

ARTIKELLEN

POSITIEVE VERPLICHTINGEN ONDER HET EVRM: OPKOMST EN ONDERGANG VAN DE 'FAIR BALANCE'-TEST – DEEL II

Rick Lawson*

Tweede gedeelte van een artikel over de zogenaamde positieve verplichtingen onder het EVRM. Het eerste gedeelte (NJCM-Bulletin 20-5) schetste de ontwikkeling van dit leerstuk en beschreef de relatie tussen positieve verplichtingen en de 'margin of appreciation'. Het tweede gedeelte gaat nader in op de zogenaamde 'fair balance'-test (§ 3) en op de afbakening tussen positieve en negatieve verplichtingen (§ 4); in § 5 worden recente Straatsburgse uitspraken op het terrein van de positieve verplichtingen besproken. Paragraaf 6 gaat in op het arrest VDSÖ dat een mogelijke aanwijzing voor toekomstige jurisprudentie bevat, en in § 7 worden uiteindelijk enige conclusies getrokken.

3. De 'fair balance'-test nader bekeken

Eén van de karakteristieke elementen van de Straatsburgse jurisprudentie met betrekking tot positieve verplichtingen wordt gevormd door de zogenaamde 'fair balance'-test: 'In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual', aldus het Hof in de zaak *Rees*.⁴¹ Nu is de toepassing van de 'fair balance'-test geen unicum. Bij verschillende gelegenheden heeft het Hof benadrukt dat een dergelijke belangenafweging 'inherent in the whole of the Convention' is.⁴²

* Universitair docent bij de vakgroep internationaal publiekrecht, RU Leiden, en redacteur van dit tijdschrift

41 *Rees*, *supra* noot 20, § 37 (alle kruisverwijzingen verwijzen terug naar het eerste gedeelte van dit artikel in *NJCM-Bulletin* 20-5 (1995), pp. 558-573)

42 Zie al EHRM, 23-7-1968, *Belgische Taalzaken (merites)* (A-6), § 5, waarin het Hof m.b.t. art. 2 Protocol 1 stelde '[t]he Convention therefore implies a just balance between the protection of the general interest of the community and respect due to fundamental human rights while attaching particular importance to the latter' (curs. toegev.), de laatste zinsnede komt echter niet meer terug in de latere jurisprudentie. Zie bv. EHRM, 7-7-1989, *Soering v. VK* (A-161), § 89 'inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights' (nota bene in het kader van art. 3 dat geen ruimte voor enige afweging laat, zoals Van Dijk terecht opmerkte: P. van Dijk, 'Toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland', in *NJCM-Bulletin* 19-1 (1994), pp. 6-33, op p. 24). Zie ook *Klass*, *supra* noot 7, § 59 (art. 8), EHRM, 23-9-1981, *Sporrong & Lönnroth v. Zweden* (A-52), § 69 (art. 1 Protocol 1), EHRM, 28-5-1985, *Ashingdane v. VK* (A-93), § 57 (art. 6) en recent nog EHRM, 21-9-1994, *Fayed v. VK* (A-294-B), § 65 (art. 6).

Het bijzondere van de toepassing van de 'fair balance'-toets op positieve verplichtingen schuilt echter in twee factoren. Het meest in het oog springt dat, hoewel de meeste positieve-verplichtingenzaken onder artikel 8 EVRM spelen, verwijzingen naar het vertrouwde noodzakelijkheidsbeginsel en de andere onderdelen van de bij deze bepaling gebruikelijke 'lid 2'-toets achterwege blijven. Er valt zodoende weinig terug te vinden van het uitgangspunt dat beperkingsmogelijkheden van mensenrechten restrictief moeten worden geïnterpreteerd. Een tweede, wellicht wat theoretischer, probleem is dat de 'fair balance'-toets tamelijk ondoorzichtig is. In een aantal arresten gaat het vaststellen van de norm, het bepalen van de inhoud van de verplichting, op in de vraag of zij geschonden is. Toen Rees claimde dat het Britse geboortenregister zijn nieuw verworven geslacht diende te vermelden, ging het Hof in het kader van een 'fair balance'-test na wat zijn belang was bij die wijziging, en welke nadelige gevolgen die stap zou hebben voor het algemeen belang. Die afweging viel in het nadeel van Rees uit, en *dus* bestond er geen positieve verplichting. Onduidelijk bleef de reikwijdte van de positieve verplichting als zodanig.⁴³ Deze toepassing van de 'fair balance'-test, die wel wat weg heeft van een cirkel-redenering, verschilt fundamenteel van de toetsingstechniek die het Hof hanteert om de aanvaardbaarheid van inbreuken te beoordelen. Zelfs indien dat, zoals bij bijvoorbeeld het eigendomsrecht, aan de hand van een 'fair balance'-test geschiedt vindt er een duidelijke afweging plaats tussen het door het individu ingeroepen recht en het algemene belang.

Geen noodzakelijkheidstoets, een ondoorzichtig afwegingsproces: de algemene opvatting is dat de 'fair balance'-test een lager beschermingsniveau kent dan de 'lid 2'-toets.⁴⁴ Nu zou een afwijkende, minder stringente, toets ingegeven kunnen zijn door de financiële consequenties die vaak voortvloeien uit positieve verplichtingen. Waar staten, anders dan ze hadden mogen verwachten, door het Verdrag verplicht worden actief bij te dragen aan de verwezenlijking van bepaalde elementen van sommige rechten, is het niet meer dan redelijk dat 'Straatsburg' zich terughoudend opstelt en alleen een schending van het Verdrag constateert

43 Zie hierover C J Staal, noot bij *Powell & Rayner*, *supra* noot 31, p 701, en van dezelfde auteur 'Het recht op rechtsbijstand in verband met het recht op toegang tot de rechter onder artikel 6 EVRM', *supra* noot 27, pp 123 en 128, waarin zij bepleit dat in concrete gevallen 'de essentie van het recht' (ofwel 'de mogelijkheid het in het geding zijnde recht effectief uit te oefenen') zou moeten worden vastgesteld – en beschermd

44 Zie bv E A Alkema, *De reikwijdte van fundamentele rechten* (preadvies NJV, Zwolle 1995) pp 98-99, Th Bellekom, 'Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM', in *Veertig jaar EVRM* (special *NJCM Bulletin*, 1990), p 67, P van Dijk & G J H van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk* (derde dr., 1990), pp 655-667, C Forder, 'Positieve verplichtingen in het kader van het EVRM', in *NJCM-Bulletin* 17-6 (1992), p 631, en van dezelfde auteur 'Family life van sprookje tot werkelijkheid de zaak Kroon, Zerrouk en M'Halleme Driss', in *NJCM-Bulletin* 19-4 (1994), p 338, K Rogge, 'The Protection of Private Life and Technological Challenges', in (het Luxemburgse) *Bulletin des Droits de l'Homme* 2 (1994), p 21, B Rudolf, 'Zur Rechtsstellung des Vaters eines nichtehelichen Kindes nach der EMRK', in *EurGrZ* 22-5/6 (1995), p 111, J Schokkenbroek, 'De margin of appreciation-doctrine in de jurisprudentie van het Europese Hof', in *Veertig jaar EVRM* (special *NJCM-Bulletin*, 1990), p 54, L Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss., 1992), p 52, L Zwaak, noot bij *Rees*, in *NJCM-Bulletin* 12-7 (1987), pp 545-559

indien geen redelijke afweging heeft plaatsgevonden tussen het algemene en het individuele belang. Daarbij moet dan weer niet uit het oog worden verloren dat (1) lang niet alle positieve verplichtingen financiële implicaties voor de staat hebben (denk aan wetswijziging, zoals in *Marckx* of *X en Y v. Nederland*), en (2) de belangen die voor het betrokken individu op het spel staan, van dien aard zijn dat het beschermingsniveau niet *te* laag mag zijn. Dit alles roept een feitelijke vraag op: in hoeverre wijkt de ‘fair balance’-test, waar deze wordt toegepast op positieve verplichtingen, nu daadwerkelijk af van de ‘lid 2’-toets?

In zijn inmiddels fameuze ‘dissent’ in de *Cossey*-zaak stelde rechter Martens dat de ‘fair balance’-test inderdaad een lager niveau van rechtsbescherming biedt aan het individu en ook dat dit niveau *te* laag is. Hij bekritiseerde het voorafgaande *Rees*-arrest waarin, zoals we in *Bulletin* 20/5 hebben gezien, het Hof had geoordeeld dat de Britse weigering om het nieuwe geslacht van Rees officieel te registreren geen inbreuk op diens privé-leven vormde. Martens meent dat Rees als gevolg van ‘s Hofs keuze voor een ‘fair balance’-test zijn zaak verloor:

If the Court – as in my opinion it should have done – had accepted that the [registratie-weigering van de burgerlijke stand, RL] constitutes a continuous interference with the right of post-operative transsexuals to respect for their private life, it would have become decisive whether the United Kingdom had convincingly established that its maintenance in force of that system met the requirements of paragraph 2 of Article 8. The mere fact that several States had by then already – as the Court put it (§ 37) – ‘given transsexuals the option of changing their personal status to fit their newly-gained identity’ is a strong indication that, had the Court followed this line of reasoning, it would have held that it could not be said that the United Kingdom’s refusal to modify the system was ‘necessary in a democratic society’.⁴⁵

Toch lijkt Martens zelf daar niet echt van overtuigd, getuige de verzuchting waarmee hij zijn ‘dissent’ besluit:

One cannot but conclude that the reasons given for the Court’s refusal to accept the societal developments as material are based on a distortion of the real state of affairs and are therefore far from convincing. The explanation may be that behind these explicit arguments lie hidden policy arguments. From judgments such as those in the *Marckx* case, the *Dudgeon* case, the *Rees* case, the case of *F. v. Switzerland* and the *Cossey* case, one gets the impression that the Court, at least as far as family law and sexuality are concerned, moves extremely cautiously when confronted with an evolution which has reached completion in some member States, is still in progress in others but has seemingly left yet others untouched.⁴⁶

Dit citaat wekt sterk de indruk dat de uitkomst van *Rees* als het ware bij voorbaat al vast stond. Het Hof durfde een vèrgaande uitspraak – een veroordeling –

45. *Cossey*, ‘dissent’ van Martens (*supra* noot 25), p. 27. Het standpunt dat wetgeving zoals de Britse kan worden gezien als een voortdurende inbreuk werd wèl door het Hof aanvaard in *Dudgeon*, *Norris* en *Modinos*, *supra* noot 10; zie bv. ook *Klass*, *supra* noot 7, § 41.

46. *Ibidem*, p. 37.

niet aan. Als dat het geval is, heeft het voor de uitkomst van *Rees* echt niet veel uitgemaakt dat het Hof een 'fair balance'-test heeft uitgevoerd en niet de 'lid 2'-test. Natuurlijk, een 'fair balance'-test is ondoorzichtiger en laat daarmee ruimte voor 'oneigenlijke' argumenten, maar ook een 'lid 2'-test biedt ruimte voor een aanzienlijke 'margin of appreciation' en een belangenafweging die, zo men wil, ook 'verborgen' politieke elementen kent. Het vermoeden dringt zich op dat de keuze voor de 'fair balance'-toets een voornamelijk cosmetische operatie behelst en geen wezenlijke invloed uitoefent op de uitkomst van een concreet geval. De hierna te bespreken zaken *Gaskin* (§ 4) en ook *Keegan*, *Kroon* en *Stjerna* (§ 5) zullen dat vermoeden bevestigen.

Natuurlijk, in de tot nog toe besproken jurisprudentie heeft het Hof bij positieve verplichtingen niet getoetst aan het vereiste dat de bestreden opstelling van de staat 'bij de wet is voorzien', zoals bv. artikel 8 lid 2 verlangt. Maar dat had in die zaken ook niet zoveel zin, omdat juist *het ontbreken* van het gewenste wettelijke regime veel klachten heeft geïnspireerd (zie bijvoorbeeld *Marckx*, *Rees* en *X en Y v. Nederland*). Voor de rest paste het Hof de 'lid 2-toets' in wezen wel toe – al gebeurde dat vaak niet expliciet – *voor zover het tekstueel op inbreuken toegesneden lid 2 zich daartoe leende*. Zo erkende het Hof met betrekking tot de in lid 2 genoemde doelstellingen dat zij ook voor de 'fair balance'-test relevant zijn.⁴⁷ En ook het proportionaliteitsvereiste, dat ligt opgesloten in de voorwaarde dat een inbreuk 'noodzakelijk in een democratische samenleving' moet zijn, keert in essentie terug in de 'fair balance'-toets.⁴⁸

Aanvankelijk waren er ook wel rechters die betoogden dat positieve verplichtingen zonder meer aan lid 2 dienden te worden getoetst.⁴⁹ En al ging de meerderheid van het Hof daar niet in mee, toch stelde het Hof in de in eerste instantie wat geïsoleerd gebleven zaak *Powell & Rayner* met zoveel woorden dat het ver-

47. 'Of a certain relevance' deze wat wollige termen komen uit het eerder aangehaalde citaat van *Rees* (*supra* noot 20).

48. Zie bv. *Gaskin*, *supra* noot 28, § 49 in het kader van een 'fair balance'-test concludeert het Hof dat 'the interests of the individual seeking access to records relating to his private and family life must be secured when a contributor to the records either is not available or improperly refuses consent. Such a system is only in conformity with the principle of proportionality if it provides that an independent authority finally decides whether access has to be granted in cases where a contributor fails to answer or withholds consent'. Zie bv. ook de hierna te bespreken zaken *Young*, *James & Webster* (*infra* noot 60) en *López Ostra* (§ 5 5).

49. Bv. Thór Vilhjálmsson en Bernhardt in *Abdulaziz* (*supra* noot 19), p. 47.

schil tussen de 'fair balance'-test en de 'lid 2'-test niet moest worden overdreven.⁵⁰

Intussen wil ik niet ontkennen dat een wat wonderlijk beeld opdoemt: het Hof stelt dat het de klacht dat een staat zijn positieve verplichtingen niet is nagekomen niet kan toetsen aan lid 2, maar doet dat 'stiekem' toch wel zoveel mogelijk. Niettemin valt er wel een verklaring te geven. Theoretisch gezien lijkt er een wereld van verschil te bestaan tussen een onthoudingsplicht en de verplichting actief op te treden. Waar het tweede lid specifiek is geredigeerd met het doel een toetsingskader te bieden voor de toelaatbaarheid van inbreuken, verwachtte het Hof wellicht dat het niet toegepast zou kunnen worden op positieve verplichtingen. Het zou echter kunnen zijn dat dit onderscheid in de praktijk niet goed houdbaar is. Indien het mogelijk zou zijn dezelfde situatie te omschrijven als een (onder lid 2 te rechtvaardigen) inbreuk en als een (aan de 'fair balance'-test te onderwerpen) nalaten, zou het onlogisch zijn wezenlijk verschillende testmethodes toe te passen. Daarmee komen we aan het derde kritiekpunt op het positieve verplichtingenleerstuk van het Hof.

4. Het onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen

In Frankrijk kent men slechts een beperkt aantal 'erkende' voornamen. De naam Fleur de Marie behoort daar, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de naam Fleur-Marie, niet toe. Vormt de onmogelijkheid om een pas geboren meisje onder de naam Fleur de Marie te laten registreren nu een inbreuk op het privé- en gezinsleven van het meisje en haar ouders, of spreken we hier over een nalatigheid van de staat die mogelijk in strijd is met positieve verplichtingen?⁵¹ Moet deze onmogelijkheid nu aan artikel 8 lid 2 worden getoetst, of aan een 'fair balance'-test worden onderworpen? Zou het redelijk zijn als de keuze voor de ene toets leidt

50 *Powell & Rayner*, *supra* noot 31, § 41 'Whether the present case be analysed in terms of a positive duty of the State to take reasonable and appropriate measures to ensure the applicants' rights under paragraph 1 of Article 8 or in terms of an "interference by a public authority" to be justified in accordance with paragraph 2, the applicable principles are broadly similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation'. Het zou tot 1994 duren voor deze uitspraak werd 'herontdekt', maar toen werd het ook een vast credo zie § 5. Kritisch over *Powell & Rayner* was indertijd J. de Boer (*Handelingen NJV* 1990-II, pp. 45-46) 'ik geloof ook dat die zaak *Powell* van het Europese Hof ongelukkig is, omdat daarin de positieve en negatieve verplichtingen in een sweeping statement op één hoop gegooid worden'. M.i. verwarde hij het onderscheid tussen de positieve en negatieve verplichtingen (dat door het Hof en ook door schrijver dezes niet wordt ontkend) en het onderscheid tussen de 'fair balance'-test en de 'lid 2'-test (waarvan het Hof en alweer schrijver dezes stellen dat zij veel gemeenschappelijke elementen hebben). In ieder geval bleef deze kritiek vijf jaar later achterwege toen De Boer de identieke rechtsoverweging uit *Kroon* aanhaalde (zie diens noot in *NJ* 1995, 248).

51 Dit vormt de inzet van de zaak *Lassauze & Guillot v. Frankrijk*, Appl. No. 22500/93, rapport van 12 april 1995, de zaak is inmiddels aan het Hof voorgelegd. De Commissie oordeelde met 13 tegen 11 stemmen dat art. 8 niet was geschonden.

tot een uitkomst die inhoudelijk afwijkt van het resultaat wanneer de andere test was gekozen?

4.1 *Het geheime dossier: inbreuk of tekortkoming?*

Dat het onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen – ook voor Straatsburg zelf⁵² – vaak verre van duidelijk is, wordt geïllustreerd door een paar zaken waarin klagers inzage was geweigerd in dossiers die gegevens te hunnen aanzien bevatten. Die weigeringen werden afwisselend als een inbreuk en een tekortkoming gezien, dat wil zeggen afwisselend aan de ‘fair balance’- en aan de ‘lid 2’-test onderworpen, maar zoals we zullen zien had deze wisselvalligheid – terecht – geen wezenlijke gevolgen.

In *Leander* kreeg een technicus een tijdelijk contract bij een museum nabij een marinebasis. Na een antecedentenonderzoek werd het contract echter afgebroken: een geheim politiedossier bevatte kennelijk belastende gegevens. Een verzoek van *Leander* om het dossier te mogen inzien teneinde het op mogelijke fouten te controleren werd door de Zweedse autoriteiten afgewezen. In Straatsburg erkende het Hof, in navolging van de Commissie, dat ‘[b]oth the storing and the release of such information, which were coupled with a refusal to allow Mr. Leander an opportunity to refute it, amounted to an interference with his right to respect for private life as guaranteed by Article 8 § 1’.⁵³ Vervolgens ging het Hof na of deze inbreuk voldeed aan de eisen van artikel 8 lid 2. Het eindoordeel dat volgde is van algemeen belang, maar niet voor het huidige betoog: waar het nu om gaat is dat het arrest qua methodiek een schoolvoorbeeld is van een ‘traditionele’ toets aan het tweede lid.

Niet veel later diende de zaak *Gaskin* zich aan. *Gaskin* was als kind bij verschillende pleegouders ondergebracht. Hij beweerde in die periode mishandeld te zijn geweest en verzocht, onder meer met het doel een actie wegens schadevergoeding voor te bereiden, om toegang tot het dossier dat de sociale dienst met betrekking tot hem had bijgehouden. Die toegang werd hem geweigerd, onder andere omdat ouders en hulpverleners informatie aan het dossier hadden afgestaan in de veronderstelling dat het hele dossier vertrouwelijk zou blijven en niet aan *Gaskin* zou worden geopenbaard. *Gaskin* richtte zich met een beroep op artikel

52. Zie, afgezien van de navolgende voorbeelden, ook de hierboven aangehaalde passage uit de ‘dissent’ van Martens in de zaak *Cossey*, waarin hij betoogt dat de weigering *Rees* als man te registreren een inbreuk op zijn privé-leven vormde (*supra* noot 45). In de zaak *B. v. Zweden* klaagde een Zweedse over het feit dat de autoriteiten haar geen toestemming wilden verlenen voortaan de naam van een voorvader uit 1734(!) te voeren. De (plenaire) Commissie verklaarde de klacht niet-ontvankelijk met de intrigerende motivering dat ‘the Commission cannot find that there has been a lack of respect for the applicant’s private and family life. Thus, there has been no interference with the applicant’s rights under para. 1 of Article 8’ (Appl. no. 16878/90, nog niet in *DR* gepubliceerd, niet-ontv. beslissing van 29-6-1992, curs. toegev.): de staat heeft geen positieve verplichting geschonden en *dus* ook geen inbreuk gepleegd.

53. EHRM, 26-3-1987, *Leander v. Zweden* (A-116), § 48, geannoteerd door Th. Bellekom in *NJCM-Bulletin* 13-2 (1988), pp. 148-166.

8 tot Straatsburg. Onder verwijzing naar het vlak daarvoor gewezen *Leander*-arrest aanvaardde de Commissie dat de weigering om Gaskin toegang te verlenen tot het over hem samengestelde dossier ook hier een inbreuk op het privé-leven betekende.⁵⁴ Het Hof zag het anders.

[...] it is common ground that Mr Gaskin neither challenges the fact that information was compiled and stored about him nor alleges that any use was made of it to his detriment. In fact, the information compiled about Mr Gaskin served wholly different purposes from those which were relevant in the *Leander* case. He challenges rather the failure to grant him unimpeded access to that information. Indeed, by refusing him complete access to his case records, the United Kingdom cannot be said to have 'interfered' with Mr Gaskin's private or family life. As regards such refusal, 'the substance of (the applicant's) complaint is not that the State has acted but that it has failed to act' (see the *Airey* judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 17, § 32). The Court will therefore examine whether the United Kingdom, in handling the applicant's requests for access to his case records, was in breach of a positive obligation flowing from Article 8 of the Convention.⁵⁵

Het gemaakte onderscheid verraste velen, en is in de literatuur ook wel als kunstmatig afgedaan.⁵⁶ Dat is zeker waar. Maar wat minstens zo belangrijk is: *de Commissie en het Hof hanteerden vervolgens wél dezelfde argumenten bij de inhoudelijke beoordeling van de klacht, ook al toetste de Commissie onder artikel 8 lid 2, en 'beperkte' het Hof zich tot een 'fair balance'-toets*. De Commissie meende dat de weigering om Gaskin zijn dossier te laten inzien niet 'noodzakelijk in een democratische samenleving' was:

the applicant has not had access to a court or other independent procedure to enable his request to be tested in respect of each of the various entries in the file where consent is not forthcoming. In these circumstances, the Commission finds that the absence of any procedure to balance the applicant's interest in access to the file against the claim to confidentiality by certain contributors, and the consequential automatic preference given to the contributors' interests over those of the applicant, is disproportionate to the aim pursued and cannot be said to be 'necessary in a democratic society'.⁵⁷

54. *Gaskin*, rapport van de Commissie, A-160, p. 29.

55. *Gaskin*, uitspraak EHRM (*supra* noot 28), § 41.

56. Zie bv. E.J. Dommering in *NJ* 1991, 659, pp. 2764-2765 ('De scheidslijn die het Hof in het kader van persoonsregistraties trekt is om verschillende redenen aanvechtbaar'); M.J.C. Koens, 'Het recht op inzage in kinderschermingsdossiers', in: *FJR* (1990), p. 205 ('mij komt dat onderscheid wel erg subtiel voor'). Vgl. ook Verhey, *supra* noot 28, p. 214. Tekenend voor de verwarring is dat rechter Walsh wél weer van mening was dat de Britse autoriteiten een inbreuk op Gaskin rechten hadden gemaakt — en wel op zijn recht om informatie te ontvangen (art. 10 EVRM).

57. *Gaskin*, rapport van de Commissie, A-160, p. 33.

Het Hof oordeelde op in essentie identieke gronden dat er geen 'fair balance' was getroffen

The Court considers, however, that under such a system the interests of the individual seeking access to records relating to his private and family life must be secured when a contributor to the records either is not available or improperly refuses consent. Such a system is only in conformity with the principle of proportionality if it provides that an independent authority finally decides whether access has to be granted in cases where a contributor fails to answer or withholds consent. No such procedure was available to the applicant in the present case. Accordingly, the procedures followed failed to secure respect for Mr Gaskin's private and family life as required by Article 8 of the Convention. There has therefore been a breach of that provision.⁵⁸

Uit *Gaskin* mag worden afgeleid dat de 'fair balance'-test en de traditionele 'lid 2'-test elkaar niet -- althans niet altijd -- zoveel ontlopen als wel eens gedacht wordt. Dat is ook verdedigbaar nu positieve verplichtingen niet altijd goed van negatieve verplichtingen te onderscheiden zijn.⁵⁹

4.2 Artikel 1 EVRM en de 'verkapte positieve verplichting'

Het soms moeizame onderscheid tussen beide categorieën komt ook tot uiting in enkele zaken die draaiden om wat ik 'verkapte positieve verplichtingen' zou willen noemen. In *Young, James & Webster* werden drie werknemers door *British Rail* ontslagen omdat zij weigerden lid te worden van één van de vakbonden die kort tevoren een zogenaamd 'closed shop-agreement' met *British Rail* hadden gesloten. De betrokkenen stelden in Straatsburg dat hun ontslag een schending vormde van de vrijheid van vereniging, beschermd door artikel 11 EVRM. Nu ging het hier om een 'horizontaal' conflict en het lag niet voor de hand te stellen dat de staat zelf inbreuk had gemaakt op de rechten van betrokkenen. Wel zou men kunnen aanvoeren dat de staat de positieve verplichting had de werknemers te beschermen tegen onredelijk ontslag door hun werkgever. Het Hof koos echter niet voor deze weg. Het richtte in plaats daarvan de aandacht op de Britse wetgeving.

Under Article 1 of the Convention, each Contracting State 'shall secure to everyone within (its) jurisdiction the rights and freedoms defined in (the) Convention', hence, if a violation of one of those rights and freedoms is the result of non-observance of that obligation in the enactment of domestic legislation, the responsibility of the State for that violation is engaged. Although the proximate cause of the events giving rise to this case was the 1975 agreement between British Rail and the railway unions, it was the domestic law in force at the relevant time that made lawful the

58 *Gaskin*, uitspraak EHRM (*supra* noot 28), § 49

59 Zie in deze zin reeds Staal (*supra* noot 31), p. 701, daarin bijgevalen door G. Caarls in *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1991, no. 25, zie ook Forder (*supra* noot 44), p. 637

treatment of which the applicants complained. The responsibility of the respondent State for any resultant breach of the Convention is thus engaged on this basis ⁶⁰

Vervolgens toetste het Hof 'klassiek' aan artikel 11 lid 2 of het gedwongen lidmaatschap van een vakbond, op straffe van ontslag, gerechtvaardigd kon worden. Waarom geen positieve verplichtingen, waarom geen 'fair balance'-test?⁶¹ De reden zou een historische kunnen zijn: *Young, James & Webster* werd in 1981 gewezen, kort na de eerste arresten (*Marckx, Airey*) waarin het bestaan van positieve verplichtingen was aanvaard. De 'fair balance'-test werd pas in 1985 met de arresten *Abdulaziz en Rees* geïntroduceerd.⁶²

Toch is een historische verklaring alléén onvoldoende. Nog in 1993, in de zaak *Costello-Roberts*, volgde het Hof een schijnbaar identieke benadering. Het hoofd van een lagere school diende, bij wijze van disciplinaire maatregel, enkele slagen met een gymshoel toe aan een van zijn leerlingen, Jeremy Costello-Roberts. Toen Jeremy zich in Straatsburg over de lijfstraf beklagde, deed zich het probleem voor dat het hier een onafhankelijke privé-school betrof. In hoeverre kon de Britse regering verantwoordelijk worden gehouden voor de bestraffing die hem daar ten deel was gevallen? Ook hier was sprake van een 'horizontaal' conflict, en zou een benadering vanuit de positieve verplichtingen voor de hand hebben gelegen. Het Hof oordeelde niettemin als volgt:

The Court has consistently held that the responsibility of a State is engaged if a violation of one of the rights and freedoms defined in the Convention is the result of non-observance by that State of its obligation under Article 1 to secure those rights and freedoms in its domestic law to everyone within its jurisdiction (see, *mutatis mutandis*, the *Young, James and Webster v the United Kingdom* judgment of 13 August 1981, Series A no 44, p. 20, § 49) ⁶³

60 EHRM, 13-8-1981, *Young, James & Webster v VK* (A-44), § 49, geannoteerd door M de Blois in *NJCM-Bulletin* 7-6 (1982), pp 400-412

61 Niet dat een 'fair balance'-test tot een andere uitkomst zou hebben geleid dan de in casu toegepaste toets aan artikel 11 lid 2. In het kader van de vraag of de inbreuk 'noodzakelijk was in een democratische samenleving' toetste het Hof of een juiste balans was getroffen tussen het algemene belang (c.q. dat van de vakbonden) en dat van de klagers (§§ 62-65) – in essentie een 'fair balance'-test

62 Vgl. Verhey, *supra* noot 27, p 51

63 EHRM, 25-3-1993, *Costello-Roberts v VK* (A-247-C), § 26, geannoteerd door M.L. van Emmerik in *NJCM-Bulletin* 18-5 (1993), pp 570-584. Het Hof vervolgde: 'in the present case, which relates to the particular domain of school discipline, the treatment complained of although it was the act of a headmaster of an independent school, is none the less such as may engage the responsibility of the United Kingdom under the Convention if it proves to be incompatible with Article 3 or Article 8 or both' (§ 28). Ondanks het ontbreken van enige verwijzing naar positieve verplichtingen voert Villiger *Costello-Roberts* op als voorbeeld van een positieve-verplichtingenzaak (M.E. Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention* (1993), p 103, noot 37). Wellicht is de keuze om in *Costello-Roberts* niet te spreken over positieve verplichtingen, beïnvloed door diens beroep op art. 3 EVRM. Deze bepaling leent zich, gezien haar absolute karakter, niet goed voor een 'fair balance'-test (maar zie *Soering*, *supra* noot 42). Zie over positieve verplichtingen onder art. 3 ook mijn 'A prisoners' dilemma', in *NJCM-Bulletin* 19-2 (1994), pp 140-145, m.n. p 143, noot 6.

In 1994 stelde het Hof voor de derde maal vast dat artikel 1 'verkapte positieve verplichtingen' met zich mee kan brengen. Het Hof kwam, impliciet, tot die uitspraak in de zaak *Otto Preminger* waarin een omstreden film centraal stond. In vergelijking met *Young, James & Webster* en *Costello-Roberts* was hier sprake van een spiegelbeeldige situatie. Nu was het niet een door zijn medeburgers gekwetst individu dat zich in Straatsburg beklaagde, de Tyoolse autoriteiten waren tot inbeslagname van de film overgegaan om te voorkomen dat de grotendeels katholieke bevolking aanstoot zou nemen aan de blasfemisch geachte film. Een 'horizontaal' conflict was zodoende afgewend, zij het ten koste van een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van de exploitant van het filmhuis. Het Hof bezag het optreden van de autoriteiten met instemming. Het herinnerde eraan dat de autoriteiten aansprakelijk hadden kunnen zijn voor de kwetsende effecten van de door Otto Preminger vertoonde film, indien zij niet tot confiscatie van de film waren overgegaan.

Those who choose to exercise the freedom to manifest their religion, irrespective of whether they do so as members of a religious majority or a minority, cannot reasonably expect to be exempt from all criticism. They must tolerate and accept the denial by others of their religious beliefs and even the propagation by others of doctrines hostile to their faith. However, *the manner in which religious beliefs and doctrines are opposed or denied is a matter which may engage the responsibility of the State*, notably its responsibility *to ensure peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9* to the holders of those beliefs and doctrines. [] *The respect for the religious feelings of believers as guaranteed in Article 9* can legitimately be thought to have been violated by provocative portrayals of objects of religious veneration, and such portrayals can be regarded as malicious violation of the spirit of tolerance, which must also be a feature of democratic society.⁶⁴

De staatsaansprakelijkheid is als het ware op het nippertje afgewend doordat de autoriteiten ingrepen en de film in beslag namen — uitvoering gaven aan de verplichting van artikel 1 om de rechten van het katholieke bevolkingsdeel onder artikel 9 te beschermen.⁶⁵ In dit verband kan de verwijzing naar 'the respect as guaranteed in Article 9' geen toeval zijn. Juist het woord 'respect' is sinds *Marckx* het aanknopingspunt geweest voor positieve verplichtingen onder artikel 8. Het curieuze is echter dat artikel 9 EVRM, anders dan artikel 8, helemaal geen expliciete garantie van 'respect' bevat. Volgens artikel 9 heeft een ieder 'recht

64 *Otto Preminger* *supra* noot 21, § 47, curs. toegevoegd.

65 Dit illustreert hoe een beperking van recht X, met het doel recht Y van anderen te beschermen, gezien kan worden als het uitvoering geven aan de positieve verplichtingen die voortvloeien uit recht Y (vgl. p. 572 en noot 39 *supra*), of, m.a.w., het uitvoering geven aan de verplichting van art. 1 EVRM om het genot van recht Y te verzekeren. De impliciete aanvaarding van dit uitgangspunt in *Otto Preminger* zou van belang kunnen zijn als het EHRM ooit nog eens wordt gevraagd een oordeel uit te spreken over de Algemene Wet Gelijke Behandeling (zoals Alkema voorziet *supra* noot 44, pp. 6 en 119). Wellicht een troost op termijn voor degenen die, zoals annotator De Winter (*supra* noot 21, pp. 190-191 en in *NJB* 1995 p. 794), menen dat het Hof in *Otto Preminger* een te sterke bescherming toekende aan de rechten van religieuze groepen onder art. 9 EVRM.

op *vrijheid van gedachte, geweten of godsdienst*'. Introduceert het Hof hier soms heimelijk (en met het oog op sommige nieuwe lidstaten van de Raad van Europa?) positieve verplichtingen onder artikel 9?

Wat er van dat laatste ook zij: positieve verplichtingen kunnen kennelijk de vorm aannemen van een 'artikel 1-aansprakelijkheid'. Die kan ontstaan wanneer de ene particulier een inbreuk maakt op de rechten van de ander, en de staat die handeling in zijn wetgeving heeft aangemoedigd (*Young, James & Webster*) of niet heeft weten te voorkomen (*Costello-Roberts*). In dat geval wordt de handeling van de particulier rechtstreeks aan de staat toegerekend en wordt de situatie ge-toetst aan lid 2.

Toch blijft de vraag staan: waarom geen positieve verplichtingen, waarom geen 'fair balance'-test? Die vraag grijpt terug op de onduidelijkheid in hoeverre staten bij ratificatie van het EVRM verplicht zijn hun wetgeving aan te passen. Zoals in § 1 is aangegeven, is in sommige gevallen het enkele bestaan van een wet gezien als een voortdurende inbreuk op de rechten van de klager (*Dudgeon, Norris, Modinos*; zie ook *Klass*); in andere gevallen zag het Hof de plicht tot aanpassing van de wetgeving als een positieve verplichting (*Marckx, X en Y v. Nederland*). Nu was een kenmerkend aspect van *Young, James & Webster* dat Labour van oudsher de voor de vakbonden zo belangrijke 'closed shop'-regelingen sterk had aangemoedigd; in de periode dat Labour aan de macht was waren de nodige wettelijke regelingen vastgesteld die de 'closed shop' en daarmee gepaard gaande gedwongen ontslagen mogelijk maakten. Toen het Hof een oordeel moest vellen over het ontslag van Young, James en Webster, lag het in zekere zin voor de hand om voorbij te gaan aan het ogenschijnlijk horizontale karakter van het conflict en de aandacht te richten op de actieve rol die de wetgever op de achtergrond had gespeeld. Niet voor niets sprak het Hof over de verplichtingen die uit artikel 1 EVRM voortvloeien bij 'the enactment of domestic legislation'. Als een staat wetgeving aanneemt die het individuen mogelijk maakt de rechten van anderen te schenden, ligt het niet voor de hand om klachten hierover vervolgens vanuit de positieve verplichtingen te benaderen.

exposure

Een zelfde verklaring zou op het eerste gezicht gegeven kunnen worden voor *Costello-Roberts*. Na het arrest *Campbell & Cosans*⁶⁶ voerde het VK weliswaar wetgeving in waarbij tjjfstraffen op openbare scholen werden afgeschaft, maar voor privé-scholen bleef die mogelijkheid bestaan. Dat gegeven lokte het schoolhoofd als het ware uit de onfortuinlijke Jeremy met de gymshoeren te slaan — daarin zat de parallel met *Young, James & Webster*. Maar juist op dit vlak deed zich een subtiele maar niet onbelangrijke verschuiving voor. In het aangehaalde citaat van *Costello-Roberts* maakte het Hof opeens melding van 'an obligation under Article 1 to secure those rights and freedoms in its domestic law'. Dat is een zeer algemene uitspraak! Voor het eerst spreekt het Hof uit dat staten op grond van artikel 1 EVRM verplicht zijn de rechten en vrijheden van het Verdrag in de wetgeving te beschermen en waar nodig aan te passen aan de eisen van het Verdrag. Zoals in § 1 is aangegeven, bevat het EVRM hiervoor geen expliciete

66. EHRM, 25-2-1982, *Campbell & Cosans v VK* (A-48).

In het wet de
Soening - aan spr. !!

aanwijzingen. De woorden 'the Court has consistently held' in *Costello-Roberts* lijken dan ook eerder een bezwerend karakter te hebben: in *Young, James & Webster* had het Hof iets heel anders gezegd, en verdere verwijzingen naar jurisprudentie treffen we niet aan. Als ik het goed zie, ondergraaft het Hof in één rechtsoverweging twee argumenten die in het verleden zijn ingeroepen om over positieve verplichtingen te spreken: de verplichting om wetgeving conform het EVRM in te richten (*Marckx, X en Y v. Nederland*) en de verplichting om horizontale werking van rechten te realiseren (*Arzte für das Leben*). Beide elementen waren overduidelijk aanwezig in zowel *Young, James & Webster* als in *Costello-Roberts*, maar toch koos het Hof voor een benadering vanuit artikel 1 EVRM en liet het een 'fair balance'-test achterwege. Als dat inderdaad het nieuwe uitgangspunt van het Hof is, zou de toepassing van het leerstuk van de positieve verplichtingen drastisch worden beperkt.

Tijd voor enige tussenconclusies. Uit het Verdrag vloeien positieve en negatieve verplichtingen voort. In theorie zijn beide categorieën van elkaar te onderscheiden, maar in de praktijk blijken zij al snel in elkaar over te lopen. Door wetgeving veroorzaakte schendingen zijn door het Hof aangemerkt als een voortdurende inbreuk, als schending van een positieve verplichting, en ook als een op grond van artikel 1 EVRM aan de staat toe te schrijven handeling door particulieren.

Vergelijkbare nuances komen terug wanneer het optreden van de staat (of het uitblijven daarvan) wordt beoordeeld. Er is geen sterk onderscheid tussen de 'fair balance'-toets en de 'lid 2'-toets — integendeel: ondanks de op het eerste gezicht verschillende methodiek blijven de toepasselijke beginselen gelijk. Dat lijkt me terecht: de fundamenteen waarop de 'lid 2'-toets is opgebouwd — de handelswijze van de staat dient overeenkomstig het geldend recht te zijn, legitieme doelen te dienen en te voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste — lenen zich in beginsel goed voor de beoordeling van iedere situatie. Dat geldt natuurlijk *a fortiori* voor die situaties die als tekortschieten maar evengoed als inbreuk gezien zouden kunnen worden.

Tegelijkertijd zal het Hof voorzichtig moeten laveren tussen Scylla (de 'fair balance'-toets mag niet minder bescherming bieden dan de 'lid 2'-toets) en Charybdis (het Straatsburgse toezicht op de toelaatbaarheid van inbreuken mag niet minder stringent worden). Dat het naar elkaar toegroeien van de beide testmethodes er toe kan leiden dat de 'lid 2'-test erodeert is niet geheel denkbeeldig. De recente zaak *Piermont v. Frankrijk* gaf al een curieuze toepassing van het 'fair balance'-leerstuk te zien. Het Hof ging na of de uitzetting van een buitenlandse politica verenigbaar was met artikel 10 EVRM omdat het haar zo onmogelijk werd gemaakt een lezing te houden. Na deze inbreuk *onder artikel 10 lid 2* te hebben beoordeeld, concludeerde het Hof dat 'a fair balance was accordingly not struck'.⁶⁷ Het Hof kwam tot de conclusie dat artikel 10 geschonden was, en het valt dus niet goed aan te geven wat het precieze effect is geweest van de

67. EHRM, 27-4-1995, *Piermont v. Frankrijk* (A-314), geannoteerd door A. Woltjer in *NJCM-Bulletin* 20-5, pp. 626-643, § 77, curs. toegevoegd. Een voorloper treffen we overigens al aan in EHRM, 22-2-1989, *Barfod v. Denemarken* (A-149), § 29.

a. Blomhans

(kennelijke) toepassing van de 'fair balance'-test voor de afweging onder artikel 10 lid 2. Evenmin is duidelijk of het hier een 'slip of the pen' betreft of een doelbewuste koerswijziging.⁶⁸

5. Najaar 1994: de ondergang van de 'fair balance'-test?

De drie lijnen die met een beetje goede wil in de oude jurisprudentie kunnen worden ontwaard — de 'margin of appreciation' staat los van de positieve verplichtingen; de 'fair balance'-test verschilt niet wezenlijk van de 'lid 2'-toets; positieve en negatieve verplichtingen zijn lastig van elkaar te scheiden — die drie lijnen komen tezamen in een stroom arresten uit de tweede helft van 1994. Het lijkt nuttig deze arresten en hun kernpassages in het kort op een rijtje te zetten.

5.1 *Keegan v. Ierland*

Het arrest *Keegan* is reeds in dit tijdschrift besproken.⁶⁹ De dochter van Keegan werd geboren nadat de relatie met zijn vriendin beëindigd was. Buiten zijn medeweten om liet zij het kind plaatsen bij aspirant-adoptiefouders. Pogingen van Keegan om tot voogd benoemd te worden waren gedoemd te mislukken aangezien het Ierse recht de natuurlijke vader nauwelijks enige bescherming bood. Als gevolg hiervan kon Keegan de adoptie niet tegenhouden. Hij meende dat deze gang van zaken in strijd was met het recht op respect voor gezins- en familielevens (artikel 8 EVRM). Was hier nu sprake van een inbreuk in zijn gezinsleven of van het tekortschieten van de Ierse autoriteiten om zijn gezinsleven veilig te stellen, in weerwil van positieve verplichtingen? Het Hof stelde zich als volgt op:

49. The Court recalls that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life. However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see, for example, the *Powell and Rayner v. United Kingdom* judgment [...]). [...]

51. In the present case the obligations inherent in Article 8 are closely intertwined, bearing in mind the State's involvement in the adoption process. The fact that Irish

68. Zie over het 'erg onvoorspelbare' karakter van de art. 10-jurisprudentie van het Hof: L.F.M. Verhey, 'Grievende fotoreportage', in: *NJCM-Bulletin* 20-4 (1995), pp. 416-421, op p. 420. Zie over de gevaren van het 'samensmelten' van positieve en negatieve verplichtingen: Forder, *supra* noot 22, p. 623 en het daar aangehaalde citaat van C.A.J. Kortmann, *De Grondwetsherziening* (1983), p. 42.

69. *Keegan*, *supra* noot 1. Rechters: Ryssdal, De Meyer, Martens, Palm, Pekkanen, Loizou, Morenilla, Makarczyk en Blayney (de laatste als *ad hoc*-rechter).

law permitted the secret placement of the child for adoption without the applicant's knowledge or consent, leading to the bonding of the child with the proposed adopters and to the subsequent making of an adoption order, amounted to an interference with his right to respect for family life. Such interference is permissible only if the conditions set out in paragraph 2 of Article 8 are satisfied.

52. In view of this finding, it is not necessary to examine whether Article 8 imposed a positive obligation on Ireland to confer an automatic but defeasible right to guardianship on natural fathers such as the applicant.

Het Hof ontkent niet dat positieve verplichtingen en inbreuken in theorie van elkaar onderscheiden kunnen worden, maar benadrukt dat zij in de praktijk soms moeilijk te onderscheiden zijn van negatieve verplichtingen en dat gelijke beginselen toepasselijk zijn bij de toets of ze zijn nageleefd. Vervolgens spreekt het een duidelijke voorkeur uit voor een 'lid 2'-toets (§ 51); de 'fair balance'-toets kan achterwege blijven (§ 52). Opmerkelijk is dat de Commissie in haar rapport het standpunt had ingenomen dat de zaak om positieve verplichtingen draaide en een 'fair balance'-test had toegepast.⁷⁰ Voor de inhoudelijke beoordeling van de zaak maakt dat echter geen verschil. Met gebruikmaking van dezelfde argumenten – en zonder enige 'margin of appreciation' aan Ierland te laten – komen Commissie en Hof tot hetzelfde oordeel: schending van artikel 8. Interessant zijn de woorden die het Hof gebruikt in zijn slotsom:

55. The Government have advanced no reasons relevant to the welfare of the applicant's daughter to justify such departure from the principles that govern respect for family ties. That being so, the Court cannot consider that the interference which it has found with the applicant's right to respect for family life, *encompassing the full scope of the State's obligations*, was necessary in a democratic society. There has thus been a violation of Article 8.

De hier gecursiveerde zinsnede refereert duidelijk aan de positieve én negatieve verplichtingen die uit artikel 8 voortvloeien. De indruk wordt gewekt dat beide aan dezelfde noodzakelijkheidstoets zijn onderworpen.

5.2 *Hokkanen v. Finland*

Ook in de zaak *Hokkanen*⁷¹ werkte de tijd in het nadeel van de jonge vader. Na het overlijden van zijn echtgenote had Hokkanen zijn dochtertje tijdelijk bij zijn schoonouders ondergebracht. Zij weigerden vervolgens het meisje te laten terugkeren naar haar vader. Hokkanen voerde – en won – de ene procedure na de andere, maar dit leverde niets op. De autoriteiten namen geen concrete stappen om het dochtertje daadwerkelijk naar haar vader te laten terugkeren.

70. *Keegan*, rapport van de Commissie, 17-2-1993, §§ 50-57.

71. EHRM, 23-9-1994, *Hokkanen v. Finland* (A-299-A), samengevat in *NJCM-Bulletin* 20-1 (1995), pp. 100-105; rechters: Ryssdal, Thór Vilhjálmsson, Russo, De Meyer, Foighel, Pekkanen, Morenilla, Makarczyk en Jungwiert.

Uiteindelijk, na zo'n zeven jaar touwtrekken, won het voldongen feit en werd de dochter aan haar grootouders toegekend. Een inbreuk in het gezinsleven van Hokkanen leverde deze gang van zaken naar het oordeel van Commissie en Hof niet op. De vraag was of de autoriteiten tekort waren geschoten in het beschermen van zijn gezinsleven. Het Hof herhaalde de passage uit Keegan over positieve verplichtingen, maar legde vervolgens een sterkere nadruk op de 'margin of appreciation' van de nationale autoriteiten.

The essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference [niet 'action', zoals bij *Keegan*, RL] by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life. Whilst the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition, the applicable principles are similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, and in both contexts the State is recognized as enjoying a certain margin of appreciation (see the *Keegan v Ireland* judgment []).

The Court's role is not to substitute itself for the competent Finnish authorities in regulating custody and access issues in Finland, but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation (see, *mutatis mutandis*, the *Handyside v United Kingdom* judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, § 50).

Opvallend is dat het Hof in verband met de 'margin' terugverwijst naar het *Handyside* arrest. Die zaak betrof immers de inbeslagname van een boek – een klassieke inbreuk op de vrijheid van meningsuiting die traditioneel aan artikel 10 lid 2 werd getoetst. Kennelijk wilde het Hof voor de verklaring van de 'margin' niet teruggrijpen op de eerdere positieve-verplichtingenjurisprudentie.

Dát het Hof naar de 'margin' verwijst, valt uit de context van de zaak wel te verklaren. Hokkanen's claim, dat de autoriteiten zijn recht op gezinsleven met zijn dochtertje kracht hadden moeten bijzetten, duidt eerder op een inspanningsverplichting dan op een gedragsverplichting. Een verplichting, bovendien, die afgewogen moet worden tegen de belangen en rechten van de andere betrokkenen.

The Court recalls that the obligation of the national authorities to take measures to facilitate reunion is not absolute, since the reunion of a parent with a child who has lived for some time with other persons may not be able to take place immediately and may require preparatory measures being taken to this effect []. Whilst national authorities must do their utmost to facilitate such co-operation, any obligation to apply coercion in this area must be limited since the interests as well as the rights and freedoms of all concerned must be taken into account, and more particularly the best interests of the child and his or her rights under Article 8 of the Convention. Where contacts with the parent might appear to threaten those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance between them []. What is decisive is whether the national authorities have taken all necessary steps to facilitate reunion as can reasonably be demanded in the special circumstances of each case.

Toch speelt de 'margin' in het verdere verloop van het arrest geen zichtbare rol van betekenis. Het Hof komt tot de conclusie dat, 'notwithstanding the margin of appreciation enjoyed by the competent authorities', de rechten van Hokkanen onder artikel 8 waren geschonden.

5.3 *Kroon v. Nederland*

De feiten van de zaak *Kroon* zullen gevoeglijk bekend zijn.⁷² In het kort kwam het er op neer dat de echtgenoot van mevrouw Kroon met onbekende bestemming was vertrokken. Terwijl zij formeel nog met hem getrouwd was verwekte meneer Zerrouk bij haar een kind. De Nederlandse wet maakte het hem echter onmogelijk dit kind te erkennen, evenmin kon mevrouw Kroon het vaderschap van haar echtgenoot ontkennen. Deze situatie zou met goed recht omschreven kunnen worden als een voortdurende inbreuk op het gezinsleven van Kroon, Zerrouk en hun zoontje, maar voor alle zekerheid beriepen de klagers zich ook op positieve verplichtingen. Het Hof koos voor de laatste benadering onder aanhaling – opnieuw – van de *Keegan*-formule.

The Court reiterates that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life. However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see, as the most recent authority [afgezien dan van *Hokkanen*, RL], the above-mentioned *Keegan* judgment, p. 19, § 49) []

The Court recalls that in the instant case it has been established that the relationship between the applicants qualifies as 'family life' [] There is thus a positive obligation on the part of the competent authorities to allow complete legal family ties to be formed between Mr. Zerrouk and his son Samir as expeditiously as possible.

Het is niet duidelijk waarom het Hof, anders dan in *Keegan*, de situatie in termen van positieve verplichtingen analyseert. Ook de Commissie had voor deze benadering gekozen. 'The Commission notes that the Netherlands authorities have not actively "interfered" with the applicant's private and family life'.⁷³ Maar dát is nog wel te verklaren: ook in de *Keegan*-zaak had de Commissie aan positieve verplichtingen getoetst. Het rapport in *Kroon*, dat ruim een jaar voor het Hof-arrest in *Keegan* werd aangenomen, bouwde op die lijn voort. De Commissie

72 *Kroon* supra noot 1. Rechter Ryssdal, Golcuklu, Martens, Foighel, Loizou, Morenilla, Baka, Mifsud Bonnici en Gotchev.

73 *Kroon*, rapport van de Commissie, 7.4.1993, § 35.

kon op dat moment nog niet weten dat het Hof in *Keegan* aan artikel 8 lid 2 zou toetsten.

De keuze van het Hof past in de lijn van het arrest *Marckx*, waarin het Hof — om met De Boer te spreken — ‘het laten ontstaan van familierechtelijke betrekkingen tussen ouder en kind onder de positieve verplichtingen van de Staat’ bracht.⁷⁴ Toch overtuigt die keuze niet helemaal: men kan ook zeggen dat de Nederlandse praktijk Kroon c.s. verhinderde een normaal gezinsleven te leiden en daarmee een voortdurende inbreuk op dat gezinsleven maakte.⁷⁵ Een andere verklaring is wellicht dat de Ierse overheid actief betrokken was bij de lotgevallen van Keegan’s kind, onder andere doordat gerechtelijke procedures in zijn nadeel uitvielen. Niet alleen een juridische, maar ook een feitelijke band met zijn kind werd hem onmogelijk gemaakt. Een ‘echte’ inbreuk op zijn gezinsleven, dus. In het geval van Kroon lag dat anders. Weliswaar was ook hier de rechterlijke macht betrokken (Kroon c.s. procedeerden tot aan de Hoge Raad om het vaderschap van Kroon’s echtgenoot te ontkennen en om Zerrouk in staat te stellen zijn zoon te erkennen), maar in ieder geval werd het dagelijks gezinsleven door deze gang van zaken niet gefrustreerd. Voor de betrokkenen maakt dit ongetwijfeld een enorm verschil, maar ik kan ook hierin geen overtuigende factor vinden om de keuze tussen positieve en negatieve verplichtingen te verklaren.

Intussen maakt de gevolgde methode geen wezenlijk verschil.⁷⁶ Opnieuw speelt de ‘margin of appreciation’ geen enkele rol, het Hof bewijst slechts lippen dienst aan het beginsel waar het concludeert dat ‘even having regard to the margin of appreciation left to the State, the Netherlands has failed to secure to the applicants the “respect” for their family life to which they are entitled under the Convention’.

5.4 *Stjerna v. Finland*

Meneer Stjerna had zo graag Tavastjerna willen heten nu ‘stjerna’ in het Fins tot allerlei woordspelingen aanleiding gaf en hij genealogische banden had met de (vooraanstaande⁷⁷) familie Tavastjerna. Nadat de Finse autoriteiten zijn verzoek hadden afgewezen, wendde Stjerna zich met een beroep op artikel 8 tot Straatsburg. Geen uitzonderlijk schrijnende zaak wellicht, maar het naamrecht

⁷⁴ Cf diens noot bij de arresten *Keegan* en *Kroon*, NJ 1995, 248

⁷⁵ Zo ook rechter Morenilla in diens ‘dissent’ bij *Kroon* ‘this refusal [] gives right to an “interference” in the personal sphere (family life) of the three applicants, since it affects the legal situation of the alleged progenitor, the son and the mother’ Vergelijk over deze benadering noot 45 *supra* Martens was een van de rechters in *Kroon*, maar liet zich, anders dan in *Cossey*, niet uit over de vraag of hier sprake was van een inbreuk van positieve verplichtingen

⁷⁶ Zo ook Forder in haar noot bij dit arrest, *supra* noot 1, p. 51

⁷⁷ Althans, dat vermeldde de Commissie *proprio motu* (!) in haar rapport (8-7-1993, § 69): ‘Tavastjerna is a well-known name in Finland, carried by a family, certain of whose members have been distinguished literary and cultural personalities’

mocht zich juist in de Straatsburgse belangstelling verheugen⁷⁸ en zo kon het gebeuren dat eerst de plenaire Commissie en vervolgens nog eens het Hof zich over zijn zaak boog. Daarbij kwam natuurlijk de vraag aan de orde: vormt de omstreden weigering van de Finse autoriteiten nu een inbreuk op 's mans privé-leven, of is hier sprake van een positieve verplichting? De Commissie was ernstig verdeeld. Een meerderheid meende dat van een inbreuk geen sprake was en ging aan de hand van een 'fair balance'-test na of een positieve verplichting was geschonden. Een minderheid van vijf leden vond daarentegen 'that the refusal to let the applicant change his name from "Stjerna" in "Tavastjerna" amounted to a lack of respect for his private life' — en toetste vervolgens nog eens *aan lid 2* of dit gerechtvaardigd was. Het Finse lid Pellonpää hield er weer een andere benadering op na:

I do not find it necessary to decide whether the refusal of the name change should be regarded as an 'interference' with, or as behaviour showing 'a lack of respect' for, the applicant's rights. In both cases similar considerations apply in the assessment of whether Article 8 has been violated [] The relevant criteria for the balancing of the different interests are to be found in para. 2 of Article 8. In other words, whether analysed in terms of 'interference' or 'lack of respect', the refusal of the name change must be 'in accordance with the law', serve one of the legitimate purposes mentioned in paragraph 2, and be 'necessary in a democratic society'.⁷⁹

Deze mening werd gedeeld door de Zwitserse rechter Wildhaber. In een 'concurring opinion' bij de Hof-uitspraak benadrukte hij dat de scheidslijn tussen negatieve en positieve verplichtingen uiterst vaag is, en dat veel situaties desgewenst vanuit elk van deze twee uitgangspunten benaderd kunnen worden. Hij vervolgde:

In my view, it would therefore be preferable to construe the notion of 'interference' so as to cover facts capable of breaching the obligation incumbent on the State under Article 8 § 1, whether negative or positive. Whenever a so-called obligation arises the Court should examine, as in the event of a so-called negative obligation, whether there has been an interference with the right to respect for private and family life under paragraph 1 of Article 8, and whether such interference was 'in accordance with the law', pursued legitimate aims and was 'necessary in a democratic society' within the meaning of paragraph 2.

To be sure, this approach would not lead to a different result in the instant case, nor in all likelihood in the vast majority of cases of this kind. It does, however, have the advantage of making it clear that in substance there is no negative/positive

78 Vgl. de B-zaak, *supra* noot 52, EHRM, 22-2-1994, *Burghartz v. Zwitserland* (A-280 B), samengevat in *NJCM Bulletin* 19-6 (1994), pp. 717-719, en *Lassauzet & Guillot*, *supra* noot 51.

79 *Stjerna v. Finland*, rapport van de Commissie, 8-7-1993, partly dissenting opinion' van Pellonpää, p. 19 (bijgevalen door het Ierse lid Liddy, p. 21). Uitgebreider over zijn ideeën op dit punt: M. Pellonpää, 'Economic, Social and Cultural Rights', in *The European System for the Protection of Human Rights*, *supra* noot 3, pp. 855-874, m.n. pp. 860-863.

dichotomy as regards the State's obligations to ensure respect for applicable private and family life, but rather a striking similarity between the applicable principles

Interessant is dat beiden menen dat de *volledige* toets van lid 2 op positieve verplichtingen kan worden toegepast, inclusief dus de wetmatigheid van het optreden van de staat. Hiervoor (§ 3) hadden we gezien dat deze toets niet altijd zinvol is, omdat de klacht zich vaak juist richt op het ontbreken van het gewenste wettelijke regime. Toch valt er wel wat voor dit standpunt te zeggen: in principe wordt de 'lid 2'-toetst ook bij positieve verplichtingen gehanteerd, *tenzij* in een concreet geval blijkt dat een onderdeel van die toets zich niet leent voor toepassing. Niettemin hield de meerderheid van het Hof er een ander standpunt op na.

The refusal of the Finnish authorities to allow the applicant to adopt a specific new surname cannot, in the view of the Court, necessarily be considered an interference in the exercise of his right to respect for his private life, as would have been, for example, an obligation on him to change surname. However, as the Court has held on a number of occasions, although the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective 'respect' for private life.

The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole (see, for instance, the *Keegan v Ireland* judgment [])⁸⁰

De volgende vraag: heeft Finland een 'margin of appreciation'? De Commissie toetste de afwijzing van Stjerna's verzoek om naamsverandering zonder de 'margin' ook maar één keer te noemen. Het Hof kwam tot een tegenovergesteld standpunt.

[] it is to be noted that in a number of Contracting States a request to change one's name must be supported by convincing or specific reasons whereas in other States any reasons may be invoked and in one State there are in principle no restrictions. There is little common ground between the domestic systems of the Convention countries as to the conditions on which a change of name may be legally effected. The Court deduces that in the particular sphere under consideration the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation.

Duidelijker kan het, ondanks alle onderlinge meningsverschillen, niet het is de diversiteit in de staatspraktijk die een ruime 'margin' met zich meebrengt. Dat de zaak om positieve verplichtingen draait staat daar los van. Bij de beoordeling van de merites benadrukt het Hof nog eens dat 'the national authorities are in principle better placed to assess the level of inconvenience relating to the use of

⁸⁰ EHRM, 25 11-1994, *Stjerna v Finland* (A 299 B), §§ 37-38, samengevat in *NJCM-Bulletin* 20 2 (1995), p. 220. Rechter: Ryssdal, Matscher, Pettiti, Walsh, Russo, Föghel, Pekkanen, Morenilla en Wildhaver.

one name rather than another within their national society, and, in the present case, no sufficient grounds have been adduced to justify the Court coming to a conclusion different from that of the Finnish authorities' (§ 42). Het Hof komt, weinig verrassend, tot het unanieme oordeel dat artikel 8 niet geschonden is.

5.5 *López Ostra v. Spanje*

Mevrouw López Ostra klaagde over het feit dat de gezamenlijke afvalverwerking van enkele leerlooierijen vlak naast haar huis voor ondraaglijke (stank-)overlast zorgde. Nu het verwerkingsbedrijf in privé-handen was zou men kunnen stellen dat de staat geen verantwoordelijkheid droeg voor de overlast: een 'horizontaal' conflict waarbij de staat zelf geen inbreuk maakte op het privé-leven van López Ostra. Anderzijds waren wel vergunningen verleend en had de lokale overheid de overlast voor de bewoners van het stadje niet beëindigd. Een parallel met de zaken *Young, James & Webster* en *Costello-Roberts* ligt voor de hand, en men zou wellicht onder verwijzing naar artikel 1 EVRM directe staatsaansprakelijkheid onder artikel 8 verwachten. Niettemin stelde het Hof:

Whether the question is analysed in terms of a positive duty on the State — to take reasonable and appropriate measures to secure the applicant's rights under paragraph 1 of Article 8 —, as the applicant wishes in her case, or in terms of an 'interference by a public authority' to be justified in accordance with paragraph 2, the applicable principles are broadly similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, and in any case the State enjoys a certain margin of appreciation. Furthermore, even in relation to the positive obligations flowing from the first paragraph of Article 8, in striking the required balance the aims mentioned in the second paragraph may be of a certain relevance (see, in particular, the *Rees v. the UK* judgment [...]).⁸¹

Het Hof paste vervolgens een soort 'fair balance'-test toe en ging, in navolging van de Commissie, na of 'the national authorities took the measures necessary for protecting the applicant's right to respect for her home and for her private and family life under Article 8'. Dat was niet geval, zo oordeelde het Hof, en 'despite the margin of appreciation left to the respondent State, the Court considers that the State did not succeed in striking a fair balance between the interest of the town's economic well-being — that of having a waste-treatment plant —

81. EHRM, 9-12-1994, *López Ostra v. Spanje* (A-303-C), § 51; samengevat in *NJCM-Bulletin* 20-2 (1995), pp. 227-228. Rechters: Ryssdal, Bernhardt, Spielmann, Palm, Morenilla, Bigi, Baka, Lopes Rocha en Mifsud Bonnici. Zie P. Cullet, 'Definition of an Environmental Right in a Human Rights Context', in: *Netherlands Quarterly of Human Rights* 13-1 (1995), pp. 25-40 en voorts over de achtergronden van deze zaak: M. Kamminga, 'Mensenrechten en milieubescherming: een nuttige combinatie', in: *NJCM-Bulletin* 18-3 (1993), pp. 276-291, op p. 283, en R. Desgagné, 'Integrating environmental values into the European Convention on Human Rights', in: *American Journal of International Law* 89-2 (1995), pp. 263-294 (dit laatste artikel stamt uit mei 1995 maar bespreekt de uitspraak van het Hof in *López Ostra* niet).

and the applicant's effective enjoyment of her right to respect for her home and her private and family life' (§ 58).

6. Hoe nu verder?

Een vingerwijzing voor de toekomstige jurisprudentie kunnen we mogelijk ontleen aan de recente uitspraak *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs*.⁸² De vereniging van dienstplichtige militairen VDSÖ publiceerde het maandblad *Der Igel*. Nu verzorgde het ministerie van defensie — op eigen kosten — de verspreiding van twee maandbladen van andere soldaten-verenigingen: samen met het officiële mededelingenblad van het ministerie werden deze bladen aan alle dienstplichtigen toegezonden. Dat leek de VDSÖ wel wat, en in 1987 verzocht zij het ministerie om ook *Der Igel* voortaan te verspreiden. De minister voelde daar echter niets voor, gezien de vaak stekelige opmerkingen die het blad bevatte over het wel en wee van de Oostenrijkse dienstplichtigen. De VDSÖ moest zelf maar voor de verspreiding van *Der Igel* zorgen.

De VDSÖ meende dat ze benadeeld werd ten opzichte van de twee andere verenigingen wier tijdschriften wel werden verspreid, en klaagde in Straatsburg over schending van artikel 10 EVRM. Een typisch voorbeeld van een positieve-verplichtingenzaak, zou men zeggen. De overheid gaat niet zo ver een tijdschrift te verbieden (hetgeen uiteraard een onder artikel 10 lid 2 te beoordelen inbreuk op de vrijheid van meningsuiting zou betekenen), maar laat na het verder te verspreiden. Wie schetst onze verbazing als het Hof tot de volgende aanpak komt:

1. *Whether there was an interference*

As the Court has consistently held, the responsibility of a contracting State is engaged if a violation of one of the rights and freedoms defined in the Convention is the result of non-observance by that State of its obligation under Article 1 to secure those rights and freedoms in its domestic law to everyone within its jurisdiction (see, as the most recent authority, the *Costello-Roberts v. the United Kingdom* judgment of 25 March 1993, Series A no. 247-C, p. 57, § 26).

In the present case the authorities effected themselves and at their own expense the distribution on a regular basis of military periodicals published by various associations, by sending them out with their official publications. Whatever the legal status of this arrangement, such a practice was bound to have an influence on the level of information imparted to the members of the armed forces and, accordingly, engaged the responsibility of the respondent State under Article 10. Freedom of expression applies to servicemen just as it does to other persons within the jurisdiction of the Contracting States (see, as the most recent authority, the *Hadjianastassiou v. Greece* judgment of 16 December 1992, Series A no. 252, p. 17, § 39).

82. EHRM, 19-12-1994, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Oostenrijk* (A-302), samengevat in *NJCM-Bulletin* 20-4 (1995), pp. 500-502. Rechters: Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Matscher, Russo, Spielmann, Martens, Palm, Foighel en Wildhaber. De lotgevallen van soldaat Gubi blijven hier buiten beschouwing.

The Court notes further that, according to the case-file, of all the periodicals for servicemen, only *Der Igel* was not allowed access to this type of distribution. The VDSO could therefore reasonably claim that this situation should be remedied. It follows that the Minister's rejection of its request was an interference with the exercise of its right to impart information and ideas.

Vervolgens toetst het Hof de weigering om *Der Igel* te verspreiden aan artikel 10 lid 2. Zonder zelfs de (door de Oostenrijkse regering ingeroepen) 'margin of appreciation' maar te noemen concludeert het Hof dat de weigering disproportioneel was en daarmee een schending van het Verdrag opleverde.

Men zou kunnen zeggen een omgekeerde *Gaskin*-zaak. In die zaak werd algemeen verwacht dat de weigering om Gaskin toegang tot zijn dossier te verlenen, net als in *Leander*, zou worden opgevat als een inbreuk op zijn privéleven. Het Hof verraste menigeen door de weigering onder positieve verplichtingen te toetsten. In VDSO lijkt het evident dat Oostenrijk op zijn positieve verplichtingen wordt aangesproken, maar zonder aan die mogelijkheid ook maar één woord vuil te maken toetst het Hof aan lid 2.

Zou de verklaring liggen in het feit dat artikel 10, anders dan artikel 8, niet spreekt over 'respect' en daarmee geen aanknopingspunt biedt voor positieve verplichtingen?⁸³ Dat lijkt niet voor de hand te liggen, want onder het vergelijkbaar geredigeerde artikel 11 heeft het Hof al eerder positieve verplichtingen aanvaard.⁸⁴

Curieus is de verwijzing naar *Costello-Roberts*. Zoals hierboven (§ 4) al is besproken, is in dat arrest (evenals in *Young, James & Webster*) sprake van een 'verkapte positieve verplichting'. De staat wordt op basis van artikel 1 EVRM aansprakelijk gesteld voor een in essentie horizontaal conflict. De parallel met VDSO is onduidelijk. Waarin ligt het horizontale karakter van het conflict dat de vereniging met het ministerie had? Als er geen horizontaal conflict is, kan de 'verkapte positieve verplichting' van *Costello-Roberts* niet als precedent gelden, en had het Hof dus een 'fair balance'-test moeten toepassen. Of is het Hof stilletjes omgegaan en toetst het voortaan positieve verplichtingen onder lid 2?

7. Enige conclusies

Nu vijftien jaar jurisprudentie over positieve verplichtingen in kaart is gebracht, kunnen in de volgende conclusies worden getrokken.

- (1) De vroeger zo benadrukte dichotomie tussen positieve en negatieve verplichtingen, respectievelijk tussen de 'fair balance'-test en de 'lid 2'-toets, wordt

83 Vgl. *Leander*, *supra* noot 53, § 74, en *Gaskin*, *supra* noot 28, § 52, waarin het Hof aangaf dat art. 10 'basically' negatieve verplichtingen oplegt. Niettemin kan de klacht van VDSO worden onderscheiden van de niet gehonoreerde claims van Leander en Gaskin.

84 *Arzte für das Leben*, *supra* noot 33. Zie *Otto Preminger*, *supra* noot 64, voor positieve verplichtingen onder het eveneens vergelijkbaar geredigeerde art. 9.

door het Hof zelf in vijf zaken (*Keegan, Hokkanen, Kroon, Stjerna* en *López Ostra*) tegengesproken.

- (2) De breuk met het verleden is echter minder radicaal dan men op het eerste gezicht zou denken. De oude jurisprudentie wekte weliswaar de indruk dat de 'fair balance'-toets sterk afwijkt van de 'lid 2'-toets, maar bij nader inzien blijken de verschillen altijd al vrij gering te zijn geweest. Het Hof heeft nooit willen aanvaarden dat een beroep op positieve verplichtingen per definitie een ruime 'margin of appreciation' voor de aangesproken staat met zich mee brengt. Waar een 'fair balance'-toets wordt uitgevoerd leek en lijkt dat niet tot andere consequenties te leiden dan wanneer aan lid 2 wordt getoetst (*Keegan, Kroon, Stjerna*; zie voor oude voorbeelden *Gaskin* en — mogelijk — *Rees*).
- (3) Afgezien van de wijze waarop het optreden van de staat (of het uitblijven daarvan) wordt beoordeeld: de discussie over positieve verplichtingen zou worden verhelderd indien het begrip zou worden gereserveerd voor situaties waarin voortdurende financiële inspanningen van de staat worden gevraagd (*Airey, López Ostra, VDSO*) en voor claims dat de staat de horizontale werking van mensenrechten in de praktijk dient te effectueren (*Arzte für das Leben, Hokkanen*). Situaties waarin wetgeving of bestuurspraktijk beweerdelijk tekort schiet (*Marckx, X en Y v. Nederland, Gaskin, Kroon*, de transsexuelen-zaken, de naam-zaken) dienen als voortdurende inbreuk te worden beschouwd (vgl. *Dudgeon, Norris, Modinos*); dat geldt ook indien de wetgeving voor individuen de mogelijkheid opent de rechten van anderen te schenden (*Young, James & Webster, Costello-Roberts*).
- (4) Ook onder het huidige recht is het al zo dat, waar een situatie zowel als een inbreuk (negatieve verplichting) kan worden omschreven als een tekortschieten (positieve verplichting), de voorkeur groeit om de bestreden overheids-handeling te toetsen aan lid 2 (*Keegan*; vgl. de opvattingen van Pellonpää en Wildhaber in *Stjerna*; maar zie *Kroon* en de meerderheid in *Stjerna*). Tot nu toe heeft het Hof positieve verplichtingen nog niet expliciet en onverkort aan lid 2 getoetst. Misschien, echter, is het Hof al omgegaan (*VDSÖ*).
- (5) Dat de twee toetsingsmethodes nu zichtbaar naar elkaar toegroeien bergt het risico in zich dat de traditionele 'lid 2'-toets minder stringent wordt. Dat het Hof onlangs in het kader van een 'lid 2'-toets naging of er een 'fair balance' was getroffen tussen het algemeen belang en het recht van de klager (*Piermont*) is een veeg teken.
- (6) De 'margin of appreciation' lijkt als verdedigingslinie voor de staat aan kracht te verliezen. In het verleden zijn al meerdere positieve verplichtingen-zaken afgedaan zonder dat de staat een (ruime) 'margin' werd gelaten. Dat geldt des te sterker voor de zes recente zaken die hierboven besproken zijn. In *VDSÖ* wordt de 'margin' in het geheel niet genoemd, in andere zaken wordt slechts lippendienst aan het concept bewezen zonder dat het enige zichtbare rol heeft gespeeld in het afwegingsproces bij het Hof (*Keegan, Kroon, López Ostra*).
- (7) Dit gaat echter niet zover dat de 'margin' van het toneel is verdwenen. Oog in oog met een diverse statenpraktijk deinst het Hof soms terug voor een

vergaande interpretatie van de ingeroepen norm (*Stjerna*); bij een inspanningsverplichting laat het de staat een vrijheid in de keuze van middelen (*Hokkanen*). Dat laatste verhindert het Hof overigens niet een schending van het Verdrag te vinden (opnieuw *Hokkanen*).

- (8) Niet ontkend kan worden, tot slot, dat de jurisprudentie van het Hof tamelijk springerig is. Sommige uitspraken laten zich — althans door mij — niet goed in een sluitend theoretisch kader stoppen (vgl. *Keegan* en *Kroon*; zie ook *VDSÖ*). Voor een deel is dat wellicht een gevolg van de casuïstiek — de omstandigheden verschillen van geval tot geval — maar ook de verschillen van opvatting die onmiskenbaar binnen het Hof (en de Commissie) leven dragen daar uiteraard toe bij.
- (9) Een al te onvoorspelbare jurisprudentie zal echter onvermijdelijk het gezag van het Hof en zijn uitspraken aantasten.

Voor zover er een grote lijn door dit hele overzicht te trekken valt, is dat wellicht de volgende. In 1979 introduceerde het Hof de notie van positieve verplichtingen. Een heftige tegenreactie van de verdragstaten werd afgewend door althans de indruk te wekken dat de nationale autoriteiten een ruimere beoordelingsvrijheid werd gegund. Vijftien jaar later worden de teugels wat aangehaald door de naleving van positieve verplichtingen ook expliciet aan de hand van 'lid 2' te onderzoeken. Hoewel dit een voornamelijk symbolische ontwikkeling is, kan zij eerder worden uitgelegd als een teken van zelfvertrouwen van het Hof dan als een terug-tred der Straatsburgers.