

ARTIKELN

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

Rick Lawson*

Aan het eind van de jaren '70 erkende het Hof dat het EVRM de staat niet alleen verplicht zich van bepaalde handelingen te onthouden, maar dat sommige bepalingen ook 'positieve' verplichtingen met zich meebrengen. In die gevallen, zo oordeelde het Hof, dient het optreden van de staat op een aparte wijze te worden getoetst (de zogenaamde 'fair balance'-test). Daarbij werd de indruk gewekt dat deze toets wezenlijk afwijkt van de traditionele aanpak, waarbij overheidsoptreden wordt getoetst aan lid 2 van – bijvoorbeeld – artikel 8. In deze bijdrage wordt betoogd dat dit verschil vaak is overtrokken. Recente jurisprudentie wijst er bovendien op dat het Hof zelf het afwijkende karakter van de 'fair balance'-toets wenst te bagatelliseren; waar mogelijk toetst het Hof de naleving van positieve verplichtingen expliciet aan lid 2.

Inleiding

Het aanvankelijke doel van dit artikel was om eens nader stil te staan bij enkele recente uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten de Mens: *Keegan*, *Hokkanen*, *Kroon*, *Stjerna*, *López Ostra* en *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs*. Hoewel deze arresten betrekking hadden op zeer uiteenlopende klachten en rechtsterreinen, was er een rode draad aanwezig: ze leken elk aan te geven dat het Hof een nieuwe weg was ingeslagen op het terrein van de zogenaamde 'positieve verplichtingen'. Het Hof nam duidelijk afstand van de 'fair balance'-test die het eerder had ontwikkeld om de naleving van positieve verplichtingen te toetsen. Van de 'margin of appreciation' die vroeger onverbrekelijk verbonden leek met de positieve verplichtingen, was in de recente arresten niet veel meer terug te vinden. Alle aanleiding om de hele serie uitspraken eens op een rijtje te zetten. Weliswaar waren enkele uitspraken, *Keegan* en *Kroon*, al afzonderlijk in dit tijdschrift besproken,¹ maar de aandacht voor de 'positieve verplichtingen'

* Universitair docent bij de vakgroep internationaal publiekrecht, RU Leiden, en redacteur van dit tijdschrift. Met veel dank aan mijn mede-redacteuren (m.n. Luc Verhey, Titia Loenen en Aleidus Woltjer) en collega's (m.n. Hanneke Steenbergen, Niels Blokker en Juan Amaya Castro) voor hun nuttige opmerkingen bij eerdere versies van dit artikel.

1. Zie EHRM, 26-5-1994, *Keegan v. Ierland* (Publ. ECHR, Series A vol. 291, in het vervolg aangeduid als A-291), geannoteerd door M. de Bruijn-Lückers in *NJCM-Bulletin* 20-1 (1995), pp. 37-44 en EHRM, 27-10-1994, *Kroon e.a. v. Nederland* (A-297-C), geannoteerd door C. Forder in *NJCM-Bulletin* 20-1 (1995), pp. 45-53.

als zodanig verschildte sterk, en andere relevante uitspraken waren niet geannoteerd.

Bij nader inzien bleek het onvermijdelijk om dan ook de uitgangssituatie te beschrijven. Wat hield de 'fair balance'-test precies in? Vormde de recente serie arresten wel zo'n breuk met het verleden als op het eerste gezicht leek? Uiteindelijk resulteerde een en ander in een overzicht waarin de opkomst van de positieve verplichtingen wordt geschetst (§ 1), waarna enkele elementen van de 'fair balance'-test (en wijd verbreide opvattingen daarover in de literatuur) aan een nader onderzoek worden onderworpen (§§ 2-4). De arresten waarom het allemaal begonnen was, komen uiteindelijk in § 5 aan bod — maar daar komen we pas in *NJCM-Bulletin* 20-6 aan toe.

1. Opkomst van de positieve verplichtingen

Het EVRM had aanvankelijk relatief bescheiden doelstellingen. De Fransman Teitgen, die nauw bij de opstelling van het EVRM betrokken was, hield in 1948 een pleidooi om de reikwijdte van het Verdrag te beperken tot een aantal klassieke rechten:

Certes les libertés 'professionnelles' et les droits 'sociaux', d'une valeur capitale, devront eux aussi être, dans l'avenir, définis et protégés; mais qui ne comprendra qu'il convient de commencer par le commencement, de garantir dans l'Union Européenne la démocratie politique, puis de cordonner nos économies avant d'entreprendre la généralisation de la démocratie sociale?²

Beginnen bij het begin — die gedachte vond weerklank, en de preambule van het EVRM geeft dan ook aan dat de verdragsluitende partijen het doel hadden 'de eerste stappen te doen voor de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring vermelde rechten'. Zodoende bevat het EVRM burger- en politieke rechten zoals het verbod van foltering, het briefgeheim, de vrijheid van meningsuiting. Naar algemeen werd aangenomen, betrof het hier 'negatieve' verplichtingen. De staat moest zich onthouden van willekeurige inbreuken in het privé-domein van de burger.³ Anders dan bij sociale en economische rechten

2. P.H. Teitgen in *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires'*, vol. I. (1975), p. 219.
3. Zie bv. P.H. Teitgen, 'Introduction to the European Convention on Human Rights', in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* (1993), pp. 3-14. Teitgen memoreert hoe het comité dat het ontwerp-Verdrag behandelde 'agreed without difficulty that the collective enforcement should extend solely to rights and freedoms which imposed on the States only obligations "not to do things" [...] it followed that so-called economic and social rights should be excluded, at least to begin with' (p. 11). Vgl. voorts K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme* (1964), p. 15 en — over de wijze waarop dit standpunt ook in de VN door het Westen werd uitgedragen — F. Jhabvala, 'On human rights and the socio-economic context', in: *Netherlands International Law Review* XXXI (1984), pp. 149-182.

het geval was, zo veronderstelde men, vergde de naleving van het EVRM in essentie geen voortdurende inspanningen van de staat

Op dit punt is het van belang kort stil te staan bij de rol van de nationale wetgeving. Het lijkt voor de hand te liggen dat ratificatie van het EVRM de verplichting impliceert wetgeving waar nodig in overeenstemming te brengen met de normen van dat verdrag — anders zou de totstandkoming van gemeenschappelijke minimumnormen een illusie, en de aanvaarding van internationale verplichtingen een loos gebaar zijn. In die zin zou het EVRM dus wèl een (eenmalige) inspanning van de staat verwachten. Niet voor niets verlangt de Raad van Europa van nieuwe lidstaten dat zij het EVRM ratificeren, maar wordt deze staten enige tijd gelaten teneinde de nationale wetgeving in lijn met het Verdrag te brengen.⁴

Opmerkelijk genoeg, echter, stelt het EVRM zelf deze eis niet expliciet, een voorstel van die strekking werd tijdens de onderhandelingen over het EVRM verworpen.⁵ Artikel 2 vereist dat het recht op leven 'wordt beschermd door de wet', en de *beperking* van rechten dient een wettelijke basis te hebben (vergelijk de artikelen 5 en 8-11) maar verdere verwijzingen naar nationale wetgeving treffen we niet aan.⁶ Krachtens artikel 1 dient de staat die partij is bij het EVRM de betreffende rechten en vrijheden 'te verzekeren', maar de wijze waarop dit geschiedt wordt vrijgelaten. Die vrijheid weerspiegelt zich in het feit dat de staat zich voor de Europese Commissie en het Hof voor de Rechten van de Mens slechts hoeft te verantwoorden voor de behandeling die de individuele klager

- 4 In deze zin al Adviescommissie Mensenrechten Buitenlands Beleid (ACM), *Democratie en mensenrechten in Oost Europa* (advies nr 11, nov 1990), p 5, vgl J F Flauss, 'Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein de Conseil de l'Europe', in *European Journal of International Law*, vol 5 (1994), pp 401-422 en *The Domestic Implementation of the European Convention on Human Rights in Eastern and Western Europe* (verslag van een in 1991 in Leiden gehouden conferentie, gepubliceerd als *All-European Human Rights Yearbook*, vol 2 (1992))
- 5 Zie *Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires'*, vol IV (1977), pp 170-172 en 216. Verg. voorts Y S Klerk, *Het ECRM-toezichtmechanisme* (diss. Maastricht, 1995), pp 10-11
- 6 Wel voorziet art. 64 in de mogelijkheid voorbehouden te maken m b t specifieke Verdragsbepalingen 'voor zover een wet die op dat tijdstip op zijn grondgebied van kracht is, niet in overeenstemming is met die bepaling'. Men zou daaruit *a contrario* kunnen afleiden dat alle overige wetgeving in overeenstemming met het EVRM dient te zijn, enige steun daarvoor is ook wel te vinden in de, in de vorige noot aangehaalde, passage uit de *travaux*. Anders dan het EVRM verplicht het IVBPR staten expliciet 'alle wettelijke of andere maatregelen te nemen die nodig zijn om de in dit Verdrag erkende rechten tot gelding te brengen' (art. 2 lid 2). Vgl. General Comment 3/13, *HRC Report* 1981, UN doc. A/36/40, p 109, en T. Buergenthal, 'To Respect and to Ensure State Obligations and Permissible Derogations', in L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights* (1981), pp 72-91. Zie voorts bv. art. 2 lid 1 (c) CERD, art. 2 lid 1 CAT en art. 2 CEDAW, over deze bepaling R. J. Cook, 'State Accountability under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women', in R. J. Cook (ed.), *Human Rights of Women, National and International Perspectives* (1994), pp 228-256

uiteindelijk ten deel is gevallen.⁷ De verplichting om wetgeving aan te passen ontstaat pas als een schending van het Verdrag direct of onvermijdelijk uit nationale wetgeving voortvloeit⁸

Betekent dit dat een staat met het EVRM strijdige wetgeving in stand mag laten zolang hij deze maar niet in praktijk brengt? Strikt genomen is dat, gezien het bovenstaande, inderdaad het geval – maar tegelijkertijd is het evident dat het voortbestaan van dergelijke wetgeving tot onzekerheid bij de justitiabelen kan leiden.⁹ Tegen die achtergrond heeft het Hof een veelbetekenend standpunt ingenomen ten aanzien van nationale wetgeving die homoseksuele handelingen onder alle omstandigheden verbodt. In de *Modinos*-zaak zag het Hof in een dergelijke Cypriotische wet een schending van artikel 8 EVRM, niettegenstaande het feit dat de wet al ruim 10 jaar lang een dode letter was gebleken. Het enkele bestaan van de wet, gekoppeld aan de mogelijkheid dat zij alsnog zou worden toegepast,

1011 :
leidend -
na § 240

7 Volgens vaste jurisprudentie is het voor individuen niet mogelijk 'to complain against a law in abstracto simply because they feel that it contravenes the Convention. In principle, it does not suffice for an individual applicant to claim that the mere existence of a law violates his rights under the Convention, it is necessary that the law should have been applied to his detriment' (EHRM, 6-8 1978, *Klass v Duitsland* (A-28), § 33). Verg ook EHRM, 6-11-1980, *Guzzardi v Italië* (A-39), § 88. 'Without losing sight on the general context of the case, the Court recalls that, in proceedings originating in an individual application, it has to confine its attention, as much as possible, by the issues raised by the concrete case before it. Accordingly, the Court's task is to review under the Convention not the 1956 and 1965 Acts as such [] but the manner in which those Acts were actually applied to Mr Guzzardi'. Verg ook P van Dijk & G J H van Hoof, *De Europese conventie in theorie en praktijk* (derde dr., 1990), p. 13 en A Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law* (1983), p. 20. Zoals het geval van het V K tot op de dag van vandaag illustreert, zijn partijen bij het EVRM evenmin verplicht het Verdrag in de nationale rechtsorde te incorporeren. Toen bv. het V K het EVRM ratificeerde, verklaarde de regering 'it is not contemplated that any legislation will be necessary in the United Kingdom to give effect to the terms of the Convention' (zie G Marston, 'The United Kingdom's Part in the Preparation of the European Convention on Human Rights, 1950', in *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* 42-4 (1993), pp. 796-826, op p. 824). Al in de allereerste zaak die voor het Hof kwam bleken de consequenties van zo'n opstelling toen het Ierse Supreme Court werd geconfronteerd met een beroep op het EVRM verklaarde het dat 'it could not give effect to the Convention if it should appear to grant rights other than, or supplementary to, those provided under Irish municipal law' (EHRM, 1-7 1961, *Lawless v Ierland* (A-3), § 25 van *The Facts*).

8 Zie voor enkele zaken waarin de conclusies van het Hof onontkoombaar tot wijziging van wetgeving leidden EHRM, 8-7 1986, *Lingens v Oostenrijk* (A-103), § 46, en EHRM, 24-4-1990, *Kruslin v Frankrijk* (A-176 A), § 36. Zie uitgebreid S K Martens, 'Individual Complaints Under Article 53 of the European Convention on Human Rights', in R A Lawson & M de Blois (eds.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe (Essays in honour of H G Schermers, vol III)* (1994), pp. 253-292, m n 263-275. Anders D Gornien, *Short Guide to the European Convention on Human Rights* (Council of Europe, 1991). 'States that ratify the Convention [] must ensure that their domestic law is compatible with the Convention' (p. 15). Zo deze algemene verplichting al uit het EVRM kan worden afgeleid – Gornien geeft daarvoor geen nadere argumenten – dan nog kan de naleving van deze verplichting niet door de individuele klager worden afgedwongen, getuige de in noot 7 aangehaalde jurisprudentie.

9 Op die grond veroordeelde het EG-Hof van Justitie Frankrijk toen het de *Code du travail maritime*, die met EG-recht strijdig was, in stand liet zonder hem overigens in de praktijk toe te passen zaak 167/73, *Commissie-Frankrijk*, Jur. 1974, p. 373.

was voor het Hof voldoende om *een voortdurende inbreuk* op het prive-leven van de klager aan te nemen¹⁰ Ook in dergelijke gevallen rust op de staat dus de verplichting de met het EVRM strijdige wetgeving in te trekken of te wijzigen

Dit gezegd zijnde – het EVRM werd gezien als een ‘klassiek’ mensenrechtenverdrag. Ervan uitgaande dat de nationale wetgeving in overeenstemming was met het EVRM, verwachtte men dat de dagelijkse verwezenlijking van deze normen niet zou nopen, laat staan verplichten, tot actief overheidsoptreden. Al relatief snel bleek deze voorstelling van zaken te simplistisch. In 1979 wees het Hof twee arresten waarin het stelde dat de naleving van verschillende ‘negatief’ geformuleerde bepalingen van het EVRM wel degelijk actief overheidsoptreden kan vereisen. In de zaak *Marckx* ging het Hof na of het Belgische erfrecht voldeed aan de eisen van artikel 8 j^o 14 EVRM. *Marckx c s* klaagden in de ogen van het Hof niet zozeer over een concrete inbreuk op hun gezinsleven, maar stelden dat de Belgische wet, door onderscheid te maken tussen wettige en buitenechtelijke kinderen, hen onvoldoende in staat stelde een volwaardig gezinsleven te hebben. Het Hof overwoog:

By proclaiming in paragraph 1 the right to respect for family life, Article 8 signifies firstly that the State cannot interfere with the exercise of that right otherwise than in accordance with the strict conditions set out in paragraph 2. As the Court stated in the ‘*Belgian Linguistic*’ case, the object of the Article is ‘essentially’ that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities (judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, p. 33, § 7). Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference. In addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for family life. This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8, respect for family life implies in particular, in the Court’s view, the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child’s integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8 without there being any call to examine it under paragraph 2.¹¹

Marckx wordt sindsdien steevast aangehaald als ‘het’ arrest waarin de positieve verplichtingen zijn geïntroduceerd. Maar was die introductie eigenlijk wel een onontkoombare (of zelfs maar logische) stap? Paula Marckx was ongehuwd moe-

10 Zie EHRM, 22 4 1993, *Modinos v Cyprus* (A 259), §§ 23-24. In gelijke zin al EHRM, 22 10 1981, *Dudgeon v V K* (A 45), § 41 (‘the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant’s right to respect for his private life [] In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life’) en EHRM, 26 10 1988, *Norris v Ireland* (A 142), § 38, geannoteerd door J. G. C. Schokkenbroek in *NJCM Bulletin* 14 3 (1989), pp. 365-377.

11 EHRM, 13 6 1979, *Marckx v België* (A 31), § 31.

der geworden, en het Belgische burgerlijk recht verbond daar het gevolg aan dat zij geen normale familierechtelijke banden met haar dochtertje kon aangaan en evenmin vrijelijk over haar nalatenschap kon beschikken. Dat levert schending op van artikel 8: wanneer een staat wetgeving op dit terrein opstelt moet hij het de betrokkenen mogelijk maken ‘to lead a normal family life’. Het dunkt me dat wetgeving die niet aan die eis voldoet, zoals in casu de Belgische, ontegenzeggelijk een inbreuk op dat gezinsleven maakt. Een verwijzing naar positieve verplichtingen ligt dan niet echt voor de hand. Integendeel: lag *Marckx* in essentie zo ver af van de hierboven aangehaalde homoseksuelen-zaken, waarin het Hof oordeelde dat de wetgeving een *voortdurende inbreuk* op het privéleven van de klagers maakte? Zou het niet voor de hand hebben gelegen ook de klacht van *Marckx c.s.* onder artikel 8 lid 2 te beoordelen?¹² Het enkele feit dat België als gevolg van het arrest zijn wetgeving zou moeten aanpassen is in ieder geval geen verklaring voor de keuze voor positieve verplichtingen – die consequentie volgt, zoals we hierboven hebben gezien, uit ieder arrest waarin het Hof een schending vindt die rechtstreeks of onvermijdelijk uit wetgeving voortvloeit.

Waarom koos het Hof dan juist in de *Marckx*-zaak voor de introductie van een nieuw leerstuk? Het is speculatief, maar mogelijk ligt de verklaring in het standpunt van de Britse rechter Fitzmaurice. Hij stelde resoluut dat de klacht over het Belgische erfrecht niet onder de reikwijdte van artikel 8 viel:

It is abundantly clear (at least it is to me) – and the nature of the whole background against which the idea of the European Convention on Human Rights was conceived bears out this view – that the main, if not indeed the sole object and intended sphere of application of Article 8 was that of what I will call the ‘domiciliary protection’ of the individual. He and his family were no longer to be subjected to the four o’clock in the morning rat-a-tat on the door; to domestic intrusions, searches and questionings; [...] – in short the whole gamut of fascist and communist inquisitorial practices [...] Such, and not the internal, domestic regulation of family relationships, was the object of Article 8 and it was for the avoidance of these horrors, tyrannies and vexations that ‘private and family life [...]’ were to be respected, and the individual endowed with a right to enjoy that respect – not for the regulation of the civil status of babies.¹³

Tegenover zoveel verbaal geweld viel het natuurlijk niet goed vol te houden dat de klacht van *Marckx c.s.* in dezelfde categorie viel als de hier beschreven situaties – in de raadkamer zal de behoefte wellicht klein zijn geweest het tekortschieten van het Belgische erfrecht als een voortdurende inbreuk op het gezinsleven van *Marckx c.s.* op te vatten. Wellicht werd het Hof aldus uitgelokt het leerstuk van de positieve verplichtingen te introduceren. Als het inderdaad zo gegaan is, heeft de ‘dissent’ van Fitzmaurice een volstrekt contraproductief effect gehad:

12. In de hierna te bespreken jurisprudentie zal deze vraag iedere keer weer opduiken: zie bv. de ‘dissent’ van rechter Martens in de zaak *Cossey* (§ 3 *infra*), de zaak *Lassauzet & Guillot* (§ 4 *infra*) en de arresten *Keegan*, *Kroon* en *Stjerna* (§ 5 *infra*).

13. *Marckx*, *supra* noot 11, ‘dissent’ van Fitzmaurice, pp. 41-42.

door de introductie van positieve verplichtingen zou de reikwijdte van artikel 8 juist enorm worden opgerekt

Hoe dit ook zij, enige maanden later volgde een onmiskenbaar voorbeeld van positieve verplichtingen de zaak *Airey*. *Airey* wenste van tafel en bed te scheiden, maar de procedure waarmee zij dat kon bewerkstelligen was te gecompliceerd om door haar zelfstandig gevoerd te worden terwijl rechtsbijstand voor haar te duur was. Het Hof stelde vast dat het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) onder omstandigheden het recht op gratis rechtsbijstand in civiele zaken met zich mee kan brengen

Furthermore, fulfilment of a duty under the Convention on occasion necessitates some positive action on the part of the State, in such circumstances, the State cannot simply remain passive and 'here is no room to distinguish between acts and omissions' (see, *mutatis mutandis*, the above-mentioned *Marckx* judgment, p 15, § 31 and []) The obligation to secure an effective right of access to the courts falls into this category of duty [] The Court is aware that the further realisation of social and economic rights is largely dependent on the situation – notably financial – reigning in the State in question. On the other hand, the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions [] and it is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals [] Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation, there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention.¹⁴

Vervolgens richtte het Hof zich op artikel 8, en ook hier constateerde het een schending van een positieve verplichting

In Ireland, many aspects of private or family life are regulated by law. As regards marriage, husband and wife are in principle under a duty to cohabit but are entitled, in certain cases, to petition for a decree of judicial separation, this amounts to recognition of the fact that the protection of their private or family life may sometimes necessitate their being relieved from the duty to live together. Effective respect for private or family life obliges Ireland to make this means of protection effectively accessible, when appropriate, to anyone who may wish to have recourse thereto. However, it was not effectively accessible to the applicant: not having been put in a position in which she could apply to the High Court ([]), she was unable to seek recognition in law of her *de facto* separation from her husband. She has therefore been the victim of a violation of Article 8.¹⁵

Het Hof gaf er in deze arresten als het ware blijk van een open oog te hebben voor reële belemmeringen die in de weg kunnen staan aan het genot van mensen-

14 EHRM, 9 10 1979, *Airey v Ierland* (A 32), §§ 25-26

15 *Ibidem*, § 33

rechten. Daadwerkelijk respect voor mensenrechten kan de verplichting voor de staat met zich meebrengen dergelijke belemmeringen te verwijderen. Een zo op het eerste gezicht volstrekt logische ontwikkeling. Tegelijkertijd bestonden er ook aarzelingen, niet alleen bij sommige rechters die vasthielden aan het ‘klassieke’ karakter van het EVRM,¹⁶ maar ook bij sommige staten die zich onverwachts geconfronteerd zagen met een potentieel vèrstrekkende uitbreiding van hun verplichtingen onder het Verdrag.¹⁷ Wellicht inspireerden deze aarzelingen het Hof een aparte methode te introduceren om na te gaan of een staat zijn ‘positieve verplichtingen’ wel is nagekomen. Zoals zal blijken draaiden de meeste zaken waarin deze aparte benadering vorm kreeg om artikel 8 EVRM.¹⁸

Allereerst leek het Hof bereid de nationale autoriteiten een ruimere ‘margin of appreciation’ te laten, dat wil zeggen zich terughoudender op te stellen bij het uitoefenen van toezicht op het nationale beleid. In de zaak *Abdulaziz, Cabales & Balkandali*, waarin drie vrouwen van niet-Britse nationaliteit klaagden over het feit dat het Verenigd Koninkrijk weigerde toestemming te verlenen aan hun echtgenoten om zich bij hen te vestigen, gaf het Hof verschillende argumenten voor een ruime ‘margin’:

The Court recalls that, 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 family life (see the above-mentioned *Marckx* judgment, Series A no. 31, p. 15, § 31). However, especially as far as those positive obligations are concerned, the notion of ‘respect’ is not clear-cut: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion’s requirements will vary considerably from case to case. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of individuals (see [...]). In particular, in the area now under consideration, the extent of a State’s obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons

16. Verg. de hierboven aangehaalde ‘dissent’ van Fitzmaurice in *Marckx* (*supra* noot 11), en Thór Vilhjálmsson in *Airey* (*supra* noot 14, pp. 26-27): ‘The ideas underlying the Convention, as well as its wording, make it clear that it is concerned with problems other than the one facing us in this case [...] the Convention has nothing to say on how, when and if the financial means should be made available’.
17. Zie bv. het standpunt van de Zweedse regering: ‘the primary purpose of the Convention is to protect the individual against the State as holder of public power, but [it] does not oblige the State to ensure compliance with its provisions in private law relations between individuals’ (EHRM, 6-2-1976, *Swedish Engine Drivers’ Union v. Zweden* (A-20), § 36).
18. Het is in dit verband opmerkelijk dat art. 12 Universele Verklaring, waarop juist art. 8 EVRM – de bepaling die later bij uitstek tot positieve verplichtingen zou leiden – is gebaseerd, het recht van een ieder erkent ‘op bescherming door de wet’ tegen inmenging in de privacy. Art. 8 EVRM spreekt slechts over het ‘recht op respect voor’ privé-leven. Connelly heeft opgemerkt dat een belangrijk deel van de positieve verplichtingen-jurisprudentie kan worden gezien als een poging dat verschil te overbruggen (A.M. Connelly, ‘Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights’, in: *ICLQ* 35-3 (1986), pp. 567-593, op p. 592).

involved. Moreover, the Court cannot ignore that the present case is concerned not only with family life but also with immigration and that, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory.¹⁹

In de *Rees*-zaak bevestigde het Hof deze benadering, kende het opnieuw een ruime 'margin' toe aan de nationale autoriteiten, en gaf het bovendien aan een grofmazige test te hanteren bij de vraag of een staat aan zijn positieve verplichtingen had voldaan. Rees, transsexueel, meende dat de autoriteiten op grond van artikel 8 EVRM verplicht waren zijn nieuwe geslacht in het geboorteregister te vermelden. Het Hof toetste de weigering van de Britse autoriteiten niet aan artikel 8 lid 2.

As the Court pointed out in its above-mentioned *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* judgment the notion of 'respect' is not clear-cut, especially as far as those positive obligations are concerned having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case. These observations are particularly relevant here. Several States have, through legislation or by means of legal interpretation or by administrative practice, given transsexuals the option of changing their personal status to fit their newly-gained identity. They have, however, made this option subject to conditions of varying strictness and retained a number of express reservations (for example, as to previously incurred obligations). In other States, such an option does not – or does not yet – exist. It would therefore be true to say that there is at present little common ground between the Contracting States in this area and that, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation.

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, the search for which balance is inherent in the whole of the Convention. In striking this balance the aims mentioned in the second paragraph of Article 8 may be of a certain relevance, although this provision refers in terms only to 'interferences' with the right protected by the first paragraph – in other words is concerned with the negative obligations flowing therefrom.²⁰

Met deze arresten was de toon gezet. Uit sommige bepalingen van het Verdrag vloeien positieve verplichtingen voort, maar het Hof is tegelijkertijd bereid staten een ruime 'margin of appreciation' te laten. Het beperkt zich tot een 'fair balance'-toets, waarbij het nagaat of er een redelijk evenwicht is gevonden tussen het algemeen belang en het 'belang' ('interest', niet 'right') van het individu.

19 EHRM, 28 5-1985, *Abdulaziz e a v V K* (A 94), § 67, bevestigd in EHRM 18-12-1986, *Johnston v Ierland* (A-112), § 55.

20 EHRM, 17 10-1986, *Rees v V K* (A-160), § 37, geannoteerd door L. Zwaak in *NJCM-Bulletin* 12-7 (1987), pp. 545-559. Met de tweede alinea bouwde het Hof voort op de laatste zinsnede van de hierboven geciteerde passage uit het *Marckx*-arrest (*supra* noot 11) waarin het de mogelijkheid opperde dat een wet 'violates paragraph 1 of Article 8 without there being any call to examine it under paragraph 2'.

Enerzijds dus een uitbreiding van de verplichtingen onder het EVRM, anderzijds een minder indringend toezicht op de naleving ervan. Een vergelijking met het relatief zwak ontwikkelde internationale toezicht op de naleving van sociale en economische rechten dringt zich op.

Van de relatief strenge toetsing van het overheidsoptreden aan de vereisten van het EVRM lijkt bij positieve verplichtingen ondertussen weinig meer over. Wat heet de toets aan het tweede lid van (bijvoorbeeld) artikel 8 (waarbij het vertrouwde ‘stappenschema’ wordt gevolgd²¹) blijft bij positieve verplichtingen geheel achterwege. Juist dat gegeven is niet zonder kritiek gebleven.²² De vrij ondoorzichtige ‘fair balance’-toets leek het individu immers minder waarborgen te bieden en dat effect werd versterkt doordat positieve verplichtingen onverbreekelijk werden gekoppeld aan een ruime ‘margin’. Dit klemde temeer omdat, in de ogen van de critici, het onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen vaak tamelijk arbitrair is.

Het is echter de vraag of het hier geschetste beeld niet te schematisch is. De vrij wijd verspreide veronderstelling dat een staat per definitie over een ruime ‘margin’ kan beschikken als het om positieve verplichtingen gaat, blijkt bij nader inzien voor betwisting vatbaar (zie § 2), en dat geldt ook voor het beeld dat de ‘fair balance’-toets wezenlijk afwijkt van de traditionele, laten we zeggen ‘lid 2’-toets (§ 3). Feit blijft dat het onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen vaak moeilijk te maken valt (§ 4). Mochten deze kanttekeningen juist zijn, dan bieden ze tezamen een verklaring voor de in de inleiding genoemde serie arresten waarin het Hof het onderscheid tussen de ‘fair balance’-test en de ‘lid 2’-toets bagatelliseerde (§ 5).

2. De ruime ‘margin of appreciation’ nader bekeken

Waarom liet het Hof in de zojuist geciteerde rechtsoverweging van *Abdulaziz* een ruime ‘margin of appreciation’ aan de staat? Omdat het hier om positieve verplichtingen ging, omdat het hier een migratie-zaak betrof (een terrein dat de soevereine staat vanoudsher aan het hart gaat en waarover het Verdrag geen expliciete verplichtingen bevat), of omdat de statenpraktijk op het terrein van gezinshereniging sterk uiteen liep? De aangehaalde passage (zie het woord ‘accordingly’) wijst uit dat de laatstgenoemde factor cruciaal was, waar nog eens bij kwam (‘in particular’, ‘moreover’) dat de zaak zich in een immigratie-context afspeel-

21 Zie voor een recent voorbeeld EHRM, 20 9 1994, *Otto Preminger Institut v Oostenrijk* (A 295 A), §§ 43-57, weergegeven in *NJCM Bulletin* 20 2 (1995) pp 182-186. Voorts, uitgebreid, Th Bellekom, ‘Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM’, in *Veertig jaar EVRM* (special *NJCM Bulletin*, 1990), pp 59-74.

22 Zie bv Bellekom, *ibidem*, p 67, Zwaak, *supra* noot 20, p 555, Van Dijk & Van Hoof, *supra* noot 7, pp 655-667, en C Forder, ‘Positieve verplichtingen in het kader van het EVRM’, in *NJCM Bulletin* 17 6 (1992), pp 611-637.

de.²³ Ook in de zaak *Rees* (opnieuw het woord ‘accordingly’) was het de diversiteit in nationale rechtspraktijk, gekoppeld aan de staat van overgang waarin zij zich bevond, die het Hof er toe bracht een minder stringent toezicht uit te oefenen – niet het enkele feit dat Rees aanspraak maakte op positieve verplichtingen. Niets nieuws onder de zon: het ontbreken van gemeenschappelijke, ‘Europese’ maatstaven verleidt het Hof er wel vaker toe een ruime ‘margin’ toe te kennen aan de nationale autoriteiten – óók in zaken waarin het traditioneel aan het tweede lid toetst.²⁴ Men kan dat betreuren, omdat men bijvoorbeeld meent dat het Hof zo tekort schiet in zijn rol als bewaker van het EVRM en beschermer van het kwetsbare individu²⁵; men kan dat toejuichen, bijvoorbeeld omdat men hierin een element van subsidiariteit ontwaart²⁶ – maar waar het mij hier om gaat is dat de gangbare opvatting²⁷, dat het Hof bij de bepaling van positieve

23. Verg. op dit laatste punt: EHRM, 21-6-1988, *Berrehab* (A-138), § 28, en zeer uitdrukkelijk de ‘dissent’ van Thór Vilhjálmsson, p. 19.
24. Zie bv. EHRM, 7-12-1976, *Handyside v. V.K.* (A-24), § 48; EHRM, 24-5-1988, *Müller v. Zwitserland* (A-133), §§ 35-36; en recent nog het *Otto Preminger*-arrest, *supra* noot 21. Zie ook de uitspraak van de Commissie in de Noorse abortus-zaak, Appl. No. 17004/90, *Hercz v. Noorwegen*, niet-ontv. beslissing van 19-5-1992, geannoteerd door T. Loenen in *NJCM-Bulletin* 18-1 (1993), pp. 65-73: ‘it is clear that national laws on abortion differ considerably [...] in such a delicate area the Contracting States must have a certain discretion’ (p. 68). Ook andere factoren, zoals de aard van de inbreuk en het doel dat men ermee beoogt te bereiken, beïnvloeden de omvang van de ‘margin’. Hierop gaat deze bijdrage verder niet in; zie J. Schokkenbroek, ‘De margin of appreciation-doctrine in de jurisprudentie van het Europese Hof’, in: *Veertig jaar EVRM* (special *NJCM-Bulletin*, 1990), pp. 41-58 en R.St.J. Macdonald, ‘The Margin of Appreciation’, in: *The European System for the Protection of Human Rights*, *supra* noot 3, pp. 83-124.
25. Zie bv. het pleidooi voor een uniforme Europese standaard van het Oostenrijkse Commissie-lid Ermacora n.a.v. de Hof-uitspraak in de zaak *Handyside* (*supra* noot 24) in *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 4-18 (1977), pp. 363-364; de opmerkingen n.a.v. het *Rees*-arrest van Zwaak (*supra* noot 20, p. 554) en de Nederlandse rechter Martens in diens ‘dissent’ bij EHRM, 27-9-1990, *Cossey* (A-184), p. 27-28 en 37. Algemener, tot slot, Van Dijk & Van Hoof, *supra* noot 7, pp. 649-664.
26. Verg. H. Petzold, ‘The Convention and the Principle of Subsidiarity’, in: *The European System for the Protection of Human Rights*, *supra* noot 2, pp. 41-62 en ook H.G. Schermers, in: *Handelingen NJV* 1990-II, pp. 9-11.
27. Verg. E.A. Alkema, *De reikwijdte van fundamentele rechten* (preadvies NJV, 1995) pp. 98-99; K. Rogge, ‘The Protection of Private Life and Technological Challenges’, in: (het Luxemburgse) *Bulletin des Droits de l’Homme* 2 (1994), p. 21; C.J. Staal, ‘Recht op rechtsbijstand in verband met het recht op toegang tot de rechter onder artikel 6EVRM’, in: A.P.M. Coomans, A.W. Heringa en I. Westendorp (eds.), *De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten* (1994), pp. 116-129, op. p. 123; Forder, *supra* noot 22, p. 631, en van dezelfde auteur ‘Family life ... van sprookje tot werkelijkheid: de zaak Kroon, Zerrouk en M’Hallem Driss’, in *NJCM-Bulletin* 19-4 (1994), p. 338; de overige auteurs genoemd in noot 22 *supra* en (nota bene in een noot bij *Keegan*) B. Rudolf, ‘Zur Rechtsstellung des Vaters eines nichteheliches Kindes nach der EMRK’, in *EurGrZ* 22-5/6 (1995), p. 111. Zie ook Schokkenbroek, *supra* noot 24, p. 54, en, in diens navolging maar met weglating van het m.i. cruciale woordje ‘doorgaans’, L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht, 1992), p. 52.

verplichtingen onvermijdelijk een ruime 'margin of appreciation' aan de staat toekent, geen steun vindt in de uitspraken in *Abdulaziz en Rees*.

Dit kan geen werkelijk verrassende conclusie zijn. Noch in *Marckx*, noch in *Airey* repte het Hof over een 'margin'. Nu zouden wij kunnen veronderstellen dat het Hof in die eerste arresten nog niet over een uitgewerkt leerstuk beschikte, maar ook in de latere jurisprudentie blijkt dat positieve verplichtingen en de 'margin of appreciation' niet onverbreekelijk met elkaar zijn verbonden. In *Gaskin* beoordeelde het Hof de vraag of het V.K. zijn positieve verplichtingen had nageleefd zonder überhaupt de 'margin of appreciation' mee te wegen, laat staan dat het V.K. een ruime 'margin' kreeg.²⁸ Evenmin kende het Hof een ruime 'margin' toe in *X en Y v. Nederland*, waarin de klagers stelden dat het Nederlandse strafrecht een lacune bevatte waardoor een geestelijk gehandicapt meisje onvoldoende tegen seksueel geweld werd beschermd.²⁹ Ook in verschillende latere uitspraken die om positieve verplichtingen draaiden heeft het Hof er van afgezien de nationale autoriteiten een ruime 'margin' toe te kennen.³⁰

Natuurlijk, in een vrij groot aantal 'positieve verplichtingen-zaken' kende het Hof wèl een ruime 'margin' aan de staat toe. Wij zagen reeds dat dit kan zijn ingegeven door het ontbreken van 'Europese' maatstaven, een omstandigheid die uiteraard kan samenvallen met het bestaan van positieve verplichtingen. Een vergelijkbaar verschijnsel kan optreden in zaken waarin Hof en Commissie worden geconfronteerd met gecompliceerde technische aspecten. In de zaak *Powell & Rayner*, waarin werd geklaagd over geluidsoverlast van het Londense vliegveld Heathrow, stelde het Hof:

It is certainly not for the Commission or the Court to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this difficult social and technical sphere. This is an area where the Contracting States are to be recognised as enjoying a wide margin of appreciation.³¹

Deze terughoudende opstelling werd niet ingegeven door het enkele feit dat het Hof de zaak benaderde vanuit het perspectief van de positieve verplichtingen —

28. EHRM, 7-7-1989, *Gaskin v. V.K.* (A-160), geannoteerd door L.F.M. Verhey in *NJCM-Bulletin* 15-2 (1990), pp. 206-217. Alleen in § 49 refereert het Hof, zeer summier, aan de 'margin'. Voor een minderheid van vijf rechters was dit juist een van de redenen om een 'dissenting opinion' aan het arrest te hechten (zie A-160, p. 25).
29. EHRM, 26-3-1985, *X en Y v. Nederland* (A-91), § 23. Het Hof merkte wel op dat 'the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation' (§ 24), maar kwam daar verder niet meer op terug.
30. Bv. EHRM, 25-3-1992, *B. v. Frankrijk* (A-232-C), geannoteerd door L. Zwaak in *NJCM-Bulletin* 18-1 (1993), pp. 74-83: hoewel deze zaak voortbouwt op *Rees* noemt het Hof in § 44 de 'margin' in het geheel niet en komt het tot de conclusie dat B's rechten onder artikel 8 geschonden zijn 'even having regard to the State's margin of appreciation' (§ 63). Zie ook de in § 5 *infra* te bespreken zaken *Keegan*, *Kroon* en *López Ostra*.
31. EHRM, 21-2-1990, *Powell & Rayner v. V.K.* (A-172), geannoteerd door C. Staal in *NJCM-Bulletin* 15-6/7 (1990), pp. 692-703, § 44.

het was het specifieke beleidsterrein dat het Hof tot een bescheiden opstelling inspireerde. De hier aangehaalde overwegingen zouden hun toepasselijkheid niet verliezen als er over een inbreuk was geklaagd.³²

Een enkele uitspraak kan echter niet op deze wijze verklaard worden. Uit de zaak *Arzte fur das Leben* zou kunnen worden afgeleid dat het enkele feit dat het om positieve verplichtingen gaat, wèl per definitie met zich meebrengt dat de nationale autoriteiten over een ruime(re) 'margin of appreciation' beschikken. De voorgenomen betoging van de 'pro-life' beweging *Arzte fur das Leben* was door de politie verboden uit vrees voor ongeregelde heden. Het Hof merkte over dat argument het volgende op:

Genuine, effective freedom of peaceful assembly cannot be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere – a purely negative conception would not be compatible with the object and purpose of Article 11. Like Article 8, Article 11 sometimes requires positive measures to be taken, even in the sphere of relations between individuals, if need be [] While it is the duty of Contracting States to take reasonable and appropriate measures to enable lawful demonstrations to proceed peacefully, they cannot guarantee this absolutely and they have a wide discretion in the choice of the means to be used (see, *mutatis mutandis*, the *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, pp. 33-34, § 67, and the *Rees* judgment of 17 October 1986, Series A no. 106, pp. 14-15, §§ 35-37). In this area the obligation they enter into under Article 11 of the Convention is an obligation as to measures to be taken and not as to results to be achieved.³³

Hier wordt gesuggereerd dat een vanzelfsprekend verband bestaat tussen de positieve verplichting en een ruime 'margin' (hier 'discretion'). De verwijzing naar *Abdulaziz* en *Rees* doet vermoeden dat ook die arresten zo moeten worden begrepen, al valt daar (zoals hierboven is betoogd) wel wat tegenin te brengen.

Ook hier zou de ruime 'margin' misschien kunnen worden onderbouwd met een verwijzing naar de diverse statenpraktijk in Europa. Ik zie er echter nog een andere verklaring voor. De neiging om een ruime 'margin' toe te kennen zal toenemen naarmate de in het geding zijnde verplichting van de staat minder het karakter heeft van een *gedragsverplichting* ('gij zult niet folteren') of een *resultaatsverplichting* ('gij dient in uw erfrecht geen onderscheid te laten bestaan tussen wettige en buitenechtelijke kinderen'), en meer dat van een *inspanningsverplichting* ('gij dient binnen de grenzen van het redelijke te trachten een demon-

32 Zie bv. *Klass supra* noot 7 bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van telefoontaps onder art. 8 lid 2 stelde het Hof dat '[a]s concerns the fixing of the conditions under which the system of surveillance is to be operated, the Court points out that the domestic legislature enjoys a certain discretion. It is certainly not for the Court to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this field (cf. , *mutatis mutandis*, the *De Wilde, Ooms and Versyp* judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, pp. 45-46, § 93, and the *Golder* judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, pp. 21-22, § 45, cf. , for Article 10 § 2, the *Engel and others* judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, pp. 41-42, § 100, and the *Handyside* judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 22, § 48)'

33 EHRM, 21-6 1988, *Arzte fur das Leben v. Oostenrijk* (A 139), § 34

stratie mogelijk te maken'). In het laatste geval zal de internationale rechter zich al snel terughoudend opstellen en de keuze van de meest geschikte middelen aan de nationale autoriteiten laten.³⁴

Ik zou echter willen benadrukken dat de 'margin of appreciation' in dit geval geen betrekking heeft op de *inhoud* van de norm (zoals bij *Abdulaziz* en *Rees*), maar op de *wijze waarop* de staat zich van zijn verplichtingen kwijt. Opnieuw stuiten we hier op de toepassing van een algemener beginsel: zoals in § 1 al werd opgemerkt is de keuze van het instrument om aan verdragsverplichtingen te voldoen sowieso een bevoegdheid van de staat. Het Hof kan, volgens vaste jurisprudentie, een staat niet voorschrijven *hoe* het een einde moet maken aan een geconstateerde verdragsinbreuk.³⁵ De hier bedoelde keuzevrijheid gaat dus niet per se hand in hand met positieve verplichtingen, al zullen de twee relatief vaak samengaan. Doordat het onderscheid tussen gedrags- en inspanningsverplichtingen vaak — maar niet altijd³⁶ — parallel loopt met het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen, ontstaat al snel de indruk dat positieve verplichtingen zelf een ruime 'margin' met zich meebrengen. Die indruk kan echter misplaatst zijn, zoals ook België ondervond toen het talmde met de aanpassing van het erfrecht aan het *Marckx*-arrest — met ander woorden: toen het treuzelde met de uitvoering van de in dat arrest geformuleerde positieve verplichting. In het arrest *Vermeire* kende het Hof *geen enkele* 'margin' toe:

It cannot be seen what could have prevented the Brussels Court of Appeal and the Court of Cassation from complying with the findings of the *Marckx* judgment, as the Court of First Instance had done. There was nothing imprecise or incomplete about the rule which prohibited discrimination against Astrid Vermeire compared with her cousins Francine and Michel, on the grounds of the 'illegitimate' nature of the kinship between her and the deceased. [...] The freedom of choice allowed to a State as to the means of fulfilling its obligation under Article 53 cannot allow it to suspend the application of the Convention while waiting for such a reform to

34. Verg. C. Tomuschat, 'What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights?', in: *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe*, supra noot 8, pp. 315-335, m.n. pp. 322-323; en G.S. Goodwin-Gill, 'Obligations of Conduct and Result', in: P. Alston & K. Tomasevski (eds.), *The Right to Food* (1984), pp. 111-118.
35. Zie *Marckx*, supra noot 11, § 28: 'the Court's judgment is essentially declaratory and leaves to the State the choice of the means to be utilised in its domestic legal system for performance of its obligation under Article 53'; verg. ook het in noot 29 aangehaalde citaat van *X en Y v. Nederland*. Zie recent EHRM, 22-9-1994, *Pelladoah v. Nederland* (A-297-B), §§ 43-44, en EHRM, 10-2-1995, *Allenet de Ribemont v. Frankrijk* (A-308), § 65, beide geannoteerd door E. Myjer in *NJCM-Bulletin* 19-8 (1994), pp. 1069-1077, resp. 20-4 (1995) pp. 488-499. Vgl. ook M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van mensenrechten', in: *NJCM-Bulletin* 20-3 (1995), pp. 303-315, m.n. pp. 309-312.
36. Zo kan het ontbreken van een 'margin' in een zaak als *X en Y v. Nederland* worden verklaard. Nederland diende Y effectief te beschermen tegen verkrachting: 'Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions' (supra noot 29, § 27). Het Hof formuleert een gedragsverplichting, en hoewel het aanpassen van het wettelijk regime een positieve verplichting voor Nederland impliceert, past hier dus een nauwere 'margin'. Verg. ook het ontbreken van een 'margin' in *Marckx* (supra noot 11) en *Airey* (supra noot 14).

be completed, to the extent of compelling the Court to reject in 1991, with respect to a succession which took effect on 22 July 1980, complaints identical to those which it upheld on 13 June 1979.³⁷

Tot slot nog een opmerking over de horizontale werking van mensenrechten. Een kenmerkend aspect van *Arzte für das Leben* is immers dat de klagende vereniging de staat vroeg haar te beschermen tegen de inbreuk die privé-burgers, tegendemonstranten, op haar demonstratievrijheid maakten. Positieve verplichtingen voor de staat als tegenhanger van de horizontale werking van mensenrechten – die situatie zullen we ook tegenkomen in de in § 5.2 te bespreken zaak *Hokkanen*. Het Hof zal in dergelijke zaken vaak geneigd zijn de nationale autoriteiten een ruime ‘margin’ toe te kennen.³⁸ Maar opnieuw: die ‘margin’ is niet het gevolg van de positieve verplichtingen als zodanig, maar vloeit voort uit de botsing van mensenrechten, de delicate positie van de autoriteiten die worden gevraagd twee mensenrechten tegen elkaar af te wegen.

Hetzelfde begrip ontmoet overigens de staat die wèl partij kiest, en een inbreuk maakt op de rechten van de één teneinde de rechten van de ander te beschermen: het Hof zal doorgaans een ruime ‘margin’ toekennen. Dat mechanisme biedt – naast het ontbreken van uniforme Europese maatstaven – een alternatieve verklaring voor de ruime ‘margin’ die het Hof doorgaans toekent in zaken waarin inbreuken zijn ingegeven door de bescherming van ‘the rights and freedoms of others’ of – enigszins in het verlengde daarvan – ‘morals’.³⁹

Wat heeft deze exercitie tot nu toe opgeleverd? Als een klager stelt dat een staat zijn positieve verplichtingen onder het EVRM niet is nagekomen, brengt dat niet automatisch met zich mee dat de aangesproken staat zich in een ruime ‘margin of appreciation’ mag koesteren. Die beoordelingsvrijheid wordt, waar het de inhoud van de norm betreft, eerder beïnvloed door de mate van overeenstemming die op het betreffende terrein bestaat in de Europese rechtspraktijk, door het min of meer technische karakter van een zaak, of door de mate waarin nationale autoriteiten met botsende rechten zijn geconfronteerd. Daarnaast zal Straatsburg de

37 EHRM, 29-11-1991, *Vermeire* (A-214-C), §§ 25-26, geannoteerd door P. Lemmens in *NJCM-Bulletin* 17-6 (1992), pp. 673-683

38 Een aardige verklaring hiervoor biedt Alkema in zijn NJV-advies (*supra* noot 27), p. 104: ‘De afbakening die de internationale instantie maakt tussen de conflicterende rechten is niet een minimum, maar een norm waarvan noch naar beneden noch naar boven mag worden afgeweken. Deze moet in het nationale recht worden gevolgd. Een gunstiger regeling in het nationale recht voor de ene partij betekent immers tegelijkertijd een ongunstiger regeling voor de ander. [] De beslissing van de internationale instantie heeft in dit geval meer gewicht, tenzij zij haar verantwoordelijkheden ontwijkt. Het alternatief is dan een zo vrijblijvende interpretatie van de desbetreffende bepaling of bepalingen, dat zij alle ruimte laat voor nationale verschillen en dus niets oplost’

39 Zie bv. de in noot 24 *supra* genoemde arresten *Handyside*, *Muller* en *Otto Preminger*, het in noot 29 *supra* aangehaalde citaat uit *X en Y v. Nederland*, de zaak *Hokkanen* (§ 5 *infra*) en, algemener, J. Velu & R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme* (1990), pp. 566-568

staat een zekere vrijheid laten zijn middelen te kiezen, indien verschillende mogelijkheden bestaan om aan een resultaats- of inspanningsverplichting te voldoen.

Bij dit alles past een relativerende kanttekening. Wellicht wordt de houding van het Hof in de praktijk sterker bepaald door — middels loting bepaalde — samenstelling van de kamer die een concrete zaak beoordeelt dan door een strikte dogmatiek. Sommige rechters zijn überhaupt bereid de staat een ruime 'margin' toe te kennen en zullen dat dus ook doen als positieve verplichtingen in het spel zijn; andere rechters zijn sterker geneigd een stringente toets te hanteren.⁴⁰ De moeilijkheden die, naar mijn gevoel in toenemende mate, ontstaan wanneer men tracht de Straatsburgse uitspraken in een theoretisch kader te plaatsen zullen ook in het vervolg van deze studie aan de orde komen.

Het tweede gedeelte van dit artikel zal verschijnen in NJCM-Bulletin (1995) 20-6.

40 Voer voor 'Court watchers' Het verschil van mening kan nu worden teruggevoerd op het *Sunday Times*-arrest (EHRM, 26-4-1979, A-30), waarin een omvangrijke minderheid (9 van de 20 rechters) meende dat art. 10 niet was geschonden door een publicatie-verbod. In hun gemeenschappelijke 'dissenting opinion' benadrukten de rechters Wiarda, Cremona, Thór Vilhjálmsson, Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Sir Gerald Fitzmaurice, Bindschedler-Robert, Liesch en Matscher het belang van de 'the domestic margin of appreciation'. De daarmee gepaard gaande 'European supervision is concerned, in the first place, with determining whether the national authorities have acted in good faith, with due care and in a reasonable manner when evaluating those facts and circumstances' (p. 48). Juist deze rechters hebben sindsdien de neiging gehad een ruime 'margin' toe te kennen aan de nationale autoriteiten — of het nu positieve verplichtingen betref of een traditionele toets onder lid 2. De minderheid die bij in *Gaskin* pleitte voor een ruimere 'margin' (zie noot 28 *supra*) bestond o.m. uit Ryssdal, Cremona, Matscher en ook Golcuklu. Illustratief is ook een vergelijking tussen EHRM, 23-9-1994, *Jersild v. Denemarken* (A-298), *NJCM-Bulletin* 20-2 (1995) en het (nota bene op dezelfde dag gewezen) *Otto Preminger*-arrest (*supra* noot 24). In *Jersild* kende een meerderheid van het Hof in wezen geen 'margin' toe aan Denemarken, vier rechters (onder wie Ryssdal en Golcuklu) meenden daarentegen dat de Deense autoriteiten 'acted inside the margin of appreciation which must be left to the Contracting States in this sensitive area'. In *Otto Preminger*, dat door een anders samengestelde Kamer werd beslist, waren de verhoudingen omgekeerd. Een meerderheid van zes rechters (onder wie Ryssdal, Golcuklu en Matscher) kende een zeer ruime 'margin' aan Oostenrijk toe, tot ongenoegen van de drie rechters Palm, Pekkanen en Makarczyk (die in *Jersild* weer in de meerderheid waren geweest).