

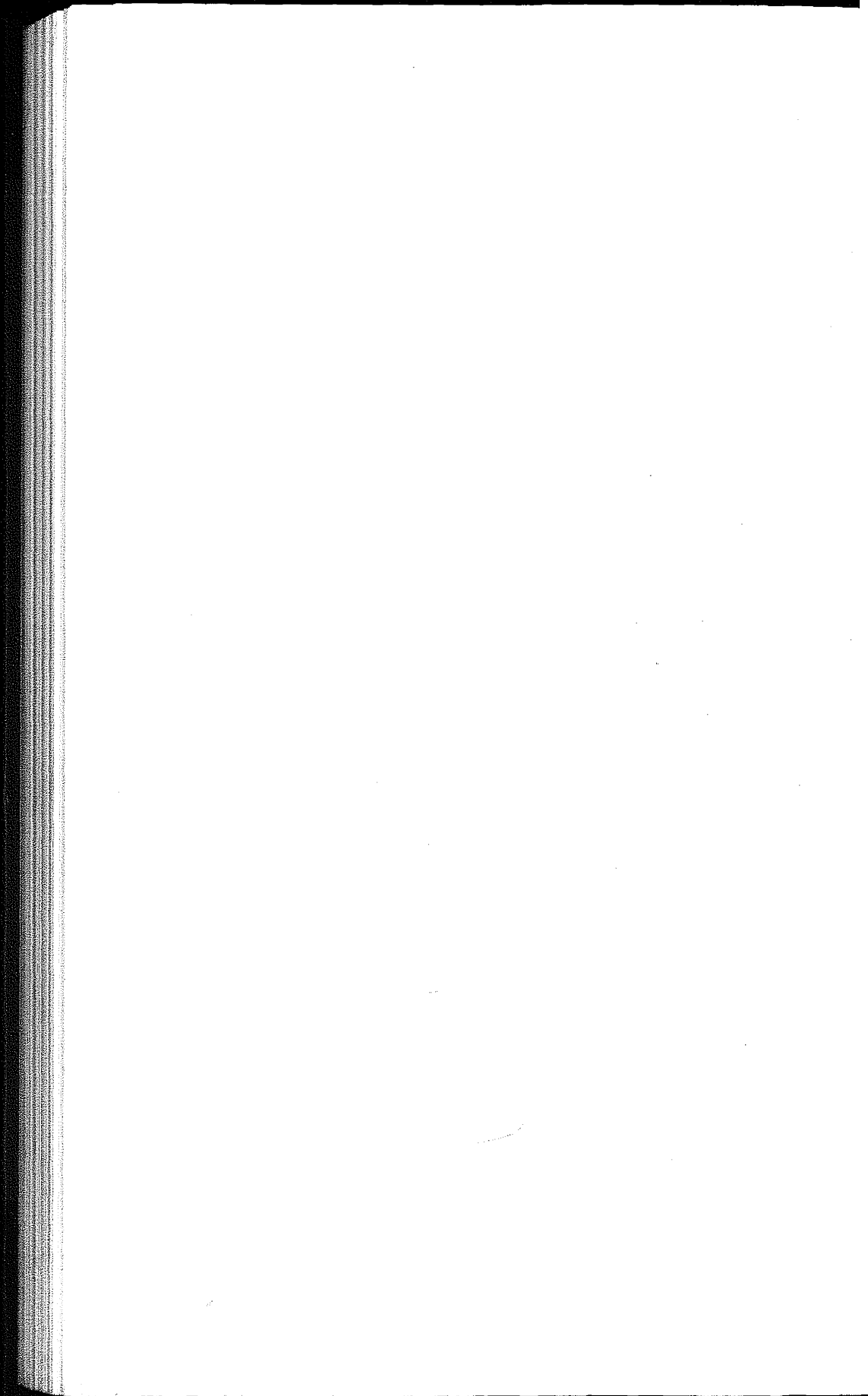
PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/15362>

Please be advised that this information was generated on 2019-11-13 and may be subject to change.



Zijn grondrechten subjectieve rechten?

1 Inleiding

In Nederland is de dogmatiek inzake het rechtskarakter van de grondrechten betrekkelijk zwak ontwikkeld, dit in tegenstelling tot diverse andere westerse staten, zoals de Bondsrepubliek Duitsland. Dit stemt overeen met de in het algemeen geringe belangstelling voor dogmatische vraagstukken van publiekrechtelijke aard. In de literatuur, de rechtspraak en de toelichtende stukken op wetsvoorstellen zijn her en der wel enige losse (of loze) opmerkingen over het karakter van de grondrechten te vinden, uitgewerkte beschouwingen treft men zelden aan. Een van de weinige uitzonderingen in Nederland vormt A.A.H. Struycken. In het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden¹ stelt hij inzake de grondrechten: 'Zij zijn omschreven in den vorm van subjectieve rechten der burgers, maar doelen als zoodanig alleen op de verhouding van individu tot overheid. Hunne strekking is eene negatieve, met zich brengende de plicht der staatsorganen, zich van inbreuken op de vrijheid te onthouden ... Zij regelen den algemeenen rechtstoestand der burgers, de algemeene voorwaarden der individuele vrijheid, niet de concrete rechtspositie, noch minder de feitelijke vrijheid van iederen individueelen burger.' Struycken doelde met zijn omschrijving op grondrechten die tegenwoordig bekend zijn als klassieke grondrechten, staande naast – en ook wel tegenover – sociale grondrechten. De onderhavige bijdrage heeft eveneens daarop betrekking.

In het navolgende wordt bezien of de klassieke grondrechten zijn te zien als subjectieve rechten en welke problemen daaruit – eventueel – voortvloeien. Louter dogmatische onderscheidingen of stelsels zijn van betrekkelijk gering belang. Zij vormen 'l'art pour l'art', wellicht bevredigend uit intellectueel of artistiek oogpunt, misschien (ook) geschikt om de verveling van elke dag te verdrijven. Interessanter en vruchtbaarder is het tevens te bezien welke consequenties de kwalificatie van grondrechten als subjectieve rechten heeft of kan hebben. Alvorens daaraan toe te kunnen komen, zijn enige inleidende exercities noodzakelijk. Deze betreffen Nederlandse literatuur, de grondwetsherziening van 1983 en enige buitenlandse literatuur. Een (korte) analyse van het begrip subjectief recht mag niet ontbreken. Na deze onderwerpen volgt een beschouwing van mogelijke vraagstukken, voortvloeiende uit de opvatting dat grondrechten subjectieve rechten zijn.

1. Arnhem 1928, p. 167.

2 De Nederlandse literatuur

Zoals hiervoor is opgemerkt, treft men in de Nederlandse literatuur weinig (uitgewerkte) beschouwingen over het rechtskarakter van de grondrechten aan. Zoals wij zullen zien, is daaruit toch wel het een en ander te destilleren inzake het al dan niet subjectiefrechtelijk karakter van de grondrechten. R. Kranenburg schrijft:² 'Mijn conclusie is dus, dat de bepalingen betreffende de grondrechten, als regelen van objectief recht de rechtssfeer van de staatsburgers ordenende, van hun standpunt bezien inderdaad *rechten* geven ...'. Zijn de grondrechten daarmee rechten, dit houdt nog niet in dat zij subjectieve rechten zijn. Kranenburg stelt althans: 'Zij hebben elk hun eigen karakter en dat kan verschillen en verschilt metterdaad van die privaatrechtelijke subjectieve rechten, welke aan het rechthebbende subject een *uitsluitend* genotsrecht verschaffen.'³ Kranenburg legt echter niet duidelijk uit welke verschillen er zijn, noch of een grondrecht een bepaald type subjectief recht is of zou kunnen zijn.

P.J. Oud bezigt de term subjectief recht geheel niet. Volgens hem mogen 'Grondrechten ... worden gedefinieerd als rechten van de individuele burger tegenover het staatsgezag'.⁴ Deze rechten beschermen de burger niet tegen anderen dan de overheid.⁵ Als Oud hen ziet als subjectieve rechten, dan zijn het ook bij hem bijzondere.

Van de wat oudere schrijvers is alleen J.R. Stellinga zeer uitgesproken.⁶ Hij noemt de drukpersvrijheid geen subjectief recht, omdat zij geen economisch object heeft.⁷ Even later merkt hij op dat 'het nu wel duidelijk (moet) zijn, dat geen van de grondrechten iets te maken heeft met subjectieve rechten van de burger'.⁸ Hierbij zij aangetekend dat Stellinga Struycken wat kwaadwillend leest. Hij wrijft hem een subjectiefrechtelijke opvatting aan, terwijl Struycken slechts stelde dat de grondrechten omschreven zijn in de vorm van subjectieve rechten. Dat zegt in beginsel niets over de inhoud ervan.

In recentere beschouwingen ontbreekt de term subjectief recht vaak geheel. P.W.C. Akkermans, A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*⁹, spreken van 'afweer-rechten' en – wat zou kunnen wijzen op een subjectief recht – 'dragers van grondrechten'. Bij C.W. van der Pot, A.M. Donner, L. Prakke¹⁰ komt het grondrecht als subjectief recht niet voor, evenmin in A.W. Heringa, T. Zwart, *De Nederlandse Grondwet*.¹¹ Opvallend is de passage in de Jeukensbundel van

2. R. Kranenburg, *Nederlandsch Staatsrecht*, dl. II, p. 345, Haarlem 1925.

3. A.w., p. 346.

4. P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, dl. II, p. 688, Zwolle 1970.

5. P.J. Oud, a.w., p. 695.

6. J.R. Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlands staatsrecht*, p. 70 e.v., Zwolle 1953.

7. J.R. Stellinga, a.w., p. 72.

8. J.R. Stellinga, a.w., p. 78.

9. P. 12, 17, Zwolle 1992.

10. *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Zwolle 1995.

11. Zwolle 1991.

de hand van A.K. Koekoek en W. Konijnenbelt.¹² Daar wordt gesproken van de 'wijdverbreide kwalificatie van klassieke grondrechten als subjectieve rechten', welke kwalificatie vervolgens wordt verworpen in de lijn van Stellinga. Die verwerping laat ik voorlopig voor wat zij is. Gezien het bovenstaande overzicht kan echter moeilijk gesproken worden van een wijdverbreide kwalificatie, althans in Nederland. Ook in andere recente geschriften blijkt meestal van aarzeling of onduidelijkheid over het rechtskarakter van de klassieke grondrechten. M.C. Burkens stelt dat grondrechten niet altijd subjectieve rechten zijn. Zij zijn in ieder geval 'geen subjectieve rechten in de zin van het vermogensrecht'.¹³ L.F.M. Verhey laat de kwestie in het midden.¹⁴ Uit zijn (doorwrochte) beschouwingen blijkt echter dat hij de klassieke grondrechten bepaald niet op een lijn stelt met het subjectieve recht in privaatrechtelijke zin. E.A. Alkema maakt in een recent geschrift¹⁵ geen duidelijke keuze. De term subjectieve rechten bezigt hij slechts een enkele maal, als het ware bij toeval. Inzake dat subjectieve recht merkt hij op dat er geen principieel onderscheid is met 'gewone subjectieve rechten',¹⁶ welke dat ook mogen zijn. Even later stelt hij dat de term subjectief recht dubbelzinnig is en dat de uitdrukking publiek subjectief recht niet veel bijdraagt tot een goed begrip van de notie grondrecht.¹⁷ De uitdrukking publiek subjectief recht komt in de Nederlandse literatuur overigens zelden voor. R.J.B. Bergamin is een van de weinigen die haar bezigt, waarbij hij zwaar leunt op de Duitse dogmatiek.¹⁸ In zijn visie zijn echter niet alle klassieke grondrechten publieke subjectieve rechten, terwijl sommige sociale grondrechten dat wel zijn. Hoewel M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling en B.P. Vermeulen spreken van 'subjecten van grondrechten',¹⁹ doelen zij met deze terminologie kennelijk niet op subjectieve rechten die aan die subjecten zouden toekomen. Zij zien de klassieke grondrechten in essentie als 'negatieve competentienormen', normen die aangeven dat de overheid een bepaalde bevoegdheid niet bezit.²⁰ In dezelfde lijn ligt de kwalificatie als rechtsplicht tot onthouding.²¹

De enige betrekkelijk recente publikatie waarin zonder voorbehoud de kwalificatie subjectief recht wordt gebezigd, is van de hand van E.M.H. Hirsch Ballin.

12. Grondrechten, p. 7, Nijmegen 1982.

13. M.C. Burkens, Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht, p. 52, Zwolle 1989.

14. L.F.M. Verhey, Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy, Zwolle 1992.

15. E.A. Alkema, De reikwijdte van fundamentele rechten - de nationale en internationale dimensies, preadvies NJV, Zwolle 1995.

16. E.A. Alkema, a.w., p. 16.

17. Waarom dat zo is, wordt echter niet toegelicht.

18. R.J.B. Bergamin, Publieke subjectieve rechten, in Algemene begrippen staatsrecht, p. 89 e.v., Zwolle 1991.

19. Beginselen van de democratische rechtsstaat, p. 90, Zwolle 1992.

20. A.w., p. 96.

21. C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, p. 347, Deventer 1994.

Volgens hem moeten de grondwettelijke klassieke grondrechten 'worden opgevat als subjectieve rechten vestigende fundamentele rechtsregels'.²²

Hoewel bovenstaande opsomming geen uitgesproken boeiende literatuur oplevert, was het relaas wel nodig om duidelijk te maken dat de Nederlandse staatsrechtelijke auteurs zich in het algemeen weinig bekommeren om het 'ware' karakter van de klassieke grondrechten. En, als zij al spreken van rechten of subjectieve rechten, blijft het veelal bij een losse opmerking of kanttekening. Problemen, voortvloeiend uit de kwalificatie als subjectief recht komen, een enkele uitzondering daargelaten, zelden aan de orde.

3 De grondwetsherziening van 1983

Op het terrein van de grondrechten heeft de grondwetsherziening van 1983, afgezien van een aantal nieuwe klassieke (en sociale) grondrechten en de grondwettelijke delegatieterminologie, vooral enige in de parlementaire stukken vervatte nieuwigheden opgeleverd. Te noemen zijn de problematiek van de algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten, van de gelding van de grondrechten voor personen in een bijzondere rechtspositie, van de 'rechtswerking' van de sociale grondrechten en van de horizontale werking van grondrechten. Aan deze vier kwesties is uitgebreid aandacht besteed, zowel door de regering, als door de Kamers der Staten-Generaal. Min of meer tussen neus en lippen door kwalificeerde de regering de klassieke grondrechten in beginsel als in rechte inroepbare subjectieve rechten, dit als tegenstelling tot de (meeste) sociale grondrechten, die niet in rechte inroepbare instructienormen zouden inhouden.²³ Men zou overigens verwacht hebben dat het begrippenpaar waarborgnorm en instructienorm zou zijn gebezigd. Hoe dat ook zij, de aanduiding als subjectief recht heeft niet gevoerd tot nadere uitleg of enig parlementair debat. Zoals uit het voorgaande bleek, heeft de kwalificatie kennelijk ook weinig indruk gemaakt op de doctrine sedert de grondwetsherziening. Er wordt in ieder geval niet systematisch gesproken van subjectieve rechten, noch over de eventuele gevolgen ervan. Dit hoeft mij er echter niet van te weerhouden de vraag wel aan de orde te stellen. Alvorens dat te doen, steek ik echter even de neus over de grens om te bezien hoe men daar over het rechtskarakter van de grondrechten denkt. Enige blikverruiming – met natuurlijke middelen – kan meestal geen kwaad.

22. E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, p. 232, Zwolle 1988.

23. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, p. 42, 60, 61, Deventer 1987. Mr. J.W.A. Fleuren wees mij erop dat tijdens de grondwetsherziening van 1953 de regering grondrechten terloops kwalificeerde als 'subjectieve rechten der individuen'. De opmerking van de regering werd gemaakt in verband met de mogelijkheid van afwijking van bepalingen van de Grondwet in een verdrag. Zie F.J.F.M. Duynstee, *Grondwetsherziening 1953*, onder art. 63, p. 10, Deventer 1954.

4 Een blik over de grens

De recente Franse staatsrechtelijke literatuur maakt, evenals de Nederlandse, weinig woorden vuil aan het karakter van de grondrechten en hun karakterisering loopt uiteen van *droits de l'homme*, via *libertés publiques* tot *droits of libertés individuels*. Men stuit tegenwoordig echter ook op de uitdrukking subjectief recht. Zo stelt Y. Madiot: 'ce sont des droits subjectifs qui traduisent, dans l'ordre juridique, les principes naturels de justice qui fondent la dignité de la personne humaine.' Even later merkt hij op dat de grondrechten 'de véritables droits subjectifs' zijn.²⁴ Waarom dat zo is of zou zijn, wordt niet verklaard.

De Duitsers doen het – hoe kan het ook anders? – 'gründlicher'. Zelfs in algemene commentaren, niet specifiek op grondrechten toegesneden, treft men veelal uitgebreide beschouwingen aan over het karakter van de grondrechten. Hier wordt volstaan met een korte aanduiding ervan. J. Isensee, P. Kirchhof²⁵ stellen: 'Heute darf als gefestigt angenommen werden, dass die Grundrechte in ersten Linie individuelle Rechte sein sollen ... In der Formulierung der meisten Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes überwiegt ganz deutlich der subjektivrechtliche Charakter.' Gelijksoortige opmerkingen zijn te vinden bij K. Stern.²⁶ Doch het zijn geen 'gewone' subjectieve rechten: 'Dabei scheint es angezeigt, den Bezugsrahmen von vornherein auf die subjektiven öffentlichen Rechte einzugrenzen. Grundrechtliche Berechtigungen eines Bürgers gegen einen anderen sind zwar als mögliche Inhalte von Grundrechtsbestimmungen nicht ausgeschlossen', maar dat is bepaald meer uitzondering dan regel.

5 Het subjectief recht²⁷

Zijn grondrechten nu inderdaad te zien als subjectieve ('öffentliche') rechten, althans in Nederland?

E.M. Meijers²⁸ is van oordeel dat men niet iedere door de wet aan een individu verleende bevoegdheid, waarvan deze in zijn eigen belang gebruik kan maken, als een subjectief recht moet aanmerken.²⁹ Voor het aannemen van een subjectief recht is het volgens hem 'zelfs niet voldoende, dat het objectieve recht iemands belang beschermt en daarnaast de belanghebbende een actie

24. Y. Madiot, *Droits de l'homme*, p. 24, 26, Paris 1991.

25. *Handboek des Deutschen Staatsrechts*, Bd. V, p. 69, Heidelberg 1992.

26. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, p. 530, 532, München 1988.

27. Inzake het begrip subjectief recht bestaat zeer veel, vooral buitenlandse, literatuur. Voor Nederland zie men, afgezien van het navolgende, o.a. Ph.A.N. Houwing, *Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon*, Zwolle 1939. Houwing, a.w., p. 44, 45 bezigt een zeer ruim begrip, dat volgens noot 3 op p. 43 echter slechts geldt voor het privaatrecht.

28. *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden 1958.

29. A.w., p. 75.

geeft, waarmede hij zelf voor zijn belang kan opkomen'.³⁰ Zijn conclusie luidt: 'Het blijkt aldus wenselijk slechts dan een subjectief recht aan te nemen, wanneer de norm, die het belang beschermt, niet een is, die iedere groepsgenoot gelijkkelijk dient, maar die een speciale bescherming aan de rechthebbende biedt'.³¹ 'Zo blijkt dus de meest doelmatige rubricering verkregen te worden, wanneer als kenmerk van het subjectieve recht wordt aangenomen: een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen. ... Het normale type van een subjectief recht is dan verder het subjectieve vermogensrecht ...'.³² H.J. van Eikema Hommes visie sluit hierbij – in ingewikkelde bewoordingen – aan.³³ Het subjectief recht is gebonden 'aan de transcendentale juridische *subject-object-relatie*.' Als object van een subjectief recht kan slechts in aanmerking komen 'datgene wat vatbaar is voor technische beheersing door de mens en in de samenleving een bepaalde economische waarde verkrijgt'. Van Eikema Hommes rekent de persoonlijkheidsrechten dan ook niet tot de subjectieve rechten. Volgens hem gaat het in de persoonlijkheidsrechten 'om de bescherming van subjectieve rechtsbelangen, die zo onverbrekkelijk met de rechtssubjectiviteit van de mens verbonden zijn, dat ze niet voor juridische objectivering (op basis van economische waardebepaling) tegenover het rechtssubject in aanmerking komen'.

Het zal duidelijk zijn dat de grondrechten, zoals gegarandeerd in de Nederlandse Grondwet, geen subjectieve rechten zijn in de zin van Meijers en Van Eikema Hommes. Er bestaan echter ook ruimere opvattingen over het begrip subjectief recht. De reeds aangehaalde R.J.B. Bergamin geeft van een subjectief recht de volgende definitie: 'Van een subjectief recht is sprake indien een rechtssubject (A) binnen de rechtsbetrekking met één (B), een aantal (B t/m Bn) of alle andere rechtssubjecten, ten aanzien van dit rechtssubject of deze rechtssubjecten uit kracht van een of meer rechtsnormen gerechtigd is tot een object, terwijl de mogelijkheid is gegeven dat het subjectieve recht³⁴ wordt gehandhaafd of vastgesteld door middel van rechtspraak of daarmee gelijk te stellen beslismethoden, en de rechthebbende of diens vertegenwoordiger zeggenschap heeft over het al dan niet uitoefenen van het recht'.³⁵ Naar het voorkomt spooft ook deze, op onderdelen veel ruimere, omschrijving niet met het begrip grondrecht. Bij grondrechten kan men immers moeilijk spreken van 'gerechtigd zijn tot een object'. Een vrijheid, als die van geweten, van godsdienst of van drukpers, kwalificeren als object is op zijn minst eigenaardig. Zij is vergelijkbaar met de idee dat de vrijheid tot denken, lopen of luisteren een object van een recht zou zijn.³⁶ Bovendien zal er bij

30. A.w., p. 83.

31. A.w., p. 84.

32. A.w., p. 86.

33. De elementaire grondbegrippen van de rechtswetenschap, p. 14, 15, Deventer 1972.

34. Het is merkwaardig dat het te definiëren begrip deel uitmaakt van de definitie.

35. A.w., p. 96.

36. Vgl. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 154, Bad Homburg v.d. Höhe, Berlin, Zürich 1966.

grondrechten meestal niet gesproken kunnen worden van 'zeggenschap van een vertegenwoordiger over het al dan niet uitoefenen van het recht'.

Bergamin ziet kennelijk ook wel problemen bij de (eventuele) toepassing van zijn definitie op grondrechten. Want als het om deze gaat – er is dan sprake van publieke subjectieve rechten – kan in zijn visie worden volstaan met drie criteria.³⁷ Er moet sprake zijn van een wettelijke norm die verplichtingen oplegt aan de overheid; de norm moet mede individuele belangen beschermen en het recht moet zich lenen voor vaststelling door de rechter. Daarmee zit Bergamin op de lijn van de Duitse dogmatiek en rechtspraak. Volgens deze is de Schutznorm-leer de grondslag voor het subjectiefrechtelijk karakter van de grondrechten. Wil een grondrecht een subjectief recht zijn, dan moet in die leer aan drie voorwaarden zijn voldaan: er moet een objectiefrechtelijke grondwetsbepaling zijn die tot doel heeft een 'drager' van een grondrecht te begunstigen en die in rechte inroepbaar is.³⁸ Ik vraag mij af wat aldus nog het onderscheid is tussen een norm die een rechtsplicht inhoudt en een norm die een subjectief recht verleent. Immers ook een norm die (voor de overheid) een rechtsplicht inhoudt, beoogt de 'drager' van een grondrecht te begunstigen en is in rechte inroepbaar of kan dat zijn. Vooralsnog ziet het er aldus naar uit dat de kwalificatie van een grondrecht als subjectief recht dogmatisch gezien de nodige vragen oproept, terwijl het etiket publiek (of öffentlich) subjectief recht niets anders inhoudt dan de kwalificatie: rechtsplicht³⁹ van de overheid ten gunste van de onderdaan.

6 Concrete vraagstukken

Zo men – met de grondwetgever van 1983 en een aantal schrijvers – grondrechten als subjectieve rechten beschouwt, rijst een aantal vragen die met dat – gepretereerde – subjectiefrechtelijk karakter samenhangen.

De eerste is die naar de mogelijke 'drager' van het subjectieve recht. Bij het gebruikelijke subjectieve recht kan potentieel een ieder rechthebbende zijn: een natuurlijk persoon, een 'gewone' rechtspersoon en de overheid-rechtspersoon. Bij de grondrechten ligt dit – deels – anders. Zowel volgens de Duitse als de Nederlandse rechtspraak zijn grondrechten in beginsel niet inroepbaar door de overheid zelf, noch als rechtspersoon,⁴⁰ noch als ambt. Merkwaardig is wel dat de Hoge Raad van mening is dat de regering aanspraak heeft op de vrijheid van meningsuiting.⁴¹ Terwijl dit oordeel op zich reeds betwistbaar is,⁴² is het moeilijk te rijmen met het grondrecht als subjectief recht, daar het ambt regering geen natuurlijk

37. A.w., p. 109.

38. K. Stern, a.w., p. 543.

39. Tevens waarborgnorm.

40. HR 6 februari 1987, AB 272, NJ 1988, 926, m.nt. MS (Aral).

41. HR 22 januari 1993, AB 198, m.nt. FHvdB, NJ 1994, 734, m.nt. CHJB (Rost van Tonningen).

42. Vgl. L.F.M. Verhey, NJCM-bull. 1993, p. 410 e.v.

persoon, noch rechtspersoon is. Een ambt als zodanig kan geen drager zijn van subjectieve rechten. Een ambt heeft bevoegdheden of rechtsplichten.

Volgens de grondwetsgeschiedenis kunnen grondrechten onder omstandigheden ook gelden voor ongebornen, overledenen en voor groepen personen zonder rechtspersoonlijkheid.⁴³ Ook hier rijst de vraag hoe dit te rijmen is met het veronderstelde subjectiefrechtelijk karakter. Kan men stellen dat een dode een subjectief recht op de onaantastbaarheid van zijn lichaam of de eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer heeft? Hij zou er raar bij opkijken.

Ook de zogeheten horizontale werking van grondrechten lijkt moeilijk te rijmen met het subjectiefrechtelijk karakter ervan. Op de eerste plaats past bij het grondrecht als subjectief recht niet de 'glijdende schaal' van horizontale werking, zoals deze in de memorie van toelichting op het eerste lezingsvoorstel inzake de klassieke grondrechten werd uiteengezet. Verondersteld dat deze schaal te zien is als positief recht, zou men moeten aannemen dat er ook sprake is van 'glijdende subjectieve rechten'.⁴⁴ Deze bestaan, voor zover mij bekend, niet.

Op de tweede plaats geeft de jurisprudentie inzake de horizontale werking weinig aanleiding te spreken van subjectieve rechten. In het algemeen weegt de rechter belangen – geen rechten – van partijen jegens elkaar af.⁴⁵ Wel sprak de Hoge Raad ooit van 'een inbreuk ... op het recht van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer',⁴⁶ maar hij voegde daar aan toe: 'Vooropgesteld moet worden dat, ook voor de periode waarin zich de feiten van de onderhavige zaak hebben afgespeeld, een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer moet worden aanvaard, dat aansluit bij vergelijkbare ontwikkelingen in andere landen en dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM ...'. Het recht vloeit kennelijk niet voort uit het grondrecht als zodanig, doch bestaat geheel of deels los daarvan.

Ook in het Valkenhorstarrest⁴⁷ spreekt de Hoge Raad van een 'recht', namelijk 'het aan grondrechten ... ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht' dat 'mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt'. Ook uit dit arrest volgt echter niet dat grondrechten subjectieve rechten zijn. Op de eerste plaats komt het genoemde persoonlijkheidsrecht niet in de Grondwet voor. Ten tweede heeft het recht volgens de Hoge Raad te wijken voor rechten en vrijheden van anderen wanneer deze zwaarder wegen. Met subjectieve rechten is dit niet het geval. Zij hoeven in beginsel niet te wijken voor rechten of belangen van anderen. Het door de Hoge Raad aangenomen persoonlijkheidsrecht is veeleer te beschouwen als een algemeen rechtsbeginsel. Het is, in de woorden van A-G Koopmans, 'een van de onuitgesproken (...) uitgangspunten van onze rechtsorde'. Ook de annotator Verhey meent dat het recht niet op een lijn geplaatst moet worden met de grondrechten. Overigens is dit arrest wel een voorbeeld van een geval waarin

43. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, p. 350, Deventer 1994.

44. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, a.w., p. 355.

45. HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347, m.nt. EAA en CHJB (Aids-test).

46. HR 9 januari 1987, AB 1987, 23 m.nt. FHvdB (Bijstandsmoeder).

47. HR 15 april 1994, NJCM-bulletin 1994, p. 652, m.nt. L.F.M. Verhey, NJ 1994, 608, m.nt. WH-S.

de Hoge Raad geen 'belangen' tegen elkaar afweegt, doch 'rechten'. Niet duidelijk is echter of de Hoge Raad deze terminologie opzettelijk bezigt.

Alkema laat zien welke grondwettelijke problemen ontstaan, als men – wat hij doet – grondrechten kwalificeert als rechten. Hij schrijft:⁴⁸ 'Er is ... een reden ... ook op formele gronden de *directe* horizontale werking van de *grondwettelijke* rechten af te wijzen. Zij leidt immers tot de beperking van andermans rechten, daaronder begrepen andermans grondrechten. Dit nu is volstrekt in tegenspraak met de ... systematiek van de Grondwet ... welke algemene niet tot clausuleringen te herleiden beperkingen wil weren en specificiteit van de beperkingsgronden voorschrijft. Nu "de rechten van anderen" ... niet in de Grondwet worden genoemd, is beperking van die grondrechten ten gevolge van horizontale werking van andere grondrechten ontoelaatbaar.' Qua resultaat ben ik het met Alkema eens: in horizontale verhoudingen moeten grondrechten anders worden toegepast dan in vertikale; jegens de overheid gelden zij geheel volgens de grondwettelijke systematiek, jegens medeburgers is dat niet het geval, zo zij daar al gelden. Maar is er sprake van beperkingen van *rechten*, zoals Alkema meent? Mede gezien de jurisprudentie, ben ik geneigd te spreken van aantasting van (mede) door grondrechten beschermde belangen.⁴⁹ Met de zinswending 'door grondrechten beschermde belangen' doel ik op het feit dat de grondrechten als zodanig geen rechten verschaffen in horizontale verhoudingen, doch daarin wel een rol kunnen spelen als beginselen die beogen de menselijke vrijheid en autonomie te beschermen tegen anderen. Deze opvatting ontdoet de horizontale werking van veel van haar problemen en mystificaties. Zij kan zo worden geherformuleerd: een burger mag bij de uitoefening van zijn grondrechten de belangen van anderen niet onrechtmatig schaden. Deze belangen kunnen grondrechtelijk beschermde, doch ook andere belangen zijn. De uitoefening van grondrechten (van vrijheid) staat steeds onder het algemene voorbehoud van art. 6:162 BW, een bepaling die overigens voldoet aan de grondwettelijke beperkingsclausules van de grondrechten.

In verband met het eventueel subjectiefrechtelijk karakter van grondrechten verdient de term 'afstand van een grondrecht' nog de aandacht. In een arrest van 11 oktober 1989⁵⁰ spreekt de Hoge Raad van een belanghebbende die afstand deed van zijn recht op openbare behandeling van een fiscale zaak, dit in verband met art. 6 EVRM. In de zaak Plankl⁵¹ wordt gesproken van een 'applicant (who) had waived his right under art. 6 §1' en van 'the waiver of a right guaranteed by the Convention', in de NJ vertaald als 'afstand van een door het EVRM gegarandeerd recht.' Wijst dit niet op een subjectiefrechtelijk karakter van de grondrechten? De vraag is echter of men van een grondrecht afstand kan doen, zoals van eigendom of een vordering. Naar het voorkomt, bakt de taal ons hier een poets. Men doet immers geen afstand van een grondrecht als zodanig. Het 'recht', de vrijheid blijft

48. E.A. Alkema, a.w., p. 31.

49. Vgl. A.W. Heringa, T. Zwart, a.w., p. 23.

50. NJ 1990, 812, m.nt. AHJA (Motorrijtuigenbelasting).

51. EHRM 25 februari 1992, NJ 1994, 117, m.nt. EJD.

bestaan. Men zegt slechts toe of men komt slechts overeen van de grondrechtelijke vrijheid geen of deels geen gebruik te maken. Men zou een vergelijking kunnen trekken met een overheidsambt dat toezegt een bepaalde bevoegdheid niet uit te oefenen. Daarmee is dat ambt zijn bevoegdheid, zijn 'recht' niet kwijt; het heeft er geen afstand van gedaan, zo dat staatsrechtelijk al zou mogen.

Een ander argument vóór het subjectiefrechtelijk karakter van de of van bepaalde grondrechten zou ontleend kunnen worden aan de 'socialiserende interpretatie' van klassieke grondrechten. Deze houdt in dat de onderdaan een aanspraak heeft op bepaalde prestaties van de overheid, opdat hij zijn grondrecht de facto⁵² kan uitoefenen. Het niet verrichten van die prestaties wordt gezien als een beperking of schending van het grondrecht. De jurisprudentie is op dit punt echter onvast.⁵³ Bovendien kan men deze zo lezen dat de onderdaan niet een subjectief recht op prestaties heeft, doch dat op de overheid een rechtsplicht tot het verrichten daarvan rust, zoals dat het geval is of kan zijn bij sociale grondrechten.⁵⁴ Zo kan de overheid gehouden zijn tot het verstrekken van reisdocumenten in verband met het recht van een ieder het land te verlaten (art. 2, vierde lid, Gr.w.). Een subjectief recht op zo een document vloeit mijns inziens niet uit dat recht voort.

Tot slot kan de vraag worden gesteld of een analyse van de klassieke grondrechten afzonderlijk niet moet leiden tot een afwijzing van de kwalificatie als subjectief recht. Korthedshalve moet worden volstaan met een enkele kanttekening. Vele grondrechten zijn duidelijk niet als 'recht' geredigeerd. Dit is het geval bij art. 1 (gelijkheid),⁵⁵ art. 2, eerste tot en met derde lid (Nederlandschap enz.), art. 7, tweede lid (radio, televisie), art. 10, tweede en derde lid (persoonsgegevens), art. 12 (huisrecht), art. 14 (onteigening), art. 15 (hechtenis), art. 16 (nulla poena), art. 17 (ius de non evocando). Doch ook art. 3, art. 7, eerste en derde lid, en art. 13 zijn niet in termen geredigeerd als: 'ieder heeft recht' enz.

Reeds de redactie van deze klassieke grondrechten doet twijfelen aan hun subjectiefrechtelijk karakter. Moeten wij, afgezien daarvan, echter niet aannemen dat geen van de grondwettelijke klassieke grondrechten een subjectief recht is? Moeten zij niet veeleer gelezen worden als rechtsplichten tot onthouding, als competentiegrenzen jegens de overheid? De Amerikanen formuleerden in 1791 grondrechten aldus: '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 ...' Later, in 1868 hielden zij vast aan de rechtsplicht-constructie: '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 ...'. Onze eigen Hoge Raad zag het ook op zijn Amerikaans: 'dat de Staat

52. De feitelijke vrijheid waarvan Struycken sprak.

53. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, p. 363 e.v.

54. Zo bijvoorbeeld ex art. 20, derde lid, Gr.w. Men spreekt daar meestal ook niet van een subjectief recht op bijstand.

55. Art. 1 (en 3) van de Grondwet is overigens van een ander karakter dan de vrijheidsrechten. Het garandeert geen 'staatsvrije sfeer'. Het is mijns inziens te beschouwen als een rechtsbeginsel.

onrechtmatig handelt indien een Staatssecretaris, orgaan van de Staat, door een beschikking als de onderhavige een verbod stelt op en daardoor sancties bedreigt tegen een handeling die ingevolge een bepaling van de Grondwet niet mag worden verboden'.⁵⁶ Een duidelijkere formulering van een rechtsplicht is moeilijk te vinden. Laten we het hier maar op houden: klassieke grondrechten zijn rechtsplichten voor de overheid. Dat is duidelijk en geeft nauwkeurig aan waartoe deze grondrechten dienen: het beschermen van de onderdaan tegen Leviathan. Struycken had het op dit punt goed gezien.

Zomer 1995

56. HR 24 januari 1969, NJ 316, m.nt. H. Drion, AB 1969, p. 194, m.nt. J.R. Stellinga (Pocketbooks II).