

University of Groningen

De rechten van anderen en de Grondwet

Brouwer, J.G.; Schilder, A.E.

Published in:
Geschakeld recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2009

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Brouwer, J. G., & Schilder, A. E. (2009). De rechten van anderen en de Grondwet. *Geschakeld recht*, 41-55.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De rechten van anderen en de Grondwet

Over conflicterende rechten, positieve verplichtingen en grondwettelijke beperkingen bij de bescherming van het woon- en leefklimaat

1. Inleiding

‘Een ongedachte mogelijkheid om de betekenis van de internationale mensenrechten te meten bieden de voorstellen tot wijziging van de Grondwet, die zoals bekend voornamelijk over grondrechten gaan’ - zo schreef Evert A. Alkema in 1978, toen 39 jaar oud en werkzaam als docent staatsrecht aan de Rijksuniversiteit te Groningen.¹ Die toets viel volgens Alkema bepaald niet positief uit, want een aantal essentiële rechten van het EVRM ontbrak in die voorstellen. De nieuw gekozen beperkingensystematiek kon al helemaal geen genade vinden in de ogen van de jonge staatsrechtgeleerde: ‘In sommige bepalingen is namelijk náást een aantal doelcriteria (gevallen waarvoor beperking uitdrukkelijk is toegelaten) de aloude zinsnede “behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet” opgenomen. Deze clausule, die nu in art. 7 Gw staat, houdt in dat de formele wetgever volledig de vrije hand heeft om beperkingen aan te brengen.’²

Alkema’s kritiek in deze bijdrage aan het eerste deel van de serie Rechten van de Mens van *Ars Aequi Libri* kon niet verhinderen dat deze beperkingensystematiek vijf jaren later in 1983 verheven werd tot de grondwettelijke leer. Of dat inderdaad een minder gelukkige keuze is geweest, kunnen we nu 25 jaar later goed beoordelen op basis van de ervaringen met die toentertijd vernieuwde Grondwet.

Zo veel is in ieder geval bij het vijf en twintigjarige bestaan van de Grondwet al duidelijk geworden dat een mogelijke herziening, mede ook met het oog op de regulering van de verhouding van nationale tot internationale grondrechten, actueel is.³ Of Alkema’s kritische kanttekeningen van dertig jaar geleden ook overigens nog steeds hout snijden, is voorwerp van onderzoek in onze bijdrage aan zijn verjaardagsbundel.

Alkema kwalificeert de keuze van de grondwetgever om de formele wetgever ongeclausuleerd toe te staan grondrechten te beperken als een stap achterwaarts. In het licht van de eisen die het EVRM aan beperkingen stelt, begrijpen we dat heel goed. Weliswaar kan een door het EVRM beschermd grondrecht zelfs bij gemeentelijke verordening worden beperkt, maar hier zal de beperkende instantie – ook de formele wetgever – altijd moeten aantonen dat de beperking noodzakelijk is in een democratische rechtsorde voor het bereiken van één van de door het verdrag gestelde doelen.

¹ Het internationaal recht inzake de rechten van de mens en de vaderlandse rechtsorde, hoofdstuk VI in: *Rechten van de mens in mondiaal en Europees perspectief*, *Ars Aequi Libri – Rechten van de mens – 1*, Nijmegen 1978, p. 201. Alkema ging nader in op de materie in: *De reikwijdte van fundamentele rechten – De nationale en internationale dimensies* (preadvies NJV), *Handelingen NJV 1995-I*, p. 5 e.v.

² Het internationaal recht inzake de rechten van de mens en de vaderlandse rechtsorde, a.w., p. 202.

³ In het Beleidsprogramma van het Kabinet Balkenende IV *Samen werken samen leven* staat dat het kabinet een staatscommissie zal instellen die eind 2008 advies uitbrengt over het versterken van de Grondwet, die ondermeer zal onderzoeken ‘de voor- en nadelen van een preambule, de toegankelijkheid voor burgers, de verhouding tussen grondrechten en de internationale rechten’. Over de mogelijke opdracht van deze staatscommissie adviseerde Raad van State op 14 april 2008, met nader rapport van 18 juli 2008 verschenen als Kamerstukken II, 2007-2008, 31 570, nr. 3.

De eis dat uitsluitend de formele wetgever bepaalde grondwettelijke rechten van burgers mag beperken lijkt een waarborg tegen ondoordacht en al te vrijelijk beperken. Vijentwintig jaar ervaring leert echter dat deze strenge eis een ongewenst effect heeft. De lokale wetgever kan zich onvoldoende de belangen van zijn inwoners aantrekken. Voor hem is het nog al eens onmogelijk om zorg te dragen voor een goed woon- en leefklimaat, omdat het realiseren daarvan niet anders dan gepaard kan gaan met een beperking van individuele vrijheden van burgers. De lokale wetgever staat soms met lege handen, zelfs als het er om gaat om de door het EVRM gegarandeerde 'rechten van anderen' te beschermen.⁴ Trekt de wetgever zich de problematiek eenmaal aan, dan heeft het ontworpen instrument veel weg van een houwdegen en lijken Alkema's woorden dat onze grondwettelijke beperkingensystematiek ten onrechte volledig de vrije hand wordt geboden een kern van waarheid te bevatten.

2. De onbuigzame Grondwet

De klassieke grondrechten in onze Grondwet zijn primair bedoeld als individuele afweerrechten tegenover de overheid. Zij dienen burgers te beschermen tegen mogelijk optreden van de overheid dat inbreuk maakt op fundamentele belangen welke de grondwetgever als zodanig heeft erkend. Vanwege de (primair) verticale werking van de grondrechten kent ons grondwettelijk stelsel ook een verticale beperkingensystematiek. Betekent dit nu dat de rechten van anderen geen legitimerende functie kunnen dan wel mogen vormen voor beperkingen door de overheid? Een clauseule ter bescherming van deze rechten zoals in het EVRM ontbreekt met als gevolg dat de rechter in de Venlose casus geen rekening kan houden met de belangen van de omwonenden.

Sinds 1983 eist de Grondwet dat een grondrechtenbeperking hoe dan ook is terug te voeren op een grondwettelijke beperkingenclausule. De Grondwet kent er een aantal, waarvan 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' er één is. Indien een grondwetsartikel deze formulering bevat, mag uitsluitend de formele wetgever beperkingen aanbrengen. Deze clauseule staat geen delegatie toe, hetgeen meebrengt dat de wetgever, ook niet door het gebruik van vage formuleringen, de hem opgedragen taken in feite aan een lager orgaan mag overlaten. De formele wet moet bij voorkeur met het oog op de beperking zijn gecreëerd en zelf de omvang van de grondrechtenbeperking aangeven.⁵

De Grondwet kent andere beperkingenclausules die wel delegatie toestaan. De grondwetgever eist dan echter een 'specifieke wetsbepaling' waarin de wetgever (a) bewust een beperkingenbevoegdheid toekent aan lager bestuursorgaan en (b) aangeeft welk grondrecht mag worden beperkt. Uitvoering van een beperkingenwet door een orgaan van een gedecentraliseerd publiekrechtelijk lichaam is in een dergelijk geval wel toegestaan, maar de wet moet dan zelf aangeven hoever de grondrechtenbeperking gaat.⁶

In de grondwettelijke beperkingensystematiek is het in feite alleen aan de wetgever toegestaan om beperkingen aan te (laten) brengen op grondrechten in verband met 'rechten van anderen'. De grondwetgever geeft de wetgever de mogelijkheid regels te stellen specifiek

⁴ In het EVRM komen in art. 8, 9 en 11 'de rechten en vrijheden van anderen' voor als beperkingsgrond, art. 10 noemt alleen 'de rechten van anderen'. Dit begrip wordt evenwel zo ruim uitgelegd door het EHRM dat het verschil voorzover aanwezig van beperkt belang is. Korthedshalve spreken wij in dit artikel alleen over de rechten van anderen. Zie verder over de ruime beperkingsmogelijkheden van art.10 EVRM: R.A. Lawson, WILD, WILDER, WILDST, Over de ruimte die het EVRM laat voor de vervolging van kwetsende politici, NJCM-Buletin 2008, 469 e.v.

⁵ Dit geldt ook voor het kernrecht van art. 7 Gw, de vrijheid van drukpers en meningsuiting; niet voor het zogenaamde verspreidingsrecht.

⁶ Naar een nieuwe Grondwet (Algehele Grondwetsherziening, deel 1a Grondrechten (Tweede Kamer), Documentatiereeks deel 15, Den Haag 1979) p. 23.

met het oog op de beperking van een grondrecht, soms inclusief de mogelijkheid van delegatie. In de wetten die op grond van deze clausules tot stand komen, kunnen nadere bevoegdheden worden gecreëerd voor bestuursorganen om tegenstrijdige belangen af te wegen. Zo zal de burgemeester bij het opleggen van voorschriften op grond van art. 5 Wet openbare manifestaties regelmatig een afweging moeten maken tussen de belangen van demonstranten – effectieve uitoefening van het recht tot betoging – en die van bewoners en ondernemers van pleinen waar regelmatig wordt gedemonstreerd. Weliswaar kan hij die belangen niet rechtstreeks afwegen, maar onder de noemer van een veilig verkeer kan hij toch enigszins rekening houden met de toegankelijkheid van winkels.

Sommige wetten kennen de instelling van gespecialiseerde organisaties die moeten waken over de gelding van grondrechtelijke normen, ook in het private verkeer. Daarbij komen eveneens belangen en (mogelijke) rechten van anderen aan de orde, zoals bijvoorbeeld in de adviezen en oordelen van het College bescherming persoonlijke levenssfeer en de Commissie gelijke behandeling. In hoeverre deze organen de rechten van anderen kunnen betrekken bij die te nemen adviezen en oordelen, valt niet in haar algemeenheid te zeggen. De wettelijke structuur is daarvoor bepalend. In de Algemene wet gelijke behandeling is bijvoorbeeld de afwegingsruimte van de Commissie bij de vraag of er wel of geen sprake is van verboden onderscheid beperkt als gevolg van het zogenaamde gesloten systeem van uitzonderingen op dit verbod. Dat leidt dan soms tot heftige kritiek op haar beslissingen.

3. Gevolgen voor de raad

Het gemeentebestuur komt een belangrijke taak toe bij het voorkomen van conflicten in de sfeer van het woon- en leefklimaat. De raad ordent het openbare leven door middel van een keur aan lokale voorschriften. Hij verbiedt het doelloos rondhangen in portieken evenals het te vroeg op straat zetten van afval en het op een voor de omgeving hinderlijke wijze houden van huisdieren. Het maken van muziek in de openbare ruimte is aan een vergunning onderworpen en dat geldt al evenzeer voor het organiseren van een evenement.

In aanvulling op deze algemene normstellingen vigeren tal van concretiserende besluiten met een ordenend karakter, zoals de aanwijzing van specifieke delen van de openbare ruimte waar bepaalde verboden nu juist wel of niet gelden: tippelzones, hondenuitlaat-, vrachtwagenparkeer- en fietsenstalggebieden. Voorts beschikken tal van gemeenten tegenwoordig over cameratoezichts-, en veiligheidsrisicogebieden. Dat zijn openbare ruimtes waar de overheid intensiever op veiligheid inspecteert. Mocht er desondanks een plotselinge verstoring van de openbare orde dreigen of plaatsvinden, dan heeft de burgemeester zijn onmiddellijke bevoegdheden waarmee hij direct kan ingrijpen om de orde en rust te herstellen.

Kenmerkend voor veel van deze maatregelen is dat zij ingrijpen in individuele vrijheden van burgers. Bij sommige maatregelen moeten de goeden onder de kwaden lijden: alle bewoners in een veiligheidsrisicogebied lopen de kans preventief te worden gefouilleerd en alle passanten in een cameratoezichtsgebied worden geobserveerd. Gaat het in deze gevallen om het recht op privacy, niet zelden komt ook het huisrecht in het gedrang. In het geval van de drugsdealer wiens huis fysiek wordt gesloten is dat wel heel pregnant, maar in wezen geldt dit evenzeer voor de flatbewoner die (op straffe van een dwangsom) geen slangen meer mag houden of de eigenaar van een pand aan wie het niet toegestaan wordt kamers te verhuren aan studenten omdat het quotum in de straat is bereikt.

In de afgelopen vijftientig jaar is het regelmatig voorgekomen dat het lokale bestuur in zijn ijver om aanspraken op woongenot te honoreren maatregelen nam die de grondwettelijke toets niet konden doorstaan. Een in een verordening neergelegd tippelverbod oordeelde de rechter onverbindend wegens strijd met het art. 19 lid 3 Gw gegarandeerde recht

op vrije arbeidskeuze.⁷ Een experiment met preventief fouilleren bleek de door de Grondwet gevorderde formele wettelijke grondslag te ontberen en moest daarom worden gestaakt.⁸ Een verordening die prostitutie in woonhuizen verbood, werd wegens strijd met art. 10 Gw onverbindend verklaard.⁹ Eenzelfde lot was de Venlose verordening beschoren die een bezoekersverbod oplegde aan een dealer van drugs.¹⁰

In al deze gevallen waarin het lokale bestuur de *law abiding majority* een dienst probeerde te bewijzen, steekt de grondwettelijke beperkingsystematiek daar een stokje voor. Opvallend is dat de negatieve gevolgen in deze laatste drie gevallen gerepareerd op initiatief van leden van de Tweede Kamer. Het geeft ten eerste aan dat de gemeentelijke problemen lang niet altijd duidelijk zichtbaar zijn voor de regering, althans niet erg hoog staan op haar prioriteitenlijst. Een ten tweede dat de grondrechten niet per definitie in betere handen zijn bij de formele wetgever dan bij de lokale regelgever.

Dat blijkt vooral uit de reactie van de wetgever op de onverbindendverklaring van het lokale bezoekersverbod. Een drugsdealer houdt gedurende jaren de bewoners van een appartementencomplex in zijn greep. Zijn cliënten – junks – veroorzaken dag en nacht in ernstige mate overlast en maken soms op grove wijze inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de overige flatbewoners. Als de burgemeester van Venlo hem een bezoekersverbod oplegt en hij hier in rechte tegen opkomt, kan de Afdeling niet anders dan de verordening onverbindend verklaren. Het besluit van de burgervader maakt immers inbreuk op art. 10 Gw en dat is niet toegestaan op grond van een autonome verordening. De wetgever repareert het aldus onstane gat met art. 174a Gemeentewet, dat fysieke sluiting van een woning mogelijk maakt. Dat is een aanzienlijk grotere inbreuk op het huisrecht dan een bezoekersverbod, te meer daar ook medebewoners die niets met de drugshandel hebben uit te staan hun woning moeten verlaten.

De onverbindendverklaring maakt de nadelen van de huidige grondwettelijke beperkingensystematiek goed zichtbaar. Aan de rechten van anderen op bescherming van de privacy – hoe legitiem ook – kan in geen enkel opzicht recht worden gedaan. Althans dat lijkt het onvermijdelijke gevolg van het systeem zoals wij dat nu kennen.

3. Flexibilisering Grondwet

Ogenschijnlijk bestaan er buiten bovenstaand kader geen mogelijkheden om grondrechten te beperken, zelfs niet wanneer een gemeentelijk bestuursorgaan vanwege hemeltergende omstandigheden gedwongen is op te komen voor de rechten van anderen. Een navrant voorbeeld is het volgende. Enige jaren geleden leefde bij het gemeentebestuur van Rotterdam de dringende wens om vanwege mensonterende toestanden alsmede vanwege ernstig gevaar voor de volksgezondheid de tippelzone Keilerweg op te heffen. Het door de Grondwet gegarandeerde recht op vrije arbeidskeuze in art. 16 lid 3 Gw en de bestaande jurisprudentie stond hierover echter besluitvorming formeel in de weg. Desondanks heeft het college het aanwijzingsbesluit dienaangaande in 2004 ingetrokken. In feite is het puur geluk geweest dat niemand tegen dit besluit is opgekomen.

Wij vragen ons echter af of de intrekking van een dergelijk besluit niet toch in overeenstemming kan worden gebracht met onze Grondwet. Tijdens de totstandkomingsgeschiedenis van de Grondwet is als uitgangspunt geformuleerd dat een

⁷ Rechtbank Maastricht, 2 juni 1999, LJN: AA3461.

⁸ Zie hierover J.G. Brouwer/A.E. Schilder, Wijken voor orde, Over nieuwe geboden en verboden, RegelMaat 2008, p. xxxxxx

⁹ ABRS 6 juni 2000, AB 2000, 327, Gst. 2000, 7109, 3.

¹⁰ ABRS 28 augustus 1995, AB 1996, 204, m.nt. L.J. Rogier, Gst, 1995, 7019, 5 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens, JB 1995, 331 m.nt. A.W. Heringa en AB Klassiek, 2003, vijfde druk, nr. 33 m.nt. J.G. Brouwer/A.E. Schilder.

grondrecht niet alleen op redelijke wijze moet worden uitgelegd, maar ook dat uit de redelijkheid zelf grenzen voortvloeien.¹¹ Indien een overheidsmaatregel een grondrecht naar de letter genomen beperkt, maar de intrekking of vernietiging van die maatregel in flagrante strijd zou zijn met wat algemeen als redelijk wordt aangemerkt, dan zal zo'n maatregel niet licht als ongrondwettig mogen worden gekwalificeerd. Daarbij kan de eis van de proportionaliteit en het rekening houden met persoonlijke belangen een rol spelen, aldus de regering.¹²

Uit de jurisprudentie blijkt dat deze ruimte ook wordt benut: de eis van een hinderwetvergunning voor een drukkerij is ondanks de vrijheid van meningsuiting niet in strijd met de Grondwet.¹³ Lokale voorschriften die burgers moeten beschermen tegen geluidoverlast van omroepwagens 'verliezen niet hun betekenis' wanneer sprake is van de uitoefening van een grondrecht.¹⁴

Een interessante vraag is natuurlijk of de redelijke interpretatie ook zo ver kan gaan, dat de rechtens te beschermen belangen van anderen in abstracto als beperkingengrond (gaan) fungeren als het gaat om een inbreuk door de overheid zelf te maken in een reeks van opvolgende gevallen. Wordt dan nog wel voldoende recht gedaan aan de beperkingenfilosofie die aan de Grondwet 1983 ten grondslag is gelegd? In het geval van opheffing van de tippelzone Keilerweg, zou de redelijke interpretatie van de Grondwet wel eens gelegitimeerd kunnen zijn. Het gaat om een gemeentebestuur dat in een unieke en eenmalige situatie een einde wil maken aan mensonterende en de volksgezondheid bedreigende toestanden. In de Venlose casus waarin het niet gaat om uniek probleem (dealpanden met bijbehorende problematiek komen in grote getale voor) - vormt het herhalingselement – denken wij – een hinderpaal voor een zodanige uitleg van de Grondwet. Dan ligt het toch meer op de weg van de wetgever om actie te ondernemen.

3.1 Positieve verdragsverplichtingen

Is er misschien nog een andere oplossing om recht te doen aan de rechten van anderen binnen het systeem van de Grondwet? We zouden eens een blik kunnen werpen op de leer van de positieve verplichtingen. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM vloeien uit de in het EVRM vastgelegde klassieke vrijheden verplichtingen van de overheid voort tot actief optreden.¹⁵ Kunnen deze positieve verplichtingen nu ook zodanig sterk zijn dat zij de grondwettelijke beperkingensystematiek opzij zetten?

Laten we art. 8 EVRM als voorbeeld nemen. Het is een grondrecht dat een ruim bereik heeft: het beschermt niet alleen tegen binnentreden zonder toestemming van de bewoner, maar ook tegen andersoortige inbreuken waardoor het welzijn van de burgers wordt geschaad en een effectief genot van het privé- of gezinsleven niet meer mogelijk is.¹⁶ Het moeten garanderen van dit recht door de overheid kan onder omstandigheden een verplichting voor

¹¹ Zie M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, W.E.J. Tjeenk Willink/Zwolle 1989, p. 113 e.v.

¹² Naar een nieuwe Grondwet, *Algehele Grondwetsherziening*, deel 1a Grondrechten (Tweede Kamer), Documentatiereeks deel 15, Den Haag 1979, p. 21-22.

¹³ HR 11 februari 1986, NJ 1986, 673 m.nt.ThWvV.

¹⁴ Vz, ARRS 17 augustus 1990, AB 1991, 44 m.nt. P.J. Boon.

¹⁵ Zie hierover uitgebreid R.A. Lawson, *Positieve verplichtingen onder het EVRM - Opkomst en ondergang van de Fair Balance-test*, NJCM-Bulletin 1995, 20-5, p. 558 e.v. (Deel I), NJCM-Bulletin 1995, 20-6, p. 727 e.v. (Deel II), Zie A.J. Nieuwenhuis, *De Januskop van de rechter: Over negatieve en positieve verplichtingen*, in: N.A.N.M. van Eijk & P.B. Hugenholtz (red.) *Dommering-bundel: Opstellen over informatierecht aangeboden aan prof. mr. E.J. Dommering*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2008, p. 241-252.

¹⁶ Zie EHRM 16 november 2004, NJ 2005, 344 m.nt. EJD, AB 2004, 453 m.nt. TB, EHRM 2 november 2006, AB 2008, 23, AB 2008, 23 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, EHRM 22 mei 2003, AB 2004, 172 m.nt. TB.

diezelfde overheid met zich brengen om op te treden tegen ernstige overlast. Het Hof heeft dat sinds 1979 regelmatig beslist.¹⁷

In een Spaanse zaak stelt López Ostra serieuze gezondheidsproblemen te hebben als gevolg van verstoring van het woon- en leefklimaat, in casu door rook-, geluid- en geuroverlast veroorzaakt door afvalverwerkingsinstallatie. Klaagster is van mening dat de gemeentelijke Spaanse overheid door deze praktijk te vergunnen het door art. 8 EVRM beschermde huisrecht onvoldoende garandeert. Het Hof overweegt dat hoe men de vraag ook benadert, ofwel als een positieve verplichting voor de staat om redelijke en geëigende maatregelen te nemen om klagers recht in art. 8 lid 1 veilig te stellen ofwel geredeneerd in termen van lid 2 onder welke voorwaarde inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan, in beide gevallen de uitgangspunten hetzelfde zijn. Het overheidsorgaan zal een juiste afweging moeten maken tussen het individuele belang en het belang van de plaatselijke samenleving als totaal waarbij het bestuursorgaan onder alle omstandigheden een zekere *margin of appreciation* toekomt. Verder stelt het Hof dat bij het maken van een evenwichtige en juiste afweging van deze twee belangen, zelfs als dit wordt gedaan vanuit het bestaan van positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 8 lid 1, de doelcriteria van lid 2 een zekere rol spelen.

Ondanks de bestaande *margin of appreciation* acht het Hof art. 8 EVRM geschonden doordat de Spaanse autoriteiten er niet in geslaagd zijn een juist evenwicht aan te brengen tussen de economische belangen van de stad enerzijds en het recht van eiseres op respect voor de woning en haar privé- en familielevens anderzijds.¹⁸

Dat die afweging onder omstandigheden ook om gekeerd kan uitvallen, bewijst een zaak die gaat over een Engelse familie die klaagt over schending van art. 8 EVRM door geluidsoverlast van nachtvluchten op het vliegveld Heathrow. In die zaak wordt het economisch belang van het voortbestaan van het vliegveld zwaarder gewogen dan het individuele huisrecht.¹⁹

In weer een andere Spaanse zaak van Moreno Gomez klagen buurtbewoners over het voortdurend nalaten van het gemeentebestuur de geluidsniveauevoorwaarden van een muziekvergunning te handhaven. Als gevolg hiervan ondervinden zij ernstige hinder in de vorm van nachtelijke geluidsoverlast en wordt hun recht op respect voor de woning geschonden. Als schendingen worden niet alleen fysieke inbreuken beschouwd, maar ook geluid-, geur- en rookoverlast. Het Hof overweegt dat alhoewel het doel van art. 8 EVRM in zijn essentie is het individu te beschermen tegen willekeurige inmenging van de overheid, dit recht ook een verplichting voor de overheid kan inhouden om maatregelen te nemen ter waarborging van het recht op privé-leven, zelfs als het om de verhouding tussen burgers onderling gaat.

Uit deze jurisprudentie mogen we afleiden dat als bewoners in een bepaalde wijk ernstig lijden onder gedragingen van bedrijven of andere burgers, de (gemeentelijke) overheid de verplichting heeft maatregelen te nemen ter bescherming van het woongenot. Afhankelijk van de ernst van de situatie kan die plicht wellicht zo sterk kan zijn dat de grondwettelijke eis dat een dergelijke maatregel per se moet steunen op een wet in formele zin op grond van art. 10 Gw, moet wijken voor de noodzakelijke effectuering van de verdragsverplichting. De redenering zou dan moeten zijn dat de verdragsverplichting in zo'n geval voor de Grondwet gaat. De juistheid van dit argument zou vooral zichtbaar zijn als de vereniging van huiseigenaren zich als derde-belangbelanghebbende in deze zaak had gemengd met een beroep op art. 8 EVRM.

¹⁷ EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462 (Marckx); EHRM 9 oktober 1979, NJ 1980, 376 (Airey); EHRM 9 december 1994, AB 1996, 56 (Lopez Ostra).

¹⁸ EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506, m.nt. EJD.

¹⁹ EHRM 2 oktober 2001, AB 2003/445 (m.nt. Woltjer).

3.2 De civiele oplossing van de particulier

Wat zou de burgerlijke rechter hebben beslist als de omwonenden in de hoedanigheid van een vereniging van buurtbewoners of van huiseigenaren een bezoekersverbod in een onrechtmatigedaadsactie tegen de dealer – in het geval van een vereniging van huiseigenaren zelfs medebewoner – zouden hebben gevorderd? Voelt de civiele rechter zich bij de beoordeling van een dergelijke vordering eigenlijk wel gehinderd door de grondwettelijke beperkingensystematiek?

Over de betekenis van grondrechtelijke normen in het verkeer tussen burgers onderling zwijgt de Grondwet. De horizontale werking van grondrechten wordt ondanks het ontbreken van zo'n bepaling echter niet ontkend.²⁰ De rechter effectueert in tal horizontale conflictsituaties grondrechtelijke waarden, dan wel beginselen die aan grondrechten ten grondslag liggen.²¹ Hoe de rechter dit precies doet, is niet altijd duidelijk.²² Er is geen erkende hiërarchie van grondrechten in ons rechtssysteem en evenmin zegt de Grondwet iets over de beperkingen van grondrechten in horizontale verhoudingen.

Gesteld nu dat de uitoefening van een grondrecht direct of indirect een inbreuk oplevert op rechten en vrijheden van anderen, hoe moet een dergelijk conflict dan worden opgelost? Het ontbreken van een specifieke beperkingenclausule of bijzondere conflictregel in de Grondwet is voor de burgerlijke rechter geen belemmering gebleken om dit soort van conflicten aan de hand van de 'gewone' privaatrechtelijke methoden op te lossen, en wel op een manier die volgens de Hoge Raad ook past in het grondwettelijke systeem.

In een onrechtmatigedaadsactie kan het zijn dat de rechter art. 6:162 BW ziet als wet bedoeld in de clausule 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Uit de Goeree-jurisprudentie volgt bijvoorbeeld dat ondanks het verbod van voorafgaande censuur de rechter op verzoek van een burger aan andere burger zijn aanspraak op de drukpersvrijheid kan ontzeggen indien het gebruikmaken van die vrijheid een onrechtmatige daad zou opleveren.²³ In een arrest waarin de rechter een uitzending verbod van het programma Breekijzer oordeelde de Hoge Raad dat er mede in het licht van art. 3:296 BW geen grond bestaat aan te nemen 'dat het in art. 7 Gw neergelegde verbod van censuur – het voorafgaand overheidstoezicht op een voorgenomen uiting – in de weg zou staan aan de bevoegdheid van de rechter met het oog op een effectieve rechtsbescherming een uiting die jegens een ander onrechtmatig is, te verbieden.'²⁴

Uit andere jurisprudentie blijkt dat een beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit gebaseerd kan worden op een rechterlijk oordeel: de door een gedetineerde patiënt gebeten tandarts dwong met succes bij de burgerlijke rechter een HIV-test op de gedetineerde af zodat hij zekerheid kreeg over een mogelijke besmetting.²⁵

Kortom, via de civiele rechter kunnen particulieren door middel van een onrechtmatigedaadsactie een verbod afdwingen van gedragingen die op zich grondwettelijke

²⁰ TK 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15-16.

²¹ HR 31 oktober 1969, NJ 1970, 57 m.nt. GJS, HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350, m.nt. EAA, HR 9 januari 1987, NJ 1987, 231 m.nt. HvdB; zie hierover L.F.M. Verhey, Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy, Zwolle, 1992, p. 420-425.

²² H.A. Groen pleit daarom voor een meer adequate motivering in uitspraken waarin een grondrecht aan de orde is, De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken, preadvies NJV 1995, p. 171-172.

²³ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928, m.nt. EAA.

²⁴ HR 2 mei 2003, NJ 2004, 80, m.nt.

²⁵ HR 12 december 2003, NJ 204, 117; zie over deze materie uitgebreid: Olha O. Cherednychenko, Fundamental Rights, Contract Law and the protection of the Weaker Party, München: Sellier. European Law Publishers, p. 122 e.v.

bescherming genieten. Of deze interpretatie van de grondwettelijke beperkingsclausule ook door de Grondwetgever is voorzien, betwijfelen we. Hoewel de ‘burgerlijke wet en de strafwet’ al in 1950 door de Hoge Raad zijn opgevat als mogelijke beperkingen van de vrijheid van drukpers,²⁶ blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Grondwet in 1983 dat wanneer een formele wet aan een andere instantie toestaat beperkingen aan te brengen op een grondrecht, de wet zelf moet aangeven hoever de grondrechtenbeperking gaat.²⁷ Die duidelijkheid is er toch bepaald niet met art. 6:162 BW dat ook een onbestemde categorie van algemene en ongeschreven zorgvuldigheidsnormen omvat. De beperkingen kunnen ook niet worden binnengelaten via de bekende achterdeur die de regering voor de algemene beperkingen opende met de formule dat een grondrecht niet alleen op redelijke wijze moet worden uitgelegd, maar dat ook aan de redelijkheid grenzen kunnen worden ontleend waarbuiten een grondrecht geen toepassing meer behoort te vinden. In dat geval werd immers gedacht aan relatief geringe inbreuken op een grondrecht ten gunste van zwaarwegende maatschappelijke of persoonlijke belangen.

Hoe dan ook, als gevolg van deze lijn in de jurisprudentie kunnen particulieren succesvol opkomen voor de bescherming van hun rechten tegen anderen die (eveneens) aanspraak maken op grondwettelijke bescherming. Burgers kunnen grondrechtenbeperkingen afdwingen waartoe de lokale overheid grondwettelijk vanwege het ontbreken van een specifieke wettelijke grondslag, niet is gerechtigd. In de Venlose casus ware het derhalve denkbaar geweest dat de omwonenden in de hoedanigheid van een vereniging van huiseigenaren of van omwonenden bij de burgerlijke rechter met succes om een bezoekersverbod voor de drugsdealer zouden hebben gevraagd.

3.3 De civiele oplossing van overheidswege

Een andere vraag is of de overheid zelf ook de civiele weg kan bewandelen wanneer zij wil opkomen voor de rechten en vrijheden van anderen. Art. 3:305b BW bepaalt: ‘Een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1 van Boek 2 kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van de belangen van andere personen, voor zover hem de behartiging van die belangen is toevertrouwd’. Men spreekt in dit verband wel van een *governmental action*. Een ruime groep van overheidslichamen kan in bijzondere gevallen procederen bij de burgerlijke rechter en zo belangen van bepaalde groeperingen behartigen.²⁸

Om te beoordelen of aan de in het artikel gestelde voorwaarde wordt voldaan kan, aldus de MvT bij art. 3:305b BW, onder meer aansluiting worden gezocht bij de instellingsregeling en de sociale grondrechten.²⁹ Voor de gemeentelijke bestuursorganen staan de taken onder meer opgesomd in de Gemeentewet. Eén van de centrale opdrachten is het regelen van de ‘huishouding van de gemeente’.³⁰ Dat behelst tegenwoordig niet slechts de zorg voor de openbare orde, maar meer dan dat: de bevordering van een leefbaar woonmilieu.³¹

Anders dan vroeger is het voor de ontvankelijkheid in een civiel proces niet noodzakelijk dat de gemeente als privaatrechtelijke eisende partij een eigen civielrechtelijk belang heeft, art. 3:303 BW stelt nog slechts de eis van ‘voldoende belang’.³² In hoeverre dat nog afwijkt van het algemeen belang laat zich moeilijk bepalen.

²⁶ HR 28-11-1950, NJ 1951, 137, ook door de regering aangehaald in: Naar een nieuwe Grondwet, deel 1 a Grondrechten, p. 18 (MvT).

²⁷ Naar een nieuwe Grondwet, deel 1a Grondrechten, p. 23 (MvT).

²⁸ Zie bijvoorbeeld art. 1 lid 2 Faillissementswet. Zie andere voorbeelden: N. Frenk: ‘Kent Nederland een ‘governmental action?’ in NTB 1993/4, p. 147.

²⁹ TK 1991-1992, 22486, nr. 3, p. 34.

³⁰ Zie bijvoorbeeld art. 147 Gemeentewet.

³¹ Vergelijk ook de noot van H. Hennekens in GS (144) 1994, 6997, nr. 3.

³² HR 18 februari 1994, NJ 1995, 718 en HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 719.

Centrale vraag voor de rechter is natuurlijk wanneer gezegd kan worden dat de overlastveroorzaker de maatschappelijke zorgvuldigheid niet in acht heeft genomen zodanig dat een verplichting tot schadevergoeding bestaat. ‘Of van zodanig handelen sprake is, hangt – in abstracto – daarvan af of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe dan ook mede is vereist dat hij dat belang kende of had behoren te kennen’, aldus de Hoge Raad.³³ Het aantonen van de schade als gevolg van de overlast is derhalve van groot belang. We moeten hierbij vooral denken immateriële schade zoals de vermindering van het woongenot.

In een zaak die in 1993 voor het Hof van Arnhem speelde, had de burgemeester van Deventer een bezoekersverbod opgelegd aan de bewoner van een benedenverdieping die softdrugs verkocht. Daarmee waren de problemen echter niet opgelost. Het bezoekersverbod had weinig tot geen effect. Toepassing van bestuursdwang leverde de nodige problemen op. Het feitelijk dicht timmeren van het pand kwam niet in aanmerking, omdat daarmee ook de bovenverdieping, een woning, niet meer bereikbaar zou zijn. Ook het dagelijks posteren van politie voor het pand was niet haalbaar. Toen buurtbewoners desondanks aandrongen op maatregelen, eiste de gemeente in een civiele procedure oplegging van een dwangsom op overtreding van het bezoekersverbod.

Een belangrijke vraag is welke norm de gemeente kan inroepen om aan te tonen dat er jegens haar als gemeente onrechtmatig is gehandeld. Dat is de vraag naar de relativiteit. Is het veroorzaken van overlast jegens buurtbewoners ook tegenover de gemeente onrechtmatig? Pleegt iemand die drugs verkoopt vanuit zijn woning en hiermee ernstige overlast veroorzaakt voor de omwonenden ook een onrechtmatige daad tegenover de gemeente?

Het Hof Arnhem is daar tamelijk helder over. De gemeente heeft zich het belang aangetrokken van het woon- en leefbaar milieu en mag zich dat ook aantrekken. Niet alleen wendden de gedupeerde omwonenden zich nadrukkelijk tot de gemeente met het verzoek om tegen de overlast op te treden, maar ook volgt dit uit haar taakstelling: de handhaving van de openbare orde en verwezenlijking van de sociale grondrechten. Eén van de sociale grondrechten – artikel 21 Grondwet – luidt: ‘De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en bescherming en verbetering van het leefmilieu’. ‘Het leefmilieu van de omwonenden is aldus een in rechte door art. 1401 BW (oud) resp. art. 6:162 BW te beschermen belang van de gemeente geworden’, aldus dit Hof.³⁴

De conclusie moet derhalve zijn dat de overheid zich in een civiele actie met succes de ‘rechten van anderen’ kan aantrekken. De rechter kan op verzoek van de gemeente een beperking opleggen ten aanzien van een in de Grondwet beschermd grondrecht. Nu maakt één zwaluw echter nog geen zomer. Er zijn echter extremere gevallen geweest in de recente historie.

De president van de rechtbank Amsterdam nam in 1993 aan dat een man die omwonenden onrechtmatig overlast bezorgde tevens een onrechtmatige daad begaat tegenover de Staat en zelfs zijn huis kan worden uitgezet.³⁵ In deze zaak veroordeelt de politierechter een man tot vijf maanden gevangenisstraf met een proeftijd van twee jaren wegens bedreiging van een buurtbewoner. Aan de veroordeling is de voorwaarde verbonden dat hij zich niet mag bevinden in de straat waar hij woont met uitzondering van de dag waarop hij zal verhuizen en uitsluitend voor dat doel. De man houdt zich echter niet aan deze voorwaarde aan en trekt zijn huis weer in. In de daarop volgende maanden wordt er verschillende keren proces-verbaal opgemaakt terzake van geluidsoverlast en nieuwe bedreigingen tegen buurtbewoners. Mede

33. HR 30 september 1994, RvdW 1994, 185.

34. Hof Arnhem, 8 juni 1993, KG 1993, 375.

35. Wil het beroep van het OM kans van slagen hebben, dan zal wel het strafrechtelijk instrumentarium uitgeput moeten zijn. Zie N. Frenk en P.R. Rodriques, Het OM als eisende partij in kort geding, NJB 17 juni 1994, p. 805 ev.

als gevolg van deze bedreigingen zijn de buurtbewoners zo bang dat zij geen kort geding durven aan te spannen tegen de man om een einde aan de overlast te maken.

Hierop neemt de Staat, bij monde van de officier van justitie, het initiatief en vordert in kort geding een bevel dat de man zijn woning verlaat en zich niet binnen een straal van één kilometer van die woning bevindt, zulks op straffe van verbeurdverklaring van een dwangsom. De president van de rechtbank Amsterdam beslist dat de officier van justitie ontvankelijk is gegeven zijn taakstelling van de handhaving van de wetten in het algemeen en de rechtsorde in het bijzonder. ‘Daar waar een aantal slachtoffers van B’s onrechtmatig gedrag civielrechtelijke bescherming tegen diens wetsovertredingen wensen, maar hiertoe door hen opgelegde druk niet durven overgaan en/of proceseconomisch gewenst is dat concentratie van rechtspraak wordt gerealiseerd, is het mogelijk en passend dat het Openbaar Ministerie vanuit de eigen taakstelling en ter behartiging van civielrechtelijke belangen van de slachtoffers, welke het zich mag aantrekken krachtens genoemde taakstelling en tot de zijne mag maken, eisend in kort geding optreedt, zoals thans gebeurt.’

Door zich te gedragen zoals hij heeft gedaan, handelt B. onrechtmatig tegen de Staat die nu eenmaal tot taak heeft tegen inbreuken als de onderhavige op te treden. B. wordt veroordeeld om te verhuizen en om zich gedurende twee jaren niet in een straal van 500 meter van de woning te begeven. De Staat wordt gemachtigd om B. daar zo nodig met assistentie van de sterke arm te doen verwijderen.³⁶

De conclusie lijkt derhalve gerechtvaardigd dat ook de overheid onder omstandigheden een beperking kan afdwingen op het recht van art. 10 Grondwet via de band van een uitspraak van de burgerlijke rechter. Als zelfs het Openbaar Ministerie zich op grond van haar taak de handhaving van de wetten en de rechtsorde de belangen van omwonenden van overlastveroorzaker in een civiel proces mag aantrekken, dan moet de gemeente dat toch zeker kunnen op basis van haar taakstelling handhaving van de openbare orde en verwezenlijking van de sociale grondrechten. Als verantwoordelijke voor het woon- en leefmilieu is zij het die bij ernstige overlast als hoeder kan opkomen voor de rechten van anderen door middel van een vordering uit onrechtmatige daad, zelfs als dit ten koste gaat van een grondrecht. De twee-wegen-leer vormt voor de rechter geen onoverkomelijke belemmering. Blijkbaar is zijn redenering dat aan de gemeentelijke bestuursorganen vanwege de grondwettelijke beperkingensystematiek geen andere weg openstaat en het gebruik van de privaatrechtelijke weg van de publiekrechtelijke regeling niet onaanvaardbaar doorkruist.³⁷

36. Rb Amsterdam, 16 december 1993, KG 1994,22.

³⁷ Volgens vaste jurisprudentie kan de overheid de privaatrechtelijke weg alléén bewandelen als dit geen onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht oplevert. Bij beoordeling of het volgen van de privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare doorkruist zijn drie situaties denkbaar.

a) Er is geen relevante publiekrechtelijke regeling. In dat geval staat de privaatrechtelijke weg meestal open. Maar soms is het ontbreken van een publiekrechtelijke weg juist een indicatie dat géén gebruik mag worden gemaakt van het privaatrecht. Dit is het geval als uit de parlementaire geschiedenis van de publiekrechtelijke regeling expliciet blijkt dat de wetgever met opzet heeft afgezien van het opnemen van een (handhavings)bevoegdheid (HR 11 december 1992, NJ 1994, 639; Rize K.).

b) Er is een publiekrechtelijke regeling, maar hieraan komt een exclusief karakter toe. Het hoeft geen betoog dat ook dan de privaatrechtelijke weg is afgesloten.

c) Er is een publiekrechtelijke regeling, maar hieraan komt *geen* exclusief karakter toe. Dat kan bijvoorbeeld expliciet blijken uit de wetgeschiedenis. In dat geval onderzoekt de rechter of het gebruik van het privaatrecht de publiekrechtelijke regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Hierbij speelt een rol of via het publiekrecht hetzelfde resultaat kan worden behaald als via de privaatrechtelijke weg. Is dat niet het geval, dan is dat een indicatie dat de privaatrechtelijke weg open staat. Ook de mate van bescherming van belangen in de publiekrechtelijke wet is een indicatie voor al of geen onaanvaardbare doorkruising: HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (Lelystad).

3.4 Versterking private weg

Privaatrechtelijk is er veel mogelijk om recht te doen aan de rechten van anderen, niet alleen door particulieren zelf, maar ook door de overheid. De vraag die we hier stellen of dit civiele spoor niet beter gefaciliteerd zou moeten worden. We laten ons hierbij vooral inspireren door de aanpak van overlast in Engeland en Wales. Ook hier is het de burgerlijke rechter die grondrecht-inbreuk-makende bevelen oplegt aan overlastveroorzakers. De weg naar de rechter is hier eenvoudig, althans voor een aantal instanties: het gemeentebestuur, woningbouwcorporaties, geregistreerde huurbazen en de politie. De burgerlijke rechter is hier een gespecialiseerde rechter, een zogenaamde buurtrechter. Hij is op de hoogte van het reilen en zeilen in een bepaalde buurt.

De buurtrechter geeft in samenspraak met vertegenwoordigers van een wijk gedragsaanwijzingen aan notoire overlastveroorzakers als overleg faalt. Onder notoire overlastveroorzakers worden begrepen die personen van tien jaar en ouder die bij herhaling de rechten van anderen met voeten treden door anti-social behaviour. De Crime and Disorder Act spreekt van het veroorzaken van *harassment, alarm or distress to one or more persons not of the same household as himself*. Met de komst van New Labour en Prime-Minister Tony Blair eind jaren negentig gaat er in Engeland en Wales een andere wind waaien en ontstaat er veel meer aandacht voor de rechten van anderen, voor de rechten van the law abiding, decent people, vertegenwoordigd door collectiviteiten als wijken en buurten.³⁸ Het versterken van de community speelt een belangrijke rol in deze filosofie van de Derde Weg.³⁹

De Crime and Disorder Act wordt in 1998 aangepast. Zij gaat voorzien in de mogelijkheid van het opleggen van gedragsaanwijzingen door de rechter. Men spreekt van zogenaamde anti-social behaviour orders (ASBO).⁴⁰ De gedragsaanwijzingen hebben een looptijd van minimaal twee jaren en gaan steeds ten koste van het uitoefenen van individuele grondrechten: contactverboden, gebiedsontzeggingen, tippelverboden, bezoek-van-tippelaarsters-verboden, kledingverboden, spreekverboden, flyer-uitdeel-verboden, posterplakverboden, graffiti-spuit-verboden, hinderlijk-gedrag-verboden, alcohol-verboden, horeca-inrichtingen-bezoekverboden.⁴¹ Een ASBO kan geen actieve inspanningsverplichting inhouden. Om bijvoorbeeld een afkickgebod op te leggen moet de rechter zijn toevlucht zoeken tot een Intervention Order.⁴²

De rechter van het Magistrates Court wordt geacht een zorgvuldige afweging te maken tussen het belang van een collectiviteit en dat van het individu. Meest interessant verschijnsel is dat overtreding van een rechterlijk bevel een misdrijf oplevert. Er is een directe brug geslagen tussen de overtreding van een gedragsaanwijzing van de burgerlijke rechter en het

³⁸ Hazel Blears, *Communities in Control*, The Fabian Society, 2003, p. 1-4; zie ook

<http://www.hazelblears.co.uk/images/uploads/100004/4d183325-5268-34a4-717f-56a919b6911e.doc>

³⁹ Julian Le Grand en de Derde Weg, *Theoretische onderbouwing van Derde Weg schiet nog tekort*, NRC Handelsblad 21 september 1998. Le Grand spreekt van Community Opportunity Responsibility and Accountability.

⁴⁰ De term CRASBO komt ook veelvuldig voor; dat is een ASBO gekoppeld aan een veroordeling wegens een strafbaar feit.

⁴¹ Art. 8 EVRM kan zelfs publicatie van een ASBO niet verhinderen; Stanley, Marshall and Kelly tegen Commissioner of Police for the Metropolis and the Chief Executive of London Borough of Brent, 2004, EWHC 2299 (Admin).

⁴² De Crime and Disorder Act voorziet ook in Dispersal Orders (aan groepen van overlastveroorzakers) en in Parenting Orders (aan ouders van overlastveroorzakers).

strafrecht in art. 177 van de Criminal Justice Act 2003. Het gaat hierbij niet alleen om taakstraffen, maar ook om vrijheidsstraffen.⁴³

Een recente zaak die speelt in Utrecht bewijst dat bij ons het afdwingen van een civielrechtelijk bevel veel inspanning kost. Een jongeman van 17 jaar veroorzaakt bij herhaling ernstige overlast in de volkswijk Het Verdomhoekje. Als hij zelfs bewoners wegpest, legt de rechter hem op verzoek van de Woningstichting Mitros een straat- en contactverbod. Hij overtreedt dat verbod echter keer op keer, ondanks een opgelegde dwangsom van 1000 Euro per overtreding. Als het bedrag van de verbeurde dwangsommen inmiddels is opgelopen tot 10.000 euro, vraagt de Woningstichting toestemming om de man per overtreding te gijzelen. De rechter staat toe om de man wanneer hij weer het straatverbod overtreedt gedurende de looptijd van het vonnis per overtreding maximaal drie dagen te gijzelen in een Huis van Bewaring.⁴⁴

Door middel van de mogelijkheid van gijzeling hoopt de Woningstichting het eerdere vonnis met daarin een straat- en contactverbod eindelijk te kunnen effectueren. Zuur is dat de schuldeiser iedere dertig dagen een toereikende som tot onderhoud van de schuldenaar voor moet voorschieten, volgens een bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld tarief.⁴⁵

We kunnen derhalve vaststellen dat een ASBO, om die term maar even te gebruiken, ook in het Nederlandse rechtstelsel te verkrijgen valt en dat dit bevel – net als in het Engelse stelsel – zelfs afdwingbaar is door middel van het ontnemen van iemands vrijheid. De procedure waar langs men dit bevel kan krijgen alsmede de weg om de effectuering ervan te verzekeren, is echter allesbehalve vergelijkbaar met die bij onze overzeese burens.

4. De rechten van anderen in de Grondwet?

Civielrechtelijk bestaan er dus mogelijkheden om ter bescherming van het woon- en leefmilieu in te breken op het huisrecht. Maar in feite gaat hier om een oneigenlijke weg. Zou het niet juister zijn om dit beperkingsdoel net als in de artikelen 8, 9, 10 en 11 EVRM expliciet in de Grondwet op te nemen? Een dergelijke clause zou misschien goede diensten kunnen bewijzen in de zin dat lokale besturen op grond van de autonome verordenende bevoegdheid kunnen optreden tegen gedragingen die de rechten van buurtbewoners aantasten en voor de oplossing waarvan een beperking van art. 10 Gw nodig is.

Om die stelling te kunnen beoordelen, is het noodzakelijk een beeld te vormen van de betekenis van deze clause in het EVRM. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat de genoemde beperkingsgrond weinig houvast geeft. Bomhoff geeft de volgende kritische analyse: ‘Several related weaknesses are visible in the Court’s use of ‘the rights of others’-clause. The Court (a) is not clear about the kinds of rights that could qualify for inclusion under “the rights of others”, (b) is often vague about which of those rights precisely is at issue in specific cases, and (c) does not apply a consistent category to who can qualify as rights holders - i.e. who can be “others” for the purposes of the clause.’⁴⁶

⁴³ Zie hierover M. Vols, Overlast, Naar een evenwichtiger balans tussen individuele rechten en gemeenschapsrechten bij overlastbestrijding, Thesis Onderzoeksmaster ‘Functionaliteit van het Recht, Groningen, 2008, p. 25-45.

⁴⁴ V.zr. Rb Utrecht 9 juli 2008, LJN:BD6624. Zie voor een voorbeeld waarin huurders met succes d.m.v. een kort geding een woningbouwvereniging wisten te dwingen om de huurovereenkomst te beëindigen met een overlast gevende huurder HR 17 december 1982, NJ 1983, 511 m.nt. PAS.

⁴⁵ Zie art. 596 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

⁴⁶ Jacco Bomhoff, The rights and freedoms of others, the ECHR and its peculiar category of conflicts between individual fundamental rights, in: Eva Brems (ed.), Conflicts Between Fundamental Rights, Antwerp/Oxford: Intersentia 2008, p. 623.

Wat de soorten te beschermen belangen betreft, blijkt inderdaad dat de jurisprudentie van het Hof weinig richting geeft. Onder de rechten van anderen verstaat het Hof niet alleen de fundamentele rechten van het EVRM zelf, maar ook een groot aantal andere belangen, waaronder bedrijfseconomische (de reputatie van een onderneming), economische, belangen van crediteuren en die van concurrenten.⁴⁷

Lopen de fundamentele rechten in het EVRM niet leeg als gevolg van deze ruime uitleg van de 'rechten van anderen'-clausule? Wat is nog de waarborgfunctie van de grondrechten wanneer allerlei verschillende soorten belangen kunnen worden aangegrepen om een inbreuk te legitimeren? Hierover wordt verschillend gedacht. Zonder op deze discussie hier in te gaan, verwijzen we naar het betoog van Gerards. Zij relateert het onderscheid tussen fundamentele rechten en andere belangen en pleit er voor om de aandacht te richten op de methodiek van belangenafweging (en de daarvoor toe te passen criteria).⁴⁸

Gesteld evenwel dat onze eigen Grondwet ook een EVRM-beperkingensystematiek zou kennen, zou de Venlose verordening dan bijvoorbeeld 'gered' zijn? De vraag is in abstracto niet te beantwoorden; de effecten van een dergelijk systeem worden ook beïnvloed door de precieze uitwerking in de Grondwet en de daarbij gegeven toelichting. Indien het vereiste van een specifieke wettelijke grondslag 'ingeruild' zou worden voor een op het EVRM gebaseerde methodiek, is het denkbaar dat tal van bekende rechterlijke uitspraken anders uitgevallen waren. Wellicht was het dan mogelijk dat een gemeentebestuur ter voorkoming van gepretendeerde spanningen in een stadje een optreden van een hypnotiseur verbiedt.⁴⁹ En is het niet ondenkbaar dat de burgemeester optreedt tegen een provocerende betoging van extreem-rechts in een Marokkaanse wijk om te voorkomen dat de bewoners gekwetst worden.⁵⁰

Hoe deze vragen in concreto ook beantwoord moeten worden, het is waarschijnlijk dat een wijziging van de beperkingensystematiek met als model het EVRM tot meer bevredigende afwegingen en uitkomsten zal leiden dan onder de huidige Grondwet mogelijk is - althans in de publiekrechtelijke, verticale, context.

Voor de horizontale verhoudingen geldt evenwel een ander normenkader, dat aanmerkelijk minder rigide blijkt.

7. Slotopmerkingen

Ook na 25 jaar zijn de in de inleiding geciteerde opmerkingen van de nu 70-jarige Alkema onverminderd actueel. De kritiek op de blancobevoegdheid van de grondwetgever om grondwettelijk gegarandeerde grondrechten te beperken, snijden nog steeds hout. De bescherming die de grondwetgever zocht in het vereiste van een formeel-wettelijke grondslag heeft sterk nadelige effecten heeft gehad. Op lokale problemen sprong de wetgever niet of niet tijdig in. Rechten van anderen kwamen hierdoor soms ernstig in de verdrukking en gemeentebesturen konden hun zorgtaak voor het woon- en leefklimaat niet correct uitvoeren. Dat dit spanningen oproept met de plicht die voor lokale bestuurders voortvloeit uit het

⁴⁷ Zie Bomhoff, a.w. p. 623 met verwijzingen naar EHRM 20 november 1989, *Markt Intern Verlag tegen Duitsland*, EHRM 17 juli 2003, *Luordo tegen Italië en EHRM 25 maart 1985 resp.*, *Barthold tegen Duitsland*.

⁴⁸ Janneke H. Gerards, *Fundamental conflicts and other interests: should it really make difference?*, in: Eva Brems (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/Oxford: Intersentia 2008, 655 e.v..

⁴⁹ HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 m.nt. EAA.

⁵⁰ Gesteld dat zowel art. 9 Gw op de schop gaat als ook de Wet openbare manifestaties, die (anders dan sommige APV's van vóór de Grondwetsherziening van 1983) noch de openbare orde (in ruime zin), noch de rechten van anderen als beperkingscriteria kent voor de uitoefening van de bestuurlijke bevoegdheden van de burgemeester.

EVRM hebben we onder meer aangetoond met behulp van de jurisprudentie inzake art. 8 EVRM.

Betekent dit dat de Grondwet nu moet worden aangepast? Hoewel wij in beginsel – net als de jonge *Alkema* – een aanpassing in de zin van de systematiek van het EVRM voorstaan,⁵¹ ontbreekt een dwingende noodzaak daartoe – althans waar het gaat om de bescherming van het woon- en leefklimaat. Publiekrechtelijke bevoegdheden zijn inmiddels drastisch aangevuld en privaatrechtelijke instrumenten bieden in restgevallen vaak een oplossing. Wij zien in de toekomst een steeds sterkere rol voor de rechter weggelegd. Hij is beter dan bestuursorganen geëquipeerd tot het nemen van grondrechtenbeperkende maatregelen die nodig zijn om conflicterende belangen in evenwicht te brengen.

⁵¹ Naast de kritiek van *Alkema* zelf verwijzen we naar het pleidooi van T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof in: *50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht – ontwikkelingen en vooruitzichten*, in: *50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000* (red. R.A. Lawson & E. Myer), Bijzondere aflevering *NJCM-Bulletin*, Jaargang 25, nummer 1, Leiden 2000, p. 406 als ook het eerder genoemde advies van de Raad van State . 14 april 2008 (Kamerstukken II, 2007-2008, 31 570, nr. 3).