

Artikel 8 van het Europees Verdrag
tot bescherming van de rechten van
de mens

Preadviezen van

mr. J. de Boer

prof.mr. M. de Langen

prof.mr. A.H.J. Swart

ISBN 90 271 3158 9

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Boer, J. de

*Artikel 8 EVRM/pleadviezen van J. de Boer, M. de Langen, A. H. J. Swart. –
Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink. – (Handelingen der Nederlandse Juristen-
Vereniging; 1990, jrg. 120, dl. I)*

ISBN 90-271-3158-9

SISO 390.9 UDC 342.7 NUGI 691

Trefw.: Rechten van de mens.

ALGEMENE INHOUD

Preadviezen over het onderwerp: *Artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*

PREADVIES MR. J. DE BOER

Deel I – Art. 8 EVRM. Algemeen, 1

Deel II – AIDS, 65

PREADVIES PROF. MR. M. DE LANGEN

Deel III – De betekenis van artikel 8 EVRM voor het familierecht, 85

PREADVIES PROF. MR. A. H. J. SWART

Deel IV – Het recht op gezinsleven in het Europees Verdrag en het vreemdelingenrecht, 185

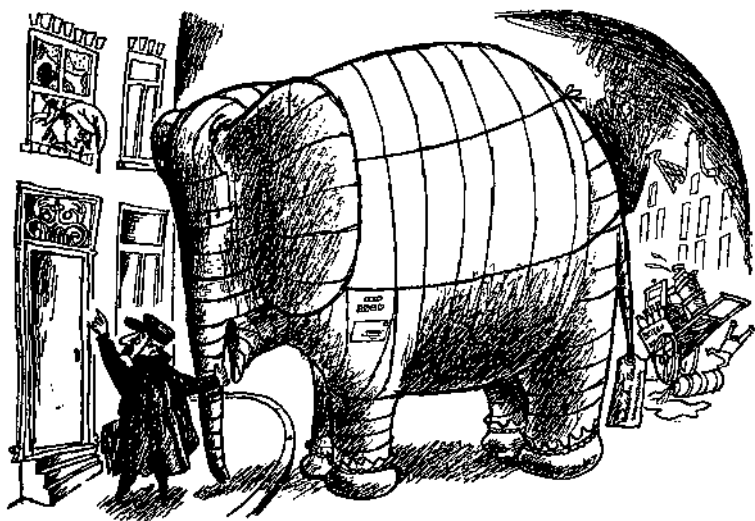
ALFABETISCHE LIJST VAN ARRESTEN VAN HET EUROPESE HOF, 273

AFKORTINGEN, 279

DEEL I

ART. 8 EVRM. ALGEMEEN

Preadvies mr. J. de Boer



Postgeheim

't Is franco en het loopt vanzelf en 't komt uit Pipapete!

Zo, zegt meneer Van Kizzebizzer. En, wat zit er in?

Ik weet het niet, zegt de post. Meneer, hoe kan ik dat nu weten?

Ik kijk nooit in pakketten, hoor, dat is me veel te min.

(Uit 'Meneer van Kizzebizzer', in: Annie M.G. Schmidt, *Veertien uilen*. Met plaatjes van Wim Bijmoer. De Arbeiderspers, Amsterdam 1952, p. 28.)

WOORD VOORAF, 5

1. AUTHENTIEKE TEKSTEN VAN ART. 8 VAN HET VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS EN DE FUNDAMENTELE VRIJHEDEN (EVRM), 6
2. NEDERLANDSE VERTALING VAN ART. 8 EVRM, 8
3. VERDRAGSGESCHIEDENIS VAN ART. 8 EVRM, 8
4. VERGELIJKING MET ART. 17 VAN HET INTERNATIONAAL VERDRAG INZAKE BURGERRECHTEN EN POLITIEKE RECHTEN, 15
5. VERGELIJKING MET DE ART. 10 – 13 GRONDWET, 17
6. 'EVERYONE / TOUTE PERSONNE', 20
 - 6.1. *Kinderen*, 20
 - 6.2. *De ongeboren vrucht*, 21
 - 6.3. *Rechtspersonen*, 22
7. 'THE RIGHT TO RESPECT FOR / DROIT AU RESPECT DE', 23
 - 7.1. *Verticale werking*, 23
 - 7.2. *Horizontale werking*, 25
8. 'PRIVATE LIFE / VIE PRIVÉE', 26
 - 8.1. *Algemeen*, 26
 - 8.2. *Rechtspraak Europese Hof*, 27
 - 8.3. *Catalogus van inbreuken op privé-leven*, 28
 - 8.3.1. Aantasting van en beslissingen over het menselijk lichaam, 28
 - 8.3.2. Onderzoek naar en beïnvloeding van de menselijke geest, 33
 - 8.3.3. Bespieden, schaduwen, af luisteren, aftappen, filmen, op de band vastleggen, lastig vallen, 33

1 p n 4

- 8.3.4. Aantasting van eer en goede naam, 35
- 8.3.5. Persoonsregisters, 36
- 8.3.6. Identificatieplicht, 39
- 8.3.7. Beroepsgeheim, 40
- 9. 'FAMILY LIFE / VIE FAMILIALE', 40
- 10. 'HOME / DOMICILE', 45
- 11. 'CORRESPONDENCE / CORRESPONDANCE', 50
- 12. ARTIKEL 8 LID 2. ALGEMEEN, 51
- 13. 'INTERFERENCE / INGÉRENCE', 52
- 14. 'BY A PUBLIC AUTHORITY / D'UNE AUTORITÉ PUBLIQUE', 53
- 15. 'IN ACCORDANCE WITH THE LAW / PRÉVUE PAR LA LOI', 54
- 16. 'NECESSARY / NÉCESSAIRE', 56
- 17. 'IN A DEMOCRATIC SOCIETY / DANS UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE', 57
- 18. '(IN THE INTERESTS OF) NATIONAL SECURITY / LA SÉCURITÉ NATIONALE', 58
- 19. 'PUBLIC SAFETY / À LA SÛRETÉ PUBLIQUE', 59
- 20. 'ECONOMIC WELL-BEING OF THE COUNTRY / BIEN-ÊTRE ÉCONOMIQUE DU PAYS', 59
- 21. 'FOR THE PREVENTION OF DISORDER / À LA DÉFENSE DE L'ORDRE', 60
- 22. '(FOR THE PREVENTION OF) CRIME / À LA PRÉVENTION DES INFRACTIONS PÉNALES', 62
- 23. 'FOR THE PROTECTION OF HEALTH / À LA PROTECTION DE LA SANTÉ', 62
- 24. '(FOR THE PROTECTION OF) MORALS / (À LA PROTECTION) DE LA MORALE', 63
- 25. 'FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS AND FREEDOMS OF OTHERS / À LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS D'AUTRUI', 63

Deel I – Art. 8 EVRM. Algemeen

WOORD VOORAF

Dit jaar bestaat het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) veertig jaar. Dat wederom – in 1983 kwam art. 6 in bespreking (1) – één der bepalingen van dit verdrag onderwerp vormt van beraadslaging op de jaarvergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging, is uit dat oogpunt heel passend. Ook de keuze van art. 8 voor dit jubileumjaar is een gelukkige. Immers, in de woorden van G.J. Wiarda (zie hierna, 8.1): 'Er is vrijwel niets in het leven van een mens dat niet op de een of andere wijze een als "private" te beschouwen aspect daarvan raakt, en er is nauwelijks enige "interference by a public authority" met het doen en laten van mensen denkbaar dat op het "private life" geen invloed heeft of kan hebben'. Anderszijds, doordat het onderwerp zo veelomvattend is, deed de beperking tot in beginsel 50 pagina's per preadvies zich zwaar voelen. De beschouwingen in dit algemeen deel zijn daarom vaak nogal apodictisch uitgevallen.

In de verhandelingen van mijn mede-preadvisers De Langen (deel III, Personen- en familierecht) en Swart (deel IV, Vreemdelingenrecht) ligt de nadruk op het 'family life'. Zelf heb ik wat extra accent gegeven aan 'private life'. In dit algemeen deel komen de elementen van art. 8 successievelijk aan de orde. Een dergelijke aanpak is weliswaar minder geschikt om voortdurend discussiestof te leveren, maar is mijns inziens – mede gelet op de wijze van toepassing van het EVRM door het Europese Hof voor de rechten van de mens – onontbeerlijk. In par. 8 ('private life/vie privée') wordt een catalogus met een korte bespreking gegeven van belangrijke vormen van aan-

(1) Preadvisers: E.P. von Brucken Fock, E.J. Dommering, P. van Dijk en E.M.H. Hirsch Ballin.

tasting van het recht op respect voor privé-leven. Als onderwerp voor uitvoeriger behandeling heb ik – onder meer met het oog op de actualiteit en ernst van de problematiek – gekozen voor de ziekte AIDS. De daarmee verband houdende juridische aspecten – voor een belangrijk deel betreffen deze het recht op respect voor privé-leven – komen apart aan de orde in deel II hierna.

In beginsel is afgezien van verwerking van andere rechtspraak dan die van het Europese Hof (maar dan niet alleen met betrekking tot art. 8) en de Hoge Raad. Ook verwijzing naar en bespreking van de literatuur is beperkt gebleven (met een uitzondering voor verwijzing naar eigen werk: wederom ter bekorting). Arresten van het Europese Hof worden aangehaald met de naam van de zaak. Achterin dit boek vindt men een alfabetische lijst met data en vindplaatsen. De tekst is afgesloten op 1 januari 1990.

I AUTHENTIEKE TEKSTEN VAN ART. 8 VAN HET VERDRAG TOT
BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS EN DE FUNDAMENTELE
VRIJHEDEN (2)

‘1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.’

‘1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d’une autorité publique dans l’exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu’elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l’ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d’autrui.’

(2) Trb. 1951, 154, p. 8 – 9; S&J 74-I.

De Engelse en Franse tekst zijn gelijkelijk authentiek (slotformule EVRM).

Het EVRM moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van object en doel van het verdrag (art. 31 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht). (3) Wanneer echter vergelijking van de Engelse en Franse tekst een verschil in betekenis oplevert dat niet door toepassing van dit procédé wordt opgeheven (bijvoorbeeld 'in accordance with the law' tegenover 'prévue par la loi'; en 'or crime' tegenover 'et des infractions pénales'), is de uitleg geboden die beide teksten het best met elkaar verzoent, rekening houdend met het object en doel van het EVRM als 'law-making treaty' (dus niet: die zoveel mogelijk de verplichtingen der verdragssluitende staten zou beperken). (4)

Wat betreft de interpretatie van de in de regel vage bepalingen van het EVRM, is nog van belang dat dit verdrag bestemd is voor de 'collective enforcement' van mensenrechten en fundamentele vrijheden.

(5) Het object en doel van het EVRM als een instrument voor de bescherming van individuele mensen verlangt dan ook een uitleg en toepassing die haar waarborgen *praktisch en effectief* maken. (6) Verder dient elke uitleg van de gegarandeerde rechten in overeenstemming te zijn met de algemene geest van het verdrag als instrument bestemd om de idealen en waarden van een democratische samenleving te handhaven en te bevorderen. (7) Het EVRM vraagt om een dynamische, evolutieve uitleg. Het is een levend instrument, dat moet worden uitgelegd in het licht van de hedendaagse omstandigheden. (8) De Conventie met Protocolen moet worden gelezen als een geheel, wat kan leiden tot een lezing van een bepaling in harmonie met an-

(3) Trb. 1972, 54; S&J 171; Ned. vert. Trb. 1977, 169. Zie het Europese Hof voor de rechten van de mens o.a. in de zaken James, par. 61; Lithgow, par. 114; Johnston, par. 51. Achterin het onderhavig boek zijn alfabetisch de data en vindplaatsen van de arresten van het Europese Hof gegeven.

(4) Wemhoff, par. 8; Engels, par. 98; Sunday Times, par. 48; Silver, par. 85; James, par. 42; Brogan, par. 59; Verdrag van Wenen, art. 33 lid 4.

(5) Ireland v. UK, par. 239; Soering, par. 87.

(6) Airey, par. 24 ('The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective') en par. 26; Artico, par. 33; Soering, par. 87.

(7) Kjeldsen, par. 53; Soering, par. 87.

(8) Tyrer, par. 31; Marckx, par. 41 en 58; Airey, par. 26; Johnston, par. 53; Inze, par. 41; F v. Switzerland, par. 33; Soering, par. 102.

dere (bijvoorbeeld art. 8 met art. 12 en art. 2 Protocol I). (9) De preambule – met daarin de ‘rule of law’ (men denke bijvoorbeeld aan rechterlijke controle van huiszoeking en telefoontap (10)) – vormt een integraal deel van de context. (11)

Rekening moet voorts worden gehouden met de algemene rechtsbeginselen, in het bijzonder de ‘general principles of law recognized by civilized nations’. (12)

2 NEDERLANDSE VERTALING VAN ART. 8 EVRM (13)

‘1. Een ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’

Deze uit het Tractatenblad overgenomen tekst is niet authentiek en men doet er goed aan om in voorkomende gevallen achter de desbetreffende Nederlandse term, tussen haakjes de Engelse en Franse te plaatsen, in het bijzonder indien de Nederlandse vertaling (al dan niet bij gebrek aan beter) onjuist of dubieus is. Men denke aan: ‘eerbiediging’, ‘gezinsleven’, ‘huis’, ‘briefwisseling’, ‘bij de wet’, ‘noodig’, ‘openbare orde’, ‘goede zeden’.

3 VERDRAGSGESCHIEDENIS VAN ART. 8 EVRM

De verdragsgeschiedenis is een aanvullend interpretatiemiddel, dat toepassing vindt indien de door art. 31 Verdrag van Wenen geboden

(9) Belgian Linguistic Case (A6), p. 30, par. 1, en p. 33, par. 7; Kjeldsen, par. 52 en 54; Klass, par. 68; Young, James and Webster, par. 57; Abdulaziz, par. 60; Johnston, par. 53 en 57; Soering, par. 103.

(10) Zie Klass, par. 55 – 56.

(11) Verdrag van Wenen, art. 31 lid 2; Golder, par. 34.

(12) Golder, par. 35; vgl. ook Marckx, par. 58.

(13) Trb. 1951, 154, p. 37 – 38.

uitleg (14) de betekenis dubbelzinnig of duister laat of leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is. (15) Wanneer derhalve de bewoording 'sufficiently clear' is, er sprake is van een 'plain and sufficient meaning' en bovendien de via grammaticale analyse bereikte betekenis volledig in harmonie is met het doel van het EVRM, mág volgens het Europese Hof in de zaak Lawless (16) zelfs niet worden gelet op de verdragsgeschiedenis. Dit alles doet nogal ouderwets aan en het Hof lijkt er inmiddels op te zijn teruggekomen. (17) Anderzijds kan wel worden gezegd dat bij mensenrechtenverdragen de verdragsgeschiedenis in het algemeen van minder gewicht is dan bij verdragen van het traditionele type. (18)

De verdragsgeschiedenis van art. 8 kan het best worden beschreven aan de hand van de verschillende versies die achtereenvolgens zijn voorgedragen. Ik geef alleen de Engelse teksten uit de Travaux Préparatoires (TP). (19)

a. In de concept-European Convention on Human Rights die op 12 juli 1949 door de Internationale Juridische Sectie van de Europese Beweging aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa werd voorgelegd, was in art. 1 aanhef en onder g - h bepaald (TP I, p. 296):

'Every State-party to this Convention shall guarantee to all persons within its territory the following rights: (...)

g. The natural rights deriving from marriage and paternity and those pertaining to the family.

h. The sanctity of the home.'

(14) Zie hiervoor, noot 3.

(15) Verdrag van Wenen, art. 32.

(16) Lawless, p. 51 - 53, par. 14; vgl. ook Golder, par. 36.

(17) Johnston, par. 52; vgl. ook Kjeldsen, par. 50; James, par. 64; en Lithgow, par. 117.

(18) In de woorden van de Inter-American Court of Human Rights (8 sept. 1983): 'In the case of human rights treaties, moreover, objective criteria of interpretation that look to the texts themselves are more appropriate than subjective criteria that seek to ascertain only the intent of the Parties. This is so because human rights treaties, as the Court has already noted, "are not multilateral treaties of the traditional type concluded to accomplish the reciprocal exchange of rights for the mutual benefit of the contracting States"; rather their object and purpose is the protection of the basic rights of individual human beings, irrespective of their nationality, both against the State of their nationality and all other contracting States.' Zie R. Bernhardt in: Protecting human rights: the European dimension (bundel G.J. Wiarda), 1988, p. 68 - 69.

(19) Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of the European Convention on Human Rights, 1975 - 1985.

Voorts luidde art. 3 (p. 298):

'The rights specified in Articles 1 and 2 shall be subject only to such limitations as are in conformity with the general principles of law recognized by civilized nations and as are prescribed by law for:

- a. Protecting the legal rights of others;
- b. Meeting the just requirements of morality, public order (including the safety of the community), and the general welfare.'

b. De Raadgevende Vergadering (tegenwoordig geheten: Parlementaire Vergadering) van de Raad van Europa nam de kwestie in bespreking. Een concept-vragenlijst d.d. 22 aug. 1949, opgesteld door P.H. Teitgen ten behoeve van het Juridisch Comité, hield onder meer in (p. 160):

'Should the list of liberties collectively guaranteed, subject to the internal laws of each country, include:

(...)

- g. Natural rights appertaining to marriage, paternity and the family ?
- h. inviolability of domicile ?'

c. In het discussiestuk van Teitgen d.d. 29 aug. 1949 werd voorgesteld onder I (p. 166, 168):

'The Convention and the procedure to be determined by the Committee later will guarantee to all persons residing within the metropolitan territory of a member State the fundamental rights and freedoms enumerated below: (...)

Inviolability of privacy, home, correspondence and family, in accordance with Article 12 of the United Nations Declaration.'

En onder IV (p. 168, 170):

'In the exercise of these rights, and in the enjoyment of the freedoms guaranteed by the Convention, no limitations will be imposed except those established with the sole object of ensuring recognition and respect for the rights and freedoms of others, or with the purpose of satisfying the just requirements of public morality, order and security and general welfare in a democratic society. These rights and freedoms may in no case be exercised contrary to the aims and principles of the Council of Europe.'

d. De voorstellen van Teitgen werden besproken en geamendeerd. Een amendement inhoudende schrapping van de onschendbaarheid van privé-leven, huis, correspondentie en gezin (Lord Layton), werd verworpen (p. 172). Andere amendementen werden aangenomen (p. 172, 178, 180), leidend tot de volgende tekst (art. 1 onder 4; p. 206):

'Immunity from all arbitrary interference in private life, home, correspondence and family, in accordance with Article 12 of the Declaration of the United Nations;'

En art. 6 (p. 208):

'The exercise of these rights, the enjoyment of the liberties guaranteed by the Convention, shall only be limited by requirements of laws whose sole aim is to ensure the recognition and respect for the rights and liberties of others, and by the just requirements of public morality, order and security in a democratic society.'

e. In het uiteindelijke zgn. rapport-Teitgen, op 5 sept. 1949 aangeboden aan de Raadgevende Vergadering, waren nog enkele ondergeschikte wijzigingen aangebracht (art. 1 onder 4; p. 228):

'Freedom from arbitrary interference in private and family life, home and correspondence, in accordance with Article 12 of the United Nations Declaration;'

En art. 6 (p. 230):

'In the exercise of these rights, and in the enjoyment of the freedoms guaranteed by the Convention, no limitations shall be imposed except those established by the law, with the sole object of ensuring the recognition and respect for the rights and freedoms of others, or with the purpose of satisfying the just requirements of public morality, order and security in a democratic society.'

Interessant is dat in het rapport-Teitgen nadrukkelijk wordt gewezen op de afwijking in beschermingsomvang van art. 1 onder 4 ten opzichte van art. 12 Universele Verklaring (UV) waarnaar het overigens verwijst. Art. 12 UV luidt: 'No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence,

nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks'.

(20) De aantasting van eer en goede naam is echter opzettelijk niet in art. 1 onder 4 opgenomen. (21)

Binnen het Juridisch Comité waren er stemmen opgegaan om de zgn. 'family rights' ('a. freedom from all arbitrary interference in family life; b. the right to marry and to found a family; c. the prior right of parents to choose the kind of education to be given to their children') weg te laten, aangezien deze niet essentieel leken te zijn voor het functioneren van democratische instellingen. De meerderheid van het Comité vond echter dat de raciale huwelijksbeperkingen door totalitaire regimes en de gedwongen 'regimentation' van kinderen en jonge mensen, in absolute zin verboden dienden te worden (p. 220). De tekst van art. 1 (4) en art. 6 in het rapport-Teitgen werd zonder wijziging overgenomen in de Aanbeveling 38 d.d. 8 sept. 1949 van de Raadgevende Vergadering aan het Comité van Ministers (TP II, p. 276; V, p. 184).

f. Het Comité van Ministers stelde een Comité van Deskundigen in. Dit kon niet tot overeenstemming komen, onder meer niet over de wenselijkheid van een zo groot mogelijke *precisering* in de formulering van de vrijheidsrechten, inclusief de beperkingsmogelijkheden. Vooral het Verenigd Koninkrijk was daarvan voorstander, maar ook Nederland. (22) Het Verenigd Koninkrijk kwam met concrete teksten. Daarin ontbrak echter een bepaling over privé-leven enz. (TP III, p. 280).

Wel was men het erover eens dat verwijzingen naar bepalingen uit de Universele Verklaring behoorden te worden weggewerkt. Dit alles leidde ertoe dat bij het eindrapport van het deskundigencomité twee varianten waren gevoegd. Een variant A, gebaseerd op de Aanbeveling nr. 38 van de Raadgevende Vergadering en een variant B – met grotere precisering – , die stoelde op de Britse voorstellen. Alleen variant A bevatte een bepaling over privé-leven enz., te weten art. 3 (4): (23)

(20) Voor de geschiedenis van deze bepaling zie A. Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, 1964, p. 138 – 143.

(21) TP I, 218, onder 7; zie ook TP III, 8 en 262; TP IV, 22.

(22) Zie bijvoorbeeld TP III, 254; TP IV, 10, 108, 178, 210, 248.

(23) TP IV, 52; zie ook TP III, 222 en 236.

‘No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence. Everyone has the right to the protection of the law against such interference’.

Zoals men kan zien, is dit een duplicaat van art. 12 UV, zónder de ‘attacks upon his honour and reputation’.

Voorts bevatte versie A een algemene beperkingsbepaling (art. 6):
(24)

‘In the exercise of these rights and in the enjoyment of the freedoms secured by the Convention, no limitation shall be imposed except those established by the law, with the sole object of ensuring the recognition and respect for the rights and freedoms of others, and in order to satisfy the just requirements of public morality and order, national security and territorial integrity, as well as the smooth working of administration and justice in a democratic society.’

g. Vervolgens werd een conferentie van hoge regeringsambtenaren belegd. Deze bereikte een compromis dat, wat de formulering van de vrijheidsrechten betreft, neerkwam op een overwinning der ‘preciezen’. Versie B werd namelijk als basis genomen (TP IV, p. 258). In de loop der behandeling had overigens het Verenigd Koninkrijk al voorgesteld dat een privacybepaling zou worden ingevoegd (‘Art. ... On privacy ...’ ; p. 188). Deze werd vervolgens aldus door haar delegatie uitgewerkt (p. 202):

‘Article proposed by the delegation of the United Kingdom.1. Everyone shall have the right to freedom from governmental interference with his privacy, family, house or correspondence.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of this right other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety, for the prevention of disorder or crime or for the protection of health or morals.’

h. De uitkomst van de conferentie der regeringsambtenaren was een concept-verdrag met als art. 8 (TP IV, p. 222, 258):

(24) TP IV, 54; zie ook TP III, 224 (art. 7), en TP III, 238, beide met enige afwijkingen.

'1. The right to privacy in respect of family, home and correspondence shall be recognized.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of these rights except such as is in accordance with law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety, for the prevention of disorder or crime or of the protection of health or morals.'

Opvallend is dat de 'governmental interference' uit lid 1 van het Britse concept als 'interference by a public authority' was overgebracht naar lid 2; zie hierna, 7.2.

i. Deze tekst werd voorgelegd aan de Raadgevende Vergadering. Op voorstel van het Verenigd Koninkrijk werd art. 8 lid 2 aangevuld met 'het economisch welzijn van het land' en met 'de rechten en vrijheden van anderen'. Dit werd door haar aldus toegelicht (TP V p. 66, 68, 74).

'Art. 8. In its present form this Article does not provide either for the rules under which the party to a civil action may be compelled to give disclosure of his documents to the other party or for the powers of inspection (for example the opening of letters which are suspected of attempting to export currency in breach of Exchange Control Regulations) which may be necessary in order to safeguard the economic well-being of the country.'

Dit een en ander resulteerde in bewoordingen (25) die – behoudens dat in lid 2 nog werd gesproken van 'with law' in plaats van 'with the law' (26) – overeenstemden met de hiervoor in par. 1 afgedrukte definitieve tekst van art. 8 van het op 4 nov. 1950 in Rome door het Comité van Ministers getekende verdrag (TP VII, p. 54, 56).

(25) TP V, 80; zie ook TP V, 126, 150, TP VI 198, 246.

(26) Vergelijk art. 2 lid 3 van Protocol IV EVRM ('with law').

4 VERGELIJKING MET ART. 17 VAN HET INTERNATIONAAL VERDRAG INZAKE BURGERRECHTEN EN POLITIEKE RECHTEN (27)

In beginsel is denkbaar – al staat het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) in een geheel andere politieke en sociale context – dat bepalingen van het EVRM worden uitgelegd aan de hand van bepalingen van het IVBPR. (28) Van art. 17 van dit verdrag luidt de Engelse tekst:

- ‘1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.
2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.’

Deze tekst is bijna letterlijk gelijk aan die van art. 12 UV (zie hiervoor, par. 3 onder e). De enige wijziging van belang is dat tweemaal ‘unlawful’ werd toegevoegd. (29)

Vergelijkt men art. 17 IVBPR en art. 8 EVRM, dan lijkt art. 17 – althans op het eerste gezicht – in de volgende opzichten verder te gaan:

- ‘unlawful attacks on his honour and reputation’ worden uitdrukkelijk genoemd in art. 17 IVBPR. Zoals wij zagen (par. 3 onder e), zijn zij opzettelijk weggelaten in art. 8 EVRM. De eer en reputatie worden dan ook door het EVRM slechts beschermd voor zover zij onder privé-leven zijn onder te brengen;
- art. 17 IVBPR bevat geen beperking tot ‘a public authority’ zoals art. 8 lid 2 EVRM, en kan dus in zijn geheel van toepassing zijn op verhoudingen tussen burgers onderling; (30) men zie uit een recent commentaar van de UN Human Rights Committee op art. 17: ‘In the view of the Committee this right is required to be guaranteed against

(27) Trb. 1969, 99, p. 2 e.v. (Engelse en Franse tekst; verder zijn nog authentiek de Chinese, Russische en Spaanse tekst) met Nederlandse vertaling; S&J 74-I.

(28) Müller, par. 27; Soering, par. 88 (en 108); Groppera, par. 61.

(29) Voor de discussie hierover zie M.J. Bossuyt, *Guide to the ‘Travaux Préparatoires’*, 1987, p. 341 – 344.

(30) Voor de verdragsgeschiedenis van art. 17 op dit punt zie Bossuyt, a.w., p. 341, 342, 347.

all such interferences and attacks whether they emanate from State authorities or from natural or legal persons'. (31)

- Art. 17 lid 1 IVBPR spreekt van 'arbitrary or unlawful interference'; art. 8 lid 2 van 'interference in accordance with the law'. Dit heeft echter geen consequenties door de uitleg van 'law' door het Europese Hof voor de rechten van de mens (zie par. 15), nog afgezien van de verdere inhoud van art. 8 lid 2.

Anderzijds lijkt art. 17 IVBPR in de volgende opzichten beperkter te zijn:

- Art. 17 IVBPR bevat niet de precieze uitwerking der beperkingsmogelijkheden van art. 8 lid 2 EVRM (met het noodzakelijkheidsvereiste); in dit opzicht biedt het in beginsel minder bescherming tegen overheidsinmenging.

- Art. 17 spreekt zowel in lid 1 als lid 2 van 'interference', terwijl art. 8 EVRM in lid 1 de ruimere term 'respect for' hanteert. Het is dan ook minder gemakkelijk om uit art. 17 positieve verplichtingen van de staat af te leiden.

Dat art. 17 IVBPR in het Engels spreekt van 'privacy' en art. 8 EVRM van 'private life' - beide met het Franse equivalent 'vie privée' - , heeft geen betekenis. (32)

Wat de 'family' in art. 17 lid 1 IVBPR betreft, zij er ten slotte op gewezen dat de art. 23 en 24 IVBPR bijzondere bepalingen bevatten ter bescherming van 'family' (33) en kinderen, die ontbreken in het EVRM, behoudens art. 12 EVRM en art. 5 Protocol VII EVRM (dat op 1 nov. 1988 in werking is getreden maar door Nederland niet dan na 'uitvoerige nadere studies' zal worden bekrachtigd (34)). Deze laatste bepaling heeft overigens een zodanige formulering gekregen dat op taalkundige gronden niet meer kan worden volgehouden dat zij geen directe werking zou hebben. (35) Voorts is er uiteraard het recente VN-Verdrag inzake de rechten van het kind.

(31) CCPR/C/21/Add. 6, 31 maart 1988; ook in Information Sheet nr. 23, Council of Europe 1989, p. 165.

(32) Zie de verdragsgeschiedenis in par. 3. Het verdrag persoonsgegevens (zie hierna, noot 39) gebruikt ook de Engelse term 'privacy'. Idem het Europese Hof in de zaak Markt intern (par. 35).

(33) Het lijkt er overigens op dat hier het 'kerngezin' is bedoeld (vgl. par. 9).

(34) NJB 1988, p. 1465.

(35) Vergelijk HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510. Verdragsformuleringen als 'The High Contracting Parties undertake' hoeven overigens aan directe werking niet in de weg te staan: Mathieu-Mohin, par. 48 - 50.

Aangezien art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR in beginsel gelijke directe werking in de Nederlandse rechtsorde hebben, dient men zich te richten naar de bepaling die in de gegeven omstandigheden de meeste bescherming biedt.

5 VERGELIJKING MET DE ART. 10 – 13 GRONDWET

Het is wenselijk en geëigend om de uitleg van de Nederlandse grondwetsbepalingen zoveel mogelijk af te stemmen op die van corresponderende (autonome) bepalingen in het EVRM. (36) Omgekeerd is voor de uitleg van het EVRM van belang of uit de nationale 'legal and social orders' van de lidstaten van de Raad van Europa (en dan natuurlijk in het bijzonder hun constitutionele tradities) een gemeenschappelijke Europese maatstaf kan worden gedestilleerd. Het Hof spreekt in dit verband van het al dan niet bestaan van 'a uniform European conception' (Handyside, par. 48; Müller, par. 35), 'commonly accepted standards' (Tyer, par. 31; Soering, par. 102), 'common standards pointing to a uniform European notion' (Deumeland, par. 63; Feldbrugge, par. 29), 'common ground' (Rees, par. 37) en 'common feature of the legal systems' (Gillow, par. 69).

De tekst van de met de art. 8 EVRM corresponderende Nederlandse grondwetsbepalingen is:

Art. 10. 1. Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

2. De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.

3. De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.

Art. 11. Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.

Art. 12. (37) 1. Het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner is alleen geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen.

(36) Zie HR 9 jan. 1987, NJ 1987, 928 (bijstandsmoeder) r.o. 4.4.; en ten aanzien van het begrip vrijheidsontneming HR 9 dec. 1988, NJ 1990, 265, AB 1989, 121 (Schiphol-Oost).

(37) Aangevuld bij wet van 3 juni 1987, Stb. 270.

2. Voor het binnentreden overeenkomstig het voorgaande lid zijn voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden vereist, behoudens bij de wet gestelde uitzonderingen. Aan de bewoner wordt een schriftelijk verslag van het binnentreden verstrekt.

Art. 13. 1. Het briefgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.

2. Het telefoon- en telegraafgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

Deze bepalingen lijken in de volgende opzichten verder te gaan dan art. 8 EVRM:

– ‘de wet’ ziet, in tegenstelling tot ‘the law’ (art. 8 lid 2 EVRM), op een *formele* wet, al is delegatie in de art. 10 – 12 Gw mogelijk. Een belangrijke vraag zal telkens zijn of, rekening houdend met de mate van ingrijpendheid van de inbreuk en het kader waarin deze plaatsvindt

– zo is in art. 1 Sr en art. 1 Sv een legaliteitsbeginsel neergelegd –, een wetsbepaling voldoende *specifiek* is om geacht te kunnen worden zelf de desbetreffende bevoegdheid tot inbreuk aan de overheid toe te kennen, dan wel de mogelijkheid van toekenning te hebben gedelegeerd: HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386 (fluoridering drinkwater), en HR 10 april 1984, NJ 1984, 612 (broodzoutjodering); vgl. ook HR 27 juni 1986, NJ 1987, 898 (methadonbrief). Denkbaar is voorts, indien onomstotelijk vaststaat dat de wetgever heeft gedelegeerd, dat de *mate* van delegatie, gelet op de aard van de materie, ongrondwettig moet worden geacht. (38)

– Uitdrukkelijk worden aan de wetgever positieve verplichtingen opgelegd met betrekking tot het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens (art. 10 leden 2 en 3 Gw). (39)

– De onaantastbaarheid van het menselijk lichaam is uitdrukkelijk vermeld (art. 11), al dient dit volgens de regering slechts om onzeker-

(38) Zie Naar een nieuwe grondwet, deel 15, p. 23 (en deel 18, p. 417; deel 23, p. 105); en J. de Boer, Grondwettelijke codificatie-opdracht en risico-aansprakelijkheid: Paard van Troje in het ontwerp-Wet Bodembescherming, AA 1987, p. 470 e.v.

(39) Wat art. 8 EVRM betreft, kan echter worden gewezen op het eveneens in het kader van de Raad van Europa tot stand gekomen Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, van 28 januari 1981, Trb. 1988, 7.

heid over de grondwettelijke bescherming van dit recht (in verband met art. 10) op te heffen. (40)

- Het binnentreden van woningen wordt vergaand geregeld (art. 12 Gw) (de Algemene wet op het binnentreden gaat zelfs nog verder (41)).

- Delegatie is uitgesloten ten aanzien van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim (art. 13 Gw); voorts is wat het briefgeheim betreft, inbreuk slechts mogelijk op last van een rechter (art. 13 lid 1 Gw).

Anderzijds lijkt art. 8 EVRM in de volgende opzichten méér te bieden:

- Aan de materiële kwaliteit van de 'law' worden bepaalde eisen gesteld (zie par. 15).

- Een precisering als in art. 8 lid 2 EVRM (doelcriteria en noodzakelijkheidsvereiste) ontbreekt in de hier bedoelde grondwetsbepalingen; voorts bevat de Grondwet een algemene beperkingsmogelijkheid op grond van vrijheidsontneming (waarvan de betekenis niet geheel duidelijk is). (42)

- 'Family life' ontbreekt in de Grondwet.

- Een 'right to respect for his home' heeft niet slechts betrekking op het binnentreden van een woning, maar ook op na het binnentreden uitgeoefende handelingen ter opsporing en controle.

- Een 'right to respect for his correspondence' biedt wellicht meer ruimte dan het brief-, telefoon- en telegraafgeheim.

- Art. 8 lid 1 EVRM kan ook wat betreft 'home' en 'correspondence' worden toegepast in verhoudingen tussen burgers onderling; de art. 12 en 13 Gw daarentegen lijken uitsluitend betrekking te hebben op overheidsoptreden.

Een zeer belangrijk verschil is uiteraard dat art. 8 EVRM kan leiden tot buiten toepassing laten van een formele Nederlandse wet (art. 94 Gw), (43) terwijl de rechter niet mag treden in de beoordeling van de

(40) Naar een nieuwe grondwet, deel 18, p. 436.

(41) De AWB (Kamerstukken 19073) verlangt immers een machtiging en spreekt van 'zonder toestemming' in plaats van 'tegen de wil'.

(42) Art. 13 lid 4 Gw: 'Hij aan wie rechtmatig zijn vrijheid is ontnomen, kan worden beperkt in de uitoefening van grondrechten voor zover deze zich niet met de vrijheidsontneming verdraagt'. Zie Naar een nieuwe grondwet, deel 15, p. 50, 98, 208 - 209. Wat art. 8 EVRM betreft, vgl. hierna, par. 12.

(43) Art. 8 kan in beginsel direct werken (HR 22 febr. 1985, NJ 1986, 3, r.o. 3.5), maar niet is uitgesloten dat de omstandigheden zo zijn dat een oplossing niet kan worden

grondwettigheid van wetten (en verdragen) (art. 120 Gw). Deze laatste bepaling hoeft echter niet uit te sluiten dat de rechter komt tot een ingrijpende grondwetsconforme *uitleg* van de wet of grondwetsconforme *inpassing* in het stelsel van de wet. Eerder (44) heb ik deze laatste methode aldus beschreven, dat de rechter een nieuwe regel of een samenstel van nieuwe regels creëert naast de bestaande regels, nadat door uitleg eerst is vastgesteld dat het stelsel van de bestaande regels zich daartegen niet verzet. De rechtspraak van de laatste jaren doet zien dat de Hoge Raad, althans wat het EVRM betreft, bereid is met deze methode heel ver te gaan. (45) Zelfs kan men in een enkel geval een overstap constateren van buiten toepassing laten van de wet naar verdragsconforme uitleg of inpassing. (46) Buiten toepassing laten is dus voor een belangrijk deel overbodig geworden en daarmee kan uiteraard het hiervoor aangegeven verschil in werking (kracht) van een verdrags- en grondwetsbepaling afnemen. Inmiddels heeft – naar aanleiding van een amendement bij de totstandkoming van de Wet Bodembescherming – ook de wetgever een sterk staaltje van grondwetsconforme uitleg ‘tegen de letter van de wet’ te zien gegeven. (47)

6 ‘EVERYONE / TOUTE PERSONNE’

6.1 Kinderen

Onder de term ‘everyone/toute personne’ zijn ook kinderen begrepen. (48) Aldus het Europese Hof ten aanzien van art. 8 in o.a. de za-

→
geacht binnen de rechtsvormende taak van de rechter te vallen. Zie HR 3 jan. 1975, NJ 1975, 187 (transseksualiteit), HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510 (gezamenlijke voogdij), HR 12 okt. 1984, NJ 1985, 230 (optie Nederlanderschap), en HR 23 sept. 1988, NJ 1989, 740 (naamrecht), HR 19 jan. 1990, RvdW 1990, 28 (salaris curator) en HR 31 jan. 1990, RvdW 1990, 61.

(44) Het EVRM en het Nederlandse en Belgische personen-, familie- en jeugdrecht, Bockenrecks FJR nr. 4, 1987, p. 5 – 6.

(45) HR 22 febr. 1985, NJ 1986, 3 (verruimd omgangsrecht) en HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585 – 588 (gezamenlijk gezag); zie mijn noten in NJCM-Bulletin 1985, p. 21 e.v. en p. 344 e.v.

(46) Zie wat ik schreef in NJB 1986, p. 276 r.k., NCJM-Bulletin 1986, p. 352 – 353, en NJCM-Bulletin 1987, p. 306 – 307 (aan te vullen met de uitspraken over erkenning: NJ 1989, 170, en RvdW 1989, 253).

(47) Voor de spannende verwikkelingen zie AA 1987, p. 470 e.v., in het bijzonder p. 475, 476.

(48) Zie ook art. 16 van het recente VN-Verdrag inzake de rechten van het kind.

ken Kjeldsen (par. 52) en Eriksson (par. 89) (49) en ten aanzien van art. 5 in de zaak Nielsen (par. 58). Dit betekent uiteraard niet zonder meer dat kinderen zelf procesbevoegdheid hebben. De toegang tot de rechter ('the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters') wordt in het bijzonder gegarandeerd door art. 6 EVRM (Golder, par. 36) en die bepaling biedt plaats aan 'inherente beperkingen', o.a. ten aanzien van minderjarigen (Golder, par. 39). Wel meen ik dat in geval van een conflict met de wettelijke vertegenwoordiger(s), inclusief niet-vermogensrechtelijke (opvoedings)geschillen, het kind als 'belanghebbende' moet worden aangemerkt in de zin van art. 960 lid 2 Rv en derhalve ontvankelijk is in een verzoek aan de kantonrechter tot benoeming van een bijzonder curator. De kantonrechter kan het verzoek afwijzen, onder meer omdat het conflict niet voldoende reëel is.

In dit verband is het overigens van belang dat het recht op respect van 'family life' ook zekere *procedurele* garanties kan impliceren, zoals het betrokken worden in het beslissingsproces omtrent kinderbeschermingsmaatregelen (*W v. UK*, par. 61 – 62; *B v. UK*, par. 62 – 63; *R v. UK*, par. 66 – 67; deze zaken betroffen overigens de ouders).

6.2 De ongeboren vrucht

De Europese Commissie voor de rechten van de mens (ECRM) neigt ertoe om wat betreft art. 2 EVRM de ongeboren vrucht niet onder de term 'everyone/toute personne' begrepen te achten. Een der argumenten is dat de andere bepalingen waarin de term voorkomt (art. 5, 6, 8 – 11 en 13 EVRM) 'bijna uitsluitend' – als uitzondering noemt de Commissie mogelijke toepassing van art. 6 lid 1 – reeds geborenen kunnen betreffen. (50) Dit standpunt is, wat er zij van de onderbouwing, in overeenstemming met de traditie ('Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur'). Redelijk is het echter om aan te nemen dat de eveneens aloude – overal binnen de Raad van Europa geldende – regel neergelegd in ons art. 1:2 BW ('nasciturus pro iam

(49) Idem onder meer HR 23 maart 1984, NJ 1984, 456 (omgangsrecht). Zie ook Naar een nieuwe grondwet, deel 15, p. 11.

(50) Europese Commissie 13 mei 1980, Decisions & Reports 19, 244, NJ 1981, 110, NJB 1981, p. 143. Het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof ontkende *expliciet* dat de vrucht onder 'everyone' valt (11 okt. 1974, Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes B. 39, Nr. 7400, p. 227 – 230; Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1975, p. 74 (77 – 78)).

nato habetur quotiens de commodo eius agitur') ook hier geldt, waarbij het 'belang' alleen betrekking heeft op de rechten waarvan de mens na de geboorte het genot kan hebben. (51) In dit verband bedenke men dat 'family life' niet slechts sociale, morele of culturele relaties omvat, maar ook materiële belangen (Marckx, par. 52).

6.3 Rechtspersonen

Ook rechtspersonen kunnen begrepen zijn onder de algemene term 'everyone'. (52) Wel kan de aard van het recht tot een uitsluiting leiden. (53) Zo heeft een rechtspersoon nimmer 'family life'. Zekere vormen van 'private life' – in de woorden van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen: 'privé-sfeer' (zie par. 10) – daarentegen kunnen haar moeilijk worden ontzegd (men denke hier aan inbreuken door binnentreden en doorzoeken, spioneren en af-luisteren, persoonsregistraties (54)). Ook aantasting van eer en goede naam is niet uitgesloten; wellicht evenmin een 'home' (zie hierna, par. 10); en zeker niet een 'correspondence'.

(51) Ten aanzien van art. 1:2 BW heb ik dit eerder betoogd (op rechtshistorische gronden) (Boekenreeks FJR nr. 4, 1987, p. 8). Zie overigens ook de tweede zin van art. 1:2 BW.

(52) Zie HR 16 okt. 1987, NJ 1988, 850 (geluidsband) met conclusie van A-G Asser onder 5.3. Vergelijk ten aanzien van art. 10 EVRM de uitspraak van het Europese Hof in de zaak Sunday Times (Times Newspapers Limited) (impliciet); ten aanzien van art. 11 de zaken Swedisch Engine Drivers en National Union alsmede HR 25 juni 1982, NJ 1983, 295 – 296; en ten aanzien van art. 6 HR 24 april 1984, NJ 1984, 671, HR 3 juni 1986, NJ 1987, 174, en HR 8 sept. 1987, NJ 1988, 453. Een *uitdrukkelijke* uitspraak omtrent de toepasselijkheid ontbreekt nog. In HR 10 dec. 1974, NJ 1975, 178, AA 1975, 673 (plezier-vaartuigen) liet de Hoge Raad in het midden of de Stad Rotterdam NV een beroep op art. 8 lid 1 EVRM toekwam. Het ging hier overigens, blijkens het cassatiemiddel, primair om het privé-leven enz. van de *verzekerden*.

(53) Naar een nieuwe grondwet deel 15, p. 11. Zie uit de BRD, art. 19 lid 3 Grundgesetz.

(54) Art. 3 (2)(b) van het Verdrag persoonsgegevens (Trb. 1988, 7). In de Nederlandse Wet persoonsregistratie (Stb. 1988, 665) is niet van deze mogelijkheid gebruik gemaakt (art. 1).

7.1 *Verticale werking*

Dit 'respect' betekent in de eerste plaats ('firstly', 'primarily', 'essentially') dat de overheid zich dient te onthouden van willekeurige inmenging ('arbitrary interference'). Deze *negatieve* verplichting van de overheid (c.q. dit afweerrecht van de burger tegenover de overheid) wordt uitgewerkt in art. 8 lid 2 (zie verder par. 12 e.v.). Daarnaast echter kan een effectief respect ook *positieve* verplichtingen

– soms slechts inspanningsverbintenissen (55) – van de staat impliceren. Hierbij valt o.a. te denken aan:

– wetgeving die een integratie van een onwettig kind in zijn familie vanaf het moment van de geboorte mogelijk maakt, en een normale ontwikkeling van de banden met verwanten (Marckx, par. 31, 45; Johnston, par. 72, 74);

– wetgeving die onder omstandigheden de plicht van echtgenoten tot samenleving opheft (Airey, par. 33; Johnston, par. 57);

– het daadwerkelijk verzekeren van een effectief recht van toegang tot de rechter teneinde tot scheiding van tafel en bed te komen (Airey, par. 25, 32);

– het treffen van (in casu strafrechtelijke) maatregelen ter verzekering van respect voor het privé-leven (in casu seksuele leven), zelfs in de sfeer van verhoudingen tussen particulieren onderling (X and Y, par. 23); bij een tekortschieten in dit opzicht schendt de staat (ook zelf) art. 8 (en art. 1 (56));

– het creëren van bepaalde mogelijkheden tot inzage in een kinderschermingsdossier (Gaskin, par. 37);

– het onder bepaalde omstandigheden moeten toelaten van verwanten van reeds gevestigde immigranten (Abdulaziz, par. 67).

Zo er op grond van art. 8 recht zou bestaan – quod non 'for the time being' – op wijziging of aanvulling van het geboorteregister in verband met transseksualiteit, dan zou dat ook berusten op een positieve verplichting; de enkele weigering van de overheid om het geboorteregister te wijzigen of om een geboortecertificaat af te geven dat naar inhoud en aard afwijkt van het geboorteregister, kan namelijk niet als 'interference' worden beschouwd (Rees, par. 35).

(55) Plattform, par. 34.

(56) Art. 1 EVRM: 'The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention'.

Uit art. 8 is niet de verplichting van de staat af te leiden om ongehuwden een status te verschaffen analoog aan die van gehuwden (Johnston, par. 68).

Het is niet altijd eenvoudig om uit te maken of het gaat om positieve dan wel negatieve verplichtingen. Het Europese Hof liet dat in de zaken, O, H, W, B en R v. UK dan ook in het midden. Kinderbeschermingsmaatregelen zijn in de regel zonder twijfel (negatieve) *inmengingen*. Maar wat te denken van het omgangsrecht? Ervan uitgaande dat een verantwoordelijkheid van de staat bestaat, kan men dan zeggen dat een eventuele tekortkoming in wetgeving of rechtspraak bij de realisering van een omgangsrecht tegen de wil van de ouder-voogd, een inmenging oplevert ten opzichte van de ouder-niet-voogd? (57) De Hoge Raad past schijnbaar zonder aarzeling lid 2 toe. (58) Ook ten aanzien van de adoptiewetgeving lijkt – ondanks HR 22 juli 1986, NJ 1987, 316, waarin aan art. 8 lid 2 wordt getoetst – eerder sprake te zijn van eventuele *positieve* verplichtingen. De uitsluiting van bezoek aan een gedetineerde is daarentegen terecht als inmenging aangemerkt (HR 12 sept. 1986, NJ 1987, 944). Zie voor het Europese Hof de zaken Olsson (par. 59) en Berrehab (par. 23).

Ten aanzien van de continuering van de ouderlijke macht na echtscheiding (HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510) zou men kunnen betogen dat het gaat om een *negatieve* verplichting; de ouders hadden immers al de ouderlijke macht, de wet ontnemt hun die. Bij het creëren van ouderlijke macht ten behoeve van ongehuwden daarentegen (HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585 – 588) – zo men daarbij al art. 8 zou willen betrekken naast art. 14 – kan men stellen dat het gaat om *positieve* verplichtingen. De kwestie is, zoals al aangestipt, niet geheel zonder belang, omdat bij positieve verplichtingen lid 2 van art. 8 niet rechtstreeks van toepassing is. In het Marckx-arrest (par. 31) stelde het Europese Hof dat men bij positieve verplichtingen niet toekomt aan lid 2, maar in het arrest-Rees (par. 37; zie ook Gaskin, par. 42, en Powell, par. 41) wordt overwogen dat als het gaat om de vraag of een positieve verplichting bestaat, gelet moet worden op een te bereiken juist evenwicht tussen het algemene belang van de gemeenschap en de belangen van de individuele burger, en dat daarbij de doeleinden genoemd in lid 2 wel een zekere relevantie kunnen hebben. In elk ge-

(57) Zie wat ik schreef in NJB 1982, p. 128 r.k.

(58) Vaste rechtspraak: zie NJB 1982, p. 129 – 130 en nadien met name HR 22 febr. 1985, NJ 1986, 3, r.o. 3-5.

val geldt ook dan het beginsel van de proportionaliteit (Gaskin, par. 49); zie hierna, par. 16, over 'necessary'.

7.2 Horizontale werking

Het Europese hof heeft tot nu toe in het midden gelaten of de bepalingen in het EVRM over de individuele vrijheidsrechten ook gelding hebben – direct of indirect – in verhoudingen tussen burgers onderling ('to relations between "individuels *stricto sensu*"') (Swedish Engine Drivers, par. 37, en Schmidt and Dahlström, par. 33). Wellicht gaat het arrest *X and Y v. The Netherlands* (59) in de richting van een bevestigende beantwoording, doordat het Hof daarin spreekt van respect voor het privé-leven in de sfeer van verhoudingen tussen particulieren onderling (par. 23). En in het arrest-Nielsen vraagt het Hof zich af (par. 64) of de beslissing van een ouder tot opnemning van een 12-jarig kind in een psychiatrische afdeling van een ziekenhuis een vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 EVRM opleverde. Wat art. 8 EVRM betreft, is het antwoord van de Hoge Raad in de zaak over de bespioneerde bijstandsmoeder (HR 9 jan. 1987, NJ 1987, 928, r.o. 4.4) en over de bandopname van een telefoongesprek (HR 16 okt. 1987, NJ 1988, 850, r.o. 3.3.2) ronduit bevestigend. (60) De Hoge Raad kwam hiermee terug op het – overigens ook uit ander oogpunt nogal dubieuze (zie 8.3.3) – strafarrest HR 3 mei 1983, Rechtspraak Vreemdelingenrecht 1983, 67 (verplicht verklikken van o.a. naaste verwanten).

Een direct beroep op art. 8 is niet uitgesloten, maar in de regel niet nodig door het ruime instrumentarium dat het burgerlijk recht – thans opnieuw gecodificeerd in het nieuw Burgerlijk Wetboek – biedt. (61) Zelfs in horizontale verhoudingen kan lid 2 van art. 8 (dat geschreven is voor de overheid en dan nog slechts voor haar negatieve verplichtingen) een zekere relevantie hebben, aldus de Hoge Raad in voormeld bijstandsmoeder-arrest (r.o. 4.6); vgl. ook HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702 (Goeree).

Voor art. 17 IVBPR zie hiervoor, par. 4.

(59) En Plattform, par. 34 ten aanzien van art. 10 EVRM.

(60) Ter vergelijking, art. 9 (al. 1) van de Franse Code Civil luidt sinds 1970: 'Chacun a droit au respect de sa vie privée'.

(61) Zie mijn overzicht in Staatskundig Jaarboek 1986, p. 139 e.v.

8.1 *Algemeen*

De term 'private life/vie privée' komt, in verband met de beperkingen van de openbaarheid van een rechtelijke procedure, ook voor in art. 6 lid 1 EVRM ('where the protection of the private life of the parties so require'); zie ook art. 10 lid 2 ('for the protection of the reputation of others').

Van privé-leven is geen goede definitie te geven. Het begrip behoort – in de woorden van G.J. Wiarda (62) – tot 'de allervraagstuk die de Conventie kent(...) Er is vrijwel niets in het leven van een mens dat niet op de een of andere wijze een als "private" te beschouwen aspect daarvan raakt, en er is nauwelijks enige "interference by a public authority" met het doen en laten van mensen denkbaar dat op het "private life" geen invloed heeft of kan hebben'. Een redelijke begrenzing van het begrip – dat veelal in samenhang staat met 'interference' (zie par. 13) – zal dan ook via 'case law' (zowel nationaal als in Straatsburg) en eventueel door de wetgever en de doctrine moeten worden ontwikkeld. Als richtinggevend kan nog wel beschouwd worden Resolutie 428 (1970) van de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa (onder C, punt 2):

'The right to privacy consists essentially in the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection against misuse of private communications, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially. Those who, by their own actions, have encouraged indiscreet revelations about which they complain later on, cannot avail themselves of the right to privacy'. (63)

Hieruit blijkt – wederom volgens Wiarda (64) – dat het bij de bescherming van privacy *enerzijds* gaat om de behoefte om in het per-

(62) Advies-identificatieplicht, p. 8 (niet gepubliceerd; zie NJB 1987 p. 836 – 837).

(63) Yearbook of the European Convention on Human Rights 1970, p. 62; Ned. vert. in Bijl. Hand. II 1969 – 1970, 10373, nr. 3, p. 2. Zie ook Naar een nieuwe grondwet, deel 15, p. 40 – 41, 221; en deel 18, p. 350.

(64) Advies-identificatieplicht, p. 9 – 10.

soonlijk leven, en vooral 'family and home life' over een zo groot mogelijke vrijheid te beschikken ('the right to live one's own life with a minimum of interference'; 'the right to be let alone'), *anderzijds* om de natuurlijke wens om bepaalde tot dat leven behorende aspecten niet aan de openbaarheid prijs te geven en af te schermen tegenover anderen die daarmee niet hebben te maken (het recht bespaard te blijven voor de 'revelation of irrelevant and embarrassing facts'). Ter vergelijking: het Amerikaanse Hooggerechtshof (Stevens J.) stelt in verband met privacy naast elkaar: 'independence in making certain kinds of important decisions' en 'the individual interest in avoiding disclosure of personal matters'. (65)

8.2 *Rechtspraak Europese Hof*

Blijkens de rechtspraak van het Europese Hof valt onder 'private life':

- De fysieke en morele integriteit van de persoon, inclusief zijn seksuele leven (*X and Y v. The Netherlands*, par. 22 ter zake van geslachtsgemeenschap met een geestelijk gehandicapt 16-jarig meisje). Daarmee uiteraard ook het seksuele leven van homoseksuelen (*Dudgeon*, par. 41, bevestigd in *Norris*); strafbaarstelling daarvan betreft een hoogst intiem aspect van privé-leven (*Dudgeon*, par. 52) en een in essentie privé-uiting van de menselijke persoonlijkheid (par. 60).
- Een geslachtsverandering (*Rees*, par. 42, en *passim*) (inclusief de effecten voor de kinderen van de transseksueel: HR 15 sept. 1989, RvdW 1989, 206).
- De rechtsbetrekkingen tussen een man en een gedurende zijn huwelijk uit zijn echtgenote geboren kind (*Rasmussen*, par. 33, over de ontkenning van het vaderschap; in reactie op de stelling dat 'the right to respect for family life' dan niet in aanmerking komt).
- De betrekkingen in het algemeen tussen echtgenoten en tussen ouders en hun kinderen (*Bock*, par. 48: 'matters central to the enjoyment of private and family life').
- De informatie over een persoon opgeslagen in een geheim register van de veiligheidsdienst (*Leander*, par. 48), ook al is niet sprake van een obstakel voor het leiden van een privé-leven van eigen keus (par.

(65) *Whalen v. Roe*, vol. 429 United States Reports, p. 599 – 600. (1977). De tweedeling is niet uitputtend. Daarnaast zijn er nog ten minste de belangen die direct beschermd worden door het Vierde Amendement (huiszoeking e.d.).

58); voorts de informatie over een kind in een kinderbeschermingsdossier (Gaskin, par. 37).

- Telefoongesprekken (deze vallen tevens onder ‘correspondence’: Klass, par. 41, Malone, par. 64), inclusief gegevens over gedraaide nummers, tijdstip en duur (Malone, par. 84).

- Doorzoeking van huis en kantoor (Chappell, par. 51: ‘private life’ en ‘home’).

- Vliegtuiglawaai (Powell, par. 40: ‘private life’ en ‘home’).

Een verplichting voor een kind om die nationale taal die niet de eigen taal is, grondig te leren, is geen ‘depersonalisatie’ en (daarmee) geen innemenging in privé-leven en ‘family life’ (Belgian Linguistic Case p. 56, par. 19).

8.3 Catalogus van inbreuken op privé-leven

In aansluiting op de voorgaande opsomming volgt thans, de rechtspraak van de Hoge Raad mede in aanmerking genomen, een aantal belangrijke vormen van inbreuken op het recht op respect voor privé-leven. Naar uitputtendheid – die onbereikbaar is – is niet gestreefd.

8.3.1 Aantasting van en beslissingen over het menselijk lichaam. Onder deze categorie kunnen gebracht worden:

a. Medische behandeling zonder behoorlijke toestemming. Men zie het voorontwerp De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling (1987), op basis waarvan in oktober 1989 een wetsontwerp voor advies aan de Raad van State is gezonden. Zónder toestemming is een medische behandeling mogelijk in de eerste plaats indien de patiënt of zijn vertegenwoordiger niet in staat is zijn toestemming te geven en het belang van de patiënt vereist dat tot de verrichting onverwijld wordt overgegaan; en in de tweede plaats indien zulks uit het bij of krachtens een andere wet bepaalde voortvloeit (art. 1653d lid 4). De Krankzinnigenwet is zo’n ‘andere wet’ (HR 25 sept. 1981, NJ 1982, 541, fluanxol). Van de uiterst summiere regeling van de Krankzinnigenwet op dit punt kan echter moeilijk worden gezegd dat zij – zoals art. 38 lid 5 BOPZ (66) – dwangmedicatie ook toestaat indien, afgezien van

(66) Ontwerp-Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Kamerstukken 1170); met ontwerp-novelle (21239).

een noodsituatie, de gedwongen opgenomen geestelijk gestoorde wel 'in staat' is om al dan niet toestemming te geven. (67)

Moet wegens art. 8 EVRM een weigering van medische behandeling ook gehonoreerd worden indien de dood erop zou volgen? En daarmee verband houdend: kan een hongerstaking gebroken worden? Men zou kunnen betogen dat het Wetboek van Strafrecht enige ruimte voor dwang laat (art. 255, 293 – 294): er is nu eenmaal een algemeen belang gelegen in de eerbied voor het leven op zich; een recht op zelfmoord onder alle omstandigheden kennen wij niet; wellicht zijn belangen van bijvoorbeeld kinderen in het spel; en ten slotte wordt wel genoemd het bewaren van de integriteit van de medische beroepsuitoefening. De tendens lijkt echter te bestaan om een ongelimiteerd weigeringsrecht te erkennen. Een factor daarbij is mede dat het een heilloze weg is om patiënten die godsdienstige redenen hebben om medische behandeling te weigeren – men denke bijvoorbeeld aan gewetensbezwaren tegen bloedtransfusie –, anders te behandelen dan patiënten die dat doen uit andere overwegingen. Indien sprake is van uitzichtloos ernstig lijden, dan zal behandeling tegen de wil van betrokkene in elk geval wel in strijd met art. 8 EVRM komen. De samenleving vraagt dan te veel van het individu. De stap naar de verplichting van de overheid om toe te staan dat een arts onder zeer bijzondere omstandigheden een verzoek om actieve euthanasie inwilligt, is vervolgens niet groot meer (HR 27 nov. 1984, NJ 1985, 106). (68) Bij dit alles bedenke men wel – in het kader van art. 8 lid 2 – dat het van algemeen belang is dat niet onbedoeld een sfeer ontstaat waarin personen die stervende zijn of wier leven door anderen als van geringe kwaliteit wordt gezien, ook 'behoren' te sterven en waarin de consideratie met hen vermindert.

Wat medische experimenten betreft, in het concept-voorstel van wet (WVC dec. 1987) worden niet-therapeutische experimenten op kinderen en andere incompetenten toegestaan. Dit staat op gespannen

(67) Zie ook HR 23 dec. 1988, NJ 1989, 550, AA 1989, 855, met mijn opmerking in NJB 1989, p. 482. Over dwangmedicatie bij t.b.r.: HR 14 juni 1974, NJ 1974, 436; HR 15 april 1974, NJ 1975, 288; HR 8 jan. 1988, NJ 1988, 375.

(68) Aanhangig zijn de wetsontwerpen 20383 en 18331 (initiatief-ontwerp). Volgens de regering is bij euthanasie art. 11 Gw betrokken (Naar een nieuwe grondwet, deel 18, p. 44¹).

voet met art. 8 EVRM en met het slot van art. 7 IVBPR: vervangende 'free consent' moet hier niet mogelijk zijn. (69)

Gedwongen genetische therapie in het belang van het nageslacht is niet wettelijk mogelijk en moet in beginsel worden afgewezen. Hetzelfde geldt voor een verplichting van de zwangere vrouw behandeling van de foetus toe te staan. Als men echter een 'wrongful life'-actie van het kind toestaat ook tegen de moeder – en dus aanneemt dat het gaat om 'belangen die van de soort zijn die art. 1401 BW (art. 162 Boek 6 NBW) beoogt te beschermen' – dan zou logischerwijs tijdens de zwangerschap door de vader of curator ventris een rechterlijk bevel of verbod kunnen worden gevraagd. Het spreekt vanzelf dat hier de grootste terughoudendheid op zijn plaats is (mede in verband met de executiemoeilijkheden: 'nemo praecise ad factum cogi potest'). (70)

Gedwongen sterilisatie of castratie kent het Nederlandse recht evenmin.

b. Abortus. (71) Ook nu gaat het om een beslissingsvrijheid van de individuele burger. En ook nu rijst de vraag hoeveel de samenleving van een individu kan vragen. Kan een vrouw worden opgelegd om tegen haar wil een kind te dragen, te baren en groot te brengen met de fysiologische, psychologische en maatschappelijke effecten van dien? Met andere woorden, om een substantieel deel van haar leven te geven? Verzwarende factor daarbij is dat slechts één van de beide geslachten – en juist niet het geslacht waarvan gezegd kan worden dat het in onze samenleving de macht heeft – tot deze last geroepen wordt. Behalve het recht op respect voor privé-leven van de zwangere vrouw (art. 8 lid 1 EVRM) verdient het leven van de ongeboren vrucht be-

(69) H.J.J. Leenen, in: NJB 1989, p. 1501 e.v.; zie ook Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1990, p. 19 e.v. Idem t.a.v. Orgaandonatie bij leven.

(70) H.J.J. Leenen, Handboek gezondheidsrecht, 1988, p. 71 – 72, 74 – 77, 93 – 94, 98 e.v. R.M. Schoonenberg in: Kinderen en Recht, red. M. de Lange e.a., 1989, p. 27 – 28, noemt uit de Amerikaanse literatuur de volgende randvoorwaarden voor dwang jegens de moeder: 1. een grote mate van waarschijnlijkheid van een ernstige foetale afwijking; 2. een grote mate van diagnostische en prognostische nauwkeurigheid; 3. sterk wetenschappelijk bewijs dat de voorgestelde behandeling effectief is; 4. uitstel van de behandeling tot na de geboorte zou aanzienlijke verdere schade veroorzaken; 5. het risico voor de moeder is minimaal; 6. inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de moeder is niet onaanvaardbaar; 7. alle mogelijkheden tot overreding, voorlichting en verkrijgen van toestemming op basis van adequate voorlichting zijn uitgeput.

(71) Zie Naar een nieuwe grondwet deel 18, p. 440 – 441 (in verband met art. 11 Gw).

scherming. Indien de ongeboren vrucht niet als 'everyone' in de zin van art. 2 EVRM ('Everyone's right to life shall be protected by law') mag worden gezien (zie hiervoor, 6.2), dan kan deze evenmin vallen onder de 'others' in art. 8 lid 2 EVRM. Men dient zich dan te behelpen met de 'protection of morals'. Dat in het kader van de afweging aangeknoopt wordt aan 'levensvatbaarheid' – de staat waarin de vrucht niet meer uitsluitend afhankelijk is van de moeder (art. 82a Sr) – is niet disproportioneel. Ook een wachttijd lijkt wel door de beugel te kunnen. (72)

Zo men al een recht erkent van de – al dan niet huwelijkse – verwekker, daarop neerkomend dat het kind ter wereld wordt gebracht, dan weegt dit niet op tegen het recht van de vrouw. (73)

c. *Onderzoek aan en in het lichaam.* De wet (art. 56, 95, 195, 539o Sv) staat, in het kader van de strafrechtelijke opsporing, onderzoek 'aan' het lichaam, onderscheidenlijk 'aan' de persoon, toe. Daartoe behoort onderzoek van het rectum (HR 8 nov. 1988, NJ 1989, 667, AA 1989, 780) en naar mag worden aangenomen ook van andere 'natuurlijke openingen en holten van het lichaam'. De vraag is of de *afname* (inbeslag-neming) van lichaamstoffen uit die openingen en holten (bijvoorbeeld van wangslijm) eveneens toegestaan is.

In elk geval kan het *onderzoek* van lichaamstoffen als zelfstandige inbreuk op het recht op respect voor privéleven (en op de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam) worden beschouwd. Dat geldt dan niet alleen voor met het oogmerk van onderzoek afgenomen bloed of speeksel, maar ook voor bloed dat uit een bestaande wond of speeksel dat uit de mond is gelopen en voor urine.

De bloedproef in verband met alcoholcontrole werd na HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470, speciaal wettelijk geregeld (Stb. 1973, 282). Overwogen wordt thans hetzelfde te doen met bloedafname in verband met DNA (74)-onderzoek. (75) Het gaat te ver dit onderzoek (men denke ook nog aan de HIV-test (76)) onder de art. 62 lid 2 Sv, art. 222 lid 1 en 225 lid 1 Invoeringswet Sv te vatten. (77) Indien er voldoende

(72) Zie art. 3 Wet afbreking zwangerschap; het Amerikaanse Hooggerechtshof heeft overigens een wachttijd van 24 uur ongrondwettig verklaard in de zaak Akron (vol. 462 United States Reports, p. 449 – 451).

(73) Europese Commissie 13 mei 1980, D&R 19, 244, NJ 1981, 110.

(74) DNA = Deoxyribonucleic acid.

(75) TK 1989 – 1990, Aanhangsel, nr. 86 (p. 173 – 174).

(76) HIV = Human immuno-deficiency virus; zie hierna, deel II (AIDS).

waarborgen worden gecreëerd voor wat betreft geheimhouding en doel van de ingreep, en als het gaat om ernstige verdenking ten aanzien van een ernstig delict en er een rechter aan te pas komt, dan zal een wettelijke regeling spoedig 'necessary' kunnen worden geacht voor 'the prevention of disorder or crime'. De vraag is dan of deze test onder fysieke dwang moet kunnen worden afgenomen. Met het oog op de handhaving van het strafrechtelijk beschavingspeil (geen vechtpartijen), meen ik van niet; nog afgezien van medisch-ethische regels die gelden voor degene die het bloed zou moeten afnemen. Een tweede mogelijkheid is een speciale strafsancie te stellen op de weigering het bevel de test te ondergaan op te volgen. Het maximum van de bestaande sancie (art. 184 Sr) is drie maanden en dit zal in de meeste gevallen onvoldoende zijn om de werkelijke dader ervan te weerhouden de test te weigeren. Anderzijds, men kan moeilijk iemand de facto wegens een weigering jarenlang gevangenisstraf opleggen. Het gaat thans immers – en dat is het verschil met de alcoholcontrole – om zeer ernstige misdrijven (moord, verkrachting). Als oplossing komt dan ook het meest in aanmerking (naast art. 184 Sr) dat de weigering consequenties heeft in de sfeer van het bewijs (zie in *civilibus* HR 28 april 1978, NJ 1979, 104). De rechter moet dan evenwel voortdurend bedacht zijn op het bestaan van personen die, om wat voor irrationele reden dan ook, de test zullen weigeren zonder de dader te zijn.

Een andere tegenwerping zou nog kunnen zijn dat verdachten gedwongen worden met zeer intieme persoonlijke gegevens actief bewijs tegen zichzelf te verschaffen ('*nemo tenetur se ipsum prodere*'). Volgens de Hoge Raad, in verband met de alcoholbloedproef, is echter in het Nederlandse recht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel verankerd dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal. (78)

Ingevolge art. 28a Gevangenismaatregel kan een gedetineerde verplicht worden urine af te staan opdat deze onderzocht wordt op de aanwezigheid van verdovende middelen. Men kan zich in verband met art. II Gw afvragen of voor deze ingrijpende regeling een vol-

(77) Impliciet bleek dit reeds uit genoemd bloedproefarrest. Zie Rb. Maastricht 4 okt. 1989, NJ 1989, 914 (en 20 okt. 1989, NJ 1990, 227).

(78) HR 15 febr. 1977, NJ 1977, 557; HR 5 jan. 1982, NJ 1982, 308; HR 9 okt. 1984, NJ 1985, 176.

doende concrete en specifieke wettelijke delegatie bestaat (zie par. 5). Het gaat te ver de urinecontrole onder art. 15 lid 4 Gw te brengen. Van de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam zoals hier in het spel, kan immers moeilijk worden gezegd (zoals van bijvoorbeeld bewegingsvrijheid en bepaalde 'family life'-rechten) dat 'deze zich niet met de vrijheidsontneming verdraagt'.

Wat het vergaren van bewijs betreft, kan ten slotte nog gedacht worden aan het toedienen van braakmiddelen of een contrastvloeistof, leegpompen van de maag, verwijderen van bijvoorbeeld een kogel, het nemen van röntgenfoto's, het inbrengen van een endoscoop, enz. Zie over de HIV-test en anoniem bloedonderzoek deel II hierna, dat speciaal aan met AIDS verband houdende aspecten is gewijd.

d. Fluoridering. De fluoridering van het drinkwater is door de Hoge Raad aangemerkt als van zo ingrijpende aard dat een (specifieke) wettelijke grondslag nodig is (HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386). Aangenomen kan vermoedelijk wel worden dat fluoridering ook valt 'within the ambit' van art. 8 EVRM. De regering beschouwde fluoridering 'zonder twijfel' als inbreuk op de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Gw). (79)

8.3.2 Onderzoek naar en beïnvloeding van de menselijke geest. Te denken valt aan een bevolen psychologisch of psychiatrisch onderzoek (HR 23 dec. 1983, NJ 1985, 170); maar uiteraard ook aan hersenspoeling, hypnose, toediening van een waarheidsserum, uitputting en intimidatie, toepassing van de leugendetector, enz.

8.3.3 Bespieden, schaduwen, afluisteren, aftappen, filmen, op de band vastleggen, lastig vallen. Zie ook par. 11 ('correspondence').

Onder de bescherming van art. 8 EVRM is begrepen het met een zekere regelmaat door een buurman vastleggen en doorgeven aan de overheid van gegevens van intieme aard 'verkregen door gewone zintuigelijke waarnemingen', zonder medeweten van betrokkene (HR 9 jan. 1987, NJ 1987, 928, bijstandsmoeder).

Daarentegen levert volgens de Hoge Raad – met een beroep op art. 21 Auteurswet (over het menselijk gelaat) en de wetsgeschiedenis daarvan – het enkele zonder toestemming van de gesprekspartner

(79) Naar een nieuwe grondwet, deel 18, p. 416, 439, 448 – 449, 452. In KB 14 aug. 1970, AB 1971, 73, AA 1971, 31, werd het in het midden gelaten.

op een geluidsband vastleggen van een telefoongesprek nog geen inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer op, maar zijn daarvoor bijkomende omstandigheden vereist. 'Aard en de mate van intimiteit' van hetgeen waarop het waarnemen, vastleggen of openbaren betrekking heeft, zijn van groot gewicht. Het vastleggen van een in het zakelijk verkeer tussen twee directeurs van bedrijven gevoerd telefoongesprek met een geheel zakelijke inhoud levert geen inbreuk op (HR 16 okt. 1987, NJ 1988, 850). Vergelijk in dit verband nog de uitspraak van het Europese Hof in de zaak Schenk.

Dubieus is de algemene stelling in HR 14 okt. 1986, NJ 1988, 511, r.o. 6.3 ('schaduw-arrest'), dat strijd met art. 8 EVRM niet in aanmerking kwam 'omdat de verbalisanten zich hebben beperkt tot waarneming van hetgeen in het openbaar geschiedde'. Men zie het reeds genoemde arrest over de bespioneerde bijstandsmoeder, r.o. 4.4 (met een beroep op de grondwetsgeschiedenis), alsmede HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 over de wijze van nieuwsgaring door 'Privé' (dagenlang posten voor het internaat van de kinderen De Borbon-Parma). Ook het plaatsen van een zendertje onder een auto lijkt mij wel een inbreuk in het recht op respect voor privé-leven te zijn, al maakt volgens de Hoge Raad het doen of laten deelnemen van een motorrijtuig aan het verkeer op de openbare weg geen deel uit van het privé- of gezinsleven (HR 27 okt. 1981, NJ 1982, 158; zie over de auto nog hierna, 10.3). Het ging in dit arrest overigens meer in het bijzonder om een inlichtingenplicht (zie thans art. 41 Wegenverkeerswet). (80) Zeer ongelukkig is HR 31 mei 1983, Rechtspraak Vreemdelingenrecht 1983, 67, over het ingevolge art. 60 Vreemdelingenbesluit verplichte klikken van onder meer ouders of kinderen. Het ontbreken van uitzonderingen doet deze verplichting (mede gelet op het bestaan van art. 189 lid 2 Sr) disproportioneel zijn (art. 8 lid 2 EVRM). Bovendien is de delegatie (art. 17 Vreemdelingenwet) onvoldoende specifiek (art. 10 lid 1 Gw).

Of openbaarmaking van een portret inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer – zodat in beginsel sprake is van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Auteurswet –

(80) Hiervan zei de Europese Commissie in 1975 laconiek: 'that, if naming the driver is a disclosure of private life, the law did not compel the applicant to do so since the fine was imposed on him for a proved offence' (Digest of Strasbourg Case-Law, vol. 3, p. 61).

is afhankelijk van de feitelijke omstandigheden, met name de aard en mate van intimiteit, het karakter van de foto en de context van de publicatie (HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000, foto Vondelpark). Naaktheid op zich levert – bijzondere omstandigheden voorbehouden – een redelijk belang op (HR 30 okt. 1987, NJ 1988, 277, r.o. 3.4).

8.3.4 Aantasting van eer en goede naam. De aantasting van eer en goede naam is blijkens de verdragsgeschiedenis niet zonder meer onder art. 8 EVRM te brengen (zie par. 3 onder c). Zo valt volgens het Europese Hof niet onder privé-leven het blootstellen van een politicus aan aanvallen in de pers naar aanleiding van in het openbaar gedane uitslatingen en een door hem ingenomen houding (Lingens, par. 38). Maar zonder twijfel zal in veel gevallen het privé-leven in het spel zijn (nog ervan afgezien dat art. 17 IVBPR de eer en reputatie wel zonder meer beschermt). Met betrekking tot de geoorloofdheid van een aantasting van eer en goede naam – van groot belang is uiteraard mede de vrijheid van meningsuiting (81) – heeft de Hoge Raad een catalogus van relevante factoren gegeven die eventueel in aanmerking komt: (82)

- a.* de aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die verdenkingen betrekking hebben;
- b.* de ernst – gezien vanuit het algemeen belang – van de misstand die de publicatie aan de kaak beoogt te stellen;
- c.* de mate waarin ten tijde van de publicatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal (Vergelijk ook het arrest van het Europese Hof in de zaak Markt intern, par. 35 – 36);
- d.* de inkleding van de verdenkingen, gezien in verhouding tot de onder *a* t/m *c* bedoelde factoren (vgl. Markt intern, par. 35);
- e.* de mate van waarschijnlijk dat, ook zonder de verweten publicatie via de pers, in het algemeen belang het nagestreefde doel langs andere, voor de wederpartij minder schadelijke wegen met een redelijke kans op spoedig succes bereikt had kunnen worden;
- f.* een mogelijke beperking van het door de perspublicatie te veroor-

(81) Zie de volgende arresten van het Europese Hof: Handyside, Sunday Times, Barthold, Lingens, Müller, Barfod en Markt intern.

(82) HR 23 juni 1983, NJ 1984, 801 (gemeenteraadslid); HR 27 jan. 1984, NJ 1984, 802 (De Telegraaf); HR 27 jan. 1984, NJ 1984, 803 (VARA); HR 10 febr. 1984, NJ 1984, 436 (Aruba); HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437 (Herrenberg v. Het Parool); zie ook HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 (kinderen De Borbon-Parma).

zaken nadeel voor degene die erdoor wordt getroffen, in verband met de kans dat het desbetreffende stuk, ook zonder de verweten terbeschikkingstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen.

Deze lijst is niet uitputtend en dus vatbaar voor uitbreiding, zoals: (83)

g. of de geïncrimineerde uitlatingen afkomstig zijn van een persoon die tegenover de geadresseerden 'een zeker gezag' aan zijn positie kan ontlenuen terwijl die geadresseerden 'van hun kant veelal niet in staat zijn die uitlatingen op haar juiste waarde te beoordelen';

h. of de benadeelde zelf wel of niet de publikatie had gezocht dan wel een maatschappelijk belangrijke positie bekleedt (vergelijk ook het arrest van het Europese Hof in de zaak Lingens, par. 42).

8.3.5 Persoonsregisters. (84) Het gebruik van computers heeft de onlustgevoelens met betrekking tot het vergaren, bewaren en verstrekken (nauwkeuriger: verzamelen, opslaan, oproepen, bewerken en gebruiken) van persoonsgegevens – men spreekt hier wel van 'informatieprivacy' – sterk doen toenemen. (85) Art. 8 EVRM is, zoals we in 8.1 zagen, in elk geval betrokken bij geheime registers van de veiligheidsdienst (Leander) en bij dossiers van kindbeschermingsinstellingen met gegevens over de vroegste jeugd en ontwikkeling van een kind (Gaskin). (86) Ook een bepaalde registratieplicht bij wijze van voorwaarde voor een vrijstelling van het verbod van overnachting in de eigen recreatiewoning betreft de persoonlijke levenssfeer (HR 14 febr. 1984, NJ 1984, 495).

Het Europese Hof heeft in het midden gelaten of algemene rechten

(83) Zie HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437 (Herrenberg) en A-G Franx NJ 1984, p. 2866 l.k., 2882 l.k.

(84) Zie ook de preadviezen van P. van Dijken, A. Patijn, F. Vellinga-Schootstra en D.W.F. Verkade voor de NJV 1988 ('Gegevensbescherming'), waarin echter het onderwerp van de Wet Persoonsregistraties niet aan de orde komt.

(85) J. Holvast (Op weg naar een risicoloze maatschappij?, p. 93 – 96) noemt de volgende angsten: 1. voor het verloren gaan van het recht op een verdraagzame *vergeving* ('datavervolging'); 2 – 3. voor het verlies van het recht afwijkend of 'jezelf' te zijn; 4. voor aantasting van de rechtsstaat (met behulp van statistische technieken worden stereotypen vastgesteld die tot bewijslastomkering leiden); 5. voor de reductie van de mens tot onderdeel van het systeem; 6. voor onjuistheid of onvolledigheid der gegevens; en 7. voor het ongemerkt in andere handen komen van de gegevens.

(86) Uiteraard spelen bij laatstgenoemde inzage aanspraken van derden op vertrouwelijkheid mee die ook op art. 8 EVRM gebaseerd kunnen zijn.

van toegang tot persoonlijke gegevens en informatie aan art. 8 EVRM kunnen worden ontleend (Gaskin, par. 37). Wat betreft geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens bestaat er echter, eveneens in het kader van de Raad van Europa, een speciaal verdrag (Trb. 1988, 7). Voor de toepasselijkheid van de (primair ter uitvoering van art. 10 leden 2 en 3 Gw tot stand gebrachte) Nederlandse Wet Persoonsregistraties (Stb. 1988, 665) is een systematische toegankelijkheid voldoende. (87) Voorts is door de Hoge Raad een zelfstandig recht op kennisneming van de inhoud van een medisch dossier aangenomen dat ook geldt wanneer het de betrokkene niet om eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer te doen is (HR 2 dec. 1988, NJ 1989, 752). Volgens de Afdeling rechtspraak van de Raad van State vormt daarentegen de weigering om mede te delen of de Binnenlandse Veiligheidsdienst over gegevens omtrent appellanten beschikt, op zichzelf geen inbreuk op art. 8 lid 1 EVRM en art. 17 lid 1 IVBPR. (88)

In geval van inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis kunnen vingerafdrukken en foto's worden genomen onder fysieke dwang (KB 4 dec. 1925, Stb. 460). (89) Dit is geoorloofd 'in het belang van het onderzoek' (art. 62 lid 2 Sv, art. 222 lid 1 en 225 lid 1 Invoeringswet Sv), hetgeen niet anders verstaan kan worden dan als: in het belang van het onderhavige onderzoek. Vingerafdrukken en foto's nemen uitsluitend voor *toekomstig* onderzoek is dus ongeoorloofd, tenzij men art. 28 Politiewet – zie hierna – als voldoende basis ziet. Dit geldt in elk geval ook als – geabstraheerd van het nut voor toekomstig onderzoek – de maatregelen met het oog op het onderhavige onderzoek disproportioneel, nutteloos of uit ander oogpunt ongeoorloofd moeten worden geacht. (90) Waarom bijvoorbeeld zouden vingerafdrukken moeten worden afgenomen van iemand die wegens mishandeling (zonder gebruik van een wapen) is ingesloten? En ontvluchtings-

(87) Andere wetten en ontwerpen die rechtstreeks met art. 10 leden 2 – 3 Gw verband houden, zijn: Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Stb. 1987, 635), Wet politieregisters (1958), Wet op de justitiële documentatie en op de verklaringen omtrent het gedrag (Stb. 1955, 395; wijziging in voorbereiding), Wet invoering fiscaal nummer (Stb. 1985, 369), Wet invoering Sofi-nummer (Stb. 1988, 655), Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens (2023). Ten slotte kan nog worden gedacht aan de Archiefwet en de Wet openbaarheid van bestuur.

(88) Afd. rechtspraak RvS 28 febr. 1988, Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen tB/S 1988, 27.

(89) Eigenlijk staat in de regeling niet dat betrokkene de maatregelen moet dulden.

(90) Zie ook Pres. Rb. Den Haag 27 april 1988, KG 1988, 208.

gevaar als reden om een foto te nemen is weinig reëel, gelet op de schaarse toepassing van die grond bij voorlopige hechtenis. Resteren de gevallen waarin werkelijk sprake is van 'belang van het onderzoek'. Levert de opname in een politieregister ten behoeve van *toekomstig* onderzoek van de gegevens die in het kader van het *onderhavige* onderzoek rechtmatig zijn verkregen, een zelfstandige inmenging in het recht op respect voor privé-leven op? Zo ja, dan is voor die opname eveneens een speciale wettelijke basis nodig (art. 10 Gw). Als een dergelijke basis kan de op handen zijnde Wet Politieregisters (Kamerstukken 19 589) moeilijk worden beschouwd. Deze regelt hoe met de registers moet worden omgegaan, niet of de gegevens mogen worden ingevoerd. (91) Volgens de regering houdt de 'informationele privacy' in het algemeen geen zeggenschap in over al dan niet opname in een register. Bij de totstandkoming van de Wet Persoonsregistraties (Stb. 1988, 669) is opgemerkt: 'Het recht op privacy omvat echter niet de bevoegdheid van het individu om zelf te beslissen over elke verzameling en elk gebruik van hem betreffende informatie, ongeacht de aard van die informatie en ongeacht de omstandigheden waaronder de verzameling of het gebruik plaatsvindt. Een dergelijke bevoegdheid zou ook wel buitengewoon ver gaan en onherroepelijk moeten leiden tot zeer aanzienlijke beperkingen, waardoor de zin van het grondrecht verloren zou gaan.' (92) Kortom, het hangt af van de aard der gegevens (bijvoorbeeld of men HIV-besmet is – zie deel II hierna – , maar de door de politie afgedwongen gegevens behoren evenmin tot de minst gevoelige) en bijkomende omstandigheden. De Europese Commissie voor de rechten van de mens achtte het in 1981 'open to question whether the retention of fingerprints, photographs and records of such information amounts to an interference with the applicants' right to respect for private life'. (93) Al met al verdient het ernstig overweging om ook het *opnemen* van gegevens in de politiere-

(91) Wel bepaalt art. 4 lid 2 over het politieregister: 'Het bevat slechts persoonsgegevens die rechtmatig zijn verkregen en die noodzakelijk zijn voor het doel waarvoor het is aangelegd'. Zie de MvA II, Bijl. Hand II 1988 – 1989, 19589, nr. 6, p. 9, en de Nota naar aanleiding van het eindverslag, nr. II, p. 12. Idem art. 5 lid 1 Wet persoonsregisters.

(92) Bijl. Hand II 1988 – 1989, 19095, nr. 6, p. 15 (MvA II). Vergelijk ook Naar een nieuwe grondwet, deel 15, p. 41. Het Duitse Bundesverfassungsgericht lijkt wel verder te gaan met het 'Recht auf "informationelle Selbstbestimmung"': 15 dec. 1983, Entscheidungen des BVerfG B. 65, p. 1; Neue Juristische Wochenschrift 1984, p. 419 (Volkszählung).

(93) Decisions & Reports 25, p. 49 – 50 (par. 226 – 227) (Mc. Veigh-zaak).

gisters – dus ten behoeve van toekomstig onderzoek – wettelijk te regelen. Wellicht kan dan ook worden ‘meegenomen’ het *gebruik* van foto’s, bijvoorbeeld bij buurtonderzoek. Dit is zonder twijfel een zelfstandige aantasting van het recht op respect voor privéleven (vgl. Leander, par. 48), die thans gebracht wordt onder het weinig specifieke art. 28 Politiewet (‘zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde’).

De foto’s in de Doodewaard-zaak (HR 8 mei 1984, NJ 1984, 741) werden niet bewaard. Moet worden verondersteld – nu een specifieke wettelijke basis (‘law’) ontbrak (94) – dat volgens de Hoge Raad géén inbreuk op het privé-leven plaatsvond? (95)

8.3.6 Identificatieplicht. Het lijkt redelijk om een *beperkte* identificatieplicht – conform het advies daarover van G.J. Wiarda (96) – niet als inbreuk op het recht op respect voor het privé-leven te beschouwen. Gaat het in het kader van de fraudebestrijding om de identificatie in het verkeer met financiële instellingen en in de verhouding tussen werkgevers en werknemers, dan betreft dat eerder de zakelijke dan de persoonlijke kant van het leven. Het zijn in ieder geval verhoudingen waarin de verplichting of de praktische noodzaak om zich te identificeren tot de allergewoonste zaken behoort. Moeilijker ligt het bij een identificatieplicht tegenover een opsporingsambtenaar van personen ten aanzien van wie uit feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit. Dan gaat het niet om situaties die uit hun aard eerder tot de zakelijke dan de persoonlijke sfeer behoren en dan spreekt de ‘right to be let alone’ (97) veel sterker. Anderzijds, het staande houden van een verdachte en het vragen van naam en adres (art. 52 Sv) is nimmer beschouwd als afbreuk doende aan de privacy. Hoofddreden om de plicht tot identificatie in deze situatie niet als aantasting van de privacy te beschouwen, is dat ook in deze situatie de gevraagde persoonsgegevens niet behoren tot het domein van het persoonlijke leven waarmee buitenstaanders in beginsel niets te maken hebben.

(94) Zie thans wetsontwerp 19757 (anonieme verdachte), art. 61a Sr.

(95) Het betrof echter enkel nog maar de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Over foto’s ten slotte zie ook HR 25 juni 1985, NJ 1986, 109.

(96) Niet gepubliceerd; zie NJB 1987, p. 836 – 837. Over de identificatieplicht zie in het bijzonder ook MvA II, Bijl. Hand. II 1989 – 1990, 19757, nr. 8 (anonieme verdachte) met nadere gegevens.

(97) Zie hiervoor, 8.1.

Een *algemene* identificatieplicht, die daartoe aangewezen autoriteiten de bevoegdheid zou geven een ieder die zich op de openbare weg bevindt, aan te houden en te verplichten zich te identificeren, zou Wierda 'met de aan het recht op privacy in het algemeen verbonden ongestoorde vrijheid van beweging moeilijk verenigbaar achten, tenzij duidelijk wordt gemaakt dat daartoe een "pressing social need" bestaat'. Hier zou met andere woorden wel sprake zijn van een inbreuk op het recht op respect voor het privé-leven.

B.3.7 Beroepsgeheim. Het beroepsgeheim – in het bijzonder het verschoningsrecht – ten slotte, kwam reeds aan de orde in de preadviezen voor de NJV 1986 (deel 1, tweede stuk) van J.B.M. Vranken en A.G. Lubbers. Hier kunnen ook andere bepalingen van het EVRM een rol spelen, als art. 6 (vertrouwelijk overleg met advocaat, waarheidsvinding in het proces), art. 9 (vertrouwelijke geestelijke bijstand), art. 1 Protocol I (bescherming van financiële gegevens), en art. 10 (vrijheid van meningsuiting en ontvangen van informatie). Zie voorts hierna, deel II (AIDS), par. 3.

9 'FAMILY LIFE / VIE FAMILIALE'

9.1

Onder 'family life' is, gelet op de rechtspraak van het Europese Hof, begrepen:

- De natuurlijke band tussen een moeder en haar buitenhuwelijkse kind; art. 8 maakt geen onderscheid tussen het 'family life' van de 'wettige' en dat van de 'onwettige' 'family' (Marckx, par. 31; met in par. 55: 'the tie of blood').
- De buitenhuwelijkse langdurige samenleving van man en vrouw en hun kind (Johnston, par. 56, 72; HR 12 sept. 1986, NJ 1987, 944, r.o. 3.4).
- De verhouding die tussen echtgenoten ontstaat door een wettig en 'echt' ('genuine') huwelijk, zelfs al is een 'family life' in de zin van samenleving nog niet volledig tot stand gekomen (Abdulaziz, par. 62).
- Ingeval van zo'n wettig en 'echt' huwelijk: de verhouding tussen ouders en kind *ipso jure*, derhalve vanaf het moment van de geboorte en door het enkele feit daarvan, ook al wonen de ouders niet meer samen (Berrehab, par. 21; HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 844, Garti). Wel

kan deze band tussen ouder en kind worden verbroken door latere gebeurtenissen (Berrehab, par. 21). De 'natural family relationship' wordt echter niet zonder meer beëindigd doordat het kind bij de ouders wordt weggehaald in het kader van kindbeschermingsmaatregelen (W v. UK, par. 59, B v. UK, par. 60, R v. UK, par. 64; Olsson, par. 59; Eriksson, par. 58). Adoptie kan wel leiden tot volledige verbreking van de natuurlijke banden tussen ouder (moeder) en kind, welke banden tot het wezen ('the very essence') van 'family life' behoren (H v. UK, par. 69).

– In het algemeen zijn de betrekkingen tussen echtgenoten en tussen ouders en kinderen aangelegenheden die centraal staan wat betreft het genot van 'private and family life' (Bock, par. 48).

– De banden tussen nauwe verwanten, bijvoorbeeld die tussen grootouders en kleinkinderen (Marckx, par. 45; Johnston, par. 74); zie echter ook hierna, 9.3.

9.2

Gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad kan nog worden toegevoegd:

– Onder bepaalde omstandigheden de verhouding tussen pleegouders en kind (HR 6 nov. 1987, NJ 1988, 829, r.o. 3.5; HR 10 maart 1989, NJ 1990, 24, r.o. 4.3).

– De relatie tussen een echtpaar en een door hen (naar Turks recht) geadopteerd en hun toevertrouwd kind, ook al is de samenwoning tijdelijk verbroken (HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 188, Öncü).

De Hoge Raad heeft gedurende enkele jaren – met ingang van 22 febr. 1985, NJ 1986, 3 (98) – geleerd dat de verhouding tussen de biologische vader en zijn kind *ipso jure*, dus zonder huwelijk, erkenning, samenleven, verzorging of ander contact, 'family life' oplevert, maar door de Berrehab-uitspraak van het Europese Hof heeft hij zich genoopt gevoeld hierop terug te komen. Voortaan is – in elk geval voor de ontvankelijkheid van een verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling – vereist dat behalve het biologische vaderschap ook bijkomende omstandigheden worden aangevoerd (en, afhankelijk van het beleid van de rechter, na verweer vastgesteld): als een relatie

(98) Zie ten aanzien van het omgangsrecht ook HR 10 mei 1985, NJ 1986, 5; HR 15 juli 1985, NJ 1986, 6; HR 16 mei 1986, NJ 1986, 627; en ten aanzien van erkenning HR 8 april 1988, NJ 1989, 170.

tussen de vader en de moeder die in voldoende mate met die van een huwelijk op één lijn valt te stellen of nauwe persoonlijke betrekkingen met het kind van na de geboorte (HR 10 nov. 1989, RvdW 1989, 248, HR 26 jan. 1990, RvdW 1990, 33). Dit is conform hetgeen ik indertijd (NJB 1984, p. 413 e.v.) betoogde onder het motto 'sexual intercourse does not constitute a social introduction'. Zie echter ook hierna, 9.3. Ten slotte, een gezinsleven kan niet door overeenkomst worden gevestigd (HR 5 dec. 1986, NJ 1987, 957, lesbisch paar).

9.3

De Hoge Raad had vóór de Berrehab-omslag reeds van de verhouding tussen kind en (wettige) grootouders gezegd dat deze *niet* zonder meer (dus louter op grond van bloedverwantschap) 'family life' oplevert. De grootouder zal voldoende (andere) concrete omstandigheden moeten stellen: 'In afwachting van de wetgeving op dit punt' komt het aan op de vraag of er een 'zo nauwe persoonlijke betrekking' bestaat dat voor ('family life' en daarmee) ontvankelijkheid in een verzoek om omgang plaats is (HR 15 mei 1987, NJ 1988, 654). Met de 'afwachting van de wetgeving' wordt het autonome karakter van het begrip 'family life' miskend. (99) Voorts kan men zich afvragen of het niet beter is het begrip 'family life' te relativeren in die zin dat het ene 'family life' minder consequenties heeft dan het andere. De verschillende 'family life'-relaties hebben elk een zekere beperkte functie en verdienen slechts die bescherming die voldoende is voor die functie. (100) In elk geval met betrekking tot het erfrecht (vgl. Marckx, par. 52 – 53) zal men immers geneigd zijn wel louter op grond van bloedverwantschap 'family life' tussen kind en grootouders aan te nemen; hetzelfde geldt wat de biologische vader betreft voor alimentatie en bijvoorbeeld het recht van het kind zijn biologische afstamming te kennen. (101)

(99) Zie mijn noot in NJCM-Bulletin 1987, p. 529.

(100) Zie wat ik schreef in NJB 1982, p. 133 l.k., en NJB 1984, p. 412 r.k.

(101) Bij KID (kunstmatige inseminatie met het zaad van een donor) is er mijns inziens geen alimentatieplicht (NJB 1988, p. 1075 r.k.), maar heeft het kind wel het recht de naam van de donor te leren. Zie nog art. 7 VN-Verdrag inzake de rechten van het kind.

Vermelding verdient nog dat door het Europese Hof de term 'real family life' (Marckx, par. 31), 'real family ties' (Berrehab, par. 29), en door de Hoge Raad de term 'effectief gezinsleven' (HR 22 febr. 1985, NJ 1986, 3) zijn gebruikt voor aanvaarding van verantwoordelijkheid en voortdurende verzorging, onderscheidenlijk voor samenwoning, verzorging, opvoeding.

In het voorgaande lag de nadruk op de personen tussen wie, en de omstandigheden waaronder 'family life' bestaat. Dan nu meer in het bijzonder de vraag wat 'family life' is, wat het omvat, of wellicht beter: wat de consequenties van het bestaan van 'family life' zijn. 'Family life' is blijkens de genoemde rechtspraak van het Europese Hof een band, betrekking, verhouding ('tie', 'relationship'). Deze verhouding omvat familierechtelijke betrekkingen van c.q. met kinderen (Marckx, par. 35 e.v., 44 e.v.; Johnston, par. 70 e.v.; H v. UK, par. 90, 85; en ten aanzien van de erkenning door een verwekker tegen de wil van de moeder resp. ondanks zijn huwelijk HR 9 april 1988, NJ 1989, 170, en HR 10 nov. 1989, RvdW 1989, 253). Voorts vormt de persoonlijke omgang met kinderen, het 'wederzijds genot van elkaars gezelschap', een fundamenteel element van 'family life' (W v. UK, par. 59, 77; B v. UK, par. 64, 82; H v. UK, par. 90; Olsson, par. 59; Berrehab, par. 23; Eriksson, par. 58). (102) Hetzelfde geldt voor de uitoefening van ouderlijke rechten en verantwoordelijkheden (ouderlijk gezag), onder meer ten aanzien van verblijfplaats van het kind, beperkingen van de bewegingsvrijheid en andere vrijheden, opname voor medische behandeling (R v. UK, par. 64; en in het bijzonder Nielsen, par. 61). (103) Zijn door kindbeschermingsmaatregelen ouder en kind gescheiden, dan omvat het recht van de ouder op respect van 'family life' het recht om maatregelen te nemen (als het regelen van bezoek) met het oog op hereniging (Eriksson, par. 71). Volgens de Hoge Raad kan ook het *gezamenlijk* uitoefe-

(102) Zo ook de vaste-omgangsrechtspraak van de Hoge Raad: zie mijn artikelen in NJB 1982, p. 125 e.v., NJB 1984, p. 409 e.v., NJCM-Bulletin 1985, p. 214 e.v.

(103) Art. 1:288 BW verlangt wel een familierechtelijke betrekking, hetgeen niet in strijd met art. 8 EVRM is (HR 12 juni 1987, NJ 1989, 98).

nen van de ouderlijke macht door de familierechtelijke ouders onder het recht op respect voor 'family life' begrepen zijn. (104) Onder 'family life' valt in de regel ook – mede gelet op art. 12 EVRM – het samenwonen van gehuwden (Abdulaziz, par. 62); het recht op respect voor 'family life' kan echter soms ook inhouden dat men ontslagen wordt van de plicht tot samenwonen (Airey, par. 33). Voorts kan het zelfs een procedurele betrokkenheid impliceren bij kinderbeschermingsmaatregelen en een aanspraak op een beslissingsproces dat niet te lang duurt (W v. UK, par. 62, 65; B v. UK, par. 63; R v. UK, par. 67, 70).

Ook zijn nauw verbonden met 'family life': zaken betreffende wettelijk erfrecht en onderhoud. 'Family life' omvat niet alleen sociale, morele of culturele relaties, bijvoorbeeld in de sfeer van de opvoeding van kinderen; het omvat eveneens belangen van materiële aard (Marckx, par. 52, 61).

Art. 8 garandeert daarentegen niet een recht op onderwijs of een persoonlijk recht van ouders met betrekking tot het onderwijs van hun kinderen (Belgian Linguistic Case p. 33, par. 70). Wel is 'consistent' met onder meer art. 8 dat staatsonderwijs wordt gegeven op een objectieve, kritische, pluralistische wijze, zonder dat een indoctrinatie wordt nagestreefd die beschouwd zou kunnen worden als niet eerbiedigend de religieuze en filosofische overtuigingen van de ouders (Kjeldsen, par. 53).

De Europese Commissie voor de rechten van de mens sloot in de Guzzardi-zaak niet uit 'that the right to respect for family life could be violated in a case where the authorities impose intolerable living conditions on a person or his family'. (105)

Ten slotte zij hier vermeld het recht van een ouder om informatie te verkrijgen van derden 'inzake belangrijke feiten en omstandigheden die de persoon van het kind of diens verzorging en opvoeding onmiddellijk betreffen', zoals neergelegd in art. 377b van het voorontwerp Nadere regeling van de ouderlijke zorg voor minderjarige kinderen en van de omgang (Ministerie van Justitie 1986).

(104) HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510 (na echtscheiding); HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585 – 588 (ongehuwde ouders); HR 24 febr. 1989, NJ 1989, 741 (voor moeder en andere vrouw afgewezen) en NJ 1989, 742 (voor moeder en biologische vader afgewezen). Voor een samenvatting van de vereisten zie mijn noot in NJCM-Bulletin 1986, p. 350.

(105) Publications of the European Court of Human Rights, Series B, vol. 35, p. 36 (par. 87).

10.1

Over het bereik van de term 'home/domicile' is nog veel onzeker. Valt een tweede woning c.q. vakantiewoning eronder? Een caravan of tent? De kamer (cel) in hotel, ziekenhuis, gevangenis of andere inrichting (onafhankelijk van de duur van het verblijf)? De garage, het schuurtje, de tuin? En vooral: de beroeps- of bedrijfsruimte?

Deze kwestie is niet zonder belang omdat bij een bevestigende beantwoording art. 8 EVRM zonder meer toepasselijk is en men zich niet meer hoeft af te vragen of de feiten gebracht kunnen worden onder het veel vagere begrip privé-leven. Voorts ligt het voor de hand de term 'woning' in art. 12 Gw (met betrekking tot het binnentreden) op dezelfde wijze uit te leggen als 'home/domicile' in art. 8 EVRM (zie hiervoor, par. 5); voor een afwijkende uitleg moeten in elk geval goede redenen bestaan. Anderzijds, zoals wij in par. 5 ook zagen, hecht het Europese Hof er in het algemeen bij de uitleg van het EVRM belang aan of een gemeenschappelijke standaard bestaat binnen de Raad van Europa. Welnu, wat betreft de beroeps- en bedrijfsuitoefening lijkt er een tendens te bestaan om deze de (constitutio-nale) onschendbaarheid van de woning te doen delen. Blijkens de recente conclusie van advocaat-generaal Mischo voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (106) kunnen van de lidstaten van de EEG genoemd worden: de Bondsrepubliek Duitsland, (107) Denemarken, Spanje, Frankrijk, Italië en het Verenigd Koninkrijk. In Ierland daarentegen heeft 'The dwelling of every citizen' volgens de rechtspraak niet betrekking op rechtspersonen of bedrijfsruimte. Ook in Nederland is de desbetreffende grondwetsbepaling (art. 12 Gw) volgens Mischo (108) niet van toepassing op rechtspersonen en op andere lokaliteiten dan de woning van natuurlijke personen. In de overige landen van de EEG is het antwoord nog onzeker.

(106) Conclusie d.d. 21 febr. 1989 in de zaken 46/87 en 227/88 (Hoechst), 85/87 (Dow Benelux) en 97 - 99/87 (Dow Chemical Iberica), te zijner tijd gepubliceerd in de Jurisprudentie van het Hof van Justitie met het arrest van 21 sept. 1989 (Hoechst) e.a.

(107) BVerfG 13 okt. 1971, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts B. 32 (1972), p. 54 (68 e.v.) ten aanzien van het begrip 'Wohnung'. Idem in Oostenrijk en Zwitserland.

(108) Zie ook onder 10.2.

Het Hof van Justitie is niet ingegaan op de uitnodiging van haar advocaat-generaal om uitdrukkelijk vast te stellen dat de onschendbaarheid van de bedrijfsruimten een tot het gemeenschapsrecht behorend grondrecht is. Het overweegt in het arrest van 21 sept. 1989 (Hoechst) dat het grondrecht van onschendbaarheid van de woning in de communautaire rechtsorde voor de privé-woning van natuurlijke personen moet worden erkend als een beginsel dat de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben, maar dat dit niet geldt voor ondernemingen, daar genoemde rechtsstelsels onderling sterk verschillen met betrekking tot de aard en de mate van bescherming van bedrijfslokalen tegen het optreden van het openbaar gezag. Art. 8 EVRM wijst niet in andere richting. 'De bij dit artikel geboden bescherming is gericht op de ontplooiing van de persoonlijke vrijheid van de mens en kan zich derhalve niet uitstrekken tot bedrijfslokalen. Voor het overige moet worden vastgesteld, dat er dienaangaande geen rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens bestaat. Dit neemt niet weg dat, in de rechtsstelsels van alle Lid-Staten, ingrepen van het openbaar gezag in de privé-sfeer van iedere persoon, of het nu gaat om een natuurlijke of rechtspersoon, een wettelijke grondslag moeten hebben en gerechtvaardigd moeten zijn om redenen bij de wet voorzien, en dat die rechtsstelsels derhalve, zij het volgens verschillende modaliteiten, bescherming bieden tegen ingrepen die willekeurig of onredelijk zouden zijn. Zulk een bescherming moet dan ook worden aangemerkt als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht'.

Gelet op het slot van dit citaat kan men zich afvragen wat het bezwaar is om bedrijfsruimten toch onder 'home/domicile' in de zin van art. 8 EVRM begrepen te achten. Daarmee zou immers niet gezegd zijn dat de bedrijfsruimte en het huis van een natuurlijk persoon *dezelfde* bescherming genieten, zoals bijvoorbeeld ook niet elke 'family life'-relatie in dezelfde mate gerespecteerd wordt (zie 9.3). Wat natuurlijke personen betreft, de uitoefening van hun beroep of bedrijf behoort tot op zekere hoogte tot hun privé-leven. Zie wat het UN Human Rights Committee recentelijk (maart 1988) met betrekking tot art. 17 IVBPR (zie hiervoor, par. 4) overwoog: 'The term "home" in English, "manzel" in Arabic, "zhuzhai" in Chinese, "domicile" in France, "zhilishche" in Russian and "domicilio" in Spanish (...) is to be understood to indicate the place where a person resides or car-

ries out his usual occupation'. (109) Een ruimte waarin door een natuurlijk persoon zowel 'gewoond' als gewerkt wordt, valt in elk geval onder 'home'. Zie het Europese Hof in de zaak Chappell en HR 21 dec. 1914, NJ 1915, p. 368. En ten aanzien van rechtspersonen, ook deze hebben, zoals het Hof van Justitie van de EG overweegt, een privé-sfeer: inclusief een ruimtelijke. Waarom zou deze niet de bescherming van het EVRM mogen genieten? In de woorden van het Amerikaanse Hooggerechtshof (White J.): 'The businessman, like the occupant of a residence, has a constitutional right to go about his business free from unreasonable official entries upon his private commercial property'. (110) In het algemeen is er veel voor te zeggen om bij twijfel het geldingsbereik van het EVRM ruim te stellen. (111)

10.2

Over het begrip 'woning' in art. 12 Gw levert de grondwetsgeschiedenis niets op. De (latere) parlementaire stukken bij het wetsontwerp Algemene wet op het binnentreden wel. (112) Volgens de regering beschermt het grondrecht van de onschendbaarheid van de woning de huisvrede, dat wil zeggen het ongestoord verblijf in een ruimte die tot exclusief verblijf voor een persoon of voor een beperkt aantal in een gemeenschappelijke huishouding levende personen ingericht en wettelijk bestemd ('bewoningswil') is. Er is volgens de regering geen aanleiding deze bescherming ook te doen uitstrekken tot met een woning verbonden ruimten die in het geheel niet voor bewoning zijn bestemd en die van buitenaf via een eigen ingang kunnen worden betreden: ook al staan deze ruimten binnenshuis in verbinding met een voor bewoning gebruikt gedeelte van hetzelfde gebouw (combinatie van een woning met een winkel of een praktijkruimte). Bevindt zich in de bedrijfsruimte een rustplaats, dan behoeft deze geen woning te zijn. Aan kajuiten en roeven in een schip kan bijvoorbeeld het voor

(109) CCPR/C/21, Add. 5, 31.3; ook in Information Sheet nr. 23, Council of Europe (1989), p. 165.

(110) See *v. City of Seattle*, vol. 387 United States Reports, p. 543 (1967). Het ging om het Vierde Amendement.

(111) G.J. Wiarda, *Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughouding bij de toepassing van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens*, reed. 1986, p. 12.

(112) Bijl. Hand. II 1984 - 1985, 19073, nr. 3, p. 19 - 21 (MvT); 1985 - 1986, nr. 4, p. 7 - 8 (VV); 1988 - 1989, nr. 5, p. 12 - 13 (MvA).

een woning vereiste private karakter ontbreken (113) omdat een aantal personen dat niet te zamen een huishouding vormt, afwisselend of tegelijkertijd de ruimte als slaappleats gebruikt, zonder deze plaats tot hun woning te willen maken.

Kortom, aanvaardt men dat de parlementaire geschiedenis van de Algemene wet op het binnentreden ook betekenis heeft voor de uitleg van art. 12 Gw en zou men, ondanks de arresten van het Hof van Justitie van de EG, de term 'home/domicile' in art. 8 EVRM ruim uitleggen en ook betrekken op de beroeps- en bedrijfsruimten, dan is er een discrepantie tussen art. 12 Gw en art. 8 EVRM. Voor ingrepen van het openbaar gezag in de privé-sfeer van rechtspersonen moet overigens ingevolge de onder 5.1 geciteerde arresten van het Hof van Justitie van de EG eveneens een wettelijke grondslag bestaan: hetzelfde resultaat dus als art. 12 Gw.

10.3

Dan ten slotte, de opmerking aan het slot van 10.1 indachtig, de overige aan het begin van deze paragraaf gestelde vragen. Gelet op het doel van de onaantastbaarheid van de woning, meen ik dat in beginsel de tweede woning, caravan, camper en tent eronder gebracht kunnen worden. De auto niet, al maakt deze wel deel uit van het privé-leven. (114) Moeilijker ligt het met de tijdelijke kamer in hotel, ziekenhuis e.d., waarover in het algemeen de beheerder/eigenaar – al dan niet contractueel – grote beschikkingsmacht behoudt. Ten opzichte van anderen – en in het bijzonder de overheid – moet dat echter weinig uitmaken en ik ben geneigd ook hier een 'home/domicile' aan te nemen. Ook de regering ziet de hotelkamer als woning: 'Het doel van het huisrecht is de verzekering van de ongestoorde vrede voor een persoon die zich heeft teruggetrokken in een ruimte die bestemd is om hem en de zijnen geheel op zichzelf te laten zijn'. (115) Als men voorts (zie 5.1) de bedrijfsruimte als 'home/domicile' ziet, dan kan dit er dus toe leiden dat de hotelkamer zowel voor de hotelhouder – als bedrijfsruimte – als voor de gast 'home' in de zin

(113) Bijl. Hand. II 1962 – 1963, 6560, nr. 5, p. 7 (MvA-Visserijwet).

(114) Zie de Franse Conseil Constitutionnel 12 jan. 1977, Recueil des Décisions 1977, p. 33, Recueil Dalloz Sirey, 1978, Jur. p. 173.

(115) MvA 19073, nr. 4, p. 12. Vergelijk ook HR 29 mei 1984, Delikt en Delinkwent 1984, nr. 84.455 en 84.457 ('roomservice').

van art. 8 is. Dit kan moeilijk anders liggen ten aanzien van de gevangenis, al zullen de gerechtvaardigde inmengingen (ter bewaring van de orde) dat bijna doen vergeten. In HR 1 okt. 1985, NJ 1986, 349 bleef in het midden of de cel 'woning' is.

De kelder en gangen maken deel uit van de woning (HR 21 dec. 1914, NJ 1915, 368). Mijns inziens in beginsel ook de garage en het schuurtje – volgens HR 22 mei 1984, NJ 1984, 712, hangt het af van de omstandigheden – alsmede het terras. (116) De tuin daarentegen in beginsel niet. (117) Evenmin de gemeenschappelijke trappen en portalen (HR 16 dec. 1907, W 8633). (118)

Dat een ruimte zonder titel is betrokken, is in beginsel irrelevant, mits de 'kraker' er woont (idem de regering). (119) Tegen de 'Huidenstraattruc' (HR 14 jan. 1983, NJ 1983, 267) kan dus art. 8 EVRM in stelling gebracht worden: maakt het belang van de aannemer om te schilderen de gedwongen ontruiming 'necessary'?

Afwezigheid (van 19 jaar) hoeft niet te leiden tot het verlies van zijn 'home', mits er in de gegeven omstandigheden 'sufficient continuïng links' worden behouden (Gillow, par. 46).

10.4

Een inmenging in het recht op eerbiediging van de woning kan volgens het Europese Hof ook bestaan in het voorschrijven door de overheid van een vergunning om de woning te betrekken en de weigering een dergelijke vergunning te verlenen (Gillow, par. 47). Anderzijds komt een stelsel van collectieve onderhandeling over huurprijzen niet binnen het bereik van art. 8 (Langborger, par. 39). Art. 1623h BW, dat berust op een afweging van de belangen van de samenwonenden – elk met recht op zijn 'huis' – en van de verhuurder, kan niet gezegd worden in strijd met art. 8 EVRM (en art. 6) te zijn (HR 13 nov. 1987, NJ 1988, 254, r.o. 3.2).

(116) Over het terras (in verband met de 'violation de domicile' in art. 184 van de Franse Code Pénal) zie Cour de Cassation 4 mei 1965, Recueil Dalloz Sirey 1965, Jur. p. 631.

(117) De Franse Cour de Cassation sluit kennelijk niet uit dat er omstandigheden zijn waaronder de tuin tot de 'domicile' moet worden gerekend (13 maart 1974, Gazette du Palais 1975, 1er sem., p. 66).

(118) MvT 19073, nr. 3, p. 21.

(119) MvA, p. 12 – 13.

Of af luisteren van de telefoon een inbreuk op het woningrecht oplevert heeft het Hof in het midden gelaten (Klass, par. 41). Geluidsoverlast kan eveneens de mogelijkheid van genot van de 'home' aantasten (120) en art. 8 kan dus een wapen tegen vliegtuiglawaaï zijn, maar ook – in aanmerking nemende de horizontale werking (zie 7.2) – tegen luidruchtige burens.

II 'CORRESPONDENCE / CORRESPONDANCE' (121)

II.1

Onder de term 'correspondence/correspondance' – het Hof gebruikte in de Klass-zaak (par. 41) en de Malone-zaak (par. 89 jo. 64) de term 'communication(s)' – is het briefverkeer begrepen (De Wilde, par. 93; Golder, par. 43; Silver, par. 84; Campbell and Fell, par. 109, Boyle and Rice, par. 50; Schönenberger and Durmaz, par. 23 – 24). Er is geen reden zakelijke correspondentie, drukwerk, briefkaarten enz. uit te sluiten. Maar ook telefoongesprekken vallen eronder (Klass, par. 41; Malone, par. 64; HR 10 april 1979, NJ 1979, 374). Het ligt voor de hand aan te nemen dat ook andere vormen van telecommunicatie – al dan niet langs elektronische weg – als 'correspondence' aangemerkt moeten worden; zie Klass, par. 41: 'freedom of communication between users of the postal and telecommunication services'. (122) Men denke aan telex, telefax, aan communicatie tussen computers en door middel van geluidsbanden, en uiteraard ook aan de autotelefoon. Wel moet het gaan om gegevensoverdracht, (123) dus niet om goederenverkeer. Voorts zal deze overdracht gericht moeten zijn tot een of meer bepaalde personen. Het gaat te ver een tot het publiek gerichte radiouitzending eronder te vatten (vgl. overigens art. 10 EVRM).

Ook een gesprek zonder gebruik van hulpmiddelen kan mijns inziens

(120) Europese Hof in de recente zaak Powell, par. 40.

(121) Zie wat de Nederlandse wetgeving betreft: art. 3 Postwet, art. 101 lid 2, 114 lid 2 en 125f – h Sv, art. 14 en 99 Faillissementswet, art. 90 – 91, 92a Gevangenismaatregel, art. 14 – 14bis Telegraaf- en Telefoonwet, art. 139a e.v., 374 e.v. en 441 e.v. Sr.

(122) Zie ook Hand. NJV 1988-I, p. 24 e.v. (A. Patijn).

(123) 'Gegevens' zijn (Hand NJV 1988, I, p. 5): 'weergaven van feiten, begrippen of instructies op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of door automatische middelen'.

wel onder de term 'correspondence' worden gebracht. Men denke hierbij in het bijzonder aan afluisteren met behulp van apparatuur (bijvoorbeeld een richtmicrofoon) of waarbij een bijzondere inspanning wordt geleverd.

II.2

Uit 'the right to respect for his correspondence' lijkt in beginsel voort te vloeien – mits 'feasible in practice' – dat te eniger tijd betrokkene van een inbreuk in kennis gesteld wordt. (124) De Nederlandse strafvordelijke wetgeving ten aanzien van het afluisteren van telefoon-gesprekken (art. 125f e.v. Sv) schiet hierin – anders dan die in de BRD (art. 101 Strafprozessordnung) – tekort. Immers, de houder van de aansluiting die zelf niet verdachte is, heeft niet de mogelijkheid om later van het afluisteren kennis te krijgen.

12 ART. 8 LID 2. ALGEMEEN

We komen nu aan lid 2 dat, zoals we zagen, slechts betrekking heeft – althans direct – op de *negatieve* verplichtingen van de staat die in een 'respect for' besloten liggen (zie 7.1). Lid 2 schrijft het volgende procedé van onderzoek voor:

- a. Is er een 'interference'?
- b. Zo ja, is deze 'in accordance with the law'?
- c. Zo ja, heeft de 'interference' een 'legitimate aim', dat is een doel expliciet genoemd in lid 2?
- d. Zo ja, is de 'interference' 'necessary in a democratic society'? (zie o.a. Olsson, par. 59 e.v.).

Dit procedé dient in alle gevallen van inmenging te worden toegepast. Art. 8 lid 2 laat – in tegenstelling tot bijvoorbeeld art. 6 en art. 3 Protocol I – geen plaats voor beperkingsmogelijkheden die geïmpliceerd zouden zijn door een bijzondere positie als die van militairen, ambtenaren, gevangenen, geestelijk gestoorde patiënten, kinderen, enz. Dat volgt uit de restrictieve formulering van lid 2 ('There shall be no interference except such as') (Golder, par. 44; Mathieu-

(124) Klass, par. 58. Zie de rapporten van de Europese Commissie van 14 dec. 1988 in de zaken Hudvig en Kruslin, weergegeven door E. Myjer in NJCM-Bulletin 1989, p. 530. Uiteraard kan art. 6 EVRM ook meespelen.

Mohin, par. 52). Wel kan die positie leiden tot een bijzondere 'in-kleuring' van een der in lid 2 limitatief opgesomde doeleinden en van de 'necessity' (Golder, par. 45; Engel, par. 100, 54; Schönenberger, par. 25).

Art. 8 lid 2 vergt een toetsing *in concreto* (HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 188, Öncü, r.o. 3.2; HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 844, Garti; r.o. 3.4.3; HR 10 nov. 1989, RvdW 1989, 253, r.o. 3.4).

Aangezien lid 2 een uitzondering bevat op een door het EVRM gega-randeerd recht, moet het eng worden uitgelegd (Klass, par. 42; Sun-day Times, par. 65; Silver, par. 97; vgl. ook Handyside, par. 55). Sommige gebieden – met belangen die in verhoogde mate precair (kwetsbaar) zijn – vragen om grotere bescherming tegen willekeu-rige inmenging dan gewoonlijk (*W v. UK*, par. 62).

Ten slotte moet volgens het Hof (Handyside, par. 54) niet vergeten worden dat het EVRM de overheid nimmer tot inperking verplicht (zie in het bijzonder art. 6o EVRM).

13 'INTERFERENCE / INGÉRENCE'

Ofschoon art. 8 volgens het Hof in de eerste plaats betrekking heeft op de negatieve verplichtingen van de staat, gingen de meeste art.-8-zaken die tot nu toe aan het Hof zijn voorgelegd, over de positieve verplichtingen (zie verder par. 7).

Of van een 'interference' sprake is, zal veelal in nauwe samenhang met de vraag naar de begrenzing van de begrippen 'private life' enz. beantwoord worden. De betrekkelijk zware eisen die in het tweede lid van art. 8 aan de toelaatbaarheid voor een uitzondering op het in het eerste lid verzekerde recht worden gesteld (zie in het bijzonder par. 12 en 16), brengen mee dat, wil men van een inmenging ten aanzien van dat recht kunnen spreken, er sprake moet zijn van een duidelijke aan-tasting van hetgeen door mensen in het algemeen als behorende tot hun persoonlijke levenssfeer (enz.) wordt gerekend. (125)

Bij een 'interference' is de essentie van de klacht dat de staat gehan-deld heeft, niet dat hij niet gehandeld heeft (*Airey*, par. 32 en 25; *Mathieu-Mohin*, par. 50; *Gaskin*, par. 41). Als 'interference' is aan-gemerkt zowel het *daadwerkelijk* controleren van de post en af luisteren

(125) G.J. Wiarda in zijn advies-legitimatieplicht, p. 9 (niet gepubliceerd; zie NJB 1987, p. 836, 837).

van de telefoon als het enkele *bestaan van wetgeving* die dat toelaat (Klass, par. 41). Evenzo zowel de daadwerkelijke strafrechtelijke vervolging van homoseksueel vrijwillig contact tussen volwassenen als de enkele strafbaarstelling (Dudgeon, par. 41; Norris, par. 38). Vergelijk ook – met betrekking tot art. 11 EVRM – het arrest Young, James en Webster, par. 49: 'Although the proximate cause was the agreement, it was the domestic law that made lawful the treatment'. Het (al dan niet tijdelijk) tegenhouden of censureren van post is een inmenging, maar uiteraard ook het verbod om een bericht te versturen (Golder, par. 43).

Wat een geheim politieregister met persoonsgegevens betreft, zowel het opslaan als het gebruik van de informatie, gekoppeld aan een weigering aan betrokkene van weerlegging, levert een 'interference' op (Leander, par. 48). De verplichting, met strafrechtelijke sanctie, om een vergunning te verkrijgen de eigen woning na afwezigheid te betrekken, de weigering van een dergelijke vergunning, de strafrechtelijke vervolging wegens het betrekken van de woning zonder vergunning en de veroordeling tot betaling van een boete vormen eveneens 'interferences' (Gillow, par. 47). Voorts kunnen uiteraard 'interference' zijn het treffen van kindbeschermingsmaatregelen en de instandhouding ervan (Olsson, par. 58 – 59; Eriksson, par. 58; vgl. ook O, H, W, B en R v. UK). Hetzelfde gold in de gegeven omstandigheden voor de weigering aan een vader van een verblijfsvergunning en zijn uitzetting (Berrehab, par. 22). Ten aanzien van de weigering van een verblijfsvergunning aan een kind sprak de Hoge Raad van: 'inmenging' die het daadwerkelijk hervatten van in feite onderbroken 'gezinsleven' bemoeilijkt of verhindert (HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 188, Öncü, r.o. 3.2).

14 'BY A PUBLIC AUTHORITY / D'UNE AUTORITÉ PUBLIQUE'

In tegenstelling tot lid 1 kan lid 2 slechts betrekking hebben op de verhouding burger – overheid. Daarbij is het vermoedelijk irrelevant of de staat al dan niet optreedt als houder van publiek gezag. In elk geval betreft het EVRM ook de staat als werkgever (Swedish Engine Drivers, par. 37; Schmidt and Dahlström, par. 33) (vergelijk ten aanzien van de gratis rechtsbijstand: Artico, par. 36, Van der Mussele, par. 29, en Kamasinski, par. 65).

Lid 2 geldt dus niet voor de verhouding tussen burgers onderling.

Wel kan de staat, zoals wij in 7.1 reeds zagen, *verantwoordelijk* zijn – onder meer door zijn wetgeving – voor de verzekering van respect voor de rechten genoemd in lid 1, zelfs in de sfeer van verhoudingen tussen burgers onderling. Als regel zal een tekortkoming in dit opzicht de positieve verplichtingen van art. 8 lid 1 (en art. 1) betreffen, maar een inmenging in de zin van art. 8 lid 2 is niet uitgesloten, bijvoorbeeld doordat een bepaalde wetgeving of ander handelen van de staat de gewraakte (tussen particulieren plaatsvindende) handeling ‘lawful’ maakt (Young, James and Webster, par. 49; vgl. ook impliciet National Union of Belgian Police, par. 39, en Chappell, par. 51) of als directe consequentie heeft (vergelijk in ander verband Soering, par. 91).

15 ‘IN ACCORDANCE WITH THE LAW / PRÉVUE PAR LA LOI’

De Franse uitdrukking ‘prévue par la loi’ komt, behalve in art. 8 lid 2, ook voor in de leden 2 van de art. 9, 10, 11, in lid 1 van art. 1 Protocol I en lid 3 van art. 2 Protocol IV. De Engelse versie hanteert, behalve ‘in accordance with the law’ (art. 8), ‘prescribed by law’ (art. 9 – 11 lid 2), ‘provided for by law’ (art. 1 lid 1 Protocol I) en ‘in accordance with law’ (art. 2 lid 3 Protocol IV), maar naar het zich laat aanzien hebben deze verschillen geen betekenis (Silver, par. 85; Malone, par. 66). Zie ook nog art. 21 IVBPR: ‘in conformity with the law’; en art. 4 IVESC: ‘determined by law’.

Onder de term ‘law’ is ook ongeschreven recht of ‘common law’ begrepen (Sunday Times, par. 47; Malone, par. 66; Chappell, par. 52). Er is geen reden om voor staten als Nederland een uitzondering te maken (HR 24 jan. 1967, NJ 1967, 272; HR 9 jan. 1987, NJ 1987, 928, bijstandsmoeder, r.o. 4.4 slot), zodat in dit opzicht art. 10 lid 1 Gw – die beperking bij of krachtens formele wet voorschrijft – verder gaat.

Om te beginnen is enige basis in het nationale recht vereist (Sunday Times, par. 47; Eriksson, par. 65). Wat naar nationaal recht geen ‘law’ is, lijkt in geen geval in aanmerking te komen (Silver, par. 86). Aan de *kwaliteit* van dit nationale recht worden echter – anders dan in art. 10 Gw – ook eisen gesteld: het nationale recht moet zijn in overeenstemming met de ‘rule of law’ genoemd in de preambule van het EVRM en derhalve een zekere bescherming bieden tegen willekeurige inmenging van de publieke autoriteiten in de vrijheidsrech-

ten waarom het gaat en tegen misbruik van macht. Dit geldt in bijzondere mate indien de bevoegdheden in het geheim of althans buiten kennis van betrokkene worden uitgeoefend en schadelijke en onomkeerbare consequenties kunnen hebben (Malone, par. 67; Chappell, par. 57). Het recht waarom het gaat, moet voorts voldoende toegankelijk (kenbaar) zijn (Sunday Times, par. 49; Müller, par. 29; Chappell, par. 56). Ook moet de norm met voldoende precisie geformuleerd zijn, teneinde de burger – eventueel na advies – in staat te stellen in redelijke mate de consequenties van zijn handelen te overzien en zijn gedrag erop af te stemmen (Sunday Times, par. 49; HR 23 mei 1986, NJ 1987, 702, ten aanzien van de Wet openbaarheid van bestuur). Een zekere vaagheid is echter – teneinde excessieve rigiditeit te vermijden en gelijke tred te houden met de zich wijzigende omstandigheden – vaak onvermijdelijk (Sunday Times, par. 49; Silver, par. 88; Olsson, par. 61; Markt intern, par. 30; HR 25 juni 1982, NJ 1983, 295 – 296; HR 2 april 1985, NJ 1985, 796). Dit geldt in het bijzonder als maatschappelijke opvattingen sterk in het spel zijn (Barthold, par. 47; Müller, par. 29). Wat Nederland betreft, kunnen dus ook vage wetbepalingen als art. 140¹ BW en art. 28 Politiewet in beginsel in aanmerking komen (HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702, en HR 2 febr. 1990, RvdW 1990, 41 en 48, Goeree; HR 14 okt. 1986, NJ 1988, 511). Het strafrechtelijk en strafvorderlijke legaliteitsbeginsel stelt echter ook zijn eisen. Dat een wet een discretionaire bevoegdheid toekent, is op zich niet onverenigbaar met de eis van voorzienbaarheid, mits de omvang en wijze van hanteren van die bevoegdheid, rekening houdend met het legitieme doel van de maatregel in kwestie, met voldoende duidelijkheid zijn aangegeven, teneinde de burger adequate bescherming te bieden tegen willekeurige inmenging (Gillow, par. 51). De procedures en voorwaarden die moeten worden nageleefd, hoeven echter niet noodzakelijkerwijs in detail te zijn neergelegd in de 'law' (te onderscheiden van de administratieve praktijk) (Silver, par. 88 – 89; Malone, par. 68). Zijn de instructies en administratieve praktijk die niet de status van 'substantive law' hebben, aan de betrokken burger of aan het publiek bekend, dan kunnen zij mede in aanmerking worden genomen bij beantwoording van de vraag of aan de vereiste voorzienbaarheid is voldaan. Zo niet, dan komt het aan op de 'law' zelf (Leander, par. 51). De wetsgeschiedenis kan overigens bij uitleg en toepassing steun bieden (Olsson, par. 62; Eriksson, par. 60). Uiteraard evenzeer een (consistente, duidelijke, overvloedige en uitvoerig becommentarieerde) rechtspraak (Müller,

par. 29; Chappell, par. 56; Markt intern, par. 30). Het bestaan en de omvang van rechterlijk toezicht zijn ook belangrijke factoren bij de vraag of de aan de autoriteiten toegekende discretionaire bevoegdheden redelijk en acceptabel zijn met het oog op art. 8 (Eriksson, par. 60).

16 'NECESSARY / NÉCESSAIRE'

De term 'necessary/nécessaire' – die gelezen moet worden in samenhang met 'in a democratic society' (zie par. 17) – is niet synoniem met 'indispensable' (vergelijk in art. 2 lid 2 en art. 6 lid 1 de woorden 'absolutely necessary' en 'strictly necessary' en in art. 15 lid 1 'to the extent strictly required by the exigencies of the situations'). Anderzijds heeft hij niet de flexibiliteit van uitdrukkingen als 'admissible', 'ordinary' (art. 4 lid 3), 'useful' (vergelijk de Franse tekst van de eerste alinea van art. 1 van Protocol I), 'reasonable' (art. 5 lid 3 en art. 6 lid 1), of 'desirable' (Handyside, par. 48; Sunday Times, par. 59, 62; Barthold, par. 55). Vereist is dat voor de inmenging een *dringende maatschappelijke noodzaak* bestaat ('pressing social need': Handyside, par. 48) ('genuine social need': Müller, par. 36, 43) en in het bijzonder dat de inmenging proportioneel is ten opzichte van het beoogde legitieme doel (Handyside, par. 49). Eventuele tekortkomingen dienen echter in het licht van de omstandigheden een zekere ernst te hebben voordat men tot disproportionaliteit kan concluderen (Chappell, par. 66; vgl. ook Eriksson, par. 71). De proportionaliteits eis komt er op neer dat een juist evenwicht moet worden bereikt tussen hetgeen het algemeen belang en de bescherming van de individuele fundamentele rechten vragen; bij een individuele en excessieve belasting van de betrokken persoon zal dat evenwicht ontbreken (James, par. 50). De 'necessity' wordt niet verondersteld maar moet door de overheid aannemelijk worden gemaakt (Handyside, par. 50; Dudgeon, par. 52; HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 188, Öncü, r.o. 3.2 slot; HR 8 dec. 1987, NJ 1988, 844, Garti, r.o. 3.4.3) (vgl. ook hiervoor, par. 12). Deze vereisten gelden ook als het doel van de inmenging de bescherming der goede zeden is (Norris, par. 44). In het algemeen lijken wel de aard van het desbetreffende doel en van het getroffen recht of de getroffen activiteiten relevant te zijn (in elk geval voor de grootte van de 'margin of appreciation' ten opzichte van de Straatsburgse toezichthoudende organen; Sunday Times, par. 59; Dud-

geon, par. 52; Gillow, par. 55). Ook kan het bereik van de inmenging ('its very breath') nopen tot een extra strenge toetsing aan de 'necessity' (par. 63). Rekening moet worden gehouden met eventuele aspecten van algemeen belang (par. 65) en met het gewicht van de betrokken belangen (par. 66) (HR 10 nov. 1989, RvdW 1989, 253, r.o. 3.4).

Eventuele op stapel staande nieuwe wetgeving (F v. Switzerland, par. 36; Inze, par. 44) of gezaghebbende opvattingen (Sunday Times, par. 60) kunnen een aanwijzing zijn dat het ook anders kan – zonder of met een minder ingrijpende inmenging –, met andere woorden dat er alternatieven zijn (zie *mutatis mutandis* Johnston, par. 74; Inze, par. 44; F v. Switzerland, par. 36). Hetzelfde geldt voor afwijkende (aangepaste) wetgeving of praktijk in andere lidstaten van de Raad van Europa (zie par. 5). Anderzijds, de conventie verlangt geen absolute uniformiteit (Sunday Times, par. 61), en dat aan het eind van een geleidelijke ontwikkeling een land zich in een bepaald opzicht in een geïsoleerde positie bevindt, betekent niet noodzakelijkerwijs een schending van het verdrag, in het bijzonder niet als het gaat om zoiets als 'morals' (zie par. 24) of een instituut als het huwelijk, dat zo nauw verbonden is met de culturele en historische tradities van elke samenleving en haar diepgewortelde ideeën omtrent de 'family unit' (F v. Switzerland, par. 33).

Een handelen te goeder trouw is onvoldoende voor de 'necessity'; hier dient een objectieve maatstaf te worden aangelegd. Voorts kunnen 'in a so fundamental area as respect for family life' overwegingen betrekking hebbend op administratieve moeilijkheden niet meer dan een secundaire rol spelen (Olsson, par. 82; vgl. ook Sunday Times, par. 59; en Dudgeon, par. 59).

17 'IN A DEMOCRATIC SOCIETY / DANS UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE'

De woorden 'in a democratic society/dans une société démocratique' – zie ook de preambule van het EVRM – moeten worden gelezen in nauw verband met 'necessary' (zie par. 16) (Handyside, par. 49; Dudgeon, par. 53). Zij geven een bepaalde kleuring aan het noodzakelijkheidsvereiste. Bij de beoordeling van de 'necessity' verdienen de beginselen die een democratische samenleving kenmerken de uiterste aandacht (Handyside, par. 49; Golder, par. 45). 'Hallmarks'

voor een democratische samenleving zijn onder meer pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid (Handyside, par. 49; Dudgeon, par. 53; Lingens, par. 41; Müller, par. 33). De gezichtspunten van een meerderheid dienen niet altijd te prevaleren (Young, James and Webster, par. 63). Vrijheid van meningsuiting is een van de essentiële grondslagen van een dergelijke samenleving, een der basisvoorwaarden voor haar vooruitgang en de ontwikkeling en zelfverwerkelijking van iedere man of vrouw (Handyside, par. 49; Barthold, par. 58; Müller, par. 33), vooral als het de pers betreft (Sunday Times, par. 65; Lingens, par. 41, 42) of het politieke debat en de publieke discussie met betrekking tot onderwerpen van publiek belang (Lingens, par. 42; Barfod, par. 29).

Essentieel is voorts het recht op demonstratie zonder angst voor fysiek geweld van de kant van tegendemonstranten (Plattform 'Ärzte für das Leben', par. 32), het pluralisme in het onderwijs (Kjeldsen, par. 50, 53), het recht op fysieke vrijheid (De Wilde, par. 65), het recht op een eerlijke rechtspleging (Delcourt, par. 25; Kostovski, par. 44), in het bijzonder in het strafrecht (Colozza, par. 32; Soering, par. 113), vrije geheime verkiezingen met redelijke tussenpozen (Mathieu-Mohin, par. 47), het absolute verbod van foltering en van onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (Soering, par. 88). Een ernstige bedreiging van de democratische samenleving – en karakteristiek voor de politiestaat – is het geheime toezicht van de staatsveiligheidsdienst. Dit is dan ook – in verband met het gevaar van 'undermining or even destroying democracy on the ground of defending it' – slechts toelaatbaar voor zover *strikt* nodig om de democratische instellingen veilig te stellen (Klass, par. 42, 49; Leander, par. 60); en bij het toezicht op de uitoefening van de bevoegdheid – in beginsel is wenselijk dat dit toezicht bij een rechter berust – dienen de waarden van een democratische samenleving zo trouw mogelijk te worden in acht genomen (Klass, par. 42, 49, 55 – 56, 59). Rechterlijk toezicht (bij vrijheidsbeneming) wordt geïmpliceerd door de 'rule of law', een der fundamentele principes van een democratische samenleving, die uitdrukkelijk genoemd is in de preambule van het EVRM en waaruit de gehele Conventie haar inspiratie put (Brogan, par. 58).

Bij 'national security/sécurité nationale' valt uiteraard te denken aan de activiteiten van de staatsveiligheidsdienst (controle van communicatie, geheime persoonsregistratie) (Klass, par. 46; Leander, par. 49). (126)

19 'PUBLIC SAFETY / À LA SÛRETÉ PUBLIQUE' (127)

Het doel 'public safety/sûreté publique' treft men in de rechtspraak van het Europese Hof aan ten aanzien van het tegenhouden van een uitgaande brief van een gevangene waarin werd gesteld dat medegevangenen (van 'categorie A') betrokken zouden zijn geweest bij ernstige misdaden (Silver, par. 102). Door de Hoge Raad is het toegepast op de gedwongen bloedafname door een door het openbaar gezag aan te wijzen arts (HR 20 okt. 1987, NJ 1988, 447). (128)

20 'ECONOMIC WELL-BEING OF THE COUNTRY / BIEN-ÊTRE ÉCONOMIQUE
DU PAYS'

Voor de verdragsgeschiedenis van het doel 'economic well-being of the country/bien-être économique du pays' – dat slechts voorkomt in art. 8 (129) – zij verwezen naar par. 3 onder i. Het is inmiddels door het Hof aanvaard als geoorloofd doel van het voorschrijven van een woonvergunning in verband met overbevolking en huizentekort, waarbij mede werd rekening gehouden met sociale en economische binding (Gillow, par. 54), alsmede van de instandhouding van een grote internationale luchthaven (Powell, par. 42). Voorts valt te den-

(126) In de Explanatory Report on the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, wordt met betrekking tot art. 9 opgemerkt (par. 56): 'The notion of "state security" should be understood in the traditional sense of protecting national sovereignty against internal or external threats, including the protection of the international relations of the State'.

(127) Art. 9 lid 2 EVRM heeft in het Frans: 'sécurité'.

(128) En wat art. 9 betreft op de beperking van het vergaderrecht van gedetineerden (HR 25 juni 1982, NJ 1983, 296 slot).

(129) Het Verdrag persoonsgegevens (Trb. 1988, 7) heeft in art. 9 lid 2 onder a: 'the monetary interests of the State'.

ken aan het vreemdelingenrecht: een beoogde regulering van de arbeidsmarkt in verband met de bevolkingsdichtheid (Berrehab, par. 26). In de rechtspraak van de Hoge Raad vindt men het ten aanzien van de inzageplicht van art. 49 lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen (HR 10 dec. 1974, NJ 1975, 178, pleziervaartuigen) en ten aanzien van de controle op de naleving van de Algemene bijstandswet (HR 9 jan. 1987, NJ 1987, 928, bespioneerde bijstandsmoeder, r.o. 4.6).

21 'FOR THE PREVENTION OF DISORDER / À LA DÉFENSE DE L'ORDRE'

21.1

Wat betreft het begrip orde biedt het EVRM, zeker als men het IVBPR erbij betreft, een wat rommelig beeld. In het algemeen heeft 'public order' in het Engels niet dezelfde betekenis als 'ordre public' in het Frans. Het laatste is ruimer en schijnt zo iets te betekenen als 'die beginselen van een positief rechtstelsel, die in het kader van dat stelsel als van bijzondere waarde moeten worden beschouwd'. In het Engels zal men hiervoor de term 'public policy' gebruiken, terwijl 'public order' duidt op 'het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven'. (130)

Bezien we hoe de verschillende rechten op dit punt geregeld zijn in EVRM en IVBPR, dan komen we tot het volgende resultaat:

- *Eerlijk proces* in art. 6 lid 1 EVRM: 'public order' resp. 'ordre public'; en in art. 14 lid 1 IVBPR: 'public order (*ordre public*)' resp. 'ordre public'.
- *Privé-leven enz.* in art. 8 lid 2 EVRM: 'prevention of disorder' resp. 'défense de l'ordre'; het beperkingsdoel ontbreekt in art. 17 IVBPR.
- *Vrijheid van gedachte, godsdienst enz.* in art. 9 lid 2 EVRM: 'public order' resp. 'ordre public'; in art. 18 lid 3 IVBPR: 'order' resp. 'ordre'.
- *Uitingsvrijheid* in art. 10 lid 2 EVRM: 'prevention of disorder' resp. 'défense de l'ordre'; in art. 19 lid 3 IVBPR: 'public order (*ordre public*)' resp. 'ordre public'.

(130) Langemeijer, NJ 1962, 107, p. 423 l.k.; Bossuyt (zie de volgende noot); en uitvoerig J.G.C. Schokkenbroek, NJCM-Bulletin 1986, p. 1 e.v. Zie voorts het Europese Hof, in: De Wilde, par. 65, en Ireland v. UK, par. 237. De art. 6 en 9 van de Nederlandse Grondwet spreken van 'voorkoming van wanordelijkheden'.

– *Recht van vereniging en vergadering*: in art. 11 lid 2 EVRM: 'prevention of disorder' resp. 'défense de l'ordre'; en in art. 21 IVBPR: 'public order (*ordre public*)' resp. 'ordre public'.

– *Bewegingsvrijheid* in art. 2 lid 3 Protocol IV EVRM: '*ordre public*' resp. 'ordre public'; en in art. 12 lid 3 IVBPR: 'public order (*ordre public*)' resp. 'ordre public'.

Men ziet dat in het IVBPR de betekenis van 'public order' en van 'ordre public' expliciet gelijkgeschakeld zijn door in de Engelse tekst – hetzelfde geldt voor de Russische – tussen haakjes de Franse term toe te voegen. (131) Bovendien is vervolgens in Protocol IV EVRM in de Engelse tekst de Franse term gehanteerd. Gelet op dit alles (voor de rol die het IVBPR kan spelen bij de interpretatie van het EVRM zie par. 4) is goed verdedigbaar dat ook in de art. 6 en 9 EVRM 'public order' de Franse betekenis heeft. Wel kan de Engelse terminologie ertoe leiden om het Franse 'ordre public' niet ál te ruim uit te leggen (vergelijk art. 33 lid 3 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht; en Brogan, par. 59): in elk geval niet als: 'bestaande rechtsorde' of 'algemeen belang' (vgl. Berrehab, par. 26).

De uitkomst van de vorige vraag lijkt beslissend te zijn voor de volgende, te weten: wat 'order'/'ordre' en 'disorder' in de art. 8, 10 en 11 betekenen. Het Hof heeft namelijk in de zaak Engel (par. 98) uitgesproken dat 'order/ordre' niet alleen slaat op de 'public order/ordre public', maar dat het ook kan omvatten de orde die nodig is binnen een speciale groep. Dit geldt in het bijzonder indien, zoals bij het leger, wanorde in de betrokken groep repercussies kan hebben voor de orde in de samenleving als geheel.

Het is niet juist – ondanks het woordje 'et' in de Franse tekst – dat de 'prevention of disorder' slechts in combinatie met de 'prevention of crime' kan worden gebruikt (Engel, par. 98).

De 'prevention of disorder' is door het Hof gehanteerd ten aanzien van militaire disciplinaire maatregelen (Engel, par. 98) alsmede de internationale telecommunicatie (Groppera, par. 70) en afgewezen in de Nederlandse Berrehab-zaak (par. 26) over de uitzetting van een vreemdeling. Door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State is het doel betrokken op de Woonwagewet (2 jan. 1986, AB 1986, 443).

(131) Zie M.J. Bossuyt, *Guide to the 'Travaux Préparatoires'* 1987, p. 258 (bij art. 12); p. 366 (bij art. 18); en p. 390 (bij art. 19).

De 'prevention of disorder or crime' samen, is toegepast op het toezicht op de correspondentie van gedetineerde landlopers (De Wilde, par. 93), het stoppen van uitgaande brieven van een gevangene betreffende een dubieuze zakelijke transactie, mededelingen over en bedreigingen van medegevangenen (Silver, par. 101 – 103), het stoppen van een brief van een advocaat aan een gevangene met aanwijzingen hoe te handelen (Schönenberger, par. 25; vergelijk ten aanzien van veroordeelde gevangenen in het algemeen: Golder, par. 45), telefoonafluisteren door de politie in het kader van de strafrechtelijke opsporing (Malone, par. 81) en de geheime controle van post, telefoon enz. door de staatsveiligheidsdienst (Klass, par. 46).

22 '(FOR THE PREVENTION OF) CRIME / À LA PRÉVENTION DES
INFRACTIONS PÉNALES' (132)

Geïsoleerd is het doel '(for the prevention of) crime/à la prévention des infractions pénales' niet door het Hof gehanteerd; zie verder onder 21.1 slot en 21.2.

23 'FOR THE PROTECTION OF HEALTH / À LA PROTECTION DE LA SANTÉ'

De 'health/santé' kan betrekking hebben op lichamelijke en geestelijke gezondheid, en wel die van bepaalde individuen, van bepaalde groepen en van de gehele bevolking (zie ook hierna, par. 24). (133) Te denken valt aan kinderbeschermingsmaatregelen (W v. UK, par. 61; B v. UK, par. 62; R v. UK, par. 66; Olsson, par. 65: 'health or morals'; Eriksson, par. 67: 'health and rights'; HR 22 febr. 1985, NJ 1986, 3, onder 3-5), aan de verplichting een bromfietshelm te dragen (HR 20 sept. 1976, NJ 1977, 28), of een autogordel (HR 16 jan. 1979, NJ 1979, 200), (134) en wat betreft art. 10 EVRM aan een reclameverbod ten aanzien van gebitsprothesen (HR 13 febr. 1987, NJ 1987, 899).

(132) De art. 10 en 11 EVRM spreken in het Frans van 'du crime'.

(133) In art. 9 lid 2 EVRM ligt het blijkens de Franse tekst anders ('de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques').

(134) Overigens, volgens de regering (Naar een nieuwe grondwet, deel 18, p. 419 en 440) is dan niet sprake van inbreuk op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam.

Voor de combinatie met de 'rights (and freedoms) of others', vergelijk par. 24.

24 '(FOR THE PROTECTION OF) MORALS / (À LA PROTECTION)
DE LA MORALE'

Een uniforme Europese conceptie van 'morals' ontbreekt. Wat zij met zich brengen, verschilt van tijd tot tijd en plaats tot plaats, in het bijzonder in ons tijdperk, dat gekarakteriseerd wordt door een snelle en verreikende evolutie van opvattingen te dier zake (Handyside, par. 48; Müller, par. 35). Plaatselijke verschillen in moreel klimaat zijn relevant (Dudgeon, par. 56 – 57).

Voor de toepassing op kinderbeschermingsmaatregelen en de detentie van landlopers ('protection of health or morals') zie par. 22. In de zaak Dudgeon (par. 47) over wetgeving met betrekking tot homoseksualiteit, overweegt het Hof dat 'morals' kunnen betreffen enerzijds de morele ethos of morele maatstaven van een samenleving als geheel, anderzijds de morele belangen en het welzijn van bepaalde individuen of klassen van individuen die wegens onrijpheid, geestelijke tekortkoming of staat van afhankelijkheid bijzondere bescherming behoeven (vgl. Handyside, par. 52 slot: 'the protection of the morals of the young'). In het laatste geval is het ietwat kunstmatig om een scherp onderscheid te maken tussen 'protection of morals' en 'protection of the rights and freedoms of others' (zie ook Müller, par. 30). Het maakt dan niet veel uit of 'morals' geïsoleerd worden gehanteerd (Handyside, par. 46, 52; Müller, par. 30, 39; Norris, par. 40) of samen met 'rights and freedoms of others' (De Wilde, par. 93; Olsson, par. 64 – 65; Eriksson, par. 67).

De 'health or morals' is door het Hof in het verleden ook gehanteerd ten aanzien van de controle van de post van gedetineerde landlopers (De Wilde, par. 93).

25 'FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS AND FREEDOMS OF OTHERS / À
LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS D'AUTRUI'

Voor de verdragsgeschiedenis van 'for the protection of the rights and freedoms of others/à la protection des droits et libertés d'autrui', zie par. 3 onder i. Dit doel kan, zoals wij reeds zagen, geïncorporeerd

zijn in een ander in lid 2 genoemd doel, bijvoorbeeld de bescherming van de moraal (par. 24) of gezondheid (par. 23) van een individueel kind of een bepaalde groep in de samenleving (vgl. ook Sunday Times, par. 56; en Barford, par. 26). De Hoge Raad paste het doel (exclusief) toe op het gedwongen psychiatrisch onderzoek van een failliet (HR 23 dec. 1983, NJ 1985, 170) en, met de openbare veiligheid, op de gedwongen bloedafname door een door het openbaar gezag aan te wijzen arts (zie par. 19).

Als het gaat om de positieve verplichtingen van de staat, kan zoals gezegd lid 2 een zekere relevantie hebben (zie 7.17). In de zaak Rees (par. 44) sprak het Europese Hof van 'interests of others', wat zwakker lijkt dan 'rights and freedoms', maar dit heeft waarschijnlijk geen betekenis blijkens de recente zaak Gaskin (par. 43) ('not only the rights of contributors but also of the children in need of care').

De 'others' om wier rechten en vrijheden het gaat in art. 8, kunnen ook zijn de personen die tot dezelfde 'family' behoren als degene op wiens 'family life' inbreuk wordt gemaakt (HR 1 juli 1982, 201, Marokkaans meisje); en de bedoelde 'freedoms' kunnen eveneens voortvloeien uit art. 8 EVRM (vaste omgangsjurisprudentie van de Hoge Raad). (135)

(135) Zie mijn artikel in NJB 1982, p. 129 e.v.; en HR 3 okt. 1989, Delikt en Delinkwent, nr. 90.056 (incest), r.o. 5.2.

DEEL II

AIDS

Preadvoies mr. J. de Boer

1. INLEIDING, 67
2. DE TEST, 70
 - 2.1. *Vrijwillige test*, 70
 - 2.2. *Niet vrijwillige test op last van de overheid*, 71
 - 2.3. *Anoniem bloedonderzoek ten behoeve van epidemiologisch onderzoek*, 77
 - 2.4. *Test vereist door verzekeraar*, 78
 - 2.5. *Test vereist door de werkgever*, 79
3. DE VERTROUWELIJKHEID, 80
 - 3.1. *Melding aan de overheid*, 80
 - 3.2. *Waarschuwen van derden*, 81
4. CRIMINALISERING, 82

Deel II – AIDS

1 INLEIDING

Sedert enige jaren is de wereld geconfronteerd met een in beginsel dodelijke besmettelijke ziekte, genaamd AIDS (Acquired immune deficiency syndrome), veroorzaakt door het virus HIV (Human immuno-deficiency virus). (1) Trekt men een vergelijking met 'klas-sieke' besmettelijke ziekten als pokken, tyfus, tuberculose, dan treedt een aantal bijzondere kenmerken van AIDS naar voren (de Wet be-strijding infectieziekten is op AIDS ook niet van toepassing verklaard (2)):

- een geneeswijze ontbreekt (vooralsnog), evenals de mogelijkheid van immunisatie; wel schijnt een zekere remmende werking van het middel zidovudine (voorheen bekend als AZT: azidothymidine) aan-getoond te zijn, ook ten behoeve van besmette personen die (nog) geen ziekteverschijnselen hebben;
- de incubatietijd is (jaren)lang;
- onzeker is vooralsnog – de ziekte is pas in 1981 ontdekt – of alle en zo neen, hoeveel HIV-seropositieve personen de ziekte zullen krij-gen;
- HIV-seropositieve personen kunnen de besmetting overdragen (waarschijnlijk is de besmettelijkheid levenslang);
- besmetting geschiedt voor zover bekend niet in het normale maatschappelijke verkeer, maar op een specifieke wijze: via bloed en ander lichaamsmateriaal en door geslachtsverkeer; bijzondere risico-

(1) Onderscheiden schijnen te moeten worden als gevolg van het HIV: AIDS, ARC (AIDS related complex) of LAS (Lymphadenopathie-syndroom), encephalopathie, kinder-AIDS (PAIDS) en nog andere symptomen. Ik spreek slecht van AIDS.

(2) Deze wet (van 21 juli 1928, Stb. 265; S&J 26) verlangt in art. 1 aanwijzing van de in-fectieziekte bij AMvB of van toepassing verklaring door de minister van WVC voor maximaal 12 maanden.

groepen zijn aanwijsbaar (homo- en biseksuele mannen, alsmede prostituee's met frequente, wisselende en onbeschermde contacten, intraveneuze drugsgebruikers en hemofiliepatiënten die in de eerste helft van de jaren '80 bloed ontvingen).

Het bestaan van AIDS geeft aanleiding tot vragen waarbij art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR en de daarmee corresponderende grondwetsbepalingen over de persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam betrokken zijn. Deze vragen zullen hierna worden behandeld. Daarbij bedenke men wel dat de ernst van de situatie in belangrijke mate bepaalt of en in hoeverre een inbreuk op een vrijheidsrecht gerechtvaardigd is ('aux grands maux les grands remèdes') en dat over de ernst van de HIV-epidemie nog veel onzeker is.

Behalve aan art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR en de art. 10 – 11 Gw, kan overigens wat de (bestrijding van) AIDS betreft, ook gedacht worden aan de volgende bepalingen uit de mensenrechtenverdragen en de Nederlandse Grondwet:

- art. 2 EVRM en art. 6 IVBPR (het recht op leven): men denke in het bijzonder aan het infectiegevaar;
- art. 3 EVRM en art. 7 IVBPR (onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen): hieronder kan de weigering van medische behandeling of een gebrekkige behandeling – met name van gedetineerde gestraften (zie ook art. 10 IVBPR) – worden gebracht; ook kan men zich afvragen of segregatie van seropositieve gedetineerden (een nieuw soort 'leprakolonies'?) niet 'vernederend' zou zijn;
- art. 5 EVRM, art. 9 IVBPR en art. 15 Gw (vrijheidsbeneming): zie in het bijzonder art. 5 lid 1 onder e EVRM: 'the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases', en in verband met mogelijke dementie als gevolg van AIDS: (3) 'persons of unsound mind'; in Florida heeft een prostituee met AIDS elektronisch huisarrest gekregen en in Cuba bestaat een systeem van quarantaine van HIV-besmette personen; (4) voorts kan wellicht een met dwang afgenomen bloedtest als korte vrijheidsbeneming worden opgevat; (5)

(3) Zie hierna, noot 33.

(4) Vergelijk Europese Hof, Guzzardi, par. 92 – 95.

(5) Europese Commissie 13 dec. 1979, Decisions & Reports 18, 154, over een vaderschapsactie; vergelijk in dit verband art. 5 lid 1 onder b EVRM.

- art. 11 EVRM, art. 21 – 22 IVBPR en art. 8 – 9 Gw (vrijheid van vereniging en vergadering): deze bepalingen zouden een rol kunnen spelen indien in het kader van de AIDS-bestrijding besloten zou worden tot sluiting van bepaalde ontmoetingsplaatsen (in Beieren spreekt men van: ‘AIDS-Biotope’);
- art. 12 EVRM (recht om te huwen en een gezin stichten): hierbij denke men aan wetgeving zoals die voorkomt of in voorbereiding is in enkele staten van de Verenigde Staten, die een AIDS-test voorschrijft als voorwaarde voor huwelijksluiting (al dan niet als onderdeel van een algemeen medisch onderzoek); ook kan gedacht worden aan draconische maatregelen als baringsverbod voor seropositieve vrouwen met gedwongen abortus en sterilisatie;
- art. 14 EVRM (discriminatieverbod op de gebieden die het EVRM bestrijkt): het lijden aan AIDS of het besmet zijn met het virus kan worden aangemerkt als ‘status’;
- art. 25 IVBPR en art. 3 Gw (toegang op gelijke voet tot de openbare dienst): men denke aan een eventuele gedwongen test met uitsluiting en wellicht zelfs ontslag van seropositieven als gevolg (‘Berufsverbot’); in de Verenigde Staten worden de ambtenaren van de buitenlandse dienst getest (zie hierna, 2.2 onder b) en in Beieren tracht men dat te doen met alle ambtenaren;
- art. 26 IVBPR en art. 1 Gw (algemeen discriminatieverbod);
- art. 2 Protocol I EVRM en art. 13 Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) (6) over het recht op onderwijs: dit in verband met eventuele maatregelen ten aanzien van seropositieve of zieke schoolkinderen (‘Schulverbot’);
- art. 2 en 3 Protocol IV EVRM en art. 12 IVBPR (bewegingsvrijheid): men denke aan beperkingen die nog geen vrijheidsbeneming opleveren (zie bij art. 5 EVRM); en aan het recht zijn eigen land in te komen ongeacht ziekte of besmet zijn;
- art. 6 IVESCR, art. 1 Europees Sociaal Handvest (ESH) (7) en art. 19 Gw over het recht op arbeid: in verband met een eventuele test, afwijzing en ontslag; zie ook art. 15 ESH over rechten van ‘the disabled’; (8)

(6) IVESCR, Trb. 1969, 100 (S&J 74-II).

(7) ESH, Trb. 1962, 3 (S&J 74-II).

(8) Het Amerikaanse Hooggerechtshof heeft een onderwijzer met tbc-geschiedenis als ‘handicapped’ aangemerkt in de zin van de Federal Rehabilitation Act: *School Board of Nassau County v. Arline*, vol. 480, United States Reports, p. 273 (1987).

- art. 7 onder b IVESCR en art. 3 ESH over veilige en gezonde werkomstandigheden; men denke hier in het bijzonder aan ziekenhuispersoneel;
- art. 12 IVESCR, art. 11 en 13 ESH, de preambule van het Statuut van de Wereldgezondheidsorganisatie, (9) en art. 22 lid 1 Gw over het recht op gezondheidszorg (onder meer ten aanzien van 'epidemic diseases') en het recht op medische bijstand;
- tot slot art. 15 EVRM en art. 4 IVBPR (tijdelijke opschorting van de rechten en vrijheden in geval van algemene noodtoestand): van een 'public emergency threatening the life of the nation' (10) is echter niet sprake.

In de onderstaande beschouwingen zal de nadruk liggen op art. 8 EVRM.

2 DE TEST

2.1 *Vrijwillige test*

Tegen het op vrijwillige basis, al dan niet anoniem, testen bestaat geen bezwaar, al is de test niet absoluut betrouwbaar, mits de patiënt tevoren – in de terminologie van het voorontwerp inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst (art. 1653b BW) (11) – door de hulpverlener is ingelicht 'op duidelijke wijze en, desgevraagd, schriftelijk, over de aard en het doel van het onderzoek, over de te verwachten gevolgen en risico's daarvan voor de gezondheid van de patiënt, alsmede over de staat van en de vooruitzichten met betrekking tot diens gezondheid voor wat betreft het terrein van het onderzoek' (zgn. 'informed consent'). Uiteraard is, nu het gaat om de verhoogde kans op een dodelijke ziekte zonder geneeswijze, kennisneming van een positieve uitslag voor betrokkene in hoge mate psychisch be-

(9) Trb. 1952, 7 (S&J 26a).

(10) Europees Hof, Lawless (A3), p. 56, par. 28.

(11) De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling (Ministerie van Justitie/WVC), febr. 1987. Het wetsontwerp is in oktober 1989 voor advies aan de Raad van State voorgelegd.

lastend. (12) Door deze ernstige gevolgen voor de psychische gezondheid en door het gevaar van negatieve consequenties op het sociale vlak, mag een stilzwijgende toestemming voor de test niet spoedig worden aangenomen, ook niet als betrokkene zich onder behandeling heeft gesteld in verband met ziekteverschijnselen die op AIDS duiden of (stilzwijgend) toestemming heeft gegeven voor het gebruikelijke routinebloedonderzoek. Voor anoniem bloedonderzoek zie 2.3.

Testen zonder '(informed) consent' is in beginsel onrechtmatig. Een recht op vergoeding van immateriële schade (smartegeld) is niet uitgesloten, aangezien mijns inziens gezegd kan worden dat de benadeelde 'in zijn persoon is aangetast'. (13)

Bij een vrijwillige test zal men in de regel ook wel de uitslag willen vernemen. Denkbaar is echter – in het bijzonder in het kader van een (anoniem) groepsonderzoek, maar wellicht ook bij de donatie van bloed of organen – dat toestemming gegeven wordt voor een test zonder dat de uitslag wordt vernomen. Onderscheiden dienen dus te worden kwesties omtrent toestemming, mededeling van de testuitslag en anonimiteit tegenover de tester.

2.2 Niet vrijwillige test op last van de overheid

De dwang tot onderwerping aan een test kan (direct) fysiek zijn (bijvoorbeeld ten aanzien van verdachten, gedetineerden of dienstplichtigen) (vgl. hiervóór, deel I, 8.3.1 onder c) of (indirect) bestaan uit het verbinden van belangrijke nadelen aan een weigering (disciplinaire maatregelen, boete of hechtenis, ontslag, weigering van een aanstelling, van een medische behandeling of van een verblijfsvergunning). De gedwongen test is zonder twijfel een inbreuk op het recht op respect voor het privé-leven in de zin van art. 8 lid 1 EVRM en de art. 10 – 11 Gw. (14) De benodigde bloedafname, al is deze een kleine ingreep zonder noemenswaardige risico's, levert zonder toestemming een aantasting op van het menselijk lichaam. Belangrijk is voorts dat het gaat om zeer gevoelige persoonsgegevens, die in verband staan

(12) Vol. 48 Maryland Law Review, p. 38: 'A major study has indicated that men aged twenty to fifty-nine with HIV in New York City are at least sixty-six times more likely to commit suicide than the general population of that city.'

(13) Art. 6.1.9.11 (= art. 106 Boek 6) lid 1 onder b NBW.

(14) Vergelijk Europese Commissie 13 dec. 1979, D&R 18, 154 (vaderschapsactie), en 10 dec. 1984. D&R 40. 251 (tbc-onderzoek).

met een dodelijke ongeneeslijke ziekte. Daarbij komt nog dat deze gegevens worden geassocieerd met een bepaald, door velen afgekeurd gedrag en seksueel leven en, indien bekend, kunnen leiden tot stigmatisering en discriminatie. Het recht op respect van privé-leven heeft een belangrijke 'informationele' kant. Ter zake van de HIV-besmetting gaat het dan niet alleen om het bekend worden aan anderen, maar ook aan betrokkene zelf. In beginsel heeft betrokkene er recht op zelf niet te weten of hij besmet is. (15) Bij bescherming van privé-leven gaat het mede om de vrijheid onverstandige of onverantwoordelijke keuzes te doen. Zolang een geneeswijze ontbreekt, lijkt overigens een keuze voor niet-weten niet eens zo onverstandig of onverantwoordelijk, aangenomen dat betrokkene met een zekere twijfel weet te leven, geen naalden deelt bij drugsgebruik, geen dan wel uitsluitend veilig seksueel contact heeft en als vrouw geen kinderen baart.

Kortom, een gedwongen test door de overheid is slechts geoorloofd indien de bevoegdheid berust op 'the law' (in Nederland is dat in verband met de art. 10 – 11 Gw: bij of krachtens de formele wet); in de tweede plaats een doel heeft dat wordt genoemd in art. 8 lid 2 EVRM (gedacht moet uiteraard worden aan de 'protection of health' en de 'protection of the rights and freedoms of others', in het bijzonder hun 'right to life'); en in de derde plaats 'necessary in a democratic society' is, wat neerkomt op de aanwezigheid van een dringende maatschappelijke noodzaak en evenredigheid tussen inbreuk en nagestreefd legitiem doel (zie hiervoor, deel I, par. 16). Wat de HIV-epidemie betreft, is in dit verband een aantal factoren van belang:

- de test is niet absoluut betrouwbaar en minder geschikt voor toepassing op grote aantallen personen die niet tot een risicogroep behoren; (16)

(15) Zie ook het voorontwerp geneeskundige behandeling, art. 1653c.

(16) L.O. Gostin e.a., *American Journal of Law & Medicine*, vol. XII, 1987, p. 35: 'The ELISA test is highly accurate when applied within a high risk population, but it would produce a significant number of false positive results when applied to a normal healthy population. Under optimal circumstances, a single ELISA test would be expected to produce at least one or two false positives for every true positive within a healthy population. A confirmatory Western Blot test would sharply reverse the ratio of true to false positives to approximately seventy to one. Yet, when such ratios are applied to a large population, the total number of false positives would be significant.' (ELISA = Enzyme linked immuno sorbent assay). In de tweede plaats: ook de tijd die ligt tussen besmetting en de mogelijkheid deze met de gebruikelijke testmethode aan te tonen ('window period'), vermindert de voorspellende waarde van de test.

- onzeker is of bekendheid bij betrokkene van zijn seropositiviteit zal leiden tot zodanige gedragsverandering dat de verspreiding van het virus via hem afneemt: niet ieder heeft voldoende verantwoordelijkheidsgevoel, en kennis van besmetting kan zelfs leiden tot gedragsverandering in negatieve richting ('desperado'-gedrag);
- HIV schijnt een fragiel virus te zijn dat niet gemakkelijk wordt overgebracht: niet in een gemeenschappelijke huishouding (met gedeelde tandenborstel en scheermesjes) en niet op school; zelfs in ziekenhuizen (contact met open wonden) is besmetting vrijwel uitgesloten; bijten en kussen leiden niet tot besmetting;
- ten aanzien van het eventueel besmetten of besmet raken zijn goede voorzorgsmaatregelen mogelijk;
- het gedwongen testen leidt tot onlustgevoelens en tegenwerking (ook bij personen die nimmer een risico hebben gelopen), tot wantrouwen en vrees voor stigmatisering en discriminatie en tot verstoring van vertrouwensrelaties in het algemeen en in het bijzonder van die welke zijn opgebouwd tussen de risicogroepen en de hulpverlenende instanties (met name centra voor de behandeling van geslachtsziektes en van drugsverslaving): de infectie wordt 'ondergronds' gedreven en hierdoor dreigt een averechts effect;
- aan het testen op grote schaal en de verwerking van de gegevens met de vereiste vertrouwelijkheid zijn zware financiële lasten verbonden, mede in aanmerking nemend dat aan personen met een seropositieve testuitslag hulp en bijstand behoort te worden gegeven.

Dit alles leidt ertoe dat, ook al zou er een wettelijke basis bestaan, van het gedwongen testen niet spoedig zal kunnen worden gezegd dat het beantwoordt aan een dringende maatschappelijke behoefte en proportioneel is aan de ernstige inbreuk op het recht op respect voor het privé-leven. (17)

In de Verenigde Staten wordt het onvrijwillig testen toegepast op:

a. *(Aspirant-)militairen*. Seropositieven worden niet in dienst genomen; zijn zij al in dienst, dan is eervol ontslag niet uitgesloten. Argumenten zijn dat militairen in gevechtssituaties als bloeddonoren moeten kunnen fungeren; en dat de immunosuppressie die bij sero-

(17) Het Comité van ministers van de Raad van Europa heeft aanbevolen – expliciet rekening houdend met het EVRM – dat 'there should be no compulsory screening (for HIV infection) of the general population nor of particular population groups' (Appendix bij Recommendation Nr. R(87) 25 d.d. 26 nov. 1987, par. 2.2.1).

positieven zou bestaan, hen vatbaarder maakt (in bepaalde streken) voor bepaalde ziekten en ongeschikt voor vaccinatie tegen pokken, rode hond enz.

Deze argumenten lijken op zichzelf – met het oog op de gevechtssituaties – niet zonder gewicht, maar van belang is het percentage seropositieven dat men aantreft of verwacht aan te treffen. Het doel uit art. 8 lid 2 EVRM dat gedwongen testen hier zou dienen, is behalve de bescherming van 'health' en de 'rights and freedoms of others' bovendien de 'national security'.

In het Nederlandse leger wordt niet gedwongen getest. Het besmet zijn is geen reden voor ontslag, ook niet op verzoek. (18)

b. De buitenlandse dienst. Seropositieven worden in de Verenigde Staten niet aangenomen. Zijn zij reeds in dienst, dan worden zij niet of slechts naar een beperkt aantal plaatsen uitgezonden; ontslag volgt dus niet. Argumenten hier zijn dat op veel posten in de wereld adequate medische voorzieningen ontbreken en voor de gezondheid slechte omstandigheden bestaan. Ook zou – evenals bij militairen (zie hiervóór) – vaccinatie van seropositieven tegen bepaalde ziekten voor hen gevaarlijk kunnen zijn; en moet de buitenlandse-dienst-ambtenaar in noodgevallen als bloeddonor kunnen fungeren. Voorts is er enige bezorgdheid ten aanzien van de naam van de Verenigde Staten (als verspreidingsbron van AIDS). Ten slotte verbiedt een groeiend aantal landen de binnenkomst van virusdragers.

De argumentatie is niet erg overtuigend: er zijn voldoende mogelijkheden van 'self supply' (injectienaalden, bloed), iemand met ziekteverschijnselen kan binnen een dag worden teruggehaald; immunosuppressie kan ook zonder HIV-test worden geconstateerd; en het gewone toeristenverkeer is ook niet afhankelijk van een test. Mede gelet op de hiervoor weergegeven algemene facetten lijkt dan ook het gedwongen testen van buitenlandse-dienst-ambtenaren (met gezin) als disproportioneel te moeten worden aangemerkt.

c. Gevangenen (niet in alle gevangenissen van de Verenigde Staten). Rechtvaardiging zou kunnen zijn een hoog percentage seropositie-

(18) Een uitzondering geldt voor de vrijwillige uitzending naar de Verenigde Staten in het kader van het Security Assistance Training Program (SATP): zie Bijl. Hand. II 1987 – 1988, 19218 nr. 17. Een voldoende specifieke regeling ontbreekt overigens: Zie Militaire ambtenarenwet art. 12 onder b ('het onderzoek naar de geschiktheid en bekwaamheid') en i ('gezondheidszorg') jo. Algemeen militair ambtenarenreglement alsmede Wet rechtstoestand dienstplichtigen art. 2 onder b en g jo. Reglement rechtstoestand dienstplichtigen.

ven, gekoppeld aan veel voorkomend intraveneus drugsgebruik en grote seksuele activiteit, waaronder verkrachting. Voorts zou gedacht kunnen worden aan onrust en agressie bij personeel en medegevangenen.

Anderzijds: het intraveneus drugsgebruik met gedeelde naald en onveilige seksuele activiteit kunnen strenger worden bestreden. Er zijn goede mogelijkheden van voorlichting en educatie in een gevangenis. Het gevaar van verkrachting dient stellig met kracht te worden geminimaliseerd (vergelijk het Europese Hof in de zaak *X and Y v. The Netherlands*). Ik meen dat de staat daarvoor uit onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gesteld; in Nederland kennen wij gelukkig géén gemeenschappelijke cellen. Aan ongefundeerde onrust binnen de gevangenispopulatie dient niet spoedig ten detrimente van individuele vrijheidsrechten te worden toegegeven. In de lijn van een algemene test zou liggen afscheiding van seropositieven (waarvan niet zeker is dat zij ziek zullen worden), hetgeen leidt tot stigmatisering en wellicht verhoogd gevaar binnen deze groep (zie art. 3 EVRM). Al met al lijkt ook hier gedwongen testen disproportioneel. Gevangenen hebben recht op bescherming van hun privé-leven, in beginsel op dezelfde wijze als andere burgers. Art. 8 EVRM kent geen 'implied limitations' (Zie hiervoor, deel I, par. 12). De kwetsbare positie van gevangenen verlangt in dit opzicht extra oplettendheid.

In Nederlandse gevangenissen wordt niet gedwongen getest; er is ook geen wettelijke basis voor (of deze zou art. 15 lid 4 Gw moeten zijn, maar dat is weinig aannemelijk). Sinds augustus 1987 zijn condooms tegen betaling beschikbaar; naalden niet.

d. Patiënten in ziekenhuizen (in het belang van het personeel voorgesteld in verschillende staten van de Verenigde Staten). Naar wat wij thans weten over de besmetting, gaat dit te ver. (19) Het ziekenhuis kan hy-

(19) L.O. Gostin c.s., *American Journal of Law & Medicine*, vol. 12, 1987, p. 37: 'Several studies indicate that hospital and laboratory settings do not pose a significant risk of transfer of HIV. In five separate studies, a total of 1,498 health care workers were tested for HIV antibody. In these studies, 666 workers or 44,5% had had direct exposure by needle stick, cut, or mucous membrane to patients with HIV. Of the 26 who tested seropositive after exposure, only three did not belong to a high risk group.'

H.L. Hirsh, *The Journal of Legal Medicine*, vol. 10, 1989, p. 191: 'To what extent are health care workers at risk? The results of several large studies suggest that a single needle stick exposure to HIV carries a risk of infectivity of 1:500 to 1:800. Those figures probably overestimate the risk somewhat, since a large number of needle sticks go unreported. In contrast, the risk of contracting hepatitis B via needle stick from a surfaceantigen-positive individual is as high as 1:2. The difference is due to the much

giënische voorzorgsmaatregelen nemen, zoals ten aanzien van het veel besmettelijker hepatitis-B.

Omgekeerd zouden patiënten overigens mogen verlangen dat het personeel getest wordt.

e. Test als voorwaarde voor huwelijkstoestemming. Miskend wordt dat seksueel verkeer en geboorte ook buiten huwelijk kunnen plaatsvinden. Wellicht zelfs heeft verhindering of bemoeilijking van het huwelijk van seropositieven een averechts effect (promiscuïteit). De grote meerderheid van besmette babies wordt geboren uit ongehuwde moeders. Het gaat thans naast art. 8 EVRM om art. 12 EVRM (het recht om te huwen en een gezin te stichten). (20)

f. Schoolkinderen (sommige scholen in de Verenigde Staten weigeren de toegang aan seropositieve kinderen). Naar thans bekend, is er echter geen reëel gevaar van besmetting. Aan ongefundeerde angsten van ouders dient in het belang van besmette of zieke kinderen weerstand te worden geboden.

g. Prostitue(e)s (in de Verenigde Staten zijn rechterlijke bevelen tot het testen van prostituées en zedendelinquenten gegeven; in Nevada is een test voorwaarde voor een vergunning). Door de zeer vele wisselende seksuele contacten zal verplicht periodiek onderzoek van prostituées – mits op wettelijke basis – ook in Nederland spoedig gerechtvaardigd zijn. Een positieve uitslag van de test zou dan moeten leiden tot een beroepsverbod, met in beginsel recht op schadevergoeding. Wellicht kan hier – zoals ook reeds op het gebied van de rechterlijke organisatie – gekeken worden naar de situatie op Curaçao, waar sedert 1949 een systeem met medisch toezicht (en kazerne-ning) bestaat. (21) Anderzijds, de HIV-besmetting onder niet-verslaafde prostituées schijnt mee te vallen; en gewaakt moet worden tegen het gevaar dat de prostitutie ‘ondergronds gaat’ en de risico’s juist toenemen. (22)

—
smaller number of HIV virions in the body fluids of HIV-infected patients, on the order of five to seven logs, than of hepatitis B virions in the body fluids of hepatitis B-infected individuals’.

Zie ten slotte ook: Bijl. Hand. II 1987 – 1988, 19218, nr. 14, p. 6 – 7.

(20) Over de toepassing van art. 12 EVRM zie mijn noot in NJCM-Bulletin 1988, p. 235 c.v.

(21) U.C.H. Martin, in: Koperen polyfonie (bundel W.R. Boom), 1984, p. 30 e.v. Overigens, in Nederland is er een wetsvoorstel tot ontheffing van het bordeelverbod (Kamerstukken 18202)

(22) Zie Bijl. Hand. II 1986 – 1987, 19218, nr. 9, p. 22.

h. Immigranten (In de Verenigde Staten worden alle immigranten, asielzoekers en aanvragers van legalisatie getest). Het spreekt vanzelf dat een gedwongen test gevolgd door weigering van toegang, behalve een inbreuk op het privé-leven, tevens vaak een inmenging in een 'family life' zal betekenen (zie hierna, deel IV). Als doeleinde van de maatregel kan worden aangemerkt 'health', 'rights and freedoms of others' en – in verband met de kosten van behandeling van AIDS – de 'economic well-being of the country'. De vraag is wederom of de test 'necessary' is, in aanmerking nemend dat AIDS een wereldprobleem is. Bij een relatief hoog percentage te verwachten gevallen van seropositiviteit – zoals ten aanzien van Centraal Afrika – , lijkt dat van wel. (23) Uitzonderingen op het individuele vlak dienen echter mogelijk te zijn. Men kan bij gezinshereniging moeilijk één (seropositief) kind achterlaten. Bij asielzoekers speelt mee dat zij niet altijd ergens anders heen kunnen. Uitzetting van personen die al enige tijd in Nederland verblijven – en wellicht hier de besmetting hebben opgedaan – lijkt in elk geval onredelijk (zie ook art. 13 IVBPR en art. 1 van het nog niet geratificeerde Protocol VII EVRM).

Het spreekt vanzelf dat áls er getest wordt, dit op zorgvuldige, betrouwbare wijze dient te geschieden. 'Quick testing equipment' op vliegvelden is uit den boze. Bij de uitvoering van de Nederlandse vreemdelingenwetgeving wordt niet getest. (24)

2.3 Anoniem bloedonderzoek ten behoeve van epidemiologisch onderzoek (UAS: Unlinked anonymous screening)

De vraag is of de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam niet een zekere nawerking heeft ten aanzien van afgescheiden lichaamsstoffen; en of bovendien de mens van wie zij zijn afgescheiden daarop niet zekere eigendomsrechten heeft (bevestigend: Moore v. Regents of University of California (1988), vol. 249 California Reporter, p.

(23) Een aantal adoptie-organisaties laat kinderen in de zgn. risicolanden op AIDS onderzoeken (Bijl. Hand. II 1987 – 1988, 19218, nr. 12, p. 29).

(24) Met betrekking tot ziekten zie art. 95 Vreemdelingenbesluit (S&J 86) (EEG-onderdanen) en de Vreemdelingencirculaire A 4.5.3.5. (op basis van art. 11 lid 5 Vreemdelingenwet: 'gronden aan het algemeen belang ontleend'). Over 'openbare rust en de openbare orde' in art. 8 lid 1 onder c Vreemdelingenwet rekent de Vreemdelingencirculaire A 4.2.3.4 mede gevaar voor de volksgezondheid. Het ontwerp Algehele herziening Vreemdelingenwet (Kamerstukken 21018) spreekt in art. 2 lid 1 onder f expliciet van 'ziekte die een gevaar oplevert voor de volksgezondheid of de openbare orde'.

495). Men zou echter kunnen veronderstellen dat bij het anoniem steekproefsgewijs onderzoeken van bestaande bloedmonsterbestanden een stilzwijgende toestemming bestaat (na een publieke aankondiging). Wel hebben betrokkenen de mogelijkheid te verklaren dat hun bloed *niet* voor het onderzoek mag worden gebruikt. Zij behoeven hiervoor geen redelijk belang aan te voeren (wantrouwen ten aanzien van de anonimiteit of de gevolgen van het onderzoek, mede voor de 'groepsprivacy', levert overigens ook een belang op). Deze mogelijkheid zal uiteraard de representativiteit (die al dubieus is) aantasten. Doorbreking – mits 'necessary' – zal wel bij of krachtens de wet kunnen geschieden. Men denke aan verplichte medewerking van ziekenhuizen, ongeacht wat de patiënt ervan vindt: echter met de kans dat sommigen geen medische hulp meer in ziekenhuizen zoeken (hetgeen wederom de representativiteit aantast). De ervaringen in het verleden met de volkstelling stemmen niet tot optimisme.

2.4 *Test vereist door verzekeraar* (25)

Zoals wij zagen (hiervóór, deel I onder 7.2) heeft art. 8 EVRM (en de art. 10 – 11 Gw) ook werking in verhoudingen tussen particulieren onderling. (26) Hetzelfde mag wel worden aangenomen voor de art. 26 IVBPR, art. 14 EVRM, en art. 1 Gw (discriminatieverbod). Anderzijds bestaat er contractsvrijheid, (27) een recht dat echter in het algemeen minder gewicht in de schaal legt naarmate de partij die zich erop beroept of de groep waartoe die partij behoort, in grotere mate een monopoliepositie inneemt en het bij de wederpartij gaat om essentiële belangen. Met betrekking tot de normale kosten van ziekte en invaliditeit kan wel worden gezegd dat verzekering voorziet in een essentiële behoefte. Deze factor domineert boven overwegingen omtrent de verdeling van het risico over de gezamenlijke verzekerden en het gevaar van antiselectie. Hetzelfde geldt voor andere verzekeringen voor zover een dienstbetrekking ervan afhankelijk is. (28) Ik meen dat het voorschrijven van een HIV-test – en hetzelfde geldt

(25) Zie de notitie van de minister van Justitie, Bijl. Hand. II 1987 – 1988, 19218, nr. 10; alsmede nrs. 18 en 27 en de UCV 51 van 25 april 1988 (p. 48 e.v.).

(26) Specifiek ten aanzien van de verzekeringsovereenkomst zie HR 18 dec. 1981, NJ 1982, 570 (strafrechtelijk verleden).

(27) Asser – Hartkamp 4-II, Verbintenissenrecht, 1989, nrs. 45 e.v.

(28) Zie ook het rapport van de commissie-Hessel: Een sollicitant is ook een mens, Ministerie van Sociale Zaken, 1977, p. 58.

voor andere testen die evenmin op de geschiktheid voor de functie betrokken zijn – bij dit soort verzekeringen onrechtmatig is (ook als seropositiviteit ‘slechts’ tot een hogere premie zou leiden). Het vragen naar seropositiviteit of naar een wellicht eerder ondergane test is mijns inziens eveneens ongeoorloofd – wat betekent dat de vraag eventueel bewust onjuist mag worden beantwoord – en verzwijging komt niet aan de orde (tenzij men al ziek is). In Nederland kennen we overigens een verplichte ziekenfondsverzekering en volksverzekering tegen bijzondere ziektekosten, een wettelijke acceptatieplicht voor particuliere ziektekostenverzekeraars en (op minimumniveau) een verplichte volksverzekering ten aanzien van arbeidsongeschiktheid. De medische behandeling van AIDS (en van de HIV-besmetting) schijnt overigens wel een dure aangelegenheid te zijn, zodat wellicht algemene premieverhoging, poolvorming of subsidiëring door de overheid nodig zal zijn.

Voor levensverzekeringen, voor zover niet gekoppeld aan een dienstbetrekking, ligt het anders. Hier hoort de verzekeraar vrij te zijn in zijn (gerichte) vraagstelling en in het testen, (29) mits geen ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt. Zo zal een onderzoek naar homoseksualiteit en het laten meewegen van homoseksualiteit bij de beslissing of zal worden getest, weliswaar actuariael gerechtvaardigd zijn, in juridisch opzicht moet het dat niet zijn, mede gelet op de historische en nog steeds bestaande discriminatie en negatieve bejegening van homoseksuelen. (30)

Ten slotte zij opgemerkt dat volledige uitsluiting van het AIDS-risico in een levensverzekeringsspolis – zoals ten aanzien van zelfmoord – moeilijkheden geeft omdat de verzekeraar geen recht op informatie omtrent de exacte doodsoorzaak heeft.

2.5 *Test vereist door de werkgever (31)*

Hier geldt hetzelfde als hiervoor is gesteld ten aanzien van ziektekosten en invaliditeitsverzekering. Een fundamenteel belang – hier:

(29) In de praktijk wordt – behoudens ‘objectieve medische indicatie’ – een grens van f 200 000 gehanteerd voor levensverzekeringen en f 40 000 voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

(30) Vergelijk de wetsontwerpen 20501 (Algemene wet gelijke behandeling) en 20239 (art. 429quater Sr).

(31) Zie ook de notitie AIDS en aanstellingskeuring, Bijl. Hand. II 1987 – 1988, 19218, nr. 16; en 1988 – 1989, nr. 33.

het recht op arbeid – is in het spel. Dit belang – te zamen met het recht op bescherming van het privé-leven – weegt zwaarder dan het belang van de werkgever. Het gevaar van besmetting op de werkvloer kan worden verwaarloosd (32) en het ontwikkelen van de ziekte bij betrokkene zelf kan zo nodig door periodieke medische keuringen worden geconstateerd. (33) Wellicht moet in zeer zeldzame gevallen een uitzondering gelden, bijvoorbeeld ten aanzien van piloten in verband met psychologische effecten bij betrokkene zelf en mogelijke inreisbeperkingen in het buitenland.

Indien zou blijken dat – buiten genoemde zeer bijzondere gevallen – werkgevers bij sollicitatie een test verlangen, dan dient de wetgever (civielrechtelijk) in te grijpen.

Zoals in 2.4 gesteld, mag ook niet getest worden bij een verzekeringskundige keuring indien de uitslag de indiensttreding kan belemmeren. Dit geldt overigens in het algemeen: aanstellingskeuring en ‘pensioenkeuring’ (zo deze laatste al nodig is) dienen te worden gescheiden.

3 DE VERTROUWELIJKHEID

3.1 *Melding aan de overheid*

Men moet hier onderscheiden of de melding – van AIDS dan wel van een besmetting – anoniem geschiedt (34) of bij naam (‘nominatief’). Van een anonieme melding zonder enige mogelijkheid van herleiding tot een persoon kan moeilijk worden gezegd dat deze inbreuk maakt op het respect voor privé-leven. Bij een nominatieve melding (en registratie) (35) ligt dat anders, a fortiori indien vervolgens ook nog contactenonderzoek plaatsvindt. Deze melding zal derhalve bij of krachtens formele wet voorzien moeten zijn (art. 10 Gw),

(32) Zie 2.2 en noot 16.

(33) Wat betreft de effecten op het zenuwstelsel zie Th.M. Hammett, : 1988 Update: AIDS in correctional Facilities, U.S. Department of Justice, June 1989, p. 2: ‘researchers are discovering that AIDS dementia generally occurs late in the progress of infection and is accompanied by other symptoms. Neurological symptoms are unlikely to develop suddenly or independently. This knowledge has important implications for employment policies’.

(34) Eventueel met initialen en leeftijd om dubbelstellingen te voorkomen.

(35) Zie hiervóór, deel I, 8.3.5.

een bepaald in art. 8 lid 2 EVRM genoemd doel moeten dienen ('health'), en 'necessary in a democratic society' moeten zijn. Van groot belang is uiteraard of de gegevens bij de overheid goed beschermd worden. (36) Echter, ook al is dat zo, vrij algemeen wordt aangenomen dat de nadelen van nominatief melden groter zijn dan eventuele voordelen. De Wet bestrijding infectieziekten is dan ook niet op AIDS of HIV-besmetting van toepassing verklaard. (37) Ook in gevangenissen geldt het beroepsgeheim van artsen. Voor doorbreking dient een rechtvaardiging (een bijzonder gevaar) te bestaan.

3.2 *Waarschuwen van derden*

Mag een arts, tegen de wil van zijn seropositieve patiënt, diens identificeerbare vaste seksuele (of naalddelende) partner inlichten? Of móet hij dat zelfs (zodat hij eventueel, indien de partner nog niet besmet was, aansprakelijk is jegens die partner)? In beginsel heeft de medische hulpverlener een geheimhoudingsplicht – de arts heeft daarbij ook een wettelijk verschoningsrecht – maar deze is niet absoluut. (38) In casu meen ik dat de arts in vrijwel alle gevallen *bevoegd* zal zijn tot waarschuwen. Ook kan onder bepaalde omstandigheden een *plicht* tot waarschuwen worden aangenomen die gaat voor de geheimhoudingsplicht; men denke bijvoorbeeld aan de huisarts van zowel de seropositieve patiënt als diens partner. Een absolute waarschuwingsplicht gaat echter te ver. Het beroepsgeheim dient een alge-

(36) Vergelijk de zaak *Whalen v. Roe* van het Amerikaanse Hooggerechtshof, vol. 429, United States Reports, p. 589 (1977).

(37) Wat de infectiewetgeving in de EEG betreft, schijnt dat ten aanzien van AIDS anders te zijn in Denemarken, de BRD, Frankrijk, Griekenland, Italië, Luxemburg, Portugal en delen van Spanje; en ten aanzien van de HIV-besmetting in de BRD en Griekenland.

(38) HR 6 maart 1987, NJ 1987, 1016 (WLH), mede ten aanzien van art. 8 EVRM (zie r.o. 4.4). H.J.J. Leenen, Handboek gezondheidsrecht, 1988, p. 208, geeft als vereisten voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim wegens conflict van plichten:

- alles in het werk gesteld om de toestemming van de betrokkene te verkrijgen;
- de zwijgplichtige moet in gewetensnood verkeren door het handhaven van de zwijgplicht;
- er is geen andere weg dan doorbreking van het geheim om het probleem op te lossen;
- het niet-doorbreken van het geheim levert voor een ander ernstige schade op;
- het moet vrijwel zeker zijn dat door de geheimdoorbreking die schade aan de ander kan worden voorkomen of beperkt.

meen belang: het schept vertrouwen. Voorts bedenke men dat een hulpverlener vóórdat hij een test afneemt, betrokkene erop behoort te wijzen dat niet volledige geheimhouding zal worden betracht. Betrokkene kan zich vervolgens elders anoniem – in de zin dat geen (te controleren) naam hoeft te worden opgegeven – laten onderzoeken.

4 CRIMINALISERING

Overwogen zou kunnen worden om ter bestrijding van de HIV-epidemie bepaald gevaarlijk gedrag strafbaar te stellen. Daarbij dient met art. 8 EVRM rekening te worden gehouden. Zowel een bepaalde strafbaarstelling als een onmogelijkheid van strafrechtelijke vervolging zou immers in strijd met art. 8 kunnen zijn (zie enerzijds de zaken Dudgeon en Norris, anderzijds de zaak X and Y v. The Netherlands). Ook kan de vraag opkomen of een gedwongen test in het kader van het strafrechtelijk onderzoek geoorloofd is. Bij de beslissing om al dan niet tot speciale criminalisering over te gaan, moet wel in het oog worden gehouden dat het wantrouwen kan oproepen bij risicogroepen die men juist wil bereiken en dat het in zoverre haaks staat op het Nederlandse overheidsbeleid. Toepassing in voorkomende gevallen van het bestaande strafrechtelijke instrumentarium lijkt dan ook in beginsel de voorkeur te hebben. Deze toepassing levert echter – het legaliteitsbeginsel in aanmerking genomen – moeilijkheden op. Bij prikken of dreigen met prikken met een injectiespuit, zou gedacht kunnen worden aan:

- *Bedreiging* met enig misdrijf tegen het leven (art. 285 Sr); zie ook art. 284 Sr. Niet nodig is dat het gevaar voor besmetting werkelijk bestaat. Dit laatste geldt ook voor afpersing (art. 317 Sr).

- *Mishandeling*. Indien de dader niet besmet is, kan prikken in elk geval als een eenvoudige mishandeling (art. 300 Sr) worden aangemerkt. Is de dader wel besmet, levert een besmetting dan een zware mishandeling op (art. 302 Sr)? Uiteraard wordt psychisch letsel veroorzaakt, maar de strafwet regelt dat niet. Is dan de enkele besmetting met het virus een mishandeling? Met andere woorden: omvat

(39) Vergelijk bijvoorbeeld par. 229 Strafgesetzbuch van de BRD ('Wer einem anderen, um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind...') en art. 301 van de Franse Code Pénal: 'Est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne, par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque ma-

mishandeling mede een vergiftiging (39) die nog niet tot pijn of ziekteverschijnselen heeft geleid? Dit gaat wel ver. (40) Wordt het slachtoffer (na jaren) ziek, dan bestaat de zware mishandeling in elk geval wel.

– *Poging tot zware mishandeling* (art. 45 Sr). Dit zou in aanmerking kunnen komen als de dader wel besmet was, maar het slachtoffer niet besmet raakt. Maar ligt poging tot doodslag niet meer voor de hand (zie hierna)? Poging tot lichte mishandeling is niet strafbaar (art. 300 lid 5).

– *Doodslag* (art. 287 Sr) of zelfs *moord* (art. 289 Sr), mits de (voorwaardelijke) opzet op levensberoving gericht was; echter, men zal moeten wachten tot het besmette slachtoffer na jaren als gevolg van AIDS overlijdt; zolang de verjaringstermijn niet verlopen is, kan het resultaat worden afgewacht (in Nederland kennen we niet de curieuze 'year and a day'-regel).

– *Poging tot doodslag of moord* (art. 45 Sr). In elk geval is nodig dat de dader besmet was. Twijfelachtig is of, indien het slachtoffer besmet raakt, gezegd kan worden dat de uitvoering 'niet is voltooid'. Ervoor spreekt dat vooralsnog onzeker is of als gevolg van de HIV-besmetting binnen afzienbare tijd de dood zal volgen. Bovendien, indien het niet wordt aangenomen, betekent dat dan dat bij niet-besmetting wel en bij wel-besmetting niet wegens poging vervolgd kan worden? Ons strafrecht blijkt slecht berekend te zijn op delicten met tot ver in de toekomst verschoven gevolgen.

Complicatie bij dit alles is nog dat de kans op besmetting via een prik niet erg groot is; (41) en uiteraard zijn er nog de nodige bewijs- en causaliteitsproblemen.

Levert onbeschermd seksueel contact – de kans op besmetting is nu groter (42) – tussen een HIV-besmet persoon die zich daarvan be-

→ nière que ces substances aient été employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites'.

(40) Het Duitse Bundesgerichtshof heeft de HIV-besmetting onder par. 223 Strafgesetzbuch ('Wer einen anderen körperlich misshandelt oder an der Gesundheit beschädigt...') gebracht: 4 nov. 1988, Entscheidungen des BGH in Strafsachen, B. 36, p.1, Neue Juristische Wochenschrift 1989, p. 781, Juristen Zeitung 1989, p. 496. Vergelijk ook J. Remmelink, Tijd en plaats in het strafrecht, 1989, p. 20.

(41) Zie hiervóór, noot 19.

(42) De kans is afhankelijk van het soort seksueel contact; bij heteroseksueel contact of de man dan wel de vrouw besmet is; en uiteraard van de frequentie.

wust is en een persoon die dat niet weet, een delict op? Men zou kunnen denken aan doodslag (of moord) en, ongeacht besmetting, aan poging tot doodslag (of moord); zie echter hiervoor. Bij besmetting bestaat in elk geval via het burgerlijk recht schadeplichtigheid wegens onrechtmatige daad (art. 1401 BW; art. 162 Boek 6 NBW), ook ten aanzien van immateriële schade (smartegeld).

Al met al verdient het ernstige overweging (het arrest *X and Y v. The Netherlands* indachtig) om het delict vergiftiging in het Wetboek van Strafrecht te introduceren.

Het spreekt vanzelf dat in het strafrechtelijk kader nimmer van het slachtoffer verlangd kan worden dat hij zich laat testen. Bij ontbreken van een wettelijke grondslag kan evenmin de dader daartoe strafrechtelijk gedwongen worden. (zie verder hiervoor, deel I, 8.3.1 onder c). Denkbaar is overigens dat het slachtoffer – bijvoorbeeld na verkracht of met een injectienaald geprikt te zijn – de onzekerheid prefereert en niet wil dat de dader getest wordt. Het omgekeerde heeft zich ook al voorgedaan, te weten dat het slachtoffer (civielrechtelijk) verlangt dat de dader getest wordt, maar daarvoor is ten minste nodig dat het slachtoffer eerst zichzelf aan het onderzoek onderwerpt.

DEEL III

DE BETEKENIS VAN ARTIKEL 8 EVRM VOOR HET FAMILIERECHT

Preadvies prof. mr. M. de Langen

WOORD VOORAF, 89

INLEIDING, 90

AFSTAMMING, 94

Inleiding, 94

Rechtspraak, 95

Wetgeving, 100

Beschouwing, 104

ADOPTIE, 110

Inleiding, 110

Rechtspraak, 111

Wetgeving, 114

Beschouwing, 117

GEZAGSVOORZIENING EN GEZAGSWIJZIGING, 122

Inleiding, 122

Rechtspraak met betrekking tot gezagsvoorziening, 124

Wetgeving met betrekking tot gezagsvoorziening, 132

Rechtspraak met betrekking tot gezagswijziging, 134

Beschouwing, 141

OMGANG, 146

Inleiding, 146

Rechtspraak met betrekking tot de ontvankelijkheid, 148

Wetgeving met betrekking tot de ontvankelijkheid, 154

Rechtspraak met betrekking tot de toewijzing, 155

Wetgeving met betrekking tot de toewijzing, 159

Beschouwing, 162

EERBIEDIGING VAN HET PRIVÉ-LEVEN VAN KINDEREN, 166

Inleiding, 166

Rechtspraak met betrekking tot het privé-leven van kinderen ten opzichte van het ouderlijk gezag, 166

Rechtspraak met betrekking tot het privé-leven van 'kinderen' ten opzichte van derden en de staat, 170

Beschouwing, 172

OVERHEIDSINMENGING IN HET GEZINSLEVEN, 173

Inleiding, 173

Rechtspraak, 174

Beschouwing, 179

SLOTBESCHOUWING, 181

NAWOORD, 183

De betekenis van artikel 8 EVRM voor het familierecht

WOORD VOORAF

Schrijven over familierecht is altijd een hachelijke zaak, daar het een deel van het recht is dat iedereen aangaat en waarover iedereen mee kan praten. Iedereen heeft er in zijn leven mee te maken, of hij of zij nu ongehuwd, gehuwd of gehuwd geweest is, of hij of zij nu een biologische, een juridische of een verzorgende ouder is en of hij of zij nu ouder of kind is. Iedereen is kind geweest, afhankelijk van ouders en andere volwassenen, weet wat hij als kind gemist heeft en meent op grond daarvan te weten wat het belang van kinderen eist. Ook kent iedereen in zijn omgeving gezinnen waar het helemaal mis gaat tussen de ouders en ten gevolge daarvan met de kinderen en heeft een idee wat de overheidstaak bij dergelijke misstanden zou moeten zijn. Over recente ontwikkelingen die betrekking hebben op het familierecht hebben de meeste mensen eveneens uitgesproken opvattingen. Te denken valt aan de gelijkheid van mannen en vrouwen, gelijkheid van gehuwden en ongehuwden, omgang van ouders en anderen dan ouders met kinderen, gezamenlijk gezag na en buiten huwelijk, adoptie door anderen dan een echtpaar en nieuwe voortplantingstechnieken.

Steeds wordt de wenselijkheid of zelfs de noodzaak geuit om gewijzigde maatschappelijke omstandigheden en opvattingen in wettelijke regelingen vorm te geven of in ieder geval in de rechtspraak mee te wegen.

(*) Met dank aan mevr. mr. F. van Vliet, mevr. mr. J.M. Sassenburg, mevr. mr. J.H. de Graaf, mevr. mr. M. Fiege, prof. mr. E.A. Alkema en mede-preadviseur J. de Boer voor hun kritische opmerkingen en constructieve suggesties naar aanleiding van concepten in verschillende fasen van voorbereiding en aan medewerkers van het SIM en enkele advocaten voor het toezenden van (nog) niet gepubliceerde uitspraken. De tekst werd op 1 december 1989 afgesloten.

Een eerste vraag hierbij is echter in hoeverre familierelaties in hun eindeloze gevarieerdheid en hun persoonlijke gekleurdheid zich wettelijk laten regelen, in hoeverre het tot de taak van de overheid hoort om zich met familierelaties en het gezinsleven in te laten en of men niet te hoog gespannen verwachtingen heeft van wat de overheid met wettelijke bepalingen kan regelen. Kan men van het recht meer verwachten dan dat misbruik van bevoegdheden ook binnen familierelaties zo veel mogelijk voorkomen of gecorrigeerd kan worden?

Een volgende vraag is of de huidige maatschappelijke omstandigheden en opvattingen zo eenduidig zijn, dat zij een basis zouden kunnen vormen voor herziening van het familierecht. Meer in het bijzonder kan de vraag gesteld worden of het in art. 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) vastgelegde recht van een ieder op eerbiediging van zijn privé- en gezinsleven hierbij tot richtsnoer kan dienen.

INLEIDING

Gedurende het laatste decennium is ongetwijfeld art. 8 EVRM, veelal in combinatie met art. 14 EVRM, de belangrijkste bron voor vernieuwing in de rechtspraak op familierechtelijk terrein en voor pogingen tot hercodificatie van delen van het eerste boek van het BW, dat sinds 1 januari 1970 de titel draagt Personen- en Familierecht. Art. 14 EVRM houdt in dat het genot van de in het verdrag vermelde rechten en vrijheden zonder enig onderscheid op welke grond dan ook verzekerd is. Opmerkelijk blijft het dat – althans in Nederland – in familierechtelijke zaken het verdrag pas zo laat als een belangrijke rechtsbron is ontdekt, terwijl het thans niet meer is weg te denken in de rechtspraak en de wetgeving.

In deze bijdrage zal nagegaan worden welke betekenis in de jurisprudentie en voornamelijk in de nationale rechtspraak op familierechtelijk terrein aan art. 8 EVRM is toegekend; dat wil zeggen wat onder de beschermingsomvang van dit artikel gebracht wordt, wanneer in concreto van gezinsleven en van een inbreuk op dit gezinsleven sprake is en wanneer een inbreuk op dit gezinsleven op grond van het tweede lid van art. 8 EVRM gerechtvaardigd geacht wordt. Daarnaast zal aandacht besteed worden aan de verschillende wetsontwerpen of nog slechts voorontwerpen van wet of regeringsnotities, waarin gepoogd wordt om de 'dynamische interpretatie' van art. 8

EVRM in de rechtspraak in wettelijke regelingen vast te leggen en hier en daar aan banden te leggen.

In het familierecht gaat het niet zo zeer om botsende grondrechten, waarbij aan één van de grondrechten prioriteit dient te worden gegeven. Het gaat er veelal om dat het recht van de ene partij botst met het beroep dat de andere partij of andere betrokkenen op hetzelfde art. 8 EVRM kunnen doen. Dat wil zeggen dat het recht op eerbiediging van het gezinsleven op zichzelf geen criterium kan zijn, maar dat afgewogen dient te worden wiens recht op welk gezinsleven zal moeten prevaleren en dat steeds naar een aanvaardbaar evenwicht gestreefd moet worden tussen de rechten van de verschillende betrokkenen, die allen rechten aan art. 8 EVRM kunnen ontleenen.

Onvermijdelijk komt men hierbij op de vraag welke invloed art. 14 EVRM heeft op de wijze waarop art. 8 EVRM wordt ingevuld. De vraag laat zich stellen wanneer in het familierecht van ongelijke behandeling gesproken kan worden en wat het differentiatiecriterium kan of moet zijn om tot een objectief te rechtvaardigen onderscheid te komen tussen bijvoorbeeld beide biologische ouders, tussen biologische, juridische en verzorgende ouders, tussen gehuwde en ongehuwde ouders, tussen ouders en kinderen en tussen kinderen die in verschillende juridische relaties tot hun ouders staan.

De verschillende rechtsgebieden waarbinnen een beroep op art. 8 EVRM is gedaan, zullen achtereenvolgens behandeld worden: het afstammingsrecht en daarmee direct samenhangend adoptie; gezagsvoorziening en gezagswijziging in verband met familierechtelijke betrekkingen; het wederkerig recht van ouders en kinderen op omgang met elkaar; de verhouding tussen het privé-leven van kinderen en het ouderlijk gezag, het recht van derden en de overheid; en ten slotte ontneming of beperking van het ouderlijk gezag door de overheid in de vorm van kindbeschermingsmaatregelen. Het naamrecht is in laatste instantie komen te vervallen, daar – toen er noodzakelijkerwijs geschrapt diende te worden – gekozen is om behandeling van dát onderwerp achterwege te laten waarvan nog het minst duidelijk is of, en zo ja in welke zin, het onder de beschermingssfeer van art. 8 EVRM valt.

Het zal duidelijk zijn dat de invloed van art. 8 EVRM op de ontwikkeling van al deze verschillende deelgebieden in het kader van dit preadvies niet gedetailleerd beschreven kan worden. De verschillende onderdelen zullen steeds summier worden ingeleid, waarbij de voor dat gebied meest essentiële vragen geformuleerd worden.

Daarna volgt een inventarisatie van de belangrijkste jurisprudentie – met enig eigen commentaar – en van de pogingen tot wetgeving – althans voor die gebieden waar wetgevingsactiviteiten ondernomen zijn –, waarin veelal aansluiting gezocht wordt bij de jurisprudentie. In een beschouwing worden voorts per onderdeel de voorkomende problemen gesignaleerd en de speciaal geformuleerde en de belangrijkste algemene vragen behandeld, zoals:

- in hoeverre er een taak voor de overheid ligt om zich met bepaalde familierechtelijke problemen te bemoeien;
- of de invulling die aan art. 8 EVRM door rechter en wetgever gegeven wordt, overeenkomt met de eisen die de huidige maatschappelijke omstandigheden en opvattingen stellen;
- of door de wetgever aan art. 8 EVRM een zelfde betekenis wordt toegekend als door de rechter;
- of er sprake is van consistentie in de nationale rechtspraak en of de nationale rechtspraak strookt met de uitspraken van Europese rechtsprekende organen;
- of in de rechtspraak en door de wetgever een aanvaardbaar evenwicht wordt bereikt tussen de rechten die alle betrokkenen aan art. 8 EVRM kunnen ontlenen.

Ten slotte zal aan de orde komen of art. 8 EVRM binnen de verschillende familierechtelijke deelgebieden op dezelfde wijze geïnterpreteerd is en kan worden of dat het begrip ‘gezinsleven’ binnen de behandelde terreinen een verschillende functie heeft of zou moeten hebben.

Niet expliciet worden de controversiële meningen van verschillende juridische auteurs weergegeven over de betekenis die in het algemeen aan de verdragsartikelen gegeven dient te worden en in het bijzonder aan art. 8 EVRM. Ter inleiding worden hier echter enige tegenstrijdige opvattingen over de ontwikkeling op grond van art. 8 EVRM weergegeven die in het verdere betoog zullen blijken.

Zo stellen sommige auteurs dat het de rechtszekerheid niet ten goede kan komen, wanneer vele nationale wettelijke regelingen ingeleverd kunnen worden voor een zeer algemeen geformuleerd verdragsartikel en een vaag begrip als ‘eerbiediging van het privé- en gezinsleven’. Daartegenover staan zij die de vrije rechtsvinding en de ‘dynamische interpretatie’ van de verdragsartikelen en van art. 8 EVRM in het bijzonder roemen en het rechterlijk oordeel als een welkome aanvulling zien op de bestaande wetgeving, hetgeen een open systeem van het familierecht teweeg brengt.

Vervolgens bestaat er een verschil in waardering tussen diegenen die een vergaande Europese harmonisatie van wetgeving op zoveel mogelijk terreinen willen nastreven en anderen die menen dat het familierecht zich bij uitstek niet leent voor harmonisatie, daar het familierecht meer dan het vermogensrecht een neerslag is van de landsaard. Hiermee hangt weer samen een verschil in attitude ten opzichte van de Europese organen. Aan de ene kant diegenen die zich geheel de les laten lezen door een 'bovenmeester in Straatsburg, die het werk nakijkt en er hier en daar een streep door zet'. (1) Zij oriënteren zich geheel op de uitspraken van de Europese instanties en willen zeker niet daarbij achterblijven. Aan de andere kant zij die hier onverschilliger tegenover staan.

Ook binnen de Europese instanties zelf zijn er duidelijke controversen te constateren en blijkt er eveneens een verschil van opvatting te bestaan over de betekenis die men aan de in het verdrag genoemde rechten en vrijheden moet en mag toekennen en diensgevolge over de interpretatie van de verschillende artikelen. Een meerderheid bepleit een dynamische, naar de huidige opvattingen ingegeven interpretatie van de verdragsartikelen en staat voor een rechterlijke voortvarendheid. Een minderheid kiest daarentegen voor een rechterlijke terughoudendheid en meent dat, wanneer een verdragstekst meer dan één uitleg toelaat, 'aan de meer restrictieve de voorkeur moet worden gegeven, omdat niet zeker is dat de aangesloten staten zich verder dan deze hebben willen verbinden'. (2)

Een volgende controversie die voor het onderhavige onderwerp van belang is, bestaat er over de aard en omvang van het toezicht dat de Straatsburgse organen behoren uit te oefenen op de naleving van het verdrag en daartegenover over de 'margin of appreciation' die aan nationale instanties gelaten wordt bij de beoordeling of een grondrechtsbeperkende maatregel 'nodig is in een democratische samenleving', hier in het bijzonder in de zin van het tweede lid van art. 8 EVRM.

Een voordeel van de Straatsburgse uitspraken is zeker dat deze controversen naar buiten gebracht worden, daar de dissenting opinion(s) ook gepubliceerd wordt of worden. Bij de uitspraken van de

(1) A.A.L. Minkenhof, Inzake het Marckx-arrest, WPNR 5619 (1982), p. 505.

(2) G.J. Wiarda, Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughouding, rede aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam, 1986, p. 7.

Hoge Raad blijft het gissen, al kan van sommige arresten nauwelijks aangenomen worden dat zij unaniem gedragen worden.

Een laatste verschil van opvatting in ons land heeft betrekking op de competentie van de Hoge Raad; op de wenselijkheid en de toelaatbaarheid om als plaatsvervangend wetgever op te treden en in algemene zin regels voor te schrijven.

AFSTAMMING

Inleiding

Met afstamming wordt in het gewone spraakgebruik bedoeld: bloedverwantschap tussen kinderen en ouders, grootouders, enz.

De centrale vraag in het recht is en blijft of men met het afstammingsrecht deze bloedverwantschap wil vastleggen of dat men rechteens een relatie tussen ouder en kind wil bevestigen. Het antwoord op deze vraag bepaalt aan welke voorwaarden voldaan moet zijn om familierechtelijke betrekkingen tussen kind en ouder te doen ontstaan en op te heffen.

Noch in het huidige Boek 1 BW, noch in het voorontwerp van wet Herziening van het afstammingsrecht, (3) en al helemaal niet in het thans in behandeling zijnde wetsontwerp, (4) wordt een duidelijke keuze gemaakt voor één van beide uitgangspunten. Dat betekent dat er aan de ene kant in het afstammingsrecht familierechtelijke betrekkingen tot stand kunnen komen die niet berusten op bloedverwantschap en aan de andere kant bestaande familierechtelijke betrekkingen opgeheven kunnen worden wanneer blijkt dat er geen sprake van bloedverwantschap is. Dit laatste geldt zowel voor de ontkenning van het vaderschap ex art. 198 en 200 Boek 1 BW als voor de vernietiging van de erkenning ex art. 225 lid 2 Boek 1 BW.

Bij de wet van 1947 (5) is na lange onzekerheid wat betreft het zogenaamde rechtskarakter van de erkenning duidelijkheid verschaft, waarmee tegelijkertijd de tweesporigheid van het afstammingsrecht bevestigd werd. In deze wet is vastgelegd dat de erkenning als een rechtshandeling gezien moet worden, dat wil zeggen als een hande-

(3) Voorontwerp van wet Herziening van het afstammingsrecht, 1981.

(4) TK 1987-1988, 20626, ingediend op 4 juli 1988.

(5) Wet van 10 juli 1947, Stb. H 232.

ling van een man die zich bereid verklaart het juridisch vaderschap van een kind op zich te nemen zonder dat hij de biologische vader behoeft te zijn. Aan de biologische vader wordt echter wel prioriteit gegeven, daar alleen zijn recht op erkenning onaantastbaar is en blijft. In de memorie van antwoord formuleerde de minister dit laatste als volgt: 'anderzijds heeft een onaantastbaar recht daartoe slechts hij, die inderdaad de natuurlijke vader des kinds is; alleen de door deze gedane erkenning zal door hen, die daarvan nadeel ondervinden, niet met vrucht betwist kunnen worden.'

Door verschillende schrijvers is deze keuze al direct betreurd (6) en de discussie hierover kan bepaald niet als gesloten beschouwd worden. Een nieuwe impuls voor deze discussie en voor rechtspraak en wetgeving is het in art. 8 EVRM vastgelegde recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven.

Nagegaan zal worden welke betekenis aan art. 8 EVRM toegekend is inzake afstammingsvraagstukken; welke invloed art. 14 EVRM daarop heeft gehad; hoe de betekenis die in de rechtspraak aan art. 8 EVRM is gegeven zich verhoudt tot die welke de wetgever er aan gegeven heeft en in hoeverre er met de gegeven invulling een evenwicht is gecreëerd tussen de veelal botsende rechten die de verschillende betrokkenen aan art. 8 EVRM kunnen ontleenen.

Rechtspraak

De vraag is in de eerste plaats welke invloed art. 8 EVRM heeft gehad op de rechtspraak op het terrein van het afstammingsrecht.

De belangrijkste uitspraak waarbij een beroep is gedaan op art. 8 jo. art. 14 EVRM is ongetwijfeld het arrest van het Europese Hof in de zaak *Marckx*. (7) In dit arrest wordt allereerst benadrukt dat art. 8 EVRM evenzeer geldt voor het gezinsleven van het 'natuurlijk' gezin als van het 'wettig' gezin. De staat moet zich betreffende de ongehuwde moeder en haar kind hoeden voor elke discriminatie die op geboorte binnen of buiten een huwelijk berust.

Het Hof concludeert dat het onderscheid tussen de relatie van een on-

(6) J.C.M. Leijten, De erkenning van natuurlijke kinderen in strijd met de waarheid en het nieuwe kinderrecht van 10 juli 1947, WPNR 4268 (1952), en J. Wiarda, in: Asser - Wiarda, *Natuurlijke Personen en Familierecht*, 9e dr., 1957, p. 513.

(7) EHRM 13 juni 1979 in de zaak *Marckx*, Publ. ECHR, Series A Vol. 31, samengevat in NJ 1980, 462.

gehuwde moeder die genoodzaakt is om haar kind te erkennen om de afstamming te vestigen en de relatie van moeder en kind binnen een huwelijk waar een juridische band door geboorte ontstaat, een objectieve en redelijke rechtvaardiging ontbeert en ten aanzien van moeder en kind een schending vormt van art. 14 jo. art. 8 EVRM. Voorts stelt het Hof dat het gezinsleven in de zin van art. 8 ten minste de betrekkingen tussen naaste bloedverwanten, bijvoorbeeld tussen grootouders en kleinkinderen, omvat. Indien het kind niet in de familie van de moeder wordt opgenomen en de vestiging van afstamming slechts rechtsgevolgen tussen moeder en kind bewerkstelligt, is dit evenzeer een schending van art. 8 EVRM afzonderlijk als van art. 14 jo. art. 8 EVRM. Ten slotte is het Hof van mening dat onder het begrip gezinsleven naast sociale en culturele betrekkingen evenzeer vermogensrechtelijke betrekkingen vallen en dat het onderscheid tussen 'natuurlijke' en 'wettige' kinderen en ongehuwde en gehuwde moeders ook ten aanzien van het erfrecht een objectieve en redelijke rechtvaardiging mist en inbreuk maakt op art. 14 jo. art. 8 EVRM. Het belang van het arrest ligt hierin dat onderscheid tussen natuurlijke en wettige kinderen afgewezen wordt, dat het begrip gezinsleven (vie familiale/family life) ook betrekking heeft op de relatie tussen kinderen en verdere verwanten en dat bepaalde vermogensrechtelijke betrekkingen tot de sfeer van het gezinsleven gerekend worden. Betreffende de ongerechtvaardigde achterstelling van onwettige kinderen in het erfrecht zijn als vervolg op het Marckx-arrest nog van belang de arresten van het Europese Hof inzake Johnston v. Ierland (8) en Inze v. Oostenrijk. (9)

De rode draad in het Marckx-arrest is, dat het een fundamenteel recht is om met iemand in familierechtelijke betrekkingen te komen en in beginsel te blijven, indien er een bloedband tussen beiden bestaat.

Het zal duidelijk zijn dat niet iedereen gelukkig is met de dynamische uitleg van art. 8 EVRM door het Hof in dit arrest, waartegen eveneens binnen het Hof een minderheid, die pleit voor rechterlijke terughoudendheid en restrictieve uitlegging van de verdragsbepaling, zich sterk heeft verzet. Ook blijkt er een groot verschil van opvatting te bestaan over de betekenis die aan dit arrest, niet alleen voor het afstam-

(8) EHRM 18 dec. 1986 in de zaak Johnston, Publ. ECHR, Series A Vol. 112 (1987); NJ 1989, 97.

(9) EHRM 28 okt. 1987 in de zaak Inze, Publ. ECHR, Series A Vol. 126 (1988), NJCM-bull. 13 (1988) 3, p. 242; NJ 1989, 661.

mingsrecht maar ook voor andere onderdelen van het familierecht, toegekend dient te worden. Zo menen sommige auteurs dat, hoewel het arrest gaat over de familierechtelijke relaties tussen het kind en zijn moeder, dezelfde relatie moet gelden tussen het kind en zijn verwekker; zij achten het bijvoorbeeld niet toelaatbaar en in strijd met art. 8 EVRM, dat een ongehuwde moeder zonder duidelijke motivering het onmogelijk kan maken dat een kind en zijn vader in familierechtelijke betrekkingen met elkaar komen te staan en een normaal gezinsleven kunnen leiden. (10) Anderen zijn de mening toegedaan dat de ongelijke mogelijkheid voor mannen en vrouwen om over te kunnen gaan tot ontkenning van vaderschap, in strijd is te achten met art. 8 jo. 14 EVRM. (11) Wanneer immers aangenomen wordt dat volgens het Marckx-arrest familierechtelijke betrekkingen tussen ouder(s) en kind door de staat moeten worden erkend, dan staan alle barrières die daartegen in de nationale wetgeving worden opgeworpen ter discussie.

Zo werd de Rechtbank te Amsterdam de vraag voorgelegd of het niet in strijd met het tweede lid van art. 8 EVRM is, dat de moeder op grond van art. 224 lid 1d Boek 1 BW kan verhinderen dat er tussen de vader en zijn kind familierechtelijke betrekkingen ontstaan. In dit geval werd deze vraag onder verwijzing naar het Marckx-arrest bevestigend beantwoord. (12)

Geconcludeerd werd dat nu de moeder geen redelijk belang bij haar weigering had, toepassing van art. 224 lid 1d Boek 1 BW in strijd is met art. 8 lid 2 EVRM en dus buiten toepassing gelaten dient te worden. Opgemerkt moet echter wel worden, dat het hier ging om een biologische vader die ook jaren lang voor zijn kind gezorgd had, zodat de vraag of het gezinsleven nu gebaseerd werd op het biologisch of op het sociaal ouderschap niet beantwoord behoefde te worden. Wel heeft de rechtbank in algemene zin de mogelijkheid gelaten voor beide vormen van vaderschap, waar zij spreekt over het belang 'van zijn biologische vader of van degene die als zijn feitelijke vader functioneert.'

Dezelfde vraag was aan de orde in een zaak voor de Rechtbank te

(10) Zie o.a. A.A.L. Minkenhof, Over het voorontwerp afstammingsrecht; terug naar de waarheid, NJB 1982, p. 829, en I. Jansen, Over afstamming en ouderrechten, NJB 1985, p. 210.

(11) N. Holtrust en I. de Hondt, in: *Nemesis* 1 (1985) 7, p. 332.

(12) Rb. Amsterdam 19 maart 1985, NJ 1986, 320.

Alkmaar, welke uiteindelijk tot een uitspraak van ons hoogste rechtscollege leidde.

De Hoge Raad (13) overweegt in deze zaak onder 3.3: 'Voor een man en voor het kind waarvan hij de biologische vader is en tot hetwelk hij in een als (gezinsleven) vie familiale/family life in de zin van art. 8 lid 1 EVRM aan te merken relatie staat, ligt in deze verdragsbepaling besloten dat zij in beginsel over en weer aanspraak er op hebben dat hun relatie rechtens wordt erkend als familierechtelijke rechtsbetrekking. Dit brengt (...) mee dat aan een zodanige vader in beginsel de mogelijkheid van erkenning niet kan worden onthouden. Wel kan het in een democratische samenleving nodig zijn deze mogelijkheid in te perken, onder meer ter bescherming van de rechten van de andere bij het vestigen van familierechtelijke betrekkingen onmiddellijk betrokkenen, het kind en zijn moeder.' Duidelijk stelt de Hoge Raad naast het biologisch-vader-zijn ook een feitelijk gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM als voorwaarde.

'Een redelijke, met art. 8 EVRM rekening houdende uitleg van het huidige recht brengt daarom mede dat, (...) wanneer de weigering van de moeder om toestemming tot erkenning te verlenen slechts kan worden opgevat als misbruik van de bevoegdheid die in art. 224 lid 1, aanhef en onder d, besloten ligt' er langs de weg van een rechterlijke uitspraak toch een rechtsgeldige erkenning tot stand kan komen.

Opvallend is nog de opmerking van A-G Moltmaker 'dat, hoewel de erkenning een rechtshandeling is en geen waarheidshandeling, voor een redelijkheidstoetsing in een geval als het onderhavige slechts plaats lijkt te zijn als het biologisch vaderschap van de man vaststaat of althans in hoge mate waarschijnlijk is.'

Zowel de advocaat-generaal als de Hoge Raad meent dus alleen tot een redelijkheidstoetsing van de weigering tot toestemming te kunnen overgaan als er sprake is van biologisch vaderschap. De vraag dringt zich steeds meer op, waarom dan nog steeds vastgehouden wordt aan de erkenning als rechtshandeling; een vraag echter, die niet door een rechterlijke instantie beantwoord kan worden.

Terwijl met deze uitspraak op grond van art. 8 EVRM een regel van dwingend recht gerelativeerd is, heeft de Hoge Raad zich hier onthouden van een regelgeving (14) betreffende de vraag welke beper-

(13) HR 8 april 1988, NJ 1989, 170.

(14) Zoals de Hoge Raad bijvoorbeeld wel deed in de arresten van 4 mei 1984, NJ 1985, 510, betreffende continuering van ouderlijk gezag na echtscheiding, en van 21 maart 1986, NJ 1986, 585, betreffende ouderlijk gezag aan ongehuwden.

kingen van de mogelijkheid tot erkenning verenigbaar zijn met art. 8 EVRM en beantwoording van deze vraag aan de wetgever overgelaten. Wel wordt gesteld 'dat met die verdragsbepaling in elk geval niet valt te verenigen dat de mogelijkheid tot erkennen wordt beperkt door een niet voor rechterlijke toetsing vatbaar vetorecht van de moeder van het kind.'

Zoals te verwachten was, heeft dit arrest van de Hoge Raad veel onzekerheid veroorzaakt en nieuwe procedures uitgelokt. Vele mogelijke procedures kunnen zich thans aandienen en hebben zich reeds aangediend, waarbij onder meer de vraag opgeworpen is naar de mogelijkheid van vernietiging van een erkenning op verzoek van de verwekker (15) en van ontkenning van het vaderschap door de moeder buiten de beperkende termijn genoemd in art. 198 Boek 1 BW.

Het zijn niet alleen ouders die zich tot de rechter gewend hebben, maar ook kinderen zelf die via verschillende wegen alsnog de waarheid vastgelegd willen zien. Zo wordt door een kind dat nog niet meerderjarig is, vernietiging verzocht van een erkenning gevolgd door wettiging. Door een meerderjarig kind wiens wettige vader het vaderschap niet ontkend heeft, terwijl ontkenning van het vaderschap door de moeder toentertijd niet mogelijk was, wordt alsnog om wijziging van de geboorteakte verzocht. (16)

Ten slotte wil een gehuwde man in strijd met art. 224 lid 1b Boek 1 BW zijn kind erkennen. In deze procedure overweegt de Rechtbank in Amsterdam dat, daar de nog gehuwde man in een echtscheidingsprocedure verwickeld is en de samenleving verbroken heeft, niet meer kan worden aangenomen 'dat de gehuwde vrouw nog rechten heeft die een inbreuk op het recht op gezinsleven van de man en het kind rechtvaardigen. Art. 224 lid 1 onder b van Boek 1 BW moet in dit geval dus als strijdig met art. 8 EVRM buiten toepassing blijven, zodat verzoeker alsnog tot erkenning van zijn kind dient te worden toegelaten, nu de moeder van het kind haar toestemming tot erkenning door verzoeker heeft gegeven'. (17)

Deze beschikking werd onder verwijzing naar het in juli 1988 ingediende wetsontwerp door het hof vernietigd, (18) waarna een beroep in cassatie is ingediend. In cassatie is uitsluitend de vraag aan de orde

(15) Rb. Amsterdam 12 sept. 1989, rek.nr. 3145 H/88, niet gepubliceerd.

(16) Rb. Amsterdam 30 aug. 1988, rek.nr. 2240 H/88, niet gepubliceerd.

(17) Rb. Amsterdam 12 april 1988, gepubliceerd in NJCM-bull. 14 (1989) 3, p. 336.

(18) Hof Amsterdam 2 jan. 1989, rek.nr. 415/88, niet gepubliceerd.

of art. 8 lid 2 EVRM toepassing van art. 224 lid 1, aanhef en onder b, rechtvaardigt. De Hoge Raad concludeert dat een ongeclouseerd erkenningsverbod als neergelegd in art. 224 lid 1, aanhef en onder b, verder gaat dan art. 8 lid 2 EVRM toelaat, daar van een concrete belangenafweging geen sprake kan zijn en het evenredigheidsvereiste niet getoetst kan worden. (19)

Duidelijk blijkt dat deze procedures alle tenderen naar het bevestigen van het biologisch vaderschap, in de meeste gevallen gepaard gaand met het feitelijk ouderschap, en naar het vernietigen respectievelijk ontkennen van het juridisch vaderschap.

Wetgeving

In het thans in behandeling zijnde wetsontwerp (20) is, in aansluiting op het voorontwerp van wet Herziening van het afstammingsrecht van 1981, gekozen voor de term aanvaarding van vaderschap om te accentueren dat hiermee een rechtshandeling is bedoeld en niet het vastleggen van de biologische waarheid.

De argumenten om vast te blijven houden aan dit rechtskarakter van de erkenning of aanvaarding van vaderschap, zoals in de memorie van toelichting genoemd, zijn bepaald niet overtuigend en onder andere door de Raad van State ook niet onderschreven.

Als eerste argument wordt genoemd: 'Wij hebben de indruk – mede op grond van de reacties op het Voorontwerp (...) – dat hier te lande in de praktijk de huidige regeling van de erkenning over het algemeen als bevredigend wordt ervaren.' Ook zou het kind er niet meer mee gebaat zijn, wanneer uitgegaan zou worden van het waarheidsbeginsel daar 'dit nog niet het bestaan van biologische betrekkingen tussen het kind en zijn erkenner waarborgt'. Hieraan wordt toegevoegd dat het in de gevallen van donorinseminatie voor het kind vrijwel onmogelijk is zijn werkelijke afstamming te achterhalen. Betreffende deze donorinseminatie wordt zonder meer geconcludeerd: 'Voor het vaststellen van juridisch vaderschap is hier dan ook de biologische relatie per definitie niet relevant.'

In de tweede plaats wordt gesteld: 'De directe oorzaak van de goede relatie tussen ouder en kind is niet in de eerste plaats de biologische betrekking tussen hen, maar de wederzijdse zorg, genegenheid en het

(19) HR 10 nov. 1989, RvdW 1989, 253.

(20) TK 1987 – 1988, 20626, ingediend op 4 juli 1988.

begrip voor elkaar.' Dit kan moeilijk ontkend worden maar behoeft niet te leiden tot de conclusie dat het vanzelfsprekend is dat 'ook door erkenning sociaal vaderschap kan ontstaan, dat dus niet gebaseerd is op verwekkerschap'. (21)

Het eerste argument: de indruk dat de huidige regeling van de erkenning over het algemeen als bevredigend wordt ervaren, kan niet serieus genomen worden, daar het slechts om een indruk gaat en deze indruk bovendien niet bevestigd wordt door de meerderheid van de reacties op het voorontwerp. De pleidooien voor het waarheidsbeginsel komen met name van die instanties, die met de dagelijkse toepassing van de regeling belast zijn. (22)

Betreffende het argument dat het kind niet meer dan met de huidige regeling gebaat zou zijn bij het systeem van het waarheidsbeginsel aangezien dat geen waarborg biedt voor het bestaan van biologische betrekkingen tussen de erkenner en het kind, is de Raad van State zeer duidelijk. In zijn advies stelt de Raad van State, dat het wel in het belang van het kind is dat een zo groot mogelijke zekerheid omtrent zijn afstamming wordt nagestreefd; dat er 'situaties zijn waarin de biologische relatie tot de vader in het geheel niet kan worden vastgesteld, bijvoorbeeld bij donorinseminaties, is daarvoor niet relevant'. (23)

Ook het lid van de GPV-fractie pleit in het belang van het kind 'voor het verschaffen van waarheid omtrent diens biologische identiteit' en merkt voorts op: 'de verwijzing naar het steeds meer voorkomen van donor-inseminatie, dat het vrijwel onmogelijk maakt de werkelijke afstamming te achterhalen, is geen reden het waarheidsbeginsel te relativeren, maar zou veeleer aanleiding moeten zijn de aanvaardbaarheid van deze bevruchtingsmethode te betwisten'. (24)

Het gegeven dat iemand die biologisch gezien niet de vader van het kind is, evengoed de rol van verzorgende ouder kan vervullen, wordt door de Raad van State zonder meer toegegeven, 'doch daarmee is

(21) TK 1987 - 1988, 20626, MvT, p. 14.

(22) Zie bijvoorbeeld de reactie van de NEVABS, Het personeel statuut 1982, p. 66, de Permanente Commissie van Advies voor de zaken van de burgerlijke stand en voor nationaliteitsaangelegenheden en de afdeling Familie- en Jeugdrechtspreek van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en voorts van verschillende auteurs, zoals Hammerstein-Schoonderwoerd, Minkenhof en Nota, in: NJB 1982, resp. p. 705, 826 en 1138.

(23) TK 1987 - 1988, 20626B, p. 2.

(24) TK 1987 - 1988, 20626, nr. 5, p. II.

niets gezegd over het belang van het kind met betrekking tot zijn afstamming'.

In het voorontwerp van wet Herziening van het afstammingsrecht van 1981 was de toestemming van de moeder nog als een absolute voorwaarde voor erkenning gehandhaafd. In de memorie van toelichting werd hierover gezegd: 'Het is vanuit de positie van de moeder niet aanvaardbaar dat een man zich tegen haar wil in een rechtsverhouding tot het kind brengt. Het vestigen van een rechtsbetrekking van de man tot het kind vereist een vrije toestemming van de moeder én deze man.' Alleen in zeer bijzondere omstandigheden, namelijk na overlijden van de moeder of bij ernstige stoornis van haar geestesvermogens, wordt vervangende toestemming van de kinderrechtter wenselijk geacht.

Aanvaarding van het vaderschap blijft in het wetsontwerp van 1988 nietig, indien zij is gedaan zonder voorafgaande schriftelijke instemming van de moeder (art. 209 lid 1d) en van het kind in geval het twaalf jaar of ouder is (art. 209 lid 1e). Voorts bepaalt art. 210 lid 1 'dat bedoelde instemming op verzoek van de man door die van de kinderrechtter wordt vervangen, indien de man die wil erkennen de verwekker van het kind is of de moeder of het kind overleden is of de geestesvermogens van de moeder of het kind zodanig zijn gestoord dat zij/hij niet in staat is haar/zijn wil te bepalen of de betekenis van haar/zijn verklaring te begrijpen'.

Het tweede lid bepaalt 'dat het verzoek evenwel niet ingewilligd wordt, indien dit ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke en lichamelijke gezondheid van het kind', een zeer restrictief geformuleerde toetsingsgrond, die zeker bij zeer jonge kinderen buitengewoon moeilijk aan te tonen zal zijn.

Aan de ene kant wordt nu biologisch vaderschap zonder meer voldoende geacht om de weigering van de moeder tot instemming te doen vervangen, aan de andere kant wordt nog steeds vast gehouden aan de aanvaarding als een rechtshandeling met vergaande gevolgen, bijvoorbeeld voor het recht op omgang en gezag.

Naast de vrijwillige aanvaarding van het vaderschap wordt in het wetsontwerp als tegenhanger van erkenning door de man, eventueel tegen de wil van de vrouw, de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap tegen de wil van de man voorgesteld. Dit heeft eveneens tot gevolg dat de verwekker en het kind met elkaar in familierechtelijke betrekking komen te staan, hetgeen deze kinderen dezelfde onderhouds- en erfrechtelijke aanspraken geeft als andere kinderen. Ook

verder worden er dezelfde rechtsgevolgen aan verbonden als aan de aanvaarding, alleen geen automatische naamswijziging.

In aansluiting op de wet tot wegneming van een aantal ongelijkheden tussen man en vrouw in het personen- en familierecht (25) is voorgesteld om de ongelijkheid voor man en vrouw om het door huwelijk ontstane vaderschap te ontkennen, te doen vervallen. Door beiden kan, indien de ouders althans gescheiden zijn of gescheiden leven, binnen een bepaalde termijn een ontkenningprocedure worden ingesteld. Kinderen is niet de mogelijkheid gegeven een dergelijke actie in te stellen, een mogelijkheid die wel bestaat in verschillende West-Europese landen en ook door diverse auteurs en instanties (26) is voorgesteld.

Onduidelijk blijft vervolgens, waarom de minister in het wetsontwerp het verbod voor een gehuwde man om een kind te aanvaarden, heeft gehandhaafd nadat zowel in het voorontwerp als in de oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet zoals voorgelegd aan de Raad van State, dit verbod geschrapt was. In par. 1.6 van de memorie van toelichting bij dit voorstel van wet was het verbod resoluut verworpen: 'Het verbod handhaven ten einde het huwelijk van de man en zijn echtgenote te beschermen levert naar onze mening geen rechtvaardigingsgrond op als bedoeld in art. 8, tweede lid EVRM.' Zonder dat de Raad van State hier enige opmerking over heeft gemaakt, heeft de minister 'na ampele overwegingen alsnog besloten voornoemd voorstel in te trekken'. (27) Na het recente arrest van de Hoge Raad (28) zal dit moeilijk vol te houden blijven.

In plaats van een schriftelijke verklaring van kinderen van 12 jaar of ouder als bewijs van hun instemming met de aanvaarding, is overwogen om voor deze kinderen een hoorrecht in te voeren, zoals dat geldt voor alle hen betreffende burgerrechtelijke zaken, (29) waartoe de rechter zou moeten worden ingeschakeld. Echter, zo stelt de minister: 'Daardoor zou de procedure tot aanvaarding in die gevallen - onnodig - een stuk gecompliceerder van aard worden. Bovendien zouden aspirant-erkenneren er door kunnen worden afschrikt.' (30) Wanneer een man zich hierdoor zou laten afschrikken, is er toch

(25) Wet van 30 aug. 1984, Stb. 404.

(26) O.a. door de NEVABS, Het personeel statuut 1982, p. 68.

(27) TK 1987 - 1988, 20626B, p. 8.

(28) HR 10 nov. 1989, RvdW 1989, 253.

(29) Art. 902b Rv, ingevoerd bij wet van 2 juni 1982, Stb. 315.

(30) TK 1987 - 1988, 20626, MvT p. 26.

alle reden om te twijfelen aan zijn goede relatie met dit kind en aan zijn eerlijke intenties om dit kind te aanvaarden en kan hij er inderdaad beter van afzien. (31) Juist nu de mogelijkheid van herroeping wordt uitgesloten wanneer de aanvaarding heeft plaatsgevonden nadat het kind 12 jaar of ouder was en dus van instemming moet hebben doen blijken, dient de instemming van het kind zelf zo zorgvuldig mogelijk te worden getoetst.

Het blijft jammer dat de memorie van toelichting bij het wetsontwerp niet getuigt van een serieuze bezinning op het waarheidsbeginsel, zoals naar aanleiding van het voorontwerp door verschillende auteurs geadviseerd was. (32) Zonder overtuigende argumenten is vastgehouden aan de aanvaarding als een rechtshandeling, terwijl steeds meer elementen van het waarheidsbeginsel binnensluipen: ruimere mogelijkheden voor ontkenning van vaderschap, gerechtelijke vaststelling van vaderschap en vervangende instemming louter op grond van verwekkerschap. (33)

Ten slotte is het verbazingwekkend dat de minister het gegeven dat Nederland met zijn wetgeving op dit punt thans in West-Europa een uitzonderingspositie inneemt, nauwelijks laat meetellen, terwijl het streven naar harmonisatie van wetgeving op andere momenten zo zwaar weegt en door velen binnen en buiten Nederland (34) bepleit wordt.

Ook maakt het een vreemde indruk dat de minister zich zo weinig aantrekt van de zeer doordachte opmerkingen van het adviesorgaan bij uitstek: de Raad van State en slechts met een wijziging komt die nu juist niet door de Raad van State was voorgesteld.

Beschouwing

In deze beschouwing zal er in de lijn van de Raad van State en in navolging van verschillende adviezen van instanties en commentaren van diverse juristen van uitgegaan worden dat het de voorkeur ver-

(31) Zie ook I. Jansen, Herziening van het afstammingsrecht, FJR 10 (1988) 10, p. 242.

(32) Zie o.a. A.A.L. Minkenhof, Over het voorontwerp afstammingsrecht; terug naar de waarheid, NJB 1982, p. 828.

(33) Ook volgens P. Vlaardingerbroek, Het nieuwe wetsvoorstel inzake het afstammingsrecht; rijp voor de geboorte?, FJR 10 (1988), p. 232, is het 'blote verwekkerschap' niet voldoende om een rechtsvordering in te stellen.

(34) Zie o.a. J.M. Pauwels, De hervorming van het afstammingsrecht in West-Europa, FJR 3 (1981) 6, p. 190.

dient om in het afstammingsrecht uit te gaan van het waarheidsbeginsel. Als argumenten hiervoor worden genoemd:

- het recht op eerbiediging van het gezinsleven (art. 8 EVRM) van zowel ouder als kind, dat voor het afstammingsrecht meebrengt dat tussen ouder en kind op grond van bloedverwantschap wederkerige familierechtelijke betrekkingen moeten kunnen worden gevestigd;
- het recht van het kind op zijn biologische identiteit en het recht om te weten van wie het afstamt; (35)
- het unieke en blijvende karakter van een biologische afstammingsrelatie tegenover het mogelijk wisselende karakter van het sociaal ouderschap;
- het gegeven dat een kind slechts van één vrouw en één man kan afstammen, terwijl sociaal ouderschap door velen aanvaard zou moeten kunnen worden en niet voorbehouden dient te blijven aan een man die mogelijk de verwekker van het kind had kunnen zijn;
- het toenemend aantal internationale familierelaties en een voortschrijdende Europese integratie, die vragen om zoveel mogelijk harmonisatie van wetgeving ten minste in West-Europa;
- het gegeven dat de waarheid haar rechten heeft. (36)

Erkend dient te worden dat deze keuze voor het waarheidsbeginsel niet waarborgt dat alle familierechtelijke betrekkingen ook inderdaad overeen zullen komen met de biologische waarheid. Het recht zal nooit kunnen garanderen dat personen altijd naar waarheid zullen handelen. Wel zou het thans denkbaar zijn – gezien de ontwikkeling van de medische wetenschap, waardoor met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid het biologisch ouderschap kan komen vast te staan – dat een vader een medisch bewijs van vaderschap overlegt. Dit zou echter weer een inbreuk op het recht op eerbiediging van het privé-leven van de vader betekenen, dat eveneens door art. 8 EVRM beschermd wordt, een inbreuk die slechts gerechtvaardigd kan worden indien de rechten van anderen, in casu van moeder

(35) Dit recht wordt in ons land van vele zijden gepropageerd, o.a. vanuit de kinderpsychiatrische hoek; zie hiervoor bijvoorbeeld J.A.R. Sanders-Woudstra, (Kinder)psychiatrische aspecten van kunstmatige bevruchting, in-vitro-fertilisatie en draagmoederschap, in: *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek* (red.: Hammerstein-Schoonderwoerd, Van Mourik en Robert), 1986, p. 129; zie ook J.E. Doek, *Het recht van het kind op identiteit*, in: *Identiteitsproblemen bij adoptiekinderen* (red.: P.C.Th.M. van Eeuwijk en J.H.A. van Loon), 1989, die o.a. wijst op art. 7-1 van de Conventie inzake de Rechten van het Kind.

(36) Ontleend aan J.M. Pauwels; zie hiervoor, noot 34.

en/of kind dit in concreto eisen. Het recht kan echter wel bevorderen dat de waarheid uitgangspunt van handelen dient te zijn en dat handelingen of uitspraken in strijd met de waarheid betwist kunnen worden.

Wanneer er sprake is van onderlinge familierechtelijke betrekkingen op grond van bloedverwantschap, zou het doen vastleggen evenals het doen opheffen van familierechtelijke betrekkingen mogelijk moeten zijn voor alle betrokkenen, dat wil zeggen voor moeders, kinderen en vaders, waarmee zowel bedoeld wordt de man die in strijd met de waarheid in familierechtelijke betrekkingen is komen te staan – dus de juridische vader – als de biologische vader. Deze keuze brengt met zich mee, dat er aan een erkenning geen andere voorwaarden gesteld kunnen worden dan de bloedverwantschap. Dat betekent dat de huidige in art. 224 Boek I BW genoemde beletselen voor een rechtsgeldige erkenning – huwelijksverbod tussen moeder en erkenner, gehuwd of minderjarig zijn van de erkenner en toestemming van moeder en meerderjarig kind – automatisch komen te vervallen. Het enige beletsel dat nodig is in een democratische samenleving en ter bescherming van de rechten van moeder en kind geaccepteerd dient te worden, is het bewezen feit dat het desbetreffende kind bij het plegen van een strafbaar feit – waarbij gedacht wordt aan verkrachting of incest – verwekt is.

Het betekent evenzeer dat zowel voor de ontkenning van het vaderschap als voor de betwisting van de erkenning, alleen strijdigheid met de waarheid kan gelden, een gegeven dat op grond van dwang, dwaling, bedrog, in feite veelal door verzwijging lang onbekend zal kunnen blijven maar in de meeste gevallen eens zal blijken. Dat wil niet zeggen dat deze strijdigheid altijd betwist zal moeten worden, maar wel dat zij in het bijzonder door het kind van welke leeftijd dan ook – want een kind blijft levenslang een afstammeling van zijn ouders – betwist moet kunnen worden. Eveneens zal een kind in staat gesteld moeten worden, 'gezien de manipulaties die zich kunnen voordoen met betrekking tot zijn afstamming, een vordering in te stellen waarbij hij zijn geboorteakte betwist, ongeacht het bezit van staat, indien hij met een aan redelijke zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de werkelijke biologische ouders kan aanwijzen'. (37) Ook De Boer stelt de vraag of het kind, indien pleegouders bij wijze van verduistering

(37) H. Pattijn, *Andere kijk op afstamming*, FJR 6 (1984) 5, p. 146, die het waarheidsbeginsel het meest consequent uitwerkte.

van staat het kind hebben opgegeven als hun kind, na zijn meerderjarigheid zijn staat niet zou moeten kunnen betwisten. (38)

De wederkerigheid van de relaties en het recht van het kind op zijn biologische identiteit, waarmee zowel bedoeld wordt het weten wie de biologische ouders zijn als het in familierechtelijke betrekking tot hen staan, leidt er tevens toe dat een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap mogelijk moet zijn ook op verzoek van het kind zelf, zoals allang voordat art. 8 EVRM de discussie ging beheersen bepleit werd door Wiarda (39) en door Pattijn. (40) Een dergelijke gerechtelijke vaststelling van vaderschap is eveneens opgenomen in het Europees Verdrag inzake de rechtspositie van onwettige kinderen van 15 oktober 1975 en in de wetgeving van de meeste Europese landen.

Het houdt ook in dat het kind recht heeft op voorlichting over zijn afkomst, (41) waarmee bedoeld wordt persoonsidentificerende gegevens, en dat niet volstaan kan worden met alleen medische gegevens of alleen de aard van zijn oorsprong, zoals wel bepleit wordt. (42) Dat wil ook zeggen dat zoveel mogelijk voorkomen dient te worden dat deze identiteit niet te achterhalen valt, zoals bij inseminatie met zaad van anonieme donoren of bij andere voorplantingstechnieken waarbij de afkomst in het duister blijft. Zorgelijk is dat de regering – evenals vele auteurs en instanties, vooral uit de medische hoek – dit recht van het kind niet laat prevaleren (43) en kinderen op wil zadelen met twee soorten donoren: bekende en anonieme, alsof een kind kan kiezen of het door middel van zaad van een al of niet anonieme donor verwekt wil worden. De privacybescherming van de donor en de verwachting dat er bij opheffing van de anonimiteit minder donoren beschikbaar zullen zijn, kunnen toch niet als serieuze argumenten beschouwd worden?

(38) J. de Boer, 'A whole code of family law': Boek I BW getoetst aan het EVRM, in: Het EVRM in het Nederlandse en Belgische personen-, familie- en jeugdrecht (red.: K. Blankman en W.C.J. Robert), Zwolle 1987, p. 21.

(39) J. Wiarda, in het Rapport Jeugdbeschermingsrecht, 1971, p. 80, als enige van de commissie-Wiarda.

(40) H. Pattijn, FJR 6 (1984) 5, p. 146.

(41) S. van de Goor, Recht op afstammingsvoorlichting: plicht tot openheid? FJR 10 (1988) 11 en FJR 11 (1989) 2.

(42) O.a. H.J.J. Leenen, Problemen rond het recht op informatie en het recht op geheim; over botsing van rechten, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 10 (1986) 4, p. 211.

(43) Memorie van toelichting bij de Notitie Kunstmatige voortplanting en draagmoederschap, TK 1988 – 1989, 20706, p. 46, waartegen door het CDA een motie (8) is ingediend, luidende: van oordeel, dat een ieder recht toekomt op toegang tot zijn/haar afstammingsgegevens....

Er kan niet van een evenwichtige afweging van belangen gesproken worden, wanneer aan een recht van een donor, die een bewuste keuze kan maken, meer waarde wordt gehecht dan aan het recht van het produkt van dit alles: het kind, dat niet eens zou mogen weten van wie het afstamt.

Indien deze keuze voor het waarheidsbeginsel consequent wordt doorgevoerd, zullen er vele inconsistenties in het huidige recht en zeker in het thans ter discussie staande wetsontwerp vanzelf verdwijnen. Is het bijvoorbeeld logisch dat een gehuwde man zelf geen vaderschap kan aanvaarden, maar wel object kan worden van een actie tot vaststelling van zijn vaderschap, terwijl bovendien een ongehuwde man die in een niet-huwelijks samenlevingsverband kinderen heeft, ongelimiteerd het vaderschap kan aanvaarden van kinderen geboren buiten dit samenlevingsverband? Is het vervolgens consequent dat een binnen een huwelijk geboren kind het vaderschap van zijn vader niet kan ontkennen, maar een kind dat buiten een huwelijk is geboren de aanvaarding van het vaderschap wel kan betwisten? (44)

Principiële keuze voor het waarheidsbeginsel zal uiteraard tot een belangrijke wetwijziging leiden, daar zowel de voorwaarden voor een rechtsgeldige erkenning als voor betwisting van de erkenning en voor ontkenning van vaderschap wezenlijk veranderen. Het compromis tussen beide in de aanvang genoemde mogelijke uitgangspunten, zoals vastgelegd in het thans in behandeling zijnde wetsontwerp, doet aan geen van beide uitgangspunten recht, is inconsistent, vergroot daarmee de verwarring en biedt weinig rechtszekerheid.

Er kan voorts niet gezegd worden dat er in de voorgestelde wetgeving een evenwicht is gecreëerd tussen de veelal botsende rechten die de verschillende betrokkenen aan art. 8 EVRM kunnen ontlenen. Er is zelfs in het geheel niet op het probleem van botsende rechten ingegaan, waartussen door de wetgever een evenwicht geboden moet worden. Dat wil zeggen dat er aan de verplichting om een invulling te geven aan het eerste en aan het tweede lid van art. 8 EVRM niet voldaan is.

Wanneer voor aanvaarding van het vaderschap aan de verwekker prioriteit wordt gegeven op grond van het recht dat hij aan het eerste lid van art. 8 EVRM kan ontlenen, dan dient daartegenover het recht van de moeder en het kind op grond van het tweede lid van art.

(44) M. Fiege, De herziening van het afstammingsrecht en de positie van de minderjarige daarin, NJB 1989, p. 121.

8 EVRM afgewogen te kunnen worden, zoals gebeurde in het arrest van de Hoge Raad. Ook komt de voorgestelde wettelijke regeling niet overeen met de uitspraak van de Hoge Raad, waar naast verwekkerschap een feitelijk gezinsleven als voorwaarde werd gesteld.

Nu in het bedoelde wetsontwerp niet gesproken wordt over de rechtsgevolgen die aan de familierechtelijke betrekkingen worden verbonden, mag aangenomen worden dat in de rechtsgevolgen vooralsnog geen wijzigingen worden aangebracht. Dit dient een reden te meer te zijn om de rechten van moeder en kind bij het vestigen van familierechtelijke betrekkingen niet te negeren.

In het hier gedane voorstel, waarin familierechtelijke betrekkingen op grond van biologische afstamming gevestigd worden, dienen hieraan echter niet dezelfde rechtsgevolgen als thans gekoppeld te worden. Familierechtelijke betrekkingen dienen in deze visie niet anders dan wederzijdse onderhouds- en erfrechtelijke aanspraken ten gevolge te hebben, onafhankelijk van de vraag of de totstandkoming van deze familierechtelijke betrekkingen met of zonder instemming van de moeder of de vader is geschied.

Aan afstamming op zich andere gevolgen te verbinden ligt niet voor de hand, daar het maar al te waar is dat biologische betrekkingen nog geen wederzijdse zorg, genegenheid en begrip voor elkaar, nodig voor een goede relatie tussen ouder en kind, garanderen.

Dit betekent dat familierechtelijke betrekkingen zonder meer geen basis kunnen vormen voor een wederzijds omgangsrecht, noch voor een gezagsregeling. Naast de erkenning van de biologische afstamming, die leidt tot familierechtelijke betrekkingen, zullen andere bevoegdheden alleen op grond van een feitelijk gezinsleven en het aangaan van ouderschap verkregen kunnen worden. (45)

Dat dit in de meeste gevallen in het verlengde ligt van de bloedverwantschap en ouders van wie een kind afstamt zich in grote meerderheid verantwoordelijk voelen voor de verzorging en opvoeding van dit kind, neemt niet weg dat het ook anders kan zijn.

(45) Zie ook W. Hammerstein-Schoonderwoerd, NJB 1982, p. 706, en haar rede Ouderschap, anders geregeld?, 1988.

Inleiding

In direct verband met het afstammingsrecht wordt steeds gesproken over adoptie, waarbij – althans in ons recht – de familierechtelijke betrekkingen met de ouders verbroken worden en familierechtelijke betrekkingen tussen kind en adoptanten gevestigd worden, met dezelfde rechtsgevolgen als verbonden zijn aan erkenning gevolgd door wettiging. Ook wordt veelal opgemerkt dat aanvankelijk het geheel ontbreken van de mogelijkheid van adoptie in ons recht van invloed was op het rechtskarakter van de erkenning, (46) zoals voor velen thans nog het ontbreken van één-ouderadoptie wel moet leiden tot aanvaarding van het vaderschap als rechtshandeling.

Wanneer nu het vestigen van familierechtelijke betrekkingen – zoals hiervoor bepleit – louter wordt gezien als het vastleggen van bloedverwantschap, dan is het helemaal niet consequent om ook familierechtelijke betrekkingen te doen vestigen door middel van adoptie. Deze artificiële vorm van afstamming betekent per definitie niet het bevestigen van bloedverwantschap. Alleen bij stiefouderadoptie kan dat wel het geval zijn, daar de stiefouder te zamen met de oorspronkelijke ouder moet adopteren en bovendien de stiefvader in feite ook nogal eens de biologische vader is en de adoptie in die gevallen een volledige bevestiging van bloedverwantschap inhoudt. Deze laatstgenoemde kwestie zou dan ook binnen het afstammingsrecht geregeld moeten worden door aan de moeder een ruimere mogelijkheid te bieden het vaderschap van haar toenmalige echtgenoot te ontkennen. (47)

Bij stiefouderadoptie staat de wijziging van de familierechtelijke posities van kind, ouders en adoptanten voorop en is de grens tussen adoptie- en afstammingsrecht niet scherp te trekken. (48) Het kinderbeschermingsmotief valt hierbij vrijwel geheel weg, wat er toe leidt dat steeds vaker wordt gezegd dat adoptie niet meer gezien moet worden als een kinderbeschermingsmaatregel, zoals het ooit geïntrodu-

(46) J.C.M. Leijten, De erkenning van natuurlijke kinderen in strijd met de waarheid en het nieuwe kinderrecht van 10 juli 1947, WPNR 4268 (1952), p. 502.

(47) Zie HR 12 nov. 1982, NJ 1983, 214, met name de overweging van de rechtbank.

(48) J. de Ruiter, in: Asser – De Ruiter, Personen- en familierecht, deel I, 13e dr., 1988, p. 138.

ceerd is, (49) maar veeleer als een vorm van vastleggen van afstamming, (50) of een juridische-wijze-van-kinderen-krijgen. (51) Tegen het instituut stiefouderadoptie zijn ook vanuit de praktijk bij herhaling bedenkingen geuit. (52)

Maar ook het instituut adoptie in zijn absolute of sterke vorm staat steeds meer ter discussie, een discussie die weer gevoed wordt door de betekenis die men aan art. 8 EVRM voor zowel het oorspronkelijke gezinsleven als het gezinsleven van kind en adoptanten wil toekennen.

Nagegaan zal worden of art. 8 lid 1 EVRM voor pleegouders en pleegkind het recht op adoptie impliceert en of adoptie niet strijdig is met het recht op eerbiediging van het gezinsleven van de biologische ouders en van het kind; voorts, of in de wetgeving en de rechtspraak de rechten die alle betrokkenen aan art. 8 EVRM kunnen ontlenen, met elkaar in evenwicht zijn.

Rechtspraak

Met betrekking tot de vraag of uit art. 8 EVRM het recht op adoptie voortvloeit, overwoog de Europese Commissie in 1975, 'that the right to adopt is not, as such, included among the rights guaranteed by the Convention.' En voorts: 'that a State cannot separate two persons united by an adoption contract, or forbid them to meet, without engaging its responsibility under Article 8 of the Convention.

But one should not deduce from this a positive obligation on the State to grant a particular status – that of adoption – to the applicant and the person in his care.' (53)

In 1982 werd de volgende uitspraak gedaan: 'The Commission observes firstly, although the right to adopt is not one of the rights specifically guaranteed under the Convention, the relations between an adoptive parent and an adopted child are as a rule the same family relations protected by Article 8 of the Convention.' (54)

(49) H.P. Cloeck, *Adoptie als vraagstuk van kindbescherming*, Amsterdam, 1946.

(50) M. Rood-de Boer, *Adoptie in Nederland 1956 – 1981*, NJB 1981, p. 1015; *Notitie Adoptie anders dan door een echtpaar*, TK 1987 – 1988, 20547, MvT, p. 4.

(51) P. Vlaardingerbroek, FJR 10 (1988), p. 231.

(52) M. van Sijl, *Stiefouderadoptie*, FJR 4 (1982) 8, p. 224; R. Mud en J.W.C. Kornings, *Stiefouderadoptie, een abolitionistische benadering*, FJR 8 (1986) 8, p. 218.

(53) ECRM 10 juli 1975, Applic. nr. 6482/74, D&R 7, p. 75.

(54) ECRM 5 okt. 1982, Applic. nr. 9993/82, D&R 31, p. 241.

Uit deze uitspraak zou geconcludeerd kunnen worden dat hoewel het recht om te adopteren niet uitdrukkelijk gegarandeerd wordt door art. 8 lid 1 EVRM, bescherming van dit recht op grond van deze verdragsbepaling ook niet is uitgesloten en in ieder geval geldt voor gezinsrelaties die ontstaan nadat adoptie heeft plaats gevonden.

In 1981 heeft de Europese Commissie eveneens de vraag te beantwoorden gehad of het recht om te adopteren door het EVRM beschermd wordt. Deze keer werd echter een beroep op art. 12 EVRM gedaan, waar de Europese Commissie als volgt op reageerde: 'The Commission is of the opinion that the concept of family life in a great number of member States legitimates the view that the founding of a family, within the meaning of Article 12, does not only envisage natural children, but also adoptive children. As provided by the Article, the exercise of such a right is governed by the national laws.' (55) In deze uitspraak zou wel een recht om te adopteren op grond van art. 12 EVRM gelezen kunnen worden. (56)

Ons hoogste rechtscollège is klaarblijkelijk deze opvatting vooralsnog niet toegedaan en overweegt: 'Een recht op of een vrijheid ter zake van adoptie, toekomend aan kinderen of pleegouders, behoort, voor zover hier van belang, volgens de jurisprudentie van de Europese Commissie voor de Rechten van de mens niet tot de rechten en vrijheden die door het Verdrag worden beschermd', (57) waarbij de beide laatstgenoemde uitspraken echter niet vermeld worden.

In het cassatiemiddel wordt gesteld dat de rechtbank 'in het licht van in het bijzonder de artikelen 8, 13 en 14 EVRM is uitgegaan van een te beperkte uitlegging van de begrippen "echtpaar" en "belang van het kind" in de zin van artikel 1:227' en 'dat onder bepaalde omstandigheden het recht op gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM van het kind en de pleegouders een "recht op adoptie" kan meebrengen.' Hieraan wordt toegevoegd dat het echter bepaald niet eenvoudig is vast te stellen wanneer een zodanig 'recht op adoptie' is ontstaan en vooral onder welke omstandigheden het zo sterk is, dat het in beginsel een in de nationale wet voor adoptie gestelde voorwaarde opzij kan zetten.

(55) ECRM 10 maart 1981, Applic. nr. 8896/80, D&R 24, p. 176.

(56) J. de Boer, Het recht om te huwen en een gezin te stichten, NJCM-bull. 13 (1988) 3, p. 241, en F. van Vliet, De rechten van kinderen in het adoptierecht, in: Kinderen en Recht, Opstellen over de positie van minderjarigen in het recht (red.: M. de Langen, J. H. de Graaf en F. B. M. Kunneman), 1989.

(57) HR 22 juli 1986, NJ 1987, 316, p. 1166 l.k.

Hiertegenover stelt de Hoge Raad eerst, dat het recht op adoptie niet voortvloeit uit art. 8 en zo dat al anders mocht zijn, 'de onderhavige beperking in elk geval blijft binnen de grenzen van art. 8 lid 2, nu zij in de wet is voorzien en de grond waarop deze voorziening noodzakelijk is geoordeeld, nl. de bescherming van het belang van het kind, zich met de strekking van dat lid laat verenigen.'

De volgende vraag is of adoptie niet tegelijkertijd een schending inhoudt van het recht op eerbiediging van het gezinsleven van de biologische ouders en van het kind.

In 1977 kreeg de Europese Commissie te oordelen over een schending van art. 8 EVRM in het geval dat een ongehuwde moeder, die direct bij de geboorte van haar kind afstand had gedaan ten behoeve van aspirant-adoptiefouders, zich tijdens de adoptieprocedure verzette tegen adoptie. De High Court of Justice 'pronounced the adoption on the basis of the Adoptive Act 1958, which provides for the pronouncement of adoption without the mother's consent, if the refusal does not seem reasonable.'

De Europese Commissie overwoog het volgende: 'The relations between a child born out of wedlock and its natural parents are covered by the concept of "family life within the meaning of this provision"' (Applic. nr. 6833/74, *Paula Marckx v. Belgium*).'

'The adoption of a child without the mother's consent constitutes a particularly severe interference in the exercise of the right to respect for family life.'

'On an examination of the judgment it was clear that the adoption ordered by the court, however painful for the mother, who was unfortunately unable to have further children, was in the circumstances of the case a necessary measure to protect the health and overriding interests of the child and justified from the point of view of Article 8(2) of the Convention.' (58)

Het blijft een grote vraag wanneer een dergelijke inbreuk gerechtvaardigd geacht zal worden en onder welke omstandigheden familie-rechtelijke betrekkingen tussen ouder(s) en kind tegen de wil van betrokkenen opgeheven kunnen worden.

(58) ECRM 11 juli 1977, Applic. nr. 7626/76, D&R 11, p. 160.

Gezien de grote waarde die in ons land is toegekend aan familierelaties op grond van bloedverwantschap, heeft het instituut van adoptie lang op weerstand gestuit en is bij de totstandkoming van de adoptiewet (59) aan veel waarborgen voor de oorspronkelijke ouder(s) vastgehouden. Aanvankelijk kon adoptie slechts uitgesproken worden indien de ouders die in familierechtelijke betrekkingen tot het kind staan, meerderjarig waren, indien geen der ouders het verzoek tegensprak, en indien de adoptanten voor indiening van het verzoek tot adoptie het kind te zamen drie jaar verzorgd en opgevoed hadden. Sinds de totstandkoming van de adoptiewet in 1956 zijn deze waarborgen voor de ouders steeds verminderd en de mogelijkheden voor pleegouders om tot adoptie over te kunnen gaan, versoepeld. Dit moge bijvoorbeeld blijken uit de verplichte verzorgingstermijn, die van drie jaar in 1968 (60) werd teruggebracht tot twee jaar en in 1974 (61) tot één jaar, waarna bij de wet van 1978 (62) is gesteld dat bij overlijden van één der adoptanten tijdens dit jaar het kind ook door de overblijvende ouder alleen verzorgd en opgevoed kan worden (art. 228 lid 1f Boek 1 BW), wat in feite een eerste vorm van één-ouderadoptie inhoudt.

De tweede belangrijke wijziging is dat de voorwaarde dat de ouders die in familierechtelijke betrekking tot het kind staan meerderjarig moeten zijn, bij dezelfde wet van 1978 teruggebracht werd tot de eis dat de ongehuwde moeder van het kind op de dag van het verzoek ten minste 16 jaar moet zijn (art. 228 lid 1e Boek 1 BW). Dit betekent dus dat familierechtelijke betrekkingen blijvend verbroken kunnen worden tussen een jonge moeder van 16 jaar en haar kind op een moment dat de moeder nog een grote kans loopt door familie, partner of bepaalde sociale omstandigheden tot een beslissing gebracht te worden waar zij zelf niet achter staat, maar die zij ook moeilijk tegen kan houden.

De volgende voorwaarde, dat geen der ouders die met het kind in familierechtelijke betrekkingen staan het verzoek tot adoptie tegensprekt, kan hun in het algemeen nog enige tijd en ruimte bieden om

(59) Wet van 26 jan. 1956, Stb. 42.

(60) Wet van 9 juli 1968, Stb. 336.

(61) Wet van 26 okt. 1973, Stb. 553.

(62) Wet van 7 juni 1978, Stb. 303.

de zorg voor hun kinderen zelf (weer) op zich te nemen. Onder bepaalde omstandigheden zal echter zeker een jonge moeder die er alleen voor staat, de adoptie niet tegen kunnen spreken; en ook al zou zij dat doen, dan kan aan haar bezwaren om tot adoptie over te gaan door de rechtbank voorbijgegaan worden, indien zij meer dan twee jaar tevoren is opgeroepen ten verhoor op een gelijk verzoek van dezelfde echtgenoten (art. 228 lid 1d Boek 1 BW).

Voorts biedt de wet van 1979 (63) de mogelijkheid van adoptie van een kind door zijn stiefouder te zamen met de oorspronkelijke ouder. Ook hier is gekozen voor versterking van de juridische banden binnen het nieuw gevormde gezin, al heeft daartegenover de wettige ouder-niet-adoptant een absoluut vetorecht (art. 228 lid 2 Boek 1 BW), waarvan het absolute karakter thans alweer ter discussie staat. Daarnaast betreft de recente discussie het echtpaarvereiste, een discussie die stamt uit de zeventiger jaren en op verzoek van de Tweede Kamer (64) geleid heeft tot de regeringsnotitie Adoptie anders dan door een echtpaar. (65)

Wanneer het echtpaarvereiste los gelaten wordt, doen zich verschillende opties voor, waarbij in meest algemene zin gedacht kan worden aan adoptie door één persoon alsmede aan adoptie door een ongehuwd paar. In deze notitie wordt adoptie door één persoon onder bepaalde omstandigheden mogelijk gemaakt.

Aangesloten wordt in de eerste plaats bij de laatste wetswijzigingen, waarin in feite één-ouderadoptie in de vorm van postume adoptie (art. 228 lid 1f Boek 1 BW) en van stiefouderadoptie al is toegestaan, al heeft men dat nog niet zo willen noemen. Er wordt in principe nog door een echtpaar geadopteerd, zij het in het eerste geval mede door een overleden ouder en in het tweede geval mede door een eigen ouder.

De derde omstandigheid, dat adoptanten op het moment van het indienen van hun verzoek tot adoptie in een echtscheidingsprocedure verwickeld of reeds gescheiden zijn, heeft zich reeds herhaalde malen in de jurisprudentie voorgedaan en heeft geleid tot wisselende uitspraken.

Een vierde omstandigheid die in de notitie vermeld wordt, is 'indien

(63) Wet van 13 sept. 1979, Stb. 501.

(64) TK 1977-1978, 14824, nr. 5, p. 1-2, en motie Kamerstukken 16194, nr. 7, door Korte-van Hemel en Nijpels ingediend op 27 april 1981.

(65) TK 1987-1988, 20547, d.d. 3 mei 1988.

er wel sprake is van een echtpaar, maar één der echtgenoten niet bij machte is een verzoek in te dienen, daar hij of zij geestelijk gehandicapt is, onder curatele staat danwel onvindbaar is'. Een volgende categorie is de ongehuwde partner die een kind van de andere partner wil adopteren; dus een vorm van stiefouderadoptie buiten huwelijk. In deze vijf genoemde omstandigheden waaronder één-ouderadoptie te overwegen valt, is er steeds nog sprake van een paar of van een gewezen paar, en alleen van een paar van ongelijke kunne. Wanneer, zoals in het laatstgenoemde geval, adoptie mogelijk wordt geacht voor een ongehuwde partner die een kind van de andere partner zou willen adopteren, is er toch weinig reden meer om dit aan een partner van gelijke kunne te onthouden.

Ten slotte, zo wordt in de notitie vermeld, zou het geval zich kunnen voordoen van een pleegouder – pleegkindverhouding waarin gezien de bijzondere omstandigheden van het geval, adoptie als gewenst zou kunnen worden ervaren, waarmee dus feitelijk adoptie door één persoon beoogd wordt.

Opgemerkt dient hierbij te worden dat vier van de zes genoemde situaties waarin één-ouderadoptie mogelijk zou moeten zijn, al door Wiarda – als enige van de commissie-Wiarda, die in meerderheid huiverde voor de niet te overziene gevolgen van één-ouderadoptie – voorgesteld zijn. (66)

Terwijl één-ouderadoptie onder bepaalde omstandigheden, waarbij dus in de meeste gevallen in feite sprake is van een paar, wel toelaatbaar wordt geacht, is men veel terughoudender waar het adoptie door ongehuwde paren betreft, zowel waar het gaat om paren van gelijke als van ongelijke kunne.

Na het eigenlijke onderwerp van de notitie Adoptie anders dan door een echtpaar, wordt in deze notitie het absolute vetorecht van de wettige ouder bij stiefouderadoptie ter discussie gesteld, daar deze mogelijkheid voor de ouder-niet-adoptant kan leiden tot het maken van misbruik van deze positie en het op onredelijke gronden weigeren van de noodzakelijke toestemming.

Dit onderdeel van de notitie is in september 1989 opgenomen in een concept-voorstel van wet Herziening van de regeling inzake stiefouderadoptie, dat herziening beoogt van art. 228 lid 2 Boek 1 BW. De nieuw voorgestelde bepaling luidt: 'Nochtans is de rechter niet verplicht het verzoek af te wijzen bij tegenspraak van bedoelde ouder,

(66) Rapport Jeugdbeschermingsrecht 1971, p. 129.

indien het kind, dat op de dag van het verzoek 15 jaar of ouder is, ter gelegenheid van zijn verhoor de wens tot adoptie uitdrukkelijk heeft geuit en indien de rechter in gemoede overtuigd is dat bedoelde ouder op kennelijk onredelijke gronden het verzoek tegenspreekt.'

Beschouwing

Geconcludeerd kan worden, dat op het terrein van het adoptierecht nog geen duidelijkheid is verschaft over de vraag of het recht om te adopteren voortvloeit uit art. 8 lid 1 EVRM en evenmin hoe zwaar de rechten van de oorspronkelijke ouders die bezwaar maken tegen de adoptie, gewogen worden. Wel is door de Europese Commissie uitgemaakt dat familierelaties tussen adoptiefouders en het geadopteerde kind beschermd worden en eveneens dat adoptie een inbreuk op het gezinsleven van de oorspronkelijke ouders en het kind oplevert.

Ook kan geconstateerd worden dat in onze wetgeving de waarborgen voor de ouder(s) verminderd zijn en dat aan hen minder tijd en gelegenheid gelaten wordt om hetzij in de ouderlijke macht of voogdij hersteld te worden, hetzij de voogdij te verkrijgen en de zorg voor hun kind (weer) op zich te nemen. Het gezinsleven met haar kind kan een ongehuwde moeder reeds op 16 jaar, een leeftijd waarop zij door vele factoren tot een beslissing om haar kind ter adoptie af te staan, gebracht kan worden, onherroepelijk onmogelijk gemaakt worden, terwijl haar kind daar gezien zijn leeftijd evenmin iets tegen in kan brengen.

Hoewel bij ons de ouders, die tot het te adopteren kind in familierechtelijke betrekkingen staan, tijdens de adoptieprocedure van geen bezwaar moeten doen blijken, hebben zij – behalve de wettige ouder bij stiefouderadoptie – slechts een suspensief vetorecht. Aan hun weigering om tot adoptie van hun kind over te gaan, kan, indien zij meer dan twee jaar tevoren zijn opgeroepen ten verhoor op een gelijk verzoek van dezelfde echtgenoten, door de rechtbank voorbij gegaan worden (art. 228 lid 1 d Boek 1 BW).

Het is de vraag of dit wel toelaatbaar is en niet in strijd met art. 8 EVRM, speciaal vanwege het onomkeerbare van een adoptie-

uitspraak, zoals bijvoorbeeld Heyvaert en Willekens (67) betogen naar aanleiding van het Marckx-arrest.

Evenzeer wordt bezwaar gemaakt tegen het voorstel om het absoluut vetorecht van een wettige ouder-niet-adoptant op te heffen, wanneer aangenomen zou kunnen worden dat hij of zij het verzoek van adoptanten op kennelijk onredelijke gronden tegenspreekt, daar ook dit een niet te rechtvaardigen inbreuk op het gezinsleven van die ouder en zijn of haar kind kan opleveren.

Nog sterker geldt dit voor kinderen van wie de familierechtelijke betrekkingen met hun oorspronkelijke ouders definitief verbroken worden zonder dat zij daar zelf iets over te zeggen kunnen hebben vanwege hun veelal zeer jonge leeftijd en volledige afhankelijkheid. De voorwaarde dat kinderen van 15 jaar of ouder bij hun verhoor van geen bezwaar tegen de adoptie doen blijken, klinkt aardig maar heeft in de praktijk weinig betekenis. Het gaat namelijk zelden om kinderen van die leeftijd, behalve weer bij stiefouderadoptie. Overigens blijft het weinig zinvol dat kinderen van 12 jaar of ouder gehoord moeten worden voordat een adoptie uitgesproken kan worden, terwijl de stem van kinderen van 15 jaar en ouder pas echt serieus genomen moet worden.

Het komt er in ieder geval op neer, dat de meerderheid van de adoptandi niets te zeggen of geen beslissende stem heeft over misschien wel de belangrijkste beslissing die er in hun leven genomen kan worden, namelijk het verbreken van de familierechtelijke betrekkingen met hun oorspronkelijke ouders. Alleen wanneer kinderen in geen enkele familierechtelijke relatie met hun biologische ouders staan – óf omdat zij als vondelingen nooit in een dergelijke relatie zijn komen te staan en hun biologische afkomst ook niet te achterhalen valt, óf omdat deze relatie door een rechterlijke uitspraak in een land van herkomst van het kind definitief is verbroken –, is het wenselijk dat zij in familierechtelijke betrekkingen komen te staan met diegenen die de zorg en opvoeding van hen volledig op zich genomen hebben. In het algemeen kan echter gesteld worden dat adoptie van kinderen waarbij de familierechtelijke betrekkingen verbroken worden, een systematische inbreuk op art. 8 lid 1 EVRM inhoudt en moeilijk op grond van het tweede lid te rechtvaardigen is, al wordt veel gerechtvaardigd 'als nodig in een democratische samenleving ter bescher-

(67) A. Heyvaert en H. Willekens, *Beginnelsen van het gezins- en familierecht na het Marckx-arrest*, Antwerpen, 1981, p. 72.

ming van de gezondheid of de goede zeden'. De 'bescherming van de rechten en vrijheden van anderen', waarmee in dit geval de pleegouders (= aspirantadoptiefouders) bedoeld zouden zijn, zal niet als een rechtvaardigingsgrond geaccepteerd kunnen worden, daar de afweging van belangen, of liever van rechten, steeds ten gunste van desbetreffende kinderen zal dienen uit te vallen.

Het feit dat zo weinig geadopteerde kinderen overgaan tot herroeping van de adoptie en dat nog geen kind wegens het verbreken van zijn familierechtelijke betrekkingen een klacht heeft ingediend bij de Europese Commissie, wil bepaald niet zeggen dat zij er allemaal zo gelukkig mee zijn. Door het lange tijdsverloop in de meeste gevallen en het moeilijk kunnen achterhalen van de persoonsidentificerende gegevens van de oorspronkelijke ouders, is de weg terug voor vele kinderen afgesneden.

Dat er in ieder geval bij een aantal geadopteerde kinderen een duidelijke behoefte bestaat om te weten wie hun biologische ouders zijn en vooral waarom zij niet bij hen konden blijven maar ter adoptie zijn afgestaan of afgenomen, blijkt in toenemende mate door vragen hierover bij de ambtenaren van de burgerlijke stand, bij raden voor kinderbescherming en ook al bij de kinderrechtswinkels. In de meeste gevallen is kennisname van de basale gegevens voldoende om aan de behoefte tegemoet te komen, soms wordt om een feitelijke confrontatie gevraagd. Het argument dat kinderen vaak geen prijs stellen op contact of voortgezet contact na een eerste ontmoeting met de biologische ouders, kan niet als een argument geaccepteerd worden om de afstamming in het midden te laten. Het in kennis gesteld worden van de identiteit van de biologische ouders op zichzelf of eventueel een eenmalige ontmoeting kan voor een kind essentieel zijn en voldoende om zelf van zijn ouders af te zien, afscheid te nemen en zich vrij te voelen om zich tot anderen te richten. De behoefte aan deze informatie en eventueel aan een contact met de biologische ouders is uiteraard sterker naarmate de adoptiefouders de afstamming ofwel verzwegen hebben ofwel de gezinssituatie waarin het kind geboren is, zwart hebben gemaakt. Dit negeren en miskennen van de betekenis van de afkomst voor kinderen en het zich 'toeëigenen' van deze kinderen wordt door de meest vergaande vorm van adoptie zoals wij die kennen in de hand gewerkt.

Het is hierom, dat adoptie gepaard gaand met het verbreken van familierechtelijke betrekkingen met de biologische ouders en met alle

andere automatische rechtsgevolgen zoals die in ons recht gelden, wordt verworpen als in strijd zijnde met de rechten die kinderen aan art. 8 EVRM kunnen ontlelen. Dat wil dus zeggen dat, ook al zou algemeen erkend worden dat het recht om te adopteren en om geadopteerd te worden voortvloeit uit art. 8 EVRM, bij afweging van botsende rechten de schending van art. 8 zwaarder telt dan het eventueel aan art. 8 EVRM te ontlelen recht om geadopteerd te worden, althans in de huidige absolute vorm.

Uit respect voor het gezinsleven van de ouders en van het kind en ten behoeve van een evenwicht tussen de rechten die alle betrokkenen aan art. 8 EVRM kunnen ontlelen, gaat de voorkeur in dit betoog dan ook uit naar een zwakkere vorm van adoptie, waarbij de familierechtelijke betrekkingen met de ouders niet verbroken worden en de pleegouders niet in familierechtelijke betrekkingen met het kind komen te staan en niet vanzelfsprekend alle rechtsgevolgen verkrijgen die thans aan het adopteren verbonden zijn: erfrechtelijke aanspraken, wederzijdse onderhoudsverplichtingen, naamswijziging, eventueel wijziging van nationaliteit en ouderlijke macht.

Het lijkt dan ook te verkiezen om het begrip adoptie niet meer te gebruiken, daar dit te zeer geassocieerd wordt met een juridische-wijze-van-kinderen-krijgen, maar te spreken van aanvaarding van ouderschap, waar meer uit blijkt dat men de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van een kind op zich wil nemen. Naast de algemene voorwaarde dat aanvaarding van ouderschap in het belang van het kind moet zijn, lijkt als enige relevante voorwaarde om tot deze aanvaarding over te kunnen gaan de verzorgingstermijn van één jaar; twee voorwaarden die door de rechtbank getoetst dienen te worden.

Welke rechtsgevolgen men wil en kan verbinden aan deze aanvaarding, is afhankelijk van de omstandigheden. Het is zonder meer wenselijk dat aanvaarding van ouderschap naast de verplichting om het kind te verzorgen en op te voeden, een onderhoudsverplichting met zich mee brengt. Wat naamswijziging betreft, is dit bepaald minder vanzelfsprekend. Terwijl het voor een kind aan de ene kant van belang kan zijn om door naamswijziging meer bij zijn pleeggezin te horen, is het aan de andere kant goed denkbaar dat het kind, terwijl het zijn pleegouders volledig accepteert, in verband met zijn eigen identiteit juist wel zijn oorspronkelijke geslachtsnaam en zeker zijn voor-naam wil blijven dragen.

Betreffende de nationaliteit valt te verdedigen dat wanneer een kind

uit een ander land afkomstig is en in feite in twee werelden leeft, het in staat gesteld wordt om naast de Nederlandse nationaliteit ook zijn oorspronkelijke nationaliteit te behouden, wat de Nederlandse wetgeving natuurlijk niet alleen kan bewerkstelligen.

Dat pleegouders op dit moment noch krachtens een wettelijke bepaling noch op grond van de huidige jurisprudentie het gezamenlijk gezag kunnen verkrijgen, is ten onrechte en zal in het verdere betoog ter discussie gesteld worden.

Nu er door deze aanvaarding geen familierechtelijke betrekkingen tussen pleegouders en kind ontstaan en de schijn van afstamming niet gewekt wordt, lijkt er geen enkel bezwaar te bestaan om in principe de aanvaarding van ouderschap voor alle categorieën paren die de verantwoordelijkheid voor een kind op zich willen nemen en voor alleenstaanden eventueel naast een ouder die wel in familierechtelijke betrekking tot het kind staat, mogelijk te maken.

De huidige discussie over adoptie anders dan door een echtpaar is in dit licht niet meer relevant en evenmin de door de Hoge Raad in positieve zin beantwoorde vraag of uitsluiting van adoptie door niet (meer) gehuwde ouders – in 1956 ter bescherming van het belang van het kind noodzakelijk geoordeeld –, zich thans nog met de strekking van art. 8 lid 2 EVRM laat verenigen. (68)

Alle categorieën paren en alleenstaanden kunnen immers in principe kinderen verzorgen en opvoeden. Aan allen komt thans een blokkadederecht toe ex art. 246a en 336a Boek 1 BW en als vervolg daarop eventueel de mogelijkheid ex art. 267 lid 2 jo. 268 lid 2d om gedwongen ontheffing van de oorspronkelijke ouders te vragen en evenzeer ex art. 299a om een verzoek in te dienen om met de voogdij belast te worden wanneer de voogdij niet bij de ouders maar bij een derde berust. Er is dan ook weinig reden om hun de mogelijkheid te onthouden om gezamenlijk of alleen het ouderschap te aanvaarden (69) en gezamenlijk het ouderlijk gezag te verkrijgen.

(68) HR 22 juli 1986, NJ 1987, 316, p. 1661. k. Ook volgens de Boer, 'A whole code of family law': Boek 1 BW getoetst aan het EVRM, in: Het EVRM en het Nederlandse en Belgische personen-, familie- en jeugdrecht (red.: K. Blankman en W.C.J. Robert) Zwolle 1987, p. 23, is deze uitsluiting niet strijdig met het EVRM, hetgeen door P. van Dijk in dezelfde bundel, p. 73, betwijfeld wordt, en duidelijk wordt bestreden door F. van Vliet, De rechten van kinderen in het adoptierecht, in: Kinderen en recht (red.: M. de Langen, J.H. de Graaf en F.B.M. Kunneman), 1989.

(69) Zie ook M. Bonnema, Eénouderadoptie, een aanwinst voor de Adoptiewet?, FJR 4 (1982) 6, p. 157 e.v.

Inleiding

Hoewel er niet in alle gevallen van rechtswege een verband is tussen familierechtelijke betrekkingen en het verkrijgen van ouderlijk gezag, wordt aan ouders die in familierechtelijke betrekking tot hun kind staan, in ons recht duidelijk voorrang gegeven om met het gezag bekleed te worden. Hiermee worden hun bevoegdheden toegekend om de aan hen opgelegde verplichting hun kinderen te verzorgen en op te voeden, na te kunnen komen. Ouderlijk gezag dient er onder meer toe de positie van de kinderen te beschermen tegen derden en de overheid.

Uit verschillende bepalingen in het eerste boek van het Burgerlijk Wetboek blijkt allereerst dat ouders die in familierechtelijke betrekking tot hun kind staan, het wettig gezag over hun kinderen van rechtswege verkrijgen, zoals binnen een huwelijk beide ouders (art. 246 lid 1 Boek 1 BW) en buiten een huwelijk de meerderjarige of meerderjarig wordende moeder (art. 287 lid 1 en 2). In de tweede plaats kan de rechter in bepaalde situaties met uitsluiting van derden alleen één van beide ouders tot voogd benoemen, zoals na echtscheiding (art. 161 lid 1 en 2). Ook kunnen ouders niet van het gezag over hun kinderen ontslagen worden (art. 323), terwijl derden-voogden zich onder bepaalde omstandigheden van hun bediening kunnen doen ontslaan (art. 322).

In andere gevallen wordt aan ouders die in familierechtelijke betrekkingen tot hun kinderen staan, prioriteit verleend bij het verkrijgen van het gezag over hen. Deze prioriteit blijkt uit de formulering dat een verzoek van een ouder om met het gezag te worden bekleed, slechts wordt afgewezen 'indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zullen worden verwaarloosd'. Hieronder is bijvoorbeeld begrepen die ouder, die na echtscheiding niet met de voogdij belast is in het geval dat de ouder-voogd(es) komt te overlijden (art. 285 lid 3), de vader van een natuurlijk kind in het geval dat de moeder niet met de voogdij belast is (art. 288 lid 2) en de niet-gehuwde moeder wanneer een derde voogd is (art. 287 lid 5).

Wanneer één van beiden met de voogdij bekleed is, kan ook weer alleen de andere ouder die in familierechtelijke betrekking tot het kind staat een verzoek indienen om in zijn of haar plaats met de voogdij belast te worden (art. 287 lid 4, 288 lid 3, 291 lid 2 en 162). Indien de

voogdij openvalt, kunnen alleen de ouders, voorzover daartoe bevoegd, verzoeken daarmede te worden belast (art. 289).

Zelfs bij de wet van 1978, (70) waarin het blokkaderecht voor pleegouders is ingevoerd en de ouders zich bij weigering van de pleegouders om wijziging in het verblijf van het kind te brengen tot de rechter moeten wenden voor een vervangende toestemming hiertoe, is de prioriteit voor de ouders gehandhaafd (art. 246a lid 2 en 336a lid 2). Het gaat hier weliswaar niet om een gezagswijziging – de ouders hebben in dit geval nog het gezag over hun kind – maar om een beslissing over de verblijfplaats van het kind. Deze beslissing kan weer de grond vormen voor de pleegouders om een verzoek tot ontheffing van de ouderlijke macht in te dienen (art. 267 lid 2 jo. 268 lid 2d). Bij deze wet van 1978 is het voor pleegouders tevens mogelijk geworden om na het kind een jaar verzorgd en opgevoed te hebben, een verzoek in te dienen met het gezag bekleed te worden indien de voogdij bij een derde berust (art. 299a).

Hiermee is het wettelijk systeem, waarbinnen alleen ouders die in familierechtelijke betrekking tot hun kind staan, zelf een verzoek kunnen indienen om met de voogdij belast te worden, in beperkte mate doorbroken ten gunste van de verzorgende ouders.

De algemene vraag is of onze wettelijke regelingen betreffende de gezagsvoorzieningen waarbij familierechtelijke betrekkingen centraal staan, in het licht van art. 8 EVRM wel te handhaven zijn.

Een eerste vraag hierbij is of de gezagsrelatie, die een juridische constructie is, wel valt onder de beschermingssfeer van deze verdragsbepaling. Een tweede vraag is in hoeverre het tot de taak van de overheid behoort om zich met gezagsvoorzieningen in te laten.

Voorts dienen de vragen zich aan of het wel te rechtvaardigen is dat er alleen binnen een huwelijk sprake is van gezamenlijk gezag over de kinderen; zo neen, aan welke voorwaarden voldaan moet zijn om ook na of buiten een huwelijk gezamenlijk gezag uit te oefenen.

Vervolgens laat de vraag zich stellen of het niet in strijd met art. 8 jo. 14 EVRM is, dat in beginsel alleen ouders die in familierechtelijke betrekking tot hun kind staan, een verzoek kunnen indienen om met de voogdij respectievelijk de gezamenlijke ouderlijke macht bekleed te

(70) Wet van 7 juni 1978, houdende wijziging in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van enige bepalingen betreffende de adoptie en tot verbetering van de rechtspositie van pleegouders, Stb. 303.

worden en of biologische en verzorgende ouders op grond van hun gezinsleven met het kind niet evenzeer dit recht toekomt.

Ook hier zal nagegaan dienen te worden of er wel sprake is van een evenwicht tussen de verschillende gezagsgerechtigden – waarbij zowel gedacht kan worden aan de vader tegenover de moeder binnen huwelijkse en niet-huwelijkse relaties, als aan de verzorgende tegenover de juridische ouders – en voorts welke rol het recht van het kind op zijn gezinsleven speelt om tot een evenwicht te komen.

Rechtspraak met betrekking tot gezagsvoorziening

Gezamenlijk gezag na echtscheiding

Een belangrijke mijlpaal in de ontwikkeling naar gezamenlijk gezag na en buiten huwelijk is het bekende arrest van de Hoge Raad van 4 mei 1984 (71) over continuering van de ouderlijke macht geweest.

In eerste instantie hebben de ouders verzocht gezamenlijk belast te worden met de voogdij na echtscheiding, waartegen van de zijde van de Raad voor de Kinderbescherming vanuit sociaal standpunt geen bezwaar bestond. De Rechtbank te Amsterdam heeft dit verzoek afgewezen als zijnde in strijd met de wet, waarin gekozen is voor het stelsel om één ouder met het voogdijschap te belasten en vervolgens bepaald dat de voogdij zal worden uitgeoefend door de moeder met benoeming van de vader tot toezienend voogd. In hoger beroep heeft het Hof te Amsterdam deze beschikking bekrachtigd, waarbij het hof onder meer heeft overwogen dat het recht op bescherming van het gezinsleven (art. 8 EVRM) niet geschonden is, daar de moeder de vader juist volop in de gelegenheid stelt om met zijn zoon een gezinsleven te onderhouden.

In het cassatiemiddel is gesteld dat het hof daarbij heeft blijk gegeven van een onjuiste opvatting van de aard van het desbetreffende grondrecht. Hierin gaat de Hoge Raad mee, waar hij overweegt dat beëindiging van de tevoren bestaande toestand dat beide ouders gezamenlijk de ouderlijke macht over het kind uitoefenen, anders dan het hof heeft aangenomen een inmenging oplevert in het gezinsleven als bedoeld in art. 8 EVRM. De Hoge Raad gaat er dus vanuit dat de ouderlijke macht behoort tot de door art. 8 EVRM beschermde rechten, een opvatting waartoe de Europese rechtspraak op dat moment geen aanleiding gaf.

(71) HR 4 mei 1984, NJ 1985, 510.

Ook De Vet stelt, na een uitvoerige analyse van de uitspraken van de Europese Commissie over gezagsvoorziening na echtscheiding van vóór mei 1984, dat de Hoge Raad in afwijking van deze Europese jurisprudentie kennelijk de opvatting huldigt dat in art. 8 lid 1 EVRM 'ook een recht op eerbiediging van de bestaande gezagsverhouding staat te lezen, waardoor aan "family life" een juridische dimensie wordt toegevoegd en dientengevolge de werkingsomvang van art. 8 lid 1 uitgebreid'. (72)

De Hoge Raad vervolgt: 'Een dergelijke inmenging is evenwel krachtens het tweede lid van dat art. in beginsel toegestaan, nu zij bij de wet – namelijk art. 1 – 161 lid 1 – is voorzien en in het algemeen in verband met de tussen de ouders bij ontvricting van hun huwelijk te verwachten spanningen zal worden gerechtvaardigd door de belangen van het kind, op bescherming waarvan het recht heeft. Dit kan echter anders zijn indien de ouders – zoals in dit geval is aangevoerd – zich in staat achten het kind in een goede onderlinge verstandhouding te blijven verzorgen en opvoeden en zij op die grond beiden verzoeken om gezamenlijk met het gezag over het kind belast te blijven. In een dergelijk geval dient onderzocht te worden of de beëindiging van de ouderlijke macht van de ouders gezamenlijk door de benoeming tot voogd van één van hen met het oog op de voormelde belangen van het kind nodig is.' (3.2)

'Aan art. 94 Gr. W. kan de Rb. wel de bevoegdheid ontleen het wettelijk voorschrift van art. 1 – 161 lid 1 BW buiten toepassing te laten, indien toepassing ervan in het gegeven geval niet verenigbaar is met art. 8 E. V., maar niet de bevoegdheid om een niet bij de wet voorziene en in het wettelijk systeem niet passende voogdijregeling te treffen', zoals in eerste instantie verzocht.

Hiermee werd voor de tweede maal (73) een nationale regel van familierecht als onder bepaalde omstandigheden strijdig zijnde met art. 8 EVRM, buiten toepassing gelaten.

Met deze uitspraak is een nieuwe weg geopend, namelijk dat na echtscheiding onder bepaalde voorwaarden de ouderlijke macht voor onbepaalde tijd gecontinueerd kan worden. Die voorwaarden zijn dat a.

(72) M.P.J.M. de Vet, *Gezagsvoorziening na (echt)scheiding in Europees perspectief*, NJB 1985, p. 220, evenzo C. van Wamelen, *Ouderschap en ouderlijk gezag na scheiding*, 1987, p. 295.

(73) Eerder HR 4 juni 1982, NJ 1983, 32, en HR 20 dec. 1985, NJ 1987, 54; beide betreffende weigering huwelijkstoestemming.

beide ouders verzoeken om gezamenlijk met het gezag over het kind belast te blijven, *b.* de ouders zich in staat achten het kind in een goede onderlinge verstandhouding te blijven verzorgen en opvoeden, en *c.* de belangen van het kind niet vragen om beëindiging van de ouderlijke macht van de ouders gezamenlijk door de benoeming tot voogd van één van hen. De Hoge Raad stelt geen concrete voorwaarden voor de uitoefening van deze gezamenlijke ouderlijke macht maar wel expliciet dat beide ouders voortzetting wenselijk achten. (74)

Een dergelijk baanbrekend arrest roept uiteraard weer vele vragen op, zoals: in hoeverre moet getoetst worden of aan deze voorwaarden voldaan is, en: moet er een beschikking gegeven worden? Hierbij aansluitend wordt de vraag gesteld naar de legitimatie van overheidsingrijpen in het gezag bij echtscheiding. Is het niet logischer om de ouderlijke macht van rechtswege door te laten lopen totdat door de ouders gezamenlijk of door één van beide ex art. 161 lid 3 Boek 1 BW een verzoek ingediend wordt om alsnog in de voogdij te voorzien door benoeming van één der ouders tot voogd? Vermeldenswaard is in deze de zienswijze van Hudig, oud-kinderrechter, die stelt dat het belang van ouders en kinderen ermee gediend zal zijn als de rechtbank niet meer ambtshalve na echtscheiding zich in de regeling van verzorging en opvoeding mengt. Het initiatief tot voorlopige voorzieningen (art. 825a Rv) is immers ook aan partijen over gelaten. (75) Voorts rees de vraag of een eenmaal gegeven voogdijbeschikking ex art. 161 lid 1 Boek 1 BW gewijzigd kan worden in die zin dat de ouderlijke macht weer herleeft. Nadat deze vraag door de lagere rechterlijke instanties verschillend werd beantwoord, (76) verschaftte de Hoge Raad bij één van zijn arresten van 21 maart 1986 hierover duidelijkheid.

De Hoge Raad overwoog dat verzoekers destijds ten gevolge van onbekendheid met de beschikking van 4 mei 1984 niet in de gelegenheid geweest zijn aan die omstandigheid het verzoek te verbinden de ouderlijke macht te doen voortduren. Die omstandigheid heeft daar-

(74) Bevestigd door HR 21 maart 1986, NJ 1986, 587, en HR 9 juni 1989, RvdW 1989, 159.

(75) J.C. Hudig, Gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding, FJR 7 (1985) 4, p. 115 - 118.

(76) Rb. Amsterdam 10 aug. 1984, NJ 1985, 243; Hof Leeuwarden 24 april 1985, FJR 7 (1985) 4, p. 129; Rb. Alkmaar 8 jan. 1985, NJ 1985, 600; Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 1985, NJ 1985, 601; anders, op dezelfde dag, Rb. Breda 21 maart 1985, NJ 1986, 16.

door destijds niet haar juiste juridische betekenis gekregen en bijgevolg is de rechter uitgegaan van 'onjuiste gegevens'. (77)

Terwijl er enerzijds procedures zijn gevoerd om de voogdijbeschikking aan één der ouders na echtscheiding weer te doen wijzigen in de ouderlijke macht aan beide ouders, zijn er anderzijds verzoeken ingediend alsnog in de voogdij te voorzien nadat aanvankelijk na de echtscheiding de ouderlijke macht was blijven voortbestaan. Een verzoek tot een voorlopige voorziening moet daarbij worden aangemerkt als een verzoek betreffende een geschil omtrent de uitoefening van de ouderlijke macht als bedoeld in art. 246 lid 2 Boek 1 BW, daar door de beschikking waarbij de ouderlijke macht van de ouders in stand blijft, de weg tot voorlopige voorzieningen op grond van art. 825 e.v. Rv is afgesloten. (78)

Gezamenlijk gezag buiten huwelijk

Na de uitspraak van de Hoge Raad van 4 mei 1984 over continuering van de ouderlijke macht na echtscheiding rees eveneens de vraag of met deze ontwikkeling de ouderlijke macht dusdanig is losgekoppeld van het huwelijk, dat ouderlijke macht ook toegekend kan worden aan ouders die niet gehuwd zijn en nimmer gehuwd geweest zijn. Ook deze vraag werd door de rechterlijke instanties wisselend beantwoord.

Hoewel de wet geen gezamenlijke voogdij of ouderlijke macht over natuurlijke kinderen kent – ex art. 287 lid 1 BW wordt de ongehuwde moeder van rechtswege voogdes, indien zij althans daartoe bevoegd is – hebben verschillende kantonrechters ongehuwde ouders toch gezamenlijk met de ouderlijke macht bekleed. (79)

Opmerkelijk is dat in deze uitspraken wel een beroep wordt gedaan op het arrest van de Hoge Raad van 4 mei 1984, maar dat de analogie ophoudt op het moment van beëindiging van de samenleving, waar het in het arrest van de Hoge Raad juist om gaat.

De Rechtbank in Arnhem neemt een wat voorzichtiger standpunt in en overweegt dat de rechtbank art. 287 lid 1 Boek 1 BW niet buiten toepassing kan laten, zoals verzocht, omdat dit artikel niet door de rech-

(77) HR 21 maart 1986, NJ 1986, 586.

(78) Rb. Assen 21 sept. 1987, NJ 1988, 737, en Hof 's-Gravenhage 28 okt. 1988, NJ 1989, 446.

(79) Ktg. Tilburg 28 dec. 1984, Praktijkids 2248; Ktg. Hilversum 24 april 1985, FJR 7 (1985) 5, p. 147; Ktg. Amsterdam 14 febr. 1985, nr. I 3583/84, niet gepubliceerd; in het belang der wet vernietigd, HR 21 maart 1986, NJ 1986, 588.

ter toegepast is of kan worden daar het van rechtswege werkt. Het verzoek strekt er in wezen dan ook toe dat de rechter bepaalt dat genoemd artikel in het onderhavige geval niet van toepassing is. Indien art. 287 lid 1 Boek 1 BW niet van toepassing zou zijn, zou daarmee niet van rechtswege de toestand ontstaan dat beide verzoekers te zamen de ouderlijke macht uitoefenen.... De rechtbank zou derhalve in dit geval een niet bij de wet voorziene vorm van ouderlijke macht moeten vaststellen. (80)

Ook de Rechtbank in Utrecht wijst een dergelijk verzoek af, daar – nu de ouders niet getrouwd zijn – er geen plaats is voor analogische toepassing van de uitspraak van de Hoge Raad. De wetgever zal dienen vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden de juridische relatie tussen ongehuwde ouders en hun kinderen op analoge wijze moet worden geregeld als de relatie tussen gehuwde ouders en hun kinderen. Tegen deze beschikking van de Rechtbank te Utrecht is een verzoek tot cassatie ingediend, waarmee de vraag aan de Hoge Raad wordt voorgelegd ‘of naar Nederlands recht, zoals dat tegen de achtergrond van de art. 8 en 14 EVRM valt te verstaan, ouderlijke macht kan toekomen aan ouders die weliswaar tot hun minderjarige kinderen in familierechtelijke betrekking staan, maar niet of niet meer met elkaar zijn gehuwd’. (81)

De Hoge Raad overweegt dat onder de huidige maatschappelijke omstandigheden en opvattingen de vooronderstelling die ten grondslag heeft gelegen aan de wet van 1901, dat er uitsluitend binnen een huwelijk tussen ouders een zodanige goede verstandhouding bestaat dat zij beiden in staat zijn hun invloed te doen gelden, onderling overleg te plegen en elkaar te controleren, niet meer opgaat. Hij komt hierna aan het einde van 3.2 gemakkelijk tot de voorlopige slotsom: ‘dat een bevestigende beantwoording van de onder 3.1 geformuleerde vraag met het wettelijk stelsel niet onverenigbaar is.’

Bij de beantwoording van die vraag acht de Hoge Raad het voorts van belang dat, ‘zoals besloten ligt in het arrest van de Hoge Raad van 4 mei 1984, ouderlijke macht – de uitoefening van het gezag door vader en moeder gezamenlijk – behoort tot de door art. 8 EVRM beschermde rechten welke uit het “gezinsleven” tussen ouders en kinderen voor elk hunner voortvloeien. Dit is daarom van

(80) Rb. Arnhem 19 aug. 1985, NJ 1986, 15.

(81) HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585 (3.1).

belang, omdat deze verdragsbepaling gelijkelijk geldt voor de wettige en de natuurlijke familie.'

Er is sprake van een ongerechtvaardigd onderscheid tussen gehuwde en ongehuwde ouders die in familierechtelijke betrekking tot hun kind staan en tussen wie de goede onderlinge verstandhouding bestaat die voor een gezamenlijke uitoefening van het gezag is vereist, hetgeen tot een wetsuitleg noopt waarin geen onderscheid in voormelde zin wordt gemaakt.

'Voor die uitleg pleit voorts ook dat in alle voormelde gevallen beide ouders tot het kind in familierechtelijke betrekking staan, hetgeen enerzijds de verwachting rechtvaardigt dat de relatie met beide ouders, ook al zijn zij niet gehuwd, duurzaam zal zijn en anderzijds waarborgt dat het hier gaat om gevallen van ouderschap die voldoende scherp omlind kunnen worden om deze uit een oogpunt van over het kind uit te oefenen gezag in de voormelde omstandigheden met het ouderschap van gehuwden gelijk te kunnen stellen zonder dat de rechtszekerheid in het gedrang komt.' (3.3)

Deze uitleg is bepaald niet conform die van de Europese Commissie, die twee jaar eerder naar aanleiding van een klacht van ongehuwde ouders die geen gezamenlijk gezag konden krijgen, overwoog: 'article 8 protects the illegitimate family. Nevertheless, by virtue of Article 12 of the Convention, the family based on marriage enjoys greater protection. Therefore, special legislation concerning children born out of wedlock can be justified, particularly in the interests of these children. In respect of an unmarried couple living together, the award of care and custody exclusively to the mother, in practice, entails few inconveniences.' En betreffende art. 14 jo. art. 8 EVRM: 'It is not discriminatory to pass special legislation concerning care and custody of children born out of wedlock, such legislation is justified by the greater difficulties met by these children if the relationship of their unmarried parents ends.' (82)

De Hoge Raad stelt vervolgens dat een bedoeld verzoek tot het geven van een beschikking waarbij niet met elkaar gehuwde ouders worden bekleed met de ouderlijke macht, gericht moet worden tot de kantonrechter en dat dit verzoek, dat door elk der ouders kan worden ingediend, 'slechts kan worden toegewezen indien: a. beide ouders tot het kind in familierechtelijke betrekking staan en tot uitoefening van het

(82) ECRM 15 maart 1984, nr. 9639/82, D&R 36, p. 130, en gelijkluidend ECRM 15 maart 1984, nr. 9519/81, niet gepubliceerd.

gezag over dit kind bevoegd zijn; *b.* blijkt dat beide ouders wensen met de ouderlijke macht te worden bekleed; *c.* aannemelijk is dat tussen de ouders de goede onderlinge verstandhouding bestaat die vereist is voor gezamenlijke uitoefening van het gezag, alsmede voor het in onderling overleg voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind en *d.* het belang van het kind zich niet daartegen verzet.' De toewijzing van een dergelijk verzoek zal in het voogdijregister aangetekend moeten worden.

Hiermee heeft de Hoge Raad dus een oplossing gegeven voor de situatie van een ongehuwd ouderpaar die het meest overeenkomt met die van gehuwde ouders en waarvan dan ook vaak wordt gezegd dat zij leven 'als waren zij gehuwd'. Eén van de vragen die deze uitspraak oproept, is derhalve waarom aan ongehuwden die althans als zodanig geregistreerd staan, niet van rechtswege de ouderlijke macht toegekend wordt; een belangrijke vraag, omdat hiermee de legitimatie van overheidsbemoeienis met het gezinsleven van ongehuwde ouders aan de orde is.

Familierechtelijke betrekking als voorwaarde

Voorts heeft deze uitspraak het discussiepunt opgeworpen of het gerechtvaardigd is dat alleen ouders die in familierechtelijke betrekking tot hun kind staan, bedoeld verzoek kunnen indienen. Het was dan ook te verwachten dat ook deze uitspraak weer nieuwe procedures zou uitlokken.

Uit een verzoek aan de Kantonrechter te Amsterdam bleek dat een vader met instemming van de moeder wel tot erkenning over wilde gaan indien dat niet van rechtswege naamswijziging zou opleveren. Daar de ouders gegronde redenen hadden om deze naamswijziging bezwaarlijk te achten, vroegen zij om gezamenlijk gezag zonder dat de man in familierechtelijke betrekking tot het kind staat, een verzoek dat door de kantonrechter werd afgewezen. De rechtbank overwoog echter dat de situatie van ouderschap van een tot erkenning bevoegde vader duidelijk kan worden onderscheiden van andere situaties van sociaal ouderschap waarin die bevoegdheid niet bestaat en waarin omtrent het vestigen van ouderlijke macht (nog) geen communis opinio bestaat. De rechtbank concludeert dat afwijzing 'enkel op grond dat het kind niet door de vader is erkend, een niet te rechtvaardigen en derhalve met art. 14 EVRM strijdig onderscheid oplevert tussen overigens in gelijke omstandigheden verkerende onge-

huwde ouders in hun gezagsrelatie tot hun kinderen'. (83)

Met deze uitspraak werd de deur opengezet voor al die ouders die wel in familierechtelijke betrekking konden komen te staan, maar dat om hen moverende redenen niet wilden. In het belang der wet werd deze beschikking derhalve ter cassatie voorgedragen en vernietigd. De Hoge Raad houdt vast aan de voorwaarde gesteld in zijn arrest van 21 maart 1986, dat beide ouders tot het kind in familierechtelijke betrekking tot het kind staan, omdat aldus een met de art. 8 en 14 EVRM strokend stelsel wordt verkregen, de relatie naar verwachting duurzaam zal zijn en de rechtszekerheid niet in het gedrang komt. (84)

In een zaak waarbij een ouder een kind wel wil erkennen maar dat niet mogelijk was volgens de nationale wet van de betrokken man, overwoog de Kantonrechter te Haarlem dat 'deze niet-erkenning niet aan verzoeker kan worden verweten nu de reden daarvan buiten de wil van verzoeker is gelegen'. Gelet op de omstandigheid dat het vaderschap van dit kind ten volle was aanvaard, de relatie van het kind met beide ouders naar verwachting duurzaam zou zijn en het ouderschap voldoende duidelijk gelijkenis vertoonde met het ouderschap van gehuwden, werd het verzoek ingewilligd. (85)

Ten slotte werd bij de Kantonrechter te Nijmegen een verzoek door twee vrouwen ingediend om met de ouderlijke macht te worden belast. Het betrof de juridische moeder van het kind en haar partner, die het kind zou willen erkennen of het ouderschap zou willen aanvaarden, hetgeen de wet niet mogelijk maakt. Nadat de kantonrechter het verzoek had afgewezen en de rechtbank hen niet-ontvankelijk verklaarde, (86) werd de zaak in cassatie aan de Hoge Raad voorgelegd. In het cassatiemiddel wordt als vraag geformuleerd waarom gezag in de vorm van ouderlijke macht hun categorisch moet worden onthouden, daar hun verzoek slechts afgewezen dient te worden indien art. 8 lid 2 EVRM zich daartegen verzet, hetgeen de rechtbank niet, althans onvoldoende, onderzocht en gemotiveerd heeft. Voorts heeft de rechtbank een ongerechtvaardigd, niet op objectieve en redelijke gronden berustend, onderscheid aanvaard tussen ouders die wel en ouders die niet allebei een familierechtelijke betrekking met een kind hebben; voorts een onderscheid tussen natuurlijke kinde-

(83) Rb. Amsterdam 4 mei 1987, NJ 1987, 842, evenzo Rb. Amsterdam 4 mei 1988, NJ 1989, 483.

(84) HR 24 febr. 1989, NJ 1989, 742.

(85) Ktg. Haarlem 19 mei 1988, nr. 876/87, niet gepubliceerd.

(86) Rb. Arnhem 25 febr. 1988, Praktijkgids 1988, nr. 2888, p. 329.

ren, al naar gelang ze geboren zijn uit ouders van de eerste of de tweede categorie.

De Hoge Raad komt zonder veel woorden tot verwerping van het ingestelde cassatieberoep, (87) met dezelfde overweging als in de genoemde zaak waarin de man niet in familierechtelijke betrekkingen tot zijn kind stond vanwege het daaraan gekoppelde rechtsgevolg van naamswijziging – een zaak die op dezelfde dag diende – en waarin het staan in familierechtelijke betrekking tot het kind als een absolute voorwaarde om met gezag bekleed te kunnen worden, wordt gehandhaafd op grond van een te verwachten duurzame relatie en ter wille van de rechtszekerheid.

Dat de relatie tussen twee vrouwen minder duurzaam zou zijn dan een relatie tussen een moeder en een juridische vader, is een onbewezen en vrij zeker ook niet te bewijzen stelling. De duurzaamheid van de relatie tussen de partners en het kind zou in beginsel ook door feitelijke omstandigheden en niet alleen door wettelijke regels kunnen worden bepaald. (88) Evenmin kan het argument dat de rechtszekerheid vraagt om familierechtelijke betrekkingen die het ouderschap voldoende scherp omlijnen, als voorwaarde voor gezagsbekleding standhouden, daar gezagsverkrijging in een voor ieder toegankelijk register wordt aangetekend. Wel wordt met deze eis een onderscheid in stand gehouden tussen kinderen die al dan niet onder de bescherming van gezamenlijk ouderlijk gezag kunnen komen te staan. Nu de ouderlijke macht volgens de Hoge Raad valt onder de bescherming van art. 8 EVRM, zal weigering deze toe te kennen moeten voldoen aan de eisen van lid 2 van art. 8 en ook aan art. 14 EVRM. In ieder geval is niet vol te houden dat de rechten van anderen, in casu die van het kind, deze afwijzing rechtvaardigen. Inmiddels is de zaak voorgelegd aan de Europese Commissie.

Wetgeving met betrekking tot gezagsvoorziening

In het wetsvoorstel Nadere regeling van de ouderlijke zorg voor minderjarige kinderen en van de omgang van 1986 wordt, in aansluiting op het arrest van de Hoge Raad van 4 mei 1984, in art. 246 lid 3 Boek 1 BW voorgesteld dat de ouders op hun eensluidend verzoek na ontbinding van het huwelijk of na scheiding van tafel en bed gezamenlijk

(87) HR 24 febr. 1989, NJ 1989, 741.

(88) Zie de noot van Alkema onder HR 24 febr. 1989, NJ 1989, 742, p. 2845 l.k.

belast kunnen blijven met het gezag over hun minderjarige kinderen en dat dit verzoek slechts afgewezen wordt indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind worden verwaarloosd. Uitgangspunt is dus dat de gezamenlijke ouderlijke macht bij echtscheiding gecontinueerd wordt – tenzij er redenen zijn om te vrezen voor de belangen van het kind – , maar dat deze continuering door een rechterlijke beschikking bevestigd moet worden. Dit betekent, dat wanneer ouders geen gezamenlijk of eensluidend verzoek indienen, de rechter ambtshalve één van hen met het gezag zal dienen te belasten.

Nu gekozen is voor continuering van de ouderlijke macht op een gezamenlijk verzoek tenzij er redenen zijn om dat niet te doen, blijft het een vraag waarom dan niet gekozen is voor een van rechtswege continueren van de ouderlijke macht totdat één van de ouders meent dat er geen sprake meer is van een zinvol overleg op grond van een onderling goede verstandhouding, zodat er in een eenhoofdig gezag voorzien moet worden.

In het wetsvoorstel wordt voorts niet duidelijk gemaakt wat dit gezamenlijk gezag nu in feite inhoudt. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat het gezamenlijk gezag na echtscheiding niet impliceert 'dat het kind bij beide ouders (afwisselend) verblijft en dat er over zaken als omgang of alimentatie geen meningsverschillen kunnen zijn'. Binnen het gezamenlijk gezag wordt expliciet de mogelijkheid geboden om zowel een omgangsregeling als een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding te doen vaststellen. Daarnaast wordt gesteld dat de voortzetting door beide ouders van het gezag, alleen zin heeft 'als zij ook inderdaad beiden bij de praktische verzorging en opvoeding van het kind betrokken zijn en te zamen belangrijke beslissingen inzake de verzorging en opvoeding van het kind kunnen en zullen nemen'.

Geschillen tussen ouders kunnen evenals gedurende het huwelijk (thans art. 246 lid 2) op verzoek van beiden of van één van hen aan de rechtbank worden voorgelegd, die, alvorens te beslissen, een vergelijk tussen de ouders beproeft. Zij neemt een zodanige beslissing als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt (art. 246 d), wat een eigen oplossing kan inhouden, waarmee de rechtbank – in casu de kinderrechter – in vergaande mate als parens patria kan optreden en zich met gezinsconflicten kan bemoeien.

Met deze conflictregeling, die met deze bepaling dus ook toepasselijk wordt voor gescheiden ouders, is een overheidsbemoeienis mogelijk

gemaakt die een inmenging kan inhouden in het recht van beide ouders op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven, wat nog ernstiger is nu er geen beroep tegen open staat. (89)

Voor ongehuwden geldt art. 246a, waarvan het eerste lid bepaalt dat ouders die niet met elkaar zijn gehuwd noch met elkaar gehuwd zijn geweest en die nimmer gezamenlijk het gezag over hun minderjarige kinderen hebben gehad, dit gezamenlijk gezag toekomt indien op hun beider verzoek het voornemen daartoe in het in art. 244 Boek 1 BW bedoelde register is aangetekend. In afwijking van het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 1986 betreffende ouderlijk gezag aan ongehuwden, wordt door de regering dus geen rechterlijke beschikking vereist, maar is het voldoende wanneer ouders hun voornemen daartoe in het voogdijregister doen aantekenen. Deze eenvoudige procedure is gekozen om zo min mogelijk verschil te maken met de gezagsverkrijging binnen het huwelijk. Dit wil dus zeggen dat er geen rechterlijke toetsing vereist is bij het verkrijgen van het gezamenlijk gezag buiten huwelijk, maar wel voor continuering na echtscheiding.

Rechtspraak met betrekking tot gezagswijziging

Gezag aan anderen dan aan juridische ouders

In de uitspraken betreffende gezagsregelingen blijkt duidelijk de invloed van het Marckx-arrest, waarin het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen als ongerechtvaardigd werd aangemerkt. In 1980 werd aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd of voor de toepassing van art. 959 Rv de zuster van de moeder van een minderjarig kind als bloedverwante van dat kind moet worden beschouwd, ook als het kind een natuurlijk kind van de moeder is. De Hoge Raad overwoog dat de opvattingen over de vraag of het gerechtvaardigd is aan het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen belangrijke rechtsgevolgen te verbinden, in recente tijd sterke wijzigingen hebben ondergaan, zoals blijkt uit de uitspraak van het Europese Hof van 13 juli 1979, gewezen in de zaak Marckx met betrekking tot de uitleg van art. 8 jo. 14 EVRM. Voor de vraag waar het in deze om gaat, staan de eisen van rechtszekerheid er niet aan in de weg om ook voor lopende procedures reeds thans als geldend Nederlands recht aan te

(89) Bevestigd door HR 24 april 1987, NJ 1987, 627.

nemen dat op dit punt geen onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen mag worden gemaakt. (90)

Inmiddels is er geen twijfel meer over mogelijk of een onwettig kind dat door geboorte in familierechtelijke betrekkingen tot zijn moeder en door erkenning tot zijn vader komt te staan, daarmee tevens in familierechtelijke betrekkingen tot haar en zijn bloedverwanten staat.

(91)

Voorts kreeg de Hoge Raad een zaak ter behandeling, waarin een na echtscheiding tot voogdes over haar minderjarig kind benoemde moeder komt te overlijden, waarna de vader verzoekt hem tot voogd te benoemen in plaats van een door de moeder bij testament benoemde voogdes. De Hoge Raad overweegt dat art. 8 EVRM niet meebrengt dat een overlevende ouder die niet met het gezag over zijn kind was belast, er aanspraak op kan maken met dat gezag te worden belast, indien daardoor – gelijk te dezen door het hof aangenomen – het belang van het kind zou worden geschaad. 'Een zodanige aanspraak wel aan bedoelde ouder toe te kennen, zou in strijd komen met de rechten die het kind aan genoemd verdragsartikel kan ontlelen.'

(92) In dit arrest wordt dus de prioriteit van de oorspronkelijke vader boven derden opzij gezet door de rechten van het desbetreffende kind.

Gezag aan vader of moeder

Een volgende zaak waar de Hoge Raad over te oordelen kreeg, betrof een verzoek van de vader van een door hem erkend natuurlijk kind waarover de moeder voogdes was, hem tot voogd te benoemen. De Hoge Raad stelt dat er geen reden bestaat om in de gevallen waarin bij de beslissing ter zake van de voogdij over een kind een keuze moet worden gemaakt tussen de vader en de moeder, die keuze van verschillende criteria te laten afhangen, al naar het om een wettig dan wel om een natuurlijk erkend kind gaat. Ook als de belangenbehartiging bij de moeder niet minder is dan naar redelijkheid mag worden verwacht, zal de rechter moeten onderzoeken of het belang van het kind er niet mee gediend zou zijn de voogdij aan de vader over te dragen. In beide gevallen zal de rechter bij de beoordeling van het belang

(90) HR 18 jan. 1980, NJ 1980, 463.

(91) Wet van 27 okt. 1982 tot wegneming van het onderscheid tussen wettige en natuurlijke afstamming in het erfrecht, Stb. 608.

(92) HR 23 maart 1984, NJ 1984, 456.

van het kind tevens rekening moeten houden met mogelijke nadelen die voor het kind verbonden zijn aan het enkele feit van een verandering van de voogdij. (93)

De man echter die wel de biologische vader van het kind is maar het niet heeft erkend en ook niet heeft kunnen erkennen, daar de moeder geen toestemming daartoe heeft gegeven, wordt zowel door de kantontrechter als door de rechtbank in hoger beroep niet ontvankelijk verklaard. In het cassatiemiddel stelt de man dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat er tussen hem en het kind geen sprake was van gezinsleven en aan art. 288 Boek I BW een (uitleg en) toepassing geeft die niet verenigbaar is met de in de art. 8 en 14 EVRM gewaarborgde rechten. Het uitgangspunt dient te zijn dat ieder van wie op grond van de feiten moet worden aangenomen dat hij met een kind een gezinsleven heeft of heeft gehad, in beginsel het recht toekomt de voogdij over dit kind uit te oefenen en zich (derhalve) tot de rechter moet kunnen wenden met het verzoek tot voogd over het kind te worden benoemd.

De Hoge Raad stelt voorop dat krachtens art. 288 lid I Boek I BW alleen de vader tot wie een natuurlijk kind in familierechtelijke betrekking staat, een dergelijk verzoek kan indienen; een eis die past in het stelsel zoals zich dat sedert de wet van 6 februari 1901 in wet en jurisprudentie heeft ontwikkeld. Voorts wordt deze eis op dezelfde wijze gerechtvaardigd als in het arrest betreffende gezamenlijk gezag aan ongehuwden van 21 maart 1986, namelijk vanwege de te verwachten duurzame relatie en de rechtszekerheid. Ten slotte overweegt de Hoge Raad dat het EVRM er niet toe dwingt anderen op grond van de enkele omstandigheid dat er, zoals bij de biologische vader het geval is, met het kind een als gezinsleven aan te merken betrekking bestaat, op gelijke voet als de vader tot wie het kind in familierechtelijke betrekking staat, ontvankelijk te oordelen in een voogdijverzoek en verwerpt het beroep. (94)

Alkema vraagt zich in zijn noot onder dit arrest af of deze uitleg van art. 288 Boek I BW, waarbij niet-erkennende vaders categorisch worden uitgesloten, zich laat voegen in de uitzonderingen van art. 8 lid 2 EVRM, nu erkenning buiten de wil van de man achterwege moest blijven en niet aangetoond is dat de toestemming om te erkennen niet op onredelijke gronden is geweigerd. Daartegenover is de tweede an-

(93) HR 13 febr. 1981, NJ 1981, 237, evenzo HR 8 jan. 1988, NJ 1988, 857.

(94) HR 12 juni 1987, NJ 1987, 98.

notator Luijten verheugd dat de Hoge Raad in dit arrest heeft doen blijken grenzen te willen trekken. Er lijkt toch wel enige reden om met Alkema deze uitspraak kritisch te bezien, nu hier wel een beroep wordt gedaan op de wet van 1901, terwijl die in de uitspraak van 21 maart 1986 betreffende gezamenlijk gezag aan ongehouden vanwege gewijzigde maatschappelijke omstandigheden en opvattingen, door de Hoge Raad achterhaald werd geacht. Waarom wordt art. 288 in het licht van art. 8 EVRM niet buiten toepassing geplaatst of extensief geïnterpreteerd, zoals dat gebeurde met art. 161 lid 1 in het arrest van 4 mei 1984 en later in het geval van toestemmingsvereiste van de moeder bij erkenning met art. 224 lid 1d in het arrest van 8 april 1988?

Ontslag van het ouderlijk gezag

Terwijl het in bovengenoemde zaken steeds ging om verzoeken om met het gezag belast te worden, gaat het in een volgende zaak juist om de vraag hoe een ouder die in familierechtelijke betrekking tot zijn kind staat, daar van af kan komen.

Een moeder die na echtscheiding tot voogdes over haar kinderen benoemd was, werd door de Rechtbank te Zutphen niet ontvangen in haar verzoek om haar zuster, die al jaren voor haar kinderen zorgt, in haar plaats tot voogdes te benoemen. Het hof daarentegen overweegt dat ook na echtscheiding de rechten van de ouders niet verder behoren te worden beperkt dan uit de aard van de ontbinding van het huwelijk voortvloeit, zodat art. 162 Boek 1 BW in het licht van art. 6 jo. art. 13 en art. 8 EVRM zo opgevat dient te worden, dat in geval van wijziging van omstandigheden aan die bepaling de bevoegdheid ontleend kan worden wijziging van de voogdij te verzoeken, ook indien dat inhoudt dat een derde tot voogdes zal worden benoemd. (95)

Duidelijk blijkt uit deze zaak hoe problematisch het kan zijn dat ouder-voogden zich niet van de voogdij kunnen doen ontslaan ten gunste van een derde, hetgeen voor derden-voogden wel mogelijk is (art. 322 Boek 1 BW). Evenmin kan een ouder (voogd) zelf een verzoek indienen om van het gezag ontheven te worden; daarvoor moet de raad voor de kindbescherming ingeschakeld worden, wat als een niet te rechtvaardigen inbreuk op het privé- en gezinsleven gezien kan worden. De uitweg die het hof gevonden heeft door middel van

(95) Hof Arnhem 6 sept. 1988, rek.nr. 14/88, besproken door Doek in FJR 10 (1988) 7, p. 168, en FJR 11 (1989) 5, p. 117; en door Wortmann in NJCM-bull. 14 (1989) 4, p. 434.

een extensieve interpretatie van art. 162 Boek 1 BW, kan de moeder deze vernedering gelukkig besparen.

Gezag aan verzorgende of juridische ouder

Zoals in de inleiding op deze paragraaf reeds werd vermeld, heeft de ouder die in familierechtelijke betrekking tot zijn kind staat ook voorrang indien het gezag bij een derde berust, een regeling die echter in de jurisprudentie gerelativeerd is. De Hoge Raad overweegt dat ten aanzien van een verzoek van de moeder ex art. 287 lid 5 Boek 1 BW om met het gezag over het kind te worden belast, onder het criterium 'de gegronde vrees voor verwaarlozing van de belangen van het kind' niet alleen begrepen moet worden de gegronde vrees dat de moeder na tot voogdes te zijn benoemd in haar zorg voor het kind te kort zou schieten, maar ook moet worden verstaan de vrees dat het kind niet de overgang zal kunnen verwerken van een gezin waar het sedert kort na de geboorte is verzorgd en opgevoed, naar de omgeving van de moeder, met wie tot dusver contact heeft ontbroken. (96)

Vanzelfsprekend is het in procedures waar de oorspronkelijke ouders of alleen een ongehuwde moeder een verzoek tot voogdijwijziging indienen en daarmee in de meeste gevallen de teruggave van hun kind opeisen van pleegouders die daar soms jarenlang voor gezorgd hebben, buitengewoon moeilijk om het Salomonsoordeel uit te spreken. Art. 8 EVRM biedt hier nauwelijks een richtlijn voor, daar beide ouderparen een beroep zullen doen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven, zij het op verschillende gronden, namelijk gezinsleven op grond van bloedverwantschap tegenover gezinsleven op grond van een feitelijke verzorgings- en opvoedingsrelatie. Ook het recht dat het desbetreffende kind aan art. 8 kan ontleen, kan op zichzelf geen criterium zijn, daar ook hier geldt dat het recht van het kind op beide gezinslevens betrekking heeft en het de vraag blijft welk gezinsleven moet prevaleren.

In 1978 kreeg de Europese Commissie een klacht te behandelen van een pleegmoeder over schending van art. 8 EVRM, nu de voogdij aan de ouders was opgedragen. De Europese Commissie heeft geen uitspraak gedaan over de vraag of de relatie tussen pleegouder en kind 'family life' constitueert. Wel werd geconstateerd dat de scheiding 'undoubtedly affects her "private life", the respect for which is also guaranteed by art. 8'. Echter de inbreuk 'must be considered as

(96) HR 25 april 1975, NJ 1976, 268.

a measure necessary for the protection of the health (understood in a wide sense) of the child and of his rights and freedoms' en leverde op grond van het tweede lid geen strijd op. (97) Hiermee is de vraag of het samenlevingsverband tussen pleegouder en kind onder de beschermingsomvang van art. 8 valt, positief beantwoord. (98)

In de conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 30 november 1984 wordt er eveneens van uitgegaan dat dit samenlevingsverband vervat is in het begrip 'family life': 'de term heeft niet (alleen) betrekking op juridische familiebetrekkingen, maar op de feitelijke situatie van hen die gezamenlijk een gezin vormen'. 'En als pleegouders recht hebben op bescherming van hun gezinsleven samen met hun pleegkind, dan behoort hun eveneens toe te komen het recht van toegang tot de rechter.' Voorts komt het de advocaat-generaal ongerijmd voor, dat in art. 945 lid 3 Rv alleen aan de ouders de mogelijkheid van hoger beroep wordt gegeven tegen een beschikking tot uithuisplaatsing (art. 263 lid 1 Boek 1 BW) en niet aan pleegouders wanneer een kind uit hun gezin wordt geplaatst, zeker wanneer zij zoals in casu met succes het blokkaderecht hebben uitgeoefend en de blokkade nog gold (art. 246 a lid 3 Boek 1 BW).

In navolging van de advocaat-generaal overweegt de Hoge Raad dat art. 945 lid 3 jo. art. 910 lid 1 in die zin moet worden geïnterpreteerd dat ook aan pleegouders het recht van hoger beroep toegekend wordt. (99)

Ook in andere zaken blijkt hoe zwak de positie van pleegouders nog is ondanks de wet van 1978 en hoe weinig hun recht op eerbiediging van hun gezinsleven, dat in principe wel erkend wordt, in feite gehonoreerd kan worden.

Een volgende zaak betrof de ontvankelijkheid van een verzoek van een pleegmoeder tot voogdijwijziging, terwijl de voogdij bij een derde berustte. Nadat de rechtbank de pleegmoeder in haar verzoek niet had ontvangen vanwege het feit dat niet voldaan was aan de in art. 299a Boek 1 BW vereiste verzorgingstermijn van een jaar, heeft het hof het verzoek wel ontvankelijk geoordeeld op grond van een op de strekking van art. 299a, mede gelet op art. 8 lid 1 EVRM, gebaseerde redelijke uitleg van dat artikel.

(97) ECRM 10 juli 1978, Applic. nr. 8257/78, X v. Switzerland, D&R 13 (1979) p. 253.

(98) P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, De Europese Conventie in theorie en praktijk, 2e dr., 1982, p. 332, en E.A. Alkema, Studies over Europese Grondrechten, 1978, p. 74.

(99) HR 30 nov. 1984, NJ 1985, 376; vgl. HR 18 jan. 1980, NJ 1980, 463.

De Hoge Raad overweegt dat weliswaar tussen pleegmoeder en pleegkind betrekkingen zijn ontstaan die gezinsleven in de zin van art. 8 lid 1 opleveren, maar – anders dan het hof en dan de advocaat-generaal – dat de inmenging in dit gezinsleven bij de wet is voorzien en niet kan worden gezegd dat een strikte uitleg van art. 299a de grenzen te buiten gaat van wat in een democratische samenleving nodig mag worden gezacht voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en deze beperkende regeling zich dus laat voegen in de uitzonderingen van het tweede lid van art. 8 EVRM. (100)

In een laatste zaak blijkt hoe pijnlijk en onterecht het is dat voor pleegouders geen beroep mogelijk is (art. 955e Rv), wanneer hun blokkade niet wordt gehonoreerd en de oorspronkelijke ouders dus gerechtigd zijn tot het wijzigen van de verblijfplaats van het desbetreffende kind.

Behalve dat pleegouders in casu afgifte overeenkomstig de beschikking geweigerd hebben en een kort geding betreffende de tenuitvoerlegging aan deze beschikking hebben aangespannen, (101) hebben zij – hoewel de voogdij dus niet bij een derde maar bij de moeder berustte – een verzoek tot voogdiwijziging ex art. 299a Boek 1 BW ingediend en zich beroepen op art. 8, 6 en 14 EVRM en een gedragsconforme uitleg van art. 299a. Het verzoek werd in drie instanties niet ontvankelijk verklaard.

Ook hier wordt door de Hoge Raad overwogen dat er tussen pleegouders en pleegkind wel een gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM bestaat, maar dat de op grond van de wet van 1978 mogelijke inbreuken op het recht op voormeld gezinsleven moeten worden gezien als een inmenging in de zin van het tweede lid van art. 8 EVRM. (102) Vreemd blijft dat de Hoge Raad in dit geval niet over wilde gaan tot een verdragsconforme uitleg van art. 299a Boek 1 BW, maar 'ondanks de letter van art. 245 lid 2 Boek 1 BW' wel aanneemt dat een ondertoezichtstelling door pleegouders kan worden verzocht met het oog op de bescherming van het gezinsleven met het kind.

(100) HR 6 nov. 1987, NJ 1988, 829.

(101) Rb. Assen 9 jan. 1987, KG 1987, 51.

(102) HR 10 maart 1989, RvdW 1989, 83; eerder Hof Leeuwarden 30 maart 1988, NJ 1989, 356.

Allereerst heeft de Hoge Raad in zijn uitspraak van 4 mei 1984 aangenomen dat de ouderlijke macht behoort tot de door art. 8 EVRM beschermde rechten en dat beëindiging van die ouderlijke macht dus een inmenging in het gezinsleven oplevert, nadat het hof had overwogen dat van een inbreuk geen sprake was nu beide ouders feitelijk in de gelegenheid bleven om met hun kind een gezinsleven te onderhouden.

Pas in arresten van het Europese Hof van 1987 en 1988 (103) is, zoals verder nog uiteengezet zal worden, gesteld dat het ouderlijk gezag behoort tot de fundamentele elementen van het gezinsleven en dat inbreuk op dat ouderlijk gezag door de overheid dus een inbreuk op het gezinsleven als bedoeld in art. 8 EVRM impliceert.

Voor continuering van de ouderlijke macht heeft de Hoge Raad vier voorwaarden genoemd die de rechtbank zal moeten toetsen alvorens een beschikking te kunnen geven over het gezamenlijk continueren van dat gezag.

Het wetsvoorstel gaat nog iets verder door te zeggen dat de gezamenlijke ouderlijke macht op een eensluidend verzoek daartoe van de ouders door een rechterlijke beschikking gecontinueerd wordt, tenzij er redenen zijn om te vrezen voor de belangen van het kind.

Over de vraag of het de voorkeur verdient om de ouderlijke macht van rechtswege door te laten lopen totdat de ouders of één van hen ex art. 161 lid 3 Boek I BW een verzoek indienen tot beëindiging daarvan, danwel van hen te vragen een verzoek tot continuering in te dienen, lopen de opvattingen duidelijk uiteen. (104)

Principieel lijkt het gewenst de ouderlijke macht door te laten lopen, daar een echtscheiding een ontbinding van een overeenkomst tussen echtgenoten inhoudt, maar geen wezenlijke gevolgen behoeft te heb-

(103) EHRM 8 juli 1987 in de zaken W, B, R, O, H, v. UK, Publ. ECHR, Series A, Vol. 120/121, samengevat in NJ 1988, 828, en EHRM 28 okt. 1988 in de zaak Nielsen, Publ. ECHR, Series A Vol. 144, NJCM-bull. 14 (1989) 5, p. 597.

(104) J.C. Hudig, Gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding FJR 7 (1985) 4, p. 116 – 117; M.P.J.M. de Vet, Gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding, in: Ouderlijk gezag na echtscheiding, publikatie van de Nederlandse Gezinsraad, 1986, p. 39, en W. Hammerstein-Schoonderwoerd, Ouderlijke macht, zorg en voogdij, FJR 9 (1986) 6, p. 152, pleiten voor het van rechtswege continueren; anders C. van Wamelen, Ouderschap en ouderlijk gezag na scheiding, 1987, p. 397 e.v.

ben voor hun beider genegenheid, verantwoordelijkheidsgevoel voor en feitelijke betrokkenheid bij hun kinderen.

Ten aanzien van kinderen zelf verdient het eveneens in beginsel de voorkeur om de ouderlijke macht door te laten lopen, opdat niet één van beide ouders gediskwalificeerd behoeft te worden als ouder, er een verplichting tot overleg ten behoeve van de kinderen blijft bestaan, de kinderen minder van één ouder afhankelijk worden, er meer zekerheid en continuïteit geboden wordt wanneer één van beide ouders wegvalt en daarmee de rechten van kinderen op verzorging en opvoeding het meest gewaarborgd zijn.

Ook juridisch lijkt het een betere oplossing, daar een rechter in principe geen beslissingen moet nemen als hij niet daarom gevraagd wordt en de gegeven voorwaarden bovendien moeilijk te toetsen zijn. Indien een inbreuk niet noodzakelijk is, dient het gezinsleven tussen beide ouders en hun kinderen door de overheid gerespecteerd te worden.

In de derde plaats houdt een verplichte toetsing voor continuering van het gezamenlijk gezag voor gehuwden na echtscheiding een ongerechtvaardigd onderscheid in ten opzichte van de situatie van ongetrouwden die uiteen gaan en het gezamenlijk gezag kunnen continueren zonder dat daar een rechter aan te pas komt.

Dit neemt niet weg dat er in de praktijk weinig ex-echtgenoten zijn die hun kinderen voor lange tijd in goede onderlinge verstandhouding kunnen blijven verzorgen en opvoeden. Ook al is dat thans zo, dat wil niet zeggen dat het zo zal blijven en ouders zich niet meer bewust zullen worden van het feit dat zij gezamenlijk verantwoordelijk voor hun kinderen blijven.

Ook gezamenlijk gezag buiten een huwelijk is door de Hoge Raad mogelijk gemaakt en wel op dezelfde voorwaarden als voor continuering van de ouderlijke macht na echtscheiding. Alleen dient buiten huwelijk ook voldaan te zijn aan de eis dat beide ouders met het kind in familierechtelijke betrekkingen tot het kind staan, wat binnen een huwelijk een gegeven is wanneer althans het vaderschap van de man niet ontkend is. Over de redenering van de Hoge Raad om ook aan ongetrouwden reeds thans onder de huidige wet het gezamenlijk ouderlijk gezag toe te kennen, is al het nodige opgemerkt.

Geconcludeerd wordt dat de Hoge Raad wel erg ver, zo niet te ver, is gegaan met een 'verdragsconforme' uitleg en er met deze beschikking een niet bij de wet voorziene vorm van ouderlijke macht is vastgesteld. In ieder geval valt er iets af te dingen op de redenering dat gezamen-

lijke ouderlijke macht voor ongehuwden 'met het wettelijk stelsel niet onverenigbaar is'. Men heeft wel de weg van een verdragsconforme uitleg moeten bewandelen, daar het buiten toepassing laten van art. 287 lid 1 Boek 1 BW nog geen ouderlijke macht zou opleveren, zoals het buiten toepassing laten van art. 161 lid 1 de ouderlijke macht wel liet voortbestaan. Ook is met het toekennen van het gezamenlijk ouderlijk gezag aan ongehuwden het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden niet geheel opgeheven, daar de situatie voor het beëindigen van dit gezamenlijk gezag in beide gevallen niet dezelfde is. Wat de eis van familierechtelijke betrekkingen betreft, een eis die ook in het wetsvoorstel is opgenomen, dienen nog enige kanttekeningen gemaakt te worden.

In de eerste plaats lijkt de garantie die de Hoge Raad ziet in familierechtelijke betrekkingen voor de duurzaamheid van de relatie ver te zoeken (105) en kan de rechtszekerheid evenzeer gediend worden door een aantekening van het gezamenlijk gezag in het daarvoor bedoelde voogdijregister.

In de tweede plaats strookt deze uitspraak niet met de jurisprudentie van de Europese Commissie, die het aanvaardbaar acht dat er buiten huwelijk geen sprake kan zijn van gezamenlijk gezag en duidelijk heeft gesteld dat het Marckxarrest slechts betrekking heeft op afstamming en haar erfrechtelijke gevolgen en niet op andere familierechtelijke kwesties, zoals gezagsvoorziening.

In de derde plaats is de eis van het staan in familierechtelijke betrekking tot het kind als voorwaarde voor de ontvankelijkheid van een verzoek om een omgangsregeling te doen vaststellen, komen te vervallen, zoals hierna zal blijken, en dient duidelijk beargumenteerd te worden waarom deze voorwaarde in het licht van art. 8 EVRM essentieel blijft voor een verzoek om gezamenlijk met het gezag bekleed te worden. Dit geldt zowel een verzoek om gezamenlijk met het gezag bekleed te worden als een verzoek tot gezagswijziging. Voor een verzoek tot gezagswijziging wordt de eis overigens al niet meer in alle gevallen gesteld, nu sinds de wet van 1978 een pleegouder op grond van zijn feitelijk gezinsleven ex art. 299a Boek 1 BW om voogdijwijziging kan vragen, wanneer het gezag althans niet meer bij de ouders of één ouder berust.

In de vierde plaats lijkt de eis van familierechtelijke betrekkingen niet

(105) Zie ook A.A.L. Minkenhof, Over het voorontwerp afstammingsrecht; Terug naar de waarheid, NJB 1982, p. 828.

overeen te komen met de hedendaagse maatschappelijke omstandigheden en opvattingen, daar verzorgende ouders zich vaak met meer recht op een feitelijk gezinsleven kunnen beroepen dan juridische ouders. De eis van familierechtelijke betrekkingen betekent bijvoorbeeld dat verkrijging van gezamenlijk gezag niet mogelijk is voor echtgenoten en hun nieuwe partner ten aanzien van wettige kinderen uit een óf door echtscheiding óf door overlijden ontbonden huwelijk. Deze ouders hebben thans alleen de mogelijkheid om met de ouderlijke macht bekleed te worden indien zij huwen en een verzoek indienen tot stiefouderadoptie. Het feit dat zij daarvoor een huwelijk dienen aan te gaan, levert een verschil tussen gehuwden en ongehuwden op dat op grond van art. 8 jo. 14 EVRM niet vol te houden is. En ook als deze ouders tot een huwelijk overgaan, lopen zij het risico door tegenspraak van de wettige ouder niet tot stiefouderadoptie te kunnen komen. Zij zullen ook dan geen gezamenlijk gezag kunnen verkrijgen zolang familierechtelijke betrekkingen vereist zijn.

In aanmerking komen evenmin pleegouders waarvan één van beiden eventueel al jaren met de voogdij belast is, maar die om welke reden dan ook – bijvoorbeeld vanwege een te groot of te klein leeftijdsverschil van één der pleegouders met het kind – niet tot adoptie over kunnen gaan. Het is nauwelijks aanvaardbaar dat in deze doorgaans vrij bestendige opvoedingssituaties gezamenlijk ouderlijk gezag niet mogelijk is. 'Wanneer het "family life" door bestendigheid en afspraken vaste vorm heeft gekregen en aan juridisch gehalte wint, zal een verzoek om ouderlijke macht niet altijd kunnen worden afgewezen.' (106)

Evenmin lijkt er een reden aanwezig om een ongehuwde moeder met een gehuwde man die thans niet tot erkenning kan overgaan, uit te sluiten.

Ook is het moeilijk vol te houden dat verkrijging van gezamenlijk gezag voor een verzorgend paar van hetzelfde geslacht niet mogelijk zou zijn; een beroep op art. 8 jo. 14 EVRM ligt hier voor de hand, zoals dus al gedaan is.

Naast deze verschillende situaties waarin ouders niet in familierechtelijke betrekking kunnen komen te staan, is het ook denkbaar en in de jurisprudentie al aangetoond dat zij dat om zeer respectabele redenen niet wensen. Mogelijke redenen kunnen zijn dat de man niet tot erkenning over wil gaan in strijd met de biologische waarheid; het

(106) Aldus Alkema in zijn noot onder HR 24 febr. 1989, NJ 1989, 742, p. 2846 r.k.

kan eveneens zijn dat de man of de beide ouders bezwaren hebben tegen de rechtsgevolgen die thans automatisch aan de erkenning verbonden zijn.

Het lijkt aldus dat met bedoelde voorwaarde voor ongehuwden om met het gezamenlijk gezag bekleed te worden, een niet te rechtvaardigen onderscheid is gemaakt tussen ouders die al dan niet in familierechtelijke betrekking tot hun kind staan. Dit kan zowel betrekking hebben op de biologische ouders die niet in familierechtelijke betrekking met hun kind kunnen of willen komen te staan, als op verzorgende ouders voor wie dit onmogelijk is, terwijl zij op grond van art. 8 EVRM eerder in aanmerking dienen te komen om met dit gezamenlijk gezag bekleed te worden dan juridische ouders. Door onthouding van gezamenlijk gezag aan bepaalde categorieën ouders die zich in feite verantwoordelijk stellen voor hun kinderen, worden ten slotte ook de rechten van deze kinderen op continue verzorging en opvoeding onvoldoende gewaarborgd, wat eveneens een ongerechtvaardigd onderscheid oplevert tussen kinderen met al dan niet twee juridische ouders.

Ook al is de positie van pleegouders verbeterd sinds hun een blokkaderecht is toegekend – eventueel gevolgd door een verzoek tot gedwongen ontheffing van de juridische ouders – en hun de mogelijkheid is geboden om zelf om de voogdij te vragen wanneer het gezag aan een derde is opgedragen, in verhouding tot de positie van juridische ouders kan nog lang niet van gelijkwaardigheid gesproken worden.

Wat de positie van pleegouders betreft, kan het volgende geconcludeerd worden. Aangezien erkend is dat de betrekkingen binnen een pleeggezin als een gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM aan te merken zijn, dient een eventuele inbreuk op dit gezinsleven door de overheid absoluut noodzakelijk te zijn en dienen pleegouder(s) en pleegkind de mogelijkheid geboden te worden om zich op dit gezinsleven te kunnen beroepen.

Dat betekent in de eerste plaats dat op een kind dat in een pleeggezin verblijft evenmin zonder noodzaak een kinderschermingsmaatregel mag worden toegepast als wanneer een kind thuis verblijft. Mocht een maatregel absoluut noodzakelijk worden geacht, dan dienen aan betrokkenen evenzeer processuele waarborgen gegeven te worden, dat wil zeggen dat pleegouders en kind gehoord dienen te worden en

in hoger beroep moeten kunnen gaan en dit niet alleen wanneer er sprake is van een nog lopende termijn na een geslaagde blokkade. In de tweede plaats zal er hoger beroep mogelijk moeten zijn voor zowel de ouders die geen vervangende toestemming ex art. 246a of 336a Boek I BW hebben gekregen, als voor de pleegouders van wie de blokkade niet gehonoreerd is. Dit betekent dat bezwaar wordt gemaakt tegen art. 955 Rv, dat inhoudt dat tegen bedoelde beschikking van de kinderrechtster geen andere voorziening open staat dan cassatie in het belang der wet. De onmogelijkheid om, als het gezag nog bij de ouders of één ouder berust, via de omweg van art. 299a Boek I BW een verzoek tot voogdijwijziging in te dienen, zal minder pijnlijk zijn wanneer de zaak ten minste door meer rechterlijke instanties bekeken zal kunnen worden.

OMGANG

Inleiding

Nadat bij de civiele kinderwet van 1901 is gekozen voor een éénhoofdig gezag over kinderen na echtscheiding, is de vraag bij herhaling aan de orde gesteld of een gescheiden ouder die niet met de voogdij belast is, een verzoek zou moeten kunnen indienen om contact met dit kind te onderhouden. Steeds weer werd de mogelijkheid om een bezoeksregeling te doen vaststellen van regeringszijde verworpen, met het argument dat wanneer de gescheiden ouders zelf niet tot een regeling kunnen komen, de problemen tussen de ouders onderling en tussen ouders en kinderen door het afdwingen van een dergelijke regeling alleen maar verder toegespitst zouden worden. (107)

Ook de afdeling Kinderrechtspraak van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak stelde in 1958 in haar advies aan de minister, dat voor de desbetreffende kinderen in conflictueuze zaken de bezwaren tegen een opgelegde regeling groter zijn dan de voordelen. 'Het is vooral de praktijkervaring, die de kinderrechtster er toe brengt pessimistisch te zijn ten aanzien van onder dwang tot stand gebrachte be-

(107) Zie minister Gerbrandy tijdens de parlementaire behandeling voorafgaande aan de wet van 1947, en later minister Samkalden bij de voorbereiding van het nieuwe Boek I BW, Parlementaire geschiedenis.

zoekregelingen en te waarschuwen tegen de daaruit voor de betrokken kinderen voortvloeiende gevolgen.'

In het nieuwe Boek 1 BW, in werking getreden op 1 januari 1970, werd geen regeling opgenomen. Bij de herziening van het echtscheidingsrecht omstreeks diezelfde tijd werd, hoewel dit niet in de bedoeling van minister Polak gelegen had, de discussie in het parlement hervat. Bij amendement werd een eerste en voorlopige regeling voor een bezoekrecht in de wet (108) opgenomen in afwachting van het advies van de commissie-Wiarda, die zich op dat moment bezig hield met een voorstel voor de herziening van het kindbeschermingsrecht. In hetzelfde jaar dat deze voorlopige regeling – art. 161 lid 5 Boek 1 BW – in de wet is opgenomen, komt het rapport van de commissie-Wiarda uit, waarin gepleit wordt om dit onderwerp in een breder kader te bezien en los van het echtscheidingsrecht in de wet op te nemen.

Een eerste vraag blijft ook thans nog in hoeverre het wenselijk, zo niet noodzakelijk, is om het recht van ouders en kinderen om met elkaar contact te onderhouden wettelijk vast te leggen. Vervolgens dient nog steeds de vraag gesteld te worden waar het recht op omgang op gebaseerd is en wie er diensgevolge naast de ouders na echtscheiding, voor wie het wettelijk geregeld is, een beroep op kunnen doen. Anders dan een verzoek om met gezag bekleed te worden, is een verzoek om een omgangsregeling te doen vaststellen van feitelijke aard. Het ligt dan ook voor de hand dat het recht op omgang door de Europese Commissie eerder dan het recht op gezagsvoorziening is erkend als voortvloeiend uit art. 8 EVRM in de zin van een feitelijk gezinsleven.

Een vraag blijft of het gehad hebben van een feitelijk gezinsleven of van duurzame sociale betrekkingen tussen ouder en kind een voorwaarde is of moet zijn voor het recht op omgang of dat bloedverwantschap zonder meer voldoende kan zijn.

Een derde vraag is in hoeverre er werkelijk sprake is van een wederkerig recht van kinderen en ouders om met elkaar om te gaan en in hoeverre er in de rechtspraak en in de wetgeving een evenwicht wordt bereikt tussen het recht dat alle betrokkenen aan art. 8 EVRM kunnen ontleenen.

(108) Wet van 6 mei 1971, Stb. 290.

Hoewel de wet sinds 1971 nog steeds niet gewijzigd is, heeft de rechtspraak door een extensieve interpretatie van deze beperkte wettelijke regeling een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt.

De Europese Commissie had reeds in 1957 en 1961 aangenomen dat het recht op toegang tot hun kind voor ouders na echtscheiding voortvloeit uit het recht op eerbiediging van het gezinsleven van ouders en kinderen, dat door echtscheiding niet verloren gaat. (109) Pas in het begin van de tachtiger jaren heeft men in Nederland bij een verzoek om een omgangsregeling zich beroepen op art. 8 EVRM.

De centrale vragen die zich thans in de jurisprudentie betreffende het recht op omgang voordoen, zijn: welke ouder kan op grond van het recht op eerbiediging van zijn gezinsleven een verzoek indienen tot het vaststellen van een omgangsregeling en, zo deze ouder ontvankelijk is verklaard, onder welke omstandigheden zal zijn verzoek niet toegewezen worden; of in andere woorden: welke factoren rechtvaardigen een inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn gezinsleven ex art. 8 lid 2 EVRM.

In de zeventiger jaren ging de Hoge Raad er toe over om in een geval van ongehuwd samenwonenden wat betreft de verhouding van de vader tot zijn natuurlijk erkende kind na het uiteenvallen van het gezinsverband de omgangsregeling voor gescheiden ouders analoog toe te passen. (110)

In een volgende zaak achtte de Hoge Raad de enkele omstandigheid dat een omgangsregeling wenselijk is uit hoofde van dezelfde belangen als die welke haar na echtscheiding gewenst maken, niet voldoende. Er was sprake geweest van apart wonende ouders, zodat een samenlevingsverband in feite ontbroken had. Naast afstamming werd het bestaan van een samenlevingsverband vereist. (111) Het enkele feit van het bestaan hebben van een samenlevingsverband was eveneens onvoldoende om een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling in te dienen, wanneer verzoeker noch de wettige vader van het kind is, noch het kind heeft erkend. (112) Is er zowel sprake van fami-

(109) ECRM, Applic. nr. 172/56, X. v. Zweden, Yearbook I, p. 211; ECRM, Applic. nr. 91/60, X. v. Zweden, Yearbook IV, p. 198.

(110) HR 26 mei 1977, NJ 1978, 417.

(111) HR 4 nov. 1977, NJ 1978, 418.

(112) HR 10 dec. 1982, NJ 1983, 411.

lierechtelijke betrekkingen als van een samenlevingsverband, dan worden er geen nadere eisen gesteld, zoals met betrekking tot de duur van dit verband en de relatie van verzoeker tot het kind. De omstandigheid dat reeds spoedig na de geboorte van het natuurlijke kind de samenleving met de vader verbroken was, vormde volgens de Hoge Raad geen belemmering om een gezinsband aan te nemen. (113)

In een volgende zaak stelt P-G Berger dat het vereiste van een samenlevings- of gezinsverband, wat een uitsluiting van de mogelijkheid van een omgangsregeling kan inhouden voor natuurlijk erkende kinderen, een onderscheid meebrengt tussen hen en wettige kinderen dat een objectieve en redelijke rechtvaardiging mist, waarbij hij voor het eerst een beroep doet op art. 8 jo. 14 EVRM. Hij concludeert dat een natuurlijk erkend kind evenzeer als een wettig kind recht heeft op het treffen van een omgangsregeling, 'ook indien geen gezinsverband van ouders en kind heeft bestaan'. Ook door de Hoge Raad wordt het begrip samenlevings- of gezinsverband gerelativeerd en wordt een gezinsband voldoende geacht die als bestaand werd aangemerkt bij afwisselende verzorging van het kind door de ouders bij toerbeurt. (114)

In februari 1985 stelde de Hoge Raad afstamming ofwel het hebben van familierechtelijke betrekkingen niet meer als voorwaarde om ontvangen te worden, maar als enige vereiste dat de verzoeker 'tot een kind in zodanige betrekking staat of heeft gestaan dat hij met dit kind een "gezinsleven" (vertaling van *vie familiale/family life*) in de zin van deze verdragsbepaling (art. 8 EVRM) heeft'. 'Daarbij is het in het licht van art. 14 Verdrag onverschillig of de betrekking tot het kind berust op wettig ouderschap, op een erkenning, op biologisch ouderschap of op een andere relatie die voor de toepassing van art. 8 met de voorgaande op één lijn kan worden gesteld.' 'En voorts wordt gesteld, dat voor de ontvankelijkheid van een verzoek een omgangsregeling vast te stellen enkel vereist is "dat de verzoeker daaraan een als "gezinsleven" in de zin van art. 8 EVRM aan te merken betrekking tot het kind ten grondslag legt"'. (115)

De Hoge Raad vervolgt aldus: 'De toewijsbaarheid van zijn verzoek zal in de eerste plaats daarvan afhangen of zodanige betrekking komt vast te staan – waarbij de bijzondere kenmerken van die betrekking

(113) HR 1 juli 1983, NJ 1984, 128.

(114) HR 18 okt. 1983, NJ 1984, 764.

(115) HR 22 febr. 1985, NJ 1986, 3.

(zoals de aard van het ouderschap of die van een eventuele verwantschap en de tijdsduur van de samenleving en/of verzorging) bepalend kunnen zijn voor de inhoud van de vast te stellen regeling – en in de tweede plaats van de vraag of de verweerder zich met vrucht beroept op een van de in het tweede lid van art. 8 EVRM genoemde omstandigheden.’

Deze veel geciteerde uitspraak, waarin de Hoge Raad door het loslaten van de eis van familierechtelijke betrekkingen om is gegaan en de kring van personen die zich tot de rechter kunnen wenden teneinde door deze een omgangsregeling te doen vaststellen, aanmerkelijk verruimd is, wordt – zoals diverse markante uitspraken van de Hoge Raad in de tachtiger jaren op het terrein van het familierecht – door sommige commentatoren geroemd vanwege haar evolutieve betekenis en door anderen zeer bekritiseerd.

Zoals te verwachten was, hebben na deze uitspraak vele categorieën ouders – biologische, juridische, verzorgende ouders en grootouders – zich tot de rechter gewend met het verzoek om een omgangsregeling te treffen. In drie procedures, (116) aangespannen door biologische vaders die door het hof niet ontvankelijk waren verklaard, werd door de Hoge Raad bevestigd dat tussen de biologische vader en zijn kind een als ‘gezinsleven’ in de zin van art. 8 EVRM aan te merken betrekking bestaat en hij dus zonder meer ontvankelijk verklaard dient te worden, waarna in alle drie zaken een terug- of verwijzing volgt. De Hoge Raad overweegt in laatstgenoemde zaak expliciet, dat de door het hof vermelde kenmerken van de onderhavige betrekking tussen vader en kind tot de omstandigheden behoren die pas gewicht in de schaal leggen bij de beantwoording van de vraag of een omgangsregeling op haar plaats is en, zo ja, van welke aard deze zou moeten zijn.

Zeër te betwijfelen valt of deze zaken uiteindelijk tot een toewijzing van het verzoek hebben geleid of alleen tot een jarenlange procedure met alle onzekerheid en frustraties voor alle betrokkenen. Ook kan men zich afvragen waarom de Hoge Raad in de zaak van februari 1985 na zijn principiële uitspraak over de ontvankelijkheid zonder veel overwegingen tot verwerping van het beroep over is gegaan en niet eveneens tot een terug- of verwijzing, daar de toetsing van het

(116) HR 10 mei 1985, NJ 1986, 5; HR 15 juli 1985, NJ 1986, 6; HR 16 mei 1986, NJ 1986, 627.

hof niet volledig kon zijn omdat verzoeker niet-ontvankelijk werd verklaard.

Van grootouders wordt door de Hoge Raad het enkele feit van een afstammingsrelatie onvoldoende geacht om te voldoen aan het criterium dat zij tot een kleinkind in zodanige betrekking staan of hebben gestaan, dat zij met dat kind een 'gezinsleven' in de zin van art. 8 EVRM hebben.

Er wordt weliswaar een minder stringente maatstaf gesteld dan door het hof, dat in de desbetreffende zaak oordeelde dat er nooit sprake is geweest van samenwonen in gezinsverband en van een daadwerkelijke zorg van de grootmoeder voor het kind in een met gezinsleven gelijk te stellen situatie en er dus geen sprake was van een zodanige betrekking. Grootouders dienen volgens de Hoge Raad echter wel concrete omstandigheden te stellen om in hun beroep ontvangen te worden, waarmee aan hen strengere eisen worden gesteld dan aan ouders in de eerste lijn. (117)

Vervolgens werd een donor door de Utrechtse Rechtbank niet zonder meer ontvankelijk verklaard, maar wel in combinatie met regelmatige wekelijkse contacten. (118) In hoger beroep werd de man niet ontvankelijk verklaard, daar hij onvoldoende concrete omstandigheden stelt op grond waarvan gezegd kan worden dat hij in een zo nauwe persoonlijke betrekking staat of heeft gestaan dat hij 'gezinsleven' in de zin van art. 8 EVRM heeft gehad. (119)

Door de Amsterdamse Rechtbank werd een donor alleen al vanwege de genetische afstammingsrelatie wel ontvankelijk verklaard, daar een relatie tussen een zaaddonor en een kind niet wezenlijk verschilt van een relatie tussen een biologische vader en een kind, omdat die verschillen bepaald worden door de feitelijke omstandigheden en niet door genetische afkomst. Het hof echter stelde dat de man in zijn verzoek slechts ontvangen kan worden, indien hij concrete omstandigheden stelt, waarmee geen antwoord is gegeven op de vraag of een donor als een biologische ouder aangemerkt moet worden of – zoals de rechtbank doet – met hem op één lijn gesteld kan worden. (120) In een volgende zaak verzoekt een vrouw om een omgangsregeling met het kind dat in onderling overleg is verwekt bij haar vriendin tij-

(117) HR 15 mei 1987, NJ 1988, 654.

(118) Rb. Utrecht 8 nov. 1988, NJ 1989, 237.

(119) Hof Amsterdam 17 april 1989, NJ 1989, 692.

(120) Hof Amsterdam 26 juni 1984, rek.nr. 190/89, niet gepubliceerd.

dens hun samenleving, maar geboren nadat die samenleving was verbroken. A-G Moltmaker volgt de uitspraak van de Hoge Raad van februari 1985 wat betreft de ontvankelijkheid letterlijk, waar hij in punt 3.1.2 van zijn conclusie zegt: 'Aangezien verzoekster i.c. aan haar verzoek ten grondslag heeft gelegd dat zij een als "gezinsleven" in de zin van art. 8 EVRM te kwalificeren betrekking tot het kind heeft, heeft de rechtbank haar verzoek derhalve ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard en heeft het hof deze beschikking van de rechtbank in zoverre ten onrechte bekrachtigd.' (3.1.2)

De Hoge Raad overwoog echter: 'In een geval als het onderhavige leveren de (...) omstandigheden – waarin zelfs niet van enig contact met het kind sprake is – noch ieder voor zich, noch te zamen een als gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM aan te merken betrekking tot het kind op.' Evenmin kan een dergelijke betrekking gevestigd worden door een overeenkomst tussen partijen gesloten. (121)

Wat betreft andere sociale ouders, namelijk diegenen die in een woongroep naast de moeder mede voor het kind gezorgd hebben en door de kinderrechtster en het hof ontvankelijk waren verklaard, maar van wie het verzoek vervolgens door beide instanties verworpen was, heeft de Hoge Raad zich onthouden van een uitspraak over de ontvankelijkheid. Hij stelde namelijk dat het principaal beroep van verzoekers tegen de uitspraak verworpen diende te worden, zodat de moeder geen belang meer heeft bij haar incidenteel beroep, dat alleen de ontvankelijkheid betrof en daarom zelf in haar beroep niet-ontvankelijk werd verklaard. (122)

Dat de moeder wel degelijk belang kan hebben bij een uitspraak over de ontvankelijkheid, werd al door de advocaat-generaal in punt 2.6 van zijn conclusie gesteld, waar hij aangeeft dat het slagen van haar incidenteel middel de moeder zou kunnen vrijwaren tegen een op gewijzigde omstandigheden gebaseerd herhaald verzoek om een omgangsregeling. Behalve het belang van desbetreffende moeder zou het algemeen belang van rechtzoekenden er zeker mee gediend zijn geweest, indien de Hoge Raad wel een uitspraak over de ontvankelijkheid zou hebben gedaan.

In een zaak ten slotte betreffende een juridische vader die noch de biologische vader van het kind is noch het ooit verzorgd heeft, volgde een dergelijke beslissing. De Hoge Raad verwierpt evenals het hof het

(121) HR 5 dec. 1986, NJ 1987, 957.

(122) HR 20 nov. 1987, NJ 1988, 281.

beroep en komt aan de ontvankelijkheidsvraag niet toe, daar het middel daartegen belang ontbeert. (123)

Interessant in deze zaak is de vraag die de advocaat-generaal naar aanleiding van het genoemde grootmoederarrest stelt. In punt 2.3 van zijn conclusie memoreert hij dat de Hoge Raad voor de ontvankelijkheid van de grootmoeder als eis stelde, dat zij concrete omstandigheden moest stellen voor het bestaan van gezinsleven tussen haar en het kleinkind, waaraan hij toevoegt: 'De vraag is of dit ook geldt voor familierelaties in de eerste graad.' Zelf concludeert hij ten slotte, 'dat als het om een verzoek van een juridische ouder gaat, de aanwezigheid van "gezinsleven" wordt voorondersteld en de ontvankelijkheid nooit een probleem is'.

Wel een probleem vond de Rechtbank te Arnhem dit, die ten aanzien van een verzoek van een niet-biologische vader die het kind heeft erkend, overwoog dat de louter juridische constructie van de erkenning van het kind onvoldoende aanknopingspunten biedt om te kunnen spreken van een band tussen verzoeker-erkenner en kind, en de man niet-ontvankelijk verklaarde. (124)

Kort voor het afsluiten van dit preadvies is de Hoge Raad (125) teruggekomen op zijn opvatting – voor het eerst verwoord in zijn arrest van 22 februari 1985 – dat tussen een biologische vader en zijn kind reeds door de enkele geboorte, dus zonder enige juridische of feitelijke relatie, een als 'family life' aan te merken betrekking bestaat. Het Europese Hof heeft als bovenmeester met het Berrehap-arrest (126) de Hoge Raad er toe gebracht om binnen vijf jaar weer om te gaan. Voor de ontvankelijkheid van een verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling dienen voortaan behalve het biologisch vaderschap bijkomende omstandigheden te worden aangevoerd waaruit voortvloeit dat er tussen de vader en het kind een band bestaat die kan worden aangemerkt als 'family life' in de zin van art. 8 EVRM. Pas dan is er plaats 'voor een onderzoek naar de eventuele gerechtigdheid van een omgangsregeling' en zal aan de orde kunnen komen dat door latere gebeurtenissen een dergelijke betrekking tussen de vader en het kind heeft opgehouden te bestaan.

(123) HR 17 juni 1988, NJ 1988, 956.

(124) Rb. Arnhem 23 mei 1989, rek.nr. 37/1989 en 73/1989, vermeld in *Nemesis* 5 (1989) 5, p. 200.

(125) HR 10 nov. 1989, RvdW 1989, 248.

(126) EHRM 21 juni 1988, in de zaak *Berrehap*, Publ. ECHR, Series A, Vol. 138, samengevat in NJ 1988, 746.

De wetgever onderscheidt in het laatste wetsvoorstel Nadere regeling van de ouderlijke zorg voor minderjarigen en van de omgang van 1986 twee categorieën omgangsgerechtigden: ouders die van rechtswege recht hebben op omgang en anderen ten behoeve van wie een omgangsregeling kan worden vastgesteld. Onder de eerste categorie, die zonder meer ontvankelijk is, worden gerekend de juridische ouders bij wie het kind zijn gewone verblijfplaats niet heeft. 'Aanknopingspunt voor het recht op omgang van het kind en ouder is in het voorstel niet langer het niet hebben of niet uitoefenen van gezag door de ouder, maar het feitelijk ontbreken van contact tussen de ouder en het kind omdat het kind zijn gewone verblijf elders heeft.'

(127)

De voorgestelde regeling stemt weliswaar overeen met de regeling van omgang in verband met scheiding, (128) maar is ruimer geformuleerd. Met de beperking tot juridische ouders loopt de wetgever vooruit op het wetsontwerp Herziening van het afstammingsrecht, waarin het – zoals eerder vermeld – voor een verwekker mogelijk wordt het vaderschap te aanvaarden en daarmee juridisch ouder te worden ook als de moeder niet met deze aanvaarding van het vaderschap instemt. (129)

Afgezien van de bezwaren tegen dit voorstel in het wetsontwerp betreffende het afstammingsrecht zelf, getuigt het niet van zorgvuldige wetgeving om in een voorstel over omgang al uit te gaan van een bepaling in een ander wetsontwerp dat op dat moment nog niet eens was ingediend, laat staan aangenomen.

Onder de tweede categorie vallen anderen die in een nauwe persoonlijke relatie tot het kind staan en óf bloedverwant in de tweede graad van het kind zijn (grootouders) óf het kind anders dan als ouder als behorende tot het gezin gedurende ten minste één jaar hebben verzorgd en opgevoed (stief- en pleegouders). Met deze omschrijving doet de wetgever een poging om de ruime formulering die de Hoge

(127) Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Nadere regeling van de ouderlijke zorg voor minderjarige kinderen en van de omgang, 1986, p. 40.

(128) TK 1984 – 1985, 18964, nog in de Eerste Kamer in behandeling, en eerder TK 1978 – 1979, 15638, in mei 1985 ingetrokken.

(129) TK 1987 – 1988, 20626, art. 210 lid 1.

Raad in het arrest van februari 1985 heeft gegeven voor omgangsge-rechtigden, enigszins te beperken.

Rechtspraak met betrekking tot de toewijzing

Is verzoeker op grond van art. 161 lid 5 Boek 1 BW zonder meer ont-vankelijk in zijn verzoek of wordt verzoeker op grond van zijn recht op eerbiediging van het gezinsleven ontvankelijk verklaard, dan dient nagegaan te worden of er te rechtvaardigen beperkingen in de zin van het tweede lid van art. 8 EVRM aanwezig zijn, zodat het ver-zoek alsnog afgewezen zal moeten worden.

Hiertoe dient het recht van de ouder-niet-voogd op omgang afgewo-gen te worden tegen het recht op eerbiediging van het gezins- en privé-leven dat het kind evenals de ouder-voogd toekomt. Bijzonder hierbij is, dat in conflictueuze zaken alle betrokkenen zich beroepen op hetzelfde mensenrecht, vastgelegd in art. 8 EVRM, maar daar al-len een ander gezins- of privéleven mee bedoelen.

De meest geruchtmakende zaak in deze is die van Hendriks, die meer dan tien jaar lang heeft geprobeerd een omgangsregeling met zijn zoon te krijgen. De drie nationale instanties hebben alle zijn verzoek afgewezen op grond van de weerstanden hiertegen van de moeder en de stiefvader, de spanningen die het opleggen van een omgangsrege-ling in het gezin zou veroorzaken en het loyaliteitsconflict dat er voor het kind zou ontstaan. Eiser, op wiens gedrag geen duidelijke kritiek werd geleverd, stelt in het cassatiemiddel dat de rechter een vordering 'slechts mag afwijzen op grond van buitengewone omstandigheden die uitsluitend in de persoon van die ouder zijn gelegen en die met ze-kerheid een gevaar voor de gezondheid of moraal van het kind ople-veren, of tot ernstige storing van diens geestelijke evenwicht leiden.' De Hoge Raad overweegt: 'Dit betoog kan niet worden aanvaard. Bij de beoordeling van een vordering als evenbedoeld mag stellig het belang van de ouder, die niet met het gezag over het kind is of zal worden belast, om met het kind om te gaan niet uit het oog worden verloren, maar – gelijk het Hof te dezen met juistheid heeft doen uit-komen – weegt het belang van het kind uiteindelijk het zwaarst.' (130)

De Europese Commissie, waartoe de vader zich vervolgens wendde, heeft zich met name gebogen over de vragen of de Nederlandse wetgeving wel voldoende waarborgen geeft voor het recht van de gescheiden ouder-niet-voogd op omgang met zijn kind en voorts of bedoelde inbreuk op dit recht van de gescheiden ouder nodig was in een democratische samenleving voor de bescherming van de gezondheid van het kind.

Gesteld wordt 'that the present state of the legislation in the Netherlands does not as such provide for the legal safeguards required by Art. 8 of the Convention to ensure that contact between a divorced parent not having custody and his or her child exists as a matter of right.' De meerderheid van de Europese Commissie tilt daar echter niet zo zwaar aan, daar de inbreuk werd geëist door de belangen van het kind. Geconcludeerd werd daarom 'that the interference with the applicant's right to respect for his family life, being proportionate to the legitimate aim pursued, was justified under par. (2) Art. 8 as being necessary in a democratic society for the protection of the rights and freedoms of another person, namely the child concerned.'

Een minderheid legt zich echter niet neer bij het standpunt van de Nederlandse rechter en stelt: 'It is true that, apparently, the child's interests have been given priority. Nevertheless, the process by which courts determine what is in the child's interests is open to very strong criticism. The creation of tension within the new family cannot in itself warrant the denial of access. There is therefore insufficient justification for interference with the father's right.' De conclusie luidt dan ook dat de afwijzing van het verzoek van de vader was 'not necessary in a democratic society, although an aim was pursued referred to in Art. 8(2) and based on Netherlands law.' (131)

Het blijft verbazingwekkend dat de Nederlandse regering, die in die jaren zo'n ernst maakte met verdergaande wetgeving op dit terrein, deze zaak niet heeft voorgelegd aan het Europese Hof.

De vader heeft in Straatsburg wel een tweede klacht ingediend en deze keer mede namens zijn zoon. De klacht namens zijn zoon werd echter 'ratione personae' niet ontvankelijk verklaard, (132) daar de vader noch voogd over de zoon was noch op andere wijze bevoegd om namens hem een klacht in te dienen en van de wens van de zoon om door zijn vader vertegenwoordigd te worden, niets was gebleken.

(131) ECRM-rapport 8 maart 1982, Applic. nr. 8427/78, NJ 1983, 191.

(132) ECRM 7 okt. 1985, Applic. nr. 10982/84, niet gepubliceerd.

Ten slotte heeft de vader het nog hogerop gezocht en zich ook weer mede namens zijn zoon gewend tot het Comité van de Verenigde Naties in Genève, dat toeziet op de naleving van het Verdrag inzake burger- en politieke rechten (Bupo-verdrag). Het comité, dat in dit geval schending van art. 23 ter beoordeling kreeg, stelde eerst dat de nationale wetgever criteria moet ontwikkelen die de rechter in staat stellen om de in art. 23 geformuleerde regels ten volle toe te passen. Voorts stelt het comité dat de Nederlandse rechterlijke instanties wel het recht van het kind en van de gescheiden ouder erkend hebben, 'but considered that these rights could not be exercised in this case because of the child's interest. This was the court's appreciation in the light of all circumstances, even though there was no finding of inappropriate behaviour on the part of the author. As a result, the committee cannot conclude that the State party has violated art. 23, but draws its attention to the need to supplement the legislation.' (133)

Met Zwart (134) ben ik van mening dat het jammer en onterecht is, dat het comité niet heeft overwogen of de rechten van de zoon, gegarandeerd in art. 23, inderdaad geschonden waren, of de vader namens de zoon een klacht had mogen indienen, of er met andere woorden wel een 'close family connection' tussen vader en zoon bestond, en ten slotte waarom de zoon niet zelf een klacht had ingediend.

In 1980 kreeg de Hoge Raad over een omgangsregeling te beslissen, nadat een verzoek hiertoe van een vader door beide lagere instanties was afgewezen met de overweging dat een omgangsregeling die niet dan met grote spanningen voor de moeder en de kinderen zou kunnen worden bewerkstelligd, strijdig is met het belang van de kinderen.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad: 'Het recht op bescherming van het gezinsleven, als vastgelegd in art. 8, brengt niet mee dat de gescheiden ouder die niet is belast met de voogdij over zijn minderjarige kinderen, aanspraak kan maken op contacten met die kinderen, als deze contacten in verband met de aanmerkelijke onrust en spanningen welke daardoor in het gezinsleven van de kinderen zouden worden veroorzaakt, kennelijk in strijd zijn met hun belangen.

Een zodanige aanspraak wel aan de niet met de voogdij belaste ouder

(133) Mensenrechtencomité, 27 juli 1988, nr. 201/1985, *Hendriks v. Nederland*.

(134) T. Zwart, *Omgangsregeling en artikel 23 BULO-Verdrag*, NJCM-bull. 13 (1988) 7, p. 677.

toe te kennen, zou in strijd komen met de rechten, die de kinderen aan art. 8 Verdrag kunnen ontleen.' (135)

Voor het eerst wordt hier door de Hoge Raad gerept over rechten van kinderen en gaat het in de procedure dus om strijdende rechten. Duidelijk wordt dit ook geformuleerd door A-G Biegman-Hartogh: 'Indien nu het in art. 8 EVRM neergelegde recht van een ouder op toegang tot en omgang met zijn kind in botsing komt met het op dezelfde bepaling berustende recht van het kind op eerbiediging van eigen privé- en gezinsleven, dan dient in beginsel het recht van het kind te prevaleren. (In beginsel, want uiteraard spelen hierbij de omstandigheden van het concrete geval een belangrijke rol.) En dit naar mijn mening niet alleen krachtens art. 8 lid 2 EVRM, maar vooral omdat eerbiediging van het recht op een eigen (gezins-)leven van het kind, dat gelegenheid moet krijgen ongestoord tot volwassenheid te groeien, zwaarder moet wegen dan het recht van de ouder die, reeds volwassen, minder bescherming behoeft dan het kind.' (136)

Slechts een enkele maal wordt het recht van de voogd(es) op bescherming van zijn of haar privé- en/of gezinsleven op zichzelf als een belangrijke factor meegewogen. In 1982 vernietigt de Hoge Raad de beschikking van het hof, waarin was overwogen 'dat de spanningen die de vrouw stelt te ondervinden (...) niet kunnen afdoen aan het belang van het bestaan van een omgangsregeling tussen het kind van partijen en de man, gelet ook op de rechten die de man kan doen gelden op geregeld contact met dat kind'.

De Hoge Raad overweegt: 's Hof's beschikking geeft geen inzicht in de gedachtengang die het Hof tot de slotsom heeft geleid, dat deze omstandigheden, ook als zij waar zouden zijn, niet kunnen afdoen aan het belang van het bestaan van een omgangsregeling tussen het kind van pp. en de man, terwijl dit toch zonder nadere motivering dan de enkele verwijzing door het Hof naar de rechten van de vader op geregeld contact met het kind niet begrijpelijk is.' (137)

Dat betekent niet dat de enkele onwil van de moeder voldoende is voor weigering van een verzoek; de redenen van die onwil, alsmede

(135) HR 2 mei 1980, NJ 1980, 537; evenzo HR 7 mei 1982, NJ 1982, 561.

(136) HR 13 nov. 1981, NJ 1982, 558, p. 1939 l.k.

(137) HR 25 juni 1982, NJ 1982, 562; in dezelfde zin HR 21 maart 1986, NJ 1986, 548.

de andere omstandigheden van het geval moeten in de beoordeling worden betrokken. (138)

Ook in 1982 kreeg de Hoge Raad te beoordelen in hoeverre de onwil van een dochter tegen het vaststellen van een omgangsregeling een reden is om een verzoek te weigeren. De Hoge Raad overweegt evenals in 1980 dat het recht van de vader op art. 8 is afgewogen tegen de rechten die zijn dochter aan diezelfde bepaling kan ontleen en voegt daaraan toe dat het meisje 'goed gemotiveerd heeft doen blijken van ernstige bezwaren tegen omgang met haar vader, alsmede dat die bezwaren niet zonder grond zijn'. (139)

Deze uitspraak wordt bevestigd door de Europese Commissie, die stelt dat inbreuk op het recht van de vader gerechtvaardigd was, 'being necessary in a democratic society for the protection of the rights and freedoms of others, in the particular case, those of the girl concerned'. (140)

Duidelijk blijkt uit deze uitspraken dat onder bepaalde omstandigheden het recht van het kind op bescherming van zijn privé- en/of gezinsleven zwaarder weegt dan het recht van de ouder, wat kan betekenen dat het kind verschoond blijft van een omgangsregeling en dat de stem van kinderen van groot belang kan zijn bij de beslissingen.

In een recente uitspraak van de Hoge Raad bleek echter dat wanneer een kind van 12 jaar of ouder bij zijn verhoor van bezwaar doet blijken tegen het vaststellen van een omgangsregeling, dit op zichzelf onvolgende is om een verzoek af te wijzen. 'Voor zulk een afwijzing is vereist dat bij het kind bezwaren tegen de omgang bestaan, die in verband met de overige omstandigheden van het geval, het oordeel wettigen dat het belang van het kind om van omgang te worden verschoond zwaarder weegt dan het recht op omgang van de ouder.' (141)

Wetgeving met betrekking tot de toewijzing

In het wetsontwerp Nadere regeling van de omgang in verband met scheiding wordt er van uitgegaan dat ouders na scheiding — evenals in het wetsvoorstel Nadere regeling van de ouderlijke zorg voor min-

(138) HR 8 aug. 1986, NJ 1987, 37; HR 11 nov. 1988, NJ 1989, 172; en ook reeds HR 15 febr. 1980, NJ 1980, 329 (Hendriks); HR 19 maart 1982, NJ 1982, 559; HR 24 sept. 1982, NJ 1983, 243.

(139) HR 16 april 1982, NJ 1982, 560.

(140) ECRM 4 juli 1983, Applic. nr. 9018/80, D&R 33, p. 9.

(141) HR 27 jan. 1989, RvdW 1989, 43.

derjarige kinderen en van de omgang ouders die in familierechtelijke betrekkingen tot het kind staan – en hun kinderen recht op omgang hebben. Dit recht op omgang kan slechts op limitatief genoemde gronden ontzegd worden, namelijk indien: *a.* omgang ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind; *b.* de ouder kennelijk ongeschikt of kennelijk niet in staat moet worden geacht tot omgang; *c.* omgang anderszins in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind; *d.* het kind dat twaalf jaar of ouder is, bij zijn verhoor van ernstige bezwaren tegen omgang met zijn ouder heeft doen blijken.

Het zijn met name deze strikt geformuleerde ontzeggingsgronden, die in het parlement op grote bezwaren stuiten, zodat het wetsontwerp Nadere regeling van de omgang in verband met scheiding thans na ruim tien jaar discussie nog niet is aangenomen. Een discussiepunt blijft waarom de ontzeggingsgronden *a.* en *b.* als aparte gronden zijn opgenomen naast de algemene grond: indien omgang in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind.

Een belangrijker bezwaar betreft echter de toevoegingen 'ernstig' en 'zwaarwegend', waarmee dus expliciet wordt toegestaan dat omgang wel enig nadeel voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling mag opleveren, wel in strijd mag zijn met de belangen van het kind en dat door kinderen geuite bezwaren niet altijd voldoende zijn om de omgang te ontzeggen.

Van regeringszijde wordt hierop gesteld: 'Dat slechts zwaarwegende belangen van het kind dan wel ernstige bezwaren van het kind tegen omgang met de ouder-niet-voogd kunnen leiden tot ontzegging van het omgangsrecht, onderstreept het fundamentele karakter van het omgangsrecht.' (142)

Duidelijk blijkt dat het hier dus niet gaat om het fundamentele recht van het kind op eerbiediging van zijn privé- en gezinsleven, waaruit ook voor een kind het recht op omgang voortvloeit, en dat van een wederkerig recht op omgang nauwelijks gesproken kan worden. Ook kan het kind zich in een procedure niet beroepen op zijn recht op omgang, dat wil zeggen: het kan geen verzoek indienen om een omgangsregeling te doen vaststellen, om nakoming of wijziging van een eenmaal afgesproken of opgelegde omgangsregeling te eisen, om van een omgangsregeling af te zien, laat staan om in beroep te gaan tegen een eenmaal gegeven beschikking. Een recht op toegang tot de rech-

(142) TK 1984 – 1985, 18964, MvT, p. 9.

ter wordt door de minister steeds ontraden op grond van de volgende argumenten: overbelasting van de rechterlijke macht en met name van de toch al zo overbelaste kinderrechtshouders, verhoging van de kosten voor rechtsbijstand en 'omdat het zeer de vraag is of werkelijk een oplossing kan worden gevonden door rechterlijk ingrijpen en of dit wel de meest gewenste weg is om een oplossing te forceren'. (143) Dat kinderen veelal door rechterlijke beslissingen op verzoek van ouders genomen, geforceerd worden tot bepaalde contacten, is kennelijk geen vraag voor de minister.

Na herhaalde vragen van verschillende fracties in de Tweede Kamer om een vorm van toegang tot de rechter voor kinderen inzake omgangsregelingen, is ten slotte tegen de wens van de regering in via een tweetal amendementen een informele toegang geboden. Met deze toevoeging aan art. 162 Boek 1 BW: 'De rechtbank kan, indien haar blijkt dat de minderjarige van twaalf jaren of ouder hierop prijs stelt, ook ambtshalve een beslissing geven ...', wordt het kind meer een gunst dan een recht geboden. Het blijft afhankelijk van de bereidheid van de rechtbank om zijn verzoek tot vastleggen, nakomen, wijzigen of beëindigen van een omgangsregeling serieus te nemen. De minister heeft uitdrukkelijk bevestigd dat de rechtbank kan weigeren een beslissing te nemen en dat er zelfs geen formele garanties zijn dat de minderjarige wordt gehoord op zijn informeel verzoek. (144)

Het blijft de vraag of de Eerste Kamer na de vele en herhaaldelijk geuite bezwaren het wetsontwerp Nadere regeling van de omgang in verband met scheiding zal aannemen. Afhankelijk hiervan zal een nader ontwerp over omgang voor anderen dan ouders in verband met scheiding, waarvoor de basis is gelegd in het wetsvoorstel Nadere regeling van de ouderlijke zorg en van de omgang, enige kans van aanvaarding hebben. Zoals eerder vermeld, worden in dit voorstel twee categoriën omgangsgerechtigden onderscheiden: ouders – waarmee hier bedoeld wordt ouders die in familierechtelijke betrekking tot hun kind staan en daardoor van rechtswege recht hebben op omgang – en anderen ten behoeve van wie een omgangsregeling kan worden vastgesteld.

Voor de eerste categorie gelden de hierboven genoemde ontzeggingsgronden, terwijl voor de tweede categorie geldt dat het verzoek wordt

(143) TK 1986 – 1987, 18964, nr. 6, p. 25, en in vele reacties daarna, tot in de laatste Nadere memorie van antwoord, EK 1988 – 1989, 18964, nr. 88b, p. 9.

(144) EK 1988 – 1989, 18964, nr. 88, p. 18.

afgewezen, indien het belang van het kind zich tegen toewijzing verzet. De grond voor afwijzing is hier bewust minder beperkend geformuleerd.

Beschouwing

In deze beschouwing wordt duidelijk de kant van de kritische commentatoren op de uitspraak van de Hoge Raad van 22 februari 1985 gekozen. (145) De Hoge Raad heeft met deze uitspraak niet alleen de familierechtelijke betrekking laten varen, waarvan in casu geen sprake was, maar heeft eveneens de eis van een gezinsverband of een effectief gezinsleven losgelaten waarop verzoeker in deze zaak zich wel degelijk kon beroepen. Hiermee is een eis komen te vervallen en een uitspraak gedaan die niet ingegeven was door het verzoek en ook niet aansloot bij de conclusie van A-G BiegmanHartogh, die stelde dat voor het recht op gezinsleven zoals neergelegd in art. 8 EVRM, de eis van erkenning niet behoeft te gelden: 'voor het Europees-rechtelijk begrip gezinsleven spelen voornamelijk duurzame sociale betrekkingen een rol'. De grond hiertoe werd dus niet geboden door de Europese rechtspraak. Ook De Boer verdedigt in 1984 nog dat 'family life' als een relatief begrip gezien moet worden en dat aan een verwekker die niets meer aan te voeren heeft, geen family life toekomt en zeker geen omgangsrecht. (146) Te vanzelfsprekend is de interpretatie van het begrip gezinsleven – zoals die inzake afstammingsrelaties in het Marckx-arrest gegeven is – overgenomen, waarmee bloedverwantschap niet alleen een basis meer vormde voor het vestigen van familierechtelijke betrekkingen, maar ook voor het doen vaststellen van een omgangsregeling.

Voorts is geen duidelijke omschrijving gegeven van het vereiste: dat verzoeker in zodanige betrekking staat of heeft gestaan dat hij met dit kind een gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM heeft, waar hier aan toegevoegd werd dat deze betrekking kan berusten 'op wettig ouderschap, op een erkenning, op biologisch ouderschap of op een andere relatie die voor de toepassing van art. 8 met de voorgaande op één lijn kan worden gesteld'. Met een dergelijke formulering is het begrip ge-

(145) Zoals dus niet ten onrechte voorspeld door De Boer in NJCM-bull. 10 (1985) 3, p. 215.

(146) J. de Boer, *Omgang als mensenrecht II, Omgangsrecht van anderen dan de van echt of tafel en bed gescheiden ouders*, NJB 1984, p. 414.

zinsleven en daarmee het mensenrecht op eerbiediging van het gezinsleven, geheel uitgehold en gedevalueerd.

Vervolgens is niet eens vereist dat aangetoond wordt dat verzoeker 'in een zodanige betrekking staat of heeft gestaan', maar slechts dat hij aan zijn verzoek 'een als gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM aan te merken betrekking tot het kind ten grondslag legt'. De eis dat de verzoeker slechts behoeft te stellen een gezinsleven te hebben, daargelaten het realiteitsgehalte van die stelling, is door verschillende auteurs zonder commentaar overgenomen. (147) Dat wil dus zeggen dat een ieder die stelt tot een kind in een zodanige betrekking te staan of te hebben gestaan, ontvankelijk verklaard moet worden in zijn beroep, waarna onderzocht dient te worden of deze betrekking inderdaad vastgesteld kan worden. Pas dan dient bekeken te worden wat de bijzondere kenmerken van die betrekking zijn en of er gezien de feitelijke situatie omstandigheden zijn die moeten leiden tot een ontzegging van een recht op omgang.

Dit wil dus zeggen dat er voor de toewijzing van het verzoek zware eisen gesteld zijn, 'waaraan niet vaak voldaan zal worden', aldus Alkema in zijn noot onder het arrest. Dat betekent dat er voor de vraag of iemand ontvangen kan worden in zijn beroep, een geheel ander begrip 'gezinsleven' en 'ouder' gehanteerd is dan voor de vraag of iemands verzoek toegewezen kan worden. Deze discrepantie is kennelijk niet algemeen als een bezwaar gezien en heeft er jarenlang niet toe geleid dat voor de ontvankelijkheid de betrekking tot het kind enige inhoud moet hebben.

Het gegeven dat een eventueel slechts op biologisch ouderschap gebaseerd verzoek om een omgangsregeling na een feitelijk onderzoek betreffende de relatie tussen verzoeker en het kind in vele gevallen afgewezen zou worden, bracht sommige auteurs er toe op te merken dat het in de praktijk weinig uitmaakte, gezien het uiteindelijk resultaat. (148) Een dergelijke opmerking kan alleen gemaakt worden door hen die de praktijk niet kennen. Het feit namelijk dat er door de raad voor de kindbescherming een onderzoek gedaan moet worden, kan op zichzelf al als een ernstige inbreuk op het gezinsleven van zowel

(147) J. de Boer, *Omgangsrecht, Omgang met het EVRM*, de HR gaat om, NJCM-bull. 10 (1985) 3, p. 214; A. Heida, *Omgangsrecht na verbroken concubinaat*, NJB 1985, p. 648; S.F.M. Wortmann, *Mensenrechten en Personen- en Familierecht*, NJCM-bull. 11 (1986) 2, p. 113.

(148) Zie bijvoorbeeld S.F.M. Wortmann in NJCM-bull. 11 (1986) 2, p. 116.

ouder-voogd als kind aangemerkt worden, evenals het soms jarenlang in onzekerheid en spanning verkeren hoe de procedure ten slotte zal uitvallen. Ook bij de ouder-niet-voogd worden verwachtingen gewekt, die veelal niet gerealiseerd worden, hetgeen evenzeer tot jarenlange onzekerheid en frustratie kan leiden.

Gesteld wordt dat de Hoge Raad door het minimaliseren van het begrip gezinsleven, waar het gaat om de ontvankelijkheidsvraag inzake verzoeken tot het vaststellen van een omgangsregeling, een basis heeft gelegd voor een systematische inbreuk op het recht op eerbiediging van het gezinsleven van de ouder-voogd en van het kind. Niet alleen heeft de Hoge Raad met deze ruime formulering, die veel procedures heeft uitgelokt, veel onzekerheid onder justitiabelen veroorzaakt, hij heeft tegelijkertijd de werklast van de rechterlijke instanties aanzienlijk verzwaard. Hoe onzinnig en weinig principieel dit argument ook moge klinken, het wordt terzijde genoemd omdat het van regeringszijde bij herhaling gebruikt wordt om kinderen de toegang – o.a. inzake omgangsregelingen – tot de rechter te ontfangen. (149) Het is aan de ene kant dus zeer gelukkig dat de Hoge Raad op 10 november 1989 weer om is gegaan en voortaan wel degelijk concrete omstandigheden eist voor de ontvankelijkheid van het verzoek. Het blijft aan de andere kant zorgwekkend dat daar kennelijk een uitspraak van het Europese Hof voor nodig was.

In het laatste wetsvoorstel Nadere regeling van de ouderlijke zorg voor minderjarigen en van de omgang wordt de biologische ouder niet zonder meer ontvankelijk verklaard, maar alleen die ouder die in familierechtelijke betrekking tot het kind staat. De verwekker moet dus eerst een daad stellen waaruit de eis van een nauwe persoonlijke betrekking zou moeten blijken. Aangezien hij echter volgens de voorstellen in het wetsontwerp over afstammingsrecht ook zonder de instemming van de moeder en/of het kind door rechterlijke tussenkomst in familierechtelijke betrekking tot het kind kan komen te staan, zou een verwekker toch in bijna alle gevallen omgangsgerechtigde kunnen zijn.

Tot de tweede categorie die kan verzoeken een omgangsregeling te doen vaststellen, behoren bloedverwanten in de tweede graad van het kind en diegenen die het kind ten minste één jaar in hun gezin verzorgd en opgevoed hebben. Van hen wordt tevens gevraagd dat zij in

(149) Zeer recent nog in de Notitie Rechtspositie minderjarigen, TK 1989–1990, 21309, p. 19.

een nauwe persoonlijke relatie tot het kind staan, ofwel dat zij zich op concrete omstandigheden kunnen beroepen waaruit een feitelijk gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM zou kunnen blijken. Hierin sluit de wetgever aan bij het grootmoederarrest van 15 mei 1987, waarin ook concrete omstandigheden werden vereist.

Aan anderen dan aan ouders in de eerste graad wordt dus de eis gesteld om het gezinsleven feitelijk in te kleuren. Het lijkt wenselijk en in overeenstemming met de recente jurisprudentie dat deze eis ook aan ouders in de eerste graad gesteld wordt, daar er niet in alle gevallen van uitgegaan mag worden dat er sprake is geweest van een feitelijk gezinsleven. Hiermee zou de discrepantie tussen de criteria voor ontvankelijkheid en toewijzing enigszins verkleind worden. Het mag toch niet voorkomen dat een biologische vader zijn omgangsrecht claimt en ontvankelijk verklaard wordt, nadat hij kort na de geboorte of zelfs al voor de geboorte van het kind de moeder heeft verlaten en zich nooit iets van het kind heeft aangetrokken. Het feit dat een ieder die meent in zijn recht op eerbiediging van zijn gezinsleven gekrenkt te zijn dit conflict aan een rechterlijke instantie moet kunnen voorleggen, betekent nog niet dat een ieder in zijn beroep ook ontvangen moet worden.

Wat de ontzeggingsgronden betreft, zou volstaan kunnen worden met de simpele formulering, die het meest aansluit bij de jurisprudentie en het best het evenwicht probeert te bewaren tussen partijen zoals het eerste en tweede lid van art. 8 EVRM eisen: indien de rechten van het kind en/of van andere betrokkenen zich daar tegen verzetten. Ook de laatstgenoemde ontzeggingsgrond kan rustig geschrapt worden, daar het horen van kinderen toch totaal zinloos zou zijn als rechters niet eens de mogelijkheid zouden hebben een omgang te ontzeggen als kinderen daar ernstige bezwaren tegen uiten en dat niet zouden interpreteren als in strijd met hun rechten.

Van een wederkerig recht op omgang tussen ouder en kind moet men maar niet spreken, zolang het voor kinderen niet mogelijk is om een verzoek in te dienen tot het vastleggen, nakomen, wijzigen of beëindigen van een omgangsregeling.

Inleiding

Naast eerbiediging van het gezinsleven van de verschillende gezinsleden blijft het een vraag in hoeverre het privé-leven van deze gezinsleden als autonome individuen – en met name het privé-leven van de meest kwetsbare gezinsleden: de kinderen – geëerbiedigd wordt.

In de eerste plaats is het hierbij van belang om na te gaan hoe het privé-leven van kinderen binnen het gezin gerespecteerd wordt, of met andere woorden, hoe het recht op privé-leven van kinderen zich verhoudt tot het ouderlijk gezag en in hoeverre de reikwijdte van het ouderlijk gezag beperkt.

Aangegeven zal worden dat, ook al hebben kinderen in principe geen mogelijkheid om tegen de ouders te ageren, zij in enkele zaken in kort geding ontvankelijk zijn verklaard en hoe in de rechtspraktijk een evenwicht gevonden wordt tussen de botsende rechten van kinderen en ouders.

In de tweede plaats is het belangrijk om te zien hoe het privé-leven van 'kinderen' – waarmee dan niet meer alleen gedacht wordt aan minderjarige kinderen ten opzichte van hun ouders maar aan kinderen als eigen individuen en afstammelingen van hun ouders, hoe oud ze ook zijn – door derden en door de staat gerespecteerd wordt.

Rechtspraak met betrekking tot het privé-leven van kinderen ten opzichte van het ouderlijk gezag

Een belangrijke zaak, waarbij het zowel ging om een afweging van het recht op eerbiediging van het privé-leven van een minderjarig meisje tegenover de ouderlijke macht als om de rechtvaardiging van inmenging in dit privé-leven door het openbaar gezag, was de zaak waarbij een medewerker van de Sosjale Joenit vervolgd werd wegens het verbergen of aan de nasporing van de politie onttrekken van een minderjarige, die onttrokken is of zich onttrokken heeft aan het wettig over hem gesteld gezag ... (art. 280 Sr). Na vijf beslissingen van nationale instanties die gingen over de strafbaarheid van de daad en de dader, werd niet alleen door de medewerker van de Sosjale Joenit,

maar ook door het minderjarig meisje een klacht ingediend bij de Europese Commissie. (150)

Haar grieven, waar het hier alleen om gaat, luidden – voor zover betrekking hebbend op art. 8 EVRM – : ‘Discrimination on the grounds of age should not take place when weighing the interests of a minor against those of the parents. The rigidity of the law which only favours the restoration of the parents’ rights destroys the right of a minor to privacy or in any case is a restriction thereof. By using its legal competence, the police acted against the interests of the minor and thus there is a violation of this Article.’

Ten aanzien van deze grieven besliste de Europese Commissie: ‘As a general proposition, and in the absence of any special circumstances, the obligation of children to reside with their parents and to be otherwise subjected to a particular control is necessary for the protection of children’s health and morals, although it might constitute, from a particular child’s point of view, an interference with his or her own private life.’ En vervolgens: ‘... that any interference by reason of her being forced to return to her parents, as provided for in the relevant Netherlands legislation and as enforced by the authorities, was both an exercise of respect for the life of her family and also necessary for the protection of her health and morals within the meaning of Art. 8(2) of the Convention.’

Terwijl in de eerdergenoemde zaken tegen het Verenigd Koninkrijk door het Europese Hof al wordt aangegeven dat het ouderlijk gezag valt onder de beschermingsomvang van art. 8 EVRM, wordt dit nog duidelijker gesteld in de zaak *Nielsen v. Denemarken*. Het Hof overweegt: ‘It should be observed at the outset that family life in the Contracting States encompasses a broad range of parental rights and responsibilities in regard to care and custody of minor children.’ En voorts: ‘Family life in this sense, and especially the rights of parents to exercise parental authority over their children, having due regard to their corresponding parental responsibilities, is recognized and protected by the Convention, in particular by Article 8.’ (151)

De vraag in deze zaak is of er gesproken kan worden van vrijheidsberoving nu de zoon, die een klacht indient wegens schending van art.

(150) ECRM 16 dec. 1974, Applic. nr. 6753/74, D&R 2 (1975), NJ 1975, 474; zie voor het spiegelbeeld EVRM 29 sept. 1976, Applic. nr. 6854/74, D&R 7, p. 81.

(151) EHRM 28 nov. 1988 in de zaak *Nielsen*, Publ. ECHR, Series A, Vol. 144, par. 61; NJCM-bull. 14 (1989) 5, p. 597, m.nt. van Verhey.

5 lid 1 EVRM, in een psychiatrische afdeling van een ziekenhuis geplaatst was op verzoek van de moeder, die het ouderlijk gezag uitoefent. Het Hof overweegt in par. 72: '... that the rights of the holder of parental authority cannot be unlimited and that it is incumbent on the State to provide safeguards against abuse ...'. En in par. 73 concludeert het Hof: '... that the hospitalization of the applicant did not amount to a deprivation of liberty within the meaning of Article 5, but was a responsible exercise by his mother of her custodial rights in the interest of the child.' Met een geringe meerderheid wordt geconcludeerd dat art. 5 in dit geval niet is geschonden, waarmee bij deze botsing van rechten tussen moeder en zoon het Hof de ouderlijke macht als voortvloeiend uit art. 8 EVRM laat prevaleren, terwijl een minderheid en de Commissie meer betekenis hechten aan het feit dat de jongen tegen zijn wil was opgenomen en zijn klacht honoreren.

Ongeveer tien jaar na de Sosjale Joenit-zaak nam een weggelopen, nog net minderjarig meisje zelf het initiatief, spande een kort geding aan tegen haar vader, die haar bij voortduring lastig viel en vorderde dat hij geen verdere inbreuken zou maken op haar persoonlijke levenssfeer. De vordering werd door de President van de Rechtbank te Amsterdam toegewezen, overwegende: 'dat zij geacht moest worden – gelet op haar persoon en haar leeftijd – in staat te zijn haar belangen voldoende te overzien en te behartigen.' En voorts: 'De gerechtvaardigde bescherming van de persoonlijke levenssfeer en vrijheid van het meisje bracht mee dat de vader zodanig in zijn vrijheid werd beperkt dat de belangen van het meisje beter werden gewaarborgd.' Daartegenover werd de reconventionele vordering van de vader, die terugkeer van het meisje in het ouderlijk gezin eiste, afgewezen. De rechtbank overwoog 'dat de uitoefening van de ouderlijke macht niet zover kan gaan dat de minderjarige tegen haar wil gedwongen kan worden in het ouderlijk huis te verblijven'. (152)

In een volgende zaak vordert een minderjarig meisje door middel van een bijzonder curator onder meer dat het haar ouders die zich jegens haar onrechtmatig gedragen hebben, verboden wordt met haar en haar vriend contact op te nemen of hun enige overlast of hinder te bezorgen. Op grond van de door beide ouders verrichte ontuchtige handelingen wordt de wens van het meisje om met haar ouders geen contact te hoeven hebben, begrijpelijk en gerechtvaardigd geacht. Haar

(152) Rb. Amsterdam 27 jan. 1983, RvdW/KG 1983, 72.

vordering wordt ingewilligd, waarmee haar recht op eerbiediging van haar privé-leven, dat door haar ouders zo zeer geschonden was, gehonoreerd wordt. (153)

In een dergelijke zaak werd door het Hof te Amsterdam het volgende overwogen: 'Uitgangspunt bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van de dochter als eisende partij in deze procedure is dat het hier gaat om het fundamentele recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid, waarvan de handhaving voor een ieder gewaarborgd dient te zijn.' (...) 'Processuele onbekwaamheid mag er dan ook niet toe leiden dat de minderjarige, in een concreet geval, in de uitoefening van zijn fundamentele rechten wordt belemmerd, want dat zou immers betekenen dat de bijzondere bescherming die het recht aan een minderjarige verleent, een inbreuk op diens rechten met zich brengt.' (154) Ten slotte dient een belangrijke uitspraak met betrekking tot de handlichting te worden vermeld. Hoewel art. 235 Boek I BW uitdrukkelijk bepaalt dat de ouders dienen in te stemmen met het verlenen van handlichting aan de minderjarige heeft de Hoge Raad de mogelijkheid van een redelijkheidstoetsing door de rechter aanvaard wanneer de ouders hun instemming weigeren. Deze grensverlegging wordt gemotiveerd met het feit dat de handlichting met voldoende waarborgen is omringd (leeftijd, beperkte bevoegdheden en intrekingsmogelijkheid) en met 'de huidige maatschappelijke opvattingen omtrent de positie van minderjarigen die 18 jaar of ouder zijn'. (155) In het bijzonder van belang is de conclusie van A-G Moltmaker, waarin hij stelt: 'het lijkt mij dan ook niet ondenkbaar dat er zich gevallen kunnen voordoen waarin de rechter een weg zal moeten vinden om het kind ontvankelijk te verklaren als dat voor de verwezenlijking van zijn recht op persoonlijke vrijheid als bedoeld in art. 5 EVRM c.q. zijn recht op eerbiediging van zijn privé-leven als bedoeld in art. 8 EVRM of zijn burgerlijke rechten als bedoeld in art. 6 EVRM noodzakelijk is.'

In genoemde zaken gaat het dus zowel om het recht op eerbiediging van het privé-leven van het kind ten opzichte van zijn ouders als om het recht van het kind om zijn fundamentele rechten te kunnen verwezenlijken. (156)

(153) Rb. Arnhem 13 juli 1988, rolnr. KG 1988/396, niet gepubliceerd.

(154) Hof Amsterdam 13 juli 1989, rolnr. 1408/88, niet gepubliceerd.

(155) HR 13 maart 1987, NJ 1988, 190.

(156) J.M. Sassenburg, *Proces(recht) voor jeugdigen*, in: *Kinderen en recht* (red.: M. de Langen, J.H. de Graaf en F.B.M. Kunneman), 1989.

In een tweede zaak tegen Nederland in Straatsburg betreffende het recht op privé-leven van kinderen, wordt door een vader in zijn eigen naam en in naam van zijn dochter een klacht ingediend wegens schending van het recht op eerbiediging van het privé-leven van de dochter, daar de Nederlandse wetgeving het niet mogelijk maakt in casu de persoon die haar seksueel heeft misbruikt, te vervolgen.

Het Hof is unaniem van oordeel dat het privé-leven van het meisje geschonden is en wijst de Nederlandse staat op haar verplichtingen een dergelijke schending te voorkomen: '... although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, 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 private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life in the sphere of the relations of individuals between themselves.' (157) Deze zaak heeft er toe geleid dat aan het meisje een 'billijke genoegdoening' is toegekend en dat de wet is gewijzigd in die zin, dat in een geval als het onderhavige de klacht ingediend kan worden door de wettelijke vertegenwoordiger. (158)

In de zaak *Gaskin v. het Verenigd Koninkrijk* ging het om een klacht over schending van het recht op eerbiediging van het privé-leven wegens weigering van inzage in een dossier. Gaskin was na overlijden van zijn moeder gedurende zijn gehele jeugd toevertrouwd geweest aan de zorg van de Liverpool City Council en wilde via kennisname van zijn dossier meer inzicht verwerven in zijn verleden en de behandeling die hij heeft moeten ondergaan. Het Hof oordeelt evenals de Europese Commissie dat het recht op eerbiediging van het privé-leven ook de toegang tot iemands dossier inhoudt, dat geen enkele van de in het tweede lid van art. 8 EVRM genoemde beperkingen van toepassing is en dat art. 8 EVRM dus is geschonden. (159)

(157) EHRM 26 maart 1985 in de zaak *X en Y v. The Netherlands*, Publ. ECHR, Series A, Vol. 91, par. 23; NJ 1985, 525.

(158) Wet van 27 febr. 1985, Stb. 115.

(159) EHRM 7 juli 1989 in de zaak *Gaskin*, nr. 10454/83, Publ. ECHR, Series A, Vol. 160.

Het Hof te Amsterdam kreeg de vraag voorgelegd of niet alleen inzage in maar ook afgifte van een kopie van een dossier dat in het kader van de uitvoering van kinderschermingsmaatregelen is opge maakt, geweigerd kan worden. Het hof overweegt dat de gedragslijn dat van een dossier wel inzage wordt verleend aan degene op wie dat betrekking heeft maar dat geen afschrift wordt afgegeven, niet onder alle omstandigheden gerechtvaardigd is, in verband met het recht van cliënten om geïnformeerd te zijn omtrent hetgeen aan gegevens die hun persoon of levenssfeer betreffen in het dossier is vermeld; het komt tot de conclusie dat in casu de gevraagde kopie van het omstre den stuk ten onrechte is geweigerd. (160)

Minder succesvol was een eiseres in een zaak waarin zij inzage vroeg in het dossier dat gegevens betreffende haar afstamming bevat, waarbij onder meer de vraag speelde of eiseres wel belanghebbende is bij het dossier van haar ongehuwde moeder. De rechtbank is van oordeel dat, ook al is de ongehuwde moeder reeds lang overleden, er nog steeds sprake is van een geheimhoudingsplicht voor de stichting en dat het algemeen belang dat in een hulpverleningsinstelling voor ongehuwde moeders moet kunnen worden gesteld, dient te prevaleren boven het particuliere belang van eiseres bij inzage in het dossier. (161) Deze uitspraak lijkt moeilijk te verenigen met de kort daarop door het Europese Hof gedane uitspraak in de zaak Gaskin.

In een recente zaak waarover de Hoge Raad te oordelen kreeg, staat de vraag centraal of kantmeldingen op de geboorteakten van kinderen waaruit blijkt dat een ouder van geslacht is veranderd, in strijd zijn met het recht op eerbiediging van het privé-leven van die kinderen. De Hoge Raad overweegt dat wanneer de openbare registers van de burgerlijke stand zodanig zijn ingericht dat daaruit blijkt of kan blijken dat iemands ouder van geslacht is veranderd, er sprake is van een niet gerechtvaardigde inmenging van het openbare gezag met betrekking tot diens privé-leven en derhalve van inbreuk op zijn door art. 8 EVRM gewaarborgde recht. De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het hof en treft zelf zodanige voorzieningen dat het recht van de kinderen op privacy wel ten volle wordt geëerbiedigd. (162)

(160) Hof Amsterdam 30 juni 1988, NJ 1989, 326.

(161) Rb. Breda 20 juni 1989, NJ 1989, 726; FJR II (1989) 7, p. 168, m.nt. van Vlaardingerbroek.

(162) HR 15 sept. 1989, RvdW 1989, 206.

Uit de weergegeven jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat er een ontwikkeling gaande is waarbij het privé-leven van kinderen ten opzichte van hun ouders steeds meer erkenning vindt. In verschillende procedures wordt bovendien het recht van kinderen om hun fundamentele rechten – waaronder in de eerste plaats het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé-leven gerekend wordt – te kunnen verwezenlijken, als logische consequentie gezien.

Ook wordt de mogelijkheid van kinderen om via een bijzonder curator tegen de ouders te procederen in ruimere zin toegelaten dan aanvankelijk bedoeld is geweest. Hoewel theoretisch gezien kinderen hiermee weer afhankelijk worden van een derde die voor hen procedeert, maakt het in de praktijk weinig uit of een kind door een advocaat/procureur in de procedure bijgestaan wordt of dat een advocaat als bijzonder curator voor het kind procedeert.

Ook wordt in de procedures het recht op eerbiediging van het privé-leven van 'kinderen' als (oud)cliënten of als eerst-belang- en recht-hebbenden door derden en de staat erkend in die zin dat hun geen gegevens onthouden mogen worden die betrekking hebben op hun privé-leven en dat hun privé-leven niet door ambtelijke handelingen geschonden mag worden. Alleen de uitspraak van de Rechtbank Breda, waarin aan het 'kind' – inmiddels een vrouw van 62 jaar – inzage in het dossier dat gegevens over haar afstamming bevat, onthouden werd, is niet te rijmen met het fundamentele recht van een 'kind' om voorlichting te verkrijgen over zijn afstamming. Niet iedereen zal gelukkig zijn met de belangenafweging, waarbij de geheimhoudingsplicht tegenover de overleden ongehuwde moeder als cliënt van de instelling prevaleerde boven het recht van de dochter op inzage in gegevens over haar afstamming. (163)

Hoewel er in de jurisprudentie dus een duidelijke tendens is waar te nemen, waarbij het recht van kinderen als gezinsleden en als burgers in toenemende mate erkend wordt, is deze tendens in de wetgeving in het geheel niet terug te vinden. Vrijwel alle voor dit onderwerp relevante recent aangenomen wetten, (164) ingediende wetsontwerpen,

(163) Zie o.a. kamervragen Just. 2888906820 d.d. 22 juni 1989.

(164) Wet van 30 aug. 1984 tot wegneming van een aantal ongelijkheden tussen man en vrouw in het personen- en familierecht, Stb. 404, art. 31 lid 1 en 2 Boek 1 BW.

(165) regeringsnotities, (166) en voorstellen van wet, (167) zijn er op gericht de overheidsbemoeienis met het leven van kinderen te bevorderen of uit te breiden, waarbij het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en/of gezinsleven consequent genegeerd wordt.

OVERHEIDSINMENGING IN HET GEZINSLEVEN

Inleiding

Wanneer ouders de aan hen opgelegde verplichtingen hun kinderen te verzorgen en op te voeden niet naar behoren vervullen, is de overheid geroepen ter bescherming van de rechten van die kinderen zich te bemoeien met de wijze waarop de ouders hun ouderlijk gezag inhoud geven. Enerzijds dient de overheid de autonomie van het gezin zoveel mogelijk te respecteren en rekening te houden met het recht op eerbiediging van het gezins- en privé-leven van de verschillende gezinsleden. Anderzijds dwingt het recht de overheid om kinderen als zwakkere gezinsleden te beschermen tegen hun ouders, indien deze misbruik maken van hun sterkere positie of hun verplichtingen ten opzichte van hun kinderen verwaarlozen. Deze twee taken kunnen natuurlijk op gespannen voet met elkaar komen te staan. Het betekent dat de overheid zelf zoveel mogelijk voorwaarden dient te scheppen om het ouders mogelijk te maken hun verplichtingen na te komen en het gezin in stand te houden, voordat zij in het gezinsleven mag interveniëren en ten behoeve van de kinderen het ouderlijk gezag mag beperken of zelfs ontnemen.

Een grote vraag is hoe de overheid deze beide taken in evenwicht weet te brengen en wanneer zij aanleiding ziet om in het gezinsleven

(165) TK 1984 – 1985, 18964, Nadere regeling van de omgang in verband met scheiding; TK 1989 – 1990, 21327, Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en andere wetten in verband met de herziening van het strafrecht voor jeugdigen.

(166) TK 1987 – 1988, 20547, Notitie: Adoptie anders dan door een echtpaar; TK 1988 – 1989, 20706, Notitie: Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap; TK 1989 – 1990, 21309, Notitie: Rechtspositie minderjarigen.

(167) Voorontwerp van wet Herziening van het naamrecht, okt. 1984; Wetsvoorstel Nadere regeling van de ouderlijke zorg voor minderjarige kinderen en van de omgang, mei 1986; Voorontwerp van wet Herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht, nov. 1988.

te interveniëren, waarbij in ieder geval het recht van ouders op eerbiediging van hun gezinsleven geschonden wordt. Deze inbreuk op het gezinsleven van ouders zal bij kinderbeschermingsmaatregelen gerechtvaardigd moeten kunnen worden als noodzakelijk ter bescherming van de gezondheid of de goede zeden en/of de rechten en vrijheden van het desbetreffende kind.

Voorts dient in het oog gehouden te worden dat, wanneer de overheid stelt ter bescherming van de rechten van het kind in het gezinsleven in te moeten grijpen, niet alleen het recht van ouders op eerbiediging van hun gezinsleven geschonden wordt, maar tevens het recht van kinderen op hun privé- en gezinsleven geschonden kan worden. Ook hier kan dus sprake zijn van een grote spanning tussen enerzijds het respecteren van het privé- en gezinsleven van kinderen door de overheid en anderzijds haar rechtsbeschermende taak ten aanzien van die kinderen en is het eveneens een vraag hoe de overheid tussen beide een evenwicht weet te brengen. Deze vraag is van groot belang, daar het recht op eerbiediging van het gezinsleven in de eerste plaats bescherming biedt tegen onrechtmatig overheidsoptreden en het steeds ter discussie behoort te staan hoever overheidsbemoeienis met het gezinsleven gaat en zou mogen gaan.

De vraag of kinderen aan het recht op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven rechten kunnen ontnemen om zich tegen de overheid als hun rechtsbeschermers te verzetten en in rechte op te treden en of aan hen het recht toekomt om tegen de overheid als schender van hun rechten een klacht in te dienen, is elders uitvoeriger behandeld. (168)

Rechtspraak

Hoewel er niet veel uitspraken over toepassing van kinderbeschermingsmaatregelen in de jurisprudentie te vinden zijn, valt wel te constateren dat tot voor kort in de meeste gevallen de door de raad voor de kinderbescherming verzochte en door de rechtbank uitgesproken maatregel door de hogere rechterlijke instanties bekrachtigd werd en er slechts van een zeer marginale toetsing gesproken kon worden. Er werden nauwelijks eisen gesteld aan een specificatie van de gronden – bedreiging met zedelijke of lichamelijke ondergang, onmacht of

(168) M. de Langen, Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven door de overheid, in: *Kinderen en recht* (red.: M. de Langen, J.H. de Graaf en F.B.M. Kunneman), 1989.

ongeschiktheid van de ouders – of van het belang dat met de ingreep gediend werd.

Pas de laatste jaren is er in procedures waarin verzocht wordt in het belang van het kind een kinderbeschermingsmaatregel te nemen, een beroep gedaan op art. 8 EVRM.

Eind 1986 overweegt de Hoge Raad nog dat, wanneer het hof zich verenigt met het oordeel van de kinderrechter dat de voorwaarde in art. 254 lid 1 Boek 1 BW is vervuld, het hof heeft nagegaan of het kind zodanig opgroeit dat het met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd en het hof bovendien geen deugdelijk alternatief aanwezig acht, dit oordeel van het hof niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd is, ook niet in het licht van art. 8 EVRM. (169)

Een jaar later echter gaat de raad voor de kinderbescherming in cassatie tegen de uitspraak van het hof, dat met vernietiging van de beschikking van de kinderrechter het verzoek tot ondertoezichtstelling heeft afgewezen en klaagt er over dat het hof een 'te beperkte' uitleg van art. 254 lid 1 BW I heeft gegeven. De raad voor de kinderbescherming 'is van oordeel, dat reeds de mogelijkheid van dreiging voor toepassing van art. 254 lid 1 voldoende is'. Door de advocaat-generaal wordt geconcludeerd en door de Hoge Raad overgenomen, dat de enkele mogelijkheid van bedreiging voor de toepassing van een ondertoezichtstelling onvoldoende basis biedt, maar dat er pas een grond is wanneer 'concrete, niet mis te verstane, aanwijzingen voor die dreiging aan de dag treden'. (170)

Een andere recente zaak, waarin de Hoge Raad in tegenstelling tot de rechtbank en het hof de raad voor de kinderbescherming in zijn verzoek niet volgde, had betrekking op de gronden voor gedwongen ontheffing. In het cassatiemiddel werd door de ouders gesteld, dat ten onrechte en in strijd met het belang van het kind tot deze te vergaande maatregel besloten is en daarmee een niet te rechtvaardigen inbreuk is gemaakt op art. 8 EVRM. De Hoge Raad overwoog dat, terwijl het belang van het kind voortzetting van de plaatsing vergt, onder omstandigheden niet kan zijn voldaan aan de door art. 268 lid 2a voor gedwongen ontheffing gestelde voorwaarde en de maatregel een niet te rechtvaardigen inbreuk op het gezinsleven maakt. (171)

(169) HR 28 nov. 1986, NJ 1987, 212.

(170) HR 20 nov. 1987, NJ 1988, 657.

(171) HR 13 mei 1988, NJ 1989, 396; in dezelfde zin HR 13 nov. 1987, NJ 1988, 466.

In een zaak die de Hoge Raad in 1982 te behandelen kreeg, deed de vader van een Marokkaans meisje dat onder toezicht was gesteld en uit huis geplaatst, een beroep op art. 27 Bupo-verdrag en op art. 8 EVRM. De Hoge Raad overwoog dat het hof het beroep op art. 27 terecht had verworpen op grond van het feit dat het daarin neergelegde recht om de eigen cultuur te beleven en de eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen, niet zodanig mag worden uitgeoefend dat het de rechten en vrijheden van anderen, in casu de dochter, dreigt aan te tasten. Eveneens faalde het beroep op art. 8 EVRM, nu de ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing moeten worden aangemerkt als nodig voor de bescherming van de rechten en vrijheden van de minderjarige, als bedoeld in art. 8 lid 2. (172) Alkema merkt in zijn noot onder het arrest op dat het hier noodzakelijk was vast te stellen welk cultuurpatroon bij het meisje de overhand had, aangezien art. 8 EVRM tevens het Mohammedaans gezinsleven beschermt.

Zeker zou dat van belang geweest zijn indien de vader een klacht had ingediend bij de Europese Commissie, die namelijk eerder overwoog dat eerbiediging van het gezinsleven in principe eerbiediging van een wijze van opvoeden omvat die verschilt van die welke in een bepaalde maatschappij gebruikelijk is, mits de betrokken behandeling niet als misdadig en strafbaar volgens de in de verdragsstaten heersende maatstaven beschouwd moet worden. (173)

Dat met de rechten van ouders bij het nemen van kinderbeschermingsmaatregelen en bij de uitvoering daarvan ook in andere landen niet altijd zorgvuldig wordt omgegaan, bewijst een vijftal arresten van het Europese Hof naar aanleiding van klachten van Engelse ouders over schending van zowel art. 8 als art. 6 lid 1 EVRM.

Eén van de uitgangspunten in deze arresten was: 'The exercise of parental rights and the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitute fundamental elements of family life.' Voorts werd gesteld dat ontzetting uit of ontheffing van de ouderlijke macht aan de ouders niet automatisch het recht op omgang ontnemt, dat – juist omdat de eenmaal genomen maatregelen onomkeerbaar kunnen zijn – de ouders in voldoende mate betrokken moeten worden bij de besluitvorming om hun belangen te kunnen

(172) HR 1 juli 1982, NJ 1983, 201.

(173) ECRM 4 mei 1982, Applic. nr. 9523/81, X. v. Bondsrepubliek Duitsland, niet gepubliceerd.

verdedigen en dat de besluitvorming binnen een redelijke termijn moet plaatsvinden.

In alle vijf zaken werd door het Hof – al was dat op verschillende gronden – vastgesteld dat zowel art. 8 als 6 lid 1 EVRM geschonden was. (174)

In de zaak *Dunkel v. Duitsland* (175) is door een moeder een klacht ingediend in haar eigen naam en in naam van haar zoon over schending van art. 8 EVRM, daar haar de voogdij over haar zoon is ontnomen, haar zoon buiten haar medeweten en tegen haar wil van school is weggehaald en zijn verblijfplaats voor haar geheim is gehouden. Zij beroept zich op haar recht om haar zoon op te voeden en zijn recht om door zijn ouder opgevoed te worden.

De Europese Commissie overwoog dat de moeder, al is zij op het moment van de klacht niet de wettelijk vertegenwoordigster van haar zoon, wel bevoegd is mede namens haar zoon te klagen, daar de klachten gaan over de beslissing waarbij haar het gezag ontnomen is en de wijze waarop deze beslissing is uitgevoerd. Vreemd is daarom dat de Europese Commissie overweegt: 'That the decisions taken by the German courts were reasonable in the circumstances, and that the interference with the applicant's right to respect for family life was justified under art. 8, para. 2 of the Convention, as being necessary in a democratic society for the protection of the health and morals and the rights and freedoms of others, namely the child concerned.'

Terwijl dus geaccepteerd is dat mede namens de zoon is geklaagd over inbreuk op het recht dat hij aan art. 8 EVRM kan ontnemen, wordt deze inbreuk gerechtvaardigd geacht ter bescherming van de rechten van de zoon. De zoon kan toch moeilijk als een ander beschouwd worden – zoals vaak het geval is – de rechten die hij aan art. 8 EVRM kan ontnemen, blijkt duidelijk dat er van een verschillende interpretatie sprake is van die rechten en biedt deze formulering onvoldoende rechtvaardiging. Overigens wordt de klacht ontvankelijk verklaard voor zover die betrekking heeft op de wijze waarop de beslissing is uitgevoerd.

Voorts kreeg het Europese Hof twee zaken tegen Zweden te behande-

(174) EHRM 8 juli 1987 in de zaken *W, B, R, O, H v. UK*, Publ. ECHR, Series A, Vol. 120/121; NJCM-bull. 13 (1988) 1, p. 37; NJ 1988, 828.

(175) ECRM 11 juli 1985, Applic. nr. 10812/84, niet gepubliceerd.

len. In de eerste zaak, waarin door ouders geklaagd werd wegens schending van art. 8 EVRM in verband met genomen maatregelen en plaatsing van hun kinderen ver van huis, achtte het Hof art. 8 EVRM geschonden, niet door de beslissing van de maatregel zelf, maar door de uitvoeringsmaatregelen.

Ten aanzien van de maatregel werd geconcludeerd 'that the impugned decision was supported by "sufficient" reasons and that, having regard to their margin of appreciation, the Swedish authorities were reasonably entitled to think that it was necessary to take the children into care, especially since preventive measures had proved unsuccessful'.

Wat de uitvoering van de maatregel betreft, werd door het Hof opgemerkt dat, nu er geen sprake was van adoptie van de kinderen, 'the care decision should therefore have been regarded as a temporary measure, to be discontinued as soon as circumstances permitted, and any measures of implementation should have been consistent with the ultimate aim of reuniting the Olsson family'.

Geconcludeerd werd: 'the measures taken in implementation of the care decision were not supported by "sufficient" reasons justifying them as proportionate to the legitimate aim pursued. They were therefore, notwithstanding the domestic authorities' margin of appreciation, not "necessary in a democratic society". (176)

In de tweede zaak betroffen de klachten van een moeder en haar dochter weer zowel art. 8 als art. 6 lid 1 EVRM. Wegens het feit dat het de moeder na het opheffen van een maatregel verboden was om haar dochter uit het pleeggezin te halen, alsook dat er beperkingen waren met betrekking tot de omgang en dat de sociale dienst er niet in geslaagd was moeder en dochter te herenigen, concludeert het Hof ten aanzien van beide klagsters unaniem tot schending van art. 8 EVRM. Bovendien vormde het ontbreken van een beroepsmogelijkheid tegen de beslissing van de sociale raad volgens het Hof een inbreuk op art. 6 lid 1 EVRM. (177)

Interessant in deze zaak is dat bij de overwegingen of met de inbreuk op het recht van de moeder een rechtmatig doel gediend was, overwogen werd dat er inderdaad sprake was van inbreuken op het recht van

(176) EHRM 24 maart 1988 in de zaak Olsson, Publ. ECHR, Series A, Vol. 130; NJCM-bull. 13 (1988) 4, p. 362.

(177) EHRM 22 juni 1989 in de zaak Eriksson, Publ. ECHR, Series A, Vol. 156, samengevat in NJB 1989, p. 1253 - 1254.

de moeder maar dat deze een rechtmatig doel hadden, namelijk de bescherming van de gezondheid en de rechten van de dochter (par. 66 en 67). Vervolgens wordt overwogen dat de ernstige en langdurige beperkingen van de omgang tussen moeder en dochter, in samenhang met de lange duur van het verbod de dochter uit het pleeggezin te halen, niet als noodzakelijk in een democratische samenleving beschouwd kunnen worden, daar de inmenging niet evenredig is aan het beoogde doel (par. 71). Ten slotte wordt overwogen dat de moeder als wettelijk vertegenwoordigster ondanks volgens de staat conflicterende belangen namens haar dochter een klacht kan indienen. Ook deze klacht van de dochter wordt gehonoreerd, daar de feitelijke en juridische situatie het moeder en dochter onmogelijk maken om elkaar te ontmoeten en met het oog op een hereniging hun relatie te ontwikkelen (par. 88 en 89).

Hieruit blijkt dus dat eerst de rechten van de dochter, waarmee bedoeld zal zijn het recht op het leven in haar pleeggezin (par. 57), een rechtvaardiging opleveren voor een inbreuk op de rechten van de moeder en dat vervolgens de rechten van de dochter ex art. 8 EVRM, waarmee bedoeld wordt het gezinsleven met haar moeder, geschon- den geacht worden. Het gaat dus om de moeilijke afweging welk recht moet prevaleren wanneer eerbiediging van het gezinsleven van één persoon tegelijkertijd een schending betekent van een ander gezinsleven van diezelfde persoon. Extra problematisch is het wanneer het kinderen betreft die gezien hun leeftijd en ontwikkelingspeil zelf de prioriteit nog niet aan kunnen geven en het toch weer anderen zijn die de prioriteit zullen moeten bepalen.

Beschouwing

Naar aanleiding van de rechtspraak in Straatsburg inzake kinderbeschermingsmaatregelen kan geconcludeerd worden dat het opleggen van de maatregelen zelf als een gerechtvaardigde inbreuk op het gezinsleven van de ouders beoordeeld werd, niet echter de procedure die leidde tot de inmenging en evenmin de uitvoering van de maatregel. Dat wil dus zeggen dat er aan ouders tegenover het overheidsop-treden onvoldoende processuele rechtswaarborgen geboden worden en onvoldoende mogelijkheden om zich tegen uitvoeringsmaatregelen te verweren.

Ook in ons land zijn de informele klachten tegen kinderbeschermingsmaatregelen niet zozeer gericht tegen de gronden voor en de

toepassing van deze maatregelen, maar voornamelijk tegen de ongelijkwaardigheid van partijen in de procedure, tegen de uitvoering van de maatregel en het ontbreken van mogelijkheden tot verweer tegen deze uitvoering.

Met name met onze ondertoezichtstelling, met de beslissingen die binnen deze maatregel veelal ambtshalve genomen kunnen worden en met de eventueel daarop volgende gedwongen ontheffing van de ouderlijke macht, is aan de overheid een zeer ruime en oncontroleerbare bevoegdheid gegeven om als parens patriae ter bescherming van de belangen van kinderen in het gezinsleven op te treden. Tegen de te ruime toepassing van deze maatregelen zelf is in de recente jurisprudentie door de Hoge Raad op grond van art. 8 EVRM stelling genomen.

Eveneens blijven in ons recht de processuele rechten van de ouders – om van die van de kinderen maar niet te spreken – tegen deze inmenging in het gezinsleven van overheidswege zeer onvoldoende, in het bijzonder bij de zogenaamde voorlopige maatregelen. Deze voorlopige maatregelen – de voorlopige ondertoezichtstelling en de voorlopige toevertrouwing aan de raad voor de kinderbescherming, maatregelen die een ernstige inbreuk op het gezinsleven kunnen maken – kunnen genomen worden, zonder dat er een termijn gesteld is waarbinnen een definitieve beslissing genomen moet worden en zonder de mogelijkheid tegen een eenmaal genomen beslissing in hoger beroep te gaan. Een beslissing tot voorlopige ondertoezichtstelling kan zelfs genomen worden zonder dat ouders en kinderen van twaalf jaar of ouder gehoord behoeven te worden. Ondanks meer geuite bezwaren tegen het ontbreken van processuele waarborgen in dezen (178) is wetswijziging ter verbetering van deze positie binnenkort niet te verwachten. (179)

Alvorens tot een definitieve beperking of ontneming van de ouderlijke macht of voogdij overgegaan kan worden, worden ouders in ieder geval in staat gesteld om zich te verweren, waarna tegen een eenmaal genomen beschikking hoger beroep mogelijk is. Anders is dit voor kinderen, van wie de rechten door de overheid beschermd dienen te worden, maar waarvoor de overheid maatstaven hanteert die niet altijd overeen behoeven te komen met de opvattingen van de

(178) Bijvoorbeeld H. Krooi, De voorlopige ondertoezichtstelling: over de wanorde en de orde-maatregel, FJR 7 (1985) 6, p. 173.

(179) Zie art. 879 Rv in voorontwerp Herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht, nov. 1988.

kinderen over hun rechten. Dat wil zeggen dat met de beoogde bescherming van rechten van kinderen met name in de uitvoeringsfase tegelijkertijd inbreuk gemaakt kan worden op hun recht op eerbiediging van zowel hun gezins- als privé-leven. Nu algemeen aangenomen is dat kinderen aan art. 8 EVRM rechten kunnen ontleen, behoort hun ook de mogelijkheid geboden te worden om zich ten opzichte van de overheid, die zich steeds indringender is gaan inlaten met het leven van haar burgers – volwassenen en kinderen –, op deze rechten te beroepen. Toekenning van dit recht aan kinderen ten opzichte van de overheid is niet alleen een juridische consequentie van het toekennen van mensenrechten aan alle burgers, maar kan ook de relatie tussen kinderen en ouders ofwel het gezinsleven ten goede komen.

Een voorstel tot wetswijziging in de hier bedoelde zin is evenmin binnenkort te verwachten, daar de overheid meent zich in steeds verdergaande vorm te moeten bemoeien met het opgroeien van kinderen. Verwacht mag echter wel worden dat de aanzetten in de jurisprudentie, waarbij wel degelijk erkend wordt dat kinderen zich op hun fundamentele rechten moeten kunnen beroepen, tot een bredere erkenning zullen leiden.

Wat de kinderbeschermingsmaatregelen betreft, dient ten slotte door de rechter gemotiveerd te worden dat en waarom de inbreuk op het gezinsleven gerechtvaardigd is als nodig in een democratische samenleving ter bescherming van de gezondheid of de goede zeden of ter bescherming van de rechten en vrijheden van het kind en kan niet alleen met deze formulering volstaan worden.

SLOTBESCHOUWING

Op vele gebieden binnen het familierecht is in de rechtspraak een beroep gedaan op art. 8 EVRM. Niet in alle gevallen is de vraag beantwoord of een bepaald recht onder de beschermingssfeer van het eerste lid van art. 8 EVRM valt, zoals het recht om te adopteren en geadopteerd te worden.

Onduidelijk blijft het vervolgens in hoeverre in ons recht gegeven beperkingen van het recht dat door het eerste lid van art. 8 EVRM beschermd wordt, zich laten voegen in het tweede lid, dus wanneer een inbreuk gerechtvaardigd geacht wordt. De verschillende uitspraken doornemend, is het voor een buitenstaander niet goed te volgen

welke criteria door de Hoge Raad zijn gehanteerd om bepaalde nationale beperkende bepalingen buiten toepassing te laten. Evenmin wordt duidelijk waarom bepaalde wettelijke regelingen al of niet gedragsconform geïnterpreteerd zijn.

De rechtszekerheid – vaak een belangrijk criterium – is bepaald niet gediend geweest met bijvoorbeeld de uitspraak waarbij art. 224 lid 1 – de toestemming van de moeder voor erkenning – buiten toepassing is gelaten of met de uitspraak waarbij bepalingen inzake gezagsverkrijging gedragsconform zijn geïnterpreteerd zodat gezamenlijke ouderlijke macht aan ongehuwden toegekend kon worden. Is met de uitspraken dan zoveel mogelijk gezocht naar aansluiting bij gewijzigde maatschappelijke omstandigheden en opvattingen? Van laatstgenoemde uitspraak zou men dat wel kunnen zeggen. Dat gaat dan echter weer niet op voor de gestelde voorwaarde om met gezamenlijk gezag bekleed te worden, het staan in familierechtelijke betrekking, daar juist deze voorwaarde vele maatschappelijk algemeen aanvaarde categorieën ouderparen weer uitsluit.

Is de richtsnoer dan voornamelijk geweest: de gelijke behandeling waartoe art. 14 EVRM dwingt? Wat de omgangsregeling betreft, is de Hoge Raad inderdaad zover gegaan dat ieder die zich ouder noemde en stelde dat hij tot een kind in zodanige betrekking staat of heeft gestaan dat hij met dit kind een 'gezinsleven' in de zin van art. 8 EVRM heeft, zonder enig onderscheid ontvangen diende te worden in zijn verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling. Om met het ouderlijk gezag bekleed te kunnen worden, is daarentegen een voorwaarde gesteld die weer een ongerechtvaardigd onderscheid oplevert.

Een vraag blijft natuurlijk of het wel mogelijk is om zowel de rechtszekerheid te dienen – althans niet ernstig te verstoren – en tevens te voldoen aan de eis van gelijke behandeling en het aansluiten bij gewijzigde maatschappelijke omstandigheden en opvattingen, die weer kunnen leiden tot zeer uiteenlopende en niet altijd te voorziene verzoeken.

De algemene vraag blijft of art. 8 jo. 14 EVRM wel als richtsnoer kan dienen voor de rechtspraak en de wetgeving. Alles overziend, lijkt dit wel mogelijk, wanneer tenminste sprake is van een zorgvuldige afweging van de rechten die alle betrokkenen aan art. 8 kunnen ontleenen en er een evenwicht bereikt wordt tussen het eerste en tweede lid van art. 8 EVRM. Dat dit bij reeds ingediende wetsontwerpen of andere voorstellen van wet niet altijd gebeurd is, maar er een selectief beroep

op art. 8 EVRM is gedaan, is verschillende malen aangegeven. Ook dient onderkend te worden dat aan het door art. 8 EVRM beschermde recht niet op alle gebieden binnen het familierecht, laat staan op andere rechtsgebieden, een zelfde betekenis toegekend kan worden.

NAWOORD

Geconstateerd moet ten slotte worden, dat mede onder invloed van art. 8 EVRM ouders kinderen steeds meer als eigendom en als consumptiegoed zijn gaan beschouwen. Ouders beroepen zich soms al op een recht om kinderen te krijgen. En als dat niet op een natuurlijke wijze lukt, dan moet dat via een medische vorm van kinderen krijgen of via een juridische vorm, namelijk via adoptie. Ook kunnen zij al een kind bestellen en het vervolgens weer weigeren als het produkt niet aanstaat.

Voorts leggen ouders in vele betekenissen, namelijk biologische, juridische en verzorgende ouders, steeds meer claims op kinderen. Zij eisen erkenning van kinderen, gezag over kinderen, adoptie en omgang met kinderen; en op grond van het discriminatieverbod kunnen geen ouders uitgesloten worden. Maar kinderen hebben niets te eisen, zij worden hooguit gehoord in de desbetreffende procedures. Hun positie is relatief gezien in de tachtiger jaren slechter geworden, al wordt veelal het tegendeel gesuggereerd. De fundamentele rechten van kinderen worden in ons recht nog nauwelijks erkend of, wanneer zij al erkend zijn, worden kinderen niet competent geacht om ze zelf te realiseren.

Moge dit preadvies ertoe bijdragen dat het recht van het kind op eerbiediging van zijn privé- en gezinsleven door ouders, door derden, en door de overheid, meer aandacht zal krijgen.

DEEL IV

HET RECHT OP GEZINSLEVEN IN HET EUROPEES VERDRAG EN HET VREEMDELINGENRECHT

Preadvies prof. mr. A. H. J. Swart

1. INLEIDING, 187
 2. GEZINSLEVEN EN PRIVÉ-LEVEN, 190
Gezinsbetrekkingen, 191
Gezinsleven, 193
Privé-leven, 198
 3. EERBIEDIGING VAN HET GEZINSLEVEN, 199
Eerbiediging en verblijfsrecht, 199
Inmenging in het gezinsleven, 206
De gerechtvaardigdheid van belemmeringen van het gezinsleven, 211
 4. HET RECHT OP GEZINSLEVEN EN GELIJKE BEHANDELING, 222
 5. HET NEDERLANDSE VREEMDELINGENRECHT, 225
De wetgeving, 225
Het beleid, 228
 6. NIEUWE WETGEVING, 250
- LITERATUUR, 263
- ONTVANKELIJKHEIDSBESLISSINGEN EUROPESE COMMISSIE, 269
- AFHANDELING ONTVANKELIJK VERKLAARDE KLACHTEN, 272

*Het recht op gezinsleven in het Europees Verdrag en het
vreemdelingenrecht*

I INLEIDING

1. Art. 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) garandeert een ieder het recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling. Nauw verband met deze bepaling houden art. 12 EVRM, dat handelt over het recht om te huwen en een gezin te stichten, en art. 14 EVRM, met zijn gebod van gelijke behandeling.

In het genot van deze rechten kan het vreemdelingenrecht ingrijpen. En wel op een wijze en in een mate die zich moeilijk vergelijken laat met wat zich in andere sferen aan ingrepen kan voordoen. Dat geldt niet voor het huisrecht en het recht op ongestoorde correspondentie, reden waarom ik in dit preadvies aan deze rechten geen aandacht zal besteden. Het geldt ook maar in beperkte mate voor het recht op een privéleven. De eigen problematiek van het vreemdelingenrecht heeft vooral te maken met het recht op gezinsleven, of beter: familieleven. En daarin staat weer het gegeven centraal dat het weigeren van een verblijfstitel of het ontnemen daarvan aan een persoon het de betrokkene en anderen onmogelijk kan maken van hun recht op gezinsleven te genieten op het grondgebied van een staat.

2. In de landen die partij zijn bij het Europees Verdrag, leven miljoenen personen wier status als vreemdeling kan meebrengen dat het hen onmogelijk is een gezinsleven te leiden op het grondgebied van de staat waar zij wonen. Een onmogelijkheid die in vele gevallen ook gevolgen heeft voor staatsburgers van deze landen. Overal horen bovendien problemen van gezinshereniging en gezinsvorming tot de maatschappelijk zeer belangrijke en gevoelige onderwerpen. In zoverre komt aan art. 8 EVRM een grote potentiële betekenis toe.

De werkelijkheid is echter anders. De betekenis van de verdragsbepaling voor het vreemdelingenrecht is in de afgelopen decennia uiterst bescheiden geweest. Zij valt bijvoorbeeld in het niet bij de importantie die art. 6 EVRM voor het strafprocesrecht heeft of art. 8 EVRM zelf voor het personen- en familierecht. Een enkele uitzondering daargelaten, zijn de ontwikkelingen die zich in deze periode in de landen van de Raad van Europa hebben voorgedaan, nauwelijks rechtstreeks beïnvloed door art. 8. Dit gebrek aan belang voor het wel en wee van gezinsrelaties van vreemdelingen, is vooral toe te schrijven aan de koers die de Europese Commissie voor de rechten van de mens al in de jaren vijftig is ingeslagen. Zij heeft zich toen op het standpunt gesteld dat het weigeren of het ontnemen van een verblijfstitel aan een vreemdeling geen inmenging in diens gezinsleven vormt wanneer degenen met wie de betrokkene dit gezinsleven leidt, in de gelegenheid zijn, hem (vrijwel nooit haar) te volgen om het elders voort te zetten.

Anderzijds moet men de betekenis van art. 8 EVRM, zoals in Nederland nog vaak het geval is, ook weer niet onderschatten. Per 1 januari 1990 had de Europese Commissie een zeventiental klachten ontvankelijk verklaard, waarvan elf in de jaren tachtig. (1) Twee daarvan, de klachten van Berrehab en Taspinar, waren tegen Nederland gericht. In de afgelopen jaren heeft ook het Europese Hof tweemaal de gelegenheid gehad zich over vragen van vreemdelingenrecht uit te spreken. Belangrijker zijn kwalitatieve ontwikkelingen. Het is onmiskenbaar dat geleidelijke veranderingen in de benadering van de Europese Commissie het belang van art. 8 voor het vreemdelingenrecht en het vreemdelingenbeleid hebben doen toenemen. Wat vroeger zeker niet als inmenging in het gezinsleven zou zijn beschouwd, wordt dat nu veelal wel. Het onderzoek naar de vraag of een inmenging door de omstandigheden wordt gerechtvaardigd, is kritischer en zorgvuldiger geworden. Illustratief daarvoor is dat de Commissie in 1989 voor het eerst maar liefst vier klachten ontvankelijk heeft verklaard waarin het gaat om de verwijdering van een persoon wegens strafbare feiten. (2) De grenzen verschuiven. Van het grootste belang zijn ook de twee

(1) Klachten 2991/66 (Alam en Khan), 4478/70 (Chandarana), 4486/70 (Patel), 4501/70 (Patel), 5961/72 (Amekrane), 8244/78 (Uppal), 9214/80 (Abdulaziz), 9330/81 (Bulus), 9473/81 (Cabales), 9474/81 (Balkandali), 10730/84 (Berrehab), 1026/84 (Taspinar), 12083/86 (Beldjoudi), 12313/86 (M), 13653/88 (F), 14312/88 (El Makhour), 15576/89 (Cruz Varas). Zie voor de afhandeling van deze klachten p. 272 hierna.

(2) Klachten 12083, 12313, 13653 en 14312.

recente beslissingen van het Europese Hof. Daarin heeft het aan de interpretatie van art. 8 nieuwe impulsen gegeven. Dit alles neemt overigens niet weg dat op de kaart van de Europese jurisprudentie nog vele witte plekken voorkomen. Over het recht op gezinsvorming van leden van de tweede generatie, niet alleen in Nederland een actueel thema, zijn bijvoorbeeld zo goed als geen beslissingen van de Europese instanties voorhanden.

De ontwikkelingen in Nederland geven een soortgelijk beeld te zien. Van het bestaan van art. 8 maakte de Vreemdelingencirculaire, de ruggegraat van het Nederlandse vreemdelingenbeleid, zelfs nooit melding. Pas in 1989 is daarin verandering gekomen. De tijd ligt nog maar nauwelijks achter ons, dat de rechtspraak vrijwel automatisch aannam dat beslissingen genomen in overeenstemming met deze circulaire, dat ook waren met de verdragsbepaling. (3) Het zijn vooral de ontvankelijkverklaringen in de zaken Taspinar en Berrehab in 1984 en 1985 geweest, die voor een omslag hebben gezorgd. Kort daarop heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten voor het eerst vastgesteld dat de weigering van een verblijf niet verenigbaar was met het recht op gezinsleven. (4) Van belang zijn deze modelarresten vooral doordat zij op een geheel andere wijze dan tot dan toe in de rechtspraak gebruikelijk was, beschikkingen toetsten aan het Europees Verdrag. De Raad van State is gevolgd. Gelet op de vaak wat vlakke en eenzijdige wijze waarop de toetsing door de Raad wordt uitgevoerd, heeft deze rechter zijn draai op dit moment overigens nog niet geheel gevonden. Ten slotte verdient vermelding dat art. 8 meer dan vroeger ook in parlementaire discussies over het vreemdelingenbeleid een rol speelt. (5)

3. De ontwikkelingen van de laatste jaren op Europees en nationaal niveau rechtvaardigen op zichzelf al een preadvies waarin een poging wordt gedaan tot het opmaken van een balans en waarin aan de hand daarvan het bestaande vreemdelingenbeleid op zijn conformiteit met art. 8 EVRM opnieuw wordt onderzocht. Gegeven de fijnmazigheid

(3) De in 1989 tot stand gebrachte aanvulling van de Vreemdelingen-circulaire gaat, met betrekking tot de 'eerste verblijfsaanvaarding', daarvan overigens nog steeds uit. Geboden wordt een standaardtekst voor het afwijzen van beroepen op art. 8 EVRM.

(4) HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 188, RV 1986, 95 (Öncü), en HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 844, RV 1987, 19 (Garti). De primeur voor de gehele Nederlandse rechtspraak heeft overigens Pres. Rb. Amsterdam 11 dec. 1986, RV 1986, 46.

(5) Zie Groenendijk (1989), p. 217 - 222.

en ingewikkeldheid van dit beleid, zal ik dat laatste overigens minder grondig en uitvoerig doen dan op zichzelf gewenst zou zijn. (6) Het bestek van een preadvies is daarvoor te klein. Ik heb er de voorkeur aan gegeven, uitvoeriger dan doorgaans in de literatuur gebeurt, de Europese jurisprudentie te analyseren, zodat een steviger basis bestaat voor discussies over vragen waartoe de Nederlandse situatie aanleiding zou kunnen geven.

Een goede reden voor het behandelen van het onderwerp is ook het wetsvoorstel voor een algehele herziening van de Vreemdelingenwet dat onlangs is ingediend. De uitgangspunten van dit ontwerp geven voldoende stof voor discussie. In het bijzonder hetgeen in de memorie van toelichting op dit wetsvoorstel te berde wordt gebracht over de betekenis van art. 8, maakt het wenselijk uitvoerig aandacht te besteden aan de opvattingen van de Europese instanties daarover.

Het nationaliteitsrecht, van groot belang voor het recht op gezinsleven, komt als zodanig in dit preadvies niet aan de orde. Omwille van de omvang van de tekst en de tijd heb ik ook afgezien van rechtsvergelijkende excursies.

2 GEZINSLEVEN EN PRIVÉ-LEVEN

4. Regelmatig rijst in de Europese en de Nederlandse rechtspraak de vraag naar de inhoud van de begrippen privé-leven en gezinsleven. Ik bespreek deze rechtspraak alleen voor zover zij op de toelating en uitzetting van vreemdelingen betrekking heeft; voor beslissingen op andere terreinen zij men verwezen naar mijn mede-preadvisers. Eerst komt het gezinsleven aan de orde, dan het privé-leven.

De vraag naar de inhoud van het begrip gezinsleven valt in twee delen uiteen. Wie zijn de personen die met elkaar in een zodanige betrekking kunnen staan dat van gezinsleven sprake is? Aan welke kenmerken moet deze betrekking vervolgens beantwoorden wil er inderdaad tussen hen gezinsleven bestaan?

(6) Zie voor een dergelijk onderzoek Koens (1983).

5. Wat de eerste vraag aangaat, het vertrekpunt in de Europese rechtspraak is het kerngezin. In een aantal opzichten wordt dit gezinsbegrip echter aangevuld en verruimd.

Bij een gezin wordt uiteraard ook in de Europese rechtspraak in de eerste plaats gedacht aan de man en de vrouw die met elkaar zijn gehuwd en aan de uit dit huwelijk geboren minderjarige kinderen. Veruit de meeste klachten hebben op verstoring van deze relatie betrekking.

Onder omstandigheden kunnen daarnaast relaties tussen ouders en volwassen kinderen, evenals die tussen grootouders en kleinkinderen, van dien aard zijn dat zij gezinsleven vormen. (7) Opvallend is daarbij dat de Europese rechtspraak geen duidelijk omljnd minderjarigheidsbegrip hanteert, noch het nationale recht van de staat waartegen de klacht is gericht als maatstaf neemt.

Nog tussen andere bloedverwanten en aanverwanten is de mogelijkheid van gezinsleven niet a priori uitgesloten. Het gaat dan om broers en zussen, ooms en tantes. (8)

Naast de relatie tussen man en vrouw gebaseerd op een wettig gesloten huwelijk, zijn er andere relaties die de basis voor gezinsleven kunnen vormen. In de zaak *Cabales* wordt daarmee door het Europese Hof de situatie op één lijn gesteld waarin de man en de vrouw te goeder trouw menen gehuwd te zijn. De Europese Commissie van haar kant heeft ook relaties tussen man en vrouw zonder dat van een huwelijk sprake is, relevant geacht, (9) evenals relaties tussen hen terwijl een van de partners gehuwd is met een derde. (10) De enige relatie die niet gezinsleven zou kunnen vormen, is die tussen twee personen van hetzelfde geslacht. (11) Dit, zoals de Commissie overweegt, ondanks veranderende opvattingen ten aanzien van homoseksualiteit. Wel kan er sprake zijn van privé-leven.

De begrippen gezin en gezinsleven worden ook waar het gaat om betrekkingen tussen ouders en kinderen, ruim opgevat. Zoals blijkt uit de beslissing van het Europese Hof in de zaak *Berrehab*, blijft er na

(7) Klachten 1855, 2992, 5269, 5532, 10375, 12139, 12313, 13654.

(8) Klachten 1855, 2535, 5532, 7729, 9492, 10375, 12313.

(9) Klachten 7729, 8041. Zie echter Afd. rechtspraak RvS 13 febr. 1987, RV 1987, 20.

(10) Klachten 3898, 7289.

(11) Klacht 9369.

een echtscheiding waarbij een kind aan de moeder is toegewezen, tussen de vader en het kind een relatie bestaan die de basis voor gezinsleven kan vormen. (12) Hetzelfde geldt blijkens de zaak Taspinar voor de relatie tussen een ouder en een kind uit een vorig huwelijk. (13) De Europese Commissie acht eveneens de relatie tussen adoptieouders en adoptiekinderen van belang. (14) Dat geldt ook voor betrekkingen tussen ouders en kinderen die zijn verwekt in een buiten-echtelijke (15) of polygame (16) verhouding.

6. De werkelijkheid van menselijke betrekkingen is uiteraard aanzienlijk gevarieerder dan deze Europese jurisprudentie laat zien; die vormt er maar een kleine selectie van. Toch valt het op dat de begrippen gezin en gezinsleven op verschillende manieren worden ingevuld. (17) Het vertrekpunt vormen de huwelijksband en de daaruit voortvloeiende biologische banden tussen ouders en kinderen. Tussen deze personen en andere bloedverwanten en aanverwanten kunnen blijkbaar zulke nauwe menselijke betrekkingen bestaan, dat zij eveneens door art. 8 EVRM dienen te worden beschermd. Tot op zekere hoogte betekent dit een keuze voor de extended family. (18) Het begrip gezin krijgt vervolgens naast een juridische een functionele invulling. De neiging bestaat onmiskenbaar om met een gezinsverband al die relaties gelijk te stellen waarin tussen de betrokkenen een even sterke band bestaat als tussen de leden van het modelgezin. (19) Getuige de jurisprudentie over polygame gezinshereniging, spelen bij de waardering ook culturele factoren mee. (20) Daarnaast kan men vaststellen dat het niet op voorhand onmogelijk is dat een en dezelfde persoon tegelijkertijd deelneemt aan meer dan één gezinsleven, eigenaardig als dit op het eerste gezicht ook mag lijken. (21)

(12) Vgl. ook HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 844, RV 1987, 19; Afd. rechtspraak RvS 14 sept. 1987, RV 1987, 95; Afd. rechtspraak RvS 24 okt. 1988, RV 1988, 18; Afd. rechtspraak RvS 24 okt. 1988, RV 1988, 20.

(13) Klacht 11026; zie ook klacht 9478.

(14) Klachten 7229 en 8896. Vgl. HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 108, RV 1986, 95.

(15) Klachten 3898 en 7289. Vgl. Afd. rechtspraak RvS 31 jan. 1984, RV 1984, 13.

(16) Klachten 2991 en 12139. Anders Afd. rechtspraak RvS 13 nov. 1979, RV 1979, 32.

(17) Zo reeds Pahr (1973), p. 248 - 250.

(18) Vgl. Pahr (1973).

(19) Vgl. Guendelsberger (1988), p. 51 - 57.

(20) Anders HR 15 jan. 1982, NJ 1982, 504, RV 1982, 20; zie ook nr. 36.

(21) Anders Afd. rechtspraak RvS 13 nov. 1979, RV 1979, 32; Afd. rechtspraak RvS 31 jan. 1984, RV 1984, 13.

Familieleven en familierechtelijke betrekkingen vallen blijkbaar niet zonder meer samen. (22) Er kan gezinsleven, family life, bestaan zonder het bestaan van familierechtelijke betrekkingen. Anderzijds blijkt het ook mogelijk dat er wel van familierechtelijke betrekkingen sprake is maar nog niet van gezinsleven. Daarover gaat vooral de rechtspraak.

Gezinsleven

7. Meermalen heeft de Europese Commissie overwogen dat art. 8 EVRM niet de jure maar de facto gezinsleven beschermt. (23) Voor het vreemdelingenrecht ligt dit voor de hand. Het zijn juist de feitelijke contacten tussen mensen die verhinderd, belemmerd of afgebroken kunnen worden door een vreemdelingenrechtelijk optreden, of het daarbij nu gaat om het weigeren of ontnemen van een verblijfstitel of om andere maatregelen. Als zulke feitelijke contacten tussen familieleden niet bestaan of de betrokkenen niet van plan zijn ze op te vatten, voort te zetten of te hervatten, kan in het algemeen geen sprake zijn van doorkruising van gezinsleven door het vreemdelingenrecht. (24)

Waarin bestaat dan gezinsleven? In het normale geval speelt het zich af tussen personen die van elkaar afhankelijk zijn en met elkaar samenleven. (25) Zoals uit vele beslissingen blijkt, is het onder één dak wonen en een gemeenschappelijke huishouding voeren echter geenszins de enige vorm van gezinsleven die er toe doet. Ook minder intensieve of frequente contacten tussen naaste verwanten kunnen als gezinsleven beschouwd worden. Het is aan de betrokkenen zelf, te bepalen hoe zij aan hun onderlinge verbondenheid vorm willen geven.

(22) Vgl. Bolten (1988), p. 209.

(23) Zo bijvoorbeeld in klacht 5302/71. In deze beslissing wordt vastgesteld dat art. 8 EVRM geen recht geeft op eenheid van nationaliteit in het huwelijk.

(24) Een uitzondering daarop is de situatie waarin met een vreemdelingenrechtelijke maatregel het aangaan van familierechtelijke betrekkingen wordt verhinderd, bijvoorbeeld een huwelijk. In dat geval kan de maatregel in conflict komen met art. 12 EVRM. Zie voor deze problematiek de klachten 3898, 7775, 10914 en 10915. In het algemeen stelt de Europese Commissie zich op het standpunt dat het verdragsartikel niet het recht garandeert, in een bepaald land of onder een bepaald wettelijk systeem te huwen. Zie voor Nederlandse rechtspraak o.a. HR 27 nov. 1987, NJ 1988, 341, RV 1987, 18; Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 jan. 1982, RV 1982, 23; Hof Amsterdam 27 dec. 1984, RV 1984, 23; Afd. rechtspraak RvS 31 jan. 1983, RV 1983, 19. Vgl. voor een andere uitzondering HR 3 mei 1983, RV 1983, 67 (meldingsplicht familieleden).

(25) Klacht 10375. De Commissie spreekt van 'cohabitating dependents'.

Wel kan men zeggen dat naarmate de familierechtelijke betrekkingen sterker zijn, eerder kan worden aangenomen dat de tussen hen bestaande contacten gezinsleven vormen. (26) In de zaak Abdulaziz e.a. en de zaak Berrehab tendeert het Europese Hof er sterk toe, de huwelijksrelatie en de relatie tussen een ouder en een minderjarig kind dat is geboren uit het huwelijk van deze ouder, als zodanig te beschouwen als gezinsleven los van de aard en de omvang van tussen hen bestaande feitelijke contacten. Dat lijkt mij niet onredelijk. Het gaat hier om zulke primaire menselijke relaties dat een recht op omgaan en verkeren met elkaar, welke vorm de betrokkenen daaraan ook willen geven, steeds moet kunnen worden uitgeoefend. Daarbij past niet goed dat men het genot van dit recht afhankelijk maakt van de feitelijke contacten die tussen de betrokkenen reeds bestaan. De zaak Abdulaziz e.a. biedt overigens nog een andere invalshoek, die tot dezelfde uitkomst kan leiden. Het Hof overwoog daarin dat art. 8 niet alleen bestaand gezinsleven beschermt, maar ook 'intended family life' tussen huwelijkspartners. Het behoort blijkens de uitspraak tot de positieve verplichtingen van de verdragspartijen, dit beoogde gezinsleven niet onmogelijk te maken. Ook dan ligt het accent dus niet zozeer op reeds bestaande vormen van feitelijk contact maar meer op het recht zulke contacten aan te gaan, te continueren of te hervatten.

Iets anders is dat de geoorloofdheid van beknottingen van het gezinsleven mede afhankelijk kan zijn van de aard en de intensiteit van feitelijke contacten tussen gezinsleden. Naarmate die betrekkingen intensiever zijn, zal er eerder sprake zijn van inmenging in het gezinsleven en zullen zwaardere eisen gesteld mogen worden aan de rechtvaardigingen voor deze inmenging.

8. Tussen huwelijkspartners bestaat een band die gezinsleven vormt, aldus het Europese Hof in de zaken Abdulaziz e.a. en Berrehab. In het normale geval zal dit naar de opvatting van het Hof inhouden dat de partners samenleven. Maar ook minder intensieve contacten tussen de partners worden door art. 8 EVRM beschermd. Daarvan geeft een beslissing van de Europese Commissie uit 1982 een goed voorbeeld. In deze zaak ging het om een man die het grootste deel van het jaar als bankier in een ander land dan zijn gezin verbleef

(26) Vgl. Koens (1988), p. 264.

en daar ook zijn woonplaats had. (27) Aan de overweging van het Hof in de zaak Abdulaziz e.a. dat het huwelijk gewoonlijk samenleven omvat, komt in de context van deze beslissing vooral de betekenis toe dat het recht op gezinsleven voor huwelijkspartners het recht op samenleven impliceert wanneer de partners dit willen.

Het Hof spreekt in de zaken Abdulaziz e.a. en Berrehab van een 'lawful and genuine marriage'. (28) Daarmee wordt te kennen gegeven dat schijnhuwelijken niet onder de bescherming van art. 8 vallen. Helaas hebben Commissie en Hof zich nooit hoeven te buigen over de mogelijke implicaties van dit standpunt; Europese beslissingen over het schijnhuwelijk zijn er bij mijn weten niet. (29) De moeilijkheid is enerzijds dat de wetgeving in Europese landen doorgaans niet een materieel huwelijksbegrip kent aan de hand waarvan een objectief onderscheid tussen een reëel en een niet-reëel huwelijk zou kunnen worden gemaakt. (30) En anderzijds, dat pogingen om die vraag toch te beantwoorden wel erg diep in de persoonlijke levenssfeer ingrijpen. (31) In Nederland heeft de terughoudende jurisprudentie van de Raad van State er toe geleid dat de Vreemdelingencirculaire sinds 1986 uitsluitend nog verlangt dat het huwelijk geldig is. (32) De praktijk in andere landen varieert. (33) Indirecte methoden om het schijnhuwelijk in het vreemdelingenrecht onaantrekkelijk te maken, zijn het verbinden van een beperking naar doel aan een vergunning (de zogeheten afhankelijke vergunning), zoals in Nederland, of het stellen van de eis dat het huwelijk ten minste een bepaalde tijd moet hebben bestaan, zoals in de Bondsrepubliek. (34)

Ook relaties die niet berusten op een huwelijk, kunnen gezinsleven

(27) Klacht 9593. Vgl. ook klacht 7289.

(28) Bewijs van de familierechtelijke betrekking mag worden verlangd. Vgl. klacht 8378/78 (Karnal).

(29) Het dichtst in de buurt komt klacht 9285. Zie voor het verhinderen van de huwelijksluiting hiervóór, noot 24.

(30) Vgl. o.a. Doomen en Kotting (1983), p. 141; Bolten (1981), p. 615.

(31) Zie o.a. BVerfG 12 aug. 1987, EuGRZ 1987, p. 466; Zuleeg 1985, p. 153.

(32) Zie o.a. Afd. rechtspraak RvS 22 okt. 1986, RV 1986, 17, met verdere verwijzingen in de noot bij deze beslissing. Vgl. ook Bijl. Hand. II, 20 200, hfdst. VI, nr. 19. Zie in dit verband echter ook de afschaffing van het optierecht voor de gehuwde vrouw in de nieuwe Wet op het Nederlanderschap.

(33) Zie Thomsen (1987), p. 1952.

(34) Het Bundesverfassungsgericht acht in zijn beslissing van 1987 een wachttijd van drie jaar niet meer in overeenstemming met art. 6 Grundgesetz, een wachttijd van een jaar daarentegen nog wel.

vormen. Nodig is dan wel dat de partners samenleven en een gemeenschappelijke huishouding voeren. Doen zij dat niet, dan kan nog sprake zijn van contacten die privé-leven vormen. (35)

9. Tussen de ouder en het kind dat is geboren uit een wettig huwelijk van deze ouder, bestaat in het algemeen eveneens een band die als gezinsleven moet worden beschouwd, en wel ipso jure, zoals het Europese Hof het in de zaak Berrehab uitdrukt. Daaraan doet niet af dat het huwelijk later is ontbonden, zoals in de zaak Berrehab, of dat de ouder na een scheiding is hertrouwd, zoals in de zaak Taspinar. Voor het bestaan van gezinsleven is samenleven geen voorwaarde. Wel overweegt het Hof in de zaak Berrehab dat door latere gebeurtenissen de band tussen ouder en kind kan zijn verbroken, maar het specificeert die gebeurtenissen niet. (36) Het gaat trouwens bij art. 8 EVRM ook om het recht tot het heropnemen van contacten. Dat pleit er voor, de band tussen ouder en kind als zodanig als gezinsleven te beschouwen en de intensiteit van de contacten alleen te betrekken bij de vraag of inmenging in het gezinsleven heeft plaatsgehad. (37) Het is in dit verband opmerkelijk dat in de Europese rechtspraak geen harde juridische meerderjarigheidsgrens wordt gehanteerd. Dit laat de mogelijkheid open dat een kind toch voor de toepassing van art. 8 als minderjarig wordt beschouwd hoewel het strikt genomen meerderjarig is geworden. Te denken valt vooral aan huwelijken die op zeer jeugdige leeftijd zijn gesloten en nadien weer ontbonden. Het kan zijn dat de betrokkene na scheiding nog niet de leeftijd heeft bereikt waarop hij meerderjarig zou zijn geworden indien hij niet gehuwd was geweest.

De Europese Commissie beschouwt ook de band tussen een ouder en een natuurlijk kind als gezinsleven. De relatie tussen ouder en buitenechtelijk kind is er een die naar haar mening altijd als gezinsleven moet worden beschouwd. (38) Blijkbaar geeft hier het biologische ouderschap de doorslag. Hoewel in de door de Commissie besliste zaak

(35) Klacht 7289.

(36) Bolten (1988), p. 210, spreekt in dit verband van een rechtsvermoeden van het bestaan van gezinsleven.

(37) Zo HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 844, RV 1987, 19. Zie verder nog Afd. rechtspraak RvS 14 sept. 1987, RV 1987, 95; Afd. rechtspraak RvS 24 okt. 1988, RV 1988, 18; Afd. rechtspraak RvS 24 okt. 1988, RV 1988, 20.

(38) Klacht 7289. Anders Afd. rechtspraak RvS 31 jan. 1984, RV 1984, 13.

de vader zijn kinderen had erkend, lijkt zij erkenning niet als voorwaarde voor gezinsleven te stellen. (39)

Naar de mening van de Commissie levert de adoptie op zichzelf nog geen band op die gezinsleven vormt. Bij een buitenlandse adoptie lijkt daarvoor nodig dat deze kan worden erkend naar het recht van de staat waaraan toelating van het kind wordt verzocht. (40) Ook zal op dat moment tussen kind en adoptiefouders een feitelijk contact moeten bestaan dat niet al te zeer verschilt van dat tussen een kind en zijn eigen ouders. (41) Hoewel overigens het adopteren van kinderen als het stichten van een gezin kan worden beschouwd in de zin van art. 12 EVRM, blijven de voorwaarden voor adoptie een zaak van nationaal recht. (42)

10. Regelmatig heeft de Europese Commissie klachten te behandelen gekregen die betrekking hebben op mogelijke inbreuken op gezinsleven tussen ouders en volwassen kinderen. Doorgaans gaat het om twee situaties. De ene is die waarbij de ouders of de ouder deel uitmaken of willen uitmaken van het gezin van het kind, (43) de andere die waarin het kind nog gebonden is aan het gezin van de ouders. (44) Tot nu toe werden vier klachten ontvankelijk verklaard. (45)

De wijze waarop de Commissie in deze gevallen meestal de vraag naar het gezinsleven benadert, wijkt nogal sterk af van die welke gebruikelijk is bij ouders en minderjarige kinderen. Niet langer is het de familierelatie die als zodanig centraal staat. Nu is het de intensiteit van de contacten. Zoals de Commissie eens in een klacht overwoog, moet het gaan om een afhankelijkheidsrelatie die meer omvat dan de 'normal emotional ties'. (46) Een zeer belangrijk element is daarbij de financiële ondersteuning die men elkaar biedt. Is die er niet, dan zal gezinsleven niet vlug worden aangenomen. Het tweede element

(39) Erkenningen zullen, evenals huwelijken, wel onderzocht mogen worden op de vraag of ze 'genuine' zijn. Zie voor dit probleem Bijl. Hand. II 1987-1988, 20 436, nr. 1 e.v., en Tratnik (1989).

(40) Klacht 7229. Vgl. ook Frowein en Peukert (1985), p. 202.

(41) Klacht 7229. Vgl. HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 188, RV 1986, 95; Afd. rechtspraak RvS 29 juni 1987, RV 1987, 16; Afd. rechtspraak RvS 6 juni 1988, RV 1988, 23.

(42) Klacht 8896.

(43) Klachten 2992, 5269, 5532, 10375.

(44) Klachten 1855, 12139, 12313, 13654.

(45) Klachten 8244, 12083, 12313 en 13653. Zie voor Nederlandse jurisprudentie HR 15 jan. 1982, NJ 1982, 504, RV 1982, 20.

(46) Klacht 10375.

dat in alle zaken een rol speelt, is de vraag of men reeds onder een dak leefde of frequent contact met elkaar heeft onderhouden. (47) Een derde factor van belang blijkt of het achtergebleven familielid in een andere staat nog contact onderhoudt met andere naaste verwanten. Nog andere omstandigheden kunnen een rol spelen. Er zijn tot nu toe vier klachten waarin de Commissie het bestaan van gezinsleven aannam. (48) In de tegen Nederland gerichte klacht werd overigens de inmenging in het gezinsleven gerechtvaardigd bevonden. De andere drie hebben betrekking op personen die hun gehele leven of nagenoeg gehele leven hadden doorgebracht op het grondgebied van de uitzetende staat. Hier wordt eerder gezinsleven aangenomen.

11. De laatste categorie van personen die in de Europese rechtspraak aan de orde komt, bestaat in bloedverwanten in de zijlijn en aanverwanten, zoals broer en zus, oom en neef, enz. (49) De benadering van de Europese Commissie verschilt hier niet van die in de vorige categorie.

Privé-leven

12. Het verstoren van persoonlijke contacten tussen mensen of het verhinderen daarvan door middel van een vreemdelingenrechtelijke maatregel, kan ook een inmenging in het privé-leven van de betrokkenen betekenen. Twee situaties doen zich daarbij in de Europese rechtspraak voor.

De eerste is die waarin affectieve relaties tussen personen bestaan die veel gemeen hebben met gezinsleven maar die toch niet als zodanig worden beschouwd. De jurisprudentie van de Europese Commissie geeft daarvan twee voorbeelden. Het eerste heeft betrekking op de relatie tussen homoseksuelen partners, het tweede op de relatie tussen een getrouwde man en een vriendin waarbij hij kinderen heeft. (50) De wijze van beoordelen van deze klachten lijkt niet wezenlijk te verschillen van die waarin wel van gezinsleven sprake is.

(47) De perioden van gescheiden leven zijn in de onderhavige klachten soms wel zeer lang. Zo negen jaar in klacht 2992, twintig jaar in klacht 5532, veertien jaar in klacht 12139.

(48) Klachten 12083, 12313, 13653 en 13654.

(49) Zie de klachten 1855, 2535, 5532, 7229, 9492, 12313.

(50) Klachten 9363 en 7289.

In de tweede plaats omvat het privé-leven naar Straatsburgse opvattingen ook het recht tot het aangaan van persoonlijke en maatschappelijke contacten van allerlei aard, in het bijzonder op het emotionele vlak. (51) Zo gezien kan het weigeren van verblijf aan een persoon ook een inmenging in het privé-leven betekenen. De Europese Commissie betreft dit privé-leven van gezinsleden vooral bij de beoordeling van de vraag of inmenging in hun gezinsleven heeft plaatsgehad. Is verblijf aan een gezinslid geweigerd en zou het gevolg daarvan zijn dat de overige gezinsleden hem moeten volgen naar een andere staat, willen zij het gezinsleven voortzetten, dan is het gedwongen afbreken van allerlei persoonlijke en maatschappelijke contacten dat daaruit resulteert voor deze gezinsleden, een factor die van invloed is op de vraag of er sprake is van inmenging in het gezinsleven. (52)

3 EERBIEDIGING VAN HET GEZINSLEVEN

13. Pas wanneer tussen personen gezinsleven bestaat in de zin van art. 8 EVRM komt de vraag aan de orde wat het recht op eerbiediging van het gezinsleven voor vreemdelingen betekent en onder welke voorwaarden het beperkt mag worden. Die problematiek heeft in het vreemdelingenrecht een heel eigen karakter.

Eerbiediging en verblijfsrecht

14. In de praktijk van het vreemdelingenbeleid in Nederland en elders worden gezinsbanden in meer of mindere mate gerespecteerd. Onder voorwaarden die sterk uiteenlopen, wordt aan personen verblijf toegestaan om hen in de gelegenheid te stellen een gezinsleven te leiden of voort te zetten met andere gezinsleden die zich reeds in het land bevinden. Uitzetting van vreemdelingen blijft regelmatig achterwege wanneer daaraan het gevolg verbonden is dat ook hun gezinsleden het land moeten verlaten, wil de gezinseenheid bewaard blijven.

Zulke praktijken berusten op het besef dat gezinsleven ook in het kader van het vreemdelingenrecht gerespecteerd en beschermd behoort te worden. Dat hoeft overigens niet het enige motief voor dit beleid te

(51) Vgl. Doswald - Beck (1983), p. 287 - 288.

(52) Klachten 9478 en 9593; zie nog klacht 12313/86 (M).

zijn en is dat meestal ook niet. Economische overwegingen kunnen sterk meespelen. Zo had de verruiming van gezinsherenigingsmogelijkheden voor buitenlandse werknemers aan het begin van de jaren zeventig in Nederland veel te maken met het inzicht dat deze vreemdelingen als arbeidskrachten hun economische rol beter vervulden wanneer hun gezin zich bij hen kon voegen. Anderzijds zijn overwegingen van economische en sociaal-politieke aard er debet aan dat uitzonderingen op dit beleid worden gemaakt en dat de overkomst van gezinsleden aan voorwaarden wordt gebonden die vaak moeilijk te vervullen zijn. Deze tweeslachtigheid leidt er onder meer toe dat gezinshereniging en gezinsvorming in de praktijk binnen meer of minder ruime grenzen worden toegestaan, maar dat anderzijds van een individueel recht daartoe op nationaal niveau doorgaans geen sprake is. Een dergelijk recht is dikwijls wel te vinden in verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die betrekking hebben op het verblijven en de vestiging van vreemdelingen. Maar deze regelingen raken slechts vreemdelingen van een bepaalde nationaliteit en de mate waarin zij dit recht erkennen, is – zoals binnen de Europese Gemeenschappen – ook een functie van economische overwegingen.

Het lijkt er soms op dat er in het verleden meer globale garanties bestonden voor het behoud van gezinseenheid dan in onze tijd. In het verleden gold immers in het vreemdelingenrecht en het nationaliteitsrecht vrij algemeen het uitgangspunt dat de status van de man als hoofd van het gezin die van de andere gezinsleden bepaalde. Had hij krachtens zijn nationaliteit of op basis van het vreemdelingenrecht een recht van verblijf, dan kwam dat ook aan de andere gezinsleden toe. Verloor hij het, dan ging het ook voor de anderen verloren. Deze vorm van bescherming van het gezinsleven is in onbruik geraakt. (53) Ook al werkt het tegenwoordige vreemdelingenrecht lang niet altijd seksneutraal uit, het oude uitgangspunt is achterhaald. Het is zelfs in strijd met verdragen inzake de rechten van de mens, zoals onder meer duidelijk blijkt uit de beslissing van het Europese Hof in de zaak Abdulaziz e. a. De schaduwzijde van gelijke behandeling van seksen, hoe gerechtvaardigd op zichzelf ook, is echter dat zij in absolute zin niet een versterking van de rechtspositie van beide seksen hoeft mee

(53) Art. 47 Vreemdelingenbesluit was tot 1977 nog op dit uitgangspunt gebaseerd. Zie nr. 29. Vgl. ook het oude Nederlandse nationaliteitsrecht.

te brengen, integendeel juist vaak tot een verzwakking leidt. (54) En zo is het ook in het vreemdelingenrecht. Als de positie van de man als gezinshoofd niet langer de positie van andere gezinsleden bepaalt en aldus de gezinseenheid bewaard blijft, welke nieuwe garanties zijn dan nodig ter bescherming van het gezinsleven?

De vraag is of het recht op gezinsleven niet een recht moet meebrengen van de gezinsleden op verblijf in het land waarvan een van hen de nationaliteit heeft of waartoe deze als vreemdeling is toegelaten. Van een zekere erkenning van dit recht is wel sprake. Zo gaat art. 19 lid 6 van het Europees Sociaal Handvest daarvan uit. Ook art. 5 van de door de Verenigde Naties in 1986 aanvaarde Verklaring inzake de mensenrechten van personen die geen staatsburger zijn van het land waarin zij wonen, huldigt deze opvatting, evenals het in 1989 door de Verenigde Naties aanvaarde Verdrag over de rechten van het kind.

(55) Het zijn echter niet meer dan aanzetten. Kan een dergelijk recht worden afgeleid uit algemene bepalingen over het recht op gezinsleven in mensenrechtenverdragen, zoals het Europees Verdrag en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten?

(56) Het is door sommige auteurs, waaronder ikzelf, wel betoogd, maar zij zijn zeker niet in de meerderheid. (57) Het is mogelijk dat de VN-Commissie voor de rechten van de mens in de zaak Aumeerud-

(54) Vgl. de nieuwe Wet op het Nederlanderschap met de oude waar het gaat om het verwerven van de Nederlandse nationaliteit door huwelijk. Zie ook nr. 42.

(55) De tekst van art. 5 lid 4 van de Verklaring luidt als volgt: 'Subject to national legislation and due authorisation, the spouse and minor or dependent children of an alien lawfully residing in the territory of a State shall be admitted to accompany, join and stay with the alien.'

Art. 10 lid 1 van het Verdrag luidt: 'In accordance with the obligation of State Parties under article 9, paragraph 1, applications by a child or his or her parents to enter or leave a State Party for the purpose of family reunification shall be dealt with by States Parties in a positive, humane and expeditious manner. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall entail no adverse consequences for the applicants and for the members of their family.' Het tweede lid van deze bepaling bevat een bijzondere voorziening voor het kind wiens ouders in verschillende staten leven.

(56) Dezelfde vraag rijst naar aanleiding van nationale constituties. Zo heeft de Conseil d'Etat uit de preambule bij de Franse Constitutie een recht op gezinshereniging afgeleid, terwijl het Bundesverfassungsgericht daarvoor is teruggeschrokken. Zie Conseil d'Etat 8 dec. 1978, EuGRZ 1979, p. 168 - 169, en BVerfG 12 mei 1987, EuGRZ 1987, p. 449 - 472. Vgl. nog Tomuschat (1979).

(57) Opsahl (1973), p. 205; Swart (1980), p. 55; Koens (1983), p. 189.

dy – Cziffra inderdaad deze stap heeft gezet. (58) Ten aanzien van art. 8 EVRM is het in de Europese rechtspraak vooralsnog echter gebleven bij de concurring opinions van de rechters Bernhardt, Pettiti en Gersing in de zaak Abdulaziz e.a. De stap is overigens kleiner dan hij lijkt. Ook al leidt men uit art. 8 een verblijfsrecht af, dan nog is dat recht onderworpen aan de beperkingen van het tweede lid. In het bijzonder het economische welzijn is een beperkingsgrond die in het vreemdelingenrecht een aanzienlijke rol zou kunnen spelen.

15. Wat daarvan zij, de Europese Commissie, en in haar voetspoor het Europese Hof, hebben deze stap tot nog toe niet willen zetten, althans niet in principe. De verklaring daarvoor is van logische aard. Uit het recht op gezinsleven volgt niet dwingend een recht van verblijf voor gezinsleden in de staat waarvan een van hen de nationaliteit heeft of waarin een van hen als vreemdeling is gevestigd. Het is immers even goed denkbaar dat het gezinsleven wordt geleid in een andere staat waarmee een of meer gezinsleden juridische bindingen hebben. Is die mogelijkheid de gezinsleden gegeven, dan is in de opvatting van Commissie en Hof geen sprake van inmenging in het gezinsleven wanneer aan een of meer van hen een verblijfstitel wordt geweigerd of ontnomen. Dat is zelfs niet het geval wanneer een staat toestemming tot verblijf weigert aan een gezinslid van een staatsburger, zoals een huwelijkspartner in de zaak Abdulaziz e.a. En waar geen inmenging heeft plaatsgevonden, kan de vraag of een beslissing van een nationale autoriteit zich verdraagt met het tweede lid van art. 8 EVRM, in het geheel niet meer aan de orde komen.

Zo opgevat, kan art. 8 voor de dagelijkse problematiek van het vreemdelingenrecht alleen van marginale betekenis zijn. Bij een strikte hantering van het uitgangspunt van de Europese rechtspraak blijft die betekenis beperkt tot gevallen waarin gezinsleden niet over de mogelijkheid beschikken het gezinsleven in enig land voort te zetten, situaties die zich overigens in de rechtspraak meermalen hebben voorgedaan. De overeenkomst met de problematiek van het eerste land van ontvangst in het vluchtelingenrecht is treffend.

Intussen heeft dit uitgangspunt zowel praktisch als theoretisch min-

(58) VN-Commissie 9 april 1981, *Human Rights Law Journal* 1981, p. 139 – 143, RV 1981, 117. Aldus Koens (1983), p. 187. Vgl. ook *De Zayas e.a.* (1987), p. 71. Geheel duidelijk lijkt me de tekst van de beslissing niet.

der te betekenen dan op het eerste gezicht lijkt. Om te beginnen wordt het niet consequent toegepast. De toetsing van de vraag of gezinsleden een persoon kunnen volgen, is geleidelijk steeds meer een redelijkheidstoetsing geworden. Daarin staat niet meer centraal of zij theoretisch het gezinsleven in een andere staat kunnen voortzetten, maar of dit redelijkerwijze van hen verlangd mag worden. In vele zaken, met name die waarin het hele gezin reeds gevestigd is in de staat die de gezinseenheid dreigt te verstoren, wordt door de Commissie de vraag naar de inmenging zelfs niet meer gesteld maar wordt rechtstreeks getoetst aan de beperkingsgronden van het tweede lid van art. 8. In de derde plaats is van belang dat de Commissie het opgeven van allerlei persoonlijke en maatschappelijke contacten, dat het onvermijdelijk gevolg is van het moeten volgen van een ander gezinslid naar een andere staat, opvat als een gegeven dat inmenging in het privé-leven oplevert. (59) Zo beschouwd is er eigenlijk geen zaak meer denkbaar waarin niet een of andere vorm van inmenging heeft plaatsgevonden. Ten slotte heeft het Hof in de zaak Abdulaziz e.a. vastgesteld dat art. 8, ook als het gaat om het vreemdelingenrecht, niet alleen een negatieve verplichting voor staten bevat zich te onthouden van ongerechtvaardigde inmengingen in het gezinsleven, maar ook positieve verplichtingen behelst. Verplichtingen tot het bevorderen van mogelijkheden van gezinsleven die onder omstandigheden zouden kunnen meebrengen dat aan een vreemdeling een verblijfstitel wordt verleend, of die hem niet wordt ontnomen.

In de rechtspraak van het Hof, met name die over art. 8, neemt het concept van de positieve verplichtingen een grote plaats in. (60) Er zijn dan ook verschillende uitspraken van het Hof waarin verdragspartijen een schending van art. 8 wordt verweten, niet omdat zij door hun handelen inbreuk hadden gemaakt op het recht op gezinsleven, maar omdat zij nalieten te handelen waar wel handelen geboden was. Eerbiediging van het gezinsleven omvat meer dan alleen het zich onthouden van ongerechtvaardigde inmengingen. Juist voor het vreemdelingenrecht is het concept van positieve verplichtingen van groot belang, en wel vanwege het in ieder geval theoretisch beperkte begrip van inmenging dat Commissie en Hof hanteren. Men kan nu niet meer volstaan met de constatering dat het weigeren of ontnemen van

(59) Zie nr. 12.

(60) Zie het preadvies van De Boer, deel I, par. 7. Op vergelijkbare wijze gaat het Bundesverfassungsgericht in zijn beslissing van 12 mei 1987 te werk.

een verblijfstitel geen inmenging in het gezinsleven oplevert; men zal ook moeten nagaan of het verlenen danwel het niet ontnemen van een titel een rechtsplicht is. Daarmee is een theoretische basis gegeven aan de toetsing van allerlei beslissingen in de sfeer van het vreemdelingenrecht die in strikte zin geen inmenging in het gezinsleven opleveren. Beslissingen die het gezinsleven belemmeren zonder een inbreuk te zijn, zullen moeten berusten op een fair balance tussen algemeen en individueel belang en aan proportionaliteitseisen moeten voldoen. Daarbij kan lid 2 van art. 8 als een oriëntatiemaatstaf dienen. (61)

Vooralsnog is de winst misschien meer theoretisch dan praktisch. In de zaak Abdulaziz e.a. heeft het Hof er de nadruk op gelegd dat staten bij de toelating en uitzetting van vreemdelingen van oudsher volkenrechtelijk over een grote vrijheid van handelen beschikken. Het is in deze zaak ook niet tot het oordeel gekomen dat het weigeren van een verblijfstitel aan huwelijkspartners op zichzelf in de gegeven omstandigheden in conflict kwam met art. 8. Wel is het denkbaar dat het Hof niet tot dezelfde terughoudende conclusie was gekomen als het niet ook had geconstateerd dat in de onderhavige zaken onderscheid naar sekse was gemaakt in strijd met art. 14 EVRM. (62) Wat daarvan zij, positieve verplichtingen kunnen ook stringenter worden opgevat en het zou niet vreemd zijn als de Europese rechtspraak zich geleidelijk in die richting zou ontwikkelen. Zonder de constructie van positieve verplichtingen had het Hof overigens niet aan een oordeel over art. 14 kunnen toekomen. Als art. 8 immers niet van toepassing is omdat niet van een inmenging sprake is, kan men er ook niet over klagen dat art. 14 is geschonden. Dat zou dan alleen kunnen als wel een inmenging had plaatsgevonden maar deze op zichzelf verenigbaar was met art. 8.

16. In zijn beslissing in de zaak Abdulaziz, Cabales en Balkandali legt het Hof er nogal de nadruk op dat het in de aan hem voorgelegde gevallen niet ging om vreemdelingen die reeds een gezin hadden gesticht voordat een van hen zich rechtmatig in Engeland had ge-

(61) Vgl. het preadvies van De Boer. Zie ook Frowein en Peukert (1985), p. 17. Een uitvoerige studie naar herkomst en inhoud van het concept positieve obligations is mij overigens niet bekend.

(62) In haar rapport volstond de Commissie met de mening dat in strijd met art. 14 was gehandeld zonder zich uit te spreken over een mogelijke schending van art. 8.

vestigd. Integendeel, pas nadat de drie klaagsters dat hadden gedaan, sloten zij een huwelijk met (nog) niet tot Engeland toegelaten personen. Het Hof merkt hierover op dat art. 8 EVRM voor de verdragspartijen niet een algemene verplichting behelst, de keuze van een gezamenlijke woonplaats van de huwelijkspartners te respecteren. Anders gezegd, het is niet de weigering van een verblijfstitel aan een huwelijkspartner die een scheiding oplevert, maar de keuze van de woonplaats door de partners. Om die reden kan geen sprake zijn van inmenging in het gezinsleven en evenmin van een concrete positieve verplichting tot toelating van de partner.

Het Hof voegt daaraan nog toe dat de klaagsters op het moment van huwelijkssluiting zich er van bewust konden zijn dat hun echtgenoten krachtens het toenmalige Engelse toelatingsbeleid niet voor toelating tot Engeland in aanmerking kwamen. Dit voorzienbaarheidsargument heeft altijd ook een belangrijke rol gespeeld in de jurisprudentie van de Europese Commissie, zowel waar het ging om de vraag of een inmenging in het gezinsleven had plaatsgehad (63) als om de vraag of de inmenging door het tweede lid van art. 8 werd gerechtvaardigd. (64) Het gaat daarbij niet alleen om situaties waarin het huwelijk pas werd gesloten op een moment waarop aan de partner een verblijfstitel was geweigerd of ontnomen danwel een omstandigheid zich had voorgedaan die dat waarschijnlijk maakte, maar ook om alle andere gevallen waarin een huwelijk werd gesloten nadat een van de partners zich in een bepaald land had gevestigd.

Uit de beslissing van het Hof is wel afgeleid dat een positieve verplichting tot het toelaten van partners wél zou bestaan in gevallen waarin de huwelijksrelatie reeds bestond op het moment dat een van de partners zich in een land heeft gevestigd. Verplichtingen tot het toestaan van gezinshereniging zouden verder strekken dan die tot het toestaan van gezinsvorming. (65) Of deze conclusie a contrario inderdaad mag worden getrokken, is uit latere rechtspraak nog niet duidelijk geworden. Wat daarvan zij, de voorzienbaarheidsmaatstaf lijkt me nogal aanvechtbaar. Waarom zou het relevant moeten zijn of gezinsleven pas is ontstaan nadat een van de gezinsleden zich in een land heeft gevestigd? Dit argument kan pas reële waarde hebben wanneer men van personen zou kunnen verlangen dat zij geen ge-

(63) Klachten 2535, 5301, 5445 en 5446.

(64) Klachten 8041, 9088, 9285, 10032.

(65) Aldus Koens (1986), p. 438.

zinsrelaties aangaan. Maar door zo te handelen, doen zij niet meer dan gebruik maken van een door art. 8 beschermd fundamenteel recht. (66) Trouwens, is voor staten niet voorzienbaar dat mensen relaties met elkaar aangaan? Men zou het argument bovendien kunnen omkeren: wanneer een persoon zich in een land vestigt nadat een gezinsband is ontstaan, moet hij er rekening mee houden dat dit hem of haar nog niet het recht geeft, gezinsleden te laten overkomen. En zo is dit argument ook dikwijls door de Commissie gehanteerd, zij het impliciet. Kortom, een argument dat naar believen kan worden omgekeerd en aldus steeds tegen personen kan worden gebruikt, deugt niet. Wel kan het een zekere waarde hebben in gevallen waarin het gaat om de vraag of een relatie in de woorden van het Hof 'genuine' is dan wel is aangegaan om een verblijfstitel voor een van de gezinsleden te verkrijgen of te behouden. Maar die echtheid had het Hof in de zaak Abdulaziz e.a. al vastgesteld, en ook in de andere zaken speelt de problematiek van het schijnhuwelijk niet zichtbaar. Ten slotte is het opvallend dat in alle door de Europese organen besliste gevallen de situatie er een is waarin aan de partner van de vrouw verblijf wordt geweigerd. Mogelijk speelt de gedachte dat de vrouw de man heeft te volgen, onbewust toch nog een belangrijke rol. (67)

Inmenging in het gezinsleven

17. Inmenging in het gezinsleven neemt in het vreemdelingenrecht doorgaans de vorm aan van een (ruimtelijke) scheiding van de gezinsleden, waardoor contacten tussen hen worden verhinderd of verbroken. Zonder scheiding van de gezinsleden doet zich geen inmenging voor. Zo kan niet van inmenging worden gesproken wanneer aan alle gezinsleden toestemming tot verblijf wordt geweigerd (68) en evenmin wanneer alle gezinsleden het land dienen te verlaten. (69) Dit behoudens het bijzondere geval waarin de betrokkenen niet in een ander land het gezinsleven kunnen voortzetten. De scheiding die uit een vreemdelingenrechtelijke maatregel resulteert, kan een tijdelijk karakter hebben of definitief zijn. Definitief in

(66) Vgl. ook Boeles in zijn noot bij RV 1985, 105.

(67) Vgl. ook Stange (1973), p. 92 - 93, en klacht 14312/88.

(68) Klachten 4403 e.a., 5302, 9492.

(69) Klachten 858, 7729, 10914. Wel kan verwijdering van de gezinsleden gepaard gaan met 'some disturbance' van het gezinsleven; vgl. de klachten 7729 en 9492.

de zin dat de gezinsleden niet samen kunnen verblijven in de staat die de maatregel nam. Tijdelijke verbrekingen van de gezinseenheid kunnen veroorzaakt worden door de duur van de toelatingsprocedure of verwijdering hangende een dergelijke procedure, (70) door quota-systemen (71) en wachttijden, of door nog andere oorzaken. Ofschoon met name quota-systemen en wachttijden voor gezinshereniging of gezinsvorming op nationaal niveau dikwijls heftig omstreken zijn, heeft deze problematiek tot nog toe nauwelijks Europese rechtspraak opgeleverd.

18. Het oorspronkelijke uitgangspunt van de Europese rechtspraak was dat van een inmenging in het gezinsleven geen sprake kan zijn wanneer gezinsleden een persoon kunnen volgen om elders het gezinsleven voort te zetten. Zulke gevallen zijn in die rechtspraak zeldzaam. De bekendste voorbeelden vormen de klachten van een aantal Keniaanse en Oegandese Aziaten aan het begin van de jaren zeventig. Hoewel deze klachten hoofdzakelijk betrekking hebben op art. 3 EVRM, heeft de Europese Commissie er een drietal ook ontvankelijk verklaard ter zake van een mogelijk schending van art. 8 EVRM, en in haar rapport heeft zij later een dergelijke schending aangenomen. (72) In deze zaken ging het er om dat de betrokkenen noch in hun land van origine noch in Engeland of enig ander land een effectief gezinsleven zouden kunnen leiden. Het woord effectief duidt er op dat de Commissie situaties waarin personen zich 'in orbit' bevinden of illegaal in een staat moeten verblijven, niet als aanvaardbare alternatieven beschouwt. Hoewel mij daarvan in de gepubliceerde jurisprudentie geen gevallen bekend zijn, kan het zich ook bij de jure of de facto staatlozen voordoen dat gezinsleden in geen enkel land een gezamenlijk leven kunnen leiden. Wel biedt de rechtspraak voorbeelden van gevallen waarin een gezamenlijk leven niet mogelijk is omdat de ene partner wegens diens strafrechtelijk verleden niet gewenst is in de staat van de andere partner, terwijl de andere partner om dezelfde reden niet gewenst wordt in de staat van de eerste. (73) Ook dan is sprake van inmenging in het gezinsleven.

(70) Klachten 7048, 7816, 11278, en de ontvankelijke klacht 15576/89 (Cruz Varas).

(71) Klacht 5302.

(72) Klachten 4478/70 (Chandarana), 4486/70 (Patel) en 4501/70 (Patel). Zie voor de afloop van deze zaken Drzemczewski (1978).

(73) Klacht 8041.

Soms bestaat wel de mogelijkheid voor een persoon gezinsleden te volgen naar hun land van origine, maar kan er in dit land niet werkelijk een gezinsleven worden geleid. Het extreemste voorbeeld vormt de klacht van de vrouw van wie de echtgenoot, een Marokkaanse legerofficier, door Engeland naar Marokko werd verwijderd, waar hij vervolgens werd terechtgesteld. (74) Men kan ook denken aan gevallen waarin een gezinslid in het land van diens origine voor vervolging te vrezen heeft, indien die vervolging mede een aanslag betekent op het gezinsleven. (75)

Weer iets anders ligt de problematiek van conflicterende mensenrechten. De zaak Berrehab vormt er een fraai voorbeeld van. Zou hier het minderjarige kind de vader naar Marokko zijn gevolgd, dan zou afbreuk gedaan worden aan het recht op gezinsleven tussen het kind en de moeder. In zulke omstandigheden kan het kind de vader niet volgen en betekent verwijdering van de vader een inmenging in het gezinsleven. Dilemma's kunnen daarnaast de vorm aannemen van een gedwongen keuze voor het individu tussen twee hem toekomende fundamentele rechten. Zo zou de vluchteling aan wie de overkomst van gezinsleden is geweigerd, met het oog op de voortzetting van het gezinsleven kunnen terugkeren naar zijn land van herkomst, maar aldus zou hij de bescherming moeten opgeven waarop hij krachtens het Vluchtelingenverdrag recht heeft. Van zulke situaties geeft de Europese jurisprudentie overigens geen voorbeelden. Die zijn er daarentegen wel te vinden met betrekking tot een andere gedwongen keuze: tussen het recht op gezinsleven en het recht om te wonen in de staat waarvan men de nationaliteit heeft. In een lange reeks van klachten is deze keuzeproblematiek aan de Commissie voorgelegd. Zij stelt zich hier op het standpunt dat het recht op gezinsleven niet zonder meer het recht impliceert op verblijf van de gezinsleden in het land waarvan een van hen de nationaliteit bezit, (76) daargelaten nog dat uit de bepalingen van het Europees Verdrag zelf geen woonrecht voortvloeit in het land waarvan men onderdaan is. (77) In de ogen van de Commissie maakt de nationaliteit van gezinsleden geen principieel verschil voor de vraag of inmenging in het

(74) Klacht 5961 (Amekrane).

(75) Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 14 sept. 1989, KG 1989, 354. Zie voor de problematiek ook Afd. rechtspraak RvS 21 nov. 1986, RV 1986, 18, en Pres. Rb. Amsterdam 28 sept. 1989, KG 1989, 396; vgl. ook klacht 15576/89 (Cruz Varas).

(76) Vgl. o.a. de klachten 238, 858, 7048, 7816.

(77) Vgl. o.a. de klachten 3325, 4403 e.a., 5301, 5302.

gezinsleven plaatsvindt, of het daarbij nu gaat om levenspartners, (78) om minderjarige kinderen (79) of om andere gezinsleden. Bij deze benadering heeft het Hof zich in de zaak Abdulaziz e.a. aangesloten. Dit standpunt is in zoverre logisch dat het bij de vraag naar inmenging vooral aankomt op de feitelijke mogelijkheden om gezinsleden naar een ander land te volgen, en die mogelijkheden hoeven niet a priori geringer te zijn voor staatsburgers. (80) Des te verrassender is het echter dat het Vierde Protocol bij het Europees Verdrag door de Straatsburgse instanties nooit in de beoordeling is betrokken. In de zaken waarin op het Protocol een beroep werd gedaan, ging het steeds om verdragspartijen die het niet hadden bekrachtigd. (81) Maar ook in andere zaken is de problematiek van de gedwongen keuze tussen twee mensenrechten nooit expliciet onder ogen gezien. (82)

19. Op het uitgangspunt dat van geen inmenging in het gezinsleven sprake is wanneer de gezinsleden elkaar naar een ander land kunnen volgen, zijn door de Europese Commissie in de loop der jaren voortdurend verzachtingen aangebracht. En wel zodanig dat het goeddeels achterhaald lijkt te zijn.

Een van de oudste en meest voor de hand liggende nuanceringen heeft betrekking op minderjarige kinderen. Weigering van de toelating van een minderjarig kind of diens uitzetting betekent inmenging in het gezinsleven, ongeacht de vraag of de ouders het kind kunnen volgen. (83) Uit andere beslissingen blijkt dat het bij de mogelijkheden voor gezinsleden om elkaar te volgen niet om willekeurig welke mogelijkheid gaat, maar om een land waarmee een of meer van hen maatschappelijke bindingen heeft. (84) Waar het gezinsleden betreft die de nationaliteit hebben van de staat die aan een persoon geen verblijf (meer) wil toestaan, of gezinsleden die daar al langere tijd zijn

(78) Zie o.a. de klachten 238, 5269, 5445 en 5446, 7175, 7289, 7816, 9203, 10032, 11278.

(79) Zie o.a. de klachten 7816, 8244, 8245, 8704, 9088, 9285, 10032.

(80) Het onderzoek naar de vraag of iemand een gezinslid kan volgen naar een andere staat, is overigens vaak zeer oppervlakkig. Vgl. o.a. klacht 7729 (Agee) en het commentaar daarbij van Fawcett (1987), p. 223.

(81) Klachten 4403, 4478, 4486, 4501, 5302.

(82) Vgl. met betrekking tot art. 2 Grondwet, Afd. rechtspraak RvS 8 mei 1989, RV 1989, 93. De uitkomst is ook hier negatief.

(83) Klachten 2991 (Alam en Khan), 9330 (Bulus); HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 188.

(84) Klachten 5301, 5445 en 5446, 8704.

gevestigd, wordt speciale aandacht besteed aan de vraag of het volgen van de persoon, gelet op alle omstandigheden, wel van hen kan worden verlangd. (85) Langs zulke wegen is al vroeg een redelijkheids-toetsing binnengeslopen; het elkaar kunnen volgen wordt door de Commissie al lang niet meer in absolute zin opgevat. Centraal staat nu de vraag of het volgen van elkaar in redelijkheid van de gezinsleden kan worden geveerd. De stijl van toetsen is daarbij niet altijd dezelfde. In sommige beslissingen wordt vooral gekeken of het volgen van een persoon de overige gezinsleden voor onoverkomelijke moeilijkheden plaatst, en in deze formule klinkt de oorspronkelijke benadering nog door. (86) In andere beslissingen ligt het accent op de vraag hoe ingrijpend het volgen voor de gezinsleden is, een wat liberalere toets. (87)

Een belangrijk gevolg van deze verschuiving in benadering is dat in de jurisprudentie niet altijd meer even duidelijk te onderkennen valt wanneer geen inmenging heeft plaatsgevonden en wanneer een inmenging die gerechtvaardigd wordt door het tweede lid van art. 8 EVRM. Wat nu eens niet als inmenging wordt beschouwd, wordt dan weer gezien als een gerechtvaardigde inmenging. (88) In nogal wat ontvankelijkheidsbeslissingen waarvan de uitkomst voor de klager negatief is, wordt de keuze tussen beide mogelijkheden opengelaaten. (89) Soms wordt expliciet door de Commissie overwogen dat, zo er al inmenging in het gezinsleven was, die werd gerechtvaardigd door de omstandigheden. (90) Dit alles wijst er op dat in de loop der jaren geleidelijk een tweede verschuiving heeft plaatsgevonden, die voortbouwt op de eerste. Het weigeren of het ontnemen van een verblijfstitel aan een gezinslid wordt dan als zodanig gezien als inmenging in het gezinsleven en onmiddellijk getoetst aan het tweede lid van art. 8. Of andere gezinsleden de persoon redelijkerwijs kunnen volgen, wordt dan een onderdeel van de vraag of inmenging in het gezinsleven gerechtvaardigd is op de gronden van het tweede lid. Dat lijkt mij een grote vooruitgang.

Die tweede verschuiving doet zich niet over de gehele linie in dezelfde

(85) Zie bijvoorbeeld de klachten 3325, 6357, 7289, 10453, 10677, 11333.

(86) Zie o.a. de klachten 8245, 9088, 9285, 9490, 9492.

(87) Bijvoorbeeld de klachten 6357, 7289, 7816, 9478, 9593.

(88) Vgl. oa. klacht 8245 tegenover klacht 9285.

(89) Zie o.a. klachten 8245, 9490.

(90) Bijvoorbeeld klachten 8245, 9490, 10453.

mate voor. Er is een onderscheid tussen zaken waarin wordt geklaagd over het niet verlenen van een verblijfstitel aan een persoon die nog niet eerder in een staat heeft verbleven, er zonder titel verblijft of na het opgeven van zijn woonplaats er weer terugkeert enerzijds, en zaken waarin de klacht handelt over het intrekken of niet verlengen van een verblijfstitel anderzijds. Waar het gaat om het intrekken of niet verlengen van titels, wordt nu vrijwel steeds inmenging in het gezinsleven zonder meer aangenomen en valt het accent op een onderzoek naar de gerechtvaardigdheid van de inmenging. (91) Bij de toelating van vreemdelingen ligt het anders. Al komt het ook hier regelmatig voor dat in een afgewezen klacht inmenging in het gezinsleven wordt aangenomen, (92) vaak gebeurt dat ook niet. (93) Het lijkt een kwestie van gradatie te zijn. Of er van inmenging sprake is, wordt vermoedelijk vooral bepaald door het meer of minder klemmende karakter van de individuele belangen die op het spel staan en de duur van het verblijf van de gezinsleden in een staat. (94)

Hebben deze verschuivingen ook praktische betekenis? Wijziging van motivering hoeft immers niet automatisch te leiden tot wijziging van uitkomsten. (95) In de jaren tachtig zijn echter door de Commissie nu al meer klachten ontvankelijk verklaard dan in alle jaren daarvoor. Het ligt voor de hand dat veranderingen in het theoretische perspectief daartoe hebben bijgedragen.

De gerechtvaardigdheid van belemmeringen van het gezinsleven

20. Wanneer het weigeren of het ontnemen van een verblijfstitel neerkomt op inmenging in het gezinsleven, dient deze inmenging gedekt te worden door het tweede lid van art. 8 EVRM. Om hiervóór besproken redenen beschouwen de Europese instanties echter niet elke beslissing waarbij een staat (verder) verblijf aan een gezinslid weigert, als een inmenging. Dit heeft meegebracht dat beslissingen

(91) Vgl. de klachten 3898, 6357, 7816, 8244, 9088, 9203, 9285, 9490, 10032, 10453, 11278, 12313. Anders Villiger (1988), p. 659, die echter geen onderscheid maakt tussen rechtmatig verblijf en verblijf dat ab initio niet op een verblijfstitel berustte. Geen inmenging werd aangenomen in de oude klachten 2535 en 5269. In de klachten 9478 en 11333, waarin ook niet van inmenging sprake is, gaat het om een zeer kort en precair verblijf.

(92) Zie oa. klachten 7289, 8041, 9593, 10677, 13654.

(93) Zie oa. klachten 5301, 9369, 10914.

(94) Vgl. in het bijzonder klacht 7289.

(95) Zie voor de Nederlandse jurisprudentie nr. 30.

waarin het optreden van nationale autoriteiten door hen aan het tweede lid werden getoetst, tot nog toe getalsmatig in de minderheid zijn. Die toetsing had bovendien vaak een beknopt en oppervlakkig karakter, al is daarin de laatste jaren bepaald wel verandering gekomen, getuige bijvoorbeeld de zaken Taspinar en Berrehab en de in 1989 door de Europese Commissie ontvankelijk verklaarde klachten. Als gezegd, wordt het intrekken of het niet verlengen van een verblijfstitel door de Commissie doorgaans als een inmenging in het gezinsleven gezien. Hier vindt dan toetsing van de nationale beslissing aan het tweede lid plaats. Anders ligt het met het niet verlenen van verblijfstitels. De prealabele vragen zijn hier of de gezinsleden een persoon kunnen volgen, en zo ja, of dit ook redelijkerwijs van hen verlangd kan worden. Pas als blijkt dat een van beide vragen negatief moet worden beantwoord, kan in beginsel een toetsing van de nationale beslissing aan het tweede lid aan de orde komen. In de praktijk echter valt, zoals hier boven bleek, de beoordeling van de vraag of gezinsleden een persoon redelijkerwijs kunnen volgen, steeds minder scherp te onderscheiden van een toetsing aan het tweede lid. Men zou het een iets afgezwakte vorm van toetsing aan het tweede lid kunnen noemen. Misschien kan men ook zeggen dat bij de beoordeling van de gerechtvaardigheid van een inmenging primair op de nationale overheid de last drukt, aan te tonen waarom diens beslissing negatief moest uitvallen, terwijl bij het redelijkerwijs kunnen volgen het in eerste aanleg aan de betrokken gezinsleden is, duidelijk te maken waarom het volgen niet van hen verlangd behoort te worden. Een derde vorm van toetsing is door het Hof in de zaak Abdulaziz e.a. geïntroduceerd. Ook al vormt een nationale maatregel geen inmenging in het gezinsleven, gelet op de positieve verplichtingen die art. 8 de verdragspartijen oplegt, kan het toch zijn dat deze getuigt van een gebrek aan respect voor het gezinsleven. De positieve verplichtingen tot eerbiediging van gezinsleven brengen immers mee dat een 'fair balance' tussen individueel en algemeen belang wordt getroffen, waarbij weer het tweede lid van art. 8 als maatstaf kan dienen. Hoe deze maatstaf zich verhoudt tot de jurisprudentie van de Commissie waarin deze nagaat of gezinsleden een persoon redelijkerwijs kunnen volgen, is nog niet duidelijk. Er zijn mij nog geen beslissingen van de Commissie bekend waarin deze de positieve verplichtingen nader heeft geconcretiseerd. Al met al is de situatie nogal gecompliceerd en ondoorzichtig. Drie

verschillende toetsen blijken op Europees niveau te worden gehanteerd. Zuiver uit een oogpunt van heldere systematiek zou het al de voorkeur verdienen dat elke weigering van (verder) verblijf zou worden beschouwd als een inmenging in het gezinsleven en zou worden getoetst aan het tweede lid. Daarbij blijft uiteraard het onderscheid tussen 'toelating' en 'uitzetting' van essentieel belang. Ik geloof dat Commissie en Hof die weg langzamerhand ook voor het grootste deel al hebben afgelegd.

21. Het tweede lid van art. 8 EVRM noemt niet minder dan acht gronden waarop inmenging in het gezinsleven gerechtvaardigd kan zijn. In de jurisprudentie van de Europese instanties over vreemdelingenzaken hebben die tot nu toe weinig echte aandacht gekregen. In het bijzonder de Europese Commissie gaat losjes te werk. Soms wordt bij het afwijzen van een klacht volstaan met een globale verwijzing naar het tweede lid, soms wordt verwezen naar meer gronden tegelijk zonder specificatie van de redenen waarom ze van toepassing worden geacht, soms worden gronden alleen bij wijze van voorbeeld genoemd. (96)

Anders dan men in vreemdelingenzaken misschien zou verwachten, spelen de nationale veiligheid en de openbare veiligheid in de Europese jurisprudentie als beperkingsgronden nauwelijks een rol. Er is mij maar één beslissing van de Commissie bekend waarin naar de nationale veiligheid wordt verwezen. (97)

Lange tijd speelde ook het economisch welzijn als beperkingsgrond nauwelijks een rol, ofschoon er vele klachten zijn geweest waarin alleen deze grond de rechtvaardiging voor een nationale beslissing zou kunnen opleveren. (98) De verklaring daarvoor is het beperkte inmengingsbegrip: konden gezinsleden een persoon redelijkerwijs volgen, dan was van geen inmenging sprake en werd er dus ook niet, althans niet expliciet, getoetst aan het economisch welzijn. Pas in de jaren tachtig krijgt deze weigeringsgrond zichtbare aandacht. Van alle beperkingsgronden in het tweede lid is het economisch welzijn veruit de vaagste, en dit brengt mee dat zowel restrictieve als ruime interpretaties te verdedigen zijn. De ruimste uitleg zou kunnen inhouden

(96) Zo spreekt de Europese Commissie in haar rapport in de zaak *Berrehab* van 'legitimate aims, such as the prevention of disorder and the rights and freedoms of others'.

(97) Klacht 7729 (Agee).

(98) Zie oa. de klachten 5301, 5445 en 5446, 5532, 7048, 7229, 8244.

dat het economisch welzijn alle collectieve belangen bestrijkt die niet al door een van de andere zeven beperkingsgronden worden gedekt. Dat zou betekenen dat alle beperkingsgronden gezamenlijk een even ruim bereik hebben als het algemene belang in de Nederlandse Vreemdelingenwet. Wat daarvan zij, er zijn tot nu toe slechts een paar beslissingen voorhanden. Van belang is vooral de uitspraak van het Hof in de zaak Berrehab. Naar de mening van het Hof is het reguleren van de arbeidsmarkt teneinde de immigratie met het oog op de dichtbevolktheid van een samenleving te beperken, een doelstelling van overheidspolitiek die verband houdt met het economisch welzijn. De beperkingsgronden die in de Europese rechtspraak het vaakst aan de orde komen, zijn de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten. In navolging van de tekst van de verdragsbepaling noemt de Commissie ze dikwijls in een adem, waardoor wat onduidelijk blijft welke zelfstandige betekenis de bescherming van de openbare orde heeft naast het voorkomen van strafbare feiten. Dat veroordelingen ter zake van commune delicten in beginsel aanleiding kunnen geven tot het weigeren of ontnemen van verblijfstitels, spreekt wel vanzelf. (99) Des te opmerkelijker is dat de Commissie in 1989 een viertal klachten ontvankelijk heeft verklaard waarin het gaat om de toepassing van deze weigeringsgronden. (100) Ook herhaalde veroordelingen ter zake van overtredingen van vreemdelingenrechtelijke voorschriften kunnen in beginsel aanleiding geven tot verwijdering van een vreemdeling, (101) evenals het verstrekken van onjuiste informatie (102) en irreguliere binnenkomst of irregulier verblijf. (103) Bij het laatste moet men uiteraard wel bedenken dat irreguliere binnenkomst of verblijf aan een persoon niet eeuwig kan blijven worden tegengeworpen. Bewandelt de persoon na zijn verwijdering de reguliere weg voor toelating, dan behoort zijn irreguliere voorgeschiedenis niet langer van betekenis te zijn. Bedenklijk is de neiging van de Commissie, ook algemene uitgangspunten van vreemdelingenbeleid die niet te maken hebben met de overtreding van vreemdelingenrechtelijke voorschriften, onder het belang van de openbare orde te begrijpen. Dit deed zij bijvoorbeeld in haar

(99) Zie de klachten 312, 2535, 3898, 7816, 8041, 9203, 9490, 10032, 10453, 11278.

(100) Klachten 12083, 12313, 13653 en 14312.

(101) Vgl. klacht 6357. Uiteraard geldt ook hier de proportionaliteit als maatstaf.

(102) Klacht 9285.

(103) Vgl. o.a. klachten 6357, 7289, 8245, 9088, 9285, 10677, 10915.

rapport in de zaak Berrehab, waarin de klager zich geheel en règle in Nederland bevond. (104) Het Hof heeft die benadering in dezelfde zaak terecht niet gevolgd. Ten slotte is van belang dat de Commissie polygame gezinsrelaties buiten huwelijk niet zonder meer beschouwt als zaken die op zichzelf in strijd zijn met de openbare orde. (105) De goede zeden en de gezondheid nemen in de Europese jurisprudentie een bescheiden plaats in. Bij veroordelingen ter zake van drugsdelicten verwijst de Commissie soms naar de laatste grond. (106) In deze gevallen gaat het blijkbaar om de handel in harddrugs. Over de betekenis van de rechten en vrijheden van anderen als beperkingsgrond in vreemdelingenzaken is eveneens weinig jurisprudentie. De Commissie verwijst er onder meer naar in haar rapport in de zaak Berrehab. (107) Waarom, is me volstrekt onduidelijk; verlening van een verblijfstitel aan de vader zou op geen enkele wijze inbreuk kunnen maken op de rechten of vrijheden van het kind of de moeder, of van welke andere persoon ook. Mogelijk heeft de Commissie gedacht aan 'nadeien' die het toestaan van verblijf aan vreemdelingen voor de bevolking of bepaalde bevolkingsgroepen zou kunnen hebben, bijvoorbeeld omdat aldus de concurrentie op de arbeidsmarkt of de woningmarkt toeneemt. Maar dat is heel iets anders dan een concrete inbreuk op door het Europees Verdrag gegarandeerde rechten en vrijheden van concrete personen, en daarom gaat het toch bij deze beperkingsgrond. Wat daarvan zij, het Hof heeft ook op dit punt de Commissie niet gevolgd. In het algemeen kan er geen sprake van zijn dat het toestaan van verblijf aan een persoon inbreuk maakt op individuele rechten van anderen. Hoogstens is mogelijk dat het toestaan van verblijf aan een gezinslid nadeel toebrengt aan het gezinsleven van anderen, bijvoorbeeld wanneer een ouder een kind heeft onttrokken aan de andere ouder. (108) Maar in vreemdelingenzaken liggen de problemen meestal anders. Het gaat doorgaans om gezamenlijke beslissingen van gezinsleden op grond waarvan sommigen hun verblijfplaats verleggen naar een andere staat. Natuurlijk maken zij aldus geen inbreuk op elkaars recht op gezinsleven.

(104) Zie ook de klachten 8245, 9088 en 9285.

(105) Zie nr. 6.

(106) Klachten 7816 en 11278.

(107) Zie nog de klacht 11278.

(108) In Afd. rechtspraak RvS 3 febr. 1989, Rekers D 13-140, wordt de vraag opgeworpen maar niet beantwoord.

22. De inmenging in het gezinsleven moet bij de wet zijn voorzien. Zoals in het preadvies van De Boer te lezen valt, is dit vereiste in de rechtspraak in verschillende richtingen uitgewerkt. Voor vreemdelingenzaken is vooral van belang dat de regel waarop de overheid zich beroept, kenbaar voor de belanghebbenden is en met voldoende precisie geformuleerd. Dat laatste kan moeilijk worden beweerdd van bepalingen als art. 11 van de Nederlandse Vreemdelingenwet, met zijn verwijzing naar het algemeen belang. Daarnaast staat echter de Vreemdelingencirculaire, waarin dit algemeen belang op voor de overheid bindende wijze is geconcretiseerd. In de zaak Berrehab volstaan zowel Commissie als Hof met de simpele constatering dat het Nederlandse vreemdelingenrecht hen in dit opzicht geen problemen gaf. (109)

23. De kern van de problematiek in vreemdelingenzaken ligt in de vraag of een belemmering van of inbreuken op gezinsleven 'in een democratische samenleving nodig is'. Over het antwoord valt eigenlijk in elke vreemdelingenzaak te twisten. Zoals het Hof in de zaak Abdulaziz e.a. opmerkt, bestaan er tussen de verdragspartijen aanzienlijke verschillen in opvatting over wat respect voor gezinsleven hoort mee te brengen. Dat geldt zeker ook voor hun vreemdelingenbeleid. (110) De Europese rechtspraak heeft bovendien betrekking op een reeks van onderling sterk uiteenlopende zaken. Daarin valt niet eenvoudigweg te lezen hoe een nationale autoriteit in een concreet geval moet beslissen, maar veel meer vanuit welke gezichtspunten en met welke instelling het recht op gezinsleven benaderd moet worden. Het heeft in het kader van dit preadvies dan ook niet zo veel zin, uitgebreid de casuïstiek te behandelen. In het algemeen is het waar dat men op Europees niveau in de loop van de jaren kritischer is geworden. Toetsing van nationale beslissingen aan art. 8 EVRM levert nu soms uitkomsten op die vroeger niet denkbaar waren. Zo zullen slechts weinigen tevoren hebben voorspeld dat de zaak Berrehab zou

(109) Het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof verklaarde in zijn beslissing van 12 dec. 1985 art. 3 Fremdenpolizeigesetz in strijd met het EVRM wegens zijn te vage karakter. Zie EuGRZ 1986, p. 190 - 193.

(110) Zo acht het Duitse Bundesverfassungsgericht het in zijn beslissing van 12 mei 1987, EuGRZ 1987, p. 449 - 472, niet in strijd met het recht op gezinsleven in het Grundgesetz dat bij toelating voor gezinsvorming als voorwaarden gelden dat de in de BRD verblijvende partner er ten minste acht jaar heeft gewoond en dat het huwelijk ten minste een jaar bestaat. In het Nederlandse beleid worden zulke eisen niet gesteld.

eindigen met een veroordeling van Nederland door het Europese Hof.

Of het gezinsleven door een vreemdelingenrechtelijke maatregel ontoelaatbaar wordt beperkt, is een zaak van belangenafweging in het concrete geval. (111) Dat is minder een open deur dan op het eerste gezicht lijkt. Het betekent dat een beroep op dit recht niet afgewezen kan worden onder verwijzing naar een wettelijk voorschrift, een algemene beleidsregel of naar algemene doelstellingen van een beleid alleen. Het brengt vervolgens mee dat de individuele belangen die pleiten voor het toestaan van verblijf, even volledig en zorgvuldig worden geïnventariseerd en geëvalueerd als de belangen die daartegen pleiten, en dat op zichtbare wijze wordt verantwoord hoe de belangenafweging heeft plaatsgevonden. (112) Het houdt eveneens in dat bij het afwijzen van beroepen geen gebruik wordt gemaakt van argumenten die, als men ze zou omkeren, ook ten nadele van vreemdelingen zouden kunnen worden gebruikt. De 'voorzienbaarheid' van de weigering is zo'n argument, maar er zijn er meer.

Inbreuken op het gezinsleven dienen in een democratische samenleving noodzakelijk te zijn. Voor het vreemdelingenrecht is daarbij van belang dat ook in gevallen waarin de gezinsleden elkaar wel zouden kunnen volgen naar een ander land, een negatieve beslissing inzake het verblijf vrijwel altijd diep ingrijpende gevolgen in het persoonlijke leven van de betrokkenen heeft. Hoe ingrijpender die gevolgen zijn, des te zwaardere eisen mag men aan de noodzakelijkheid van een inmenging stellen. Noodzakelijk is meer dan alleen dienstig of bevorderlijk. Zo kan men zich bijvoorbeeld afvragen of verwijdering van personen wegens strafbare feiten in een democratische samenleving noodzakelijk is wanneer geen recidivegevaar dreigt. In de zaak Berrehab spreekt het Hof over een 'pressing social need', hetgeen te vertalen zou zijn met 'dringende maatschappelijke behoefte'. Het is in de eerste plaats aan de nationale overheid, aannemelijk te maken dat die behoefte bestaat en dat deze voorrang moet hebben boven de individuele belangen van de gezinsleden, in het bijzonder dat van een ongestoord gezinsleven. (113) Wel maakt het Hof in de zaak Berrehab

(111) Vgl. vooral HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 188, RV 1987, 18, en HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 844, RV 1987, 19.

(112) Vgl. de kritische opmerking van de Europese Commissie in haar rapport in de zaak Berrehab aan het adres van de Raad van State. Zie ook nr. 30.

(113) Vgl. de jurisprudentie van de Hoge Raad genoemd in noot 110 hiervóór.

melding van een aan de overheid toekomende 'margin of appreciation', maar dat heeft het toch niet verhinderd, vast te stellen dat in de zaak belangen verkeerdt waren afgewogen. Waar, zoals in de zaak Abdulaziz e.a., niet sprake is van een inbreuk op het gezinsleven, rest toch altijd de vraag of er niet een positieve verplichting bestaat tot het toestaan van verblijf aan een gezinslid. En ook al merkt het Hof op dat verdragspartijen in deze sfeer over een wide margin of appreciation beschikken, toch zal ook hier naar een eerlijk en redelijk evenwicht gezocht moeten worden tussen individuele belangen en de collectieve belangen waarop het tweede lid van art. 8 ziet.

24. Over de collectieve belangen die in het geding zijn, is hiervoor al gesproken. Aan de andere kant staan de belangen van de gezinsleden. Naast het gezamenlijk belang bij gezinsleven zijn er de individuele belangen van ieder gezinslid afzonderlijk, die bij een afweging behoren te worden betrokken. De weigering van verblijf aan een of meer gezinsleden plaatst alle gezinsleden voor een keuze. Besluiten zij gezamenlijk hun woonplaats naar een andere staat te verleggen, dan heeft dat voor ieder van hen persoonlijke gevolgen, terwijl die er ook kunnen zijn voor het karakter en de inhoud van hun gezinsleven. Besluiten zij tot scheiding, een beslissing die niet van wederzijdse onverschilligheid hoeft te getuigen maar evenzeer een poging kan zijn elkaars ontplooiingsmogelijkheden en toekomstperspectieven zo goed mogelijk te beschermen, dan heeft ook dat uiteraard negatieve gevolgen voor alle gezinsleden. Het zijn de twee kanten van het dilemma voor gezinsleden die beide in de afweging van belangen behoren te worden betrokken. In een veelheid van beslissingen komen zulke afwegingsfactoren in de Europese rechtspraak aan de orde. Zonder pretentie van volledigheid volgt hier een korte samenvatting van de belangrijkste.

Uiteraard speelt bij de beoordeling van individuele belangen de intensiteit van het gezinsleven een zekere rol. Naarmate betrekkingen tussen gezinsleden losser zijn, zal de ingreep in het gezinsleven minder diep gaan. (114) Toch is dit al dadelijk een gezichtspunt ten aanzien waarvan reserve geboden is. Het is gevestigde rechtspraak dat ook waar gezinsleden niet onder een dak wonen, van gezinsleven sprake kan zijn. De intensiteit van de persoonlijke betrekkingen tussen gezinsleden is niet alleen afhankelijk van de frequentie van hun

(114) Vgl. klacht 7289, maar zie ook klacht 9593.

onderlinge contacten. Economische of juridische factoren, zoals gezinsherenigingsvoorwaarden in het vreemdelingenbeleid, kunnen er bovendien de oorzaak van zijn dat het gezinsleven niet de intensiteit heeft gekregen die de betrokkenen zelf hadden gewild. (115) En ten slotte is het niet aan de overheid, zich uitvoerig te verdiepen in de kwaliteit van gezinsleven van personen.

Terecht hebben in de jurisprudentie, getuige de zaken Berrehab en Taspinar, de belangen van het minderjarige kind een zwaar accent gekregen. (116) De gedwongen scheiding van het kind en zijn opvoeders lijkt eigenlijk nimmer geaccepteerd te worden, en dat zeker niet als het argument zou zijn dat het economische welzijn daartoe dwingt. In de zaak Berrehab onderstreept het Hof dat het kind er recht op heeft, in zijn groei door beide ouders begeleid te worden, niet slechts door een van hen. Het is eveneens vaste rechtspraak dat het kind zijn opvoeders volgt; men kan in beginsel aan het kind geen verblijf weigeren met het argument dat zijn ouders hem kunnen volgen. (117) Waar anderzijds de weigering van verblijf aan een gezinslid mee zou brengen dat het kind de ouder(s) moet volgen, beziet de Europese Commissie vooral of het kind een 'adaptable age' heeft. (118) Naarmate het kind jonger is, wordt het door de Commissie verondersteld zich makkelijker aan te passen aan nieuwe omstandigheden en minder binding te hebben met de samenleving die zijn ouders moeten verlaten. Het lijkt me dat daarop nogal wat uitzonderingen denkbaar zijn. Het is bovendien een argument dat zich vrij gemakkelijk laat omkeren, en in de praktijk gebeurt dat ook dikwijls. Het luidt dan dat naarmate het kind ouder is, weigering van verblijf aan de opvoeders of aan het kind zelf meer in de rede ligt omdat het kind zich gemakkelijker zelfstandig zal kunnen handhaven.

Belangrijke factoren zijn de nationaliteit en de verblijfsduur van gezinsleden. Natuurlijk maakt het in de eerste plaats verschil of het gezinslid aan wie verblijf wordt geweigerd, zelf reeds op het grondgebied van een verdragspartij gevestigd was of niet. De beslissingen van het Europese Hof in de zaken Abdulaziz e.a. en Berrehab illustreren dat overduidelijk. En als de betrokkene er reeds gevestigd was, is van het grootste belang hoe lang hij er heeft verbleven. In 1989

(115) Vgl. HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 188, RV 1986, 95.

(116) Zie voor de belangen van het kind vooral Koens (1983), p. 209 - 215.

(117) Zie de klachten 2991 (Alam en Khan) en 1206 (Taspinar).

(118) Vgl. o.a. de klachten 9088, 9285, 10453.

heeft de Commissie voor het eerst drie klachten ontvankelijk verklaard waarin het gaat om de verwijdering wegens strafbare feiten van personen die hun gehele leven of zo goed als hun gehele leven in de betrokken staat hadden doorgebracht; opmerkelijk is dat de ontvankelijkverklaringen zich in twee van de drie ook uitstrekken over art. 3 EVRM. (119) Ook is van groot belang hoe het staat met de nationaliteit en de verblijfsduur van andere gezinsleden. Dat zij de nationaliteit hebben van de staat die verblijf aan een gezinslid weigert, is geen omstandigheid die de weigering van het verblijf op zichzelf al in conflict brengt met art. 8 EVRM; over de blinde vlek in de Europese jurisprudentie ten aanzien van het Vierde Protocol is hiervóór al gesproken. Maar dat neemt toch niet weg dat het een uiterst belangrijke afwegingsfactor blijft. Commissie en Hof maken daarbij beide nog onderscheid naar het tijdstip van verkrijging van de nationaliteit en naar de duur van het verblijf. (120) Daarin komt tot uitdrukking dat het hen vooral gaat om de mate waarin de gezinsleden feitelijk met de samenleving in de staat van hun nationaliteit zijn verbonden. Uiteraard geldt dat ook voor gezinsleden die niet de nationaliteit hebben van deze staat. (121)

Het spiegelbeeld van deze afwegingsfactor vormt de situatie in de staat waarheen de persoon aan wie verblijf is geweigerd, als gevolg van deze weigering zou moeten vertrekken. Daarbij dient zowel gekeken te worden naar de situatie die zou ontstaan wanneer alleen de betrokkene zelf vertrekt naar een ander land, als die waarin de andere gezinsleden hem volgen. In het eerste geval is vooral van belang welke mate van binding de persoon heeft met dit land, zoals die bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in de aanwezigheid van familieleden, en of hij zich zelfstandig zal kunnen handhaven. In het tweede geval gaat het er om, ten aanzien van ieder gezinslid na te gaan wat hem verbindt met het andere land en welke toekomstperspectieven aanwezig zijn. Ook moet worden gekeken naar de mogelijkheden voor een normaal en bevredigend functioneren van het gezinsverband als geheel. Ten slotte is ook de algehele situatie in een land niet zonder belang, zoals blijkt uit de door de Commissie ontvankelijk verklaarde

(119) Klachten 12083 en 12313. Zie verder nr. 35.

(120) Vgl. o.a. de zaak Abdulaziz e.a. en klacht 9088.

(121) Vgl. het 'opgeven' van een 'gevestigde positie' in HR 12 dec. 1986, NJ 1988, 188, RV 1986, 95. Zie ook de klachten 9478 en 10453.

(122) Klacht 14312 (El Makhour).

klacht van een Palestijnse moeder van wie de uitzetting naar Libanon was gelast. (122)

In gevallen waarin gezinsleden elkaar naar een andere staat niet kunnen volgen of er voor hen zwaarwegende redenen zijn om daarvan af te zien, speelt nog een andere factor mee. De gevolgen van het weigeren of het ontnemen van een verblijfstitel zijn minder groot naarmate andersoortige contacten tussen hen gemakkelijker mogelijk blijven. De beslissing van het Hof in de zaak Berrehab leert dat gemakzuchtige ficties hier uit den boze zijn. Het maakt voor gezinsleven wezenlijk verschil of gezinsleden samen kunnen leven of aangewezen zijn op mogelijkheden van periodiek bezoek. Bovendien mogen de praktische en soms ook juridische problemen, zoals het verkrijgen van visa, bij het onderhouden van zulke contacten niet worden onderschat. (123)

De voorzienbaarheid van de weigering van verblijf als afwegingsfactor heb ik reeds eerder besproken.

25. Tot nog toe ging het alleen om de betekenis van art. 8 EVRM voor gevallen waarin het weigeren of intrekken van een verblijfstitel het de gezinsleden onmogelijk maakt in een bepaalde staat te leven. Er zijn in het vreemdelingenrecht nog andere situaties waarin het recht op gezinsleven in de knel kan komen.

In de eerste plaats valt daarbij te denken aan gevallen waarin, bijvoorbeeld door het weigeren van visa of van de toegang tot het land, het de gezinsleden niet mogelijk is elkaar te bezoeken. (124) Ook dat kan een inmenging in het gezinsleven opleveren die aan art. 8 kan worden getoetst. Te denken valt ook aan de wijze van verwijderen van een gezinslid (125) en de bewaring. Eén ontvankelijk verklaarde klacht springt er in belang duidelijk uit. Zij betreft de vrijheidsbenaming van een twaalfjarig kind, waardoor een scheiding met diens ouders werd bewerkt. De klacht eindigde in een minnelijke schikking. (126)

(123) Zie nog de klachten 1855 en 3689 en HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 844, RV 1987, 19.

(124) Vgl. de klachten 7289 en 9593.

(125) Vgl. klacht 9012. Zie ook Nationale Ombudsman 14 juli 1987, RV 1987, 49.

(126) Klacht 9330 (Bulus). Zie ook Nationale Ombudsman 17 okt. 1986, RV 1986, 56.

26. Zowel in Nederland als elders worden bij de toelating en uitzetting van gezinsleden allerlei onderscheidingen aangebracht tussen groepen van personen. Soms knopen deze onderscheidingen aan bij de status van het gezinslid om wiens toelating of uitzetting het gaat. Even vaak, of misschien wel vaker, is de status van andere in het land gevestigde gezinsleden het aanknopingspunt voor verschillen in behandeling.

Het is dan ook niet verrassend dat dikwijls klachten zijn ingediend waarin het gaat om de vraag of bepaalde onderscheidingen bij het toelaten of uitzetten van gezinsleden verenigbaar zijn met art. 14 EVRM. Niet minder dan acht van de zeventien ontvankelijk verklaarde klachten hebben ook op deze verdragsbepaling betrekking, (127) en in niet minder dan zes daarvan is door Commissie of Hof inderdaad een schending aangenomen op de grond dat het gemaakte onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging ontbeerde. Dit wekt de indruk dat de toetsing aan art. 14 steeds bijzonder kritisch uitvalt. Die indruk is misleidend. Met name waar het gaat om onderscheidingen die aanknopen bij de status van andere gezinsleden is de toetsing nogal eens oppervlakkig en wordt als het ware het vermoeden gehanteerd dat ze legitiem zijn, behoudens bewijs van het tegendeel. Een werkelijk onderzoek naar de noodzaak van bepaalde onderscheidingen in een democratische samenleving vindt niet altijd plaats.

27. Bij klachten over schending van art. 14 EVRM staat voorop dat toetsing alleen kan plaatsvinden voor zover de ongelijke behandeling raakt aan het genot van een door het Europees Verdrag of de Protocolen gegarandeerd recht. Het moet gaan om een ongelijke behandeling in het genot van een dergelijk recht. Het belang van de beslissing van het Hof in de zaak Abdulaziz e.a. ligt onder meer hierin dat ook in gevallen waarin geen inmenging in het gezinsleven heeft plaatsgevonden, toch een toetsing aan art. 8 – en daarmee aan art. 14 – mogelijk is, omdat dan nog de vraag rest naar de inhoud van positieve verplichtingen. (128) Bovendien overweegt het Hof dat ook al is art. 8 niet geschonden, er toch sprake kan zijn van schending van art.

(127) Klachten 4478, 4486, 4501, 8244, 9214, 9473, 9474.

(128) Zie het verschil met de klachten 238 en 3325.

14. Dat een verdragspartij ten aanzien van bepaalde personen in de eerbiediging van gezinsleven verder gaat dan dat waartoe art. 8 verplicht, vrijwaart haar er niet van dat ten aanzien van andere personen wordt onderzocht of de ongelijke behandeling zich laat rijmen met art. 14. Klagen over ongelijke behandeling bij de toekenning van rechten die niet door het Europees Verdrag of de Protocolen gegarandeerd worden, blijft echter onmogelijk, en dat ook in gevallen waarin die rechten van rechtstreeks belang zijn voor de mogelijkheden van verblijf van gezinsleden. (129) Bovendien moeten natuurlijk de regels waarvan een klager stelt dat ze een discriminerend karakter hebben, op hem ook van toepassing zijn. (130)

28. In de loop der jaren is ten aanzien van allerlei gronden voor het maken van onderscheid onderzocht of ze een legitieme grondslag bezitten.

Voorop staat dat het maken van onderscheid naar nationaliteit de kern van elk vreemdelingenrecht vormt. Men kan er ook als gezinslid niet over klagen dat men niet wordt toegelaten of wordt uitgezet in gevallen waarin dit staatsburgers niet kan overkomen. (131) Maar niet alleen daar spelen onderscheidingen naar nationaliteit een rol. Vaak is het de nationaliteit van andere gezinsleden die bepalend is voor de toelating van een persoon in het kader van gezinshereniging of gezinsvorming. Het komt veel voor dat staatsburgers van een land op gemakkelijker voorwaarden gezinsleden kunnen laten overkomen dan anderen. Hetzelfde geldt voor staatsburgers van andere landen onderling. Ook hierin ziet de Europese Commissie geen probleem. Herhaalde malen heeft zij overwogen dat zulke onderscheidingen een objectieve en redelijke basis hebben omdat, als het er om gaat het aantal vreemdelingen te beperken, een staat prioriteit kan geven aan gezinsleden van eigen staatsburgers of van staatsburgers uit landen waarmee engere betrekkingen bestaan. (132)

Nog een stap verder gaan regelingen krachtens welke ook tussen staatsburgers onderscheid wordt gemaakt in voorwaarden voor gezinshereniging of gezinsvorming. Zulke onderscheidingen lijken ty-

(129) Vgl. klacht n278 voor ongelijke mogelijkheden voor beide seksen om te opteren voor de Nederlandse nationaliteit in de oude nationaliteitswetgeving.

(130) Klachten 9088, 9285.

(131) Klachten 7729 en 12313.

(132) Klachten 9088, 9285, 10677, 10914, 10915.

pisch te zijn voor het Engelse vreemdelingenrecht en nationaliteitsrecht. In de zaak Abdulaziz e.a. vindt men er een voorbeeld van. Hier gaat het om gunstiger voorwaarden van gezinsvorming voor staatsburgers die zelf of van wie de ouders geboren zijn in Engeland, de zogeheten ancestry rule. De Commissie vindt dat de geboorteplaats van een staatsburger geen reden meer mag zijn voor het maken van onderscheid. Het Hof echter acht zulke onderscheidingen wel legitiem.

Met deze casus komt men in de problematiek van onderscheidingen naar ras, kleur en nationale afkomst. Dat het maken van onderscheid naar ras, kleur of etnische afkomst ook in het vreemdelingenrecht onaanvaardbaar is, heeft niemand ooit betwist. De vraag is hier veel meer of een bepaald onderscheid werkelijk met zulke verboden gronden te maken heeft, en alweer zijn het klachten tegen Engeland waarin de vraag het vaakst wordt opgeworpen. In haar rapport in de zaak van de Keniaanse en Oegandese Aziaten heeft de Commissie geconcludeerd dat het Britse beleid ten aanzien van staatsburgers zich op dit punt niet verdroeg met art. 14. Dat rapport is echter niet gepubliceerd zodat het niet mogelijk is van de argumenten van de Commissie kennis te nemen. In de zaak Abdulaziz e.a. heeft zowel de Commissie als het Hof in de ancestry rule geen ongelijke behandeling naar etnische afkomst gezien, ook al was het mogelijk dat de rule ongelijk uitwerkte naar die afkomst. (133)

Gegeven de wijze waarop in het vreemdelingenbeleid vroeger gezinsverbanden werden beschermd, is het geen wonder dat onderscheidingen naar sekse ook in de Europese rechtspraak aan de orde zijn gekomen. In de zaak Abdulaziz e.a. zijn Commissie en Hof van mening dat de sekse van gezinsleden geen legitieme grond voor het maken van onderscheid is. (134) Zowel Commissie als Hof stelde vast dat de gewraakte Engelse regeling ongelijk naar sekse uitwerkte zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond.

Ook het maken van onderscheid naar seksuele geaardheid is het onderwerp van een klacht. Dat in het toelatingsbeleid homoseksuele relaties niet op een lijn worden gesteld met heteroseksuele, acht de Commissie niet in strijd met art. 14 EVRM. Zij ziet de homoseksuele relatie niet als een vorm van gezinsleven en meent dat er om die reden

(133) Zie voor de raciale thematiek nog klachten 5302, 9088.

(134) Zo al eerder de VN-Commissie voor de rechten van de mens in de zaak Aumeeruddy - Cziffra. Zie nog klacht 9088.

geen sprake van kan zijn dat deze relatie wordt gediscrimineerd in verhouding tot heteroseksuele relaties die wel gezinsleven vormen. Wel zou een vergelijking met lesbische relaties gemaakt kunnen worden, maar op dat punt deed zich geen ongelijke behandeling voor. (135)

Van belang is vervolgens een klacht inzake de achterstelling van polygame gezinsrelaties bij monogame. De Commissie achtte het niet uitgesloten dat zulke achterstelling in conflict komt met art. 14, maar kwam aan de beoordeling van de vraag niet toe omdat het kind waaraan een verblijfstitel was geweigerd, op dat moment al ruimschoots meerderjarig was. (136)

Rest te vermelden dat bepaalde leeftijdsgrenzen bij het beleid ten aanzien van de toelating van buitenlandse adoptiefkinderen niet onverenigbaar zijn geacht met art. 14 ook al zouden zulke grenzen niet gehanteerd worden met betrekking tot adoptie van kinderen met de nationaliteit van de betrokken staat. (137)

5 HET NEDERLANDSE VREEMDELINGENRECHT

De wetgeving

29. De Vreemdelingenwet van 1965 kent geen bepalingen waarin wordt gesproken over een recht op gezinsleven of gezinshereniging. De toelating van vreemdelingen is een zaak van beleid. Aan de wet kunnen geen aanspraken tot toelating worden ontleend, het korte verblijf van art. 8 uitgezonderd. Anderzijds dwingt de wet nooit tot het weigeren van verblijf. Men wilde bepalingen vermijden waarvan de toepassing onverenigbaar zou kunnen zijn met internationale verplichtingen. (138) Een zelfde systeem kent de wet voor het ontnemen van verblijfstitels en het beëindigen van verblijf. De wet dwingt daar toe nooit.

Twee bepalingen in de wet hebben in het bijzonder te maken met eer-

(135) Klacht 9369. De overwegingen ten aanzien van art. 14 EVRM zijn niet gepubliceerd in Decisions and Reports. Gelet op het verbale gegoochel van de Commissie is dat geen wonder.

(136) Klacht 12139. Zie ook klacht 2991.

(137) Klacht 8896.

(138) Memorie van toelichting, p. 8.

biediging van gezinsleven. Krachtens art. 25 Vreemdelingenwet dient uitzetting van een vreemdeling achterwege te blijven als zijn verwijdering niet verantwoord is met het oog op zijn gezondheid of die van een gezinslid. Van veel groter belang is art. 10 tweede lid Vreemdelingenwet. Daarin is bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan bepaalde vreemdelingen kan worden toegestaan voor onbepaalde tijd in Nederland te verblijven. Blijkens de wetsgeschiedenis is in de eerste plaats gedacht aan de leden van het gezin van een Nederlander en die van de houder van een vergunning tot vestiging. Het bijzondere van deze accessoire verblijfstitel is dat hij alleen verloren zou kunnen gaan door het overlijden van de Nederlander of de houder van een vestigingsvergunning, hun vertrek naar het buitenland, of – in het geval van de laatste – intrekking van de vergunning. Gezinseenheid krijgt hier absolute bescherming. Aangezien het accessoire verblijfsrecht van het gezinslid niet verloren kan gaan door diens persoonlijk gedrag, kan ten aanzien van hem ook geen ongewenstverklaring plaatsvinden zolang het accessoire verblijfsrecht voortduurt. De ongewenstverklaring is in de wet immers verbonden met het verlies van een verblijfstitel. Een bijkomend aspect van de regeling is dat de met een Nederlander gehuwde vreemdelinge niet werd gedwongen te opteren voor de Nederlandse nationaliteit, wilde zij er absoluut zeker van zijn dat zij bij haar echtgenoot in Nederland kon verblijven. (139)

Aan art. 10 Vreemdelingenwet is uitvoering gegeven in art. 47 Vreemdelingenbesluit, terwijl art. 24a Voorschrift Vreemdelingen een aanvullende regeling vormt. Als begunstigden werden in het Vreemdelingenbesluit de echtgenote en de kinderen beneden de eenentwintig jaar van de Nederlander en de houder van een vergunning tot vestiging aangewezen. Verkrijging van de status van gezinslid is echter afhankelijk van twee voorwaarden. De eerste is die van het 'feitelijk behoren' tot het gezin van de Nederlander of de houder van een vergunning tot vestiging. De tweede dat men ten minste een jaar in de hoedanigheid van gezinslid als houder van een vergunning tot verblijf in Nederland heeft verbleven danwel zelf houder van een vergunning tot vestiging is of als vluchteling werd toegelaten. De tweede voorwaarde voorkomt dat gezinsleden recht op toelating tot Nederland hebben.

De accessoire verblijfstitel van de wet geeft absolute prioriteit aan

(139) Zie voor de samenhang met het oude nationaliteitsrecht Swart (1978), p. 154 – 155.

het gezinsleven van bepaalde personen. De uitwerking in het Vreemdelingenbesluit berustte echter op het destijds nog niet als achterhaald ervaren uitgangspunt dat de positie van de man als gezinshoofd die van de andere gezinsleden bepaalt. Daardoor ontstond onvermijdelijk ongelijke behandeling naar sekse. De echtgenoot en de kinderen van de Nederlandse vrouw en de houdster van een vestigingsvergunning konden de status niet verkrijgen. In 1977 werden de art. 47 Vreemdelingenbesluit en art. 24a Voorschrift Vreemdelingen zodanig gewijzigd dat de ongelijkheid naar sekse werd geëlimineerd; bovendien werd het bereik uitgebreid tot gezinsleden van als vluchteling toegelaten personen. Een belangrijk effect van de wijziging is dat man en vrouw nu de bijzondere status van gezinslid over en weer aan elkaar kunnen ontleen, en de kinderen aan beide ouders. Dat versterkt de verblijfsrechtelijke positie van het gezin als geheel aanzienlijk.

De gelijkheidsidee heeft intussen weer nieuwe vragen opgeworpen. Horen ook hier immers niet personen die een vaste relatie met elkaar hebben – vroeger in het vreemdelingenbeleid een duurzame en exclusieve relatie genoemd – en hun kinderen niet op dezelfde voet te worden behandeld? De vraag is door de burgerlijke rechter bevestigend beantwoord terwijl de Raad van State onlangs een uitspraak vermeerde. (140) In het vreemdelingenbeleid worden tegenwoordig zulke relaties niet anders meer benaderd dan huwelijken. Gelet op die gelijke behandeling en op het gegeven dat ook in de jurisprudentie van de Europese Commissie het samenleven buiten huwelijk als gezinsleven wordt beschouwd, is het moeilijk in te zien dat voor het maken van onderscheid in art. 47 Vreemdelingenbesluit nog een objectieve en redelijke rechtvaardiging gevonden kan worden. Al kan men niet direct zeggen dat art. 47 door het Europees Verdrag wordt vereist, ook waar sprake is van een gunstiger behandeling mag blijken de uitspraak van het Hof in de zaak Abdulaziz e.a. niet worden gediscrimineerd. (141) En de volgende vraag is, hoe de zaken liggen ten aanzien van homoseksuele partners van Nederlanders, houders van een vestigingsvergunning of als vluchteling toegelaten vreemdelingen. De vraag ligt hier wat moeilijker omdat de Commissie zulke

(140) Pres. Rb. Roermond 28 april 1988, KG 1988, 273, Hof 's-Hertogenbosch 8 maart 1989, KG 1989, 165, Afd. rechtspraak RvS 9 aug. 1989, MR 1989, 79.

(141) Zie nr. 27. Vgl. voor een soortgelijke problematiek ook HvJ EG 17 april 1986, NJ 1989, 853, Rv 1986, 85 (Reed).

relaties niet ziet als gezinsleven maar als privé-leven en op die grond meent dat verschillen in behandeling door art. 14 EVRM worden gerechtvaardigd. Maar als een verdragspartij in het algemeen homoseksuele relaties niet anders behandelt dan heteroseksuele, kan hij, alweer gelet op de zaak Abdulaziz e.a., die lijn niet willekeurig afbreken.

Nog twee juridische gebeurtenissen moeten in verband met art. 47 Vreemdelingenbesluit genoemd. In de nieuwe Rijkswet op het Nederlanderschap van 1984 is aan de met een Nederlander gehuwde vreemdelinge haar optierecht op de Nederlandse nationaliteit ontnomen. Daardoor is het belang van de status van gezinslid voor deze vrouw toegenomen. In de tweede plaats zijn in het kader van de verlaging van de meerderjarigheidsgrens ook art. 47 Vreemdelingenbesluit en 24a Voorschrift Vreemdelingen in 1987 gewijzigd. Voortaan zullen jeugdige vreemdelingen drie jaar eerder kunnen worden uitgezet.

De betekenis van de status van gezinslid in art. 10 Vreemdelingenwet kan moeilijk worden overschat. Hij biedt aan enkele honderdduizenden personen verblijfsrechtelijke zekerheid zolang hun gezinsleven in Nederland voortduurt. Dat heeft veel menselijk leed voorkomen.

Het beleid

30. Afgezien van art. 10 lid 2 Vreemdelingenwet en afgezien van specifieke verplichtingen die voortvloeien uit internationale regelingen, is het een zaak van vreemdelingenbeleid, welke waarde aan gezinsleven wordt toegekend. Dat geldt het sterkst met betrekking tot de toelating van gezinsleden; die kan met het oog op het algemeen belang worden geweigerd. Maar ook de wettelijke drempels voor het ontnemen van verblijfsrechten aan toegelaten vreemdelingen zijn, de bijzondere status van gezinslid daargelaten, niet bijster hoog.

De neerslag en codificatie van dit beleid is te vinden in de Vreemdelingen-circulaire. Op de ontwikkeling van het beleid hebben het parlement en de rechter op onderdelen grote invloed gehad; in de regel bracht hun interventie mee dat het beleid geliberaliseerd en verzacht moest worden. Mede, maar niet alleen daardoor, hebben de beleidsregels enigszins het karakter van een lappendeken, waaraan een coherente visie op gezinshereniging en gezinsvorming ontbreekt. (142)

(142) Vgl. Koens (1983), p. 259. Zie voor een beschrijving van de ontwikkelingen in het

Wel kan men zeggen dat in de Vreemdelingencirculaire in het algemeen de erkenning besloten ligt van een recht op verblijf van gezinsleden. Het uitgangspunt daarbij is het traditionele gezin met een traditioneel gezinsleven.

In de ontwikkelingen van de afgelopen twintig jaar heeft art. 8 EVRM de rol vervuld van een bepaling met een hoge symboolwaarde maar van verwaarloosbare praktische betekenis. De Vreemdelingencirculaire zweeg over het artikel. Wat in overeenstemming met de circulaire werd beslist, kon blijkbaar nooit in strijd zijn met het Europees Verdrag. De rechtspraak deelde die veronderstelling. Beroepen op art. 8 EVRM werden, als ze al voorkwamen, steeds afgewezen, doorgaans met het argument dat de gezinsleden elkaar naar een ander land konden volgen.

Sinds kort is hierin verandering gekomen. Debet daaraan zijn vooral de ontvankelijkverklaringen van de klachten van Berrehab en Taspinar en in het kielzog daarvan de twee fraaie beslissingen van de Hoge Raad in de zaken Öncü en Garti. De fictie dat wat in overeenstemming is met de Vreemdelingencirculaire, dat automatisch ook is met het Europees Verdrag, bleek onhoudbaar. Deze omslag is van bijzonder groot principieel belang. Het opent in beginsel de weg naar een concrete en reële toetsing van het Nederlandse beleid aan het recht op gezinsleven van art. 8. Onder de Vreemdelingencirculaire is als het ware de theoretische bodem weggeslagen. (143) Vier algemene vragen rijzen. Is de kring van personen die geacht worden met elkaar een gezinsleven te kunnen leiden, in de circulaire voldoende ruim omschreven? En in het verlengde daarvan, stroken de opvattingen in de circulaire over wat gezinsleven inhoudt, met het Europees Verdrag? Zijn vervolgens de omstandigheden die krachtens de circulaire het weigeren of ontnemen van een verblijfstitel rechtvaardigen, niet te ruim? En ten slotte, ligt aan allerlei onderscheidingen in het beleid ten aanzien van verschillende groepen van personen een objectieve en redelijke rechtvaardiging ten grondslag?

De antwoorden op deze vragen zijn nog niet uitgekristalliseerd. Wel is het waar dat de afgelopen paar jaar een soort van invasie van art. 8

→ beleid Loeb (1987), p. 75 – 129. De kern van het beleid is te vinden in de hfdst. B 18 en B 19 van de circulaire.

(143) In dat licht is het juist dat verwerping van een beroep op art. 8 apart moet worden gemotiveerd. Zie Afd. rechtspraak RvS 29 juni 1987, RV 1987, 16. Vgl. ook Afd. rechtspraak RvS 3 aug. 1989, Rekers D 14-59.

in het vreemdelingenbeleid te zien hebben gegeven, maar de uitkomsten daarvan zijn nog grotendeels ongewis. Op beleidsniveau lijken de reacties vooralsnog defensief. Zo is in januari 1989 een aanvulling op de Vreemdelingencirculaire in werking getreden, die aan de plaatselijke vreemdelingendiensten voor gevallen waarin krachtens de circulaire verzoeken om toelating moeten worden afgewezen, een standaardtekst biedt voor het afwijzen van beroepen op art. 8. (144) Met alle begrip voor de moeilijke positie van deze diensten, deze poging tot handhaving van de vertrouwde fictie in een nieuw jasje is uiteraard ondeugdelijk. Het Europese Hof en de Hoge Raad hebben in aan duidelijkheid niets te wensen overlatende bewoordingen immers te kennen gegeven dat het aan de overheid is, aannemelijk te maken waarom een inbreuk op het recht op gezinsleven noodzakelijk is, en dat het uiteindelijk oordeel daarover moet berusten op een afweging van alle omstandigheden in het concrete geval. Maar de tegenwoordige Vreemdelingencirculaire is niet geschreven met de verdragsbepaling als vertrekpunt. Meer in het algemeen lijkt het op ministerieel niveau nog niet gekomen te zijn tot een algehele herevaluatie van de circulaire in het licht van de Europese rechtspraak. Blijkbaar wordt dat aan de Raad van State en aan andere Nederlandse rechters overgelaten.

Als gevolg van de zaken Berrehab en Taspinar en de beide arresten van de Hoge Raad hebben de administratieve en de burgerlijke rechter aanzienlijk vaker dan vroeger te maken met beroepen op art. 8 EVRM. In 1989 ging het alleen al bij de Raad van State om een aantal dat niet zo ver onder de honderd blijft. Het valt op dat de burgerlijke rechter zich in het algemeen iets vrijer opstelt tegenover het bestaande beleid dan de Raad van State, hetgeen vooral zal samenhangen met het gegeven dat de gevolgen van zijn beslissingen in de regel minder ver strekken.

Het overgrote deel van de beroepen wordt door de Raad van State afgewezen. Anders dan voorheen heeft de Raad er in het algemeen weinig moeite mee het bestaan van gezinsleven aan te nemen, en anders dan vroeger is hij niet zo bevreesd meer een bestreden beschikking aan te merken als een inbreuk op het gezinsleven. Maar vrijwel steeds wordt die inbreuk gerechtvaardigd geacht, waarbij de openbare orde en het economisch welzijn veruit de meest voorkomende gronden zijn waarnaar de Raad verwijst. Dat gebeurt in bewoordin-

(144) NJB 1989, p. 249.

gen die vaak het karakter van een standaardoverweging hebben. De mogelijkheid dat weigering van verblijf in strijd zou kunnen zijn met op Nederland rustende positieve verplichtingen, is in geen enkele beslissing onder ogen gezien. Opvallend is voorts dat bij de afweging van belangen omstandigheden die in het nadeel van de vreemdeling pleiten, steeds worden genoemd, terwijl dat veel minder geldt voor omstandigheden in diens voordeel. (145) Onderlinge vergelijking van beslissingen laat een zekere selectiviteit in de argumentatie zien. Dat de ene vreemdeling geen relatie onderhoudt met een Nederlander, is bijvoorbeeld een factor in zijn nadeel, dat de andere vreemdeling dat wel doet, geen zichtbare factor in diens voordeel. Al met al is de toetsing aan het recht op gezinsleven doorgaans niet echt grondig, althans gebeurt dat niet zichtbaar. Het reële gevaar bestaat dat de zaken Berrehab en Taspinar er in de administratieve rechtspraak alleen toe leiden dat oude wijn wordt overgegoten in nieuwe zakken. Als gezegd, is het in het beperkte kader van dit preadvies niet mogelijk het bestaande beleid grondig te toetsen aan de Europese jurisprudentie. Die blijft overigens ook nog steeds in ontwikkeling. Ik beperk me daarom tot een paar hoofdpunten aan de hand van de hiervóór opgesomde vier vragen.

31. De kring van personen die in de Vreemdelingencirculaire als (potentiële) gezinsleden worden beschouwd, verschilt niet wezenlijk van die in de Europese rechtspraak. Juist zoals in de Europese jurisprudentie vormt in de circulaire het kerngezin het vertrekpunt en wordt dat gezinsbegrip in een aantal opzichten aangevuld en verruimd. Ook in de circulaire heeft het gezinsbegrip een functionele invulling gekregen. Wel wordt er onderscheid gemaakt tussen relaties voortvloeiend uit een geldig huwelijk en andere relaties, maar die onderscheidingen betreffen voorwaarden voor verblijf en raken niet het begrip gezinsleven zelf. (146) Dat partners evenals echtparen kinderen kunnen hebben, lijkt in de circulaire over het hoofd te zijn gezien. Er zijn enkele verschillen. De Vreemdelingencirculaire heeft op één punt een ruimer bereik dan de Europese jurisprudentie en op één punt een beperkter. Ruimer is de circulaire omdat ook homoseksuele

(145) Vgl. Steenbergen (1988), p. 838 – 841. Zie voor een gedetailleerde analyse van de rechtspraak over 1989, Steenbergen (1990), p. 3 – 8.

(146) Zie nrs. 33 – 35.

relaties als gezinsleven worden gezien, terwijl de Europese Commissie die alleen ziet als privé-leven. Beperkt anderzijds als het gaat om polygame verhoudingen. De circulaire bevat de wat wonderlijke beleidsregel dat slechts één vrouw en de uit haar geboren kinderen kunnen worden toegelaten. In de rechtspraak is deze regel steeds als valide beschouwd en zijn beroepen op art. 8 EVRM afgewezen, zij het met wisselende motiveringen. (147) Het argument dat van een inbreuk op deze bepaling geen sprake kan zijn omdat de man zelf kan kiezen aan welke partner en welk nageslacht hij de voorkeur geeft, is wel erg zwak nu die keuze door de circulaire wordt afgedwongen. Dat het recht op gezinsleven niet automatisch een recht op verblijf meebrengt, is juist maar gaat voorbij aan het discriminerende karakter van de regel. Dat die noodzakelijk is ter bescherming van de openbare orde, kan mede in het licht van de jurisprudentie van de Commissie (148) nauwelijks worden staande gehouden, en dat zeker niet wanneer het polygame huwelijk is toegestaan naar de wet van het land van herkomst van de partners. Overigens sluit de circulaire eveneens de toelating uit van echtgenoot en kinderen van een vreemdeling die in Nederland samenleeft met een andere persoon. Ook het algemene karakter van die uitsluiting is moeilijk in overeenstemming te brengen met de jurisprudentie van de Europese Commissie. (149)

32. In de circulaire zoekt men tevergeefs naar een omschrijving van wat gezinsleven is; zo'n omschrijving zou ook niet makkelijk te geven zijn. (150) In plaats daarvan vindt men twee algemene criteria. De ene voorwaarde is die van het 'feitelijk behoren tot' een gezin, een criterium ontleend aan art. 47 Vreemdelingenbesluit. Het speelt een sleutelrol in de circulaire, zowel ten aanzien van de toelating van gezinsleden als ten aanzien van de continuering van hun verblijf. Daarnaast wordt van echtgenoten en kinderen beneden de achttien jaar nog verlangd dat zij in Nederland samenwonen met partner of

(147) Zie Afd. rechtspraak RvS 21 aug. 1978, RV 1978, 32; Afd. rechtspraak RvS 13 nov. 1979, RV 1979, 32; Afd. rechtspraak RvS 28 febr. 1980, Rekers D 15-32; Afd. rechtspraak RvS 8 juni 1989, RV 1989, 19. Wel blijkt het mogelijk dat een gezinslid soms om speciale redenen moet worden toegelaten. Vgl. Afd. rechtspraak RvS 21 febr. 1986, RV 1986, 13; Afd. rechtspraak RvS 9 febr. 1988, Rekers D 13-128. Zie voor rechtsvergelijkende gegevens de noot van Fernhout bij RV 1986, 13, en Guendelsberger (1988), p. 55 - 57.

(148) Zie de tegen Nederland gerichte klacht 12139.

(149) Klachten 3898 en 7289. Zie ook nr. 5.

(150) Vgl. Boeles en diens noot bij RV 1982, 26.

ouders. Over mogelijke betekenisverschillen tussen beide termen zwijgt de circulaire. (151)

De eis van het feitelijk behoren tot het gezin lijkt verschillende functies te hebben. Inhoudelijk is het belangrijkste dat gezinsleven kennelijk vooral, of misschien zelfs uitsluitend, bestaat in het bij elkaar wonen van gezinsleden. Er zal ook de gedachte meespelen dat andere vormen van contact die niet in samenleven bestaan, niet hoeven te leiden tot het verschaffen van een verblijfstitel; elkaar bezoeken zou dan al voldoende kunnen zijn. LAT-relaties en netwerken à la Iteke Weeda tellen dan voor de toepassing van de circulaire ook niet of nauwelijks mee. De eis heeft ook een processueel aspect. Pas als blijkt dat men feitelijk tot een gezin behoort, is er grond om aan te nemen dat de betrokkenen tot elkaar in een betrekking van gezinsleven staan.

Als gezegd, is het vertrekpunt van de circulaire het traditionele gezin met een traditioneel gezinsleven. Er is weinig ruimte voor de gedachte dat ook andere vormen van persoonlijke verbondenheid tot het toestaan van verblijf zouden kunnen leiden. Nu zal dit traditionele beeld ook in het verleden de werkelijkheid in Nederland en elders nooit helemaal hebben gedekt, en in onze tijd is dat steeds minder het geval. Daar komt voor het vreemdelingenbeleid bij dat in andere culturen aan onderlinge persoonlijke betrokkenheid soms op andere wijze vorm wordt gegeven. Vandaar dat wel de kritiek is geuit dat de circulaire onvoldoende is afgestemd op beginselen van jeugdrecht (152) en dat zij te weinig erkenning van etniciteit inhoudt. (153) De jurisprudentie van de Raad van State heeft vooral in een matigende invloed bestaan. Daarbij ging het er om dat de voorwaarden niet al te letterlijk en rigide werden opgevat en dat met name ook aan intenties van personen recht werd gedaan. (154) De uitgangspunten zelf bleven overeind. (155)

Het zijn de voorwaarden van het feitelijk behoren tot een gezin en het samenwonen die rond het midden van de jaren tachtig onder het

(151) Samenleven lijkt meer te zijn dat feitelijk behoren tot het gezin. Anderzijds wordt het laatste soms weer aangenomen op grond van het eerste. Vgl. de nota van toelichting art. 47 Vreemdelingenbesluit.

(152) Koens (1983), p. 952.

(153) Buitenlandse jongeren als minderjarige vreemdelingen, p. 29.

(154) Zie voor enkele voorbeelden Afd. rechtspraak RvS 24 nov. 1980, RV 1980, 17; Afd. rechtspraak RvS 7 jan. 1982, RV 1982, 26.

(155) Vgl. o.a. Afd. rechtspraak RvS 11 juni 1986, RV 1986, 15.

vuur van het Europees Verdrag kwamen te liggen. De zaken Berrehab en Taspinar en de beslissingen van de Hoge Raad in de zaken Öncü en Garti hebben met elkaar gemeenschappelijk dat ze alle betrekking hebben op gevallen waarin op deze punten aan de circulaire niet werd voldaan en toch aan een persoon verblijf had moeten worden toegestaan. In de zaken Taspinar en Öncü gaat het om de toelating van niet uit het huwelijk van de ouders geboren kinderen, in de zaken Berrehab en Garti om voortzetting van verblijf in verband met de contacten tussen ouder en kind na scheiding van de ouders. Wat het algemene probleem vormt, is het scherpst verwoord door de Hoge Raad in de zaak Öncü. De termen van de circulaire zijn niet noodzakelijk identiek met het begrip gezinsleven in art. 8. Dat begrip is in een aantal opzichten ruimer. 'Bovendien brengen', aldus de Hoge Raad, 'de strekking en de structuur van de beleidsregels mee dat het aan de vreemdeling is om de feiten die volgens die regels zijn toelating kunnen wettigen, te stellen en voldoende aannemelijk te maken, terwijl in het kader van art. 8, lid 2, in beginsel op de weg ligt van de Staat om zijn inmenging rechtvaardigende omstandigheden aan te voeren'. Ook de beslissing van het Europese Hof in de zaak Berrehab is in dit opzicht bijzonder duidelijk. Zonder aan de circulaire te refereren, overweegt het Hof dat tussen de ouder en diens uit een wettig huwelijk geboren kind ipso jure een band bestaat die als gezinsleven moet worden beschouwd, waaraan het feit van ontbinding van het huwelijk niet afdoet. In een heel ander verband had het Europese Hof in de zaak Abdulaziz e.a. trouwens al eerder overwogen dat art. 8 ook 'intended family life' beschermt. (156)

De kritiek die in deze zaken expliciet of impliciet op de centrale begrippen in de Vreemdelingencirculaire wordt uitgeoefend, is fundamenteel en ingrijpend. Men zou hebben verwacht dat de circulaire naar aanleiding van deze jurisprudentie was aangepast, maar dat is niet gebeurd. Het bestuur heeft het aan de Raad van State overgelaten, te bepalen wat art. 8 EVRM voor het vreemdelingenbeleid meebrengt. Sinds een paar jaar wordt deze rechter dan ook overstroimd met beroepen op de verdragsbepaling. Wat in de recente rechtspraak van de Raad opvalt, is een ruimere en soepelere uitleg van de voorwaarden van het feitelijk behoren tot een gezin en het samenleven, zowel in de circulaire als in art. 47 Vreemdelingenbesluit. (157) Wat

(156) Zie nrs. 7 - 9.

(157) Vgl. de noot van Boeles bij RV 1987, 17, en RV 1988, 19.

de interpretatie van het Europees Verdrag zelf aangaat, de Raad hanteert nu een begrip gezinsleven dat, met name waar het gaat om relaties tussen ouders en volwassen kinderen, zeker niet beperkter is dan dat van de Europese instanties, terwijl ook bij de toelating van gezinsleden in het algemeen weinig aarzeling bestaat, de weigering van een verblijfstitel als inmenging in het gezinsleven te typeren. (158) Daartegenover staat weer dat de criteria van de Vreemdelingen-circulaire toch bij de toetsing van de beslissing aan art. 8 kennelijk betekenis blijven houden. Zo wordt regelmatig overwogen dat tussen de betrokkenen wel gezinsleven bestaat maar dat een feitelijke gezinsband ontbreekt die aanleiding zou kunnen geven tot het verlenen van een verblijfstitel. (159) In andere gevallen weer leidt het aannemen van gezinsleven in de zin van het Europees Verdrag tot de constatering dat het economische welzijn noodzaakt tot weigering van het verblijf, ook wanneer de betrokkenen beschikken over eigen middelen van bestaan, (160) of dat het gezinsleven ook door bezoeken vanuit of naar het buitenland kan worden voortgezet. (161) De vraag rijst dus of er werkelijk iets veranderd is. Het volledige antwoord daarop zou alleen te geven zijn door alle categorieën van personen in de Vreemdelingen-circulaire na te lopen. Dat kan ik hier niet doen. Ik moet me beperken tot de bespreking van enkele groepen.

33. Allereerst is er wat in het dagelijkse spraakgebruik de Berrehab-situatie is gaan heten: de situatie waarin een persoon, meestal een man, zijn verblijfsrecht door echtscheiding verliest terwijl hij wenst het gezinsleven met zijn minderjarig kind of kinderen voort te zetten. De Vreemdelingen-circulaire regelde de situatie niet, en dat betekende dus dat deze wens geen aanleiding kon geven, aan de persoon voortzetting van zijn verblijf in Nederland toe te staan. Met de uitspraak van het Europese Hof en die van de Hoge Raad in de zaak *Garti* is dat beleid onhoudbaar geworden. Nieuw beleid is, voor zover ik weet, niet ontwikkeld. Inmiddels zijn er vele uitspraken van de Raad van State over de problematiek. Daarin tekenen zich geleide-

(158) Zie voor een tweetal voorbeelden Afd. rechtspraak RvS 3 febr. 1989, *Rekers* D 13-140; Afd. rechtspraak RvS 21 juni 1989, *Rekers* D 13-144.

(159) Zie o.a. Afd. rechtspraak RvS 3 febr. 1989, *Rekers* D 13-140; Afd. rechtspraak RvS 8 maart 1989, *Rekers* D 13-142; Afd. rechtspraak RvS 8 juni 1989, *RV* 1989, 19.

(160) Zie o.a. Afd. rechtspraak RvS 3 febr. 1989, *Rekers* D 13-140.

(161) Zie o.a. Afd. rechtspraak RvS 8 mei 1989, *RV* 1989, 93.

lijk de contouren van een nieuwe benadering af. (162) Ik kan op deze jurisprudentie hier niet ingaan maar heb de indruk dat daarin in het algemeen recht wordt gedaan aan art. 8 EVRM. (163)

In de zaak Taspinar ging het om een andere groep kinderen, de zogeheten voorkinderen. Daaronder worden in de Vreemdelingencirculaire minderjarige kinderen verstaan die zijn geboren uit een vorig huwelijk of een vorige relatie van een in Nederland verblijvende persoon of diens partner. De beleidsregels ten aanzien van deze kinderen houden onder meer in dat het kind, wil het worden toegelaten, al in het buitenland 'feitelijk' moet hebben behoord tot het (nieuwe) gezinsverband dat in Nederland verblijft. Aan die voorwaarde was in het geval van Taspinar, die in Turkije werd opgevoed door een grootmoeder, niet voldaan. Het lijkt er trouwens op dat zij nooit te vervullen is wanneer de in Nederland verblijvende ouder een nieuw huwelijk sluit. Speelt hier, net zoals bij het beleid ten aanzien van polygame relaties, de gedachte mee dat een en dezelfde persoon niet tegelijkertijd deel kan hebben aan twee verschillende gezinsverbanden? Die gedachte is aan de Europese rechtspraak vreemd; de zaak Berrehab illustreert ook dat. Wat daarvan zij, beleid en rechtspraak lijken me ten aanzien van deze groep van kinderen na de zaak Taspinar niet echt soepeler geworden. (164) De eis van het feitelijk behoren tot het gezin dient hier minder het belang van het kind en dat van de ouder dan het belang van een restrictief vreemdelingenbeleid. Aan deze onbevredigende stand van zaken zal wel hebben bijgedragen dat de zaak Taspinar niet eindigde met een beslissing van het Europese Hof maar met een minnelijke schikking. In zulke schikkingen worden rechtsvragen niet beslist.

Ook het beleid ten aanzien van kinderen die in het buitenland naar buitenlands recht zijn geadopteerd, was en is niet zonder problemen. Voor zover aan deze adoptie naar Nederlands internationaal privaatrecht het gevolg verbonden is dat het kind de staat van wettig kind van de adoptiefouders heeft verkregen, vielen deze kinderen niet on-

(162) Zie voor enkele beslissingen Afd. rechtspraak RvS 14 sept. 1987, RV 1987, 95; Afd. rechtspraak RvS 25 april 1988, Rekers D 13-129; Afd. rechtspraak RvS 24 okt. 1988, RV 1988, 18; Afd. rechtspraak RvS 24 okt. 1988, RV 1988, 20; Afd. rechtspraak RvS 27 jan. 1989, Rekers D 13-138; Afd. rechtspraak RvS 28 jan. 1989, Rekers D 13-139; Afd. rechtspraak RvS 25 april 1989, Rekers D 13-129; Afd. rechtspraak RvS 7 aug. 1989, RV 1989, 21; Afd. rechtspraak RvS 18 sept. 1989, RV 1989, 24.

(163) Zie voor een analyse Steenbergen (1989), en Steenbergen (1990).

(164) Vgl. Afd. rechtspraak RvS 3 febr. 1989, Rekers D 13-140, en Afd. rechtspraak RvS 8 maart 1989, Rekers D 13-142. Zie ook Steenbergen (1990), p. 6.

der de aparte regeling in de Vreemdelingen-circulaire met betrekking tot de toelating van pleegkinderen. (165) Op hen is ook de nieuwe Wet opnemng buitenlandse pleegkinderen van 1988, Stb. 566, niet van toepassing. (166) Dat brengt mee dat ze vallen onder de algemene regels van het toelatingsbeleid, en wel onder de rubriek verruimde gezinshereniging. Niet alleen moeten zij dan in het buitenland reeds feitelijk hebben behoord tot het gezin van de adoptiefouders, ook geldt de regel dat zij slechts worden toegelaten als hun achterblijven een onevenredige hardheid zou betekenen. Wat de eerste voorwaarde aangaat, in zijn arrest in de zaak Öncü heeft de Hoge Raad terecht gezegd dat het begrip gezinsleven in het Europees Verdrag meer omvat dan het feitelijk behoren tot een gezin, terwijl het Europees Hof in de zaak Abdulaziz heeft opgemerkt dat art. 8 ook 'intended family life' beschermt. De tweede voorwaarde is in gevallen als deze niet alleen absurd maar zij lijkt mij ook in strijd met art. 8, op zichzelf en ook vanwege de achterstelling met uit een huwelijk geboren kinderen. Dit alles illustreert de moeizame relatie die het vreemdelingenrecht soms onderhoudt met het internationale privaatrecht, op de betekenis waarvan niet alleen de Hoge Raad in de zaak Öncü heeft gewezen, maar eerder ook al de Raad van State. (167) Trouwens, ook waar aan de buitenlandse adoptie niet het gevolg verbonden is dat het kind naar Nederlands internationaal privaatrecht de staat van wettig kind heeft verkregen, hoort het feit van die adoptie toch in het toelatingsbeleid een belangrijke plaats in te nemen. (168) Het gemeenschappelijke aan de problematiek in deze drie categorieën van gevallen is dat het criterium van het feitelijk behoren tot een gezin gemakkelijk het zicht ontneeft op de centrale vraag waarom het gaat bij het respect voor gezinsleven in het vreemdelingenrecht.

(165) Zie Afd. rechtspraak RvS 29 juni 1987, RV 1987, 16 (Öncü).

(166) Zie de memorie van antwoord bij het wetsontwerp; Bijl. Hand. II 1987-1988, 20 046, nr. 6, p. 28-29. Glashelder is de daar gegeven uiteenzetting overigens niet. Men kan het betoog zo lezen dat de wet wel van toepassing is op zulke adopties voor zover de adoptiefouders in Nederland gedomicilieerd zijn, een situatie die zich voordeed in de zaak Öncü. Maar wanneer de buitenlandse adoptie de betekenis heeft dat het kind de staat van wettig kind heeft verkregen, valt er naar Nederlands recht niets meer te adopteren. Zie voor de relatie met het internationaal privaatrecht nog d'Oliveira (1988).

(167) Afd. rechtspraak RvS 29 mei 1978, Rekens D 13-20. Zie nog Afd. rechtspraak RvS 29 juni 1987, RV 1987, 16, en Afd. rechtspraak RvS 4 april 1989, RV 1989, 16.

(168) Zie voor de problematiek nog Afd. rechtspraak RvS 4 mei 1984, AB 1988, 135, en Afd. rechtspraak RvS 6 juni 1988, RV 1988, 23.

Die is of er tussen personen zulke sterke persoonlijke banden bestaan, dat zij met het verlenen van een verblijfstitel moeten worden gehonoreerd. Het bezwaar van het feitelijk behoren tot een gezin als maatstaf is dat deze vraag niet meer wordt gesteld en de discussie er alleen nog maar over kan gaan of een persoon in een bepaalde beleidscategorie past. Dat bevordert het denken in hokjes, terwijl de werkelijkheid van menselijke relaties veel complexer en veelvormiger is dan de simpele dichotomie die aan deze maatstaf ten grondslag ligt, doet vermoeden. (169) Te gemakkelijk wordt dan vergeten dat de Vreemdelingenwet zelf in het geheel niet in de weg staat aan het toestaan van verblijf van gezinsleden die niet 'feitelijk' tot het gezin van een of meer anderen behoren. Ook daarom is het te betreuren dat de zaken Berrehab, Taspinar, Öncü en Garti niet tot enige inhoudelijke aanpassing van de Vreemdelingencirculaire hebben geleid.

Dat brengt me bij een laatste categorie van personen van wie in het toelatingsbeleid wordt verlangd dat zij feitelijk tot het gezin behoren: die van personen op wie de regels inzake verruimde gezinshereniging van toepassing zijn. Het gaat hier vooral om betrekkingen tussen in het buitenland verblijvende ouders en in Nederland verblijvende volwassen kinderen en tussen in Nederland verblijvende ouders en in het buitenland verblijvende volwassen kinderen. Ten aanzien van zulke familieleden wordt niet alleen verlangd dat zij in het buitenland tot het gezin van de anderen behoorden, maar ook dat hun achterblijven een onevenredige hardheid zou betekenen, waarbij met name is gedacht aan familieleden van wie de levensomstandigheden in het andere land meebrengen dat zij niet alleen kunnen achterblijven. Tot op zekere hoogte houdt deze regeling een erkenning in van de bijzondere solidariteit en gevoelens van verbondenheid die tussen ouders en volwassen kinderen kunnen bestaan, zaken die in andere culturen vaak (nog) sterker leven dan in de onze. De voorwaarde dat men feitelijk tot het gezin van de ander behoort, kan ook hier heel belemmerend werken en het zicht ontnemen op de menselijke belangen die op het spel staan en op de morele verplichtingen die gezinsleden ten opzichte van elkaar kunnen voelen. (170) Bijvoorbeeld waar het gaat om kinderen die op zeer jonge leeftijd zijn gehuwd en daarom geacht worden niet meer tot het gezin van de ouders te behoren, ook in ge-

(169) Vgl. voor het verstarrende effect van beleidscategorieën ook Boeles in diens noot bij RV 1987, 14.

(170) Vgl. ook Steenbergen (1990), p. 6.

vallen waarin het huwelijk inmiddels weer is ontbonden of feitelijk niet meer bestaat. (171)

34. Het feitelijk behoren tot een gezin is niet de enige voorwaarde die ten aanzien van de overkomst naar Nederland van gezinsleden wordt gesteld in de Vreemdelingencirculaire. Er bij komen die van het beschikken over voldoende inkomsten en passende huisvesting.

Degene bij wie de toelating als gezinslid wordt beoogd, moet – aldus de circulaire – duurzaam beschikken over voldoende middelen van bestaan. Daarbij gaat het om een nettotoinkomen dat ten minste gelijk is aan het bestaansminimum in de zin van de Algemene Bijstandswet, te weten ten minste het netto-normbedrag voor de desbetreffende categorie echtparen of gezinnen. Uitkeringen uit sociale verzekeringen waarvoor premie is betaald, gelden als eigen inkomen, andere uitkeringen en subsidies niet. Van geen belang is of het gezinslid wiens overkomst wordt verlangd, zelf ook zou bijdragen of kunnen bijdragen aan het gezinsinkomen. Evenmin doen garantstellingen van derden er toe. (172) Ten aanzien van gezinsleden van Nederlanders, houders van een vergunning tot vestiging, toegelaten vluchtelingen en asielgerechtigden, hanteert de circulaire een soepeler criterium. Hier wordt de inkomenseis verzacht; het ontbreken van voldoende bestaansmiddelen moet aan de betrokkene kunnen worden tegengeworpen, verwijtbaar zijn. Nog een ander beleid geldt ten aanzien van de partners in een relatie. De in Nederland woonachtige partner moet in staat zijn de kosten van levensonderhoud voor de ander op zich te nemen, en de eventuele kosten van terugkeer naar het land van herkomst. Garantstelling door derden is hier wel mogelijk. Deze inkomensnormen zijn niet onomstreden. Ze zijn in de loop van de jaren tachtig meermalen op onderdelen gewijzigd; soms verscherpt en vaker verzacht. Veel kritiek hebben de criteria met name ondervonden waar het gaat om hun uitwerking ten opzichte van le-

(171) In dit verband is het niet onbelangrijk dat de Europese Commissie, anders dan de circulaire, geen scherpe meerderjarigheidsgrens hanteert; zie nr. 9. Zo wordt er meer rekening gehouden met het gegeven dat volwassen worden een proces is waarvan het eindpunt niet op een bepaalde leeftijd kan worden gefixeerd. Een ander voorbeeld: de circulaire bepaalt dat de zorg voor buitenhuwelijkse kinderen kan meebrengen dat van een zelfstandige gezinssituatie sprake is. Bedoeld zal zijn dat een meisje dat bij haar ouders woont, niet meer tot het gezin behoort wanneer zij een kind krijgt.

(172) Hierover HR 8 april 1983, NJ 1984, 269, RV 1983, 102, en Afd. rechtspraak RvS 27 juli 1983, RV 1983, 23.

den van de tweede generatie. Dit in verband met het feit dat het minimum-jeugdloon, dat voor de betrokkenen meestal ook het maximumloon is, minder bedraagt dan het normbedrag waarvan de circulaire uitgaat. Het gevolg kan zijn dat een echtgenoot pas wordt toegelaten wanneer de partner de leeftijd van drieëntwintig jaar heeft bereikt. Door een versoepeling van het beleid in 1985 is dit knelpunt voor een groot deel, hoewel niet geheel, opgeheven. Een ander knelpunt is uiteraard de positie van personen die er buiten hun schuld niet in slagen werk te vinden. Dat kan er soms toe leiden dat pas na tien jaar, wanneer een vergunning tot vestiging niet meer kan worden geweigerd wegens het ontbreken van middelen van bestaan, de weg voor de overkomst van gezinsleden openkomt. Hier zijn het in het bijzonder zigeuners die nadelen van het beleid ondervinden. (173) Regelmatig is de vraag opgeworpen of de beleidsnormen in alle opzichten verenigbaar zijn met de art. 8 en 14 EVRM en met andere verdragen. Beroepen op zulke bepalingen zijn door de Nederlandse rechter steeds afgewezen. Op deze plaats bespreek ik alleen de jurisprudentie over art. 8; het gelijkheidsbeginsel komt later aan de orde. (174)

Wat opvalt, is het formele karakter van de rechterlijke toetsing. Uit het gegeven dat het Europees Verdrag in beginsel niet verbiedt bij de toelating van gezinsleden onderscheid te maken naar nationaliteit of verblijfsduur van reeds in het land gevestigde personen, wordt vrijwel onmiddellijk afgeleid dat de Nederlandse beleidsregels noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. (175) Het een volgt echter niet zonder meer uit het ander. Dat nationaliteit en verblijfsduur geoorloofde criteria zijn voor het maken van onderscheid, betekent op zichzelf nog niet dat ieder onderscheid op basis van deze criteria valide is. De gebruikelijke wijze van redeneren brengt mee dat een werkelijk onderzoek naar de noodzaak van bepaalde beleidsnormen achterwege blijft. De benadering komt er aldus eigenlijk op neer dat de criteria noodzakelijk zijn omdat ze bestaan. Zo kan het dan ook voorkomen dat de rechter een beleid als noodzakelijk in een democratische samenleving beschouwt, terwijl het kort daarop naar aanlei-

(173) Vgl. Meijers e.a. (1987), p. 24 - 29, en Fernhout in diens noten bij RV 1986, 20, en RV 1987, 20.

(174) Zie nr. 36.

(175) Zo voor het eerst Afd. rechtspraak RvS 1 nov. 1982, RV 1982, 25. Zie verder RV 1983, 23; RV 1984, 17; RV 1984, 19; RV 1984, 20; RV 1986, 20; RV 1987, 20; RV 1989, 15; RV 1989, 23; en Rekers D 13-122; D 13-123; D 13-124.

ding van een parlementaire discussie op het omstreden punt wordt versoepeld. (176) Achteraf gezien ging het dan blijkbaar niet om een onvermijdelijk beleid. Dat wijst nog op een ander thema: de verhouding tussen rechtspraak en politieke besluitvorming. Wat in de politiek is besloten, zou gerespecteerd moeten worden, tenzij het om apert onredelijke beslissingen gaat. Maar wat op zichzelf dienstig kan zijn aan het algemeen belang, is daardoor alleen nog niet noodzakelijk. Het Europees Verdrag verlangt ook van de rechter een eigen antwoord op de vraag of het beleid gerechtvaardigd wordt door pressing social needs.

Aan dit alles doet geen afbreuk dat ook de Europese Commissie in 1984 een Nederlandse klacht met betrekking tot schending van art. 8 heeft afgewezen. (177) Een storend aspect is in deze zaak dat het gezinslid illegaal Nederland was binnengekomen; de Commissie hecht daaraan veel gewicht. Zij ziet vervolgens de rechtvaardiging voor het Nederlandse beleid gelegen in de bescherming van de openbare orde, hetgeen in het licht van de latere beslissing van het Hof in de zaak Berrehab misplaatst is. Toetsing aan het economisch welzijn had tot een andere uitkomst kunnen leiden. Ten slotte, en dat is misschien toch het belangrijkste, het onderzoek van de Commissie graaft bepaald niet dieper dan dat van de Nederlandse rechter, en daarop kan dus dezelfde kritiek worden uitgeoefend.

Een werkelijke toetsing van het beleid aan art. 8 zou inhouden dat voorwaarden waaraan personen buiten hun schuld niet kunnen voldoen, bijvoorbeeld vanwege hun leeftijd, verblijfsduur of verblijfsrechtelijke status, zorgvuldig worden onderzocht op de vraag welke maatschappelijke voordelen er in welke mate mee worden bereikt en welke maatschappelijke nadelen daartegenover staan, en dit in het bijzonder als een en ander gevolgen heeft voor de opvoeding van kinderen. Het is in het vreemdelingenbeleid nu eenmaal vaak zo dat nadelige maatschappelijke neveneffecten van een beleid worden onderschat en het onmiddellijke geldelijke of anderszins maatschappelijke nut wordt overschat. (178) Te bedenken valt daarbij ook dat Nederland, in de woorden van Leijten, niet alleen een dichtbevolkt maar

(176) Zie voor dit thema Afd. rechtspraak RvS 25 sept. 1984, RV 1984, 17, en Afd. rechtsppraak RvS 6 febr. 1987, Rekens D 13-124.

(177) Klacht 10677.

(178) Zie hierover vooral Groenendijk (1983) en Aalberts (1985).

ook een rijk en welvarend land is. (179) En verder, dat het beleid in het overgrote deel van de gevallen niet bewerkt dat gezinshereniging elders plaatsvindt maar wordt uitgesteld, en dat de zwaardere eisen na diverse beleidswijzigingen nog maar op een minderheid van de gevallen betrekking hebben.

Zelf meen ik dat in het licht van het respect voor het gezinsleven aan collectieve belangen in een democratische samenleving voldoende recht wordt gedaan met de voorwaarde dat het ontbreken van voldoende bestaansmiddelen niet aan de betrokkenen zelf te wijten is. (180) En als men daarover anders denkt, zouden zwaardere voorwaarden toch minstens in duur gelimiteerd behoren te zijn. Dat, zoals bij zigeuners is voorgekomen, gezinshereniging of gezinsvorming soms tien jaar moet worden uitgesteld, is in een samenleving als de onze niet aanvaardbaar. Trouwens, ook waar het gaat om verwijtbaar gedrag, behoort aan de relevantie daarvan een tijdslimiet te worden gesteld. (181)

Een tweede algemene toelatingsvoorwaarde in de circulaire is dat de gezinsleden over passende huisvesting beschikken. De problematiek heeft nogal veel gemeen met die van de bestaansmiddelen. In het beperkte bestek van dit preadvies ga ik er niet op in. (182) Ik volsta met de opmerking dat het ontbreken van passende huisvesting ook een voorwaarde is die personen niet eeuwig mag worden tegengeworpen. (183) En dat, zo ergens, in deze sfeer van belang kan zijn dat art. 8 voor de overheid ook positieve verplichtingen kan meebrengen. (184)

35. Een laatste algemene voorwaarde waaraan gezinsleden voor de toelating en de voortzetting van hun verblijf moeten voldoen, heeft te maken met de openbare orde. De circulaire bevat een aantal beleidsregels met betrekking tot de betekenis van strafbare feiten voor het verblijf van gezinsleden en andere personen. Algemene regels, waarin het zijn van gezinslid als een afwegingsfactor meetelt, en bijzon-

(179) Conclusie bij HR 18 dec. 1987, NJ 1988, 844, RV 1987, 19 (Garti).

(180) Anders Schermers (1984), p. 1416 - 1417.

(181) Hierover de notitie Werkloosheid buitenlanders; Bijl. Hand. II 1987 - 1988, 19 970, nr. 4.

(182) Zie voor het onderwerp Jaime Sau C. (1987).

(183) Vgl. ook Koens 1983, p. 930.

(184) Zo heel uitgesproken over het Europees Sociaal Handvest, het Committee of Independent Experts in diens verschillende Conclusions. Zie Swart (1980), p. 9.

dere regels met betrekking tot personen die behoren tot de tweede generatie.

Kort samengevat en met voorbijgaan aan een aantal nuanceringen, komen de regels op het volgende neer. Heeft men niet eerder in Nederland verbleven, dan vormt iedere veroordeling tot een onvoorwaardelijke vrijheidsbeneming voldoende aanleiding tot het weigeren van een verblijfstitel. Bij een verblijf in Nederland tussen één en tien jaar is het vooral de duur van de opgelegde straf die bepalend is; veroordeling tot een straf van zes maanden kan in het algemeen steeds tot het ontnemen van een verblijfstitel leiden. De circulaire noemt een viertal afwegingsgronden, waaronder het zijn van gezinslid en de kans op recidive. Bij een verblijf van langer dan tien jaar gold tot 1988 als criterium of de persoon veroordeeld is wegens een bijzonder ernstig misdrijf waardoor hij een bedreiging vormt voor de Nederlandse samenleving. In het bijzondere beleid ten aanzien van leden van de tweede generatie wordt onderscheid gemaakt tussen vier groepen. Heeft een van de ouders de Nederlandse nationaliteit en is deze in Nederland gevestigd, dan leiden strafbare feiten niet tot het weigeren of ontnemen van verblijfstitels. In de andere gevallen is de duur van het verblijf in Nederland de belangrijkste factor. Is de betrokkene in Nederland geboren of is hij in Nederland gekomen op ongeveer achtjarige of jongere leeftijd, (185) dan kan alleen een 'misdrijf met een internationaal karakter waardoor de betrokkene een ernstige bedreiging vormt voor de Nederlandse samenleving' aanleiding zijn tot het verlies van een verblijfstitel. Behoort men niet tot deze groep maar heeft men op het moment van het strafbare feit langer dan vijf jaar in Nederland verbleven, dan is veroordeling wegens een bijzonder ernstig misdrijf voldoende. Bij een verblijf tussen één en vijf jaar volstaat in het algemeen een veroordeling wegens een misdrijf. Dat de strafbare feiten zijn begaan op een leeftijd waarop het kind door art. 10 lid 2 Vreemdelingenwet tegen uitzetting werd beschermd, is blijkens de circulaire geen reden om ze na het bereiken van de achttien jaar niet alsnog aan de persoon tegen te werpen. Dit later afrekenen stuit ook in de rechtspraak niet op bezwaren.

Over de problematische kanten van het beleid ten aanzien van vreemdelingen die strafbare feiten hebben begaan, heb ik vaker geschreven. Het is hier niet de plaats dit nog eens uitvoerig over te

(185) Aldus mijn enigszins simplificerende vertaling van de voorwaarde dat men 'grotendeels' zijn basisopleiding in Nederland heeft gevolgd.

doen. (186) Kort samengevat zijn de problemen de volgende. Ze betreffen in de eerste plaats het doel van de uitzetting als administratieve sanctie op strafbaar gedrag. Welk doel deze sanctie dient, is in beleid en rechtspraak onvoldoende duidelijk gemaakt. Dat de sanctie een maatregel is in het belang van de openbare orde, spreekt vanzelf, maar beleid en rechtspraak wijzen de gedachte af dat de toepassing ervan dan afhankelijk zou moeten zijn van kansen op recidive, zonder dat andere doeleinden worden aangegeven. Waarom de verwijdering van een gezinslid en de daaruit vaak voortvloeiende diepgaande ontwrichting van gezinsverbanden noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, is bijgevolg ook een vraag die onbeantwoord blijft. Beroepen op art. 8 EVRM worden in deze context dan ook vrijwel steeds afgewezen met een simpele verwijzing naar het tweede lid. (187) Zolang op zulke vragen geen antwoord komt, blijft de toepassing van de sanctie een door de traditie ingegeven vorm van leedtoevoeging waarmee strafbaar gedrag aan een persoon wordt vergolden.

De onvoldoende explicitering van het doel van de sanctie veroorzaakt andere problemen. Zij brengt mee dat er geen duidelijk antwoord gegeven kan worden op de vraag wanneer de sanctie in een democratische samenleving nodig is naast een strafsancie. Tevens is dan de vraag niet goed te beantwoorden of de administratieve sanctie en de strafsancie met elkaar conflicterende doelstellingen nastreven en tot op welke hoogte dat aanvaard zou moeten worden. Ten slotte draagt het er toe bij dat het afwegen van algemene tegen individuele belangen in beide sanctiesystemen los van elkaar plaatsvindt. De beoordeling van de proportionaliteit is dan niet, zoals zou behoren, een zaak van het relateren van het totale pakket van sancties aan het belang van de individuele persoon en zijn gezinsleden.

In de praktijk leidt een en ander er toe dat op basis van de algemene beleidsregels ook personen die langer dan tien of vijftien jaar in Nederland hebben verbleven, regelmatig worden verwijderd, en dat ook wanneer echtgenoot en kinderen in Nederland leven. Wat de tweede generatie aangaat, in de rechtspraak van de Raad van State over het jaar 1989 vond ik dertien beslissingen met betrekking tot personen die als minderjarigen in het kader van gezinshereniging naar

(186) Zie Swart (1984) en (1988). Zie voor het onderwerp ook Groenendijk (1987).

(187) Vgl. ook Steenbergen (1990), p. 5. Een zeldzame uitzondering is Afd. rechtspraak RvS 20 juli 1989, RV 1989, 54.

Nederland kwamen en die daar op het moment van het strafbare feit langer dan vijf jaar verbleven. Twee van deze gevallen hebben betrekking op personen die op elfjarige leeftijd naar Nederland kwamen en er op het tijdstip dat hen de verblijfstitel werd ontnomen tien, respectievelijk dertien jaar hadden verbleven. In enkele andere gevallen gaat het om personen die inmiddels zelf een nieuw gezin hadden gesticht. In alle dertien gevallen werd het beroep verworpen. (188) Wat men er verder van mag vinden, een hard beleid is het. Dat de criminaliteit onder buitenlandse jongeren iets te maken zou kunnen hebben met de maatschappelijke omstandigheden waaronder zij in Nederland meestal hebben moeten opgroeien, is een gezichtspunt dat in de rechtspraak niet aan de orde komt, (189) evenmin als het gezichtspunt dat een criminele carrière meestal tegen de dertig jaar ophoudt. Positief in de recentere rechtspraak is wel dat eventuele kansen op recidive iets meer gewicht lijken te krijgen. (190) En vooral dat de in 1989 besliste zaken geen voorbeelden te zien geven van het ontnemen van verblijfstitels aan leden van de tweede generatie die in Nederland zijn geboren of op een leeftijd beneden de acht jaar met hun ouders naar Nederland emigreerden. Maar de verklaring daarvoor zou ook nog kunnen zijn dat deze categorie de rechtspraak nog niet heeft bereikt; de gezinshereniging is een verschijnsel dat een aanvang nam aan het begin van de jaren zeventig.

De koers van de Europese Commissie verschilt niet wezenlijk van die van de Nederlandse rechter. Zo wees zij in 1989 een tegen Nederland gerichte klacht af van een vreemdeling die met vrouw en vier kinderen in Nederland woonachtig was en er op het moment van het strafbare feit tien jaar had gewoond. (191) Ook voor de Commissie is een enkele verwijzing naar het tweede lid van art. 8 EVRM meestal al een afdoende motivering voor het afwijzen van klachten; ook zij komt niet toe aan een echte bezinning op de vraag waarom en in hoeverre een bepaalde maatregel in een democratische samenleving noodzakelijk is. In het licht van deze jurisprudentie is het des te opmerkelijk

(188) Het beeld is mogelijk niet geheel representatief omdat ik niet over alle zaken van 1989 heb beschikt.

(189) Zie o.a. Alloctonenbeleid, Rapport WRR nr. 36, p. 191, waarin onder meer gewicht wordt toegekend aan de effecten van het opgroeien in verbroken gezinssituaties als gevolg van emigratie. De oorzaak daarvan kan bijvoorbeeld weer het inkomensverlies bij gezinshereniging zijn.

(190) Vgl. ook staatssecretaris van Justitie 21 maart 1989, MR 1989, p. 242 - 243.

(191) Klacht 13113. Zie verder hiervóór, noot 101.

ker dat in 1989 voor het eerst niet minder dan vier klachten ontvanke-
lijk werden verklaard. Drie daarvan hebben betrekking op leden van
de tweede generatie die hun hele of nagenoeg hun hele leven hadden
doorgebracht in de staat waarheen hun ouders emigreerden, de
vierde – en dat zal ook geen toeval zijn – op de verwijdering van
een gehuwde vrouw met kinderen. (192) Het interessantst is voorals-
nog de klacht van een in 1963 geboren Marokkaan tegen België, nu
daarin al een rapport door de Commissie is opgesteld en de zaak aan
het Hof is voorgelegd. In haar rapport constateert de Commissie een
schending van art. 8. Zij neemt daarbij onder meer in aanmerking
dat de klager op éénjarige leeftijd naar België kwam en er zijn gehele
leven had gewoond, dat hij slechts enkele woorden Arabisch sprak en
dat al zijn naaste familieleden eveneens in België woonachtig waren.
Naar het oordeel van de Commissie betekenden deze omstandighe-
den dat de nationaliteitsrechtelijke band met Marokko ‘ne cor-
respond toutefois à aucune réalité humaine concrète’. Bijgevolg moet
de inmenging in het gezinsleven aan bijzonder zware eisen voldoen;
alleen in zeer uitzonderlijke gevallen kan in zulke gevallen uitzetting
proportioneel zijn aan de belangen die het tweede lid van art. 8 op het
oog heeft. De strafbare feiten die door de klager zijn begaan, een
lange reeks van vermogensdelicten, leveren een onvoldoende recht-
vaardiging op. Schending van art. 3, waarop de klacht eveneens ont-
vankelijk was verklaard, neemt de Commissie in haar rapport niet
aan. (193) Wat de betekenis van deze en de andere klachten voor Ne-
derland aangaat, het is duidelijk dat ze extreme situaties betreffen.
Dat neemt niet weg dat ook de Vreemdelingencirculaire de verwijde-
ring van de in Nederland geboren of er op zeer jeugdige leeftijd naar
toe gekomen leden van de tweede generatie niet altijd zonder meer
uitsluit. (194) En het is ten slotte denkbaar dat, ook waar het gaat om
de betekenis van strafbare feiten, de Europese instanties met de ex-
treme gevallen als vertrekpunt geleidelijk komen tot het toekennen
van meer gewicht aan het recht op gezinsleven. Dat is immers sinds
de jaren vijftig de algemene trend in de ontwikkeling geweest.

(192) Klachten 12083, 12313, 13653, 14312.

(193) Zie voor de betekenis van dit verdragsartikel in deze context Schermers (1984), p. 1418 – 1419.

(194) Aangenomen dat de circulaire later genaturaliseerde ouders op één lijn stelt met ouders die Nederlander waren op het moment van de geboorte van hun kind, zou in een geval als het onderhavige uitzetting door de circulaire zijn uitgesloten.

Tot besluit nog een tweetal opmerkingen over andere problemen. Wanneer aan een vreemdeling niet alleen zijn verblijfstitel wordt ontnomen maar hij ook ongewenst wordt verklaard, betekent dat een verdergaande ingreep in het gezinsleven. Bezoeken aan in Nederland verblijvende verwanten worden daarmee in principe onmogelijk. Dat brengt een aparte rechtvaardiging van de noodzaak van de ongewenstverklaring mee. In de Vreemdelingencirculaire wordt aan dat aspect ten onrechte geen aandacht besteed. (195) Met het oog op het respect voor het gezinsleven is nog een andere beleidsregel problematisch. Dat aan gezinsleden voor bezoeksdoeleinden een visum wordt geweigerd wanneer zij eerder of tegelijkertijd hebben verzocht om verlening van een vergunning tot verblijf, en wel om de reden dat dan 'vestigingsgevaar' kan worden aangenomen, is gelet op art. 8 een al te globale veronderstelling. (196)

36. De gezinsherenigingsregels in de Vreemdelingencirculaire differentiëren uit de aard der zaak tussen allerlei groepen van gezinsleden. Onderscheidingen zijn nodig, wil in het beleid kunnen worden rechtgedaan aan diverse situaties en belangen. Wel rijst daardoor onvermijdelijk de vraag in hoeverre verschillen in behandeling de toets van een objectieve en redelijke rechtvaardiging kunnen doorstaan. Onderscheidingen naar duur van verblijf en naar nationaliteit nemen in deze gelijkheidsproblematiek een aparte plaats in. Zoals ook het Europese Hof en de Europese Commissie meermalen hebben opgemerkt, zijn zulke onderscheidingen juist sterk verbonden met de aard van de materie. Zonder onderscheid naar nationaliteit is het vreemdelingenrecht niet denkbaar, en dat de verblijfsduur een relevante factor is voor het maken van onderscheid, ligt ook al bijzonder voor de hand. Het wil niet zeggen dat elk onderscheid aan de hand van deze aanknopingspunten zonder meer legitiem is; de vraag of er in de gegeven situatie een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor bestaat, kan ook hier altijd worden gesteld. Zoals bij de bespreking van de bestaansmiddelen als toelatingsvoorwaarde gebleken is, kan het bovendien zijn dat een voorwaarde op basis waarvan onderscheid naar nationaliteit of verblijfsduur wordt gemaakt, op zichzelf in een democratische samenleving niet berust op een dringende

(195) Zie voor het onderwerp ook Afd. rechtspraak RvS 26 april 1988, RV 1988, 56, en Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 aug. 1988, RV 1988, 61. Vgl. nog Steenbergen (1990), p. 5.

(196) Anders Afd. rechtspraak RvS 4 sept. 1989, ABA 1989, 178. Zie nog Verouden (1988).

maatschappelijke noodzakelijkheid. (197) Ten slotte kan een dergelijk onderscheid misschien in werkelijkheid een ander onderscheid verbergen, bijvoorbeeld naar nationale herkomst of geboorte.

De gezinsherenigingsregels in de circulaire berusten nog op andere aanknopingspunten. Onderscheidingen naar sekse en seksuele geaardheid treft men er niet meer in aan. Wel zijn er onderscheidingen naar het juridische karakter van de relatie waarop het gezinsleven berust. Zo speelt het onderscheid tussen gehuwde partners en partners met een vaste relatie die niet gehuwd zijn, in verschillende opzichten een rol. Wel worden vaste relaties, heteroseksuele zowel als homoseksuele, in beginsel gelijkgesteld met huwelijksrelaties, maar die gelijkstelling is niet volkomen. Anders dan gehuwde personen kunnen personen met een vaste relatie die op basis van een verblijfsvergunning in Nederland verblijven, nimmer hun partner naar Nederland laten overkomen. (198) Voor dat verschil in behandeling is niet direct een objectieve en redelijke rechtvaardiging te vinden; het in 1989 ingediende wetsontwerp tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet maakt het dan ook niet meer. Ook bij de voorwaarde van de bestaansmiddelen speelt het onderscheid naar huwelijkse staat een rol. Aan gehuwden wordt het ontbreken van voldoende middelen van bestaan alleen tegengeworpen wanneer de in Nederland verblijvende partner daarvan een verwijt gemaakt kan worden, ten aanzien van de anderen is dat niet van belang. In de rechtspraak zijn beroepen op art. 14 EVRM steeds verworpen, en wel op grond van verschillende argumenten. Het eerste is dat partners toch kunnen huren en aldus hun relatie op voor de Nederlandse overheid kenbare wijze kunnen doen vastleggen. (199) Dat argument is alleen al daarom niet bijster sterk omdat de beleidsregels zelf al een algemene erkenning inhouden van de gelijkwaardigheid van huwelijken en an-

(197) Zie nr. 34. In de rechtspraak is steeds de gedachte afgewezen dat het onderscheid in deze beleidsregels tussen gezinsleden van houders van een verblijfsvergunning enerzijds en die van Nederlanders, houders van een vestigingsvergunning, toegelaten vluchtelingen en asielgerechtigden anderzijds, in strijd zou zijn met art. 14 EVRM. Zie Afd. rechtspraak RvS 23 juli 1983, RV 1983, 23; Afd. rechtspraak RvS 25 sept. 1984, RV 1984, 17; HR 23 nov. 1984, NJ 1985, 604, RV 1984, 19. Toch is het, mede omdat art. 8 vooral de facto gezinsleven beschermt, de vraag of ten aanzien van houders van een vergunning tot verblijf niet meer op verblijfsduur dan op verblijfsrechtelijke status getoetst zou moeten worden.

(198) Uitgezonderd de inmiddels niet meer bestaande categorie van asielgerechtigden.

(199) Afd. rechtspraak RvS 13 febr. 1987, RV 1987, 20.

dere relaties. (200) Homoseksuele relaties kunnen bovendien niet leiden tot een huwelijk. Meer betekenis heeft het argument dat het huwelijk wettelijke onderhoudsverplichtingen in het leven roept en dit bij niet-huwelijkse samenlevingsvormen niet het geval is. (201) Onderhoudsverplichtingen zouden echter ook bij contract geschapen kunnen worden. (202) In het wetsontwerp is ook dit verschil in behandeling opgeheven; de Raad van State acht dat overigens niet relevant voor de bestaande praktijk. (203) Een derde onderscheid dat de circulaire maakt tussen huwelijken en andere relaties, betreft de 'echtheid'. Bij relaties wordt nog beoordeeld of ze misschien zijn aangegaan met het primaire doel een verblijfstitel voor de persoon te verkrijgen, bij huwelijken volstaat de vraag of het huwelijk wettig is. Aan enig verschil in behandeling is hier natuurlijk niet te ontkomen; het bestaan van een relatie kan niet op dezelfde manier worden aangetoond als dat van een huwelijk. Wel dienen verschillen in behandeling niet groter te zijn dan door de aard van dit verschil strikt geboden is. (204)

Op een enkel punt maakt de Vreemdelingencirculaire onderscheid tussen huwelijken en huwelijken. Dat is het geval bij polygame relaties. Dat de aparte regels voor het polygame huwelijk verenigbaar zijn met art. 14 EVRM lijkt mij, vooral wanneer zulke huwelijken naar de wet van het land van herkomst geoorloofd zijn, meer dan dubieus. (205) De circulaire maakt op een ander punt ook onderscheid tussen wettige en wettige kinderen. Dat gebeurt ten aanzien van naar buitenlands recht geadopteerde kinderen in gevallen waarin aan de adoptie naar Nederlands recht de betekenis toekomt dat het kind de status van wettig kind van de adoptiefouders heeft verkregen. Ook dit verschil in behandeling lijkt me niet gerechtvaardigd. (206) Ten

(200) Overigens zou er aanleiding kunnen zijn, in dit verband meer gewicht toe te kennen aan culturele gebruiken en tradities, bijvoorbeeld die met betrekking tot zogeheten zigeunerhuwelijken. Zie Meijers e.a. (1987), p. 28 - 29, en Steenbergen (1988), p. 839.

(201) Afd. rechtspraak RvS 6 febr. 1987, Rekers D 13-124, en Afd. rechtspraak RvS 22 aug. 1989, RV 1989, 23.

(202) Aldus ook Pres. Rb. 's-Gravenhage 2 mei 1986, MR 1986, 50.

(203) Afd. rechtspraak RvS 6 febr. 1987, Rekers D 13-124.

(204) Zie verder de noten van Fernhout bij RV 1983, 17, en RV 1986, 17, en Van Walsum (1988), p. 23 - 24.

(205) Zie nrs. 4 - 5 en 31. Hetzelfde geldt voor de overeenkomstige regels met betrekking tot de toelating van kinderen van een gebouwde vreemdeling die in Nederland samenleeft met een andere persoon. Vgl. ook Van Walsum e.a. (1987), p. 151.

(206) Zie nr. 33.

aanzien van de zogeheten voorkinderen ten slotte kan de voorwaarde van het feitelijk behoren tot een gezin discriminatoir uitwerken. (207) Op enkele punten bevat de circulaire regelingen die een verschil in behandeling naar leeftijd beogen of bewerken. Het laatste doet zich voor bij de voorwaarde van de bestaansmiddelen. Deze is voor houders van vergunningen tot verblijf die een minimumjeugdloon verdienen, moeilijker te vervullen dan voor anderen. De rechtspraak acht het verschil in behandeling legitiem. (208) Erg overtuigend is dat niet. (209) Leeftijdsvoorwaarden spelen ten slotte een rol bij het verkrijgen van een beginseltoestemming voor de opnemng van een buitenlands pleegkind ter adoptie. De Nederlandse rechtspraak acht ze gerechtvaardigd, evenals de Europese Commissie. (210) Het gebod van gelijke behandeling brengt ook mee dat gevallen die verschillend zijn, worden behandeld naar de mate van het verschil. In dit verband kan in beginsel betekenis toekomen aan van Nederlandse gewoonten afwijkende culturele tradities en gebruiken in andere beschavingen. Art. 27 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten bepaalt dat aan etnische, godsdienstige of linguïstische minderheden het recht niet mag worden ontzegd, hun eigen cultuur te beleven. In het beleid wordt in bescheiden mate soms rekening gehouden met dit aspect van het gelijkheidsbeginsel. Beroepen op art. 27 zijn door de Nederlandse rechter intussen steeds afgewezen. (211)

6 NIEUWE WETGEVING

37. Het in 1989 ingediende wetsvoorstel tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet beoogt een ingrijpende wijziging van het vreemdelingenrecht. Dat geldt ook voor de toelating en het verblijf van gezinsleden.

De bestaande verblijfstitels zullen verdwijnen, met inbegrip van de

(207) Zie nr. 33.

(208) HR 23 nov. 1984, NJ 1985, 604, RV 1984, 19, en Afd. rechtspraak RvS 23 dec. 1986, Rekers D 13-123.

(209) Zie verder nr. 34.

(210) Zie Afd. rechtspraak RvS 12 juli 1979, RV 1979, 70, en Afd. rechtspraak RvS 26 febr. 1988, AB 1988, 354. Vgl. klacht 8896.

(211) Zie Afd. rechtspraak RvS 13 okt. 1983, Rekers D 13-110; Afd. rechtspraak RvS 13 febr. 1987, Rekers D 14-56; HR 15 jan. 1982, NJ 1982, 504, RV 1982, 20.

status van gezinslid in art. 10 van de tegenwoordige wet. In plaats daarvan komen twee nieuwe verblijfstitels: de verblijfsvergunning voor bepaalde duur, na het verstrijken waarvan de houder Nederland dient te verlaten, en de verblijfsvergunning voor niet bepaalde duur. De gronden voor het intrekken van de laatste vergunning zijn beperkter naarmate de houder langer in Nederland heeft verbleven. Een tweede algemene verandering die voor gezinsleden gevolgen heeft, betreft de gevallen waarin verblijfstitels worden geweigerd of ontnomen. In de bestaande wet is beleidsvrijheid het centrale beginsel. Individuele aanspraken op verkrijging van een verblijfstitel verleent de wet soms wel, bijvoorbeeld waar het gaat om de vergunning tot vestiging en de status van gezinslid, maar zij vormen de afwijking op de algemene regel. Anderzijds dwingt de wet de overheid nooit tot het weigeren of het ontnemen van een verblijfstitel, evenmin als er wettelijke verplichtingen bestaan tot het weigeren van de toegang aan of het verwijderen van vreemdelingen. Het wetsvoorstel vervangt dit systeem door een systeem van gebonden beslissingen. Het streven is er op gericht dat de wet zoveel mogelijk bepaalt wanneer een vergunning moet worden verleend, maar ook wanneer zij moet worden geweigerd of ingetrokken. Beleidsvrijheid wordt niet positief maar negatief gewaardeerd; het gaat er om haar zo veel mogelijk te beperken. In de verplichting tot het weigeren en ontnemen van verblijfstitels aan personen ligt een principiële breuk met het gedachten-goed van de bestaande wet besloten.

In de art. 18 en 19 verleent het wetsvoorstel aan personen aanspraken op verblijf op de grond dat zij gezinsleden zijn van in Nederland woonachtige Nederlanders of vreemdelingen. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nog andere categorieën van personen worden aangewezen. Buiten die gevallen is verblijf voor langere tijd als gezinslid niet mogelijk. In de aanwijzing van de categorieën volgt het wetsontwerp de Vreemdelingencirculaire; het beoogt daarvan de codificatie te zijn. In beginsel kan de verblijfsrechtelijke positie van de als gezinslid toegelaten vreemdeling niet zwakker zijn dan die van de gene of degenen ten behoeve van wie hij als gezinslid werd toegelaten. Maar ook niet sterker. In het laatste ligt opnieuw een principieel verschil met de tegenwoordige wet.

Erg warm is het wetsvoorstel, voor zover ik kan beoordelen, niet ontvangen, evenmin als het in 1987 verschenen voorontwerp. (212) Van

(212) Zie voor commentaren die ook op het gezinsleven betrekking hebben o.a. Boeles



de algehele versterking van de verblijfsrechtelijke positie van vreemdelingen in Nederland, waarom parlement en samenleving hadden gevraagd, is het inderdaad niet gekomen. De punten waarop die achteruit gaat, overtreffen in aantal en belang aanzienlijk de verbeteringen.

Hier beperk ik me tot de aspecten van het wetsvoorstel die de positie van gezinsleden raken. En alleen tot de hoofdpunten.

38. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel staat een beschouwing over de betekenis van art. 8 EVRM voor het vreemdelingenrecht aan de hand van de beslissing van het Europese Hof in de zaak Berrehab en die van de Hoge Raad in de zaak Garti. (213) Kern van het betoog is dit. Het begrip 'inbreuk' impliceert een 'dwang welke voor de betrokkenen onvermijdelijk is'. Kunnen gezinsleden elkaar naar een andere staat volgen, dan doet een inbreuk op het gezinsleven zich dus niet voor. Er is dan sprake van een vrijwillige keuze voor de betrokkenen tussen twee alternatieven. Wordt aan een gezinslid een verblijfstitel geweigerd of ontnomen, dan is het een zaak van de gezinsleden of zij elkaar naar elders volgen om daar het gezinsleven voort te zetten danwel dit gezinsleven verbreken doordat sommigen achterblijven in de staat die verblijf aan een of meer van hen niet toestond. De keuze voor het tweede alternatief komt voor rekening van de betrokkenen zelf; de daaruit voortvloeiende verstoring van het gezinsleven mag niet 'worden toegeschreven aan de wetgeving ter plaatse'. 'Slechts in gevallen dat één van de betrokkenen niet naar eigen inzicht zijn verblijfplaats kan kiezen, is het denkbaar dat de gedwongen verblijfsbeëindiging van de ander een inbreuk op hun onderlinge, als gezinsleven aan te merken betrekking, oplevert.' Dat geval doet zich alleen voor in de Berrehabsituatie, reden waarom daarvoor in art. 24 van het wetsontwerp een voorziening is getroffen. Het hoeft geen betoog meer dat uit deze uiteenzetting een uitzonderlijk beperkte opvatting over de betekenis van art. 8 spreekt. Ik zou er zo vlug in Nederland of elders geen tweede voorbeeld van kunnen geven. Dat er nog andere situaties denkbaar zijn dan die in de zaak Berrehab waarin gezinsleden in een ander land geen normaal gezinsleven kunnen leiden, dat voor een inbreuk al lang niet meer bepalend is

→ en Groenendijk (1989), Buitenlandse jeugd binnen de grenzen (1987); Algehele herziening Vreemdelingenwet; Commentaar NCB (1989).

(213) Memorie van toelichting, p. 43 - 45.

of gezinsleden elkaar kunnen volgen maar of dat in redelijkheid van hen verlangd mag worden, dat uitzetting waar de leden van het gezin allen in het uitzettende land rechtmatig verblijven, steeds als een inbreuk wordt opgevat en in vele gevallen het niet toelaten van een gezinslid eveneens, dat art. 8 niet alleen ongerechtvaardigde inbreuken op het gezinsleven verbiedt maar ook positieve verplichtingen behelst tot het eerbiedigen daarvan, dat alles blijft buiten beschouwing. Het zou slechts van academisch belang zijn als deze beperkte visie niet van invloed was op de inhoud van het wetsvoorstel. Maar dat is wel het geval. Enerzijds is van belang dat het wetsontwerp de status van gezinslid in art. 10 van de bestaande wet afschaft, waardoor de mogelijkheden tot het uitzetten van gezinsleden ingrijpend worden verruimd. Anderzijds kan zonder die visie de overstap naar een systeem van gebonden beslissingen moeilijker worden verdedigd.

De tegenwoordige wet verplicht nooit tot het weigeren of intrekken van verblijfstitels. Zij laat het bestuur daarin altijd beleidsvrijheid. Het motief daarvoor ligt in internationale verplichtingen. Zo zou, aldus de memorie van toelichting van destijds, zich nooit de situatie kunnen voordoen waarin de toepassing van een wetsbepaling 'onverenigbaar zou kunnen zijn met een voor Nederland verbindend voorschrift van internationaal recht'. (214) Zeker waar het gaat om art. 8 EVRM is dat een verstandige benadering. De verdragsbepaling verplicht er immers toe, bij het maken van inbreuken op het gezinsleven algemene tegen individuele belangen in concreto af te wegen. (215) Wettelijke voorschriften die verplichten tot het weigeren of ontnemen van verblijfstitels, maken dit, in de mate waarin zij daartoe verplichten, onmogelijk. Het risico van conflicten met verdragsverplichtingen wordt aldus vergroot. Anderzijds is het mechanisme voor het oplossen van deze conflicten omslachtiger. Een wet of een algemene maatregel van bestuur zal moeten worden gewijzigd. Trage procedures, althans wanneer het gaat om verbetering van individuele rechtsposities. En wat is intussen de positie van de vreemdeling die met succes een beroep op een verdrag deed?

Het antwoord zou kunnen zijn dat het wetsontwerp geen bepalingen bevat waarvan de toepassing ooit in strijd zou kunnen komen met art. 8 of enige andere bepaling in een mensenrechtenverdrag. Of dat klopt, is een vraag die hierna nog aan de orde komt. In ieder geval

(214) Zie nr. 29.

(215) Zie nr. 23.

speelt hier de restrictieve opvatting van de regering over de betekenis van art. 8 natuurlijk een rol. Maar aangenomen dat zich inderdaad geen conflicten met de verdragsbepaling voordoen, dan hoeft dat niet zo te blijven. Los van verdragsverplichtingen is het systeem van gebonden beslissingen in de materie van het gezinsleven al een onaantrekkelijk systeem, omdat het ontwikkelingen fixeert. Al heb ik in het voorafgaande deel van dit preadvies de Raad van State kritiek niet gespaard, het neemt toch niet weg dat deze rechter op basis van de algemene beginselen van bestuur in het verleden de overheid er meermalen op heeft gewezen dat bestaande beleidsregels onvoldoende rekening hielden met nieuwe situaties en nieuwe categorieën van personen. (216) Meermalen leidde dat er toe dat de Vreemdelingencirculaire werd aangepast. Deze vruchtbare wisselwerking tussen bestuur en administratieve rechter wordt in een systeem van gebonden beslissingen aanzienlijk beperkt. Het zal er dan in de rechtspraak alleen nog maar om kunnen gaan of het bestuur een regel in de wet of een algemene maatregel van bestuur juist heeft toegepast. Uit een oogpunt van rechtsvorming is dat jammer.

Ontwikkelingen met betrekking tot de interpretatie van verdragsbepalingen onttrekken zich uit de aard der zaak aan de greep van de Nederlandse wetgever. Ook al zou het zo zijn dat het wetsontwerp nu geen met art. 8 strijdige regelingen bevat, dan nog zou dit in de toekomst wel het geval kunnen zijn. Dit illustreert de regeling die in art. 24 van het wetsontwerp is opgenomen met betrekking tot de positie van de gescheiden ouder die contact wil blijven houden met het minderjarige kind dat aan de andere ouder is toegewezen. Conform het destijds geldende beleid bevatte het voorontwerp van 1987 daarvoor geen regeling; de ouder kwam niet in aanmerking voor voortzetting van zijn verblijf. Dat het in 1989 ingediende wetsontwerp voor een humanere oplossing kiest, is louter te danken aan het feit dat in de tussenliggende periode het Europese Hof uitspraak deed in de zaak *Berrehab*. Niemand kan uitsluiten dat het Hof of een andere rechter in de nabije of wat verdere toekomst nog eens andere uitspraken van vergelijkbaar gewicht zal doen. Eén bepaling in het wetsontwerp komt al dadelijk voor een kritische rechterlijke beoordeling in aanmerking, en dat is alweer art. 24. De daar gegeven regeling is uitslui-

(216) Zo bijvoorbeeld Afd. rechtspraak RvS 31 jan. 1984, RV 1984, 16, met betrekking tot gezinsvorming bij leden van de tweede generatie. Zie ook Swart (1978), p. 165, voor voorbeelden uit een iets verder verleden. Vgl. nog Afd. rechtspraak RvS 30 juni 1987, RV 1987, 14.

tend van toepassing op gescheiden ouders die houder zijn van een verblijfsvergunning voor niet bepaalde tijd. Niets in de zaak Berrehab wijst er op dat de uitspraak van het Hof geen betekenis heeft voor houders van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd.

Als het er bij de eerbiediging van gezinsleven om gaat rekening te houden met alle belangen in een concrete zaak, met maatschappelijke veranderingen en met internationale normen, biedt de bestaande wet grote voordelen boven het wetsontwerp.

39. De belangrijkste bepaling van het wetsontwerp met betrekking tot gezinsverbanden en gezinsleven is art. 18. Het geeft een opsomming van personen aan wie verblijf mag en moet worden toegestaan als 'gezinslid'. De opsomming is niet volledig; bij algemene maatregel van bestuur kunnen nog andere categorieën van personen worden aangewezen. De reden is dat het beleid inzake verruimde gezinshereniging zich niet voor codificatie leent. In deze maatregel zou aan het bestuur wellicht zelfs 'een zekere beleidsruimte' moeten worden gelaten om 'de concrete feiten van het geval af te wegen'. (217) Maar die zal, naar ik aanneem op basis van de strekking van de wettekst, nooit zo ver mogen gaan dat het bestuur nieuwe categorieën van personen toelaat die niet in de wet of het besluit voorkomen. Met het oog op art. 8 EVRM luistert het dus bijzonder nauw hoe de omschrijvingen in wet en besluit zijn geformuleerd, veel nauwer dan in de bestaande circulaire. Elk tekort in deze omschrijvingen levert al dadelijk een potentieel conflict met de verdragsbepaling op. Toelating van een persoon als gezinslid buiten art. 18 om wordt immers door de wet verboden.

Ten opzichte van de Vreemdelingencirculaire bevat art. 18 enkele verbeteringen. De belangrijkste betreffen een verdergaande gelijkstelling van andere relaties met huwelijksrelaties. Geen in Nederland verblijvende persoon is op basis van zijn verblijfstitel op voorhand uitgesloten van de overkomst van een partner. Ook ten aanzien van het inkomensvereiste wordt geen onderscheid meer gemaakt naar huwelijkse staat. Er staat tegenover dat het bewijs van de 'echtheid' van de relatie in veel verdergaande mate op de schouders van de betrokkene zelf is gelegd. Een verscherping is ook dat de partners ongehuwd dienen te zijn; de circulaire maakt daarop een uitzondering in gevallen waarin het nog gehuwd zijn van een van de partners niet

(217) Memorie van toelichting, p. 101.

aan de betrokkene kan worden tegengeworpen. Een andere verbetering is dat naar buitenlands recht geadopteerde kinderen niet anders worden behandeld dan uit een huwelijk geboren kinderen indien aan de adoptie de betekenis toekomt dat het kind de staat van wettig kind van de adoptiefouders heeft verkregen. De in het wetsvoorstel opgenomen eis dat een kind feitelijk tot het gezin behoort, lijkt intussen door de memorie van toelichting zo te worden verstaan, dat zich dezelfde problemen zullen voordoen als in het bestaande beleid. (218)

Art. 18 beoogt een codificatie van het nu in de Vreemdelingencirculaire neergelegde beleid. Daaraan is het risico verbonden dat de wet tekortschiet waar de circulaire dat al deed. Hoeven zulke tekorten in de circulaire geen fatale gevolgen te hebben omdat aan het bestuur altijd de vrijheid is gelaten van de circulaire af te wijken wanneer dit in een concrete zaak geboden is, in het wetsvoorstel verdwijnt die bevoegdheid. Ook verdwijnt die bevoegdheid waar het gaat om gevallen waarin de algemene beleidsregels op zichzelf redelijk zijn maar leiden tot een moeilijk te aanvaarden uitkomst in het concrete geval. Het overnemen van beleidsregels in de wet is dus op zijn minst een delicate operatie, die vraagt om grote voorzichtigheid.

Daaraan ontbreekt het in het wetsvoorstel als het gaat om echtgenoten en minderjarige kinderen. Het voorstel bevat ten aanzien van hun toelating een aantal restricties die aan de Vreemdelingencirculaire zijn ontleend. Het verbiedt de toelating van een echtgenoot indien reeds aan een andere echtgenoot als zodanig verblijf is toegestaan. Het verbiedt de toelating van een kind als bij geen van beide ouders de ouderlijke macht of het gezag berust. Het verbiedt dit als het kind is geboren uit een ander, niet ontbonden huwelijk van een van hen. Het algemene en onvoorwaardelijke karakter van deze wettelijke verboden kan niet anders dan aanleiding geven tot problemen. In alle drie gevallen is het op zichzelf heel goed mogelijk dat tussen de betrokken personen gezinsleven bestaat in de zin van art. 8 EVRM. Zeer onlangs bijvoorbeeld nam het Europese Hof dat in de zaak *Olsson* nog aan ten aanzien van ouders die uit de ouderlijke macht waren ontzet. Waarom zou de toelating van een dergelijk kind bijvoorbeeld ook verboden moeten worden aan degene die het gezag over hem uitoefent, instemt met het verblijf van het kind bij de ouders? Waarom bijvoorbeeld zou een kind dat is geboren uit een ander, niet ontbonden huwelijk, niet mogen worden toegelaten bij de in Nederland ver-

(218) Memorie van toelichting, p. 100. Zie nr. 33.

blijvende ouder als de andere ouder niet meer in staat is het te verzorgen? Voor zover de wettelijke uitsluiting van categorieën van kinderen gebaseerd zou zijn op de gedachte dat een kind niet tegelijkertijd van meer dan een gezinsverband deel kan uitmaken, of op de gedachte dat de ouders toch altijd het kind naar elders kunnen volgen, valt een algeheel verbod ook niet te verdedigen. De Europese rechtspraak neemt aan dat een kind van twee gezinsverbanden deel kan uitmaken, en verlangt niet dat ouders, om met de Hoge Raad in de zaak Öncü te spreken, hun 'gevestigde positie' in een land opgeven om het kind te volgen. Daarmee is niet gezegd dat art. 8 EVRM steeds gebiedt verblijf toe te staan aan de echtgenoten en de minderjarige kinderen van wie de toelating door het wetsvoorstel wordt verboden. Maar wel dat er ruimte moet bestaan tot het verlenen van een verblijfstitel als het respect voor gezinsleven daarom vraagt, en dat is natuurlijk niet op voorhand uitgesloten. Hetzelfde geldt voor partners in een relatie waarvan er een nog gehuwd is en voor de houder van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd die na een scheiding een vorm van gezinsleven met zijn kind wil voortzetten. Nog los van het Europees Verdrag is er trouwens aanleiding tot het handhaven van beleidsvrijheid. De jurisprudentie van de Raad van State geeft voorbeelden te zien van gevallen waarin de Raad op basis van een belangenafweging de toelating geboden achtte van een persoon, wiens toelating door het wetsontwerp wordt verboden, en dat zelfs bij echtparen in een polygame relatie. (219) De in het wetsvoorstel voorziene algemene maatregel van bestuur biedt geen oplossing. Zij moet betrekking hebben op andere bloed- en aanverwanten en op pleegkinderen. Daarmee is kennelijk de mogelijkheid uitgesloten dat in de regeling knelpunten worden weggenomen die de wet zelf ten aanzien van de toelating van partners en minderjarige kinderen schept.

Art. 18 verbiedt nog de toelating van ieder kind dat niet feitelijk heeft behoord tot het gezin van een van zijn ouders. Bovendien is bepaald, en dat geldt gelijkelijk voor partners en kinderen, dat men moet beogen in gezinsverband samen te gaan wonen. Het wetsvoorstel volgt hier de circulaire op de voet. Dat deze, getuige de zaken Berrehab, Taspinar, Öncü en Garti, juist op dit punt tot aanzienlijke problemen aanleiding gaf, is in het voorgaande deel van het preadvies ge-

(219) Zie Afd. rechtspraak RvS 9 febr. 1988, Rekers D 13-128. Toelating van de tweede echtgenote wegens klemmende redenen van humanitaire aard omdat de eerste echtgenote ernstig invalide is en in Nederland onvoldoende hulp gevonden kan worden.

bleken. (220) Gezinsleven is niet identiek aan feitelijk behoren tot een gezin en samenwonen. De jurisprudentie heeft er de indieners van het wetsvoorstel blijkbaar niet van kunnen weerhouden, aan deze maatstaven opnieuw doorslaggevende betekenis toe te kennen. In de toekomst zullen problemen met het Europees Verdrag alleen kunnen worden opgelost door een extensieve interpretatie van deze termen, desnoods praeter of contra legem. Daarbij valt nog te bedenken dat, wanneer in een concreet geval wordt aangenomen dat een kind niet feitelijk tot een gezin heeft behoord, een belangenafweging in het geheel niet meer mogelijk is terwijl deze door art. 8 EVRM wel wordt vereist.

Het lijkt me dat in zulke delicate aangelegenheden als gezinsrelaties, waarin bovendien de casuïstiek zo enorm kan variëren, de wetgever niet de pretentie moet hebben dat hij door het trekken van een paar scheidslijnen eens en voor altijd kan bepalen wat gezinsleven is en wanneer dit gezinsleven er voor de toepassing van wetgeving niet meer toe doet. Enige flexibiliteit en beleidsruimte zijn voor het respecteren van de rechten van de mens noodzakelijke vereisten.

40. Het systeem van gebonden beslissingen levert in vergelijking met de bestaande wet nog op een ander punt een verschil op dat van nadelige invloed is op de mogelijkheden recht te doen aan art. 8 EVRM.

Krachtens art. 6 Vreemdelingenwet is er nimmer een verplichting tot het weigeren van de toegang aan vreemdelingen die niet over een verblijfstitel voor kortere of langere duur beschikken. Maken bijzondere omstandigheden dat nodig, dan kan aan de vreemdeling toch toegang tot Nederland worden verleend. Zo'n situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als een persoon in verband met ziekte of sterven van een gezinslid of een andere crisis onmiddellijk naar Nederland reist. Hetzelfde systeem is neergelegd in art. 22: de uitzetting van een vreemdeling is een bevoegdheid, geen onvoorwaardelijke plicht.

In het wetsontwerp ligt dit anders. Aan een vreemdeling die niet over een verblijfstitel beschikt, moet steeds de toegang tot Nederland worden geweigerd, behoudens het geval van een beroep op asiel. Hetzelfde geldt voor verwijdering van een vreemdeling uit Nederland. Weliswaar is er de uitzondering dat verwijdering niet plaatsvindt wanneer deze niet verantwoord is met het oog op de gezond-

(220) Zie nrs. 32 - 33.

heidstoestand van de vreemdeling of een van zijn gezinsleden, maar het moet dan gaan om gezinsleden die eveneens Nederland dienen te verlaten. Heeft een persoon zijn verblijfstitel behouden en is hij ernstig ziek of stervend, dan zal dit toch niet in de weg mogen staan aan verwijdering van andere gezinsleden.

De flexibiliteit in de art. 6 en 22 Vreemdelingenwet heeft alweer te maken met de gedachte dat de wet geen bepalingen behoort te bevatten waarvan de toepassing in strijd zou kunnen komen met verdragsverplichtingen. Zij ontbreekt in het wetsontwerp. De autoriteiten zullen dan kunnen kiezen: ofwel zij maken inbreuk op art. 8 EVRM ofwel zij negeren een wettelijk voorschrift.

41. Gebrek aan ruimte verhindert me uitvoerig in te gaan op de belangrijkste gronden die kunnen leiden tot het weigeren of ontnemen van een verblijfstitel aan een gezinslid: het ontbreken van bestaansmiddelen of passende huisvesting en het een gevaar zijn voor of inbreuk maken op de openbare orde. Hier en daar zijn er verschillen met de bestaande wet en de bestaande praktijk. Zo is het een verbetering dat in gevallen van gezinshereniging veelal niet meer de eis wordt gesteld dat het in Nederland verblijvende gezinslid beschikt over voldoende inkomsten. De gronden voor het intrekken van vergunningen wegens begane strafbare feiten zijn in vergelijking tot die in de bestaande wet vrij aanzienlijk ingeperkt; naar de memorie van toelichting stelt, stemmen de inperkingen overeen met het bestaande beleid. (221) Anderzijds is het het imperatieve karakter dat deze gronden soms hebben, dat onbillijk kan uitwerken. Waar de inkomsteneis bij gezinshereniging wel is gehandhaafd, kan daarvan bijvoorbeeld in geen enkel geval worden afgeweken. Opvallend is ook dat het wetsvoorstel soms verplicht tot het intrekken van een verblijfstitel van gezinsleden op de grond dat men niet over passende huisvesting beschikt nadat deze gezinsleden reeds naar Nederland zijn gekomen. Men kan het zich bij een gezin met kleine kinderen niet goed voorstellen. Ongelukkig met het oog op de mogelijkheden voor gezinsleden om met elkaar contact te houden is bepaald ook de automatische koppeling in art. 25 van de ongewenstverklaring aan het intrekken van een verblijfsvergunning wegens strafbare feiten.

42. Eén hoofdverschil met de bestaande Vreemdelingenwet is nog

(221) Memorie van toelichting, p. 39 - 40.

niet besproken. Zij betreft de verblijfsrechtelijke positie van gezinsleden na binnenkomst in Nederland. Art. 19 van het wetsvoorstel heeft daarop betrekking. De regeling is eenvoudig. Een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd wordt verleend wanneer verblijf wordt beoogd bij de houder van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd. In andere gevallen verkrijgt het gezinslid een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd.

De gedachte achter de regeling is dat een als gezinslid toegelaten persoon geen sterkere of zwakkere rechtspositie behoort te hebben dan degene ten behoeve van wie hij als gezinslid werd toegelaten. Consequente toepassing van dit uitgangspunt had er toe moeten leiden dat gezinsleden van Nederlanders een positie verkrijgen die hen in alle gevallen tegen verwijdering uit Nederland beschermt zolang de gezinsband bestaat. Dat is precies wat de art. 10 lid 2 Vreemdelingenwet en art. 47 Vreemdelingenbesluit bewerken na een eenjarig verblijf als gezinslid. Maar die consequentie trekt het wetsvoorstel niet. Het achterliggende motief is even eenvoudig als de voorgestelde regeling zelf: er is geen aanleiding om gezinsleden absolute bescherming tegen verwijdering te geven zolang het gezinsleven voortduurt.

Waarom de makers van het wetsontwerp daarover nu anders denken dan de wetgever in 1965, wordt in de memorie van toelichting met enkele woorden toegelicht. (222) Bij het gebruik van de bevoegdheid tot intrekking moet rekening worden gehouden met mogelijke verbreking van gezinsverbanden. Het behoud van het gezinsverband 'is evenwel niet een dusdanig zwaarwegend belang, dat het belang van de bescherming van de openbare orde en de nationale veiligheid in alle denkbare gevallen hiervoor zou moeten wijken'. Het gevolg van de afschaffing van de status van gezinslid in art. 10 van de wet is dan ook dat zeer veel meer gezinsleden kunnen worden uitgezet, waaronder ook minderjarige kinderen, met alle vaak ontwrichtende gevolgen die dit voor het gezinsleven van de betrokkenen heeft. De afschaffing wordt anderzijds niet werkelijk gecompenseerd door de verhoging van de drempels voor het intrekken van verblijfstitels wegens strafbare feiten. Was dat wel het geval, dan hoefde men de status van gezinslid ook niet af te schaffen.

Waarom openbare orde en nationale veiligheid nu voorrang moeten hebben boven behoud van het gezinsverband, terwijl de wetgever daar in 1965 anders over dacht, wordt niet toegelicht. Over de rege-

(222) Memorie van toelichting, p. 40.

ling in de wet van 1965 zijn nimmer klachten door het bestuur geuit. Er is ook in het parlement nimmer een aanzet geweest tot een discussie over de merites van de regeling. Zij kon zelfs in 1977 worden uitgebreid tot nieuwe categorieën. Meer dan vijftientig jaar heeft zij blijkbaar goed gefunctioneerd. In dat licht is de rechtvaardiging die voor de afschaffing wordt gegeven, volstrekt onvoldoende.

De regeling in de wet van 1965 beruiste oorspronkelijk op de gedachte dat de man als hoofd van het gezin de positie van de andere gezinsleden bepaalde. Zolang hij een recht van verblijf had, dienden de andere gezinsleden dat ook te hebben. Zo werden gezinsverbanden absoluut beschermd. Door de wijziging van het Vreemdelingenbesluit in 1977 in het belang van de gelijke behandeling naar sekse, is de regeling enigszins van karakter veranderd. Die gelijke behandeling leidt nu in het wetsontwerp tot een volledige afschaffing van de speciale bescherming van gezinsverbanden zonder dat daarvoor iets in de plaats komt.

De wijziging van het Vreemdelingenbesluit in 1977 had tot gevolg dat de gezinsleden onderling aan elkaar de status van gezinslid kunnen ontlenen. Een effect dat in 1965 niet werd voorzien. Het is mogelijk dat daarin voor de regering nu vooral de pijn schuilt. Maar dan had men in het wetsontwerp ook kunnen bepalen dat de bijzondere bescherming van het gezinsleven door de 'niet uitzetbaarheid' van gezinsleden afhankelijk is van de verblijfsrechtelijke positie van degene bij wie de anderen als gezinslid tot Nederland werden toegelaten. Men zou dan een seksneutrale regeling hebben geschapen die correspondeert met de oorspronkelijke regeling van 1965. In 1977 is daarvoor echter niet gekozen; men heeft de verblijfsrechtelijke positie van het gezin als geheel willen versterken. De regering zal overtuigender argumenten moeten kunnen aanvoeren om de enorme achteruitgang in de bescherming van het gezinsleven, die een meerderheid van de in Nederland woonachtige vreemdelingen raakt, te verdedigen.

Rest te vermelden dat alle vreemdelingen die nu de status van gezinslid nog deelachtig zijn, deze bij het in werking treden van de nieuwe wet ook zullen verliezen. Er is niet voorzien in een speciale overgangsregeling die het behoud van dit verkregen recht bewerkt. Men wordt op gelijke voet met anderen uitzetbaar.

43. De conclusie. Als het gaat om de eerbiediging van het gezinsleven en het optimaal recht doen aan internationale normen ter zake, betekent het wetsontwerp ondanks verbeteringen die op een aantal

punten zijn aangebracht, een belangrijke en gevoelige achteruitgang. De bescherming van het gezinsleven is meer gebaat bij behoud van de Vreemdelingenwet van 1965.

Aalberts, M.M.J.

Gezinsvorming door jonge migranten, 's-Gravenhage 1985.

Algehele herziening Vreemdelingenwet; Commentaar NCB

Migrantenrecht 1989, p. 159 - 179.

Allochtonenbeleid

Rapport Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid nr. 36, 's-Gravenhage 1989.

Boeles, P. en C.A. Groenendijk

Het afgezonderde vreemdelingenrecht, Rechtspolitieke beschouwingen over een verkeerd ontwerp, NJB 1989, p. 945 - 953.

Bolten, J.J.

Het schijnhuwelijk tussen vreemdelingerecht en gelijkberechtiging van vrouwen, in: B. van Leeuwen e.a. (red.), 't Is een vreemdeling zeker, Nijmegen 1981, p. 603 - 617.

Bolten, J.J.

Mensen en staten, De grote woorden in de Berrehab-zaak, Nemesis 1988, p. 209 - 212.

Buitenlandse jeugd binnen de grenzen

Rapport Raad voor het Jeugdbeleid nr. 36, Rijswijk 1987.

Buitenlandse jongeren als minderjarige vreemdelingen

Rapport Raad voor het Jeugdbeleid nr. 18, Rijswijk 1984.

Buquiccio-de Boer, M.

Children and the European Convention on Human Rights, in: F. Matscher en H. Petzold, *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Köln 1988, p. 73 – 89.

Doomen, J. en R. Kotting

Gearrangeerde en geforceerde Turkse huwelijken, NJB 1983, p. 1409 – 1415.

Dollé, S.

Refugees and Family Reunion of Immigrants: the Strasbourg Case-Law, *Proceedings of the Colloquy on human rights without frontiers*, Strasbourg 1989, p. 13 – 22.

Doswald-Beck, L.

The meaning of the 'Right to respect for private life' under the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Journal* 1983, p. 283 – 309.

Drzemczewski, A.

A 'non-decision' of the Committee of Ministers under Article 32(1) of the European Convention on Human Rights: The East African Cases, *The Modern Law Review* 1978, p. 337 – 342.

Fawcett, J.E.S.

The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford 1987.

Fernhout, R.

Herziening Vreemdelingenwet, *Nemesis* 1986, p. 271 – 274.

Frowein, J.A.

Zur Rechtsstellung von Kindern ausländischer Arbeitsnehmer in Europa, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1980, p. 147 – 155.

Frowein, J.A. en W. Peukert

Europäische MenschenRechtsKonvention, Kehl 1985.

Guendelsberger, J.

The Right to Family Unification in French and United States Immigration Law, *Cornell International Law Journal* 1988, p. 3 – 102.

Groenendijk, C.A.

Trouwbeperking voor tweede generatie immigranten, Minderhedenbeleid en mensenrechten dicht bij huis, *NJB* 1983, p. 1311 – 1318.

Groenendijk, C.A.

Uitzetting na zeer lang legaal verblijf: angst, traditie of onwetendheid? *NJB* 1987, p. 1341 – 1348.

Groenendijk, C.A.

Mensenrechten tussen retoriek en praktijk: gebruik van het klacht-recht in Straatsburg en de bescherming van vreemdelingen, in: L. Heyde e.a. (red.), *Begrensde Vrijheid* (Scheltens-bundel), Zwolle 1989, p. 191 – 229.

Hoftijzer, J.C.E.

Pluriforme rechtspraak in het vreemdelingenrecht, *Rechtshulp* 1989, nr. 5 p. 2 – 11, nr. 6 p. 13 – 17.

Jaime Sau C.

Gezinshereniging en passende huisvesting, *Migrantenrecht* 1987, p. 31 – 38.

Jessurun d'Oliveira, H.U.

Adoptie en Nationaliteit, *NJB* 1988, p. 45.

Koens, M.J.C.

Jeugdige vreemdelingen in Nederland, *Arnhem* 1983.

Koens, M.J.C.

De toelating en het voortgezet verblijf van buitenlandse jeugdigen in Nederland, *NJB* 1983, p. 949 – 957.

Koens, M.J.C.

Ouders en kinderen, Raakvlakken van familierecht, vreemdelingenrecht en nationaliteitsrecht, *NJB* 1986, p. 437 – 442.

Koens, M. J. C.

Het belang van het kind in het vreemdelingenrecht, in: A. van der Linden en P. Vlaardingerbroek (red.), Met het oog op het belang van het kind, Deventer 1988, p. 255 - 265.

Kommentaar op de ontwerp-notitie herziening vreemdelingenwetgeving
Rapport Raad voor het Jeugdbeleid nr. 23, Rijswijk 1986.

Loeb, R. W. L., P. van der Beek-Gillesen, A. Beumer
Inleiding vreemdelingenrecht, Nijmegen 1987.

Meijers, H., H. Poeth, B. de Rooij
Rechtsproblemen van buitenlandse zigeuners, NJCM-bulletin 1987,
p. 8 - 49.

Opsahl, T.
The Convention and the right to respect for family life, in: A.H. Robertson (ed.), Privacy and human rights, Manchester 1973, p. 182 - 247.

Pahr, W.
The Meaning of the Term 'Family' in the European Convention on Human Rights, in: A.H. Robertson (ed.), Privacy and human rights, Manchester 1973, p. 247 - 250.

Plender, R.
International Migration Law, Dordrecht 1988.

Schermers, H. G.
The second generation of immigrants, Michigan Law Review 1984,
p. 1415 - 1421.

Schermers, H. G.
Verblijfsrecht van buitenlandse vaders, NJB 1990, p. 238 - 239.

Stange, S.
Die aufenthaltsrechtliche Stellung der Fremden in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung von Ehe und Familie, Frankfurt am Main 1973.

Steenbergen, J.D.M.

De rechter en mensenrechten in vreemdelingenzaken, NJCM-bulletin 1988, p. 836 – 843.

Steenbergen, J.D.M.

'Family life' en de Raad van State, Migrantenrecht 1989, p. 35 – 39.

Steenbergen, J.D.M.

De Raad van State en artikel 8 ECRM, Migrantenrecht 1990, p. 3 – 8.

Swart, A.H.J.

De toelating en uitzetting van vreemdelingen, Deventer 1978.

Swart, A.H.J.

The Legal Status of Aliens: Clauses in Council of Europe Instruments Relating to the Rights of Aliens, Netherlands Yearbook of International Law 1980, p. 3 – 64.

Swart A.H.J.

Nationaliteit en strafrecht, in: Gelijk geregeld; over de rechtspositie van duurzaam in Nederland verblijvende vreemdelingen, Nijmegen 1984, p. 106 – 133.

Swart, A.H.J.

Uitzetting van jeugdige buitenlanders wegens strafbare feiten, in: A. van der Linden e.a. (red.), Met het oog op het belang van het kind, Deventer 1988, p. 241 – 254.

Thomsen, S.

The Legal Position of the Spouse and Family Members, in: J.A. Frowein en T. Stein (red.), The Legal Position of Aliens in National and International Law, Berlin 1987, p. 1947 – 1957.

Tomuschat, Chr.

Das Recht auf Familieneinheit, Europäische Grundrechte Zeitschrift 1979, p. 191 – 198.

Tratnik, M.

Een overheid ziet spoken, NJB 1989, p. 296 – 298.

Tretter, H.

Neuerliche Verfassungs(Konventions)widrigkeit des Par. 3 Fremdenpolizeigesetzes (Aufenthaltsverbot) und Neuregelung durch den österreichischen Gesetzgeber, Europäische Grundrechte Zeitschrift 1988, p. 49 – 52.

Verouden, W.A.C.

Visumrecht geïviseerd, Migrantenrecht 1988, p. 59 – 64.

Verschuere, H.

Het niet-discriminatiebeginsel van artikel 26 IVBPR en de rechtspositie van vreemdelingen, Migrantenrecht 1989, p. 127 – 134.

Villiger, M.E.

Expulsion and the right to respect for private and family life (Article 8 of the Convention) – an introduction to the Commission's caselaw, in: F. Matscher en H. Petzold (red.), Protecting Human Rights: The European Dimension, Köln 1988, p. 657 – 662.

Walsum, S. van, M. Hop en M. Klabou

Het recht op gezinsleven in Nederland, voor buitenlanders, NJB 1987, p. 1150 – 1155.

Walsum, S. van

De onzichtbare vreemdelinge, Vrouwen in de schaduw van de vreemdelingenwetgeving, Nemesis 1988, p. 19 – 25.

Zayas, A. de, J. Th. Möller, T. Opsahl

Toepassing van het Internationale Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten door het Comité voor de rechten van de mens op grond van het Facultatief Protocol, in: P. van Dijk e.a., Het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en zijn betekenis voor Nederland, Nijmegen 1987, p. 25 – 86.

Zuleeg, M.

Rechtsgutachten zum Nachzug von Ehegatten türkischer Arbeitnehmer, in: K. Barwig e.a. (red.), Familiennachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge, Baden-Baden 1985, p. 121 – 188.

238/56	07-03-1957	X v. Denemarken	Yb 1 p. 205 - 207
312/56	09-01-1959	X v. België	Yb 2 p. 352 - 354
858/60	13-04-1961	X v. België	Yb 4 p. 224 - 241 CoD 6 p. 5 - 16
1855/63	24-04-1965	X v. Denemarken	Yb 8 p. 159 - 169 CoD 16 p. 50 - 52
2535/65	16-07-1965	X v. BRD	CoD 17 p. 28 - 30 RV 1968,9
2991/66	13-07-1967	Alam en Khan v. UK	Yb 10 p. 478 - 506 CoD 24 p. 116 - 133 RV 1968,11
2992/66	15-07-1967	Singh v. UK	Yb 10 p. 478 - 506 CoD 24 p. 116 - 133 RV 1968,12
3325/67	15-12-1967	X v. UK	Yb 10 p. 528 - 540 CoD 25 p. 117 - 124
3898/68	02-02-1970/ 22-07-1970	X v. UK	Yb 13 p. p. 666 - 687 CoD 35 p. 97 - 108 RV 1970,7
4403/70 c.a.	10-10-1970	Patel e.a. v. UK	Yb 13 p. 928 - 1014 CoD 36 p. 92 - 126 RV 1970,8
4478/70 4486/70 }	10-10-1970	Chandarana Patel v. UK }	Yb 13 p. 928 - 1014 CoD 36 p. 92 - 126 RV 1970,8
4501/70	18-12-1970	Patel v. UK	Yb 13 p. 1016 - 1026 CoD 36 p. 127 - 131
5269/71	08.2.1972	X en Y v. UK	Yb 14 p. 564 - 576 CoD 39 p. 104 - 109
5301/71	03-10-1972	X v. UK	CoD 43 p. 82 - 84
5302/71	11-10-1973	X en Y v. UK	CoD 44 p. 29 - 48
5445/72 5446/72 }	03-10-1972	X en Y v. UK	CoD 42 p. 146 RV 1972,17

5532/72	14-12-1972	X v. UK	CoD 43 p. 119 - 121
3961/72	11-10-1973	Amekrane v. UK	Yb 16 p. 356 - 389 CoD 44 p. 101 - 114 RV 1973,23
6357/73	08-10-1974	X v. BRD	D + R 1 p. 77 - 78 RV 1977,106
7031/75	12-07-1976	X v. Zwitserland	D + R 6 p. 124 - 126 RV 1977,111
7048/75	09-03-1977	X v. UK	D + R 9 p. 42 - 46 RV 1978,136
7175/75	12-07-1976	X v. BRD	D + R 6 p. 138 - 140 RV 1977,112
7229/75	15-12-1977	X en Y v. UK	D + R 12 p. 32 - 37 RV 1980,110
7289/75 } 7349/76 }	14-07-1977	X en Y - Zwitserland	Yb 20 p. 372 - 413 D + R 9 p. 57 - 94 RV 1978,140
7729/76	17-12-1976	Agee v. UK	D + R 7 p. 164 - 188 RV 1978,135
7816/77	19-05-1977	X en Y v. BRD	D + R 9 p. 219 - 223 RV 1978,139
8041/77	15-12-1977	X v. BRD	D + R 12 p. 197 - 201 RV 1980,109
8244/78	02-05-1979	Uppal v. UK	D + R 17 p. 149 - 165 RV 1982,114
8245/78	06-05-1981	X v. UK	D + R 24 p. 98 - 102
8378/78	14-05-1980	Kamal v. UK	D + R 20 p. 168 - 178 RV 1982,115
8896/80	10-03-1981	X v. Nederland	D + R 24 p. 176 - 182 RV 1982,116
9012/80	09-12-1980	X v. Zwitserland	D + R 24 p. 205 - 220
9088/80	06-03-1982	X v. UK	D + R 28 p. 160 - 171 RV 1983,98
9203/80 } 9214/80 } 9473/80 } 9474/80 }	05-05-1981 11-05-1982	X v. Denemarken Abdulaziz Cabales Balkandali v. UK }	D + R 24 p. 239 - 242 D + R 29 p. 176 - 193 RV 1982,117
9285/81	06-07-1982	X v. UK	D + R 29 p. 205 - 219
9330/81	19-01-1984	Bulus v. Zweden	D + R 35 p. 57 - 74 RV 1984,112
9369/81	03-05-1983	X v. UK	D + R 32 p. 220 - 224
9478/81	08-12-1981	X v. BRD	D + R 27 p. 243 - 248
9490/81	01-03-1982	X v. Denemarken	HRLJ 1982 p. 354 - 357

9492/81	14-07-1982	X v. UK	D + R 30 p. 232 - 238
9593/81	09-03-1982	X v. Zwitserland	RV 1983,99
10032/82	05-10-1983	X v. Zweden	EHRR 1984 p. 555 - 557
10375/83	10-12-1984	X v. UK	D + R 40 p. 196 - 202
10453/83	15-03-1984	X v. Nederland	NJB 1984 p. 556
10677/83	18-05-1984	X v. Nederland	RV 1984,III
10730/84	05-03-1985	Berrehab - Nederland	RV 1975,107
10914/84 } 10915/84 }	06-05-1985	X en Y v. Nederland	RV 1985,108
11026/84	03-12-1984	Taspinar - Nederland	RV 1985,106
11278/84	01-07-1985	K en W v. Nederland	D + R 43 p. 216 - 226
11333/85	17-05-1985	X v. BRD	D + R 43 p. 227 - 230
12083/86	11-07-1989	Beldjoudi - Frankrijk	RV 1989,59
12139/86	05-10-1987	X v. Nederland	RV 1987,93
12313/86	10-04-1989	M v. België	RV 1989,58
13113/87	06-03-1989	P v. Nederland	RV 1989,60
13653/88	11-07-1989	F v. Frankrijk	nog niet gepubliceerd
13654/88	08-09-1989	Ramzi - Nederland	RV 1989,13
14312/88	08-03-1989	El Makhour - BRD	RV 1989,57
15576/89	07-12-1989	Cruz Varas v. Zweden	nog niet gepubliceerd

Afhandeling ontvankelijk verklaarde klachten

2991/66	Alam en Khan	rapport Eur. Cie	17-12-1968	Yb n p. 788 – 795 RV 1968,11	
4478/70	Chandarana	}	rapport Eur. Cie	14-12-1973	niet gepubliceerd
4486/70	Patel				
4501/70	Patel		resolutie C.v.M.	21-10-1977	YB 20 p. 642 – 645
5961/72	Arnekrane	rapport Eur. Cie	19-07-1974	RV 1973,23	
8244/78	Uppal	rapport Eur. Cie	9-07-1980	D + R 20	
				p. 29 – 39	
				RV 1982,114	
9214/80	Abdulaziz	}	rapport Eur. Cie	12-05-1983	RV 1983,100
9473/81	Cabales		uitspraak Eur. Hof	28-5-1985	A. 94
9474/81	Balkandali				NJ 1988, 187
				RV 1985, 105	
9330/81	Bulus	rapport Eur. Cie	8-12-1984	D + R 39	
				p. 75 – 84	
10730/84	Berrchab	rapport Eur. Cie	7-10-1986	NJ 1988,189	
				RV 1987,90	
		uitspraak Eur. Hof	21-06-1988	A. 138	
				NJ 1988,746	
				RV 1988,17	
11026/84	Taspinar	rapport Eur. Cie	9-10-1985	D + R 44	
				p. 262 – 267	
12083/86	Beldjoudi	nog in behandeling			
12313/86	M.	rapport Eur. Cie	12-10-1989	RV 1989,58	
13653/86	F.	nog in behandeling			
14312/88	El Makhour	rapport Eur. Cie	10-07-1989	RV 1989,57	
15576/89	Cruz Varas	nog in behandeling			

De zaken 2991/66, 5961/72, 8244/78, 9330/81, 11026/84 en 14312/88 eindigden met een minnelijke schikking.

(zonder art. 50)

Onderstaande lijst bevat in alfabetische volgorde de arresten van het Europese Hof voor de rechten van de mens, met vindplaatsen in de Publications of the European Court of Human Rights (nummer in de Series A), de Nederlandse Jurisprudentie (NJ), Administratief-rechtelijke Beslissingen (AB), Ars Acqui (AA), Rechtspraak vreemdelingenrecht (RV), Tijdschrift voor familie & jeugdrecht (FJR) en NJCM-Bulletin. Ook de niet in deze preadviezen aangehaalde uitspraken zijn ten gerieve van de gebruiker opgenomen.

Abdulaziz, Cabales and Balkandali 28 mei 1985, A 94, NJ 1988, 187 (EAA),
RV 1985, 105

Adolf 26 maart 1982, A 49

Airey 9 okt. 1979, A 32, NJ 1980, 376 (EAA)

Agosi 24 okt. 1986, A 108

Allan Jacobsson 25 okt. 1989, A 163, NJCM 1989, 1033 (JGCS)

Ärzte zie: Plattform Ärzte

Albert and Le Compte 10 febr. 1983 A 58, NJ 1987, 315

Artico 13 mei 1980, A 37, NJ 1980, 586

Ashingdane 28 mei 1985, A 93

Axen 8 dec. 1983, A 72

B v. Austria 28 maart 1990, A 175

B v. United Kingdom 8 juli 1987, A 121, NJ 1988, 828 (EAA)

Baggetta 25 juni 1987, A 119

Baraona 8 juli 1987, A 122

Barberà, Messegué and Jabardo 6 dec. 1988, A 146

Barfod 22 febr. 1989, A 149

Barthold 25 maart 1985, A 90, NJ 1987, 900 (EAA)

Belgian Linguistic Case (Preliminary objection) 9 febr. 1967, A 5

Belgian Linguistic Case (Merits) 23 juli 1968, A 6

Becker zie: De Becker

Belilos 29 april 1988, A 132, NJCM 1988, 464 (JvdV)

(*) Samengesteld door mr. J. de Boer.

Ben Yaacoub 27 nov. 1987, A 127-A
 Benthem 23 okt. 1985 A 97, NJ 1986, 102 (EAA), AB 1986, 1 (EMHHB), AA 1986, 229 (EMHHB), NJCM 1985, 669 (T'Z, AWH)
 Berrehab 21 juni 1988, A 138, NJ 1988, 746 (EAA), RV 1988, 17 (PB), FJR 1988, 193 (JED), NJCM 1988, 579 (JDMS)
 Bezicheri 25 okt. 1989, A 164
 Bock 29 maart 1989, A 150
 Bodén 27 okt. 1987, A 125-B, NJ 1988, 997 (EAA), NJCM 1988, 654 (AWH)
 Bönisch 6 mei 1985, A 92, NJ 1989, 385 (PvD)
 Bouamar 29 febr. 1988, A 129
 Boyle and Rice 27 april 1988, A 131
 Bozano 18 dec. 1986, A III, NJ 1989, 409 (PvD), RV 1986, 92 (AHJS)
 Bricmont 7 juli 1989, A 158
 Brogan 29 nov. 1988, A 145-B, NJ 1989, 815 (EAA), NJCM 1989, 206 (JS)
 Brozicek 19 dec. 1989, A 167
 Buchholz 6 mei 1981, A 42, NJ 1987, 827 (PvD), NJCM 1982, 30 (JCvO)

Campbell and Cosans 25 febr. 1982, A 48
 Campbell and Fell 28 juni 1984, A 80
 Can 30 sept. 1985, A 96
 Capuano 25 juni 1987, A 119, NJ 1990, 231 (EAA)
 Ciulla 22 febr. 1989, A 148
 Chappell 30 maart 1989, A 152
 Colak 6 dec. 1988, A 147
 Colozza 12 febr. 1985, A 89, NJ 1986, 685, AA 1986, 309 (CFR)
 Compte zie: Le Compte
 Corigliano 10 dec. 1982, A 57
 Cubber zie: De Cubber

De Becker 27 maart 1962, A 4
 De Cubber 26 okt. 1984, A 86, NJ 1988, 744 (EAA), FJR 1985, 65 (EPvBF), NJCM 1985, 21 (EM)
 De Jong, Baljet and Van den Brink 22 mei 1984, A 77, NJ 1986, 507 (EAA)
 Delcourt 17 jan. 1970, A II
 Deumeland 29 mei 1986, A 100, AA 1987, 242
 De Weer 27 febr. 1980, A 35, NJ 1980, 561
 De Wilde, Ooms and Versyp, (Preliminary questions) 18 nov. 1970, A 12
 De Wilde, Ooms and Versyp (Merits) 18 juni 1971, A 12
 Droogenbroeck zie: Van Droogenbroeck
 Dudgeon 22 okt. 1981, A 45
 Duinhof and Duijf 22 mei 1984, A 79, NJ 1986, 507 (EAA)

Eckle 15 juli 1982, A 51
 Ekbatani 26 mei 1988, A 134, NJCM, 1988, 460

Engel 8 juni 1976, A 22, NJ 1978, 223-224 (DHMM), AA 1977, 55 (EAA)
 Englert 25 aug. 1987, A 123
 Eriksson 22 juni 1989, A 156
 Erkner and Hofauer 23 april 1987, A 117
 Ettl 23 april 1987, A 117

F v. Switzerland 18 dec. 1987, A 128, NJ 1989, 99 (EAA), NJCM 1988 235 (JdB)
 Feldbrugge 29 mei 1986, A 99, NJ 1987, 432 (EAA), AA 1987, 242 (EPdJ),
 NJCM 1986, 452 (AWMW)
 Foti 10 dec. 1982, A 56, NJ 1987, 828 (PvD)

Gaskin 7 juli 1989, A 160, NJCM 1990, 206 (JFMV)
 Gillow 24 nov. 1986, A 109
 Glasenapp 28 aug. 1986, A 104, NJ 1987, 943 (EAA), NJCM 1987, 235 (LZ,IB)
 Goddi 9 april 1984, A 76
 Golder 21 febr. 1975, A 18, NJ 1975, 462 (EAA)
 Granger 28 maart 1990, A 174
 Groppera Radio AG 28 maart 1990, A 173
 Guincho 10 juli 1984, A 81
 Guzzardi 6 nov. 1980, A 39

H v. Belgium 30 nov. 1987, A 127-B
 H v. France 24 okt. 1989, A 162
 H v. United Kingdom 8 juli 1987, A 120, NJ 1988, 828 (EAA)
 Håkansson and Sturesson 21 febr. 1990, A 171
 Handyside 7 dec. 1976, A 24, NJ 1978, 236
 Hauschildt 24 mei 1989, A 154

Inze 28 okt. 1987, A 126, NJ 1989, 661 (EAA), NJCM 1988, 242 (JdB)
 Ireland v. The United Kingdom 18 jan. 1978, A 25

Jacobsson zie: Allan
 James 21 febr. 1986, A 98, NJCM 1986, 546 (AWH)
 Johnston 18 dec. 1986, A 112, NJ 1989, 97 (EAA)
 Jong zie: De Jong

Kamasinski 19 dec. 1989, A 168
 Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen 7 dec. 1976, A 23, NJ 1978, 235 (EAA)
 Klass 6 sept. 1978, A 28, AA 1979, 327 (EAA)
 König 28 juni 1978, A 27, NJ 1980, 54, NJCM 3-11 (1978), 43 (EM)
 Kosiek 28 aug. 1986, A 105, NJ 1987, 943, NJCM 1987, 235 (LZ,IB)
 Kostovski 20 nov. 1989, A 166, NJ 1990, 245 (EAA)

Lamy 30 maart 1989, A 151

Langborger 22 juni 1989, A 155
 Lawless Case (Preliminary objections and questions of procedure) 14 nov. 1960, A 1
 Lawless Case 7 april 1961, A 2
 Lawless Case (Merits) 1 juli 1961, A 3
 Leander 26 maart 1987, A 116, NJCM 1988, 148 (ThLB)
 Lechner and Hess 23 april 1987, A 118
 Le Compte, Van Leuven and De Meyere 23 juni 1981, A 43, NJ 1982, 602
 Leer zie: Van der Leer
 Lingsens 8 juli 1986, A 103, NJ 1987, 901 (EAA)
 Lithgow 8 juli 1986, A 102
 Luedicke, Belkacem and Koc 28 nov. 1978, A 29, NJ 1980, 42, AA 1979, 549 (AJHS)
 Luberti 23 febr. 1984, A 75
 Lutz 25 aug. 1987, A 123, NJ 1988, 938 (EAA)

 Malone 2 aug. 1984, A 82, NJ 1988, 534 (PvD)
 Marckx 13 juni 1979, A 31, NJ 1980, 462 (EAA)
 Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beerman 20 nov. 1989, A 165
 Marle zie: Van Marle
 Martins Moreira 28 nov. 1988, A 143
 Mathieu-Mohin and Clerfayt 2 maart 1987, A 113
 Matznetter 10 nov. 1969, A 10
 Mc Goff 26 okt. 1984, A 83
 Mellacher 19 dec. 1989, A 169
 Milasi 25 juni 1987, A 119, NJ 1990, 230 (EAA)
 Minelli 25 maart 1983, A 62, NJ 1986, 698 (EAA)
 Monnell and Morris 2 maart 1987, A 115
 Moreira 26 okt. 1988, A 143
 Müller 24 mei 1988, A 133, NJCM 1988, 666 (I.Z.)
 Mussele zie: Van der Mussele

 National Union of Belgian Police 27 okt. 1975, A 19, NJ 1977, 1
 Neumeister 27 juni 1968, A 8
 Neves e Silva 27 april 1989, A 153-B
 Nielsen 28 nov. 1988, A 144, NJCM 1989, 595 (LV)
 Nölkenbockhoff 25 aug. 1987, A 123
 Norris 26 okt. 1988, A 142, NJCM 1989, 365 (JGCS)

 O v. United Kingdom 8 juli 1987, A 120, NJ 1988, 828 (EAA)
 Oliveira Neves 25 mei 1989, A 153-B
 Olsson 24 maart 1988, A 130, NJCM 1988, 362 (JGCS)
 Oosterwijk zie: Van Oosterwijk
 Öztürk 21 febr. 1984, A 73, NJ 1988, 937, AA 1985, 145 (AHJS)

Pakelli 25 april 1983, A 64
 Pauwels 26 mei 1988, A 135, NJCM 1988, 456
 Plattform 'Ärzte für das Leben' 21 juni 1988, A 139, NJCM 1988, 566
 Poiss 23 april 1987, A 117
 Piersack 1 okt. 1982, A 53
 Powell and Rayner 21 febr. 1990, A 172
 Pretto 8 dec. 1983, A 71
 Pudas 27 okt. 1987, A 125-A, NJ 1988, 997 (EAA), NJCM 1988, 654 (AWH)

 R v. United Kingdom 8 juli 1987, A 121, NJ 1988, 828 (EAA)
 Rasmussen 28 nov. 1984, A 87, NJ 1986, 4 (EAA, EAAL)
 Rees 17 okt. 1986, A 106, NJ 1987, 945 (EAA), NJCM 1987, 545 (LZ)
 Ringeisen 16 juli 1971, A 13
 Ringeisen (Interpretation) 23 juni 1973, A 16
 Rubinat 12 febr. 1985, A 89

 Salabiaku 7 okt. 1988, A 141-A, NJCM 1989, 495 (TS)
 Sanchez-Reisse 21 okt. 1986, A 107, NJ 1988, 555 (PvD), RV 1986, 91 (AHJS)
 Schenk 12 juli 1988, A 140, NJ 1988, 851 (EAA), NJCM 1988, 570
 Schiesser 4 dec. 1979, A 34, NJ 1980, 547 (EAA)
 Schmidt and Dahlström 6 febr. 1976, A 21, NJ 1977, 2 (EAA, PZ)
 Schönenberger and Durmaz 20 juni 1988, A 137, NJCM 1988, 563
 Silver 25 maart 1983, A 61
 Skoogström 2 okt. 1984, A 83
 Sluijs zie: Van der Sluijs
 Soering 7 juli 1989, A 161, NJ 1990, 158 (EAA), NJCM 1989, 846 (BPV)
 Sporrang and Lönnroth 23 sept. 1982, A 52, NJ 1988, 290 (EAA)
 Sramek 22 okt. 1984, A 84
 Stögmüller 10 nov. 1969, A 9
 Sunday Times 26 april 1979, A 30, NJ 1980, 146 (EAA), NJCM 4-16/17 (1979),
 58 (MB)
 Sutter 22 febr. 1984, A 74
 Swedish Engine Drivers' Union 6 febr. 1976, A 20, NJ 1977, 2 (EAA, PZ)
 Syndicat Natonal zie: National Union

 Tre Traktörer Aktiebolag 7 juli 1989, A 159
 Tyrer 25 april 1978, A 26

 Unión Alimentaria Sanders S.A. 7 juli 1989, A 157
 Unterpertinger 24 nov. 1986, A 110, NJ 1988, 745 (EAA), AA 1987, 90 (AHJS)

 Vallon 3 juni 1985, A 95
 Van der Leer 21 febr. 1990, A 170

Van der Mussele 23 nov. 1983, A 70
 Van der Sluijs, Zuiderveld and Klappe 22 mei 1984, A 78, NJ 1986, 507 (EAA)
 Van Droogenbroeck 24 juni 1982, A 50
 Van Marle 26 juni 1986, A 101, NJ 1987, 581 (EAA)
 Van Oosterwijck 6 nov. 1980, A 40

 W v. United Kingdom 8 juli 1987, A 121, NJ 1988, 828 (EAA)
 Weeks 2 maart 1987, A 114
 Weer zie: De Weer
 Wernhoff 27 juni 1968, A 7
 Wilde zie: De Wilde
 Winterwerp 24 okt. 1979, A 33, NJ 1980, 114 (EAA), AA 1980, 105 (MdB)
 Woukam Moudefo 11 okt. 1988, A 141-B

 X v. The United Kingdom 5 nov. 1981, A 46
 X and Y v. The Netherlands 26 maart 1985, A 91, NJ 1985, 525 (EAA), NJCM
 1985, 410 (JS)

 Young, James and Webster 13 aug. 1981, A 44, NJCM 1982, 400 (MdB)

 Zimmermann and Steiner 13 juli 1983, A 66

A.	Publications of the European Court of Human Rights, Series A
A-G	Advocaat-generaal
AA	Ars Acqui
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABA	Administratiefrechtelijke Beslissingen Actueel
AIDS	Acquired immune deficiency syndrome
AWB	Algemene wet op het binnentreden
BGH	Bundesgerichtshof
Bijl. Hand. II	Bijlagen bij de Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
BOPZ	Ontwerp-Wet bijzondere opnemingen in ziekenhuizen
BRD	Bondsrepubliek Duitsland
BVerfG	Bundesverfassungs Gericht
BW	Burgerlijk Wetboek
CoD	Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights
D&R	Decisions & Reports of the European Commission of Human Rights
DD	Delikt en Delinkwent
ECRM	Europese Commissie voor de rechten van de mens
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EHRR	European Human Rights Revue
ESH	Europees Sociaal Handvest
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EVRM	Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FJR	Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht
Gw	Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HRLJ	Human Rights Law Journal
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten

IVESC	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
KB	Koninklijk besluit
l.k.	Linker kolom
MR	Migrantenrecht
MvA	Memorie van antwoord
MvT	Memorie van toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	(Bulletin van het) Nederlands Juristencomité voor de mensenrechten
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
r.k.	Rechter kolom
r.o.	Rechterlijke overweging
Rb.	Rechtbank
RV	Rechtspraak Vreemdelingenrecht
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvS	(Afdeling rechtspraak van de) Raad van State
S&J	Nederlandse staatswetten, editie Schuurman & Jordens
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
Sv	Wetboek van Strafvordering
TK	(Handelingen van de) Tweede Kamer der Staten-Generaal
TP	Travaux Préparatoires
Trb.	Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden
UN	United Nations
UV	Universele Verklaring
VN	Verenigde Naties
VV	Voorlopig Verslag
W	Weekblad van het Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WVC	(Ministerie van) Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur
Yb	Yearbook of the European Convention on Human Rights