeling door werkgevers is te vinden in de Antilliaanse salarieringszaak (1995).²⁹ Hogere salariering van gehuwden is slechts geoorloofd indien daarvoor een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aangewezen, zo oordeelde Hoge Raad. Hoewel deze stelling voor de hand ligt, zag de rechter zich genooddaakt een expliciete rechtvaardiging te geven. A-G Koopmans reikte (gedeeltelijk) een mogelijk redeneerschema voor de kwalificatie van de aanspraken aan.³⁰ Het Hof was in beroep namelijk van oordeel dat een dergelijk onderscheid in het algemeen wel te rechtvaardigen was. De Hoge Raad knoopte echter aan bij Art. 26 IVBPR dat stipuleert dat discriminatie, op welke grond ook verboden is.³¹ In beginsel is deze verdragsbepaling eenieder verbindend in de Nederlandse rechtsorde.³² De opvatting van het Hof werd bestreden met een nadere invulling van Art. 26 IVBPR aan de hand van Art. 7 IVESCR inhoudende het recht op billijke en gunstige arbeidsvoorwaarden.

Art. 7 mist echter het karakter van eenieder verbindendheid³³, maar de Hoge Raad stelde daartegenover dat de doelstelling die achter Art. 7 schuilgaat – waarborg van een gelijke beloning voor gelijke arbeid – er één is die nagestreefd dient te worden. De wetsanalogie die hier ontstaat is dat de toepasselijke norm van Art. 26 IVBPR wordt ingevuld aan de hand van een beginselachtige notie die werd afgeleid uit Art. 7 IVESCR. De norm van Art. 7 IVESCR kon op zichzelf genomen geen toetsingsmaat-

28 Zie ook de Conclusie van A-G Koopmans, die de constructie van invulling van het begrip van goed werkgeverschap met een in het algemeen bewustzijn levend rechtsbeginsel van gelijke behandeling.

29 *Antilliaanse zaak*, HR 7 mei 1993, NJ 1993/259.

30 Conclusie van A-G Koopmans bij *Antilliaanse zaak*.

31 Art. 26 IVBPR luidt: 'Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status'.

32 De rechter zag zich gedwongen de aanspraak op gelijke behandeling onder dit verdragsartikel te kwalificeren, omdat een algemene gelijkheidsbepaling als Art. 1 Grondwet terzake van het discriminatieverbod ontbrak in de Staatsregeling voor de Nederlandse Antillen. Art. 26 IVBPR wordt echter wel geacht, direct door te werken voor de Nederlandse Antillen (zie de Conclusie van A-G Koopmans bij *Antilliaanse zaak*).

33 *Hoogenraad*, HR 20 april 1990, NJ 1992/636.

staf bieden, maar als norm van hoger recht bleek Art. 7 wel inspiratie te kunnen geven aan de invulling van Art. 26 IVBPR. In eerdere jurisprudentie had de Hoge Raad zich al uitgelaten over de eenieder verbindendheid van Art. 7, maar kende er geen rechtstreekse werking aan toe.³⁴ A-G Koopmans besteedde in zijn conclusie niet zoveel woorden als de Hoge Raad aan de kwalificatie van de aanspraak onder Art. 26. Koopmans bepleitte beoordeling van het onderscheid in beloning van gehuwden onder Art. 26 IVBPR aan de hand van uitspraken van het Human Rights Committee van de VN dat eerder in enkele Nederlandse klachtprocedures had aangeduid, dat een onderscheid in behandeling toelaatbaar is onder 'reasonable and objective criteria'. De Hoge Raad stelde dat het criterium van de eenieder verbindendheid minder geen barrière behoeft te zijn wanneer de betrokken norm niet als rechtsnorm, maar als 'doelstelling waarnaar gestreefd dient te worden' wordt ingezet. De vraag is overigens of de Hoge Raad deze constructie nodig had om invulling te geven aan het gelijkheidsbeginsel ex Art. 26. Deze lijkt sterk ondersteunend van karakter, in dit verband geeft zij invulling aan de dynamisch-evolutionaire interpretatie van Art. 26.

9.2.4 *Het medisch inzagerecht*

In 1987 erkende het Hof te Amsterdam in een kort geding via de onrechtmatige daad het bestaan van een persoonlijk recht van het individu op inzage van medische gegevens die over hem zijn vastgelegd. Uit dat persoonlijk recht vloeit voort, aldus het Hof, dat de burger een recht kan doen gelden op inzage van een over hem bestaand medisch dossier.³⁵ De klager had een belang bij een spoedige beslissing of hij al dan niet kennis mocht nemen van het door een psychomedisch centrum over hem bijgehouden dossier. Hij was gedwongen opgenomen in een psychiatrische kliniek, en wenste de redenen – gefundeerd op het advies van het centrum – te kennen voor de machtiging tot verlenging van de gedwongen opname. Het bestaansrecht van het recht op inzage werd niet nader gemotiveerd:

'De president heeft als beginsel vooropgesteld dat het recht van de burger om te worden geïnformeerd over gegevens welke over hem zijn vastgelegd meebrengt, dat appellant recht kan doen gelden op inzage van een over hem bestaand medisch dossier'.³⁶

Hiertoe bestond wellicht minder noodzaak, omdat het bestaan van het door de Rechtbank aangehaalde beginsel niet werd betwist. Het Hof concentreerde zich verder enkel op de vraag, of er bijzondere omstandigheden zijn, die beperking van het recht op inzage rechtvaardigen. In de jurisprudentie liet de rechter een bereidheid zien om dit recht nader vorm te geven, met name op het gebied van inzage in medische dossiers. Art. 10 grondwet vormde daarbij een belangrijk aanknopingspunt voor de rechtvaar-

34 HR 20 april 1990, NJ 1992/636. In deze zaak werd geklaagd over inhouding van loon krachtens de Wet interim inhouding salarissen onderwijs. Art. 7 IVESCR bestreek, zo de Hoge Raad in die zaak, een dermate omvangrijk terrein dat rechtstreekse werking niet voor de hand ligt. Er werd aan de Memorie van toelichting bij de goedkeuringswet bij het IVESCR gewezen: deze stelde, zo de Raad, dat dit verdrag in het algemeen geen rechtstreekse werking zal hebben.

35 Hof Amsterdam 6 augustus 1987, NJ 1988/567.

36 Hof Amsterdam 6 augustus 1987, r.o. 5.2.

diging van het bestaan van zo'n recht. In een conflict met een RIAGG-instelling, die weigerde aan de ouder van een kind inzage te geven in het psychologisch dossier over haar kind beriep een klagster zich direct op een recht op inzage. De president van de Amsterdamse rechtbank kwalificeerde deze aanspraak op inzage onder het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, alsmede op het in Art. 10 lid 3 Grondwet geregelde kennisneming van gegevens. Dit laatste verwoordt, althans naar lezing van lid 3, overigens geen recht van het individu.³⁷ De contaminatie van de leden 1 en 3 van Art. 10 deed in de optiek van de rechter echter wel het vermoeden rijzen, dat een aanleiding bestaat in de grondwet een 'recht' op inzage te lezen:

'dat thans algemeen wordt aanvaard dat in beginsel – mede gelet op Artikel 10 lid 1 en lid 3 Grondwet – aan een patiënt het recht toekomt het over hem aangelegde dossier in te zien'.³⁸

Ruim een jaar later (1988) vestigde de Hoge Raad het inzagerecht ter zake van medische dossiers als een zelfstandig afdwingbaar recht.³⁹ Twistpunt in die zaak was het feit, dat de betrokken medische instantie weigerde de gegevens van de klager toe te sturen. De instantie had richtlijnen opgesteld ter zake van de inzage, en wenste er in het onderhavige geval niet van af te wijken. Stukken waarom was verzocht, werden in beginsel niet opgestuurd naar de verzoeker. In de onderhavige casus had de klager om de stukken verzocht in verband met voorbereidingen van een civiele procedure. De Hoge Raad erkende het bestaan van een recht op inzage:

'Het hof is er terecht van uitgegaan dat degene [...] in beginsel recht heeft op kennisneming van de inhoud van de zich daarin bevindende stukken [...]. Een zodanig recht strookt met de rechtsontwikkeling, zoals deze blijkt uit rechterlijke uitspraken, medische en juridische literatuur [...]'.⁴⁰

De Hoge Raad haalde voor het bestaan van dit recht onder meer 'de rechtspraak' als bron aan, maar specificeerde in de uitspraak niet welke jurisprudentie in dit verband van belang was. Enkele lagere rechters hadden zich reeds uitgelaten over het belang dat het individu kan hebben bij inzage. Ook een procesbelang, zoals dat in casu aanleiding was om de stukken op te vragen, vormde voldoende aanleiding het inzagerecht te honoreren. Instructief was een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in kort geding in 1985, waarin het belang van de inzage verband hield met de toekenning van een uitkering:

'In casu is het in art. 10 lid 1 Grondwet neergelegde Grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in het geding. In het algemeen omvat dit grondrecht tenminste deze twee aspecten, [...] dat de betrokken burger zelf zoveel als mogelijk is wordt geïnformeerd over de gegevens, die over hem bij anderen berusten, zodat hij bij de inrichting van zijn leven hiermee rekening kan houden'.⁴⁰

37 Art. 10 lid 3 luidt: 'De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens'.

38 Rechtbank Amsterdam, 10 september 1987, KG 1987/423.

39 HR 2 december 1988, NJ 1989/752. Zie ook Kuitenbrouwer 1989, p. 92 e.v.

40 Zie onder meer Rechtbank Amsterdam, 13 juni 1985, KG 1985/188. Ook de hiervoor uitgewerkte uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch, 2 juli 1986, NJ 1987/451 erkent het bestaan van een recht op inzage.

Het recht op inzage van medische dossiers is ontstaan uit het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, maar het werd echter eerst in de rechtspraak met de uitspraak van de Hoge Raad gepositieerd als onderdeel van het recht op de persoonlijke levenssfeer. In de constitutionele orde lijkt het ongeschreven recht op inzage zich ondertussen, zo blijkt uit de bewoordingen van de Hoge Raad, op een zelfde niveau te bevinden als het (geschreven) recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer:

‘Voormeld recht, dat wel samenhangt met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer maar een zelfstandig karakter draagt, geldt ook wanneer – zoals hier – het de betrokkene niet om eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer is te doen, maar om het verkrijgen van gegevens in verband met een aanhangige of nog aan te spannen procedure’.⁴¹

De opmerkingen van de rechter over de juridische status van het inzagerecht als enerzijds ‘aspect’ van Art. 10 lid 1 Grondwet – zoals de Rechtbank formuleerde – en anderzijds als zelfstandig grondrecht naast Art. 10 Grondwet – uit de koker van de Hoge Raad – lijken te duiden op een rechtsontwikkeling. Van belang is dan dat de rechtscnorm zoveel mogelijk op eenduidige wijze wordt gebezigd; dit is wenselijk in verband met de afdwingbaarheid van het recht en bij zekerheid die bestaat bij vastere omtrekken van het recht.

Het inzagerecht, dat in de jaren tachtig met name een medische achtergrond had, is in het recentere verleden ingeroepen in situaties die die medische achtergrond ontberen. Uit enkele van die uitspraken blijkt, dat de Hoge Raad het inzagerecht inderdaad is gaan beschouwen als een zelfstandig recht. In het ene geval wilde een persoon inzage in de eigen persoonsdossiers nadat derden het GAK informatie hadden doorgegeven over relevante vermogensveranderingen; in het andere geval eiste een kind, dat een halve eeuw geleden ter wereld was gekomen in een opvangstichting voor alleenstaande moeders, inzage bij die stichting in haar persoonsdossier om zo te kunnen achterhalen wie haar verwekker was.⁴² In het eerste geval werd de reikwijdte van het inzagerecht bepaald door Art. 29 WPR. De aanspraak van die klager werd niet onder het inzagerecht erkend, omdat hij wenste te weten te komen welke de oorsprong was van de gegevens die over hem bekend waren bij het GAK. De klager kon inzage verkrijgen over zijn gegevens die bij het GAK bekend waren, maar het inzagerecht strekte niet zover dat ook de oorsprong van die gegevens moest worden onthuld. In het geval van de dochter werd de reikwijdte van het inzagerecht ingevuld door een ruimere notie dan het recht op eerbiediging van het privé-leven alleen – het werd met name bepaald door het persoonlijkheidsrecht.⁴³

41 HR 2 december 1988, NJ 1989/752, overweging 3.2. Zie ook de noot bij dit arrest.

42 Respectievelijk HR 16 juni 2000 en HR 15 april 1994, NJ 1994/608.

43 Zie hierna in par. 9.2.6.

9.2.5 *Het geestelijk welzijn van het individu*

De Centrale Raad van Beroep heeft zich recentelijk in een sociale verzekeringszaak uitgelaten over de reikwijdte van Art. 8 EVRM.⁴⁴ In beginsel is het onderzoek naar rechtsontwikkeling in de rechtsvinding op het terrein van het recht op persoonlijkheid beperkt gebleven tot de Hoge Raad; de bestuursrechters hebben zich op dat terrein tot op heden terughoudend getoond. De Centrale Raad beoordeelde in de zaak *DSW t. Sentges* een aanspraak op een hulpmiddel voor gehandicapten onder het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM. Dat hulpmiddel is uitgezonderd van de lijst met verstrekkingen waartoe de zorgverzekeraar verplicht is.⁴⁵ In verband met de positie van de klager rees de vraag in hoeverre niet-verstrekking van de robotarm, en aldus het in concreto toepassen van de wet, zou kunnen indruisen tegen het recht op privé-leven. Het gevraagde hulpmiddel zou klager minder afhankelijk maken van anderen waardoor de sfeer van zijn privé-leven, in het bijzonder de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid in relatie tot anderen, wordt vergroot.

Conform de uitspraak van het EHRM in de zaak *Botta t. Italië* onderzocht de Centrale Raad, in hoeverre er een verband bestaat tussen het recht op privé-leven van klager enerzijds en de aanspraak op het verlangde hulpmiddel anderzijds.⁴⁶ De Raad ging er vanuit, dat het toekennen van de arm het privé-leven van klager ten goede zou komen: deze stelt hem in staat zelfstandig te functioneren en zelf te kunnen kiezen voor het vestigen en onderhouden van relaties met anderen. De aanspraak werd erkend, maar in de toetsingsfase niet gehonoreerd: de rechter stelde dat aan de overheid een beoordelingsruimte toekomt. Er werd echter nauwelijks inzicht gegeven in de omvang van deze beoordelingsruimte en de in de beoordeling betrokken afwegingen.⁴⁷ Interessant in deze zaak was de extensieve interpretatie van Art. 8 EVRM, die op het terrein van het privé-leven in de Nederlandse rechtspraak niet direct een voorganger kent.⁴⁸ De rechter sloot zich aan bij de Straatsburgse uitleg van Art. 8 zoals die door het EHRM in *Botta t. Italië* was gegeven. Van belang in die uitspraak was dat het EHRM in *Botta* het EHRM geen onmiddellijk verband erkende tussen *Botta's* aanspraak en Art. 8, terwijl de Centrale Raad dat verband in onderhavige zaak wel erkende. De feitencomplexen van *DSW t. Sentges* en *Botta t. Italië* lijken te verschillen op het punt van de ernst van de beperkingen relaties met anderen te kunnen vestigen en te onderhouden. Hoe het Straatsburgse Hof zou oordelen over de Nederlandse zaak is niet duidelijk; een dergelijke zaak is nog niet ter beoordeling voorgelegd.

44 *Zorgverzekeraar DSW t. Sentges*, CRvB 29 januari 2002, 01/515 ZFW. Zie in vergelijkbare zin ook *Zorgverzekeraar ZAO t. Hesper*, CRvB 1 oktober 2002, 01/2882 ZFW.

45 In casu ging het om een ministeriële regeling.

46 *Botta t. Italië*, EHRM 24 februari 1998, JB 1998/70; zie par. 8.3.1.

47 Zo ook in *Zorgverzekeraar ZAO t. Hesper*, CRvB 1 oktober 2002, 01/2882 ZFW.

48 Op het terrein van het familieleven ex Art. 8 EVRM heeft de Hoge Raad in het verleden enkele extensieve uitspraken gedaan (zie bijvoorbeeld *Gezamenlijke ouderlijke macht*, HR 4 mei 1984, NJ 1985/ 510 en *Gezamenlijke ouderlijke macht ongehouden*, HR 21 maart 1986, NJ 1985/585-588).

9.2.6 *Het recht om de biologische afstamming te kennen*

In de zaak *Valkenhorst* deed de Hoge Raad een uitspraak die kan worden betiteld als een rechtsanalogie.⁴⁹ In deze zaak eiste een buitenechtelijk kind, dat in 1935 was geboren in 'Moederheil' – een destijds door rooms-katholieken gedreven inrichting met als doelstelling het verlenen van zorg aan ongehuwde moeders en hun kinderen, inzage in dossiers die haar op de hoogte zouden kunnen stellen van de identiteit van haar biologische vader. De inrichting werd gedreven door stichting De Valkenhorst; deze weigerde inzage in de gegevens die tot de onthulling van de identiteit zouden kunnen leiden. Kernargument in deze weigering was de verplichting tot geheimhouding, voortvloeiend uit de vertrouwelijke aard van de informatie. Eventuele onthulling zou enkel kunnen plaatsvinden met toestemming van de moeder, en die weigerde tot dusverre in te stemmen met de inzage. Enkele jaren voordat het kind de aanspraak voor de Hoge Raad bracht, is de moeder van het kind overleden. Het Hof 's-Hertogenbosch kende in beroep aan het belang van Valkenhorst het grootste gewicht toe, met het argument dat een absolute opvatting over het recht van kinderen op afstammingsgegevens zulke ingrijpende gevolgen zou hebben, dat van het bestaan van een dergelijk recht bij gebreke van een wettelijke regeling niet mag worden uitgegaan.⁵⁰ Het Hof erkende wel het bestaan van het belang van het kind, doch wenste niet over te gaan tot de erkenning van dat belang als afdwingbaar recht. De Hoge Raad kwam in cassatie echter tot een andere uitkomst.

Eiseres maakte aanspraak op een belang, kennis van de afstamming te kunnen vernemen. De Hoge Raad knoopte in dit verband echter niet aan bij een inzagerecht. In de Nederlandse grondwet is een belang bij de kennis van de afstamming niet als zodanig erkend. Een toepasbare bepaling ontbrak aldus, maar aan de hand van de rechtsanalogie werd geconcludeerd tot het bestaan van een grondrecht dat dit belang beoogt te beschermen. De Hoge Raad woog opnieuw de belangen van de Valkenhorst en van het kind af en kwam tot een nieuwe vaststelling van de aard en de omvang van de aanspraken van het kind en van de instelling. Teneinde tot toekenning van het juiste gewicht aan de belangen te kunnen komen, werd de aanspraak van het kind – kennis omtrent de afstamming te kunnen vernemen – in een meer constitutioneelrechtelijke context geplaatst:

'Uitgangspunt voor de beoordeling van het middel is dat 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 persoonlijkheidsrecht mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt'.⁵¹

Er is aldus een aantal grondrechten, geschreven en ongeschreven grondrechten, die allen een gemeenschappelijke noemer kennen, een beginsel waaruit zij voortvloeien. In dit geval 'ontwaarde' de Hoge Raad achter deze grondrechten het zogenoemde per-

49 HR 15 april 1994, NJ 1994/608. Zie voor uitwerking ook par. 4.4.4.

50 Hof 's-Hertogenbosch, 18 september 1991, NJ 1991/796, overweging 4.3.

51 Overweging 3.2.

soonlijkheidsrecht, waarvan de genoemde grondrechten concretisering vormen. Om de grondslag van het recht de afstamming te kennen, te onderbouwen wees de rechter eveneens internationaalrechtelijke regels aan:

‘Dit recht heeft ook internationaal erkenning gevonden in artikel 7 van het – door Nederland nog niet geratificeerde – Verdrag inzake de Rechten van het Kind [...].⁵²

De grondslag van het recht om de afstamming te kennen werd aldus in twee normen ‘gevonden’: in de norm van hoger recht, hier aangeduid als ‘het persoonlijkheidsrecht’ die via een inductie werden afgeleid uit bestaande rechten, en in een rechtsnorm in een internationaal verdrag dat door Nederland destijds nog niet was geratificeerd. A-G Koopmans motiveerde in zijn conclusie zijn vergelijkingen en vergelijkingsmateriaal wat uitgebreider dan de Hoge Raad. Koopmans betrok voor het aantonen van het bestaan en de vaststelling van de reikwijdte van het recht de afstamming te kennen, diverse bronnen in zijn argumentatie. Allereerst stelde Koopmans vast, dat het kind een beschermenswaardig belang heeft bij de kennis van de afstamming. Hij baseerde zich op algemene historische en hedendaagse beschouwingen. Teneinde te overtuigen tot een beschermenswaardig belang deed Koopmans meer psychologisch en sociologisch georiënteerde uitspraken, en stelde hij vragen met een retorisch karakter:

‘Ik kan me nauwelijks een fundamenteeler recht voorstellen dan te weten wie ervoor verantwoordelijk is dat men op deze aarde rondloopt’.⁵³

Een voorbeeld van Koopmans’ beschouwing op de ontwikkelingen van de laatste jaren ter zake van het belang, de biologische afstamming te kennen:

‘Dat belang heeft de laatste tijd een grotere betekenis gekregen, nu meer en meer blijkt dat mensen die in onzekerheid verkeren over hun afstamming, op zoek gaan naar hun wortels. Dat is [...] in de huidige tijd een heel belangrijk iets’.⁵⁴

Met het bestaan van een belang was echter nog geen erkenning van een recht tot stand gekomen. Koopmans ontwaarde echter wel contouren van het recht op kennis van de afstamming bruikbare bepalingen uit het BW, het EVRM en het Verdrag voor de Rechten van het Kind, die de erkenning van het belang als afdwingbaar recht zouden kunnen rechtvaardigen. Art. 1:225 lid 2 sub a BW gaat er vanuit dat het kind belang heeft bij die kennis, aldus Koopmans; *Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*⁵⁵ dient als illustratiemateriaal voor het bestaan van het recht op kennis van het eigen verleden en het Verdrag voor de Rechten van het Kind van 1989 stipuleert expliciet een recht op kennis van de afstamming.⁵⁶ Vanuit de erkenning van het belang als recht maakte Koopmans de over-

52 Art. 7 lid 1 van dit verdrag luidt: ‘Het kind wordt onmiddellijk na de geboorte ingeschreven en heeft vanaf de geboorte het recht op een naam, het recht een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.

53 Zie Conclusie, overweging 4; hier citeerde Koopmans A.C. van den Blink, *Handelingen NJV* 120 (1990), p. 55.

54 Zie Conclusie, overweging 6.

55 *Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 juli 1989, NJ 1991, 659.

56 In de *Antilliaanse zaak* schoof A-G Koopmans de mogelijkheid, nog niet in werking getreden verdragen te beschouwen als bron voor de argumentatie, terzijde.

stap naar de vestiging van dit recht als grondrecht. Daarmee kwam de belangenafweging door de Hoge Raad in een ander daglicht te staan dan in de uitspraak van het Hof; er bleek sprake van botsing van grondrechten. Voor de vestiging van de aanspraak als recht zocht Koopmans inspiratie in de Duitse rechtspraak, omdat het Duitse Federale Constitutionele Hof reeds eerder in een vergelijkbare zaak had moeten oordelen over de toekenning van het juiste gewicht aan de geclaimde belangen en over de erkenning van de aanspraak als recht.⁵⁷ Hij hevelde de Duitse redenering, waarin het Duitse Hof het onbenoemde recht op kennis van de afstamming concretiseert uit het persoonlijkheidsrecht ex Art. 2 lid 1 en 1 lid 1 GG, over naar de Nederlandse situatie. Van een gepositieerd persoonlijkheidsrecht was tot op dat moment in de Nederlandse grondwet of in het EVRM geen sprake, maar het vormt, aldus Koopmans, één van de onuitgesproken uitgangspunten van onze rechtsorde:

‘Bepalingen als art. 1:1 lid 1 BW, art. 1 Grondw., art. 2 lid 1 en art. 4 lid 1 EVRM zijn zonder dit uitgangspunt niet te begrijpen. Ook de gedachte van de autonomie van het individu, die aan een groot deel van ons vermogensrecht ten grondslag ligt, steunt op het bestaan van een persoonlijkheidsrecht’.⁵⁸

Koopmans’ redenering ontsteeg daarmee de eventuele tegenstellingen die zouden kunnen bestaan op het terrein van publiekrecht en privaatrecht; het persoonlijkheidsrecht ligt immers ten grondslag aan de verschillende aangehaalde gepositieerde rechten. Het persoonlijkheidsrecht is een abstracte norm van hoger recht, die op zichzelf niet lijkt te kunnen functioneren als normvoorschrift. Aannemende dat het functioneert als interpretatiebron voor privaatrechtelijke- en publiekrechtelijke normen, zal het persoonlijkheidsrecht in ieder concreet geval nader moeten worden toegespitst op de omstandigheden van het geval. In de fase van de belangenafweging werd door de Hoge Raad overigens niet uitgebreid uitgewerkt, waarom het belang van het kind diende te prevaleren boven dat van de moeder. De rechter bleef bij de vaststelling, dat het kind een ‘vitaal belang’ heeft bij de kennis. Aan de preciezere bepaling van de omvang van het recht op privacy van de moeder werd in de uitspraak weinig aandacht besteed, waardoor het recht van de moeder ondergeschikt leek te worden aan dat van het kind.⁵⁹

De Hoge Raad heeft in *Valkenhorst* in navolging van A-G Koopmans vastgesteld dat het belang te weten van wie men biologisch afstamt, een rechtens afdwingbare norm behelst. Daartoe moest in de hiërarchie van grondwettelijke normen worden vastgesteld, welke plaats dit recht toekomt ten opzichte van de andere normen, welke de bronnen zijn van dit recht en wat de reikwijdte van het recht is. Het persoonlijkheidsrecht als norm van hoger recht rechtvaardigt het bestaan van het recht om de afstamming te kennen, dat net als het vergelijkingsmateriaal – het recht op geloof, geweten en vrijheid van meningsuiting – uit dat algemene persoonlijkheidsrecht voortvloeit. Het persoonlijkheidsrecht rechtvaardigt als het ware bestaan van benoemde en onbenoemde

57 Zie *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256 (1989) waarnaar Koopmans verwees. Deze zaak werd besproken in par. 6.3.7.

58 Zie Conclusie, overweging 19.

59 Ook: Verhey in zijn noot bij de zaak *Valkenhorst*, in: NJCM-Bulletin 19-6 (1994), p. 657.

rechten, maar nog niet alle onbenoemde rechten worden gekend. De benoemde en onbenoemde rechten bevinden zich hiërarchisch gezien zagezegd 'onder' het algemene persoonlijkheidsrecht.⁶⁰ In rechtspraak na *Valkenhorst* werden uiteenlopende aanspraken op het algemene persoonlijkheidsrecht gedaan.⁶¹ *Valkenhorst* werd daarbij als uitgangspunt genomen om het bestaan van het onbenoemde grondrecht kracht bij te zetten. Het bestaan van het persoonlijkheidsrecht als norm van hoger recht is in geen van deze uitspraken betwist.

De benoemde en onbenoemde grondrechten bewegen zich op eenzelfde niveau en dienen als zodanig ook ten opzichte van elkaar te worden beschouwd. In de Duitse grondwet en de rechtspraak is het algemene persoonlijkheidsrecht eveneens in de rechtspraak gepositieerd. De vraag die bij *Valkenhorst* rijst is of de vaststelling van een hiërarchie van rechten en de positivering van een onbenoemd recht de rechtsvormende taak van de rechter niet te buiten gaat. Het Hof was die mening toegedaan, en meende juist dat hier een taak voor de wetgever was weggelegd.⁶² In de Nederlandse rechtsliteratuur is aandacht besteed aan de wijze waarop het algemene persoonlijkheidsrecht en het recht,

60 Zij vloeien immers uit de norm van hoger recht voort: het persoonlijkheidsrecht staan dan 'boven' de rechten, zoals in een hiërarchie gebruikelijk is. In *Valkenhorst* stelde de Hoge raad echter, dat het persoonlijkheidsrecht 'ten grondslag' ligt aan de genoemde rechten (zie par. 3.2 in de uitspraak). Dat zou betekenen dat de hiërarchie niet consistent is. Met de benadering van de Hoge Raad wordt naar mijn mening eveneens gedoeld op het uitgangspunt dat de rechten voortvloeien uit het persoonlijkheidsrecht; daarbij is het zowel mogelijk een metafoor te hanteren die aangeeft dat het persoonlijkheidsrecht als het ware 'boven' de rechten zweeft alsook een metafoor die inhoudt dat het persoonlijkheidsrecht 'ten grondslag ligt aan'. De 'norm van hoger recht' is in dit verband eveneens een metafoor die doelt op het uitgangspunt dat concretisering in rang lager staan. Met de norm van hoger recht wordt eveneens gedoeld op het voortvloeien van rechten uit een dergelijke norm (zie par. 4.6).

61 Voor latere uitspraken waarin de rechter aan de hand van het persoonlijkheidsrecht met nieuwe individuele aanspraken te maken kreeg, zie bijvoorbeeld *Van Gasteren t. het Parool* (HR 6 januari 1995, NJCM 20-7 (1995), p. 903 e.v.) hierna in par. 9.2.7 alsmede de zaak over de beroepsmatige ontplooiing (HR 1 juli 1997, NJ 1997/156, hierna onder par. 9.2.8). Zie verder ook een medische tuchtzaak (Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1998, NJ 1998/927), waarin het Hof stelde: 'Klaagsters geestelijke en psychische constitutie is onvervreemdbaar van haarzelf en daarop mag – evenmin als op haar fysieke integriteit – door derden geen inbreuk worden gemaakt [...]. Klaagster wordt daarin beschermd door haar persoonlijkheidsrecht. Door zonder klaagsters toestemming aangaande haar psyche aan derden te rapporteren heeft de arts wederrechtelijk gehandeld'. In deze zaak werd niet expliciet aangeknoopt bij de *Valkenhorst*; in het midden bleef welke het karakter was van het aangehaald persoonlijkheidsrecht. Zie voorts HR 22 december 1995, RvdW 1996/10 (omgangsregeling verzocht door moeder namens kind) waarin het recht, de afstamming te kennen in reikwijdte werd beperkt. Het persoonlijkheidsrecht werd verder nog ingeroepen in een zaak waarin werd geklaagd over het gevangenisregime in een TEB-instelling, de beperkingen op de uitoefening van grondrechten bleef binnen de grenzen van Art. 8 EVRM. Het Hof benoemde de grondrechten ex Art. 8 EVRM onder de algemene noemer 'persoonlijkheidsrechten als bedoeld in art. 8 EVRM' (zie Hof 's-Gravenhage, 19 mei 1994, NJ 1996/97) maar werkte niet nader uit hoe het begrip persoonlijkheidsrechten een functie had in het kader van Art. 8. Zie eveneens *Wrongful birth*, een zaak waarin A-G Vranken een recht op gezinsplanning, dat voortvloeit uit het algemene persoonlijkheidsrecht erkende (HR 21 februari 1997, NJ 1999/45, par. 23 van de Conclusie) en *Baby Joost* (HR 8 september 2000, 2000/734), waarin A-G Langemeijer een recht op persoonlijkheid aanhaalde in verband met medische fouten bij een behandeling van een kind; de ouders zouden in dit opzicht in hun persoonlijkheidsrecht getroffen zijn (par. 2.23 van de Conclusie) en eisten immateriële schadevergoeding. De Hoge Raad wilde zover echter niet gaan.

62 Verhey in zijn noot bij de zaak *Valkenhorst*, in: NJCM-Bulletin 19-6 (1994), p. 656.

de afstamming te kennen werden gepositieerd.⁶³ De vraag of de ‘Valkenhorstse wijze van rechtsvinding’ repercussies heeft voor de constitutionele verhouding is minder voorwerp van discussie geweest.⁶⁴ Het positiveren van een nieuw recht en het scheppen van een norm van hoger recht met een dermate open karakter dat het zich kan lenen voor allerlei nieuwe positiveringen, lijken niet een discussie teweeg te hebben gebracht die bijvoorbeeld vergelijkbaar is met het debat in de Verenigde Staten of in Duitsland. *Valkenhorst* speelde zich af in horizontale verhouding, en leek niet direct te raken aan aspecten die de constitutionele verhouding beheersen. Ten tijde van *Valkenhorst* had de wetgever echter al enkele stappen ondernomen op het terrein van kunstmatige donor-inseminatie en de eventuele verplichting van een biologische verwekker, zijn identiteit te onthullen.⁶⁵ Daaruit blijkt dat de regering geen voornemens had, een grondrecht op afstammingskennis te positiveren.⁶⁶ Niet kan worden gesteld, dat de Hoge Raad een dergelijk grondrecht hier heeft erkend. De rechter dwingt de wetgever evenwel tot het maken van principiële keuzen: aangetoond dient te worden, waarom en in welke gevallen een recht op kennis van de afstamming – volgens de Hoge Raad een ‘vitaal belang’ – dient te wijken.⁶⁷ Op deze wijze kan een dialoog ontstaan tussen rechter en wetgever.

9.2.7 *Het recht na boetedoening niet te worden geconfronteerd met beschuldigingen*

In 1995 deed de Hoge Raad uitspraak in *Het Parool t. Van Gasteren*.⁶⁸ In deze zaak stonden twee grondrechtelijke aanspraken tegenover elkaar: enerzijds het recht op vrijheid van meningsuiting ex Art. 10 EVRM van Het Parool c.s. en anderzijds het – uit het algemeen persoonlijkheidsrecht af te leiden – recht om na veertig jaar niet opnieuw te worden geconfronteerd met beschuldigingen die betrekking hadden op misdrijven die in de tweede wereldoorlog waren begaan. Van Gasteren stelde tegen Het Parool een civiele vordering op basis van belediging ex Art. 1408 (oud) BW in. De vraag rees wat de precieze inhoud was van de aanspraak onder Art. 1408, en in welke mate dat belang bepalend was voor de reikwijdte van het recht op vrijheid van meningsuiting. Naast de eer en goede naam ex Art. 1408 (oud) BW van Van Gasteren was volgens de Hoge Raad verder in het geding:

63 Er is wel gepubliceerd over de inhoudelijke aspecten van het recht op persoonlijkheid (zie onder meer Nehmelman 2001, p. 141 e.v., Hartkamp 2000, p. 34-35) of het recht de afstamming te kennen (zie Wolffhagen 1997, p. 98 e.v.).

64 Kritisch over de gevolgd redenering: zie Verhey 1994 (noot bij *Valkenhorst*, NJCM-Bulletin 19-6 (1994), p. 656) en Kortmann 1995, p. 155 e.v., J.H. Nieuwenhuis 2000, p. 205; positief over de wijze van rechtsvinding, zie Martens 2000, p. 749 e.v.

65 Wetsvoorstel voor Wet donorgegevens kunstmatige inseminatie, Zie Kamerstukken II 1992-1993, 23 207, nr. 1 en 2.

66 Zie Kamerstukken II 1993-1994, 23 207, nr. 6, p. 28 e.v.).

67 Tot dusverre besteedde de regering met name aandacht aan aspecten van volksgezondheid, en speelde bij de keuze om donors niet te verplichten hun identiteit te onthullen een rol dat grotere toegankelijkheid tot afstammingsgegevens zou kunnen leiden tot een daling in het aantal donors. Vraag is in dit verband, of deze overwegingen kunnen leiden tot inperking van een recht, de afstamming te kennen. De Hoge Raad merkte dit recht ten slotte als ‘vitaal belang’ aan.

68 *Het Parool t. Van Gasteren*, HR 6 januari 1995, NJ 1995/422.

‘tevens en zelfs in de eerste plaats diens – uit zijn algemene persoonlijkheidsrecht af te leiden – recht om niet, méér dan veertig jaar nadat hij voor het ombrengen van Oettinger werd veroordeeld, zijn straf ter zake had ondergaan en voor het overige gratie had gekregen, in het openbaar wederom met deze op jeugdige leeftijd, onder oorlogsomstandigheden begane – daad te worden geconfronteerd’. [...] aan de zijde van V. G. diens recht op eer en goede naam en vooral diens [...] nader aangeduide recht om “alleen te worden gelaten”[...].’⁶⁹

Met deze overweging werd het door Van Gasteren geclaimde belang erkend in een recht, dat voortvloeit uit het algemene persoonlijkheidsrecht. Dat persoonlijkheidsrecht werd nauwelijks een jaar eerder in *Valkenhorst* als grondslag voor enkele geschreven en ongeschreven grondrechten aanvaard.⁷⁰ Eén van die ongeschreven grondrechten, aldus de Hoge Raad, die voortvloeien uit het persoonlijkheidsrecht vormt het hierboven geformuleerde recht van het individu na zeer lang tijd niet meer te worden geconfronteerd met beschuldigingen voor een daad, waarvan de straf reeds lang geleden is uitgezeten. De aanspraak van Van Gasteren werd in deze uitspraak gepositieerd tot grondrecht.⁷¹ Om de aanspraak van Van Gasteren kracht bij te zetten werd het volgende opgemerkt:

‘Eerbied voor de menselijke persoon brengt mee dat aan een veroordeelde zijn daad, nadat hij haar heeft beboet, in beginsel niet meer wordt nagehouden’.⁷²

Dit is een fraai voorbeeld van rechterlijke retoriek: de Hoge Raad wenst zijn beoordeling aanvaardbaar te maken, zonder dat er een pasklare oplossing bestond voor de wijze waarop in dit verband de in het geding zijnde belangen van Van Gasteren en van Het Parool moeten worden afgewogen.⁷³ De rechter dient in de context van Van Gasteren rekening te houden met de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de uitleg van het recht, omdat men in deze zaak in alle redelijkheid van mening kan verschillen over de vraag, welk standpunt voorrang verdient. Retoriek kan in dat geval de overredingskracht van het standpunt danig versterken.⁷⁴

9.2.8 Een recht op beroepsmatige ontplooiing

In een zaak over een concurrentiebeding werd de Hoge Raad gevraagd te oordelen over het bestaan van een recht op beroepsmatige ontplooiing.⁷⁵ Tussen twee personen was een overeenkomst gesloten terzake van de overdracht van een handelsonderneming. In die overeenkomst was een concurrentiebeding opgenomen, inhoudende dat de rechtsopvolger de overdrager geen concurrentie in de directe omgeving mocht aandoen. Niet nader was schriftelijk gespecificeerd welke de precieze omvang van het beding zou zijn. De vraag rees, in welke mate het betwiste concurrentiebeding toelaatbaar was

69 Overweging 5.10.

70 Zie hiervoor par. 9.2.6.

71 Overweging 5.11: ‘Voor zover in het middel de klacht zou moeten worden gelezen dat van deze beide *fundamentele rechten*, het recht op vrijheid van meningsuiting [...]’; cursief H.L.J.

72 *Het Parool t. Van Gasteren*, overweging 5.12.

73 Zie ook Boukema 1997, p. 195.

74 Boukema 1997, p. 196.

75 HR 1 juli 1997, NJ 1997/156.

tegen de achtergrond van een recht op beroepsmatige ontplooiing dat werd afgeleid uit Art. 19 lid 3 Grondwet:

‘Het Hof heeft onvoldoende gewicht toegekend aan het in artikel 19 lid 3 Grondwet neergelegde recht van K. op vrije keuze van arbeid en zijn algemene persoonlijkheidsrecht dat zijn recht op beroepsmatige ontplooiing insluit [...]’.

De invulling van Art. 19 lid 3 met het algemene persoonlijkheidsrecht leek om een aantal redenen aangewezen. Art. 19 lid 3 Grondwet omvat namelijk niet vanzelfsprekend een aanspraak op beroepsmatige ontplooiing; het grondrecht heeft in beginsel een sociaal karakter dat niet afdwingbaar is.⁷⁶ De klager specificeerde de inhoud van zijn persoonlijkheidsrecht voor zijn aanspraak nader met invulling van Art. 22 lid 3 Grondwet.⁷⁷ Dat grondrecht houdt echter voor de overheid de positieve verplichting in dat voorwaarden moeten worden geschapen voor maatschappelijke en culturele ontplooiing. De Hoge Raad erkende de aanspraak van de rechtsopvolger van de handelsonderneming – buitenwerkingstelling van het concurrentiebeding wegens strijd met een fundamenteel recht op beroepsmatige ontplooiing – niet als een grondwettelijk ongeschreven recht. Dat zou, gezien de betekenis die de ingeroepen grondrechten hier toe komt, te ver voeren.

9.3 Bevindingen

9.3.1 Inleiding

Het grootste deel van de besproken zaken werd door de Hoge Raad beoordeeld. Enkele uitspraken van lagere rechters werden meegenomen in de beschouwingen, omdat die van belang zijn gebleken voor de rechtsonwikkeling van het persoonlijkheidsrecht en het recht op persoonlijke levenssfeer. Van de onderzochte zaken kwam het grootste deel via civielrechtelijke weg bij de Hoge Raad terecht. Eén aanspraak – op gelijke behandeling – vond een ingang via een directe aanspraak op een verdragsbepaling. In dat geval werd aanspraak gemaakt op het éénieder verbindende Art. 26 IVBPR.⁷⁸ Deze bepaling werd nader ingevuld met het niet-eenieder verbindende Art. 7 IVBPR, al bleek het binnenhalen van dit element in de redenering wezenlijk voor de vestiging van de

76 Art. 19 lid 3 Grondwet luidt: ‘Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld’.

77 Art. 22 lid 3 Grondwet luidt: Zij (de overheid) schept voorwaarden voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en voor vrijetijdsbesteding’.

78 Er zijn meer zaken aan te wijzen waarin aanspraak werd gedaan op internationale verdragen terzake van het non-discriminatie-beginsel in horizontale verhoudingen. In HR 20 april 1990, NJ 1992/636 werd in verband met gelijke beloning voor gelijkaardige arbeid een aanspraak gedaan op Art. 7 IVESC, maar de rechter ontzegde dat verdragsartikel eenieder verbindende werking. Dat verdragsartikel heeft, aldus de rechter, nadere uitwerking. In verband met woningdistributie heeft de Hoge Raad wel erkend, dat het non-discriminatiebeginsel een functie kan vervullen in horizontale verhoudingen (zie HR 10 december 1982, NJ 1983/687, KG). In die zaak klaagde een allochtone inwoner over het feit, dat hem geen, maar autochtone stadsgenoten wel een woning kregen toegewezen.

aanspraak.⁷⁹ In het geval van voorzieningen voor gehandicapten deed de CRvB een opmerkelijke erkenning van een aanspraak, al leidde die niet tot honorering.⁸⁰ In de civielrechtelijke zaken wendde de klagende burger zich tot de Hoge Raad via de weg van de onrechtmatige daadsactie of goed werkgeverschap. Voor de rechtsontwikkeling van constitutionele persoonslijksrechten en privé-leven werd – of het in dit verband nu om extensieve interpretatie of om positivering van nieuwe normen gaat – de ingang overwegend aangeknoopt bij het privaatrecht en niet bij een direct beroep op grondrechten.

Op het terrein van het strafrecht heeft de Hoge Raad gewerkt aan de legalisering van recht op hulp bij zelfdoding vanuit het perspectief van de behandelend arts. De geschillen bereikten de rechter niet via individuele aanspraken op de grondwet, maar via strafrechtelijke vervolging van artsen die zich beriepen op het bestaan van een noodtoestand. Een constitutioneelrechtelijke benadering was tot dusverre niet aan de orde omdat de Hoge Raad niet werd geconfronteerd met de vraag naar grondwettigheid van afwezigheid van een recht op hulp bij zelfdoding.

9.3.2 *Ontwikkeling van de grondslag voor de normen van hoger recht*

Valkenhorst is in het kader van de analoge rechtsvinding een opvallende uitspraak: hierin werd het algemeen persoonslijksrecht gepositieerd. Dat algemene persoonslijksrecht fungeerde vervolgens als grondslag voor een recht om kennis te kunnen vernemen van de biologische afstamming. Naderhand werd het algemene persoonslijksrecht een aantal keren ingeroepen als grondslag voor uiteenlopende individuele aanspraken, maar de Hoge Raad erkende de aanspraken slechts een enkele keer als ongeschreven recht. Het algemene persoonslijksrecht draagt – afgaande op de wijze van redeneren door de Hoge Raad – het karakter van een norm van hoger recht. In *Van Gasteren* werd de aanspraak, na lange tijd verschoond te blijven van beschuldigingen waarvoor straf reeds is uitgezet, gebaseerd op het algemene persoonslijksrecht. In *Concurrentiebeding* werd de aanspraak op beroepsmatige ontplooiing eveneens gebaseerd op persoonslijksrechten, maar ging de rechter niet over tot erkenning. De aanspraak in de laatste zaak werd niet erkend en evenmin gehonoreerd door de rechter, hetgeen samenhangt met de onmogelijkheid aan Art. 19 lid 3 Grondwet, inhoudende het recht op vrije arbeidskeuze, in horizontale verhouding effect toe te kennen.

Aan de omvang van het persoonslijksrecht zelf werd door de Hoge Raad geen begrenzing gesteld; aangenomen wordt hier dat dat begrip in de rechtspraak verdere uitwerking kan en zal verkrijgen. Een constitutionele status van het persoonslijksrecht

⁷⁹ *Antilliaanse zaak*, HR 7 mei 1993, NJ 1995/259.

⁸⁰ *Zorgverzekeraar DSW t. Sentges*, CRvB 29 januari 2002, 01/515 ZFW. Andere bestuursrechtters deden geen uitspraak die van vergelijkbare strekking was in het licht van rechtsontwikkeling op het terrein van het recht op persoonslijksheid. In de rechtspraak van de Raad van State zijn geen uitspraken aangetroffen, die hebben bijgedragen tot rechtsontwikkelingen op het terrein van individuele rechten op het terrein van persoonslijksrechten ex Art. 10 of 11 Grondwet of Art. 8 EVRM.

werd niet zozeer door de Hoge Raad benadrukt, als wel door Koopmans.⁸¹ Tot op heden heeft de grondwetgever het persoonlijkheidsrecht niet opgenomen in de grondwet, en lijkt ook niet voornemens dat te doen.⁸² Er zijn bij de wetgever in formele zin wel aanwijzingen te vinden ter zake van de aanvaarding van het bestaan van een persoonlijkheidsrecht.⁸³ Het constitutionele algemene persoonlijkheidsrecht heeft aldus pas recentelijk zijn neerslag gekregen. Van een bestendiging in de vorm van een reeks uitspraken kan tot op zekere hoogte wel worden gesproken. De rechter behoeft de grondslag van dat persoonlijkheidsrecht in de toekomst niet nogmaals te benadrukken; waarschijnlijk zal worden volstaan met de motivering van het bestaan van het te concretiseren recht dat eruit voortvloeit.⁸⁴ Herhaling van de legitimatie van het algemene persoonlijkheidsrecht lijkt overbodig. In de jurisprudentie zal waarschijnlijk verdere verduidelijking komen van individuele aanspraken die wel en aanspraken die er niet onder vallen.

9.3.3 De analoge redenering

In de onderzochte jurisprudentie kwamen in enkele gevallen analoge redeneringen naar voren.⁸⁵ In de sommige gevallen bestond er reeds een wettelijke bepaling, waarop de individuele aanspraak kon worden gebaseerd, een belangrijke eis om de redenering als wetsanaloog te bestempelen.⁸⁶ In *Valkenhorst* was geen gepositieerde constitutionele norm voorhanden; die construeerde de Hoge Raad zelf.⁸⁷ *Valkenhorst* is een voorbeeld van een rechtsanaloge redenering. In de onderzochte uitspraken boden het non-discriminatiebeginsel alsmede de Artt. 10 en 11 Grondwet en Art. 8 EVRM als norm van

- 81 De Hoge Raad plaatste het recht in het constitutionele kader door te wijzen op reeds gepositieerde grondrechten die voortvloeien uit dat recht, terwijl Koopmans het recht in zijn Conclusie in een breder kader plaatst: bepalingen uit het BW, het vermogensrecht en het EVRM zijn 'zonder dit uitgangspunt (het persoonlijkheidsrecht, H.L.J.) niet te begrijpen', Koopmans in zijn conclusie bij *Valkenhorst*, punt 19.
- 82 Nieuwenhuis 2001, p. 179.
- 83 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 1997/1998, 25892, nr. 3, p. 10; Memorie van toelichting in verband met de WBP; hierin werd verwezen naar de ontwikkelingen in de rechtspraak en het persoonlijkheidsrecht in *Valkenhorst*. In het Rapport van de Commissie Franken wordt echter weer niet verwezen naar het persoonlijkheidsrecht, zie eveneens de MvT bij de Wijziging van Boek I van het BW (adoptie door personen van hetzelfde geslacht), Kamerstukken II 1999/2000, 26673, nr. 5, p. 44.
- 84 Zie de uitspraken van na *Valkenhorst* waarin een aanspraak op het algemeen persoonlijkheidsrecht werd gedaan; de rechter zette niet steeds de grondslag van dat recht uiteen (bijvoorbeeld Het Parool t. *Van Gasteren*, HR 6 januari 1995, NJ 1995/422, overweging 5.10).
- 85 Als analoge redenering werden aangemerkt de volgende uitspraken: *Fluoridering*, Rb. Arnhem 18 december 1973, NJ 1974/64; *Bedrijfsruimten*, Hof Den Bosch 2 juli 1986, NJ 1987/451; *Inzage I*, Hof Amsterdam, 6 augustus 1987, NJ 1988/567; *Inzage II*, pres. Rb. Amsterdam 10 september 1987, KG 1987/423; *Inzage III*, HR 2 december 1988, NJ 1989/752 (kort geding); *Antilliaanse zaak*, 7 mei 1993, NJ 1993/259; *Valkenhorst*, HR 15 april 1994, NJ 608/94 en *AGFA*, HR 8 april 1994, NJCM 19-6 (1994).
- 86 *Agfa t. Schoolderman* (1994), zie par. 9.2.3 (interpretatie van Art. 1638z BW); *Antilliaanse zaak* (1993), zie par. 9.2.3 (uitleg van Art. 26 IVBPR) en *Parool t. Van Gasteren* (1995), par. 9.2.7 (interpretatie van Art. 1408 BW).
- 87 Als rechtsanaloge redenering kunnen eveneens worden aangemerkt de uitspraken *Fluoridering*, Rechtbank Arnhem 18 december 1973, NJ 1974/64 en (in mindere mate expliciet) HR 22 juni 1973, NJ 1973/386 en *Valkenhorst*, 15 april 1994, NJ 1994/608.

hoger recht bij de rechtsvorming op het terrein van het recht op persoonlijkheid een kapstok voor de wetsanalogie. De redeneerwijze in de verschillende uitspraken werd door enkele commentatoren geprezen omdat de rechter bijvoorbeeld de mogelijkheid schiep om ingewikkelde vraagstukken van rechtstreekse werking van niet-eenieder verbindende verdragsbepalingen of horizontale werking van het non-discriminatiebeginsel te omzeilen.⁸⁸

De analoge redeneermethode komt overigens niet in alle uitspraken helder naar voren; in de oudere uitspraken lijkt deze soms geheel afwezig te zijn. Vanaf *Inzage III*, waarin de Hoge Raad een zelfstandig recht op inzage vestigde, werd de motivering van de norm van hoger recht al wat uitgebreider: de rechter betoogde aan de hand van het bestaan van jurisprudentie, medische en juridische literatuur, overheidsadviezen en privacyregels bij medische instanties dat een recht op informatie over gegevens die bij (medische) instellingen berust, bestond. De rechter gaf echter geen specifieke jurisprudentie aan; volstaan werd met 'rechterlijke uitspraken'.⁸⁹ Nu was rechterlijke motivering aan de hand van jurisprudentie in de rechtspraak van de Hoge Raad pas sinds 1980 een vaker gesignaleerd verschijnsel.⁹⁰

Het aantal zaken waarin de Nederlandse rechter werkte aan rechtsontwikkeling op het terrein van het recht op persoonlijkheid is klein. De belangrijkste bronnen in de uitspraken waarin analoge redeneringen voorkwamen, waren rechtspraak en rechtsnormen. Het aantal uitspraken waarin die bronnen zichtbaar zijn en waarin uitspraken werden gedaan over de vergelijkbaarheid onder de norm van hoger recht, is zeer klein. In *AGFA* vormden de feitencomplexen – die van klaagster en van medewerkers in een vergelijkbare positie – de crux in de analoge redenering. In *Valkenhorst* dienden rechtsregels eveneens als vergelijkingsmateriaal in de analogie, maar werd *Gaskin t. Verenigd Koninkrijk* aangehaald als rechtvaardiging voor de grondslag voor de positivering van het persoonlijkheidsrecht en het recht, kennis te kunnen vernemen van de afstamming. De wijze waarop de Nederlandse rechter zijn grondslag voor zijn bijdrage in de rechtsontwikkeling motiveert lijkt betrekkelijk mager. De Hoge Raad lijkt zich zo snel niet in een woelig vaarwater te bevinden waarin van een aanvaring met de wetgever dreigt zoals bijvoorbeeld wel het geval is in het Amerikaanse stelsel. De meeste kwesties kwamen bij de Hoge Raad vanuit privaatrechtelijke aanspraken in horizontale verhoudingen.

9.3.4 Terminologie

Grondrechtelijke aanspraken werden niet steeds erkend als rechten. In de rechtspraak is te zien, dat de rechter de individuele aanspraken bij erkenning uiteenlopend betitelt als belangen, rechten of beginselen. Aan de toepasselijke rechtsnormen wordt in de juris-

88 Zie Alkema in zijn noot onder *Antilliaanse zaak*, HR 7 mei 1993, NJ 1995/259 en Heringa in zijn noot bij *AGFA*, 8 april 1994, NJCM 19-6 (1994).

89 *Inzage III*, HR 2 december 1988, NJ 1989/752.

90 Zie het *Stierkalfarrest*, HR 7 maart 1980, NJ 1980/353.

prudentie uiteenlopende rechtskracht toebedeeld. In *Bedrijfsruimten* achtte de rechter de aanspraak op persoonlijke levenssfeer een argument dat diende te worden meege-nomen in de afweging van alomvattender 'belangen'. In enkele uitspraken kregen de ingeroepen grondrechten, afgaand op het analoge redeneerpatroon, als het ware een status van 'norm van hoger recht' toegekend.⁹¹ In die uitspraken fungeerde het grondrecht ter inspiratie van het ingeroepen civiele recht. Slechts in vier uitspraken werd op het terrein van de persoonlijke levenssfeer een nieuwe 'rechtsnorm' ontwikkeld, waaraan het individu direct aanspraken kan afleiden.⁹² De vraag rijst in welke mate de rechter een ruimte toekomt, aan een aanspraak de kwalificatie van 'recht' toe te kennen. Deze wijze van erkenning van een aanspraak lijkt – in vergelijking met de toekenning van belangen of beginselen – het meest vergaand te zijn, omdat deze direct rechtsgevolgen creëert en consequenties kan hebben voor reeds gepositieveerde rechten. Het persoonlijkheidsrecht draagt in de rechtspraak niet het karakter van een rechtsregel, maar van een rechtsbeginsel.⁹³ Dat vloeit voort uit de noodzaak tot nadere concretisering en de wijze waarop de Hoge Raad het positioneert ten opzichte van andere rechtsnormen.⁹⁴

91 *Inzage I*, Hof Amsterdam 6 augustus 1987, NJ 1988/567; *Antilliaanse zaak*, HR 7 mei 1993, NJ 1995/259 en *AGFA*, HR 8 april 1994, NJCM 19-6 (1994).

92 *Fluoridering*, Rb. Arnhem 18 december 1973, NJ 1974/64; *Inzage III*, HR 2 december 1988, NJ 1989/752; *Valkenhorst*, HR 15 april 1994, NJ 1994/608 en *Van Gasteren*, 6 juni 1995, NK 1995/422.

93 Zo ook Nieuwenhuis 2000, p. 205, Kortmann 1996, p. 152 en Verhey in zijn noot bij *Valkenhorst*, NJCM 19-6 (1994), p. 655.

94 Het persoonlijkheidsrecht werd aangemerkt als een norm van hoger recht, die zowel erkende rechts-beginselen alsook noties kan omvatten (zie par. 4.6). Normen van hoger recht zijn geen rechtsregels: uit normen van hoger recht vloeien rechtsregels voort, zo ook uit het persoonlijkheidsrecht.

Hoofdstuk 10

Bevindingen en conclusies

10.1 Inleiding

In het onderzoek heb ik getracht, de wijze waarop een deel van de constitutionele rechtsvinding tot stand komt – met name die waar sprake is van extensieve interpretatie of van de schepping van ongeschreven rechten op het terrein van het recht op persoonlijkheid – zichtbaar te maken en verschillen tussen de rechtsstelsels tegen de achtergrond van de constitutionele verhouding te verklaren. Centrale uitgangspunt daarbij is, op welke wijze rechterlijk redeneren aan de hand van normen van hoger recht tot stand komt. Voor de norm van hoger recht is gekozen omdat uitdrukkelijk in het midden is gelaten of de analogie tot stand kwam met behulp van een norm van geldend recht, of een norm die daar (nog) geen deel van uitmaakt.¹ In de eerste plaats is onderzocht, wat de aard en de omvang zijn van de hantering van de analoge redeneermethode op het terrein van het recht op persoonlijkheid. Vervolgens is nagegaan hoe variaties in hantering van de analogie in het betreffende rechtsstelsel zouden kunnen worden verklaard. Tenslotte is nagegaan in hoeverre de rechterlijke bereidheid, een nieuwe individuele aanspraak te aanvaarden als grondrechtelijke aanspraak samenhangt met de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever, en of de analogie in dit verband een bijzondere betekenis toe kan komen.

Aangetoond is op welke wijze de onbenoemde rechten die deel uitmaken van de overkoepelende notie van het recht op persoonlijkheid zich langzaam maar zeker hebben genesteld in de systemen van rechtsnormen in de rechtsstelsels. De analoge redenering biedt voor dit proces regelmatig bruikbare aanknopingspunten. Ook is geschetst, op welke wijze enkele op persoonlijkheid gestoelde normen van hoger recht zich ontwikkeld hebben in de jurisprudentie tot bronnen van ongeschreven recht. In deze inleiding zullen in het kort de belangrijkste conclusies worden geschetst, waarna een uitgebreider uiteenzetting volgt. In de conclusie wordt meer in het algemeen nagegaan hoe vanuit rechtsvergelijkend perspectief variaties in aard en omvang van hantering van de analogie kunnen worden verklaard, en of uit de bevindingen meer algemene gevolgtrekkingen ter zake van constitutionele interpretatie kunnen worden afgeleid.

De analogie levert steeds een constitutionele extensie op

De analoge redenering blijkt in alle rechtsstelsels te worden gehanteerd; regelmatig bleek de analogie duidelijk herkenbaar aanwezig in de rechterlijke besluitvorming. De analogie heeft ten aanzien van de uitleg van grondrechtelijke normen steeds een uitbreidende werking gehad. Gesteld kan worden, dat wanneer de analogie met een abstracte norm van hoger recht als rechtsvindingsinstrument wordt gehanteerd, deze

1 Zie par. 4.6.

steeds een extensieve interpretatie van die normen tot gevolg heeft. Omgekeerd blijkt een extensieve interpretatie van grondrechtelijke normen niet mogelijk wanneer een analogie onder een norm van hoger recht werd afgewezen.²

Vanuit de constitutionele verhouding kunnen variaties in hantering van de analogie worden verklaard

In alle rechtsstelsels is de analoge redeneerwijze aangetroffen. In verreweg de meeste gevallen kan deze worden afgeleid uit de structuur van de redenering in de rechtsvindingsfase. Interessant is de constatering dat de bereidheid tot een analoge redenering, die zoals hiervoor gesteld steeds een extensieve interpretatie en in enkele gevallen zelfs nieuwe rechtsnormen tot gevolg heeft, in beginsel niet met de omvang van het in de wet vastgelegde rechterlijk mandaat samen lijkt te hangen. Niet kan worden gesteld, dat de Duitse rechter die vanuit een 'ruim' mandaat interpreteert, in constitutionele interpretatie enkel de analogie hanteert. De Nederlandse rechter, wiens mandaat deels wordt beperkt door het toetsingsverbod, heeft eveneens de analoge redeneerwijze gehanteerd. Alle rechters blijken – evenwel wisselend – bereid, hun mandaat ruim te interpreteren. De variatie in de regelmaat waarin de analogie wordt gebruikt laat zich echter wel verklaren vanuit het rechterlijk mandaat en de rechterlijke taakopvatting.

De constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever is een belangwekkende factor van betekenis in de mate waarin de analoge redenering wordt gehanteerd. Er zijn sterke verschillen aan te wijzen in de omvang van het mandaat van de rechters; zij worden allen bij constitutionele interpretatie door institutionele, interinstitutionele en normatieve grenzen beperkt.³ Een rode draad in deze grenzen is de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever: de rechter mag geen rechtsscheppende bevoegdheden op zich nemen, die zijn voorbehouden aan de democratisch gelegitimeerde wetgever. De institutionele, interinstitutionele en normatieve begrenzingsen zijn in alle rechtsstelsels tot op zekere hoogte interpreteerbaar gebleken. De rechters in de stelsels hebben ieder op hun eigen wijze mogelijkheden gecreëerd – ofwel voornoemde begrenzingsen geïnterpreteerd – om individuele aanspraken die in eerste instantie niet leken te kunnen worden erkend onder de erkende grondrechten, toch te beoordelen.

Van belang in dit verband is de wijze waarop de rechter zelf zijn rechterlijke taakopvatting percipieert. De termen 'activisme' en terughoudendheid, die in alle rechtsstelsels zijn terug te vinden, blijken voor de beoordeling van de rechterlijke perceptie van de taakopvatting niet eenduidig bruikbaar. Zo is bijvoorbeeld geconstateerd dat de rechter zeer bereid kan blijken, in de interpretatiefase de meest uiteenlopende individuele aanspraken te aanvaarden onder erkende grondrechtsnormen of te positiveren, waardoor hij activistisch mag voorkomen. Daarmee is nog niets gezegd over de uit-

2 Zie verder par. 10.3.

3 Deze begrenzingsen zijn besproken in hoofdstuk 3 (institutionele begrenzingsen tussen hogere en lagere rechters en interinstitutionele begrenzingsen tussen rechter en wetgever) en hoofdstuk 4 deel A (interpretatiemethoden als normatieve begrenzingsen).

eindelijke bereidheid, de individuele aanspraak ook te honoreren in de toetsingsfase. Sommige rechters blijken voorzichtig met de honorering van de individuele aanspraak met een beroep op 'gepaste terughoudendheid jegens de wetgever' vanwege bijvoorbeeld het feit dat de wetgever over het betreffende thema wetgeving tot stand aan het brengen is.⁴ De Straatsburgse rechter heeft bijvoorbeeld aangegeven dat verdragsstaten ter zake van sociaal-economische wetgeving een beoordelingsruimte moet worden gelaten vanwege de politieke keuzemogelijkheden die mogelijk zijn op dit terrein.⁵ Tus- sen de stelsels bestaan in dit verband opmerkelijke verschillen.

Aanvaarding van de analogie impliceert aanvaarding van een open constitutioneel normenstelsel

Het gebruik van de analoge redenering in de interpretatie geeft in zekere zin een visie van de rechter weer op de betekenis van de grondwet en de wijze waarop deze dient te worden ingezet in de individuele rechtsbescherming. Indien de rechter een analogie hanteert en daaruit een extensie van een grondwettelijke norm afleidt of een nieuw recht positieveert, gaat hij er vanuit dat er een systematiek aan grondrechtsnormen ten grondslag ligt. Uit die systematiek leidt hij structuren af, die hij zal benutten bij de invulling van grondrechtelijke normen. Uit de rechtspraakanalyse waarin een analogie werd benut kwam regelmatig expliciet naar voren, dat niet alle normen, die volgens de rechter in dat systeem aanwezig zijn, kunnen worden gekend. Sommige normen zijn (nog) niet zichtbaar; enkele rechters hebben de aandacht gevestigd op het bestaan van onbenoemde normen.⁶ Die onbenoemde normen komen in sommige gevallen een constitutionele betekenis toe die te vergelijken is met de betekenis die een geschreven grondrecht heeft.

Deze perceptie kan ervoor zorgen dat rechterlijke activiteit die leidt tot extensieve uitleg of positivering van nieuwe normen, past in het kader van de rechterlijke taakopvatting.⁷ Gesteld kan worden, dat een rechter die vanuit deze optiek extensief interpreteert of nieuwe regels toevoegt aan het normensysteem, voor een 'terughoudende opstelling' opteert omdat hij aan de grondwetssystematiek verplicht is om op zoek te

4 De Straatsburgse rechter aanvaardt bijvoorbeeld zeer uiteenlopende aanspraken als beschermenswaardig onder Art. 8; in de toetsingsfase bevindt zich echter de 'margin of appreciation' (zie par. 2.6 en 3.5) waarmee aan de constitutionele verhouding tegemoet kan worden gekomen. De Amerikaanse rechter is veel minder rekkelijk in de interpretatiefase en erkent veel minder aanspraken als 'fundamental rights' in die fase. Is een aanspraak eenmaal erkend als 'fundamental', dan kan deze doorgaans rekenen op honorering in de toetsingsfase (hierna par. 10.5.2).

5 Zie onder meer par. 8.3.3 en 8.3.6.

6 Zie bijvoorbeeld par. 5.3.2 (het Amerikaanse Hooggerechtshof), par. 6.3.7 (het Duitse Federale Constitutionele Hof) en 8.3.9 (Europees Hof voor de Rechten van de Mens). Zie ook de Conclusie van A-G Koopmans bij *Valkenhorst*.

7 Rechtsontwikkeling houdt in dit verband in dat de nog niet eerder opgeworpen individuele aanspraken door de rechter werden erkend als aanspraken die niet onder een gepositiveerd recht konden worden erkend, maar waarvoor grondwettelijke bescherming toch aanwezig moest worden geacht. Voorbeelden zijn de ontwikkeling van het hiervoor genoemde Amerikaanse begrip van 'privacy', het Duitse algemene persoonslijkeidsrecht en het Nederlandse algemene persoonslijkeidsrecht. Hetzelfde geldt voor het recht op 'privacy' in de rechtspraak van het Luxemburgse Hof van Justitie.

gaan naar onderliggende structuren die richtinggevend zijn bij de uitleg van de normen. Omgekeerd zou deze rechter vanuit voornoemde optiek beticht worden van een 'rechterlijke activisme', wanneer hij grondwet of verdrag bijvoorbeeld strikt tekstueel zou benaderen, en het bestaan van onderliggende structuren zou ontkennen. Hij zou de grenzen van zijn taak te buiten gaan indien hij de door de grondwetgever gegeven ruimte niet benut om een zo volledig mogelijke individuele rechtsbescherming uit te werken.⁸

Omgekeerd impliceert een afwijzing van de analogie de aanvaarding van een gesloten constitutioneel normenstelsel. In de stelsels zijn uitspraken aangetroffen waarin de analoge redenering juist ferm werd afgewezen vanuit de overtuiging, dat 'het grondrechtssysteem' onvoldoende duidelijke richting geeft voor constitutionele interpretatie, en dat voornoemde visie op constitutionele interpretatie het gevaar in zich draagt dat een rechter op basis van vage 'structuren' een ruimte creëert om rechtsvinding te bedrijven naar eigen goeddunken.⁹ Ook deze benadering van constitutionele interpretatie geeft een visie weer van de rechterlijke opvatting over de manier waarop de grondwet dient te worden gehanteerd in het kader van de individuele rechtsbescherming.

Aan deze benadering ligt de opvatting ten grondslag dat grondwet en verdrag behoren te worden geïnterpreteerd naar de expliciet gegeven intentie van de grondwetgever. Indien die niet blijkt uit de tekst of anderszins direct uit grondwet of verdrag is af te leiden, dient de rechter de individuele aanspraak af te wijzen. Er is dan geen plaats voor een analoge redenering waaruit extensieve interpretatie voortvloeit, of voor constructie van nieuwe rechten die passen in het systeem van grondwet of verdrag. Het hanteren en toepassen van de analoge redenering is in deze optiek onverenigbaar met het uitgangspunt dat het recht een vaste betekenis heeft. Het zou in strijd komen met het democratische karakter van de grondwet indien de rechter daarop exclusief toezicht heeft; er is geen behoefte aan een 'toegevoegde wetgever'. De rechter die een individuele aanspraak op basis van expliciete afwezigheid daarvan in de tekst van grondwet of verdrag afwijst, zal zich in deze opvatting als terughoudend aanmerken. Activistisch is de rechter in deze optiek, die zich verlaat op concepten en algemene beginselen en daaruit normen voor toepassing afleidt.

8 Rechter Holmes verwoordt deze opvatting in *Missouri t. Holland* (252 U.S. 416 (1920)) als volgt: 'When we are dealing with words that are also a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize and hope that they had created an organism [...]. The case before us must be considered in the light of our experience and not merely in that of what was said a hundred years ago'.

9 Zie bijvoorbeeld in hoofdstuk 1 het citaat van Ramm en het citaat van rechter Rehnquist (*dissenting*) in *Bounds t. Smith*, 430 U.S. 817 (1977).

De analogie levert soms een strategie om lastige kwesties in de constitutionele interpretatie, die samenhangen met de constitutionele verhouding, te vermijden

De analoge redenering nam op sommige momenten de indruk weg, dat er niet zozeer extensief werd geïnterpreteerd of dat er nieuwe rechtsnormen werden gepositieerd door de rechter: de rechter trachtte het juridisch forum te overtuigen van het uitgangspunt dat de door hem gehanteerde normen reeds onderdeel zijn van het geldend recht. In het licht van de taakverdeling tussen rechter en wetgever lijkt dat een bruikbaar instrument te zijn: vanuit de gedachte van aanwezigheid van onzichtbare of onbenoemde normen in het 'systeem' van het recht kan de een spanning in de taakverdeling tussen rechter en wetgever enigszins worden gerelativeerd. In deze opvatting dient dan wel door het juridisch forum te worden aanvaard, dat de rechter niet anders doet dan onbenoemde normen in het systeem zichtbaar maken. Een grond voor hantering van de analogie lijkt te zijn gelegen in de vergroting van de aanvaarding van de rechterlijke uitspraak.

De rechter heeft bij aanvaarding van zijn uitspraak niet alleen te maken met een juridisch forum, maar ook met een 'breder publiek' dat hij wenst te overtuigen van de rechtvaardigheid van zijn uitspraak. De rechter is gebaat bij aanvaarding en naleving van zijn uitspraak bij een zo breed mogelijk forum. Dit algemene forum richt de aandacht vooral op de uitkomst van het rechterlijk besluitvormingsproces, waarbij rechtvaardigheidsgevoel eerder voorop staat. Die rechtvaardigheid behoeft niet altijd te zijn ingegeven door normen van geldend recht – niet wanneer rechtvaardigheid en geldigheid van rechtsnormen met elkaar in strijd komen. Bezwaren tegen consequenties die volgen uit het hanteren van een norm waarvan de gelding in het recht niet vaststaat lijken voor dit forum van minder groot belang. Juridische rationaliteit in legitimiteit op basis van geldende rechtsnormen kan in sommige gevallen tegenover het rechtvaardigheidsgevoel komen te staan. De analoge redenering kan in sommige gevallen een oplossing bieden wanneer juridische rechtvaardigheid en rechtvaardigheid die niet is gebaseerd op juridische grondslag uiteenlopen. Het is dan zaak dat de rechter beide fora ervan weet te overtuigen dat hij *rechts*normen hanteert en aan de hand daarvan tot een 'rechtvaardige' eindbeslissing komt. In sommige kwesties lijkt een rechtvaardige uitkomst niet voor de hand te liggen omdat over de problematiek die aan de orde is in de samenleving grote verdeeldheid bestaat.¹⁰

10.2 Het recht op persoonlijkheid in Grondwet en Verdrag

10.2.1 *Recht op persoonlijkheid: positiveringen in Grondwet en Verdrag*

Het recht op persoonlijkheid dekt, afgaande op de grondwettelijke- en verdragsbepalingen, een breed scala aan aspecten die op de één of andere manier te maken hebben

¹⁰ Zie bijvoorbeeld de abortuskwesties, de aanspraak op een recht op hulp bij zelfdoding en het recht van transseksuelen op erkenning van de veranderde geslachtelijke identiteit.

met het recht op zelfbeschikking en autonomie van het individu. Algemene gemeenschappelijke classificaties werden in dit onderzoek afgewezen. In hoofdstuk 2 werd gesteld dat vijf deelaspecten van het recht op persoonlijkheid in alle stelsels terugkeerden. De gekozen classificatie van het recht op persoonlijkheid zoals voorgesteld bleek niet volledig, maar naar sluitendheid van een opsomming wordt niet gestreefd voor dit onderzoek. Van belang was jurisprudentie die rechtsontwikkeling te zien geeft met betrekking tot aspecten van het recht op persoonlijkheid. Nu wisselt de mate waarin deze elementen in Grondwet of Verdrag door de betrokken wetgever zijn gepositieerd. In de Amerikaanse, de Duitse, de Nederlandse Grondwet en het EVRM zijn deelaspecten van persoonlijkheid in afzonderlijke bepalingen gecodificeerd. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen algemene formuleringen enerzijds en nader gespecificeerde aspecten van persoonlijkheid anderzijds. Zeer algemeen en daarmee dichterbij de nabijheid komend van een algemeen vrijheidsrecht zijn het Amerikaanse 'liberty' uit het Veertiende Amendement, het recht op persoonlijke ontplooiing ex Art. 2 lid 1 GG, het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM en het recht op persoonlijke levenssfeer ex Art. 10 Grondwet. Hoewel deze rechten reeds een vaag karakter dragen en mitsdien ruimte kunnen bieden aan uiteenlopende aanspraken, achtten de Amerikaanse, de Duitse en de Nederlandse rechters het toch noodzakelijk, een notie van het recht op persoonlijkheid aan de bestaande grondrechten toe te voegen: zij ontwikkelden het recht op 'privacy' (het Amerikaanse Hooggerechtshof) en het algemene persoonlijkheidsrecht (het Duitse Federale Constitutionele Hof en de Nederlandse Hoge Raad). Het EG-Verdrag positieert geen recht op persoonlijkheid, maar via Art. 6 lid 2 EU-Verdrag maken grondrechten die de Lid-Staten gemeenschappelijk hebben en die in het EVRM zijn vastgelegd als rechtsbeginselen deel uit van de orde van communautair recht. Het recht op 'privacy' behoorde tot die rechtsbeginselen, zoals het Luxemburgse Hof besliste in *Panasonic* in 1980. Het begrip privé-leven ex Art. 8 EVRM blijkt een zeer uiteenlopende scala aan individuele aanspraken te kunnen beschermen. Het lijkt op het eerste gezicht minder omvattend te zijn dan het Duitse begrip, omdat het van oorsprong de persoonlijkheid van het individu niet als uitgangspunt stelt en qua formulering meer lijkt te doelen op afscherming van het privé-leven. Intussen blijken de ontwikkelingen in de rechtspraak van het EHRM echter te wijzen op een notie die de persoonlijkheid van het individu in meer aspecten dan alleen afscherming van de buitenwereld beschermt.

10.2.2 *Reikwijdte van de Grondwettelijke en Verdragsbepalingen*

Hoewel ter zake van de verschillende rechtsnormen in de stelsels geen definitieve reikwijdte kon worden vastgesteld, kan toch worden gesteld dat het Duitse recht op ontplooiing van de persoonlijkheid ex Art. 2 lid 1 GG de meest omvangrijke reikwijdte lijkt te hebben. Dit grondrecht ziet van oorsprong niet op aspecten van het recht op persoonlijkheid zoals een afgeschermd ruimte of een fysieke integriteit; het stelt de persoonlijkheid van het individu voorop. De in de andere stelsels genoemde rechtsnormen hebben evenwel de potentie om uit te groeien naar een vergelijkbare ruime strekking. Het Amerikaanse vrijheidsbegrip lijkt een minder ruime strekking te hebben dan het Duitse recht op persoonlijke ontplooiing. De Amerikaanse rechtspraak vertoont op dit punt een wisselend beeld. Gedurende enkele 'Courts' bleek het Hooggerechtshof bereid

het recht op 'liberty' in het Veertiende Amendement extensief uit te leggen.¹¹ De laatste twee decennia heeft het Hooggerechtshof echter paal en perk gesteld aan de reikwijdte van 'liberty'. De Nederlandse rechter heeft aan het recht op persoonlijke levenssfeer niet een uitwerking gegeven die te vergelijken is met de mate waarin het Duitse Hof aan Art. 2 lid 1 GG of het EHRM aan Art. 8 EVRM uitleg hebben gegeven. Art. 10 en 11 Grondwet lijken wel een op de persoonlijkheid gerichte bescherming in zich te dragen, maar de rechter heeft niet zoals de Straatsburgse of de Duitse rechter wel hebben gedaan, de grenzen van dat recht onderzocht.

10.2.3 Reikwijdte van de ongeschreven rechten

Ook voor de in de rechtspraak gepositieerde rechten bestaat geen definitieve en uitputtende vaststelling van de reikwijdte. Het begrip 'privacy' in de Amerikaanse constitutionele rechtspraak, het algemene persoonlijkheidsrecht in de Duitse constitutionele rechtspraak, het persoonlijkheidsrecht in de Nederlandse rechtspraak en het begrip 'privacy' in de Luxemburgse rechtspraak zijn allen in rechterlijke rechtsvinding tot stand gekomen. Het lijkt erop dat het EHRM tot dusverre geen aanleiding heeft gezien om op dit vlak met een eigen notie te komen; het achtte Art. 8 EVRM tot dusverre voldoende ruim om uiteenlopende nieuwe individuele aanspraken te erkennen. Toch zijn er in de Straatsburgse rechtspraak ook ontwikkelingen gesignaleerd die wijzen op een langzame erkenning van constituerende rechtsbeginselen die invulling geven aan ongeschreven rechtsnormen; in dit verband kan worden gedacht aan bijvoorbeeld het recht op menselijke waardigheid en het recht op leven als primordiale beginselen die het gehele EVRM beheersen. Daarnaast heeft het EHRM het recht op privé-leven ex Art. 8 in enkele gevallen als een rechtsbeginselachtige notie gehanteerd waardoor het tot een ruimere notie kon uitgroeien dan de meer beperkte notie van een recht op afscherming van het privé-leven.¹² Het lijkt, afgaande op de wijze waarop de rechter privé-leven in zijn rechtsvinding hanteert, steeds meer het karakter te verkrijgen van een met het Duitse of Nederlandse 'algemene persoonlijkheidsrecht'.

Het privacybegrip van de Amerikaanse rechter en het algemene persoonlijkheidsrecht van de Duitse rechter hebben beiden onmiskenbaar een kleinere reikwijdte dan respectievelijk 'liberty' uit het Veertiende Amendement en het recht op persoonlijke ontplooiing ex Art. 2 lid 1 GG. De beperkingsmogelijkheden zijn bij de wettelijk vastgelegde begrippen ruimer. Dat ligt minder voor de hand bij kwalificatie onder respectievelijk 'privacy' of het algemene persoonlijkheidsrecht; beiden hebben een beduidend minder ruime reikwijdte dan de grondwettelijk verankerde rechten op 'liberty' en persoonlijke ontplooiing.

11 Dat hangt grotendeels samen met de vraag naar de 'fundamentality' van de individuele aanspraak onder 'liberty'. Sinds *Bowers t. Hardwick* wordt deze vraag beantwoord aan de hand van de maatstaf van de mate waarin de aanspraak een plaats heeft verworven tussen de rechten die diepe wortels hebben in de Amerikaanse samenleving (zie par. 5.3.6).

12 Zie bijvoorbeeld *Niemietz t. Duitsland*, uitgewerkt in de inleiding onder 'wetsanalogie', par. 8.3.4.

10.2.4 Beperkingsmogelijkheden

Wanneer de individuele aanspraak door het Amerikaanse Hooggerechtshof eenmaal is erkend als aanspraak onder 'privacy', volgt in beginsel steeds een intensieve toetsing van de aangevochten wetgeving. Aanspraken die onder 'privacy' worden erkend, worden tot dusverre steeds als 'fundamental' aangemerkt. Aanspraken die onder 'liberty' worden gekwalificeerd worden niet in alle gevallen als 'fundamental' aangemerkt.¹³ In de toetsingsfase bij het recht op vrijheid en het recht op 'privacy' lijkt nauwelijks ruimte te bestaan voor flexibiliteit ter zake van de intensiteit van de toetsing. Een marginale toets leidt vrijwel steeds tot het instandhouden van de wet. Omgekeerd leidt een intensieve toetsing vrijwel altijd tot vaststelling van ongrondwettigheid van de aangevochten wet. Er komt in de Amerikaanse situatie vanwege de nagenoeg algehele afwezigheid van variabele toetsingsmaatstaven veel nadruk te liggen op de kwalificatie van de individuele aanspraak in de interpretatiefase.¹⁴

De Europese rechtsstelsels vertonen in dit opzicht een wat genuanceerder beeld: een marginale toets hoeft niet immer te leiden tot vaststelling van grondwettigheid van de wet. Omgekeerd leidt een intensieve toets niet steeds tot vaststelling van ongrondwettigheid van de aangevochten wet. Met name in het Nederlandse, het Straatsburgse en het Duitse grondwettelijke systeem blijken toetsingsmaatstaven aanwezig, die de honoreren van de in de interpretatiefase erkende individuele aanspraken enigszins kunnen differentiëren. Het EHRM, de Duitse en de Nederlandse rechter hanteren – weliswaar met wisselende intensiteit – een proportionaliteitstoets ter zake van rechten die gelieerd zijn aan het recht op persoonlijkheid. Het EG-Verdrag legt zelf geen toetsingsmethodiek voor beperkingen op het recht op 'privacy' vast. Het Luxemburgse Hof heeft wel enkele lijnen uitgezet ter zake van beperkingen op het recht op 'privacy', maar de rechtspraak laat geen uitgewerkte beperkingsmethodiek zien. Aangenomen wordt dat de afwezigheid van een uitgewerkte toetsingsmethodiek deels samenhangt met de afwezigheid van een toetsingskader in het EG-Verdrag.¹⁵

Een belangrijke toetsingsmaatstaf voor de beantwoording van de vraag of een schending van het grondrecht te rechtvaardigen is, wordt zoals hiervoor reeds gesteld gevormd door de proportionaliteitstoets. Met name de Duitse en de Straatsburgse rechter hanteren dit mechanisme en hebben de proportionaliteitstoets in de rechtspraak verder uitgewerkt. Zij zijn het meest ruimhartig met de erkenning van nieuwe aanspraken onder respectievelijk het recht op persoonlijke ontplooiing ex Art. 2 lid 1 GG en het recht op privé-leven ex Art. 8 EVRM. De mate waarin de effecten van extensieve interpretatie of van positivering van nieuwe normen kunnen worden ingeperkt door de proportionaliteitstoets lijkt van invloed op de bereidheid, uiteenlopende individuele

13 Par. 3.3.3.

14 Dit geldt voor de vraag of een individuele aanspraak onder 'liberty' of onder 'privacy' moet worden gekwalificeerd.

15 Deze situatie zal zich waarschijnlijk wijzigen wanneer het Handvest van de fundamentele rechten in werking treedt; hierin kennen de afzonderlijke rechten wel een beperkings- en toetsingsmethodiek. Tot op heden is het Hof zeer terughoudend gebleken met het aanhalen van het Handvest als rechtsbron.

aanspraken te aanvaarden rechtsnormen. Stelsels als het Amerikaanse, het Luxemburgse en het Nederlandse, waarin niet of in mindere mate wordt gewerkt met een proportionaliteitstoets, ontberen een mechanisme om in de gevolgen van de erkenning te relativieren.¹⁶

10.3 De analogie levert steeds een grondrechtelijke extensie op

De toepassing van een analoge redenering aan de hand van een norm van hoger recht leidt in de onderzochte rechtspraak steeds tot een extensie of uitbreiding van de catalogus van grondrechten: in de wetsanalogie wordt aan de te interpreteren wettelijke norm een nieuwe betekenis toegevoegd. De nieuwe betekenis van de grondwettelijke norm is althans tot dusverre nog niet in de rechtspraak, grondwet of verdrag tot uitdrukking gebracht. In de rechtsanalogie is steeds sprake is van positivering van nieuwe rechten: er worden rechtsnormen toegepast op het concrete geval, die tot op dat moment nog niet waren benoemd in rechtspraak, grondwet of verdrag.¹⁷ Met grondrechtelijke extensie wordt aldus bedoeld op het fenomeen, dat aan het grondrechtelijke normensysteem, voor zover dat tot op moment van de rechterlijke uitspraak kan worden gekend aan de hand van rechtspraak en wetgeving, een nieuwe norm wordt toegevoegd.¹⁸

Een belangrijke voorwaarde voor constitutionele extensie is dat de norm van hoger recht, die als vergelijkingspunt fungeert in de analoge redenering, een abstract karakter heeft. In geen van de gevallen leidde de analogie met een abstracte norm tot een restrictieve uitleg van bestaande bepalingen. Indien de rechter niet wilde overgaan tot extensieve interpretatie of tot positivering van een nieuw recht, bestond in de eerste plaats de mogelijkheid om een analoge benadering af te wijzen met als voornaamste reden dat het niet aan de rechter is om bestaande bepalingen dermate extensief te interpreteren of nieuwe rechtsnormen tot stand te brengen.¹⁹ Een tweede mogelijkheid om niet over te

16 Gedoeld wordt hier op het hanteren van de proportionaliteitstoets ter zake van de rechten gelieerd aan het recht op persoonlijkheid; er worden geen uitspraken gedaan over het hanteren van de proportionaliteitstoets in het algemeen in de stelsels.

17 Vraag is in hoeverre in grondwettelijke context, waarin met name op het terrein van het recht op persoonlijkheid normen met een open textuur zijn opgenomen, kan worden gesproken van het al of niet benoemd zijn. Er werd met name gezocht naar rechterlijke uitspraken, waarin de gehanteerde norm voor het eerst werd gehanteerd in de rechtspraak; dat is hier met name de belangrijkste aanwijzing voor de kwestie of sprake is van een 'extensieve' interpretatie of van een 'nieuwe' rechtsnorm.

18 In deze benadering wordt uitgegaan van de veronderstelling dat de lijst van grondrechten een zeker systeem kent. Tot het grondrechtelijk systeem behoren de in de grondwet of verdrag gepositieerde grondrechten, gewoonterecht en ongeschreven, in de jurisprudentie gepositieerde rechten (zie par. 2.2.4). Rechtsbeginselen horen in elk geval wel tot de constitutionele normen, maar maken niet vanzelfsprekend deel uit van de grondrechten. Een reden om rechtsbeginselen buiten het systeem van de grondrechten te plaatsen is hun rechtskarakter: rechtsbeginselen drukken in het algemeen geen concreet toepasbare rechtsnormen uit, maar dienen daaraan voorafgaand te worden geconcretiseerd.

19 Zie bijvoorbeeld het recht op hulp bij zelfdoding in het Amerikaanse debat, par. 5.3.7 of het recht op seksuele voorkeur, eveneens in de Amerikaanse rechtspraak, par. 5.3.6. Zie verder ook par. 6.3.8 waarin het Duitse Hof een analoge benadering van transseksualiteit (de aanspraak op erkenning van de ge-

gaan tot een extensieve uitleg van een bestaande rechtsnorm of tot positivering van een nieuwe norm was gelegen in de afwijzing van *abstracte* normen van hoger recht. In sommige gevallen opteerden de rechters voor hantering van meer concrete, *specifieke* normen. Er werd dan een analogie voltrokken, al bleek die niet langer gebaseerd op een abstracte norm van hoger recht.

Voor al in de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof werd expliciet gesteld, dat de voorkeur voor hantering van een zo 'specifiek' mogelijke norm werd verbonden aan een 'terughoudende taakopvatting' van de rechter.²⁰ In de gevallen waarin een analogie onder een abstracte norm van hoger recht (bijvoorbeeld onder 'privacy') werd afgewezen werd daarvoor als reden gegeven dat de rechter zijn rechtsvinding dient te uit te voeren aan de hand van zo specifiek mogelijke normen. Specifieke normen, zo luidt de opvatting, zijn beter te objectiveren en te herleiden tot geschreven normen.²¹ Vanuit die gedachte blijft de rechter dan 'zo dicht als mogelijk' bij de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever. 'Privacy' is volgens sommige rechters niet te herleiden uit de grondwet en kan derhalve geen rechtens geldige grondslag bieden voor rechtsvinding. Vraag is dan, of de stelling dat analoge redeneringen met een norm van hoger recht altijd leiden tot een grondrechtelijke extensie zijn geldigheid behoudt. In dit onderzoek is in de Amerikaanse rechtspraak de norm 'privacy' tot ontwikkeling gekomen als grondslag voor ontwikkeling van concrete individuele rechten. Het recht op 'privacy' werd getypeerd als norm van hoger recht: het fungeerde in de analogie als katalysator voor de positivering van uiteenlopende nieuwe rechtsnormen. Vanuit die optiek heeft het recht op 'privacy' een abstract karakter: uiteenlopende rechten kunnen eronder worden gekwalificeerd. Het is een postulaat dat op krachtige wijze een morele norm tot gelding brengt. Een dergelijke typering komt sommige specifieke normen eveneens toe, maar zij zijn doorgaans minder abstract van aard en kunnen mitsdien het bestaan van minder uiteenlopende individuele aanspraken rechtvaardigen.

De laatste jaren lijkt de hier geschetste benadering dominant te zijn in de rechtsvinding van het Amerikaanse Hooggerechtshof ten aanzien van individuele aanspraken op het recht op 'privacy'. Op de claim dat hantering een zo specifiek mogelijke norm in de constitutionele rechtsvinding leidt tot objectivering van die rechtsvinding is echter kritiek te geven vanuit de gedachte, dat de grondwetgever bedoeld heeft dat ook abstracte normen van hoger recht deel uitmaken van het grondrechtelijk normensysteem. Deze positie wordt met name verdedigd door de 'non-interpretivists' in het Amerikaanse rechtsvindingsdebat.²² Het standpunt van de Amerikaanse 'originalists' en 'intentionalists' daarentegen gaat er vanuit dat de grondwetgever die bedoeling niet heeft gehad, of dat we althans niet zeker weten of het tot het mandaat van de rechter behoort deze

slachtelijke identiteit) en homoseksualiteit (de aanspraak op seksuele voorkeur en erkenning van een recht om te huwen).

20 Zie bijvoorbeeld par. 5.3.5 en 5.3.6. In de rechtspraak van het EHRM pleitten *dissenters* een enkele keer voor hantering van een meer specifieke maatstaf (zie par. 8.3.6).

21 Zie par. 5.3.5.

22 Par. 4.3.1.

wet op te tuigen met beschermingsmechanismen die tegemoet komen aan de eisen van de hedendaagse samenleving. Zij trekken althans sterk in twijfel dat het de taak van de rechter is om die beschermingsmechanismen in het leven te roepen. De 'originalists' claimen dat zij met de afwijzing van hantering van abstracte normen van hoger recht in beginsel de 'meest objectiverende' rechtsvindingsmethode hanteren. Hen kan echter worden tegengehouden dat de grondwetgever juist niet de bedoeling heeft gehad, dat strikt aan de tekst van de grondwet zou worden vastgehouden, maar dat deze met de condities van de samenleving mee dient te groeien. Het staat allerm minst vast, dat de grondwetgever destijds een verbod op hantering van normen van hoger recht in de rechtsvinding heeft willen uitvaardigen.²³

10.3.1 *Technisch-juridische en analoge rechtsvinding*

In hoofdstuk 4 is de structuur van de rechtsvinding aan de orde gekomen om te onderzoeken, in welke mate er controlemechanismen in het rechtssysteem aanwezig zijn die de rechterlijke vrijheid bij (analoge) constitutionele rechtsvinding enigszins aan banden kunnen leggen. Dergelijke mechanismen lijken aangewezen omdat de te interpreteren grondwetsnormen een open textuur kennen, en de rechter in beginsel aldus steeds vage normen dient te interpreteren. De rechter heeft een aantal instrumenten ter zake van rechtsvinding tot zijn beschikking, waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen technisch-juridische en analoge rechtsvindingsmethoden. Beide methoden sluiten elkaar niet uit; zij overlappen elkaar deels. De overlapping met de wetsanalogie is mogelijk bij de toepassing van de systematische, de teleologische en de dynamisch-evolutieve interpretatie. In een wetsanalogie zoekt de rechter aanknopingspunt bij een bestaande wetsnorm, en onderzoekt in een concreet geval aan de hand van achterliggende systemen in de wet of rechtsbeginselen welke de omvang van de norm is. Een vergelijkbaar uitgangspunt wordt gehanteerd bij de systematische interpretatiemethoden. De overlapping met de teleologische methode is daarin gelegen, dat de rechter met de analogie tracht te ontwaren, welke onderliggende doelstellingen invulling geven aan de te interpreteren rechtsnorm. In de dynamisch-evolutieve interpretatie is de analogie van betekenis wanneer die bijvoorbeeld wordt gehanteerd om een consensus ter zake van bestaande opvattingen te ontwaren voor de rechtvaardiging van een bepaalde interpretatie van een rechtsnorm.²⁴

De analoge redeneerwijze wordt, zij het met uiteenlopende regelmaat en wisselende intensiteit in alle rechtssystemen benut, om een extensieve lezing van rechtsnormen of ongeschreven rechten te legitimeren. Met wisselende intensiteit wordt hier bedoeld op het onderscheid tussen de wetsanalogie en de rechtsanalogie. Het lijkt er sterk op dat de rechtsanaloge redeneerwijze in hogere mate kan leiden tot innovatieve rechtsvinding dan de wetsanaloge redenering. Als onderscheid kwam in de rechtspraakanalyse naar

23 Zie hierna par. 10.4 over de variaties in hantering van de analogie in de rechtssystemen en par. 10.5.2 over de verklaring van de variaties *tussen* de systemen in hantering van de norm van hoger recht.

24 Zie bijvoorbeeld de rechtspraak van het EHRM, par. 8.3.2 (transseksuelen) en par. 8.3.3 (culturele identiteit).

voren dat de rechter bij de wetsanaloge methode als uitgangspunt een wetsbepaling hanteert, waarvan hij zich afvraagt of deze een reikwijdte heeft die de individuele aanspraak en het bijbehorende feitencomplex nog kunnen dekken. In de gevallen waarin de rechtsanaloge methode ter hand werd genomen, was het brandpunt van een wettelijke bepaling niet zichtbaar aanwezig; de rechter lijkt zelfstandig een rechtsnorm te construeren op basis van normen van hoger recht.

Het onderscheid van wets- en rechtsanalogie bleek in de jurisprudentieanalyse overigens niet steeds scherp te maken; in sommige uitspraken was niet duidelijk of er nu een wets- of rechtsanalogie werd gehanteerd. Zeker is wel, dat van hantering van de rechtsanalogie minder vaak met stelligheid kon worden gesproken dan in het geval van een wetsanalogie. In het algemeen lieten rechters zich niet expliciet uit over het hanteren van de ene of de andere interpretatiemethode. Er werden soms enkele aanwijzingen gegeven die bijvoorbeeld duiden op de noodzaak, de grondrechtsbescherming te brengen op het niveau van de 'present day conditions', of op het bestaan van een systeem van verschillende soorten rechtsnormen waaruit een rechtsnorm voor het voorliggende geschil kan worden geconcretiseerd. In geen van de uitspraken gaf de rechter aan dat hij een wets- of rechtsanaloge redenering zou gaan interpreteren. De analoge redeneermethode wordt als zodanig niet aangekondigd. Uit de onderzochte rechtspraak kwam echter steeds een vast redeneerpatroon ter zake van de rechtsvinding naar voren.

10.3.2 Rationalisatie achteraf

Opvallend in alle rechtsstelsels is, dat de toepasselijke normen niet steeds op één moment expliciet door de rechter aan het bestaande normenkader werden toegevoegd. Er lijkt steeds een legitimatie achteraf plaats te vinden van deze normen als rechtsnorm.²⁵ Met legitimatie achteraf wordt hier bedoeld, dat de rechter zijn motivering op die wijze inricht, dat het lijkt alsof de extensieve interpretatie voor de hand lag of dat het gepositiverde recht al aanwezig was in het rechtsnormenkader. Het leek er in sommige uitspraken zelfs even op, alsof de norm van hoger recht al eerder was gehanteerd. Is de norm van hoger recht eenmaal door de rechter geïntroduceerd, dan volgt het stadium waarin deze zich moet zien te bestendigen. Bestendiging ervan is mogelijk door toepassing in concreto en vindt plaats wanneer de rechter een eenmaal gehanteerde norm van hoger orde in latere individuele aanspraken gebruikt om aanspraken te concretiseren tot rechten. Daarmee is de norm van hoger recht niet een gefixeerde norm gebleken die toepasselijk is voor één bepaalde categorie van individuele aanspraken,

25 Zie bijvoorbeeld *Eppler* waarin het Hof verwees naar *Tonband* en *Soraya* en andere voorafgaande jurisprudentie waarin tekstueel geen sprake was van een algemeen persoonlijkheidsrecht, maar het Hof het wel 'ontwaarde' (zie par. 6.3.2 en 6.4.4). In de Amerikaanse rechtspraak werd *privacy* ook ontwaard in voorafgaande rechtspraak aan *Griswold t. Connecticut* via de constructie als opgezet door rechter Douglas (zie par. 5.4.2). Ook het algemene persoonlijkheidsrecht van *Valkenhorst* heeft dergelijke trekken: de rechter wilde zijn gehoor overtuigen van zijn standpunt, dat het recht al bestond, maar nog niet was geuit of benoemd (zie par. 9.2.7). In de Straatsburgse rechtspraak is rationalisatie achteraf ook te herkennen (par. 8.4.1). Het Luxemburgse Hof hanteert hiervoor zijn beginselenconstructie die deel uitmaakt van het EG-rechtsnormenkader, waar het tot op grote hoogte kan putten uit het bestaande normenkader van het EVRM.

maar vormt voor toekomstige rechtspraak een grondslag waaruit in het concrete geval nieuwe rechtsregels kunnen worden afgeleid. De mate van abstractie draagt in dit verband bij aan een ruimer toepassingsbereik van de norm van hoger recht: een abstracte norm kan meer 'rechten' in zich herbergen dan een norm met een specifiekere toepassingsbereik.²⁶

10.3.3 Bestendiging

Vaak is er enige tijd gelegen tussen het eerste moment van positivering en de tweede keer waarin de norm van hoger recht dienst doet als grondslag voor concretisering van andere of gelijkaardige individuele aanspraken. Die periode kan deels worden verklaard door het incidentele karakter van rechtspraak. De positivering van de norm van hoger orde moet worden opgemerkt en, indien relevant, worden verwerkt in de individuele aanspraak. De rechtspraak vertoont in dit opzicht een redelijk overzichtelijk beeld: wanneer die norm van hoger orde voor een tweede of volgende keer wordt benut, wordt het bestaan van de norm van hoger recht nauwelijks meer toegelicht: verwijzing naar het relevante precedent geeft dan voldoende rechtvaardiging voor de aanname van het rechtskarakter van de norm van hoger recht. Indien het bestaan van deze norm echter betwist wordt, geeft de rechtspraak een ander beeld te zien: er vindt dan soms een herhaling of nadere toelichting van de oorsprong van de norm van hoger recht plaats.²⁷ Heeft extensieve interpretatie van een grondwettelijke norm geleid tot verhitte debatten over de taakopvatting geleid, dan kan dat tot gevolg hebben dat de rechter zich genoopt ziet de betekenis van de extensief geïnterpreteerde norm te verantwoorden, zoals in *Reiten im Walde*.²⁸ Andere tekenen van onvrede met de positivering van nieuwe rechtsnormen of extensieve interpretaties zijn bijvoorbeeld debatten over voor te nemen wetgevingsactiviteiten ter zake.²⁹ Zoals voorheen al gesteld is amendering nauwelijks een reële optie, maar kan de wetgever met een voornemen wel een signaal afgeven ter zake van de gewenste uitleg over de reikwijdte van een grondrecht. Omgekeerd kan de rechter met zijn rechtsvinding eveneens een voor de door de wetgever voorgenomen rechtsvorming belangwekkend signaal afgeven over de wijze waarop hij een bepaalde problematiek zal benaderen.³⁰ De wijze waarop nieuwe rechtsnormen op het terrein van het recht op persoonlijkheid steeds worden gepositieerd in de con-

26 Zie bijvoorbeeld in de zaak *Michael H. t. Gerald D.*, par. 5.3.5 waarin de discussie tussen Scalia en Brennan wordt gevoerd over de juiste invulling van de toepasselijke normen: Brennan opteerde voor een abstracte norm van hoger recht, terwijl Scalia een zo specifiek mogelijke benadering van de vergelijking bepleitte.

27 Zie bijvoorbeeld het recht op 'privacy' in de Amerikaanse rechtspraak, dat na de positivering in *Griswold t. Connecticut* niet steeds vanzelfsprekend deel uit leek te maken van het rechtsnormensysteem.

28 *Reiten im Walde*, 80 BVerfGE 137 (154), zie par. 5.4.3.

29 Zie bijvoorbeeld de discussie in de Verenigde Staten over het voornemen, het Hof rechtsmacht over abortus of over andere kwesties te ontnemen (par. 3.2.6).

30 In *Valkenhorst* stelde de Hoge Raad dat zijn bevindingen ter zake van het recht op afstammingskennis geen gevolgen zouden hebben voor op handen zijnde wetgeving op het terrein van kunstmatige donor-inseminatie. Indien over dat thema nu echter aanspraken bij de rechter terecht komen, lijkt het niet houdbaar een aanspraak op afstammingskennis geheel af te wijzen, terwijl personen waarvan de ouders niet hebben gekozen voor kunstmatige inseminatie wel een aanspraak op dat recht kunnen laten gelden. De Hoge Raad heeft immers gesteld, dat de kennis van de afstamming een 'vitaal belang' is.

stitutie vertoont sterke gelijkenis met MacCormicks visie op ontwikkeling van de wijze waarop nieuwe rechtsnormen betekenis verkrijgen in het positieve recht.³¹

10.4 De rechterlijke houding naar de analoge redeneermethode

Het debat over expliciete aanvaarding of afwijzing van de analoge redeneermethode waarin aan de hand van een norm van hoger recht extensief wordt geïnterpreteerd of nieuwe normen worden gepositieerd is het meest zichtbaar geworden aan de hand van de Amerikaanse jurisprudentie. Dat houdt niet in, dat de problematiek in de andere rechtsstelsels geheel afwezig is.³² Zoals voorheen gesteld heeft extensie van bestaande normen of schepping van nieuwe rechtsnormen op het terrein van het recht op persoonlijkheid repercussies op het rechtsnormenkader: de tussenvoeging van nieuwe normen leidt tot kleine of grote verschuivingen in het bestaande systeem, en de vraag rijst of met de nieuwe tussenvoegingen de coherentie van het systeem wordt gediend of dat dat juist leidt tot inconsistenties in het systeem. Vanuit de constitutionele verhouding klemmt dan de vraag, of extensie van bestaande rechtsnormen of positivering van nieuwe normen tot de taak van de rechter behoort. De beantwoording van deze vraag verdeelt de voor- en de tegenstanders van de analoge redenering aan de hand van normen van hoger recht in het Amerikaanse debat in hoge mate. De wijze waarop deze vraag wordt beantwoord is echter niet alleen relevant voor de Amerikaanse rechter, maar ook voor de overige Europese rechtsstelsels. Ook zij hebben te maken met het feit, dat de analoge redenering leidt tot een uitbreiding van de lijst van grondrechten en dat een dergelijke rechterlijke activiteit niet vanzelfsprekend aanvaardbaar wordt geacht in het kader van de constitutionele verhouding. Vraag is, indien wordt aangenomen dat we hier te maken hebben met een belangwekkend constitutioneel spanningsveld, op welke wijze de Europese rechters bezwaren tegen rechterlijke rechtsvinding, die uit constitutionele spanningsveld voortvloeien, tegemoet treden.³³ Eerst zal het brandpunt van de discussie tussen voor- en tegenstanders van de analoge redenering in het Amerikaanse debat worden uiteengezet.

10.4.1 Aanvaarding of afwijzing van de analoge redeneermethode

‘Voorstanders’ van de analoge redeneermethode waarin abstracte normen van hoger recht worden gehanteerd zien problemen in de algehele afwijzing van de analoge redenering met een norm van hoger recht of in hantering van de specifieke normen bij constitutioneelrechtelijke vraagstukken; zij stellen dat afwijzing van een analoge redenering met een norm van hoger recht niet gewenst is omdat deze tekort doet aan de

31 Zie par. 4.7.3.

32 De Duitse grondwet kent een begrenzing in Art. 79 lid 3 GG, dat dicteert dat grondwetswijzigingen tekstueel dienen te worden vastgelegd (par. 2.4.1); in de rechtspraak van het EHRM hebben dissenters zich een enkele keer zeer kritisch uitgelaten over de hantering van een abstracte norm van hoger recht in de rechtsvinding omdat deze in casu leidde tot vaststelling van rechten waartoe de rechter niet bevoegd was (par. 8.3.6 en 8.3.9).

33 Op deze vraag wordt een antwoord gezocht in par. 10.5.2.

consistentie van het constitutionele recht. Juist de open textuur van het constitutionele recht waartoe ook de rechten die gelieerd zijn aan het recht op persoonlijkheid behoren, laten tot op zekere hoogte een tussenvoeging van ongeschreven rechten door de rechter toe. Vanuit die optiek kan worden gesteld, dat de rechter die zich bedient van abstracte normen van hoger recht zich juist op correcte wijze van zijn taak kwijt: hij dient nu eenmaal grondrechtsbescherming te bieden aan het individu en daartoe kan het soms noodzakelijk zijn om bij interpretatie terug te grijpen op normen die ten grondslag liggen aan de structuur van de constitutie. De coherentie van grondwet of verdrag kan juist in het gedrang komen wanneer het bestaan van een systematisch normenkader wordt afgewezen. Het gevaar bestaat dat grondrechten geïsoleerd, afzonderlijk van elkaar, beoordeeld en geïnterpreteerd worden. In dat verband kan men zich afvragen, hoe deze benadering zich verhoudt met het in alle stelsels aanwezige constitutionele uitgangspunt, dat de constitutie als eenheid dient te worden beschouwd, en dat de daarin vervatte rechten elkaar niet alleen ondersteunen maar ook onderling versterken.³⁴

Op het standpunt van de voorstanders van analoge interpretatie aan de hand van een abstracte norm van hoger recht valt zeker één en ander af te dingen. De consequenties van deze innoverende wijze van rechtsvinding kunnen van grote betekenis zijn voor de constitutionele verhoudingen, zoals onder meer bleek in of na *Roe t. Wade*, *Niemietz t. Duitsland*, *Eppler*, *Valkenhorst* of *P. t. S en Cornwall County*.³⁵ Zowel voor de norm van hoger recht als voor de concretisering dienen reikwijdte en rechtsgevolgen te worden vastgesteld. De in de analogie gehanteerde norm van hoger recht opent soms letterlijk ongekende mogelijkheden voor positivering of extensieve interpretatie van grondwettelijke normen. Onder 'privacy' werd in de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof een recht op het gebruik van voorbehoedmiddelen gepositieerd; later werd eveneens een aanspraak op vrijheid van homoseksuele activiteiten geclaimd. De erkenning van de nieuwe geslachtelijke identiteit bleek in *P.t. S. en Cornwall County* aanleiding voor aanspraak op positieve verplichtingen van de staat op het terrein van gelijke behandeling. De ongekende reikwijdte van de norm van hoger recht leidde in sommige situaties tot de afbakening van de reikwijdte, al lijkt deze vooral op casuïstische basis tot stand te komen. Er kan aldus rechtsonzekerheid ontstaan over de vraag welke gedragingen er nu wel, en welke niet door de norm van hoger recht worden bestreken. Indien de rechter niet overgaat tot het formuleren van enige – voor het voorliggende geschil relevante – begrenzingen, ligt het verwijt dat hij een norm hanteert die voor iedere willekeurige aanspraak kan opgaan, voor de hand.

Tevens dient in de meeste gevallen te worden bepaald welke de reikwijdte van de concretisering is. Omdat er over de concretisering door de wetgever (nog) niet in ex-

34 In alle stelsels zijn interpretatiemaximes aangetroffen die dicteren dat de Grondwet of het Verdrag als eenheid dient te worden beschouwd, zie par. 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3 en 4.3.4.

35 Zie respectievelijk *Roe t. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), zie par. 5.3.3; *Niemietz t. Duitsland*, EHRM 16 december 1992, Serie A vol. 251-B, zie par. 8.3.4; *Eppler*, 54 BVerfGE 148 (1980), zie par. 6.3.5; *Valkenhorst*, HR 15 april 1996, NJ 1994/608, zie par. 9.2.6; *P. t. S. en Cornwall County*, zaak 13/94, Jur. p. I-2143 (1996), zie par. 7.3.4.

tenso is nagedacht ziet de rechter zich voor de taak gesteld, zelf deze grenzen aan te geven: om de concretisering uit de norm van hoger recht toe te kunnen passen dienen de reikwijdte en de rechtsgevolgen te worden vastgesteld. Wanneer de rechter daartoe overgaat bevindt hij zich in beginsel direct op het terrein van de werkzaamheden van de wetgever: de rechter positieveert een rechtsnorm, en stelt haar reikwijdte vast. De mate waarin de rechter zich in laat met de werkzaamheden van de wetgever hangt in beginsel tot op grote hoogte samen met de vraag in hoeverre hij een algemene normstelling geeft. Indien wordt gekozen voor een op de individuele casus toegesneden vaststelling van de reikwijdte en beperking zal hij zich minder snel op dat terrein begeven dan in het geval waarin hij een algemene, boven het geschil uitstijgende vaststelling doet van de omtrekken van de toepasselijke norm. In sommige gevallen benadrukten de rechters de casuïstische benadering in het concrete geschil, hoewel niet in alle onderzochte gevallen kan worden gesproken van afwijzing van meer algemene, boven het concrete geschil uitstijgende beoordeling.³⁶ In sommige gevallen werd die reikwijdte eerst in een later concreet geschil nader afgebakend.

De reikwijdte van de norm van hoger recht in de analoge redenering laat in de Europese rechtsstelsels geen grote verschuivingen zien. Deze rechters aanvaarden, afgaand op de onderzochte rechtspraak steeds een ruime omvang van de norm van hoger recht; in enkele gevallen werd de grens evenwel bereikt, maar een debat over de reikwijdte vindt vooralsnog niet met dezelfde intensiteit als in de Verenigde Staten plaats. In de rechtspraak van de Hoge Raad is deze op het terrein van het recht op persoonlijkheid eerst recentelijk tot ontwikkeling gekomen met *Valkenhorst*. Een debat over de omvang van het persoonlijkheidsrecht heeft nauwelijks plaatsgevonden; afgewacht dient te worden hoe het recht zich verder zal ontwikkelen in de rechtspraak. In enkele gevallen heeft de wetgever al wel verwezen naar het persoonlijkheidsrecht.³⁷ De rechtspraak van het EHRM laat in de ontwikkeling van de rechtsvinding aan de hand van normen van hoger recht geen grote variaties zien; het is een maatstaf die, indien noodzakelijk, werd gehanteerd en waartegen binnen de gelederen van het Hof relatief weinig weerstand lijkt te bestaan.³⁸ Hetzelfde gaat op voor het Hof van Justitie van de EG. Dit Hof kent geen systeem van *dissentings* en *concurrings*, waardoor onduidelijk is of er binnen de gelederen van het Hof een debat wordt gevoerd over de juiste interpretatiemaatstaf. Het Duitse Hof kent wel een dergelijk systeem, maar uit de rechtspraak komt geen expliciete afwijzing naar voren van de analoge redenering aan de hand van een norm van hoger recht ter zake van normen op het terrein van het recht op persoonlijkheid. De veelvuldige hantering van de analoge redenering met het 'allgemeines Persönlichkeitsrecht' als norm van hoger recht lijkt juist te duiden op een aanvaarding van die norm.³⁹

36 De Hoge Raad beperkte bijvoorbeeld de reikwijdte van het recht op het kunnen vernemen van de afstammingskennis door te stellen dat deze niet zou opgaan voor kunstmatige donorinseminatie (zie par. 9.2.6).

37 Par. 2.7.4.

38 De grens van hetgeen het recht op privé-leven kan omvatten, werd afgetast in *Botta t. Italië*; verder hanteerde het Hof het recht op privé-leven steeds als een norm met een hoge abstractiegraad waaronder zeer uiteenlopende kwalificaties mogelijk zijn (par. 8.2.1).

39 Er is wel discussie geweest over de te ruime uitlegging van het recht op persoonlijke ontplooiing ex Art.

De rechtspraakanalyse laat zien, dat de afwijzing van de analogie of het teruggrijpen op normen van meer specifiek karakter een fenomeen is dat zich in de Amerikaanse rechtspraak manifesteert. Er lijken zich daar het duidelijkst variaties in aanvaarding of afwijzing van de analoge redenering met een norm van hoger recht af te tekenen. De wisselende koers ter zake van de aanvaarding van de analogie in de Amerikaanse rechtspraak is deels te verklaren vanuit het benoemingsproces dat grotendeels plaatsvindt op basis van de ideologische kleur van de rechters. De onderzochte uitspraken op het terrein van het recht op persoonlijkheid staan steeds centraal in het maatschappelijke en politieke debat. Ook spelen in de kwalificatie van de aanspraak in de rechtsvindingsfase aspecten een rol die te maken hebben met de constitutionele verhouding tussen rechter en democratisch gelegitimeerde wetgever. Wanneer met zulke complexe aspecten in de rechtsvinding rekening moet worden gehouden, en de president de mogelijkheid heeft om rechters van de eigen ideologische kleur te kunnen benoemen, is het voor hem van groot belang om invloed uit te oefenen op de visie waarmee de rechter de beoordeling van een individuele aanspraak op 'privacy' tegemoet treedt. Nu kan niet worden gesteld, dat de ideologische kleur van een president synchroon loopt met die van de meerderheid in het Hof. De wisselingen in de visie op de wijze waarop constitutionele interpretatie dient plaats te vinden zijn minder spectaculair dan de wisselingen van de presidenten. Zoals voorheen aangestipt kan er wel worden gesproken van zogenoemde 'Courts' die evenwel een extensief dan wel een restrictief interpretatiebeleid voerden.⁴⁰

Met de politieke benoemingsprocedure heeft de ideologische voorkeur van een rechter een tot op zekere hoogte een bestaansrecht verkregen, hetgeen doorklinkt in het stemgedrag van de rechters.⁴¹ Dat heeft gevolgen voor de rechtspraak. Veelal werden de onderzochte zaken beslist met een stemverhouding van 5-4. De betekenis van *dissentings* en *concurrings* neemt in deze stemverhoudingen toe.⁴² Deze laten zien welke discussies er in het Hof worden gevoerd over de juiste interpretatie en de daaraan verbonden rechterlijke taakopvatting. Met deze zichtbaarheid stelt het Hof zich kwetsbaar op; aanvaard wordt dat er niet één benadering denkbaar is maar dat er verschillende wijzen van interpretatie bestaan en dat wijziging in opvatting over constitutionele interpretatie mogelijk is. Om de tegenstander van het eigen argument te overtuigen komen de rechters die de opvatting van de meerderheid niet volgen met scherp geformuleerde *dissentings* en *concurrings*. De meerderheidsopinie boet in beginsel aan kracht in wanneer deze, zoals in veel van de onderzochte gevallen, op een minimale meerderheid steunt en in twijfel wordt getrokken door *dissentings* en *concurrings*. De afwijzing of juist aanvaarding van normen van hoger recht als normen die de rechter mag hanteren in zijn rechtsvinding wordt in de Amerikaanse constitutionele rechtspraak vanuit een zeer principieel oogpunt gevoerd. Hierdoor is een compromis, dat zou kunnen worden gebaseerd op een gemeenschappelijke visie, niet goed mogelijk.

2 lid 1 GG (*Reiten im Walde*, zie par.6.4.3).

40 Par. 3.2.4.

41 Par. 3.2.5.

42 Par. 3.2.5.

De huidige samenstelling van het Hooggerechtshof overziend lijkt een dergelijke benadering ver weg.⁴³

Het onderscheid tussen enerzijds de mogelijkheid, de analogie in haar geheel af te wijzen en anderzijds de mogelijkheid, de analogie met een abstracte norm van hoger recht af te wijzen lijkt eveneens een verschijnsel dat met name in het Amerikaanse debat wortel heeft geschoten.⁴⁴ De tweede vorm van afwijzing van analoge rechtsvinding lijkt een soort 'tussenfiguur' te zijn tussen algehele afwijzing van interpretatie met een abstracte norm van hoger recht en aanvaarding daarvan. Wellicht is deze tussenvariant tot ontwikkeling gekomen omdat constante, algehele afwijzing van het bestaan van normen van hoger recht niet steeds aanvaardbaar leek.

10.4.2 Constitutioneelrechtelijke bezwaren tegen de analoge redeneermethode

Hantering van de analogie blijkt een aantal constitutionele bezwaren met zich mee te brengen. Vastgesteld werd, dat niet steeds duidelijk is, welke de juridische status is van de norm van hoger recht die de rechter vaststelt. Een zelfde onduidelijkheid bestaat ten aanzien van de geldigheid van de extensieve interpretatie en de gepositieerde norm. De juridische status van door de rechter gepositieerde normen wordt in beginsel niet als vanzelfsprekend aanvaard in de rechtsgemeenschap, hetgeen tot op grote hoogte samenhangt met de oorspronkelijke constitutionele bevoegdheid van de rechter: recht spreken, niet maken. De extensie die ontstaat vanwege de analogie met een norm van hoger recht heeft in beginsel tot gevolg dat de rechter vaker in de gelegenheid zal zijn om te beoordelen of en in welke mate wetgeving in overeenstemming met grondrechtelijke normen. In de Verenigde Staten wordt dit proces van constante uitrekking van het Veertiende Amendement wel onder het debat over 'substantive due process' gevoerd.⁴⁵ Bezwaren vanuit de constitutionele verhouding tegen de oprekking van grondwetssnormen of tegen positivering van nieuwe rechten hangen direct samen met de wijze waarop de rechter zijn positie ten opzichte van de wetgever waarneemt.

De voorstanders van de analoge redeneermethode aanvaarden in beginsel een open visie van grondwet of verdrag: deze dient aldus te kunnen worden aangepast naar de eisen en condities van de huidige samenleving. Zij accepteren in dit verband tevens een taak voor de rechter. De tegenstanders van de analoge redeneermethode wijzen openheid van grondwet of verdrag niet steeds af. Met name de beantwoording van de vraag

43 De 'originalists' en de 'intentionalists' wijzen de opvatting af, dat niet alleen de letterlijke tekst van de grondwet centraal staat maar dat ook rechtsnormen die niet direct zichtbaar zijn in de grondwet deel uitmaken van de normen die de rechter in zijn rechtsvinding mag hanteren. De 'non-interpretivists' aanvaarden hantering van rechtsnormen die kunnen worden afgeleid uit het systeem van de grondwet juist wel.

44 In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG is de tweede variant wel aangetroffen in *Grant t. Southwest Trains* ter zake van de concretisering welke erkenning ten aanzien van geslachtelijke identiteit onder de reikwijdte van Art. 141 EG-Verdrag kon worden gekwalificeerd (par. 7.3.4) en in de rechtspraak van het EHRM in *Botta t. Italië* (waarin een 'direct link' werd vereist tussen de individuele aanspraak en de onder Art. 8 gevraagde bescherming, zie par. 8.3.1).

45 Par. 2.3.3.

of in dit verband aan de rechter een taak toekomt, scheidt de voor- en de tegenstanders van de analogie met een norm van hoger recht. Al eerder hadden we gezien, dat aan de rechter in alle rechtsstelsels een rechtsvindende taak toekomt die soms autonome aspecten kent.⁴⁶ Dat houdt echter niet in, dat de rechter ook ruimschoots gebruik maakt van een autonome ruimte in de rechtsvinding. De onderzochte rechtspraak geeft eerder een beeld waarin de rechters zich genoodzaakt zien, activiteiten die duiden op rechtsontwikkeling, te doseren. Rechtstheoretici hebben op verschillende manieren getracht, tegemoet te komen aan de opvattingen die in de rechtsgemeenschap leven ten aanzien van de invulling van rechtsvinding door de rechter. Er bestaat geen eensgezinde opvatting, over de wijze waarop deze activiteit moet worden ingevuld. In de discussie tussen Hart, Dworkin en MacCormick wordt zichtbaar, hoezeer het vertrekpunt van de beoordelaar bepaalt, in welke mate de rechter in zijn rechtsvindingsproces ter zake van de toepasbare rechtsregel een beoordelingsruimte toekomt.⁴⁷

Het debat over aanvaarding of afwijzing van de analoge redenering aan de hand van de norm van hoger recht wordt zoals gesteld het felst en het meest zichtbaar gevoerd in het Amerikaanse Hooggerechtshof. De rechtspraak van dit Hof laat in dit opzicht een variëteit zien: in sommige gevallen werd zij expliciet afgewezen, terwijl in andere uitspraken de analogie met een norm van hoger recht uitdrukkelijk en door alle rechters in het Hof werd aanvaard als grondslag voor de rechtsvinding. In de volgende paragrafen zal een vergelijking worden gemaakt om de variaties tussen de verschillende stelsels te verklaren.

10.5 De rechterlijke taakopvatting in constitutionele interpretatie

10.5.1 *Rechterlijke terughoudendheid of activisme*

Een algemene en sluitende definitie van de rechterlijke taakopvatting voor alle stelsels of voor de afzonderlijke stelsels werd niet gegeven. De kwestie, wanneer nu sprake is van 'rechterlijke terughoudendheid' of van 'rechterlijk activisme' is op verschillende wijzen te beantwoorden. Afwezigheid van een eenduidige benadering hangt niet zozeer samen met het feit dat in de rechtsstelsels verschillend wordt gedacht over de juiste invulling van de rechterlijke taak, maar is met name gelegen in de visie op en perceptie van het grondrecht en de wijze waarop dit zijn geldigheid in de huidige samenleving verkrijgt en behoudt. Centrale vraag is of in dit verband een taak aan de rechter toekomt.

In die zin lijken de inschatting van de rechterlijke taakopvatting en de perceptie van de grondwet communicerende vaten, aan de hand waarvan de begrippen 'activisme' en 'terughoudendheid' kunnen worden beoordeeld. Dit geldt voor alle rechtsstelsels, ook al lijkt de ene perceptie van de grondwet in een stelsel duidelijk te domineren over de

46 Par. 4.3.6.

47 Zie par. 4.7.3.

andere en bestaan er in dit opzicht verschillen tussen de stelsels. 'Activisme' en 'terughoudendheid' lijken soms zelfs uitermate manipulatieve concepten. Een rechter die bijvoorbeeld kiest voor instandhouding van een wet (waarvan ongrondwettigheid werd vastgesteld) met een beroep op rechterlijke terughoudendheid, kan als activistisch worden bestempeld indien hij daarmee een wettelijk gebod tot vernietiging negeert. Omgekeerd lijkt een rechter die voor instandhouding van een wet opteert waar vernietiging aangewezen zou zijn 'terughoudend', indien vanuit zijn mandaat blijkt dat een dergelijke mogelijkheid is vastgelegd. Zoals in hoofdstuk 3 reeds werd geschetst, biedt het rechterlijk mandaat geen klare grenzen en zijn rechterlijke activiteiten tot op zekere hoogte eveneens interpreteerbaar.⁴⁸ In hoofdstuk 4 bleken ook de rechtsvindingsmethoden geen eenduidige begrenzingen aan te kunnen leggen die de rechterlijke rechtsvinding 'binnen de perken' dient te houden.

Een centraal element in de perceptie van de rechterlijke taakopvatting in het debat over constitutionele interpretatie is aldus de visie van de uitlegger op grondrechten: is dat een lijst met specifieke rechten, of dient de uitlegger juist ook oog te hebben voor de algemene context van de specifieke rechten? Indien men van de opvatting uitgaat dat grondwet of verdrag specifieke rechten opsommen, ligt de aanname dat een rechter die via een analoge redenering rechtsnormen tussenvoegt in de lijst specifieke rechten activistisch is. Wanneer grondwet of verdrag niet worden gezien als een normensysteem dat vooropstelt dat alleen de gespecificeerde normen gelden maar dat tussen de geschreven normen ruimte bestaat voor tussenvoeging van nieuwe normen, zal het minder gauw voor de hand liggen dat een rechter die een beroep doet op het recht als systeem als activistisch wordt aangemerkt. Tussen beide uitgangspunten lijken verschillende schakeringen mogelijk. De nuance hangt samen met de vraag, in welke mate de rechter zich bij constitutionele interpretatie aan de gespecificeerde rechten in de tekst houdt, of zich op meer algemene aan de specifieke rechten ten grondslag liggende normen verlaat. Deze lijn vinden we eveneens terug in het debat tussen Hart en Dworkin.⁴⁹

10.5.2 *De constitutionele verhouding en de variatie in hantering van de analogie*

De discussie over de 'juiste' rechterlijke taakopvatting in de rechtsvindingsfase lijkt zich het scherpst in de Amerikaanse constitutionele rechtsvinding af te tekenen. Een sluitende verklaring is hiervoor niet gevonden, maar er lijken sterke aanwijzingen te zijn dat dat samenhangt met het feit dat het Hooggerechtshof na de kwalificatie van de

48 Naast de omvang van het mandaat in de interpretatiefase zijn in de toetsingsfase ook aspecten gevonden die duiden op rechterlijke terughoudendheid of activisme. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het feit dat de rechter het nodig acht, zelf met een lijst van mogelijke uitspraakeffecten te komen, aan de 'margin of appreciation' bij het EHRM, het feit dat sommige rechters de casuïstische benadering accentueren, de presumptie van grondwettigheid van de aangevochten wet, het vermoeden ten faveure van de individuele rechtsbescherming en de ontwikkeling van de – overigens niet meer zo belangwekkende – political question doctrine. Deze elementen houden geen onveranderlijke maatstaven in. Zij bieden de rechter enige speelruimte om de rechterlijke taakopvatting te laten variëren al naar gelang een ruimte voor de wetgever passend wordt geacht.

49 Par. 4.7.3.

individuele uitspraak onder 'privacy' nauwelijks de mogelijkheid ziet, de consequenties van die kwalificatie in de *toetsingsfase* te relativiseren. Die mogelijkheid bestaat in de andere rechtssystemen wel. Ten aanzien van de mogelijke dicta bestaan er in die systemen variabelen. Indien een individuele aanspraak onder het algemene persoonlijkheidsrecht wordt gekwalificeerd en aldus erkend, bestaat voor het Duitse Hof in de toetsingsfase de mogelijkheid om die aanspraak niet te honoreren. Door toepassing van de proportionaliteitstoets kan het voorkomen dat een nog niet eerder gedane aanspraak aldus wel wordt erkend, en dat mitsdien sprake is van een extensieve interpretatie van het algemene persoonlijkheidsrecht, maar dat honorering niet als vanzelfsprekend volgt. Ook de ontwikkeling van de sferentheorie in de Duitse constitutionele rechtspraak duidt op de behoefte van een soort 'verschuifbare maatstaven' waardoor het mogelijk wordt om eenmaal erkende aanspraken op de eigen, specifieke merites te kunnen beoordelen.⁵⁰

Een variatie in de toetsingsmethodiek zien we terug in de rechtspraak van het EHRM, dat tot dusverre bereid was om zeer uiteenlopende aanspraken onder het recht op privéleven te kwalificeren, maar in lang niet alle gevallen de aanspraak heeft gehonoreerd.⁵¹ Hieraan stond in veel gevallen de toetsingsfase de 'margin of appreciation' in de weg: het EHRM zag aanleiding om ter zake van sommige aanspraken een beoordelingsruimte aan de staat te laten.⁵² Deze 'margin' kan bestaan als gevolg van uiteenlopende omstandigheden: in sommige gevallen bestaat er bijvoorbeeld te weinig consensus tussen de staten over de vraag of aan een schending consequenties moeten worden verbonden.⁵³ Erkenning van de aanspraak maar afwijzing van honorering is ook terug te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad: ook deze rechter hanteert de opvatting dat de gevolgen van erkenning in de toetsingsfase niet steeds leiden tot honorering.⁵⁴ De onderzochte voorbeelden geven daarvan nu juist geen helder beeld; de erkende aanspra-

50 In de discussie in zowel *Tagebuch* als *Schubart* stond de vraag centraal, in welke sfeer de aanspraak diende te worden gehonoreerd, en mitsdien welke toetsingsintensiteit diende te worden gehanteerd in de toetsingsfase (par. 6.3.6), zie ook *Zeugnisverweigerungsrecht* (par. 6.3.2). Ook de eerste abortusuitspraak heeft aspecten van verschillende sferen, waardoor het mogelijk werd de aanspraak van het 'ongeboren leven' te plaatsen in een kernsfeer terwijl het recht van de zwangere vrouw in een meer perifere sfeer werd gekwalificeerd (par. 6.3.4).

51 Zie bijvoorbeeld de zaken over de erkenning van de geslachtelijke identiteit, waarin het Hof tot aan *Goodwin t. Verenigd Koninkrijk* de aanspraak onder Art. 8 kwalificeerde, maar er vanwege de 'margin of appreciation' geen consequenties aan verbond in de toetsingsfase (par. 8.3.2). Zie verder ook de zaak over de zigeuners en het recht op culturele identiteit (par. 8.3.3) en in het kader van Art. 8 EVRM een voorzichtige erkenning van het recht op hulp bij zelfdoding (par. 8.3.7).

52 Voor de 'margin of appreciation' zie par. 3.5.4.

53 *Cossey t. Verenigd Koninkrijk* en *Rees t. Verenigd Koninkrijk*, par. 8.3.2; *Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk*, par. 8.3.3.

54 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170, overweging 3.14 e.v.. Andere voorbeelden van zaken waarin de Hoge Raad een schending van een grondrecht (in dit geval steeds Art. 26 IVBPR) in het midden liet vanwege de rechterlijke taakopvatting zijn *Optierecht* (HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230), *Naamrecht* (HR 23 september 1988, NJ 1989/740), *Brieven van wettiging* (HR 24 februari 1995, NJ 1995/468), *Erfenis onwettig kind* (HR 17 januari 1997, NJ 1997/483) en *Adoptie door een paar van hetzelfde geslacht* (HR 5 september 1997, NJ 1998/686).

ken werden steeds gehonoreerd.⁵⁵ De rechter kan zich geroepen voelen om over te gaan tot afwijzing van de honorering indien de rechtsvormende taak wordt overschreden. Overigens dient hierbij te worden aangetekend, dat nagenoeg alle bestudeerde kwesties van de Hoge Raad op het terrein van het recht op persoonlijkheid zich in horizontaal verband afspeelden. In geen van de onderzochte gevallen werd lagere wetgeving direct aangevochten; in geen van de uitspraken werd een wet in formele zin aangevochten. Vanwege het toetsingsverbod ligt het laatste zeker niet voor de hand, al dient te worden gezien of de Hoge Raad niet ook onder art. 8 EVRM aanspraken kan honoreren die er in eerste instantie niet door lijken te worden beschermd.

Het Europese Hof van Justitie kent geen ‘margin of appreciation’ in de toetsingsfase ter zake van aanspraken op grondrechten. Allereerst heeft deze rechter geen uitgewerkte toetsingsmethodiek tot zijn beschikking, al lijkt het EU-Handvest hem dat in de toekomst wel te kunnen gaan bieden. Het is tot op heden allerm minst vanzelfsprekend dat de Luxemburgse rechter een proportionaliteitstoets hanteert in grondrechtenkwesties.⁵⁶ De indruk bestaat dat het Hof kwesties op het terrein van het recht op persoonlijkheid eerst tracht te beoordelen aan de hand van verdragsnormen.⁵⁷ Indien dat niet mogelijk is, kan het recht op ‘privacy’ als rechtsbeginsel van gemeenschapsrecht betekenis verkrijgen in de beoordeling van de individuele aanspraak. Hantering van ‘privacy’ in de rechtsvinding van het Hof van Justitie houdt niet steeds in dat in het toetsingsstadium een proportionaliteitstoets wordt gehanteerd om de mate van de inbreuk toe te lichten en te rechtvaardigen of af te wijzen.

De bereidheid om de proportionaliteitstoets te hanteren en te komen tot een afweging van individuele belangen tegenover die van de staat of van de Gemeenschapsinstellingen lijkt te variëren met het soort belangen – de beleidsterreinen waarop het geschil betrekking heeft – dat in het geschil aan de orde is.⁵⁸ Wanneer het geschil betrekking heeft op één van de door de Commissie geprioriteerde beleidsterreinen zoals dat van landbouw of handel, lijkt het Hof zich in het algemeen voorzichtig op te stellen. Met voorzichtig wordt in dit verband bedoeld dat het Hof de Europese wetgever veel ruimte

55 Het recht op beroepsmatige ontplooiing werd niet erkend en mitsdien kwam de rechter aan honorering niet toe. De twee zaken over het geestelijk welzijn van het individu in het kader van een beroep op sociale verzekeringen door gehandicapten werd beoordeeld door de CRvB; deze erkende evenwel de aanspraak maar honoreerde deze niet met het oog op een beoordelingsruimte die de staat toekomt bij de keuze ten aanzien van de middelen die uit de sociale verzekeringen vergoed dienen te worden (zie par. 9.2.5).

56 Een zaak waar het HvJ EG een ‘grondrechtelijke’ benadering hanteerde in de toetsingsfase is bijvoorbeeld *Connolly t. Commissie*, zaak C-274/00, EHRC 2001/11. Het Hof hanteerde nagenoeg de toetsingsmethodiek zoals die door het EHRM wordt benut bij de belangenafweging ter zake van Art. 10 EVRM (de kwestie handelde over vrijheid van meningsuiting). In dit grondrechtelijke geschil bestond een ‘klassieke’ verhouding tussen een overheidsinstelling en een individu.

57 *Konstantinidis*, par. 7.3.3.

58 Het bewijs op het terrein van de rechtspraak van het recht op persoonlijkheid kan niet als doorslaggevend worden aangemerkt, maar is eerder indicatief voor wat er ten aanzien van interpretatie van grondrechten en de toepassing daarvan door het Hof van Justitie reeds langer wordt bevroed (zie par. 3.4). De bevindingen in dit boek lijken de vermoedens aldus te bevestigen (zie ook par. 7.4.2).

laat en marginaal toetst.⁵⁹ Wanneer omgekeerd een geschil bestaat tussen een individu en een instelling op een niet-geprioriteerd beleidsterrein lijkt het Hof juist eerder bereid een grondrechtelijke toetsingsmaatstaf te hanteren.⁶⁰ Niet kan worden gezegd dat dit steeds een betrouwbare maatstaf is; er lijken zich in dit verband enkel contouren af te tekenen.⁶¹ Met de (summiere) verwijzingen in de onderzochte rechtspraak van het Hof van Justitie naar de Straatsburgse interpretatiemaatstaven zou kunnen worden gesteld dat het Luxemburgse Hof op zoek is naar een consensus in de Lid-Staten waar het gaat om aanvaarding van grondrechtelijke aanspraken. De interpretatieconstructie met grondrechten als 'rechtsbeginselen van EG-recht' lijkt een variabele toepassing van het recht op 'privacy' toe te laten. Rechtsbeginselen zijn in mindere mate afdwingbaar dan rechtsregels; tot dusverre is geen rechtsregel van een recht op persoonlijkheid in het EG-Verdrag gecodificeerd.⁶² Een mechanisme om tegemoet te komen aan de constitutionele verhouding tussen Hof van Justitie enerzijds en Verdragswetgever of communautaire Instelling anderzijds lijkt te zijn gelegen in ontvankelijkheidssfeer. Het Hof doet wanneer het dat gepast acht – wanneer er aanwijzingen bestaan dat de kwestie louter met nationaal recht verband houdt – afstand van zijn rechtsmacht en van zijn toezichthoudende taak.⁶³ Die benadering is niet te vergelijken met een rechter die rechtsmacht wel aanvaardt en in de toetsingsfase een beoordelingsmarge voor de wetgever (of de staat in het geval van het EHRM) laat bestaan.⁶⁴

In de Nederlandse, Duitse en Straatsburgse rechtspraak bestaan ter zake van de dicta aldus mogelijkheden om de consequenties van een vaststelling van een schending van een recht te relativiseren. Dit geldt eveneens ten aanzien van schendingen van rechten die volgen uit extensieve interpretatie of uit door de rechter gepositieerde normen. De analoge redenering is een instrument waarmee de premissen van de toepasselijke rechtsregel worden ingevuld of geconstrueerd. Is die toepasselijke regel eenmaal 'ge-

59 In *Panasonic t. Commissie* (1980) aanvaardde het Hof een aanspraak onder 'privacy', maar paste het geen proportionaliteitsstoets toe (zie par. 7.3.1). In *Hoechst t. Commissie* (1989) aanvaardde het Hof de kwalificatie van de aanspraak van rechtspersonen op 'privacy' in onduidelijke bewoordingen, maar wees het honorering in ieder geval af.

60 Zie bijvoorbeeld de geschillen tussen individuen en de Commissie ter zake van personeelskwesties (par. 7.3.2 en *Connolly t. Commissie*, zaak C-274/00, EHRC 2001/11 en eerder *Prais t. Raad*, zaak 130/75 (1976), Jur. p. 1589 (1976)).

61 Par. 3.4.5.

62 Het Hof van Justitie heeft tot dusverre aan het Handvest geen consequenties verbonden; zowel in de interpretatiefase als in de toetsingsfase wordt steeds gerefereerd aan het recht op 'privacy' zoals dat in het EVRM is vastgelegd.

63 In dergelijke gevallen onderzoekt het Hof of aan het connexiteitsvereiste is voldaan (zie par. 3.4.2). In de beoordeling van deze vraag lijkt een beoordelingsruimte te bestaan waardoor het Hof enige speelruimte heeft om vast te stellen of een kwestie wel of niet tot zijn rechtsmacht behoort. Ter zake van het recht op 'privacy' springen in dit verband de zaken *Demirel* (hereniging gezinsleven) en *Grogan* (verbod op informatieverbreiding over abortus) in het oog. Het Hof wees rechtsmacht in beide gevallen omwille van de afwezigheid van connexiteit af.

64 Ter zake van het recht op toegang tot een rechter wees het Hof in het licht van de constitutionele verhouding tussen Hof van Justitie en Verdragswetgever (de Lid-Staten gezamenlijk) recentelijk de oprekking van Art. 230, vierde alinea af. Indien aan deze bepaling een ruimere reikwijdte moet worden toegekend, aldus het Hof, dienen de Lid-Staten het Hof daartoe expliciet bevoegd te verklaren (*Unión de Pequeños Agricultores t. Raad*, Zaak C-50/00 van 25 juli 2002).

vonden' of gevormd, en ingevuld, dan dient in het rechterlijk besluitvormingsproces de toetsing te volgen. Ten aanzien van de beoordeling van 'controversiële' individuele aanspraken kan het wenselijk zijn dat de rechter zich beraadt over de gevolgen van de vaststelling van de schending. Teneinde de gevolgen van een schending te lenigen worden soms overgangsmaatregelen of termijnen waarbinnen de strijdigheid moet zijn opgeheven door de rechter vastgesteld. Ook wordt in sommige gevallen schending vastgesteld, maar er geen gevolg aan verbonden. De rechter zal voor deze benaderingen kiezen met het oog op de constitutionele verhouding waarin hij verkeert met de wetgever. In Duitsland heeft de rechter de variatie in de dicta tot op grote hoogte zelf gecreëerd; in principe dicteert de Duitse grondwet dat strijdigheid leidt tot nietigheid van de aangevochten wet of het rechterlijke besluit. Het EG-Verdrag kent een aantal verschillende dicta.⁶⁵ Voor de Nederlandse rechter geldt ten aanzien van wetgeving in formele zin het toetsingsverbod, waardoor de kwestie van de dicta op het eerste gezicht vanuit grondwettelijk oogpunt niet relevant is. Indien de Hoge Raad echter strijdigheid van een wet in formele zin vaststelt met eenieder verbindende verdragsbepalingen dient hij vanwege Art. 94 Grondwet de gewraakte wetsbepaling buiten toepassing te laten. De Nederlandse rechter hanteert echter ook een grotere variëteit aan dicta dan zijn mandaat in eerste instantie voorschrijft.⁶⁶ Door het Amerikaanse Hof blijken deze 'strategieën', althans met betrekking tot de jurisprudentie op het terrein van het persoonlijkheidsrecht, faliekant te worden afgewezen. Afwijking van de mogelijke dicta wordt gezien als onwenselijk rechterlijk activisme, en betiteld als een strategie om extensieve interpretaties aanvaardbaar te maken.

10.5.3 *Uitgangspunt: voorkeur voor een 'terughoudende' taakopvatting*

Een algemene opvatting lijkt te zijn dat wanneer constitutionele interpretatie in het juridisch forum als activistisch wordt aangemerkt, de stellingname ten opzichte van de rechtspraak die daaruit volgt in beginsel steeds negatief is. Zoals hiervoor reeds gesteld, is niet eenduidig vast te stellen wanneer nu van activisme sprake is. In het Amerikaanse debat komen de verschillen tussen de opvattingen over de rechterlijke taakopvatting helder naar voren. De belangrijkste methoden van grondwetsuitleg in de jurisprudentie van het Amerikaanse Hooggerechtshof kunnen worden aangeduid met enerzijds de benadering van de 'original intent' en de 'intentionalists' en anderzijds de 'non-interpretivists'.⁶⁷ Aanhangers van beide opvattingen bevinden zich in het Hooggerechtshof. In de rechtspraakanalyse kwam naar voren dat de aanhangers van beide groeperingen elkaar betichten van activisme door tegen de bedoeling van de grondwetgever in een opvatting te hanteren ter zake van het grondrechtelijke systeem.⁶⁸ In de rechterlijke instanties van de andere stelsels wordt het debat over de juiste balans tus-

65 Zie par. 3.4.3.

66 Zie par. 3.6.3.

67 Zie par. 4.3.1.

68 Zie bijvoorbeeld de discussie over de betekenis van het Negende Amendement, par. 2.3.2 en in de abortusuitspraken (zie par. 5.3.3) en het debat tussen rechter Scalia (aanhanger van de 'original intent'-methode) en rechter Brennan (aanhanger van de 'non-interpretivist'-methode) in *Michael H. v. Gerald D.* in par. 5.3.5.

sen rechterlijk activisme en rechterlijke terughoudendheid in de interpretatiefase in veel mindere mate gevoerd. Wat evenwel uit de geanalyseerde rechtspraak van alle stelsels is af te leiden, dat de rechter zich in geen van de onderzochte uitspraken expliciet profileerde als 'activistisch'. Rechters zullen alleen, indien zij dat noodzakelijk achten, aangeven dat zij een terughoudende taakopvatting hanteren.⁶⁹

Rechterlijk activisme of terughoudendheid hangt niet steeds samen met de voorkeur voor een bepaalde politieke stroming. Deze opmerking is vooral van belang voor het Amerikaanse Hof, waarbinnen afwisselend liberale en conservatieve politieke voorkeuren heersen en ook zichtbaar zijn. Aan meer sociale politieke stromingen wordt in beginsel eerder een voorkeur voor een vermoeden ten gunste van de individuele rechtsbescherming toegedicht dan aan een meer liberale of conservatieve stroming. In het algemeen kan echter niet worden gesteld, dat een Hof met een meer conservatieve politieke opvatting steeds – ten aanzien van alle mogelijke onderwerpen die aan bod komen – een terughoudender taakopvatting hanteert en mitsdien minder of niet bereid is te speuren naar mogelijkheden van extensieve rechtsvinding of ongeschreven rechten.⁷⁰

10.6 De analogie als strategie om netelige kwesties in de constitutionele verhouding te omzeilen

In hoofdstuk 4 is het forum aan de orde gekomen: vraag was wie de rechter met zijn rechtsvinding en met zijn uiteindelijke besluit tracht te overtuigen. Het juridisch forum is, zo werd daar gesteld, niet alleen geïnteresseerd in de uitkomst, maar ook in het rechterlijke besluitvormingsproces dat daaraan vooraf gaat: zij willen weten of en op welke wijze dat proces cohereert of interfereert in het bestaande normensysteem.⁷¹ Vraag is, in hoeverre de rechters in de onderzochte rechtspraak aan het juridisch forum tegemoet komen; dit forum is voor het vormen van zijn opinie gebaat bij motivering van de verschillende stappen in het besluitvormingsproces. De rechter lijkt er soms, afgaand op de onderzochte jurisprudentie, vanuit te gaan dat hij zijn juridisch forum in sommige gevallen niet meer behoeft te overtuigen van zijn standpunt dat de ingeroepen norm van hoger recht al bestaat: hij besteedt in zijn motivering niet veel ruimte aan de geldigheid van de norm van hoger recht of van de concretisering daaruit.

Uit de soms povere motivering kunnen worden afgeleid, dat de rechter geen inzicht wil verschaffen in de redeneertechniek en de mogelijke gevolgen daarvan: dat kan hem komen te staan op verwijten van rechterlijk activisme. Het zwijgen of het niet motiveren van keuzes ten aanzien van het rechtskarakter van de gehanteerde normen kan in dit verband dienen om de aandacht van de gelding van de norm van hoger recht af te

69 Zie bijvoorbeeld *Reiten im Walde*, 80 BVerfGE 137 (1989) waarin het Duitse Federale Constitutionele Hof met een beroep op terughoudendheid is ingegaan op het verwijt dat het Art. 2 lid 1 GG activistisch zou interpreteren; zie ook *Griswold t. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), par. 5.3.2.

70 Zie voetnoot 164 in par. 5.4.4.

71 Zie par. 4.2.4.

leiden. Wanneer de toe te passen norm niet op het eerste gezicht deel lijkt uit te maken van het geldend recht, zijn soms andere technieken aangewezen om de grondslag van de rechtsvinding rond te krijgen. Wanneer de rechter overtuiging van de rechtsgemeenschap noodzakelijk acht, kunnen precedents en consensus in een behoefte voorzien: die verzekeren, indien zij accuraat worden ingezet, als het ware inbedding van de norm van hoger recht in het systeem van geldende rechtsnormen, die werden getraceerd in de rechtspraak. Ook voor de rechtvaardiging van de extensieve lezing van een grondwetsbepaling of voor positivering van nieuwe normen kan de rechter uit precedents putten. Een vooral voor het EHRM belangwekkende bron van recht bleek het consensusbeginsel te zijn. Doel van de inbedding van de norm in een systeem is de aanvaarding van de norm te versterken en te versnellen. Het hanteren van juridische bronnen versterkt de noodzakelijke rationaliteit, terwijl ondersteuning van argumenten uit consensus op andere wijze kan bijdragen aan de overtuiging van de gevolgde redenering. Nu kan van rechtspraak niet steeds gezegd worden dat het behoort tot de formele rechtsbronnen, maar inmiddels lijkt aanvaard dat het een voornaam bron van recht is.⁷² Van het consensusbeginsel staat allerm minst vast of het behoort tot de bronnen van recht. Rationaliteit kan aan een consensus niet a priori worden ontzegd. Vraag is of het onderzoek naar het ontwaren van een consensus dusdanig wordt ingericht, dat de vaststellingen controleerbaar zijn. Dat laatste blijkt niet uit de motivering in het overgrote deel van de onderzochte gevallen.

De in de rechterlijke besluitvorming vereiste rationaliteit kan in sommige opzichten tegenover het rechtvaardigheidsgevoel komen te staan. Idealiter is het rechtvaardigheidsgevoel in balans met juridische rationaliteit. In de analyse van de rechtspraak kwam naar voren, dat afzonderlijke groepen binnen het algemene forum moeten worden overtuigd.⁷³ In het bijzonder bij de beoordeling van geschillen omtrent het recht op persoonlijkheid ligt het voor de hand dat bepaalde groepen in het forum moeten worden overtuigd van de rechtvaardigheid van de rechterlijke beslissing. Allereerst dient de samenleving te worden overtuigd van de norm die wordt toegepast op het concrete geval. In veel gevallen blijkt dit geen sinecure. Dat hangt samen met het karakter van de individuele aanspraak op een aspect van het recht op persoonlijkheid: er bestaan in de samenleving zeer uiteenlopende opvattingen over de mate waarin de staat zich mag of moet inlaten met persoonlijke keuzen van het individu. Met beoordeling van het recht op persoonlijkheid worden, zoals blijkt uit de onderzochte jurisprudentie, regelmatig kwesties met een hoog ethisch gehalte beslist. Juist individuele aanspraken samenhangend met de persoonlijkheid kunnen niet altijd rekenen op de instemming van een meerderheid als het gaat om erkenning van bijvoorbeeld voorkeur voor homoseksuele of interracial relaties, het willen ondergaan van een abortus, de erkenning van het nieuwe geslacht of het willen kennen van de biologische afstamming. Er dient echter soms, om de aanvaarding van de uitspraak te vergroten in de onderscheidenlijke

⁷² Par. 4.7.4.

⁷³ Met het algemene forum wordt bedoeld op alle fora tezamen: het juridisch forum, de bij het geschil betrokken partijen, de staatsrechtelijke en politieke actoren, en de samenleving als geheel (zie par. 4.2.4).

fora, gelaveerd te worden tussen de twee uitgangspunten van juridische rationaliteit en het rechtvaardigheidsgevoel; zij kunnen soms zelfs diametraal tegenover elkaar komen te staan.

In de vervulling van deze taak lijken retoriek en metaforen tot op zekere hoogte te kunnen bijdragen aan aanvaarding van de uitkomst van het rechterlijk besluitvormingsproces. De rechter heeft bij hantering van de analogie belang bij het beklemtonen van de geldigheid van de gehanteerde norm, terwijl niet eenduidig uit grondwettelijke normen of uit jurisprudentie blijkt dat daarvan in het gegeven geval gesproken kan worden. Indien een redenering nu wordt opgebouwd op basis van een erkende rechtsnorm behoeft de gelding ervan niet te worden gemotiveerd. De rechter die een 'nieuwe' rechtsnorm hanteert, waarvan hij vermoedt dat deze op weerstand zal stuiten omdat de norm nog geen gelding heeft, zal een uitweg uit de discussie over de gelding ervan kunnen vinden in de opmerking, dat de nieuwe norm een 'logische' tussenvoeging vormt de geschreven grondrechtsnormen. De wijze waarop het Hoogerechtshof het recht op 'privacy' in *Griswold t. Connecticut* een plaats toekent tussen de geschreven normen in de Amendementen leunt sterk op deze techniek.⁷⁴ In die zaak diende te worden aangetoond dat de nieuwe norm 'privacy' reeds bestond, maar pas door de rechter zichtbaar werd gemaakt. Uit de 'halfschaduw', of 'perifere sferen' van enkele Amendementen werd een recht op 'privacy' afgeleid.

Soms worden retoriek en metaforen gehanteerd om de validiteit van de norm van hoger recht of van de concretisering ervan te staven. Retoriek en metaforen kunnen de rechter een grondslag bieden om tot krachtige en overtuigende formuleringen te komen.⁷⁵ Een retorische benadering van een probleem kan leiden tot de conclusie dat er slechts één oplossing voor het probleem voor de hand ligt, die gevolgd dient te worden. De door de rechters in de analogie gehanteerde argumenten om de normen van hoger recht overtuigingskracht bij te zetten hebben steeds een sterk retorisch karakter. In *Gaskin* stelde het Straatsburgse Hof bijvoorbeeld, dat de dossiers waarvan openbaarmaking werd gevraagd, 'ongetwijfeld' informatie bevatten met betrekking tot 'hoogst persoonlijke aspecten' van de jeugd van de klager.⁷⁶ Ook het in *Meyer t. Nebraska* aan-

74 Zo doet ook de wijze waarop het recht op kennis van de biologische afstamming werd gepositieerd sterk aan deze benadering denken; daar kende de Hoge Raad expliciet een grondrechtelijke status toe aan dat recht (par. 9.2.6). Zie verder onder meer de wijze waarop het Duitse Hof het recht op 'informatieele zelfbeschikking' en het 'algemene persoonslijkeidsrecht' positieerde (par. 6.3.2 en 6.3.7) en de rechtspraak van het EHRM waarin een recht op menselijke waardigheid werd gepositieerd (par. 8.3.7 en 8.3.8). Het Hof van Justitie van de EG hanteerde deze benadering in de positivering van een recht op medische zelfbeschikking (par. 7.3.2) en van een recht op erkenning van de transseksuele identiteit (par. 7.3.4).

75 Zie par. 4.5.3.

76 *Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 juli 1989, NJ 1991/659, par. 36 (par. 8.3.5). Zie ook *Kenntnis der eigenen Abstammung*, 79 BVerfGE 256 (1989): 'Als Individualisierungsmerkmal gehört die Abstammung zur Persönlichkeit, und die Kenntnis der Herkunft bietet dem einzelnen unabhängig vom Ausmaß wissenschaftlicher Ergebnisse wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität' (zie ook par. 6.3.7). Hier zijn het retorische element – de kennis van de afstamming is 'Persönlichkeitsprägend' – en de metafoor – kennis van de afstamming neemt in het

gehaalde voorbeeld van het streven van het individu naar geluk als 'oergrondslag' voor het recht zal door weinigen worden tegengesproken.

Een metafoor geeft een vereenvoudigde figuurlijke uitdrukking van het probleem, die berust op een vergelijking. In *Gaskin* werd eveneens een metafoor aangetroffen: de dossiers vormden zijn 'voornaamste bron' ter zake van de informatie over zijn verleden en zijn vormende jaren.⁷⁷ Retoriek en metafoor hebben gemeenschappelijk, dat zij enerzijds tot vereenvoudiging en een soort grijpbaarheid van het geschetste probleem leiden, maar anderzijds ook dat dat tot versluiering van de complexiteit van het feitencomplex en de individuele aanspraak, het normensysteem of van de constitutionele verhouding kan leiden. Voor de rationaliteit is hantering van versluierende argumenten in beginsel niet wenselijk. Met zowel de vereenvoudiging als ook de versluiering van de complexiteit kan het forum worden overtuigd, hoewel het juridisch forum in beginsel kritisch staat ten opzichte van deze wijze van legitimatie. Met name het Amerikaanse juridisch forum is zeer kritisch over hantering van argumenten gebaseerd op retoriek en metaforen. In de andere rechtssystemen lijkt er relatief weinig kritiek vanuit het juridisch forum te komen op de genoemde argumentatietechniek.

De metafoor en retoriek dragen naast vereenvoudiging het vermogen in zich de vragen naar exacte waardering van de gemaakte keuzes onder de norm van hoger recht – het vergelijkingsmateriaal en de mate waarin de voorliggende individuele aanspraak te vergelijken is met de resultaten uit de norm van hoger recht – tot op zekere hoogte te vermijden. In dit verband rijst de vraag in hoeverre beweringen die enkel zijn gebaseerd op een metafoor of die hun kracht ontleen aan retoriek, juridisch hout kunnen snijden in een argumentatie. Een juridische kwaliteit kan een metafoor niet in alle gevallen worden ontzegd, maar deze is in elk geval niet vanzelfsprekend aanwezig in een metafoor of in retoriek. In een aantal gevallen vormden retoriek en metafoor echter de enige legitimatie voor het bestaan van een grondrechtelijke aanspraak.⁷⁸ Er kon dan bijvoorbeeld niet op andere wijze een norm van hoger recht worden gevonden die het vergelijkingsmateriaal en de individuele aanspraak in het voorliggende geschil bestreek. Wanneer retoriek en metaforen dienen om vragen naar rationaliteit voorgoed uit de weg te gaan – de functie is het vervangen of omzeilen van een argument op juridische gronden – klemmt de vraag of redeneringen die exclusief zijn opgebouwd rond een metafoor of retoriek houdbaar zijn in het licht van de eisen van rationaliteit die aan een deugdelijke motivering worden gesteld.

bewustzijn van het individu een 'Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis' in – beiden nadrukkelijk aanwezig. Zie verder voor voorbeelden par. 5.3.3 (recht op abortus in de Amerikaanse rechtspraak); par. 6.3.4 (abortus in de Duitse rechtspraak), par. 6.3.8 (het belang van de naam voor de identiteit in de Duitse rechtspraak), par. 7.3.3 (waarin de A-G het belang bij recht op de naam mede aan de hand van retoriek onderbouwt) en par. 9.2.6 (waarin de Hoge Raad het belang bij de afstammingskennis onderstreept als 'vitaal belang').

77 Zie bijvoorbeeld *Gaskin t. Verenigd Koninkrijk* (erkenning van een 'vitaal belang'), maar ook *Griswold t. Connecticut* (positivering van 'privacy' aan de hand van haflschaduw in de Amendementen).

78 Zie bijvoorbeeld *Lochner t. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

Summary

Background

This study, conducted on the basis of case law and scholarly literature, examines the way in which the constitutional concept of “personal rights” is interpreted by the US Supreme Court, the German Federal Constitutional Court, the Netherlands Supreme Court, the European Court of Justice and the European Court of Human Rights. In all systems examined comparable interpretation methods – textual, historical, systematic and teleological – have been developed. They assist the court in its search for an applicable legal norm for the dispute in hand. However, inasmuch as in some instances these methods fail to offer a satisfactory interpretation of the norm invoked by the applicant, in interpreting personal rights the courts are sometimes forced to go beyond the above interpretation methods in order to establish the correct scope of a personal right. This need is felt in particular, if the court does not have at its disposal a norm that is readily applicable to the dispute in hand, where it is most desirable and possible to resolve the dispute. In judging a dispute, the court weighs the individual claims at issue against the suitability of judicial decision making to resolve the dispute and considers whether they may be protected in ways other than by judicial intervention. If it proves not possible in a concrete case to readily apply a particular norm, the court may opt for extensive interpretation of an existing norm, or may proceed to create an appropriate legal norm itself to resolve the dispute. The extent to which the court deems its decision making appropriate to resolve a concrete dispute, depends to a certain extent on the constitutional relation existing in the legal system in question between the (highest) court and the legislature. In the case of the European Court of Human Rights (ECHR) and the European Court of Justice, strictly speaking, a constitutional relation exists between the Court and the parties to the Convention and the Treaty, respectively. As regards the European Court of Justice, the Institutions also exercise legislative powers.

In cases, in which the court decides to extensively interpret a personal right or to create a new legal norm in relation to a personal right, a common pattern of reasoning is observed. This pattern is referred to as ‘analogous reasoning’ or ‘analogy’ and involves a reasoning technique which is sometimes used to answer the question as to whether an individual claim must be considered as constitutional in nature or not. If the court decides to use extensive interpretation, or to ‘stretch’ an existing legal norm applying to a personal right, this is referred to by the author as analogous reasoning based on legislation (*wetsanalogie*). In such cases, the individual claim is based on a constitutional provision. However, the provision must be made to fit the individual claim, because it was not written with such a dispute in mind. At first sight at least, it is not clear whether the provision is applicable to the individual claim, but its applicability may be justified in some cases by the court’s analogous reasoning based on legislation. There are also cases in which the individual claim is not based on any discernible concrete legal norm. If, for the resolution of such a dispute, no legal norms are available and judicial resolution is an option, the court may proceed to create a legal norm, which then becomes part of operative law. In that case, it practices analogy based on

principles of superordinate law (*rechtsanalogie*). The author uses 'analogy', 'analogy based on legislation' and 'analogy based on principles of superordinate law' to indicate a pattern of reasoning shared by the systems examined.

Analogous reasoning based on legislation or principles of superordinate law means that the court, on the basis of comparative material collected by it, examines whether there is a superordinate legal norm which may lend a constitutional character to the individual claim. The question of the constitutional character of the individual claim is very important, because recognising the claim as 'constitutional' entails that the court subjects existing legislation to review. This premise touches on the essence of the constitutional relation between the judiciary and the legislature: by testing against a constitution or a treaty, there is a chance that the court may declare unconstitutional particular legislation, with the inclusion of statutes. Analogous reasoning in this context works as follows: the court formulates, what is called here, a superordinate legal norm, which it distils from comparative material. This may be a legal principle, although the status of such a norm is not always clear, hence the term "superordinate legal norm". This comparative material may consist of case law, existing legal rules not readily applicable to the individual claim, indications of a consensus on the subject, or the *travaux préparatoires* pertaining to a constitution or a treaty. As a rule, norms of superordinate law need to be tailored to the concrete case; the court will have to specify why the norm of superordinate law applies to the concrete case.

In the next step, the norm of superordinate law legitimises application of the norm deemed appropriate to the dispute in hand: the superordinate norm governs both the existing constitutional provision and its extensive application as envisaged by the court. In the event of analogy based on legislation, the norm of superordinate law justifies the classification of the individual claim at issue as falling within the scope of existing written legal norms, although they were not written for this individual claim. This is premised on the idea that equal cases must be judged equally. In the event of analogy based on principles of superordinate law, the norm of superordinate law singly legitimises the court's rendering operative of unwritten legal norms; in that case, a possible applicable constitutional norm is not available. The norm of superordinate law is then the exclusive legal ground on which to justify the creation of a new legal norm.

Aim of the Study

This dissertation examines the nature and scope of law finding in the area of personal rights through analogy based on legislation or principles of superordinate law. The study shows that the use of these two types of analogy produce a suitable law-finding instrument, with which disputes can be judged. In the case of constitutional interpretation, the court finds itself in an area of tension with the legislature, because law finding by extensive interpretation may lead to judge-made law. The question is whether the constitutional relation permits such law-making activity. The author has examined whether there is a relation between the courts' preparedness to interpret extensively or

create new norms on the basis of analogous reasoning and the nature of the constitutional relations.

Results: theory

The analysis shows that courts employ analogous reasoning based on legislation or principles of superordinate law to classify individual claims, where applying a legal norm to a concrete dispute does not run smoothly. An individual claim to, for instance, the right to be informed of the identity of the biological father cannot be directly linked to an existing legal norm. In this particular case, the court construed a legal norm – a general personal right – by analogous reasoning, which lend the claim validity. The courts practise analogous reasoning based on legislation more frequently than analogous reasoning based on principles of superordinate law. This may be partly explained by the fact that in the case of analogy based on legislation, more so than in the case of analogy based on principles of superordinate law, the reasoning is partly derived from norms of operative law. The more legal norms construed by the court are founded on norms of superordinate law, of which we do not know whether they are part of operative law, the more dubious the legitimacy of the norm derived from superordinate law. This uncertainty about the norm of superordinate law relates to the idea that the scope, the purpose and the validity of legal principles are not always absolutely certain, which gives the appearance that the court can wrap its personal opinions in legal norms derived from principles of superordinate law at will.

The critical attitude towards constitutional interpretation relates to the constitutional premise of a division of labour between the judiciary and the legislature. For the most part, the norms to be interpreted were written with foresight and therefore are a quite open. The court that still has something to add to such open norms, seems to ignore the existing constitutional norms and relations. The issue here is the way in which the judiciary should exercise its duties. The way in which those duties are discharged, is directly related to the interpreter's perception of the extension of the constitution or treaty; if it is deemed to express an exhaustive list of basic rights, the court that reads norms into it on the basis of unwritten principles of law will more readily be regarded as activist. An important aspect of the above way of law finding by interpretation is the premise that constitutional review in principle entails that the court subjects legislation that violates a constitutional right to strict scrutiny. To a large extent, this is related to the fact that constitutional rights are the highest-ranking rights of all the rights enjoyed by the individual; solid legal protection is therefore called for in cases of violation of these rights. The result is also a tense relation with the legislature: in constitutional interpretation, the court assigns itself the role of lawmaker (analogy based on principles of superordinate law), or allows itself room to explore the boundaries of existing constitutional rights (analogy based on legislation). The question has arisen as to whether the legislature ever intended this to be so and whether there are mechanisms within the constitutional relation to somewhat lessen this threat.

For constitutional reasons, the use of analogy comes with an objection. In many instances, it is difficult, for example, on the basis of a judicial decision to exactly establish the 'legal status' of the norm of superordinate law that legitimises extensive interpretation or turning the newly found norm into operative law. The legal quality of the principle detected by the court is not always unambiguous and in a number of legal systems is qualified by some commentators as plainly dubious. The legal status of the norms that have been made operative with the aid of a norm of superordinate law is not always accepted as a matter of course by the legal community. This is narrowly related to the constitutional division of labour between the judiciary and the legislature, as above pointed out. When establishing the legal status of norms of superordinate law and the legal rule extrapolated from it, the question is to what extent they form part of the norms of existing constitutional rights.

In spite of these objections of a fundamental nature, analogy based on principles of superordinate law has proved to be an attractive method for arriving at a solution in difficult cases. One reason for using analogous reasoning is greater acceptance of the outcome. This conclusion about analogy seems to contradict the objection to analogous reasoning outlined earlier. There is a feature of analogy, however, that renders it a suitable method to reflect a convincing result of law finding. In having its decision accepted, the court not only has to contend with a critical legal forum, but also needs to convince the general public that the outcome is just. It is in the court's interest that its decisions are accepted and observed by the widest possible forum. The legal forum is furthermore interested in the whole judicial decision-making process. This process must be rationally sound, meet the requirements of legal coherence and consistence, and must be just, in accordance with the norms of existing law. The legal forum is always critical, in principle, of the court's use of analogy, in any case, for the legal theoretical and constitutional reasons discussed above. The general forum, with the inclusion of the interested parties and, more in general, society, is mainly focused on the outcome of the judicial decision-making process, the just nature of the decision being paramount. Such justice does not always need to be inspired by norms of existing law. This is the case, for instance, if what is held to be just conflicts with the validity of legal norms. The objections from a perspective of constitutional law discussed earlier are of little relevance to this forum. They may be of major relevance, but they are not consciously felt to be. The case law based on extensive interpretation or the creation of new legal norms studied in this dissertation shows that justice and validity of legal norms do not necessarily coincide: the cases examined are about judicial solutions which had not yet been found in operative law or judicial solutions for which there was no operative law at the time. In such cases, legal rationality – legitimacy on the basis of existing legal norms – may be poles apart from a sense of justice.

Analogy may contribute towards acceptability of the judicial decisions. It is an instrument by which the preferences of the various forums can be taken into account. Analogy, in that case, must be employed convincingly: not only must it render the final decision convincing, but the law-finding process preceding the decision as well. The court, for that matter, will have to demonstrate that the extensively interpreted or newly

construed norm 'follows logically' from existing law. For this to be so, the court needs to convincingly demonstrate that extensive interpretation of the existing norm, or the norm made operative, did already exist, and all it did was make it visible. If it succeeds in demonstrating the legitimacy of the norms used, it will be seen as more readily respecting the constitutional relation and the division of labour between the judiciary and the legislature. If it fails to do so, it runs the risk of giving the impression that it is putting forward its own subjective opinion, not norms of existing law. The latter is undesirable, in view of the fact that there is no democratic legitimisation where the judiciary is concerned; laying down norms is the duty of the legislature.

A reason for the persuasive force of analogy is that it has a strong obfuscating effect. This can be explained by the way in which the analogy has been developed. In order to convince the reader of the comparability of the materials, the appropriateness of extensive interpretation or of creating a legal norm, the courts on occasion use rhetoric or metaphors. The technique of employing rhetoric and metaphors enable both the author to render a complex (legal) reality comprehensible and the reader to comprehend such a reality. However, the use of rhetoric and metaphors has its downside; it may negatively affect the reasons stated by the court for finding law. They are certainly not always reducible to applicable legal norms, whereas the judicial decision-making process must meet the requirements of rationality, coherence and consistence. The court's further defining of a norm of superordinate law through rhetoric or metaphors removes the constitutional objection to law-finding by the courts, because it makes it appear as if the legal norms employed were already part of operative law, or in any case that they logically form part of it. The margin of appreciation afforded to the court in the interpretation phase seems to be reduced by this technique to a single option, or at the most two alternatives, where this is not necessarily the case. The court that opts for settling the dispute from this angle will less readily be accused of assuming a legislative role than the court that shows in the interpretation phase that there is a large number of alternatives capable of resolving the dispute and subsequently opts for a particular one. From a constitutional-law perspective, analogous reasoning with the aid of rhetoric and metaphors may serve as an instrument for working out an interpretation strategy.

Results: most important findings

All the courts examined employ analogy. The case law showed variations both within and between systems. In the constitutional debate in the United States, law finding through analogous reasoning is viewed with a jaundiced eye. Thus far, the US Supreme Court has employed analogous reasoning based on legislation or principles of superordinate law in varying degrees. In analogous reasoning based on legislation, the concept of 'liberty' from the Fourteenth Amendment led to the classification of individual claims that had not been recognised until that time by the Supreme Court. The right to 'privacy' in US constitutional law is a legal norm made operative through analogy based on principles of superordinate law. In particular, 'privacy and the rules derived from it are still a controversial topic in American constitutional discourse, *inter alia*,

because of the objections based on the absence of democratic legitimisation of the judiciary and the vertical separation of powers. In the American debate, there are, in short, two opposite views of interpretation. The 'interpretevists' assert that the text of the Constitution must be strictly adhered to, whereas the 'non-interpretevists' see possibilities of moving away from its literal wording and in consequence do not reject law finding based on principles of superordinate law off hand. The author argues that analogous reasoning with regard to the notions 'privacy' and 'liberty' will be more readily accepted by 'non-interpretevists' than by 'interpretevists'.

In Germany, the Federal Constitutional Court has also applied analogous reasoning based on legislation and principles of superordinate law, but it has encountered less criticism. The right to personal development pursuant to Article 2 of the German Constitution has been a regular feature in the Court's analogous reasoning based on legislation, whereas a general individual right has been brought about through analogy based on principles of superordinate law. The case law of the European Court of Human Rights shows frequent employment of analogous reasoning based on legislation with regard to Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR), by which the Strasbourg court legitimises classifying very disparate individual claims as falling within the scope of Article 8 (the right to privacy). Where law finding in connection with Article 8 ECHR is concerned, the ECHR is rather characterised as a court with a 'non-interpretevist' perception of its duties.

The European Court of Justice of the European Community has rarely used analogy in the area of personal rights. To a certain extent, this may be explained by the fact that this Court does not interpret, in principle, on the basis of a mandate, which counts fundamental rights as part of its formal sphere of activities. The preparedness by the European Court to recognise and award claims depends very much on the type of dispute brought before it and the policy area governed by the legislation at issue. In disputes between individuals and the Institutions not involving prioritised policy areas, the Court has proved to be prepared to recognise and award claims on the basis of standards of constitutional law. Generally speaking, the Luxembourg Court can be characterised as a 'non-interpretevist' court, also where the personal rights examined in this dissertation are concerned. The Court has relatively often recognised claims. It has shown restraint, however, in awarding these.

The Netherlands Supreme Court has used analogy based on legislation in a few cases only, in connection with Articles 10 and 11 of the Netherlands Constitution. Analogy based on principles of superordinate law is found in the rendering operative of a general individual right, as a result of which concrete individual claims were recognised in a handful of cases. In all instances, the rendering operative of norms through analogous reasoning based on principles of superordinate law occurred in a horizontal conflict or in cases in which subordinate legislation was contested. Restraint on the part of the Netherlands Supreme Court in the latter situation can be explained for a large part by the prohibition against judicial review of acts of parliament. The absence of such review has been somewhat compensated for by the possibility to test acts of parliament

against generally applicable treaty norms. However, also in this case, the Dutch Court exercises restraint in using analogy based on legislation.

Analogous reasoning implies acceptance of a 'non-interpretivist' approach to constitutions and treaties. Law finding based on norms of superordinate law, which are almost always abstract in nature, seems to be more readily accepted, if it is acknowledged that constitutional rights must be assessed in context and in their interrelation. In the view that constitutions contain a list of specific, isolated rights, acceptance of analogous law finding based on norms of superordinate law is much less obvious. The 'non-interpretivist' approach of the courts in the European legal systems has been mainly accepted by the legal forum. One of the most important reasons for this difference in approach between the European courts and the US Supreme Court is the fact that the US Supreme Court will make the assessment and the solution of a dispute virtually contingent on the choices made in the interpretation phase. If the Court recognises an individual claim in the interpretation phase as falling within the scope of 'privacy', award of the claim nearly always follows in the testing phase. There is hardly any room in a later phase of the judicial decision-making process, for instance in the testing phase, to take into account the relation between the judiciary and the legislature.

In the European legal systems, the constitutional area of tension is not 'limited' to the phase in which the court selects the applicable norm. Once an individual claim has been characterised as constitutional, this does not result, as in the American situation, in the annulment of the statute challenged. In order to meet constitutional tensions, the European courts may in subsequent phases of the judicial decision-making process make concessions to the constitutional relations between the judiciary and the legislature. In the European systems the standards employed in the testing phase are movable, which may mitigate the impact on the constitutional relation created in the norm-selecting phase. The emphasis placed on the constitutional relation between the legislature and the judiciary in the European situation occurs therefore less in the phase in which the applicable norm is selected than is the case in the American context. This does not reduce the relevance of the interpretation phase for the constitutional relation between the judiciary and the legislature in the European systems. Compared to the United States, the European debate on the perception of the judiciary's duties where constitutional relations are concerned takes place in various phases, including the testing phase.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- Aarnio 1987:** A. Aarnio, *The rational as reasonable. A Treatise on Legal justification*, Dordrecht: Kluwer 1987.
- Abraham 1982:** H.J. Abraham, *Line-Drawing between Judicial Activism and Restraint: A "Centrist" Approach and Analysis*, in: *Supreme Court activism and restraint*, S.C. Halpern en C.M. Lamb (red.), Lexington: Heath and Company 1982, p. 201-219.
- Ackerman 1991:** B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge: Harvard University Press 1991.
- Advies Hoge Raad 1992:** Advies Hoge Raad inzake toetsingsrecht, NJCM-Bulletin 1992, p. 243-260.
- Alexy 1991:** R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1991.
- Alexy 1996:** R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1996.
- Alexy en Dreier 1991:** R. Alexy en R. Dreier, 'Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany', in: *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, N. McCormick en R.S. Summers (red.), Dartmouth: Aldershot 1991, p. 73 - 121.
- Alkema 1978:** E.A. Alkema, *Studies over Europese Grondrechten. De invloed van de conventie op het Nederlandse recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.
- Alkema 1996:** E.A. Alkema, *Constitutionele interpretatie van grondrechten en bepalingen inzake buitenlandse betrekkingen - facetten, factoren en actoren*, in: *RegelMaat* 1996, p. 91-98.
- Alkema 2000:** E.A. Alkema, *The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court*, in: *Protecting Human Rights, The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal*, P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold en L. Wildhaber (red.), Keulen: Carl Heymanns Verlag 2000, p. 41-63.
- Anweiler 1997:** J. Anweiler, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* (diss. Göttingen), Frankfurt am Main: Peter Lang 1997.
- Arnall 2001:** A. Arnall, *Private applicants and the action for annulment since Codorniu*, in: *Common Market Law Review* 2001, p. 7-52.
- Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974:** P. Scholten, *Algemeen Deel*, met feitelijke gegevens aangevuld door G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.
- Asser-Vranken (Algemeen Deel) 1995:** J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- Barak 1989:** A. Barak, *Judicial discretion*, New Haven: Yale University 1989.
- Barendrecht 1992:** J.M. Barendrecht, *Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter*, in: *Toetsing (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1992-I)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 85-172.
- Barendrecht 1998:** J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei: Kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie: een analyse van denkrichtingen voor de toekomst*, Zwolle: Tjeenk Willink 1998.
- Barents en Brinkhorst 2001:** R. Barents en L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Battis en Gusy 1991:** U. Battis en C. Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, Heidelberg: Müller Juristischer Verlag 1991.

- Beatty 2001:** D.M. Beatty, *The Forms and Limits of Constitutional Interpretation*, in: *The American Journal of Comparative Law* 2001, p. 79-120.
- Benda 1979:** E. Benda, BVerfG und Gesetzgeber im dritten Jahrzehnt des GG, in: *Die öffentliche Verwaltung* 1979, p. 471 e.v.
- Bengoetxea 1993:** J. Bengoetxea, *The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press 1993.
- Bernhardt 1988:** R. Bernhardt, *Thoughts on the interpretation of human-rights treaties* in: *Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda*, F. Matscher en H. Petzold (red.), Keulen: Carl Heymanns Verlag 1988, p. 65-72.
- Bettermann 1981:** K.A. Bettermann, *Opposition und Verfassungsrichterwahl*, in: *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, H. Bernstein, U. Drobnig en H. Kötz (red.), Tübingen: Mohr 1981, p. 723-746.
- Bickel 1962:** A. M. Bickel, *The least dangerous branch, The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press 1962.
- Bijdrage van het Hof en het Gerecht aan de Intergouvernementele Conferentie 2000:** Bijdrage van het Hof en het Gerecht aan de Intergouvernementele Conferentie 2000, zie www.curia.eu.int.
- Black 1960:** C.L. Black, *The People and the Court: Judicial review in a Democracy*, New York: Macmillan 1960.
- Black 1983:** C.L. Black, *Structure and relationship in constitutional law*, Baton Rouge: Louisiana State University Press 1983.
- Blok 2002:** P. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en het Amerikaanse recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2002.
- Bloustein 1964:** E.J. Bloustein, *Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser*, in: *New York University Law Review* 1964, p. 962-1007, herdrukt in: *Philosophical dimensions of privacy: an anthology*, F. D. Schoeman (red.), Cambridge: Cambridge University Press 1984, p. 156-202.
- Bobbitt 1982:** P. Bobbitt, *Constitutional Fate, theory of the constitution*, New York: Oxford University Press 1982.
- Böckenförde 1976:** E.W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, p. 2089-2099.
- Böckenförde 1993:** E.W. Böckenförde, *Anmerkungen zum Begriff des Verfassungswandels*, in: *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für P. Lerche zum 65. Geburtstag*, P. Badura en R. Scholz (red.), München: Beck 1993, p. 3-14.
- De Boer 1990:** J. De Boer, *Artikel 8 EVRM Deel I en Deel II*, Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging 1990, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- Bood 1998:** A. Bood, *'Euthanasie' in de Verenigde Staten*, in: *RM Themis* 1998, p. 177-188.
- Bork 1971:** R. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in: *Indiana Law Journal* 1971, p. 1 e.v.
- Bork 1990:** R. Bork, *The tempting of America, the political seduction of the law*, New York: Simon & Schuster 1990.
- Bosmajian 1992:** H. Bosmajian, *Metaphor and reason in judicial opinions*, Illinois: Board of Trustees of Southern Illinois University 1992.

- Boukema 1997:** H.J.M. Boukema, Rechterlijke retorica, in: *Op Goede Gronden, Bijdragen aan het Tweede symposium juridische argumentatie*, E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug en J.A. Pontier (red.), Nijmegen: Ars Aequi 1997, p. 191-197.
- Van Boven 1995:** Th. Van Boven, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, in: *La convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, L. Pettiti, E. Decaux, P. Imbert, P. Teitgen (red.), Parijs: Economica 1995, p. 125-134.
- Bovend'Eert 2000:** P.P.T. Bovend'Eert, *Benoeming en ontslag van rechters* (oratie Nijmegen), 2000.
- De Brauw 1965:** P.J.W. De Brauw en Th. W. Van Veen, Behoort de wetgever maatregelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken, en het openbaar maken van waarnemingen, diens persoonlijke sfeer betreffende? *Praeadvies NJV 1965*, Zwolle: W.E.J Tjeenk Willink 1965, p. 1-74.
- Bredimas 1978:** A. Bredimas, *Methods of Interpretation and Community Law*, Amsterdam: North-Holland Publishing Company 1978.
- Brest 1980:** P. Brest, The Misconceived Quest for the Original Understanding, *Boston University Law Review* 1980, p. 223 e.v.
- Brouwer 1991:** P.W. Brouwer 1991, Rechtsbeginselen en rechtspositivisme, in: *Rechtsbeginselen*, M. Dolman (red.), Nijmegen: Ars Aequi 1991, Nijmegen 1991, p. 757-772.
- Brugger 1994:** W. Brugger, Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks From a German Point of View, in: *The American Journal of Comparative Law* 1994, p. 395-421.
- Bruggink 1992:** J. J. H. Bruggink, *Op zoek naar het recht: rechtsvinding in rechtstheoretisch perspectief*, Groningen: Wolters Noordhoff 1992, p. 136-153.
- Bryde 2000:** B. Bryde, Art. 79 GG (Änderung des Grundgesetzes), in: *Grundgesetz-Kommentar* (Band 3), Ph. Kunig (red.), München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 2000, p. 227-263.
- Burgess-Jackson 1989:** K. Burgess-Jackson, *Constitutional Interpretation* (diss. University of Arizona), University of Arizona 1989.
- Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven 2001:** M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat: Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.
- Campbell en Lardy 1996:** A. Campbell en H. Lardy, Discrimination against Transsexuals in Employment, in: *European Law Review* 1996, p. 412-418.
- Canor 1998:** I. Canor, The Limits of Judicial Discretion in the European Court of Justice: Security and Foreign Affairs Issues (diss. Saarbrücken), Baden Baden: Nomos Verlag 1998.
- Canor 2000:** I. Canor, Equality for Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order - "they shall be male and female", in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2000, p. 273-299.
- Canor 2000:** I. Canor, Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe? in: *European Law Review* 2000, p. 3-21.
- Cardozo 1921:** B.N. Cardozo, *The nature of the judicial process*, New Haven: Yale University Press 1921.
- Cardozo 1931:** B.N. Cardozo, *Law and Literature and other essays and addresses*, New York: Harcourt, Brace and Co., 1931.

- Cassese, Clapham en Weiler, *Methods of Protection*, 1991:** A. Cassese, A. Clapham and J. Weiler, *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden: Nomos 1991.
- Cassese, Clapham en Weiler, *The Substantive Law*, 1991:** A. Cassese, A. Clapham and J. Weiler, *Human Rights and the European Community: The Substantive Law*, Baden-Baden: Nomos 1991.
- Cath 1991:** J.G.F. Cath, Hebben ondernemingen recht op bescherming van de privesfeer? De zaken Hoechst en Chappel vergeleken, in: *NJCM-Bulletin* 1991, p. 28-54.
- Cliteur 2000:** P. B. Cliteur, Steeds maar nieuwe rechten. Over de schaduwzijden van een wijdverbreide praktijk, in: *Rechtstheorie en Rechtsfilosofie* 2000, p. 20-31.
- Commissie Franken: *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk***, Handelingen TK 27460, nr. 1, 2000.
- Cooley 1972:** T. Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, New York: Da Capo Press 1972.
- Coppel en O'Neill 1992:** J. Coppel en A. O'Neill, The European Court of Justice: Taking rights seriously? In *Common Market Law Review* 1992, p. 669-692.
- Cox 1987:** A. Cox, *The Court and the Constitution*, Boston: Houghton Mifflin Company 1987.
- Craig en De Búrca 1998:** P. Craig en G. de Búrca, *EC law: text, cases, and materials*, New York: Oxford University Press 1998.
- Craig 2001:** P. Craig, Constitutions, Constitutionalism, and the European Union, in: *European Law Journal* 2001, p. 125-150.
- Currie 1989:** D.P. Currie, Lochner Abroad: substantive due process and equal protection in the Federal Republic of Germany, in: *The Supreme Court Review* 1989, p. 333-372.
- Curtin 1993:** D. Curtin, The constitutional structure of the Union: a Europe of bits and pieces, in: *Common Market Law Review* 1993, p. 17-69.
- Delmas-Marty 1992:** M. Delmas-Marty, *The European Convention for the Protection of Human Rights, International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1992.
- Denning en Reynolds 1997:** B.P. Denning en G.H. Reynolds, Comfortably Penumbral, in: *Boston University Law Review*: 1997, p. 1089-1120.
- DeRosa 1996:** M.L. DeRosa, *The Ninth Amendment and the politics of creative jurisprudence, disparaging the fundamental right of popular control*, London: Transaction Publishers 1996.
- Dixon 1971:** R.G. Dixon, The Griswold Penumbra: constitutional charter for an Expanded Law of Privacy? in: *The Right of Privacy, A Symposium on the Implications of Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965)*, R.G. Dixon (red.), New York: Da Capo Press 1971, p. 1-22.
- Donders 2002:** Y.M. Donders, *Towards a Right to Cultural Identity?* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2002.
- Dorf 1997:** M. Dorf, Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning, *Georgetown Law Journal* 1997, p. 1765-1777.
- Doswald-Beck 1983:** Doswald-Beck, The meaning of the "Right to respect for Private Life" under the European Convention on Human Rights, in: *Human Rights Law Journal* 1983, p. 283 e.v.
- Dreier en Schwegemann 1976:** R. Dreier en F. Schwegemann, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden Baden: Nomos 1976.

- Van Dijk en Van Hoof 1998:** P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International 1998.
- Dubinsky 1994:** P.R. Dubinsky, The essential Function of Federal Courts: The European and the United States Court Compared, in: *The American Journal of Comparative Law* 1998, p. 295-346.
- Ducat en Chase 1992:** C. Ducat en H.W. Chase, *Constitutional Interpretation*, St. Paul: West Publishing Company 1992.
- Duijkersloot 1997:** A.P.W. Duijkersloot, Nationale maatregelen, communautaire grondrechten en de vrij verkeersjurisprudentie, in: *Weekblad Sociaal-economische Wetgeving* 1997, p. 218-224.
- Dworkin 1977:** R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press 1977.
- Dworkin 1992:** R. Dworkin, The Concept of Unenumerated Rights, in: *The Bill of Rights in the Modern State*, G. R. Stone, R.A. Epstein, C.R. Sunstein (red.) Chicago: Chicago University Press 1992, p. 381-450.
- Dworkin 1993:** R. Dworkin, *Life's Dominion, An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, New York: Vintage Books 1993.
- Ely 1980:** J.H. Ely, *Democracy and distrust, a theory of judicial review*, Cambridge: Harvard University Press 1980.
- Esser 1970:** J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main: Athenaeum Verlag, 1970.
- Everling 1988:** U. Everling, Rechtsanwendungs- und Auslegungsgrundsätze des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: *Zölle, Verbrauchssteuern, europäisches Marktordnungsrecht*; H.W. Kruse (uitgever), Keulen: Carl Heymanns Verlag 1988, p. 51-73.
- Fallon 1987:** R. Fallon, A constructivist coherence theory of constitutional interpretation, *Harvard Law Review* 1987, p. 1189-1286.
- Fierstra 2001:** M.A. Fierstra, Een nieuw toekomstperspectief voor het Hof van Justitie; de tussenstand na het Verdrag van Nice, in: *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2001, p. 95-103.
- Finnis 1980:** J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press 1980.
- Flinterman 1995:** C. Flinterman, Judicial control of foreign affairs: the political question doctrine, in: *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, R. Bakker, A.W. Heringa en F.A.M. Stroink (red.), Antwerpen: Maklu 1995, p. 45-54.
- Flynn 1997:** L. Flynn, Annotatie bij P. t. S. en Cornwall County Council, *Common Market Law Review* 1997, p. 367-387.
- Forsthoff 1959:** E. Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: *Festschrift fuer Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, dargebracht von Freunden und Schülern*, H. Barion, E. Forsthoff en W. Weber, Berlin: Duncker & Humblot 1959, p. 35-62.
- Forrester 1983:** I.S. Forrester, Legal professional privilege: limitations on the Commission's powers of inspection following the AM&S judgement, in: *Common Market Law Review* 1983, p. 75-85.
- Fried 1968:** C. Fried, Privacy, in: *Yale Law Journal* 1968, p. 475-493.
- Frowein 1992:** J.A. Frowein, The Federal Republic of Germany, in: *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus national Restrictions*, M. Delmas-Marty en C. Chodkiewicz (red.), Dordrecht: Martinus Nijhoff 1992, p. 121-129.

- Frowein en Peukert 1996:** J. Frowein en W. Peukert, *Europäische Menschenrechts-Konvention*, EMRK-Kommentar, Kehl: Engel 1996.
- Gerards 2002:** J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag: SDU 2002.
- Gerstein 1970:** R.S. Gerstein, Privacy and self-incrimination, in: F.D. Schoeman (red.), *Philosophical Dimensions of Privacy, An Anthology*, Cambridge: Cambridge University Press 1984, p. 245-264.
- Van Gerven en Leijten 1981:** W. van Gerven en J.C.M. Leijten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.
- Van Gerven 2000:** W. van Gerven, Het voor en tegen van een Europese Grondwet, in: *Publikaties van de Staatsrechtkring. Bijdragen aan een Europese grondwet*, A. Koekoek (red.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 27-44.
- Goerlich 1973:** H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz, Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, Baden Baden: Nomos 1973.
- De Graaf 1977:** F. De Graaf, *Bescherming van de persoonlijkheid, privé-leven, persoonsgegevens* (diss. Utrecht), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1977.
- Grey 1975:** Th. C. Grey, Do we have an unwritten constitution? in: *Stanford Law Review* 1975, p. 703-718.
- Grey 1978:** Th. C. Grey, Origins of the Unwritten Constitution: fundamental law in American revolutionary thought, in: *Stanford Law Review* 1978, p. 843-893.
- Grey 1984:** Th. C. Grey, The Constitution as scripture, in: *Stanford Law Review* 1984, p. 1-15.
- Gribnau 1997:** J.L.M. Gribnau, Des Pudels Kern? Rechtsbeginselen als fundamentele rechtsbron, in: *Op Goede Gronden, Bijdragen aan het Tweede symposium juridische argumentatie*, E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug en J.A. Pontier (red.), Nijmegen: Ars Aequi 1997, p. 197-204.
- Griffiths 1997:** J. Griffiths, Euthanasie: legalisering of decriminalisering? In: *Nederlands Juristen Blad* 1997, p. 619-627.
- Groenewegen 1997:** F.T. Groenewegen, Analogie, in: *Op Goede Gronden, Bijdragen aan het Tweede symposium juridische argumentatie*, E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug en J.A. Pontier (red.), Nijmegen: Ars Aequi 1997, p. 108-114.
- Guild 2000:** E. Guild, *European Community Law From a Migrant's Perspective* (diss. Nijmegen), Den Haag: Kluwer law International 2000.
- Gunther 1972:** G. Gunther, Foreword. In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for A Newer Equal Protection, in: *Harvard Law Review* 1972, p. 8.
- Gunther en Sullivan 1997:** G. Gunther en K.M. Sullivan, *Constitutional Law*, New York: Foundation Press 1997.
- Haak 2002:** W.E. Haak, *Rechterlijke toetsing*. Voordracht door de President van de Hoge Raad der Nederlanden ter ere van Arthur Chaskalson, President van het Constitutionele Hof in Zuid-Afrika, op 11 januari 2002 te Amsterdam, <<http://www.rechtspraak.nl>>, bericht van 16 januari 2002.
- Häberle 1974:** P. Häberle, Zeit und Verfassung, in: *Zeitschrift für Politik* 1974, p. 111 e.v.
- Häberle 1976:** P. Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, P. Häberle (red.), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1976.
- Häberle 1989:** P. Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, *JuristenZeitung* 1989, p. 913 e.v.

- Häberle 1994:** P. Häberle, *Europäische Rechtskultur*, Baden Baden: Nomos 1994.
- Harding 1980:** C. Harding, The Private Interest in Challenging Community Action, *European Law Review* 1980, p. 354 e.v.
- Harris, O'Boyle en Warbrick 1995:** D. J. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London: Butterworths 1995.
- Hart 1961:** H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1961.
- Hart en Wechsler 1996:** H.M. Hart en H. Wechsler, *The Federal Court and the Federal System*, New York: Mineola 1996.
- Hartkamp 2000:** A.S. Hartkamp, De Nederlandse rechter en het EVRM, in: *50 jaar EVRM*, R.A. Lawson en E. Myjer (red.), NJCM-Bundel Leiden: 2000, p. 23-38.
- Hartley 1994:** T.C. Hartley, The foundations of European Community law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Community, Oxford: Clarendon Press 1994.
- Heidenheimer en Kommers 1975:** A.J. Heidenheimer en D.P. Kommers, *The Governments of Germany*, New York: Crowell 1975.
- Hendriks 1995:** A. C. Hendriks, noot bij X t. Commissie, in: *NJCM-Bulletin* 1995, p. 231-238.
- Herdegen 1994:** M. Herdegen, Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an Ever Closer Union, *Common Market Law Review* 1994, p. 235 e.v.
- Heringa 1990:** A.W. Heringa, Constitutionele schijnbewegingen, in: *Publiekrechtelijke Bewegingen*, A.W. Heringa en N. Verhey (red.), Deventer: Kluwer 1990, p. 67-81.
- Heringa en Zwart 1991:** A.W. Heringa en T. Zwart, *De Nederlandse Grondwet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.
- Heringa 1996:** A.W. Heringa, *Het Amerikaanse Hooggerechtshof*, Deventer: Kluwer 1996.
- Heringa 1999, Katern 2.6:** A.W. Heringa, Het 'consensus principle', De rol van 'gemeenschappelijk recht' in de jurisprudentie van het EHRM, Katern 2.6, in: *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1999.
- Heringa 1999, Katern 3.8:** A.W. Heringa, Privé-leven en gezinsleven, Katern 3.8 in: *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1999.
- Heringa 2000:** A.W. Heringa, Horizontale werking, Katern 2.3 in: *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000.
- Hesse 1990:** K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: Müller Verlag 1990.
- Hirsch Ballin 1988:** E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 211-240.
- Hirsch Ballin 2000 (I):** E.M.H. Hirsch Ballin, Vervlochten constituties. Nederland in de Europese rechtsorde, in: *Publikaties van de Staatsrechtkring. Bijdragen aan een Europese grondwet*, A. Koekkoek (red.), Deventer: W.E.J Tjeenk Willink 2000, p. 11-20.
- Hirsch Ballin 2000 (II):** E.M.H. Hirsch Ballin, Het EVRM in de 21^{ste} eeuw, in: *50 jaar EVRM*, R.A. Lawson en E. Myjer (red.), NJCM-Bundel Leiden: 2000, p. 611-622.
- Van Hoecke 1979:** M. van Hoecke, *De Interpretatievrijheid van de rechter* (diss. Gent), Antwerpen: Kluwer 1979.
- Hoge Raad, Toelichting op de jaarcijfers 1995 en 1996:** Hoge Raad der Nederlanden, *Toelichting op de Jaarcijfers 1995-1996*, Den Haag 1997, p. 13-21.

- Hoffman 1997:** D. Hoffman, *Our Elusive Constitution, Silences, Paradoxes, Priorities*. Albany: State University of New York Press 1997.
- Van Houten 1997:** M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving: Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1997.
- Huber 1971:** H. Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: K. Eichenberger, R. Bäuml en J.P. Müller (red.), *Rechtstheorie Verfassungsrecht Völkerrecht, Ausgewählte Aufsätze 1950-1970, zum 70. Geburtstag des Verfassers*, Bern: Staempfli & Cie 1971, p. 329-348.
- Hubmann 1953:** H. Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*, Keulen: Böhlau Verlag 1953.
- Huussen en Van der Velde 1999:** I.B. Huussen en J. Van der Velde, Het toezichtsmechanisme van het EVRM, Katern 1.1 tot en met 1.3 in: *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1999.
- Isensee 1996:** J. Isensee, Bundesverfassungsgericht - quo vadis? In: *JuristenZeitung* 1996, p. 1085 - 1093.
- Jacobs en White 1996:** F.G. Jacobs en R.C.A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Clarendon Press 1996.
- Jacot-Guillarmod 1995:** O. Jacot-Guillarmod, Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in: *La Convention Européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, L. Pettiti, E. Decaux, P. Imbert, P. Teitgen (red.), Parijs: Economica 1995, p. 41-63.
- Jarass 1989:** H. D. Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1989, p. 857 - 884.
- Jeukens 1970:** H.J.M. Jeukens, De interpretatie van de grondwet, in: *Rechtsvinding, opstellen aangeboden aan J.M. Pieters*, Deventer: Kluwer 1970, p. 171-185.
- Johnson 1988:** M. Johnson, Some constraints on embodied analogical understanding, in: *Analogical reasoning, Perspectives of Artificial Intelligence, Cognitive Science, and Philosophy*, D.H. Helman (red.), Dordrecht: Kluwer Academic 1988, p. 25-40.
- Kaufman 1982:** A. Kaufman, Analogie und "Natur der Sache", Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Heidelberg: Decker en Müller Verlag 1982.
- Kelk 1997:** C. Kelk, De praktijk van de euthanasie: het einde van een rijpingsproces? In: *Nederlands Juristen Blad* 1997, p. 101-107.
- Klein 2000:** E. Klein, Should the binding effect of the judgements of the European Court of Human Rights be extended? In: *Protecting Human Rights, The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal*, P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold en L. Wildhaber (red.), Keulen: Carl Heymanns Verlag 2000, p. 705-714.
- Koch 1986:** H.J. Koch, Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1986, p. 345-361.
- Kommers 1997:** D.P. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham: Duke University Press 1997.
- Kommers 1998:** D.P. Kommers, *American Constitutional law: essays, cases and comparative notes*, Chicago: Wadsworth Publishing Belmont 1998.
- Koopmans 1988:** T. Koopmans, The roots of judicial activism, in: *Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda*, F. Matscher en H. Petzold (red.), Keulen: Carl Heymanns Verlag 1988, p. 317-328.
- Koopmans 1991:** T. Koopmans, Rechtsbeginselen in het Europese Gemeenschapsrecht, in: *Rechtsbeginselen*, M. Dolman (red.), Nijmegen: Ars Aequi 1991, p. 927-933.

- Koopmans 1992 (I):** T. Koopmans, The Future of the Court of Justice of the European Communities, in: *Yearbook European Law* 1991, Oxford: Clarendon Press 1992, p. 15-32.
- Koopmans 1992:** T. Koopmans, Toetsing, in: *Toetsing (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1992-I)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 35-84.
- Koopmans 1994:** T. Koopmans, Rechter, D-Mark en democratie: het Bundesverfassungsgericht en de Europese Unie, in: *Nederlands Juristen Blad* 1994, p. 245-251.
- Kortmann 1994:** C.A.J.M. Kortmann, Grondwetsinterpretatie, in: *RM Themis* 1994, p. 363-370.
- Kortmann 1996:** S.C.J.J. Kortmann, Zijn grondrechten subjectieve rechten? In: *Op recht: bundel opstellen, aangeboden aan prof. mr. A.V.M. Struycken ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, S.C.J.J. Kortmann (red.) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 145-155.
- Kortmann 2001:** C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer: Kluwer 2001.
- Kotulak 1988:** T.D. Kotulak, Rights retained by the People: the changing role of the Ninth Amendment in constitutional adjudication (diss. Michigan), Michigan State University 1988.
- Kuitenbrouwer 1989:** F. Kuitenbrouwer, Het (medisch) inzagerecht: de rechter ging de wet voor, in: *Computerrecht* 1989, p. 92-95.
- Kumm 1999:** M. Kumm, Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice, in: *Common Market Law Review* 1999, p. 351-386.
- Kunig 2000:** P. Kunig, Art. 1 (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung), in: *Grundgesetzkommentar*, I. Von Münch en P. Kunig (red.), München: Beck'sche Verlag 2000, p. 65-122.
- Kunig 2000:** P. Kunig, Art. 2 (Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person), in: *Grundgesetzkommentar*, I. Von Münch en P. Kunig (red.), München: Beck'sche Verlag 2000, p. 123-192.
- Lakoff 1980:** G. Lakoff, *Metaphors we live by*, Chicago: University of Chicago Press 1980.
- Lamb 1982:** C.M. Lamb, Judicial Restraint on the Supreme Court, in: *Supreme Court Activism and Restraint*, S.C. Halpern en C.M. Lamb (red.), Lexington: Heath and Company, 1982, p. 7-36.
- Langenbucher 1998:** K. Lachenbucher, Argument by analogy in European law, in: *Cambridge Law Journal* 1998, p. 481-521.
- Larenz 1991:** K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin: Springer-Verlag 1991.
- Lawson 1994:** R. Lawson, Annotatie bij zaak C-168/91 (Konstantinidis), in: *Common Market Law Review* 1993, p. 395-412.
- Lawson en Schermers 1997:** R.A. Lawson, H.G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.
- Lazarus 1999:** E. Lazarus, *Closed Chambers, the Rise, Fall and Future of the Modern Supreme Court*, New York: Penguin Putnam 1999.
- Leijten 1975:** J.C.M. Leijten, Het fluorideringsarrest, in: *'t Exempel dwinght, Opstellen aangeboden door vrienden en vereerders aan Prof. mr. I Kisch ter gelegenheid van zijn 70^{de} verjaardag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 289-315.
- Lensing 1997:** J.A.W. Lensing, Het Amerikaanse Federale Hooggerechtshof, hulp bij zelfdoding en euthanasie, in: *Nederlands Juristen Blad* 1997, p. 2011-2019.

- Lenz 1993:** C.O. Lenz, Der europäische Grundrechtsstandard in der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1993, p. 585-589.
- Lerche 1990:** P. Lerche, *Kompetenz-Kompetenz und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für G. Dürig zum 70. Geburtstag*, H. Maurer P. Häberle, W. Schmitt Glaeser, W. Graf Vitzthum (red.), München: Beck, 1990, p. 401-411.
- Linsmayer 1963:** E. Linsmayer, *Das Naturrecht in der deutschen Rechtsprechung der Nachkriegszeit* (diss. München), München 1963.
- Llewellyn 1989:** K. Llewellyn, *The Case Law System in America*, Chicago: The University of Chicago Press 1989.
- Loucaides 1995:** L. G. Loucaides, Personality and Privacy under the European Convention of Human rights, in: *Essays on the developing law of human rights*, L.G. Loucaides (red.), Dordrecht: Nijhoff 1995, p. 83-107.
- Luisa Fernandez Esteban 1995:** M. Luisa Fernandez Esteban, Constitutional Values and Principles in the Community Legal Order, in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1995, p. 129-144.
- MacCormick en Summers 1991:** N. MacCormick and R.S. Summers, Interpretation and Justification, in: *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, N. MacCormick en R.S. Summers (red.), Dartmouth: Aldershot 1991, p. 511-544.
- MacCormick 1997:** N. MacCormick, *Legal reasoning and Legal theory*, Oxford: Clarendon Press 1997.
- Magiera 1983:** S. Magiera, The interpretation of the Basic Law, in: *Main Principles of the German Basic Law*, C. Starck (red.), Baden Baden: Nomos 1983, p. 89 e.v.
- Mahoney 1990:** P. Mahoney, Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin, in: *Human Rights Law Journal* 1990, p. 57-88.
- Mancini en Keeling 1994:** G. F. Mancini en D.T. Keeling, Democracy and the European Court of Justice, in: *The Modern Law Review* 1994, p. 175-190.
- Martens 2000:** S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, in: *Nederlands Juristen Blad* 2000, p. 747-758.
- Maunz/Dürig 1962:** Th. Maunz, *Grundgesetz: Kommentar*, München: Beck 1962 (losbl.), 2001.
- Maunz en Zippelius 1998:** Th. Maunz en R. Zippelius, *Deutsches Staatsrecht: ein Studienbuch*, München: Beck 1998.
- McKay 1965:** R.B. McKay, The Right of Privacy: Emanations and Intimations, in: *The Right of Privacy, A Symposium on the Implications of Griswold v. Connecticut 381 U.S. (1965)*, R.G. Dixon (red.), New York: Da Capo Press 1971, p. 63-86.
- Mendelts 2002:** P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten. Grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002.
- Meuwissen 1991:** D.H.M. Meuwissen, Rechtsbeginselen en natuurrecht, in: *Rechtsbeginselen*, M. Dolman (red.), Nijmegen: Ars Aequi 1991, p. 730-743.
- Mevis 1998:** P.A.M. Mevis, De ultieme triomf van Radbruch? De berechting van ex-DDR-leiders: kanttekeningen bij het 'Grensregime-oordeel' van het Bundesverfassungsgericht, in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1998, p. 144-154.

- Mortelmans 1998:** K. Mortelmans, The principle of Loyalty to the Community (Article 5 EC) and the Obligations of the Community Institutions, in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1998, p. 67-88.
- Von Münch 2000:** I. Von Münch, *Die Grundrechte, Vorbemerkungen zu den Art. 1-19*, in: *Grundgesetzkommentar*, I. Von Münch en P. Kunig (red.), München: Beck'sche Verlag 2000, p. 21-64.
- Murphy, Fleming en Barber 1995:** W.F. Murphy, J.E. Fleming en S.A. Barber, *American Constitutional Interpretation*, New York: Foundation Press 1995.
- Nagel 1989:** R.F. Nagel, *Constitutional Cultures, The Mentality and Consequences of Judicial Review*, Berkeley: University of California Press 1989.
- Nehmelman 2001:** R. Nehmelman, The Notion of Personality-Right in Germany and the Netherlands, *Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM) Special* 2001 (nr. 21), p. 141-151.
- Nehmelman 2002:** R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002.
- J.H. Nieuwenhuis 1976:** J.H. Nieuwenhuis, Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, *RM Themis* 1976, p. 494-515.
- J.H. Nieuwenhuis 1997:** J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis - recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 1997.
- J.H. Nieuwenhuis 2000:** J.H. Nieuwenhuis, De Constitutie van het burgerlijk recht, in: *RM Themis* 2000, p. 203 - 211.
- A.J. Nieuwenhuis 2001:** A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht, een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.
- Nipperdey 1954:** H.C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: *Die Grundrechte: deel II*, Neumann/Nipperdey/Scheuner (red.), Berlijn: Ducker en Humblot 1954, p. 1-50.
- Nipperdey 1962:** H.C. Nipperdey, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: *Die Grundrechte: deel IV*, Bettermann/Nipperdey (red.), Berlijn: Duncker en Humblot 1962, p. 741-907.
- Van Oenen 1994:** G. H. van Oenen, *Conventie en rechtsintrige, een visie op de rechtstheorie van Ronald Dworkin*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- Ossenbühl 1976:** F. Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 46 *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, p. 2100-2107.
- Ost 1992:** F. Ost, The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights, in: *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*, M. Delmas-Marty (red.), Dordrecht: Martinus Nijhoff 1992, p. 283-305.
- Overkleeft-Verburg 2000:** G. Overkleeft-Verburg, Art. 10 Grondwet, in: *De Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, A.K. Koekoek (red.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 155-178.
- Pagone 1984:** G.T. Pagone, Legal professional privilege in the European Communities: the AM&S case and Australian law, in: *International and Comparative Law Quarterly* 1984, p. 663-683.
- Perelman 1983:** C. Perelman en L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Brussel: Universiteit van Brussel 1983.
- Perry 1991:** H.W. Perry, Deciding to Decide. Agenda setting in the United States Supreme Court, Cambridge: Harvard University Press 1991.

- Pettiti 1995:** L. Pettiti, *Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention*, in: *La Convention Européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, L. Pettiti, E. Decaux P. Imbert en P. Teitgen (red.), Parijs : Economica 1995, p. 27-40.
- Pieroth-Schlink 1999:** B. Pieroth en B. Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, Heidelberg: Müller-Verlag 1999.
- Plug 1997:** H.J. Plug, Een pragma-dialectische analyse van afwegingsstrategieën voor de rechtvaardiging van interpretatieve beslissingen, in: *Op Goede Gronden, Bijdragen aan het Tweede symposium juridische argumentatie*, E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug en J.A. Pontier (red.), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 80-89.
- Polak 1953:** J.M. Polak, *Theorie en praktijk der rechtsvinding* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.
- Pitlo 1972:** A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: Tjeenk Willink 1972.
- Ponthoreau 1993:** M.C. Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française: essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel* (diss. Florence), Parijs: Economica 1993.
- Pontier 1995:** J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.
- Posner 1992:** R.A. Posner, Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights, in: *The Bill of Rights in the Modern State*, G.R. Stone, R.A. Epstein en C.R. Sunstein (red.), Chicago: University of Chicago Press 1992, p. 433 - 450.
- Posner 1995:** R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- Prakke 1992:** L. Prakke, Bedenkingen tegen het toetsingsrecht, in: *Toetsing (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1992-I)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 1-33.
- Prebensen 2000:** S. Prebensen, Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights, in: *Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal*, P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold en L. Wildhaber (red.), Keulen: Carl Heymanns Verlag 2000, p. 1123-1137.
- Prosser 1984 (1960):** W.L. Prosser, Privacy [a legal analysis], in: *Philosophical Dimensions of Privacy, An Anthology*, F.D. Schoeman (red.), Cambridge: Cambridge University Press 1984, p. 104-155.
- Ramm 1989:** T. Ramm, Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht, in: *Neue juristische Wochenschrift* 1989, p. 1594-1597.
- Rasmussen 1980:** H. Rasmussen, Why is Article 173 Interpreted against Private Plaintiffs? In: *European Law Review* 1980, p. 112-127.
- Rasmussen 1988:** H. Rasmussen, Between Self-Restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court, in: *European Law Review* 1988, p. 28-38.
- Raz 1998:** J. Raz, On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries, in: *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, L. Alexander (red.), Cambridge: Cambridge University Press 1998, p. 152-193.
- Rotunda en Nowak 1995:** R.D. Rotunda en J.E. Nowak, *Constitutional Law*, St. Paul Minnesota: West 1995.
- Rodríguez Iglesias 2000:** G.C. Rodríguez Iglesias, *Het Hof van Justitie en de institutionele hervorming van de Europese Unie*, April 2000, <www.curia.eu.int>.
- Rossinelli 1987:** M. Rossinelli, *Les Libertés non Écrites, contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Lausanne: Payot 1987.
- Rozemond 1998:** N. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.

- Von Savigny 1840:** F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Vol. I, Berlijn: Veit 1840.
- Scalia 1997:** A. Scalia, *A matter of interpretation, Federal Courts and the law. An essay by Antonin Scalia*, Pinceton, New Jersey: Princeton University Press 1997.
- Schermers en Waelbroeck 1992:** H. G. Schermers en D. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer: Kluwer 1992.
- Schermers 2000:** H.G. Schermers, Human Rights as General Principles of Law, in: *General Principles of European Community Law*, U. Bernitz en J. Nergelius (red.), Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 61-71.
- Schick 1982:** M. Schick, Judicial Activism on the Supreme Court, in: *Supreme Court activism and restraint*, S.C. Halpern en C.M. Lamb (red.), Lexington: Heath and Company 1982, p. 37-56.
- Schilling 1996:** T. Schilling, Treaty and Constitution: A Comparative Analysis of an Uneasy Relationship, in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996, p. 47-68.
- Schlaich 1997:** K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen: ein Studienbuch*, München: Beck Verlag 1997.
- Schneider 1979:** H. Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikte*, Baden Baden: Nomos 1979.
- Schokkenbroek 1996:** J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens: een onderzoek naar de toetsing aan de beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in de Europese en in de Nederlandse rechtspraak* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
- Schokkenbroek 2000:** J.G.C. Schokkenbroek, Methoden van interpretatie en toetsing, een overzicht van beginselen toegepast in de Straatsburgse jurisprudentie, Katern 2.1 in: *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000.
- Scholz 1975:** R. Scholz, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts* 1975: deel 1 p. 80 - 130 en deel 2: p. 265 - 290.
- Scholz en Konrad 1998:** R. Scholz en K. Konrad: Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht - Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Anmerkungen des öffentlichen Rechts* 1991, p. 60-121.
- Schuyt 1988:** C.J.M. Schuyt, De veranderende plaats van de Hoge Raad in de samenleving, in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel: de veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Baardman, Bloembergen e.a. (red.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 297-334.
- Shiner 1992:** R. Shiner, *Norm and Nature. The movements of legal Thought*, Oxford: Clarendon Press 1992.
- Smend 1968:** R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: *Staatliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlijn: Duncker en Humblot 1968, p. 188-196.
- Smith 1998:** C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm: een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 1998.
- Snijders 1978:** H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter: een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de Hoge Raad en de gerechtshoven* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.
- Soeteman 1991:** A. Soeteman, Hercules aan het werk, over de rol van rechtsbeginselen in het recht, in: *Rechtsbeginselen*, M. Dolman (red.), Nijmegen: Ars Aequi 1991, p. 28-41.

- Staal 1995:** C.J. Staal, *De Vaststelling van de reikwijdte van de Rechten van de Mens* (diss. Maastricht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.
- Starck 1995:** C. Starck, Constitutional Interpretation, in: *Studies in German constitutionalism: the German contributions to the fourth world congress of the International Association of Constitutional Law*, C. Starck (red.), Baden-Baden: Nomos 1995 (p. 47-70).
- Starck 1997:** C. Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, in: *JuristenZeitung* 1997, p. 1021-1030.
- Stolker 1993:** C.J.J.M. Stolker, De politieke rol van de rechter in het burgerlijke recht, in: *Rechters en politiek, nationale en internationale beschouwingen*, M.G. Rood (red.), Zwolle: W.E.J Tjeenk Willink 1993, p. 53-84.
- Sunstein 1993:** C.R. Sunstein, Commentary: on analogical reasoning, in: *Harvard Law Review* 1993, p. 741-791.
- Sunstein 1999:** Sunstein, *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge: Harvard University Press 1999.
- Tak 1994:** P.J.P. Tak, *Rechtsvorming in Nederland, een inleiding*. Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994.
- Thayer 1967:** J.B. Thayer, The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, in: *Judicial review and the Supreme Court: selected essays*, L.W. Levy (red.), New York: Harper en Row 1967.
- Toth 2000:** A.G. Toth, Human Rights as General Principles of Law, in the Past and in the Future, in: *General Principles of European Community Law*, U. Bernitz en J. Nergelius (red.), Den Haag: Kluwer Law International, p. 73-92.
- Tribe 1985 (I):** L. H. Tribe, *God Save This Honorable Court, How the choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, New York: Random 1985.
- Tribe 1985 (II):** L.H. Tribe, *Constitutional choices*, Cambridge: Harvard University Press 1985.
- Tribe en Dorf 1991:** L. H. Tribe and M. C. Dorf, *On reading the Constitution*, Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- Tribe 1992:** L. H. Tribe, *Abortion: the clash of absolutes*, New York: Norton & Company 1992.
- Tribe 1999:** L. H. Tribe, Saenz sans prophecy: does the privileges or immunities revival portend the future - or reveal the structure of the present? In: *Harvard Law Review* 1999, p. 110-198.
- Tribe 1988:** L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York: Foundation Press 1988.
- Tribe 2000:** L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, New York: Foundation Press 2000.
- Tridimas 1999:** T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford: Oxford University Press 1999.
- Tushnet 1999:** M. Tushnet, The possibilities of Comparative Constitutional Law, *Yale Law Journal* 1999, p. 1225-1309.
- Twomey 1995:** P. Twomey, Annotatie bij by X t. Commissie, *Common Market Law Review* 1995, p. 1013-1023.
- Ukrow 1995:** J. Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH: Dargestellt am Beispiel der Erweiterung des Rechtsschützes des Marktbürgers im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes und der Staatshaftung (diss. Saarbrücken), Baden Baden: Nomos 1995.

- Van der Velde 1997:** J. van der Velde, *Grenzen aan het toezicht op de naleving van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden* (diss. Leiden), Leiden: Stichting NJCM Boekerij 1997.
- Van der Velde 2002:** J. Van der Velde, Positieve verplichtingen, Katern 2.2, in: *EVRM Rechtspraak en Commentaar*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2002.
- Velu 1973:** J. Velu, The European Convention on Human Rights and the Right to respect for private Life, the Home and Communications, in: *Privacy and Human Rights Reports and communications presented at the third international colloquy about the European Convention on Human Rights*, A.H. Robertson (red.), Manchester: Manchester University Press 1973, p. 12 e.v.
- 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 1994:** L.F.M. Verhey, Valkenhorst: het recht op afstammingskennis als persoonlijkheidsrecht, in: *NJCM-Bulletin* 1994, p. 652-658.
- Verhey 1995:** L.F.M. Verhey, Privacy en lichamelijke integriteit: op zoek naar evenwicht, in: *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, J.B.J.M Ten Berge e.a. (red.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 145-168.
- Viehweg 1974:** Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz, Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München: Beck Verlag 1974.
- Vile 1994:** J.R. Vile, *Constitutional change in the United States: a comparative study of the role of constitutional amendments, judicial interpretations and legislative and executive actions*, Westport: Praeger Publishers 1994.
- De Waard 1987:** B.N.W. de Waard, *Beginnelen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
- Walter 2000:** C. Walter, Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 2000, p. 517-550.
- Warren en Brandeis 1890:** S.D. Warren en L.D. Brandeis, The right to privacy 'the implicit made explicit', in: *Harvard Law Review* 1890, p. 193 e.v.
- Wassermann 1984:** R. Wassermann, *Reihe Alternativkommentare: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Band 1 (Art. 1-20 GG), Darmstadt: Luchterhand 1984.
- Wechsler 1961:** H. Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law in Principles, Politics, and Fundamental Law, in: *Harvard Law Review* 1961, p. 1-35.
- Weiler 1991:** J.H.H. Weiler, The Transformation of Europe, *Yale Law Journal* 1991, p. 2403-2483.
- Weiler en Lockhart 1995:** J.H.H. Weiler en N.J.S. Lockhart, "Taking rights seriously" seriously: The European Court and its fundamental rights jurisprudence, part I en II, in respectievelijk *Common Market Law Review* 1995, p. 51-94 en *Common Market Law Review* 1995, p. 579-627.
- Weiler 1999:** J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.
- De Werd 1994:** M.F.J.M. de Werd, *De benoeming van rechters, constitutionele aspecten van de toegang tot het rechtersambt in Nederland en in de Amerikaanse deelstaat New York* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1994.
- Westin 1967:** A.F. Westin, *Privacy and Freedom*, in: *Philosophical Dimensions of Privacy, An Anthology*, F.D. Schoeman (red.), Cambridge: Cambridge University Press 1984, p. 56-74.

- 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* (oratie Rotterdam), Den Haag: VUGA, 1986.
- Wiarda/Koopmans 1999:** G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, bewerkt en van een nabeschuiving voorzien door T. Koopmans, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- Wildhaber 2000:** L. Wildhaber, Precedent in the European Court of Human Rights, in: *Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal*, P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold en L. Wildhaber (red.), Keulen: Carl Heymanns Verlag 2000, p. 1529 - 1545.
- De Witte 1995:** B. de Witte, Interpreting the EC Treaty like a constitution: the role of the European Court of Justice in comparative perspective, in: *Judicial Control, Comparative essays on judicial review*, R. Bakker. A.W. Heringa en F. Stroink (red.), Antwerpen: Maklu 1995, p. 133-152.
- De Witte 2000:** B. de Witte, Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law, in: *General Principles of European Community Law*, U. Bernitz en J. Nergelius (red.), Den Haag: Kluwer Law International, p. 143-159.
- De Witte 2001:** B. de Witte, The Legal Status of the Charter: Vital Questions or Non-Issue? In: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2001, p. 81-98.
- Wolffhagen 1997:** D. Wolffhagen, Wat niet weet, wat niet deert: het recht op afstammingsgegevens, in: *Nemesis* 1997, p. 98-103.
- Zeidler 1981:** W. Zeidler, Grundrechte und Grundentscheidungen der Verfassung im Widerstreit, in: *Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages*, München: Beck Verlag 1980.
- Zwart 1985:** T. Zwart, Onaantastbaarheid van het menselijk lichaam: slag in de lucht of afdwingbaar recht? in: *NJCM-Bulletin* 1985, p. 254-259.

Jurisprudentie

Verenigde Staten

Supreme Court of the United States

Calder t. Bull	3 Dall. 3 U.S. 368	1798
Marbury t. Madison	1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60,	1803
Fletcher t. Peck	6 Cranch (10 U.S.) 87	1810
Martin t. Hunters Lessee	1 Wheat. (14 U.S.) 304	1816
McCulloch t. Maryland	17 U.S. (4 Wheat.) 316	1819
Dred Scott t. Sandford	60 U.S. (19 How.) 393	1857
Slaughterhouse-cases	16 Wall. (83 U.S.) 36, 21 L. Ed. 394	1873
Boyd t. Verenigde Staten	116 U.S. 616	1886
Maynard t. Hill	125 U.S. 190	1888
Hans t. Louisiana	134 U.S. 1	1890
Allgeyer t. Louisiana	165 U.S. 578	1897
Lochner t. New York	198 U.S. 45	1905
Pavesich t. New England Life Insurance	122 Ga. 190, 50 S.E. 68	1905
Twining t. New Jersey	211 U.S. 78	1908
Chicago, B. en Q. R. Co. t. McGuire	219 U.S. 549	1911
New York Life Insurance Co. t. Dodge	246 U.S. 357	1918
Adkins t. Children's Hospital of District of Columbia	261 U.S. 525	1923
Meyer t. Nebraska	262 U.S. 390	1923
Gitlow t. People of State of New York	268 U.S. 652	1925
Pierce t. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary	268 U.S. 510	1925
Buck t. Bell	274 U.S. 200	1927
Olmstead t. Verenigde Staten	277 U.S. 438	1928
Nebbia t. New York	291 U.S. 502	1934
Ashwander t. Tennessee Valley Authority	297 U.S. 288	1936
West Coast Hotel t. Parrish	300 U.S. 379	1937
Palko t. Connecticut	302 U.S. 319	1937
United States t. Carolene Products Co.	304 U.S. 144	1938
Railroad Commission t. Verenigde Staten	312 U.S. 496	1941
Skinner t. Oklahoma	316 U.S. 535	1942
West Virginia Board of Education t. Barnette	319 U.S. 624	1943
Smith t. Allwright	321 U.S. 649	1944
Brown t. Board of Education	347 U.S. 483	1954
Sweezy t. New Hampshire	354 U.S. 234	1957
Staub t. City of Baxley	355 U.S. 313	1958
Kent t. Dulles	357 U.S. 116	1958
NAACP t. Alabama	357 U.S. 449	1958
Poe t. Ullman	367 U.S. 497	1961
Mapp t. Ohio	367 U.S. 643	1961
Baker t. Carr	369 U.S. 186	1962
Aptheker t. Secretary of State	378 U.S. 500	1964
Griswold t. Connecticut	381 U.S. 479	1965
Harper t. Virginia State Board of Elections	383 U.S. 663	1966

JURISPRUDENTIE

Loving t. Virginia	388 U.S. 1	1967
Katz t. Verenigde Staten	389 U.S. 347	1967
Duncan t. Louisiana	391 U.S. 145	1968
Stanley t. Georgia	394 U.S. 557	1969
Powell t. MacCormack	395 U.S. 486	1969
Eisenstadt t. Beard	405 U.S. 438	1972
O'Brien t. Brown	409 U.S. 1	1972
Roe t. Wade	410 U.S. 113	1973
Belle Terre t. Boraas	416 U.S. 1	1974
DeFunis t. Odegaard	416 U.S. 312	1974
Cox Broadcasting Company t. Cohn	420 U.S. 469	1975
Warth t. Seldin	422 U.S. 490	1975
Kelley t. Johnson	425 U.S. 238	1976
Whalen t. Roe	429 U.S. 589	1977
Moore t. East-Cleveland	431 U.S. 494	1977
Beal t. Doe	432 U.S. 438	1977
Maher t. Roe	432 U.S. 464	1977
Zablocki t. Redhail	434 U.S. 374	1978
Holenbaugh t. Carnegie Free Library	439 U.S. 1052	1978
Nevada t. Hall	440 U.S. 410	1979
Smith t. Maryland	442 U.S. 735	1979
Harris t. McRae	448 U.S. 297	1980
Richmond Newspapers, Inc. t. Virginia	448 U.S. 555	1980
Christian College t. Americans United	545 U.S. 464	1982
United States t. Mendoza	464 U.S. 154	1984
Whisenhunt t. Spradlin	464 U.S. 965	1983
Thornburg t. American College	476 U.S. 747	1986
Bowers t. Hardwick	478 U.S. 186	1986
Michael H. t. Gerald D	491 U.S. 110	1989
Texas t. Johnson	491 U.S. 397	1989
Webster t. Reproductive Health Services	492 U.S. 490	1989
Burnham t. Superior Court	495 U.S. 604	1990
Verenigde Staten t. Eichman	496 U.S. 310	1990
Cruzan t. Director, Missouri Department of Health	497 U.S. 261	1990
Rust t. Sullivan	500 U.S. 173	1991
Planned Parenthood of Southeastern P.A. t. Casey	505 U.S. 833	1992
U.S. Term Limits, Inc. t. Thornton	514 U.S. 779	1995
M.L.B. t. S.L.J.	519 U.S. 102	1996
Washington t. Glucksberg	521 U.S. 702	1997
Printz t. Verenigde Staten	521 U.S. 898	1997
Vacco t. Quill	000 U.S. 95-1858	26 juni 1997
Stenberg t. Carhart, 28 juni 2000	000 U.S. 99-830	28 juni 2000
Atkins t. Virginia	000 U.S. 00-8452	20 juni 2002
Compassion in Dying t. Washington	79 F. 3d 7 (9 ^e circuit)	1996

Duitsland**Bundesgerichtshof**

Leserbrief	13 BGHZ 334	25 mei 1954
Paul Dahlke	20 BGHZ 345	8 mei 1956
Herrenreiter	26 BGHZ 349	14 februari 1958

Bundesverfassungsgericht

Südweststaat	1 BVerfGE 14	23 oktober 1951
Wohnungsbaubeförderung	1 BVerfGE 299	21 mei 1952
Notaufnahme	2 BVerfGE 266	7 mei 1953
Gleichberechtigung	3 BVerfGE 225	18 december 1953
Investitionshilfe	4 BVerfGE 7	20 juli 1954
KPD-Verbotsurteil	5 BVerfGE 85	17 augustus 1956
Elfes	6 BVerfGE 32	16 januari 1957
Homosexuelle	6 BVerfGE 389	10 mei 1957
Lüth	7 BVerfGE 198	15 januari 1958
Apotheken-urteil	7 BVerfGE 377	11 juni 1958
Besoldungsrecht	8 BVerfGE 28	11 juni 1958
Parteispenden	8 BVerfGE 51	24 juni 1958
Bestimmtheit einer Rechtsverordnung	8 BVerfGE 71	10 juli 1958
Preisgesetz	8 BVerfGE 274	12 november 1958
Gehör bei Haftbefehl	9 BVerfGE 89	8 januari 1959
Nachkonstitutioneller Bestätigungswille	11 BVerfGE 126	17 mei 1960
Kirchenbausteuer	19 BVerfGE 206	14 december 1965
Berlin-Vorbehalt II	19 BVerfGE 377	20 januari 1966
EWG-Verordnungen	22 BVerfGE 293	18 oktober 1967
Blinkfür-Beschluß	25 BVerfGE 256	26 februari 1969
Mikrozensus	27 BVerfGE 1	16 juli 1969
Ehescheidungsakten	27 BVerfGE 344	15 januari 1970
Dienstpflichtverweigerung	28 BVerfGE 243	26 mei 1970
Abhörurteil	30 BVerfGE 1	15 december 1970
Mephisto	30 BVerfGE 173	24 februari 1971
Betriebsbetretungsrecht	32 BVerfGE 54	13 oktober 1971
Ärztliche Schweigepflicht	32 BVerfGE 373	8 maart 1972
Zeugnisverweigerungsrecht	33 BVerfGE 367	19 juli 1972
Förderstufe	34 BVerfGE 165	6 december 1972
Tonband	34 BVerfGE 238	31 januari 1973
Soraya	34 BVerfGE 269	14 februari 1973
Lebach	35 BVerfGE 202	5 juni 1973
Grundlagenvertrag	36 BVerfGE 1	31 juli 1973
Solange I	37 BVerfGE 271	29 mei 1974
Schwangerschaftsabbruch I	39 BVerfGE 1	25 februari 1975
Inkompatibilität/Kirchliches Amt	42 BVerfGE 312	21 september 1976
Klientenkarten	44 BVerfGE 353	24 mei 1977
Lebenslange Freiheitsstrafe	45 BVerfGE 187	21 juni 1977
Schleyer	46 BVerfGE 160	16 oktober 1977
Sexualkundeunterricht	47 BVerfGE 46	21 december 1977
Transsexuelle I	49 BVerfGE 286	11 oktober 1978

JURISPRUDENTIE

Ausweisung aus generalpräventiven Gründen	50 BVerfGE 166	17 januari 1979
Mitbestimmung	50 BVerfGE 290	1 maart 1979
Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten	51 BVerfGE 324	19 juni 1979
Taubenfuttern	54 BVerfGE 143	23 mei 1980
Eppler	54 BVerfGE 148	3 juni 1980
Aussageverpflichtung	56 BVerfGE 371	13 januari 1981
Söhle	59 BVerfGE 216	12 januari 1982
Bundestagsauflösung	62 BVerfGE 1	16 februari 1983
Gegendarstellung	63 BVerfGE 131	8 februari 1983
Volkszählung	65 BVerfGE 1	15 december 1983
G 10	67 BVerfGE 157	20 juni 1984
Zivildienst	69 BVerfGE 1	24 april 1985
Finanzausgleich	72 BVerfGE 330	24 juni 1986
Erziehungsmaßregeln	74 BVerfGE 102	13 juni 1987
Unschuldsvermutung	74 BVerfGE 358	26 maart 1987
Familiennachzug	76 BVerfGE 1	12 mei 1987
Gemeinsamer Familienname	78 BVerfGE 39	8 maart 1988
Lügendetektor	79 BVerfGE 29	11 oktober 1988
Rastede	79 BVerfGE 127	23 november 1988
Kenntnis der eigenen Abstammung	79 BVerfGE 256	31 januari 1989
Reiten im Walde	80 BVerfGE 137	6 juni 1989
Tagebuch	80 BVerfGE 367	14 september 1989
Schubart	82 BVerfGE 236	26 juni 1990
Offenbaring der Entmündigung	84 BVerfGE 192	11 juni 1991
Transsexuele II	88 BVerfGE 87	26 januari 1993
Schwangerschaftsabbruch II	88 BVerfGE 203	28 mei 1993
Kein Eheschließung für gleichgeschlechtliche Partner	1 BvR 640/93	47 NJW 1993
Psychologisches Gutachten	89 BVerfGE 69	24 juni 1993
Maastrichturteil	89 BVerfGE 155	12 oktober 1993
Cannabis	90 BVerfGE 145	9 maart 1994
Ehelichkeitsanfechtung	90 BVerfGE 263	26 april 1994
Entziehungsanstalt	91 BVerfGE 1	16 maart 1994
Erich Honecker, Fernsehen im Gerichtssaal	91 BVerfGE 125	14 juli 1994
Mauerschützen	95 BVerfGE 96	24 oktober 1996
Vaterschaftsaskunft	96 BVerfGE 56	6 mei 1997
Stasi-Frragen	96 BVerfGE 171	8 juli 1997
Sterilisation	96 BVerfGE 375	12 november 1997
Mißbrachsbezichtigung	97 BVerfGE 391	24 maart 1998
Gefangenenentlohnung	BVerfG 2 BvL 17/94	1 juli 1998
Lebach II	BVerfG 1 BvR 755/98	25 november 1999

Europese Gemeenschappen

Gerecht van Eerste Aanleg

T-121/89, T-13/90	X t. Commissie	GEA 18 september 1992	Jur. 1992, p. II-2195
T-305/94	Limburgse Vinyl t. Commissie	GEA 20 april 1999	Jur. 1999, p. II-931
T-54/99	max.mobil Telekommunikation	GEA 30 januari 2002	EHRC 2002/54 (JG)
T-254/99	Jégo-Quére t. Commissie	GEA 3 mei 2002	EHRC 2002/55 (HJ)

Hof van Justitie van de EG

3/54	Assider t. Hoge Autoriteit	HvJ EG 11 februari 1954	Jur. 1954, p. 285
4/54	Isa t. Hoge Autoriteit	HvJ EG 11 februari 1954	Jur. 1954, p. 191
1/58	Stork t. Hoge Autoriteit	HvJ EG 4 februari 1959	Jur. 1959, p. 43
30/59	Steenkolenmijnen	HvJ EG 23 februari 1961	Jur. 1961, p. 93
31/59	Brescia t. Hoge Autoriteit	HvJ EG 4 april 1960	Jur. 1960, p. 98
40/59	Nold I	HvJ EG 15 juli 1960	Jur. 1960, p. 885
6/60	Humblet	HvJ EG 16 december 1960	Jur. 1960, p. 1160
26/62	Van Gend en Loos	HvJ EG 5 februari 1963	Jur. 1963, p. 1
25/62	Plaumann	HvJ EG 15 juli 1963	Jur. 1963, p. 126
75/63	Unger	HvJ EG 19 maart 1964	Jur. 1964, p. 369
6/64	Costa t. E.N.E.L.	HvJ EG 5 juli 1964	Jur. 1964, p. 585
29/68	Eierkontor	HvJ EG 24 juni 1969	Jur. 1969, p. 165
29/69	tauder t. Stadt Ulm	HvJ EG 12 november 1969	Jur. 1969, p. 419
11/70	Internationale Handelsgesellschaft	HvJ EG 17 december 1970	Jur. 1970, p. 1125
40/70	Sirena	HvJ EG 18 februari 1971	Jur. 1971, p. 69
22/70	ERTA	HvJ EG 31 maart 1971	Jur. 1971, p. 263
20/71	Sabbattini t. Europees Parlement	HvJ EG 7 juni 1972	Jur. 1972, p. 345
4/73	Nold t. Commissie	HvJ EG 14 mei 1974	Jur. 1974, p. 491
175/73	Union Syndicale t. Raad	HvJ EG 8 oktober 1974	Jur. 1974, p. 917
21/74	Airola t. Commissie	HvJ EG 20 februari 1975	Jur. 1975, p. 221
36/75	Rutili	HvJ EG 28 oktober 1975	Jur. 1975, p. 1219
59/75	Manghera	HvJ EG 3 februari 1976	Jur. 1976, p. 91
87/75	Bresciani	HvJ EG 5 februari 1976	Jur. 1976, p. 129
130/75	Prais t. Raad	HvJ EG 27 oktober 1976	Jur. 1976, p. 1589
52/76	Benedetti	HvJ EG 3 februari 1977	Jur. 1977, p. 163
26/76	Metro t. Commissie	HvJ EG 25 oktober 1977	Jur. 1977, p. 1875
149/77	Defrenne III	HvJ EG 15 juni 1978	Jur. 1978, p. 1365
44/79	Hauer	HvJ EG 13 december 1979	Jur. 1979, p. 3727
104/79	Foglia	HvJ EG 11 maart 1980	Jur. 1980, p. 745
136/79	Panasonic t. Commissie	HvJ EG 26 juni 1980	Jur. 1980, p. 2033
66/80	International Chemical Corporation	HvJ EG 13 mei 1981	Jur. 1981, p. 1191
155/79	AM&S t. Commissie	HvJ EG 18 mei 1982	Jur. 1982, p. 1575
230/81	Luxemburg t. Parlement	HvJ EG 10 februari 1983	Jur. 1983, p. 255
283/81	Cilfit	HvJ EG 6 oktober 1982	Jur. 1982, p. 3415
87/82	Rogers	HvJ EG 11 mei 1983	Jur. 1983, p. 1579
43/82	Vlaams Boekwezen t. Commissie	HvJ EG 17 januari 1984	Jur. 1984, p. 19
75/82	Razzouk en Beydoun t. Commissie	HvJ EG 20 maart 1984	Jur. 1984, p. 1509
63/83	Regina t. Kent Kirk	HvJ EG 10 juli 1984	Jur. 1984, p. 2689
112/83	Société de Produits de Maïs	HvJ EG 27 februari 1985	Jur. 1985, p. 719
264/82	Timex Corporation t. Raad	HvJ EG 20 maart 1985	Jur. 1985, p. 849
60/84	Cinéthèque	HvJ EG 11 juli 1985	Jur. 1985, p. 2605
44/84	Hurd	HvJ EG 15 januari 1986	Jur. 1986, p. 29
169/84	Cofaz t. Commissie	HvJ EG 28 januari 1986	Jur. 1986, p. 391
294/83	Les Verts t. Europees Parlement	HvJ EG 23 april 1986	Jur. 1986, p. 1339
222/84	Johnston	HvJ EG 15 mei 1986	Jur. 1986, p. 1651

JURISPRUDENTIE

12/86	Demirel	HvJ EG 30 september 1987	Jur. 1987, p. 3719
314/85	Fotofrost	HvJ EG 22 oktober 1987	Jur. 1987, p. 4199
302/87	Comitologiebesluit	HvJ EG 27 september 1988	Jur. 1988, p. 5615
46/87	Höchst t. Commissie	HvJ EG 21 september 1989	Jur. 1989, p. 2859
68/88	Commissie t. Griekenland	HvJ 21 september 1989	Jur. 1989, p. 2965
97/87	Dow Chemical Ibéria t. Commissie	HvJ EG 17 oktober 1989	Jur. 1989, p. 3165
374/87	Orkem t. Commissie	HvJ EG 18 oktober 1989	Jur. 1989, p. 3283
C-262/88	Barber	HvJ EG 17 mei 1990	Jur. 1990, p. I-1889
C-2/88	Zwartveld	HvJ EG 13 juli 1990	Jur. 1990, p. I-3365
C-358/89	Extramet t. Raad	HvJ EG 16 mei 1991	Jur. 1991, p. I-3893
C-260/89	ERT	HvJ EG 18 juni 1991	Jur. 1991, p. I-2925
C-70/88	Europees Parlement t. Raad	HvJ EG 4 oktober 1991	Jur. 1991, p. I-4529
C-159/90	SPUC	HvJ EG 4 oktober 1991	Jur. 1991, p. I-4685
C-62/90	Commissie t. Duitsland	HvJ EG 8 april 1992	Jur. 1992, p. I-2575
C-343/90	Lorenzo Dias	HvJ EG 16 juli 1992	Jur. 1992, p. I-4673
C-168/91	Konstantinidis	HvJ EG 30 maart 1993	Jur. 1993, p. I-1191
C-309/89	Codorniu t. Raad	HvJ EG 18 mei 1994	Jur. 1994, p. I-1853
C-404/92	X t. Commissie	HvJ EG 5 oktober 1994	Jur. 1994, p. I-4737
C-422/93	Zabala	HvJ EG 15 juni 1995	Jur. 1995, p. I-1567
C-415/93	Bosman	HvJ EG 15 december 1995	Jur. 1995, p. I-4921
C-13/94	P. t. S. en Cornwall County	HvJ EG 30 april 1996	Jur. 1996, p. I-2143
C-249/96	Grant t. Sout-West Trains Ltd.	HvJ EG 17 februari 1998	Jur. 1998, p. I-621
C-274/00	Connolly t. Commissie	HvJ EG 6 maart 2001	EHRC 2002/11 (HJ)
C-122/99, 125/99	D. t. Raad	HvJ EG 31 mei 2001	Jur. 2001, p. I-4319
C-340/00	Cwik t. Commissie	HvJ EG 13 december 2001	n.n.g.
C-50/00	Unión de Pequeños t. Raad	HvJ EG 25 juli 2002	EHRC 2002/78 (HJ)
C-94/00	Roquette Frères	HvJ EG 22 oktober 2002	n.n.g.

Raad van Europa

Ontvankelijkheidsbeslissingen van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

Zaak 6825/74	X t. IJsland	ECRM 18 mei 1976	D&R vol. 5 p. 86
Zaak 6959/75	Brüggemann en Scheuten t. Duitsland	ECRM 19 mei 1976	D&R vol. 10 p. 100
Zaak 7289/75	X en Y t. Zwitserland	ECRM 14 juli 1977	niet gepubliceerd
Zaak 8416/78	X t. Verenigd Koninkrijk	ECRM 13 mei 1980	NJ 1981/110 (EAA)
Zaak 9369/81	X en Y t. Verenigd Koninkrijk	ECRM 3 mei 1983	D en R vol. 19 p. 244

Europees hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)

27 juni 1968	A vol. 7	Wemhoff t. Duitsland	
17 januari 1970	A vol. 11	Delcourt t. België	
18 juni 1971	A vol. 12	De Wilde e.a. t. België	
21 februari 1975	A vol. 18	Golder t. Verenigd Koninkrijk	NJ 1975/462 (EAA)
27 oktober 1975	A vol. 19	Belgische politiezaak	
7 december 1976	A vol. 24	Handyside t. Verenigd Koninkrijk	NJ 1978/236
18 januari 1978	A vol. 25	Ierland t. Verenigd Koninkrijk	

25 april 1978	A vol. 26	Tyrer t. Verenigd Koninkrijk	
6 september 1978	A vol. 28	Klass t. Duitsland	AA 1979 327 (EAA)
13 juni 1979	A vol. 31	Marckx t. België	NJ 1980/462 (EAA)
9 oktober 1979	A vol. 32	Airey t. Ierland	NJ 1980/376 (EAA)
6 november 1980	A vol. 39	Guzzardi t. Italië	
6 november 1980	A vol. 40	Van Oosterwijck t. België	
13 augustus 1981	A vol. 44	Young e.a. t. Verenigd Koninkrijk	NJCM 1982 400 (MdB)
22 oktober 1981	A vol. 45	Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk	
25 februari 1982	A vol. 48	Campbell e.a. t. Verenigd Koninkrijk	
23 november 1983	A vol. 70	Van der Mussele t. België	
28 november 1984	A vol. 87	Rasmussen t. Denemarken	NJ 1986/4 (EAA en EAAL)
26 maart 1985	A vol. 91	X en Y t. Nederland	NJCM 1985, 410 (JGCS)
28 mei 1985	A vol. 94	Abdulaziz e.a. t. Verenigd Koninkrijk	NJ 1988/187 (EAA)
29 mei 1986	A vol. 99	Feldbrügge t. Nederland	NJ 1987/432 (EAA)
29 mei 1986	A vol. 100	Deumeland t. Duitsland	AA 1987 242
17 oktober 1986	A vol. 106	Rees t. Verenigd Koninkrijk	NJ 1987/945 (EAA)
18 december 1986	A vol. 112	Johnston t. Ierland	NJ 1989/97 (EAA)
26 maart 1987	A vol. 116	Leander t. Zweden	NJCM 1988, 148 (ThLB)
21 juni 1988	A vol. 139	Ärzte für das Leben t. Oostenrijk	NJCM 1988, 566
26 oktober 1988	A vol. 142	Norris t. Verenigd Koninkrijk	NJCM 1989, 365 (JGCS)
30 maart 1989	A vol. 152-A	Chappell t. Verenigd Koninkrijk	
7 juli 1989	A vol. 160	Gaskin t. Verenigd Koninkrijk	NJCM 1990 206 (LFMV)
7 juli 1989	A vol. 161	Soering t. Verenigd Koninkrijk	NJ 1990/158 (EAA)
21 februari 1990	A vol. 172	Powell en Rayner t. Verenigd Koninkrijk	NJCM 1990 692 (CJS)
24 april 1990	A vol. A 176-B	Huvig t. Frankrijk	NJ 1991/523 (EJD)
27 september 1990	A vol. 184	Cossey t. Verenigd Koninkrijk	NJ 1995/678 (EAA)
29 november 1991	A vol. 214-C	Vermeire t. België	NJCM 1992 673 (PL)
25 maart 1992	A vol. 232-C	B. t. Frankrijk	NJ 1995/679 (EAA)
25 maart 1992	A vol. 233	Campbell t. Verenigd Koninkrijk	
16 december 1992	A vol. 251-B	Niemietz t. Duitsland	NJ 1993/400 (EJD)
25 februari 1993	A vol. 256-A	Funke t. Frankrijk	NJ 1993/485 (KN)
25 maart 1993	A vol. 247-C	Costello Roberts t. Verenigd Koninkrijk	NJ 1995/725 (EAA)
30 juni 1993	A vol. 264	Sigurjónsson t. IJsland	
22 februari 1994	A vol. A 280-B	Burghartz t. Zwitserland	NJ 1996/12 (EAA)
26 mei 1994	A vol. 290	Keegan t. Ierland	NJ 1995/37
25 november 1994	A vol. 299-B	Stjerna t. Finland	
9 december 1994	A vol. 303-C	López Ostra t. Spanje	JB 1995/67 (AWH)
23 maart 1995	A vol. 310	Louizidou t. Turkije	NJCM 1995 801 (JvdV)
22 november 1995	A vol. 335-C	C.R. t. Verenigd Koninkrijk	NJ 1997/1 (KN)
25 september 1996	1996-IV	Buckley t. Verenigd Koninkrijk	NJ 997/555 (EJD)
22 oktober 1996	1996-IV	Stubbings e.a. t. Verenigd Koninkrijk	NJ 1997/449 (JdB)
24 oktober 1996	1996-V	Guillot t. Frankrijk	NJ 1997/324
19 februari 1997	1997-I	Laskey e.a. t. Verenigd Koninkrijk	
22 april 1997	1997-II	X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk	NJCM 1998, p. 316 e.v (CF)
25 september 1997	1997-VI	Lustig Prean t. Verenigd Koninkrijk	EHRC 2000/2 (HJ)
27 september 1999	1999-VI	Smith en Grady t. Verenigd Koninkrijk	
8 december 1999	1999-VIII	Pellegrin t. Frankrijk	EHRC 2000/13 (AWH)

15 februari 2000	Garcia Manibardo t. Spanje	EHRC 2000/30 (AWH)
31 juli 2000	A.D.T. t. Verenigd Koninkrijk	HRC 2000/69 (JvdV)
22 maart 2001	K.-H. W. t. Duitsland	EHRC 2001/31 (HJ)
18 januari 2001	Jane Smith t. Verenigd Koninkrijk	EHRC 2001/19 (HJ)
2 oktober 2001	Hatton t. Verenigd Koninkrijk	EHRC 2001/79 (HJ)
7 februari 2002	Mikušić t. Kroatië	EHRC 2002/25 (HJ)
26 februari 2002	Fretté t. Frankrijk	EHRC 2002/30 (JG en HJ)
16 april 2002	Stés Colas Est e.a. t. Frankrijk	EHRC 2002/ 46 (HJ)
29 april 2002	Pretty t. Verenigd Koninkrijk	EHRC 2002/47 (JG en HJ)
11 juli 2002	Goodwin t. Verenigd Koninkrijk	EHRC 2002/74 (JvdV en HJ)

Nederland

Rechtbanken

Rb. Arnhem 18 december 1973	NJ 1974/64	
Rb. Amsterdam 13 juni 1985	KG 1985/188	
Rb. Amsterdam 10 september	KG 1987/423	
Rb. Breda 5 maart 1991	NJ 1991/370	Valkenhorst II

Gerechtshoven

Hof Den Bosch 2 juli 1986	NJ 1987/451
Hof Amsterdam 6 augustus 1987	NJ 1988/567
Hof Den Bosch 18 september 1991	NJ 1991/796
Hof Amsterdam 3 december 1992	NJ 1993/73
Hof Den Bosch 25 februari 1998	NJ 1998/927

Hoge Raad

HR 15 oktober 1923	NJ 1923, p. 1329	Opticienarrest
HR 10 december 1957	NJ 1958/176	Goudse rijsschoolarrest
HR 30 januari 1959	NJ 1959/548	Quint/Te Poel
HR 26 juni 1962	NJ 1962/470	
HR 22 juni 1973	NJ 1973/386	
HR 14 juni 1974	NJ 1974/436	
HR 12 april 1978	NJ 1979/533	Doorbraak
HR 18 januari 1980	NJ 1980/463	Wettig/onwettig
HR 7 maart 1980	NJ 1980/353	Stierkalfarrest
HR 4 mei 1984	NJ 1985/510	Gezamenlijke ouderlijke macht
HR 12 oktober 1984	NJ 1985/230	Optierecht
HR 27 november 1984	NJ 1985/106	Euthanasie
HR 21 maart 1986	NJ 1986/585-588	Gezamenlijke ouderlijke macht ongetrouwen
HR 30 mei 1986	NJ 1986/688	NS-stakingsarrest
HR 16 juni 1986	NJ 1987/251	Landbouwwerlieders
HR 21 oktober 1986	NJ 1987/607	
HR 9 januari 1987	NJ 1987/928	Edamse Bijstandsmoeder
HR 15 januari 1988	NJ 1988/888	
HR 23 september 1988	NJ 1989/740	Naamrecht
HR 2 december 1988	NJ 1989/752	

HR 14 april 1989	NJ 1989/469	Harmonisatiewetarrest
HR 20 april 1990	NJ 1992/636	Hoogenraad
HR 8 juli 1992	NJ 1992/714	Door medische fout ontstane aidsbesmetting
HR 7 mei 1993	NJ 1995/259	Antilliaanse zaak
HR 18 juni 1993	NJCM 18-7 (1993)	HIV-test
HR 21 januari 1994	NJCM 19-6 (1994)	Ferdi E
HR 8 maart en 10 mei 1994	NJ 1996/467	
HR 8 april 1994	NJCM 19-6 (1994)	Agfa t. Schoolderman
HR 15 april 1994	NJ 1994/608	Valkenhorst
HR 21 juni 1994	NJ 1994/656	Chabot
HR 6 januari 1995	NJ 1995/422	Van Gasteren
HR 24 februari 1995	NJ 1995//468	Brieven van wettiging
HR 22 december 1995	RvdW 1996/10	
HR 17 januari 1997	NJ 1997/483	Erfenis onwettig kind
HR 1 juli 1997	NJ 1997/156	
HR 5 september 1997	NJ 1998/686	Adoptie door lesbisch paar
HR 12 mei 1999	NJ 2000/170	
HR 16 juni 2000	NJ 2000/613	

Centrale Raad van Beroep

CRvB 29 januari 2002	01/515 ZFW	Zorgverzekeraar DSW t. Sentges
CRvB 1 oktober 2002	01/2882 ZFW	Zorgverzekeraar ZAO t. Hesper

Zakenregister

Abortus, recht op-	5, 59, 85, 88, 109, 138, 258, 307
Abstracte rechterlijke toetsing, zie toetsing	
Activisme, rechterlijk-, zie rechterlijk activisme	
Afstamming,	
- recht op kennisneming van de-	8, 141, 151, 205, 317, 332, 379, 411
Algemeen persoonlijkheidsrecht, zie persoonlijkheidsrecht	
'Allgemeines Gesetz'	298
Ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden door de rechter	79, 93, 126, 132, 134
Amendement	
- het Vierde-	33, 38
- het Vijfde-	32, 33, 35, 38, 161, 250
- het Negende-	31, 35, 40, 197, 255, 259
- het Veertiende-	3, 32, 36, 66, 81, 85, 151, 161, 204, 247, 273
Analogie	
- afwezigheid van een vaste vergelijkingsmaatstaf	209
- afwijzing van de-	12, 284, 348, 365
- bedenkingen tegen de-	207, 209, 240, 323, 330, 44
- en constitutionele verhouding	215, 240, 242, 424, 442
- en interpretatiemethoden	207, 433
- en norm van hoger recht	201, 202, 216
- vergelijkingsmateriaal in de-	
eigen jurisprudentie	180, 252, 258, 331, 356, 374, 386, 396
wetgeving, volkenrechtelijke besluiten	336, 345, 372, 381, 388, 407, 411, 413
consensus	143, 154, 214, 241, 351, 355, 369, 375, 435, 445
natuurrechtelijke overwegingen	228, 241, 250, 256, 390, 412
- waarderingsmoment van de rechter in de-	207, 210, 241, 242
- werkwijze van-	203
Amerikaanse Hooggerechtshof	243, 247, 249, 250, 257, 282, 283
Duitse Federale Constitutionele Hof	291, 306, 310, 314, 315, 320, 323, 328, 330
Hof van Justitie van de EG	337, 345, 348
Europees Hof voor de Rechten van de Mens	364, 367, 371, 374, 389
Hoge Raad	404, 406, 408, 410, 413
'Ausstrahlungswirkung'	51
Autonome rechtsvinding, zie rechtsvinding	
Autonomie, persoonlijke-, zie persoonlijke autonomie	
'Basic liberty'	263
Bedrijfsruimten, recht op bescherming van-, zie rechtspersoon	
Beginselen van Gemeenschapsrecht	52, 102, 176, 335, 339, 353, 375
Benoeming van de rechter	83, 86, 96, 103, 129, 137
Beperkingsgronden	37, 47, 49, 55, 67, 429
Beroepsmatige ontplooiing, recht op-	416
Beschuldigingen,	
- een recht om na boetedoening niet te worden geconfronteerd met-	416, 418
'Bill of Rights'	3, 5, 13, 19, 31, 162, 214, 245, 250
Casuïstiek	34, 60, 234, 239, 319, 331, 375, 403, 404, 437
Certiorari, systeem van-	75
'Common ground', zie consensus	

Concretisering uit norm van hoger recht	8, 34, 48, 66, 123, 142, 150, 163, 204, 214, 299, 394, 412, 435, 437, 440, 447
'Concurring'	82, 95, 111, 119, 130, 196, 255, 265, 277, 331, 390, 438
Connexiteit van grondrecht met EG-verdragsrecht	108, 133, 136
Consensus	
- in interpretatiefase	53, 67, 143, 188, 189, 214, 241, 259, 271, 351, 367, 369, 395, 448
- in toetsingsfase	121, 128, 154, 367, 443, 448
Constitutie	18
- definitie	27
- toepasselijkheid van het begrip op het rechtsstelsel	52, 57, 61
Constitutionele verhouding	69, 124, 153, 157, 172, 179, 184, 193, 198, 204, 209, 213, 216, 223, 229, 241, 427, 436, 442, 445, 446, 447
Hooggerichtshof van de Verenigde Staten	251, 267
Het Duitse Federale Constitutionele Hof	289
Europese Hof van Justitie	350
EHRM	385, 396
Hoge Raad	404, 415
Contractsvrijheid	37, 211, 247, 326
'Court', zie 'rechter', samenstelling van rechterlijke macht	
Culturele identiteit, recht op-	152, 369
Deductieve redenering	149, 203
Direct beroep	104
'Dissenting'	10, 82, 95, 110, 119, 130, 162, 183, 188, 196, 252, 256, 311, 365, 372, 397, 438
'Double standard'	37, 39
'Due Process'	32, 36, 45, 90, 214, 245, 290, 304, 440
Dynamisch-evolutieve interpretatie	134, 144, 179, 187, 193, 207, 269, 319, 332, 374, 395, 433
Dualisme	58, 119
Eeuwigheidsclausule	42, 97, 150, 170, 197, 295
Effectiviteitsbeginsel, zie 'effet utile'	
'Effet utile'	60, 77, 157, 177, 185
'Einheit der Verfassung'	164, 177
Erkenning van rechtsnormen	5, 29, 37, 214, 220, 222, 230, 241, 276, 301, 325, 357, 360, 395, 418, 420, 429
EU-Handvest van fundamentele rechten	55, 444
Extensieve interpretatie	5, 34, 45, 90, 101, 133, 142, 152, 163, 213, 241, 423, 431
Forum,	153, 161, 197, 210, 241, 427, 446
- algemeen	154
- ideaaltypisch	154
- juridisch	154
'Fundamentality'	38, 80, 286, 429
Fysieke integriteit, recht op-	21, 33, 42, 59, 63, 363, 400, 428
Geestelijke integriteit, recht op-	19, 21, 56, 63, 251, 302, 329, 365
Gelijke behandeling van mannen en vrouwen, recht op-	348
Geprivilegieerde klager	105

Geslachtelijke identiteit, recht op-	22, 316, 322, 348, 367, 395
Gesloten grondwetssysteem	146, 148
Gezinssamenstelling, erkenning van vrije keuze op-	23, 36, 85, 278
Grondrecht	29
- benoemde-	45, 326, 333, 413
- onbenoemde-	45, 333, 413
Grondwet	28, 51, 57
- wijziging van de-	43, 85, 97, 130, 136
'Handlungsfreiheit', zie persoonlijke ontplooiing	
'Hard cases'	151, 218, 230, 240
Historische interpretatie	4, 168, 173, 182, 191, 269
- objectieve-	390
- subjectieve-	168
Honorering van de individuele aanspraak	47, 324, 356, 368, 370, 396, 418, 425, 430, 443
Horizontale werking van grondrechten	51, 61, 186, 298, 399, 405, 415, 418, 420, 444
Huwelijkspartner, vrije keuze van-	263, 367
Immunitet, afwezigheid van- voor verkrachtende echtgenoot	386
Incorporatie van grondrechten	32, 35, 37, 118, 133, 199, 247, 337
Individuele rechtsbescherming, vermoeden ten faveure van-	120, 184, 198, 291, 327, 341, 356, 359, 396, 425, 447
Inductieve redenering	149, 203, 220, 394, 412
Informationele zelfbeschikking, recht op-	21, 151, 229, 313, 315
Institutionele interpretatiebegrenzing	68, 132, 424
'Intentionalists'	160, 195, 197, 276, 282, 284, 432, 446
Interinstitutionele interpretatiebegrenzing	68, 132, 139, 143, 424
Interpolatie	45, 284
Interpretatie,	
- constitutionele-	4, 12, 95, 145, 157, 164, 190, 199
- debat	157, 284
- maximes	113, 153, 157, 172, 180, 185, 197, 211
- methoden, zie tekstuele, systematische, historische, teleologische en dynamisch-evolutieve interpretatie	
- restrictieve	79, 134, 163, 183, 184, 431
'Interpretevists'	160, 282, 284
Inzagerecht, medisch-	407, 409
'Judicial activism'- zie activisme	
'Judicial restraint'- zie terughoudendheid	
Juridische kwaliteit	
- van de rechtsnorm	1, 210, 213, 217, 220, 377, 450
- van de redenering in de rechtsvinding	212, 449
Kwalificatie van de individuele aanspraak	3, 6, 8, 201, 207, 221, 241, 429, 442
Kernrecht, zie sferenleer	
Leemte 2, 146, 177, 240, 286, 326	
Legaliteitsbeginsel	387, 389, 394

ZAKENREGISTER

Legitimatie van een rechtsnorm	15, 40, 114, 215, 221, 232, 241, 258, 313, 353, 359, 419, 434
Leven, recht op-	19, 45, 85, 228, 259, 307, 385, 388, 429
Lichamelijke onschendbaarheid, recht op-, zie fysieke integriteit	
'Liberty'	3, 34, 66, 75, 83, 151, 161, 195, 200, 205, 247, 250, 279, 429
Loyaliteitsbeginsel	75, 149, 342
Machtenscheiding	27, 31, 52, 97, 136, 148, 169, 282, 351
'Majority vote'	82
'Margin of appreciation'	60, 120, 396, 443
Medisch inzagerecht	407, 409
Medische behandeling, weigering van-	279
Medische zelfbeschikking, recht op-	341, 342
Menselijke waardigheid	42, 44, 88, 97, 228, 274, 289, 307, 344, 346, 363, 369, 386
Metafoor	211, 213, 450
Milieu, recht op informatie over-	21, 225, 361, 380, 395
'Moeilijke gevallen', zie 'hard cases'	
Naam, recht op de-	324, 344, 354, 380
Natuurrechtelijke normen	1, 45, 221, 225, 227, 241, 246, 264, 293, 333, 374, 389
'Non-interpretivists'	161, 195, 246, 432, 446
Norm van hoger recht	2, 6, 8, 10, 201, 203, 209, 216, 220, 222, 241, 405, 423, 431, 435, 438
- Rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof	249, 253, 258, 263, 266, 271, 274, 285
- Rechtspraak van het Duitse Federale Constitutionele Hof	306, 313, 320, 324, 328
- Rechtspraak van het Hof van Justitie	347, 356, 359
- Rechtspraak van het EHRM	363, 364, 369, 374, 384, 386, 387
- Rechtspraak van de Hoge Raad	405, 406, 412, 418
Obiter dicta	13, 125, 238, 258, 299, 303, 305, 312, 316, 324, 330, 347, 352
Onaantastbare kern van privé-leven	97, 317, 332, 337
Ongeschreven recht, zie rechtsnormen	
Ongrondwettigverklaring	47, 84, 89, 99, 25, 126, 236, 255, 263, 276, 321, 430, 442
Ontvankelijkheidscriteria	70, 75, 91, 105, 116, 126, 133, 185, 445
Open grondwetssysteem	146
'Originalists'	160, 195, 268, 282, 432
Partijverbod	293, 324
'Penumbra'	40, 211, 254, 284
Persoonlijke autonomie	11, 26, 223, 250, 385, 393
Persoonlijke levenssfeer	19, 26, 36, 52, 62, 192, 200, 325, 363, 408, 421, 429
Persoonlijke ontplooiing, recht op-	43, 45
Perifere sfeer van privé-leven	21, 40, 123, 253, 272, 297, 318, 332, 373, 384, 449

Persoonlijkheid,	
- actieve component van de-	48, 312
- definitie	17
- elementen van het recht op-	21
- identiteit van de-	24
- passieve component van de-	25, 48, 312
- privaatrechtelijk begrip van-	41, 50, 64, 277, 305, 328
Persoonlijkheidsrecht	
- begrip in de Nederlandse rechtspraak	64, 123, 141, 411, 417, 419, 428
- begrip in de Duitse rechtspraak	47, 93, 293, 298, 304, 312, 322, 324, 330
- privaatrechtelijke notie van-	50, 65
Political question-doctrine	78, 120
Positieve verplichting	61, 121, 186, 260, 281, 307, 350, 361, 365, 377, 383, 392, 437
Positivering van rechtsnormen	1, 13, 29, 34, 50, 207, 224, 238, 427, 430, 435, 436
- Rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof	250, 259, 269, 276
- Rechtspraak van het Duitse federale Constitutionele Hof	313, 330, 331, 332
- Rechtspraak van het Hof van Justitie	352, 354
- Rechtspraak van het EHRM	373, 392, 394
- Rechtspraak van de Hoge Raad	414, 418, 420
Precedentwerking	234, 236, 396
- in continentale rechtssystemen	237
- in de Verenigde Staten	235, 259
Prejudiciële procedure	53, 104, 107, 111, 324, 353
Presumptie van grondwettigheid	38, 79, 198, 326
Privaatrechtelijke notie van persoonlijkheid, zie persoonlijkheidsrecht	
Privacy	
Amerikaans begrip van-	32, 40
EG-rechtelijk begrip van-	25, 52, 338, 354
'Privater Lebensgestaltung, Sphäre einer-'	47, 296, 303, 313, 326, 333
Privé-leven	
- recht op-, EVRM	6, 32, 56, 360, 366, 370, 378, 382, 385, 392, 395
- recht op-, Nederland	52, 56, 63, 206, 400, 409
- recht op-, Duitsland	4, 296, 299, 303, 308, 317, 320, 326, 332
Proportionaliteitstoets	38, 47, 60, 100, 301, 340, 430, 443
Rationaliteit, zie rechterlijk besluitvormingsproces	
'Rational basis test'	37, 39, 80
Rechter,	
- benoeming, zie benoeming rechter	
- politieke kleur	83, 87, 439
- samenstelling rechterlijke macht	81, 85, 116
Rechterlijk activisme	79, 114, 128, 138, 190, 198, 225, 249, 269, 283, 307, 319, 424, 426, 441, 446, 448
Rechterlijk besluitvormingsproces,	
- fasen in het-	70, 71, 84, 144, 154
- rationaliteit in het-	13, 156, 427
- coherentie	13, 154, 427
Rechterlijke taakopvatting	70, 78, 89, 113, 120, 130, 134, 138, 158, 172, 195, 209, 224, 242, 262, 281, 289, 311, 404, 424, 432, 439, 441, 446

oudendheid	74, 79, 81, 98, 106, 117, 127, 130, 137, 190, 198, 239, 261, 274, 286, 336, 404, 424, 441, 447
ig	12, 33, 38, 45, 47, 54, 60, 73, 79, 88, 104, 110, 120, 124, 132, 138
: analogie	
zie rechtsnormen	
shalve aanvulling van de-, zie ambtshalve aanvulling	
i rechtsnorm, zie rechtsnormen	53, 58, 71, 123, 133
de omvang door de wetgever	84, 96, 112, 129, 138 72, 87, 102 102, 115, 187
an-	30, 239, 262, 277, 279, 419, 424, 434, 435
, zie erkenning	
i-	98, 142, 153, 218, 226, 228, 230, 239, 285, 397, 427, 432, 440, 448 144, 218, 224, 226, 227, 230, 233
recht	8, 26, 27, 37, 40, 43, 45, 53, 98, 141, 147, 164, 202, 214, 233, 240, 418, 429, 433, 437
van het Amerikaanse Hooggerechtshof	256, 276, 285
van het Federale Constitutionele Hof	290, 319, 336
van het Hof van Justitie	338
van het EHRM	387, 391
van de Hoge Raad	409, 417 5, 142, 144, 200, 202, 206, 217, 224, 230, 241 241, 337, 345, 355, 359, 398, 420, 435, 445
i	1, 28, 30, 37, 44, 51, 97, 144, 161, 201, 209, 216, 216, 224, 230, 238, 241, 428 13, 174, 287, 332, 356, 397, 420
epasselijkheid van fundamentele rechten op-	57, 104, 338, 374
de interpretatie	144, 171, 179, 193, 340, 356 9, 30, 141, 152, 170, 189, 191, 197, 209, 217, 227, 426, 429, 432, 433
heid van de-	153, 217, 220, 225, 234, 242 195, 197, 218, 223 195, 197 9, 10, 25, 124, 209 250, 293, 333
van-	
cht op-	24, 293, 305, 320 114, 210, 266, 333, 378, 395, 397, 416, 449, 450
it, zie geslachtelijke identiteit	
eit	386
ur	11, 22, 40, 210, 270, 322, 349, 364
liteit	20, 85, 123, 137, 157, 200, 210, 215, 296, 322, 349, 363
ime	368

'Sondervotum', zie 'dissenting' en 'concurring'	
Sferenleer	49, 25, 60, 326, 372
'Strict scrutiny test'	39
Subsidiariteit	46, 79, 89, 101, 120, 324
'Swingvoter'	83
Systematische interpretatie	114, 168, 174, 183, 192, 208, 433
Tekstuele interpretatie	159, 167, 173, 182, 197
Teleologische interpretatie	144, 157, 168, 184, 192, 207, 433
Terughoudendheid, rechterlijke-, zie rechterlijke terughoudendheid	
Textuur van grondwetsnormen	98, 139, 146, 168, 242, 270, 433, 437
Toetsing,	
- abstracte-	74, 89, 96, 120, 252, 305, 322
- verkapte abstracte-	77, 117, 391
- concrete-	89, 98
- als fase in het rechterlijke besluitvormingsproces	18, 31, 49, 60, 70, 80, 120, 144, 327, 352, 366, 379, 430, 443
- intensiteit	60, 101, 121, 281
- verbod van rechterlijke-	125, 132, 138, 190, 197, 399, 424, 444, 446
'Topik'	165, 166
'Travaux préparatoires'	
- als rechtsvindingsinstrument-	21, 174, 182, 182, 188, 208
Transseksualiteit, zie geslachtelijke identiteit	
Uitspraakbevoegdheden	84, 11, 118
- erga omnes werking	93, 127, 129, 135, 446
- variatie in de-	84, 92, 110, 117, 127, 135
- wettelijke-	281
'Undue burden'	
	318, 379
Vaderschapstest, recht op-	46, 312, 325
Vangnetfunctie van grondrechten	67, 46, 90, 168, 294
'Verfassungsmäßige Wertordnung'	
Vergelijkbaarheid onder de analogie, zie analogie	379, 413, 415
'Vitaal belang'	210
Voorbehoedmiddelen, recht op gebruik van-	229
- door gehuwde paren	257
- door ongehuwden	
Werkdefinitie van het recht op persoonlijkheid, zie persoonlijkheid	
Wetsanalogie, zie analogie	6, 58, 66, 254, 314, 354, 370, 372, 382
Woning, onschendbaarheid van de-	
	19, 26, 40, 63, 150, 210, 223, 251, 274, 280, 299, 313, 332, 394, 401
Zelfbeschikking, recht op-	40, 83, 137, 269, 273, 385, 401, 418
Zelfdoding, recht op hulp bij-	34
Zelfincriminatie, recht om niet te hoeven meewerken aan-	

Dankwoord

Ik heb aan het schrijven van mijn proefschrift veel plezier beleefd. Je schrijft je boek zelf, maar deze studie was zonder steun en inspiratie van anderen niet tot stand gekomen. Er zijn momenten van eurofie die je wilt delen, maar ook momenten van het niet meer weten hoe nu verder. Allereerst wil ik Aalt Willem Heringa hartelijk bedanken, die mij als promotor bij dit onderzoek steeds gestimuleerd heeft verder te denken en verbanden te zoeken. Hij wist als geen ander de vinger op zere plekken te leggen, terwijl hij mij bij de verbetering of invulling daarvan steeds een grote vrijheid liet. Ik ben je daar erg dankbaar voor; een onderzoeker moet leren leven met een grote mate van onzekerheid en in leren zien dat onzekerheid juist mooie gedachtenvorming kan opleveren. Het is daarbij van belang dat er iemand achter je staat die daar vertrouwen in heeft, vooral ook op momenten dat dat vertrouwen niet steeds aanwezig is bij jezelf. De leescommissie, Luc Verhey, Cees Flinterman, Jeroen Schokkenbroek, Frits Stroink en Bruno de Witte, wil ik gaarne bedanken voor het lezen van het manuscript - in de zomervakantie. Mijn collega's in de capgroep publiekrecht zijn zowel inhoudelijk als moreel van grote steun geweest. Ik zal de uitstapjes, borrels en de heel prettige sfeer die in deze groep heerst niet gauw vergeten; zij maakten geconcentreerd en gedreven werken heel erg aangenaam. En Nettie, veel dank ook voor het mooi opmaken van mijn verhaal!

In het bijzonder wil ik een aantal (oud-)aio's bedanken voor hun trouwe steun. Martha, de lunches waarin de dips en de trips van het proefschriftschrijven worden geventileerd, zal ik node missen. Janneke, jij bent met je enorme gedrevenheid een inspirerend voorbeeld en met je kritische gezichtspunten een bijzonder fijne sparring partner. Yvonne, je niet af latende enthousiasme over het plezier in het promoveren afgelopen maanden en je peptalks hebben mij regelmatig een noodzakelijk relativeringsvermogen gebracht. En Frederike, als oud-kamergenoten hebben we heel wat (promotie)lief en -leed gedeeld, waarvoor mijn dank.

Daarnaast wil ik de faculteit der rechtsgeleerdheid bedanken, die het mogelijk maakte dat ik kon kennismaken met het Amerikaanse recht aan Harvard Law School in de Verenigde Staten. Het is bijzonder waardevol om met buitenlandse en Amerikaanse juristen het Amerikaanse constitutionele recht te leren begrijpen – iets wat ik niet uit literatuur en rechtspraak had kunnen halen. In het bijzonder wil ik in dit verband Prof. C. Fried van Harvard Law School en Prof. P. Rubin van Georgetown University bedanken voor respectievelijk het mogen volgen van de cursus 'American Constitutional Law' en voor de gedachtewisselingen over mijn onderwerp. Last but not least wil ik Karijn, Désirée, Esther, Brigitte en Wiea en mijn andere vrienden en vriendinnen bedanken, jullie hebben eindeloos geduld gehad en ik realiseer me dat ik met het vooropstellen van het proefschrift regelmatig het kostbare krediet heb aangesproken dat ik bij jullie heb. Karijn, jouw karavanseraï in Afrika voelt als een heerlijke thuishaven waar ik regelmatig heb bijgetankt. En flamencomeiden, jullie vormen samen met de dans een prachtige contratiempo bij het proefschriftschrijven. Het dankwoord is ook een mooie gelegenheid om vooral ook het thuisfront te bedanken; pap en mam – voor jullie onvoorwaardelijke steun en vertrouwen. Tijd voor een feestje!

Curriculum vitae

Heleen Janssen werd in 1970 geboren te Geldrop. In 1989 behaalde zij haar atheneum-diploma aan het Rythovius College te Eersel, waarna zij van 1989 tot 1995 Nederlands recht studeerde aan de Universiteit Maastricht en de Panepistimiou University te Thessaloniki. Daarna verbleef zij als bursaal op uitnodiging van de Deutsche Akademische Austauschdienst een jaar in Duitsland voor een verdieping in het Duitse recht, waarna zij begin 1997 naar de Universiteit Maastricht terugkeerde om als docente staats- en bestuursrecht onderwijs te verzorgen bij de capaciteitsgroep publiekrecht. Vanaf september 1997 was zij eerst als aio, later als junior onderzoeker aan de capaciteitsgroep publiekrecht verbonden. In 2000 bracht zij in verband met haar onderzoek een studiebezoek aan Harvard Law School in de Verenigde Staten. Na afronding van het proefschrift heeft zij de laatste maanden van 2002 gewerkt aan een in 2003 te publiceren onderzoek naar wetgeving in Europese landen over genetische privacy en discriminatie.