

## 5, Zevende Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

### A: Inleiding

Artikel 5 van het 7<sup>e</sup> Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden beschermt de gelijkheid tussen gehuwden tijdens het huwelijk en ten tijde van de ontbinding van het huwelijk, waar het gaat om privaatrechtelijke rechten en plichten. Het artikel heeft tot nu toe vrijwel geen enkele rol van betekenis gehad ten opzichte van bijvoorbeeld artikel 8 EVRM, waarin het recht op de bescherming van het familieleven is vervat. De uitspraken van het EHRM ten aanzien van artikel 5 van het 7<sup>e</sup> Protocol bevestigen dan ook vooral de beperkte reikwijdte en restrictieve uitleg ten aanzien van deze bepaling.

### B: Wetstechnische informatie

Deze informatie wordt verzorgd door Sdu Uitgevers.

### C: Kernproblematiek

#### C.1 Inleiding

##### Ratificatie en voorbehouden

Het 7e Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) is in 1984 aangenomen en ging in 1988 van kracht (ETS 117).<sup>1</sup> Wel hebben tal van landen een voorbehoud gemaakt ten aanzien van de werkzaamheid van bepalingen en hebben zij bepaalde verklaringen toegevoegd.<sup>2</sup> Dat geldt ook voor de bepaling uit het Protocol die in dit commentaar centraal staat, namelijk het gelijkheidsbeginsel tussen echtgenoten, en dan met name ten aanzien van het bepalen de achternaam van kinderen. In veel landen is nog steeds het uitgangspunt dat kinderen de achternaam van hun vader krijgen, tenzij er expliciet voor een andere optie wordt gekozen.

##### Verhouding tot andere EVRM-bepalingen

Artikel 5 van het 7<sup>e</sup> Protocol (hierna ook P7) bouwt voor op met name artikel 8, 12 en 14 van het EVRM. In dat laatste artikel is het discriminatieverbod vervat, terwijl in artikel 12 is bepaald: ‘Mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen.’ De reden om in deze bepaling expliciet van mannen en vrouwen te spreken, in plaats van een ieder, zoals doorgaans in het EVRM geschiedt, is niet, zoals vaak wordt beweerd, dat het huwelijk slechts kon worden gesloten tussen een man en een vrouw, maar om te benadrukken dat mannen en vrouwen gelijke rechten hadden. De achtergrond van deze bepaling is dus in wezen ook om gelijkheid te bewerkstelligen en ademt daarmee dezelfde geest als artikel 5 P7. In artikel 8 EVRM is het recht op privacy vervat, waaronder het recht op de bescherming van het familieleven. Ook deze bepaling houdt verband met de materie van artikel 5 P7.

Artikel 5 P7 heeft dezelfde achtergrond als de bovengenoemde bepalingen. Waar artikel 12 EVRM bepaalt dat man en vrouw gelijk zijn ten aanzien van het recht om een huwelijk aan te

<sup>1</sup> [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/signatures?p\\_auth=ta9nsJOM](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/signatures?p_auth=ta9nsJOM)

<sup>2</sup> [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/declarations?p\\_auth=ta9nsJOM](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/declarations?p_auth=ta9nsJOM)

gaan en een gezin te stichten, benadrukt artikel 5 P7 dat zij gelijk zijn binnen het huwelijk voor wat betreft privaatrechtelijke aangelegenheden. Zij hebben gelijke rechten en plichten binnen het huwelijk, zowel met betrekking tot elkaar als met betrekking tot hun kinderen. Ook met betrekking tot de ontbinding van het huwelijk hebben zij gelijke rechten. Wel bepaalt artikel 5 P7 expliciet dat dit onverlet laat dat staten maatregelen kunnen treffen ter bescherming van de belangen van kinderen. Zoals het EHRM telkenmale heeft benadrukt, gaan de belangen van het kind altijd voor die van de ouders, mochten die conflicterend zijn.

### **Beperking tot privaatrechtelijke vraagstukken**

Het Explanatory Memorandum bij Protocol 7 benadrukt expliciet dat dit artikel slechts ziet op privaatrechtelijke, waaronder eigendomsrechtelijke, vraagstukken en niet om publiekrechtelijke of cannoniekrechtelijke vraagstukken.<sup>3</sup> Waarom deze knip is gemaakt is niet duidelijk, maar zij heeft in ieder geval ten gevolge dat de gelijkheid tussen echtgenoten maar in beperkte mate gelijk wordt getrokken. Daarnaast benadrukt het Explanatory Memorandum, dat dit artikel niet ziet op de periode voordat een huwelijk is gesloten; het gaat om de juridische effecten van het sluiten van het huwelijk zelf. Ook benadrukt het Explanatory Memorandum dat het feit dat de echtgenoten gelijk zijn voor wat betreft de ontbinding van het huwelijk niet impliceert dat lidstaten inderdaad moeten faciliteren dat het huwelijk moet kunnen worden ontbonden. Wel is het zo dat als er de mogelijkheid is om het huwelijk te ontbinden, er geen onderscheid mag worden gemaakt. Het Explanatory Memorandum geeft dus met name zicht op de beperkingen van dit artikel, wat ook blijkt uit de opmerking over eigendomsvraagstukken: ‘Finally, this article should not be understood as preventing the national authorities from taking due account of all relevant factors when reaching decisions with regard to the division of property in the event of dissolution of marriage.’

### **Beperkt belang; oorzaken**

Het belangrijkste dat te melden valt over artikel 5 P7 is dat de bepaling nauwelijks van belang is. Dat heeft een aantal oorzaken:

- Het aantal zaken waarin een beroep is gedaan op deze bepaling is klein, namelijk in 11 uitspraken en zo'n 100 ontvankelijkheidsbeslissingen.
- Het belang dat deze bepaling in deze zaken vertegenwoordigt is beperkt, omdat het vaak niet het kernrechtsvraag betreft.
- Er is nimmer een schending geconstateerd van dit artikel.
- Veel zaken worden niet-ontvankelijk verklaard ten aanzien van deze bepaling of niet inhoudelijk behandeld, bijvoorbeeld omdat het land in kwestie het Protocol nog niet had geratificeerd, het land in kwestie het recht op individuele petitie niet had erkend, de klacht buiten de daarvoor gestelde termijnen was ingediend, de klacht niet goed onderbouwd was of evident geen schending van dit artikel betrof, de verdragsstaat in kwestie de relevante wetgeving waar klagers tegen op kwamen in de tussentijd had aangepast, de nationale rechtsmiddelen niet waren uitgeput, het Hof zich al in een eerdere uitspraak over het zelfde geval had gebogen, de klagers een ontvankelijk verklaarde klacht niet doorzetten, de klagers hun klacht niet willen voortzetten, bijvoorbeeld omdat de verwerende staat de vermeende schending van het Protocol

<sup>3</sup>

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c96fd>

reeds had erkend, er in de tussentijd een schikking was getroffen of het Hof reeds een inhoudelijk oordeel had geveld over de zaak onder een ander artikel, bijvoorbeeld artikel 8 EVRM, en er geen afzonderlijke vraagstukken meer te behandelen zijn onder artikel 5 P7

- Verder zijn er geen Advisory Opinions, Reports of Resolutions geweest die relevant zijn voor dit artikel.<sup>4</sup>
- De voorbeholden die door landen zijn gemaakt ten aanzien van Protocol 7 doen geen afbreuk aan de vrijheden die klagers onder andere rechten kunnen inroepen. Zo kan ook onder artikel 8 EVRM een beroep worden gedaan op naamsverandering en het kiezen van een achternaam. In een zaak stelde Zwitserland dat het een voorbehoud had gemaakt ten aanzien van artikel 5 P7, juist om het kiezen van een achternaam te beperken. Omdat dit laatste artikel een *lex specialis* van artikel 8 EVRM zou zijn, zou daarmee ook een beperking gelden voor de eventuele rechten van klagers onder artikel 8 EVRM. Daar ging het Comité van Ministers echter niet mee akkoord; het voorbehoud laat volgens de de rechten onder andere rechten van de Conventie onverlet, waardoor deze vrijheid werd beschermd met een verwijzing naar een andere bepaling.<sup>5</sup>

### Bestaand huwelijk vereist

Artikel 5 P7 beschermt slechts mensen die getrouwd zijn in juridische zin. Klachten van mensen die bijvoorbeeld een religieus of ander niet voor de burgerlijke stand huwelijk hebben gesloten vallen buiten het bereik van deze bepaling. Dat geldt ook voor mensen die een langdurige relatie hebben, samenwonen en kinderen krijgen. Zij kunnen bijvoorbeeld wel een beroep doen op het recht op de bescherming van hun familieleven onder artikel 8 EVRM, maar niet op artikel 5 P7. Hun klachten vallen buiten de reikwijdte van dit artikel *ratione materiae*:

*'Finally, the applicant complains that his rights as regards his relationship with his child have not been respected equally with those of his former partner. He invokes Article 5 of Protocol No. 7 to the Convention []. The Commission notes that the applicant and his former partner, with whom the applicant has never been married, are not "spouses" within the meaning of Article 5 of Protocol No. 7. This provision is therefore not applicable in the instant case. It follows that this part of the application is incompatible ratione materiae with the Convention within the meaning of Article 27 para. 2 of the Convention.'*<sup>6</sup>

### Privaatrechtelijke rechten

Artikel 5 P7 ziet alleen op gelijkheid in rechten en plichten onder het privaatrecht. Ook dit aspect van het artikel moet beperkt worden uitgelegd. Zo oordeelde de Commissie dat socialezekerheidsrechten en -plichten niet vallen onder het concept van privaatrechtelijke rechten en plichten.

<sup>4</sup> Zie slechts: ECHMR (report), T.H. t. Finland, appl.no. 19823/92, 22 oktober 1993.

<sup>5</sup> Committee of Ministers, Burghartz en Schnyder Burghartz t. Zwitserland, appl.no. 16213/90, 19 februari 1992.

<sup>6</sup> ECieRM, Kaijalainen t. Finland, appl.no. 24671/94, 12 april 1996. Deze lijn is onder meer bevestigd in EHRM, Degrace t. Frankrijk, appl.no. 64910/01, 07 januari 2003 en EHRM, Kajari t. Finland, appl.no. 65040/01, 14 februari 2006.

*'The Commission notes that the issue in the present case is the exemption from the obligation to pay social insurance contributions. It is true that the Convention organs have considered social-security disputes as involving the determination of a "civil right" within the meaning of Article 6 para. 1 of the Convention, while distinguishing them from private-law disputes in the traditional sense. In the Commission's opinion, however, it cannot be concluded that as a result of the above interpretation the "rights and responsibilities" at issue were of a "private law character" within the meaning of Article 5 of Protocol No. 7.'*<sup>7</sup>

Omdat er sindsdien geen jurisprudentie is geweest die deze lijn versoepelt moet er van worden uitgegaan dat deze restrictieve uitleg nog steeds staat; er is voorsnog ook geen reden om aan te nemen dat het EHRM art. 5 P7 op dit punt ruimer zal interpreteren.

### **Relatie tot de kinderen**

De gelijkheid tussen echtgenoten die wordt geboden door artikel 5 P7 draait ook om hun relatie tot de kinderen. Soms wordt deze bepaling ingeroepen in voogdijzaken (waarover meer in het onderdeel over de beperkingen die toegestaan zijn ten aanzien van dit artikel). Voor het overige heeft dit onderdeel van het artikel geen significante betekenis in de jurisprudentie van het Hof. Wel is duidelijk dat ook dit onderdeel beperkt moet worden uitgelegd. Zo maakte de Commissie duidelijk dat dit recht niet van toepassing is op pleegouders en pleegkinderen.

*'The applicants also complain that prior to the Court of Appeal's judgment of 25 September 1991 the only interests safeguarded in the course of the applicants Nick's dispute with Mr. Hokkanen were those of the last-mentioned. They invoke Article 5 of Protocol No. 7 .... The Commission notes that this provision concerns only the equality between "spouses" in certain exhaustively listed situations. Thus it is not applicable in the present case. It follows that this complaint is incompatible ratione materiae with the provisions of the Convention within the meaning of Article 27 para. 2.'*<sup>8</sup>

Ook hiervoor geldt dat omdat er sindsdien geen jurisprudentie is geweest die deze lijn versoepelt moet er van worden uitgegaan dat deze restrictieve uitleg nog steeds staat; er is voorsnog ook geen reden om aan te nemen dat het EHRM art. 5 P7 op dit punt ruimer zal interpreteren.

### **Huwelijk of de ontbinding daarvan**

De gelijkheid die wordt geboden door artikel 5 P7 ziet alleen op het sluiten van het huwelijk zelf, de rechten en plichten tijdens het huwelijk en het ontbinden van het huwelijk. Het artikel ziet derhalve niet op de situatie voor het huwelijk of na het huwelijk en ook niet op de gelijkheid tussen personen die niet binnen het domein van het huwelijk valt. Voor dat laatste zou kunnen worden verwezen naar artikel 14 EVRM, in combinatie met een andere relevante bepaling, zoals artikel 8 of 12 EVRM.

---

<sup>7</sup> ECieRM, Klöpffer t. Zwitserland, appl.no. 25053/94, 18 januari 1996. ECieRM, Frischknecht t. Zwitserland, applicatie no. 28334/95, 18 januari 1996.

<sup>8</sup> ECieRM, Nick en Hokkanen t. Finland, appl.no. 24627/94, 15 mei 1996

## Beperkingsmogelijkheid

Artikel 5 P7 kent, anders dan bijvoorbeeld artikel 8 EVRM, geen beperkingsclausule. Toch geldt ook voor deze bepaling dat vaak wordt gekeken naar de proportionaliteit van de inmenging, wat in ieder geval geldt voor het geval er kinderen in het spel zijn. In lijn met de jurisprudentie ten aanzien van onder meer artikel 8 EVRM, waaruit volgt dat de belangen van de kinderen altijd boven die van anderen gaan, zoals die van ouders, bepaalt artikel 5 P7 dat verdragsstaten in ieder geval maatregelen mogen treffen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de belangen van kinderen. Daarbij geldt globaal dat als een beperking is toestaan onder artikel 8 EVRM, deze ook zal zijn toegestaan onder artikel 5 P7. Bij een beperking van het recht van een man omgang te hebben met zijn zoon beoordeelde de Commissie bijvoorbeeld primair of dat in strijd was met artikel 8 EVRM en extrapoleerde vervolgens die conclusie naar artikel 5 P7:

*'... the Commission considers that insofar as there was an interference with the applicant's right under Article 8 of the Convention, that interference was not disproportionate. For similar reasons the Commission considers that the decisions at issue did not violate Article 5 of Protocol No. 7.'*<sup>9</sup>

Er is daarbij een zekere beoordelingsruimte voor de staten:

*The Court accepts that the need to provide a clear solution for custody immediately upon divorce is apparent in all cases where the former spouses are unwilling or unable to exercise joint custody. Such clarity may still be desirable in cases like the present one where, upon divorce, spouses express a genuine wish to exercise joint custody. First, there is the simple fact that they no longer live in a common household, which tends to make communication between them more difficult and may result in contradictory decisions being taken or legal uncertainty wherever third persons, such as teachers or medical personnel, have to obtain the parents' authorisation. The importance of this consideration is demonstrated by the fact that the only case in which section 177 of the Civil Code permits an award of joint custody after divorce is the rare one where the former spouses continue to live in a common household.*

*Secondly, even if divorced spouses have a genuine wish to exercise joint custody, a subsequent change of circumstances may hamper their good understanding. Thus, if an award of joint custody were possible upon divorce, it may nevertheless prove necessary at a later stage to re-open custody proceedings in order to award sole custody to one parent, thereby subjecting the children concerned to another change of their situation. In this case, the children are subjected to a period of uncertainty - which may take years - before a final decision on custody is taken. On balance, this seems to be a far heavier burden for the children to bear, than it is for parents, who agree de facto on joint custody after divorce without official endorsement of their agreement. The contested legislation does not prevent parents who agree to share custody from acting accordingly, while it avoids problems which the award of joint custody entails for the children when the parent's agreement ceases to exist. The responsibility for the agreement and any difficulties related to a disruption are thus left with the former spouses.*

---

<sup>9</sup> ECieRM, Olie t. Slowakije, appl.no. 28407/95, 23 januari 1996.

*That can hardly be considered unreasonable, given that the children are those in most need of protection.*

*In sum, the Court is satisfied that there are relevant and sufficient reasons underlying the impugned legislation.*

*In addition, the Court notes, as was also pointed out by the Government, that the parent not having custody retains a certain number of rights, such as the right of access or the right to be informed and consulted as regards certain important decisions. Thus, the interference with the former spouses right to equality is not disproportionate to the aim of protecting the children by providing a clear solution for custody.*

*In conclusion, the Court finds that the legislator's decision to exclude the possibility of joint custody after divorce whilst providing access and information rights to the parent not having custody, falls within the margin of appreciation left to the Contracting State. Consequently, there is no appearance of a violation of Article 5 of Protocol No. 7.<sup>10</sup>*

### **Noodzakelijkheid, proportionaliteit, subsidiariteit**

Zowel voor artikel 8 EVRM als voor artikel 5 P7 gelden de principes van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit:

*'... the necessity tests contained in Article 5 of Protocol No. 7 and in the second paragraph of Article 8, respectively, are essentially the same. ...*

*The applicants agree that under Article 8 as well as under Article 5 of Protocol No. 7 the central question is whether a rule such as section 177 of the Austrian Civil Code (in the version which was in force at the material time) was necessary in the interests of the children. They contest that a general rule excluding any possibility to award joint custody after divorce can fulfil this requirement. As their case showed, the impugned provision prevented an assessment of the particular circumstances of the case, although an expert opinion considered that joint custody would be desirable in the child's interests. Further, the applicants contend that in many other European countries the law provided a possibility to award joint custody after divorce. They submit, for example, that in Germany joint custody is awarded after divorce in more than 60% of all cases and rely in particular on a study elaborated for the German Ministry of Justice according to which joint custody is more likely than sole custody to reduce tension between the parents, to limit the negative effects of divorce on the children and to further contacts between the children and both parents.*

*The Court notes at the outset that according to the Government the applicants are in a position to request the court to grant them joint custody following the amendment of section 177 of the Civil Code .... Thus, the question arises whether the applicants may still claim to be victims of the alleged violations. However, the Court is not called upon to decide this issue, as the application is in any case inadmissible for the following reasons.*

*The Court recalls that in the ... Cernecki v. Austria case it examined the issue under Article 5 of Protocol No. 7. Considering that the necessity clause in this Article should be interpreted in the same way as the necessity*

---

<sup>10</sup> EHRM, Cernecki v. Austria, appl.no. 31061/96, 11 juli 2000.

*clauses in other provisions of the Convention, the Court found that the exclusion of a possibility to award joint custody after divorce fell within the margin of appreciation left to the Contracting State when assessing what was “necessary in the interests of the children”. The Court sees nothing to distinguish the present case from the Cernecki case. Thus, it concludes that there is no appearance of a violation of Article 5 of Protocol No. 7. It follows that this part of the application must be rejected as being manifestly ill-founded pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.’<sup>11</sup>*

### Marginale toets

Ook ten aanzien van andere aspecten die onder artikel 5 P7 vallen kunnen verdragsstaten beperkingen opleggen. Daarbij kiest het EHRM en de voormalige ECieRM doorgaans voor een vrij marginale toets. Zo oordeelde de ECieRM in een eigendomsrechtelijke zaak:

*‘In the Commission’s view, Article 5 of Protocol No. 7 does not prevent the domestic authorities from taking due account of all relevant factors when reaching decisions with regard to use of marital property pending its division in the event of dissolution of marriage. In the present case the courts granted to the applicant’s former husband the exclusive right to use several assets forming a part of his and the applicant’s marital property pending its division. The courts established that from the practical point of view it was impossible for the applicant to use the property along with her former husband and his wife, and that granting the applicant’s action would amount to an abuse of rights. The Commission has found above that this conclusion was neither unfair nor arbitrary.’<sup>12</sup>*

### Beperkingen door de wetgever

Artikel 5 P7 moet primair worden begrepen als gericht op de wetgever en in mindere mate op de rechter, die nu eenmaal bij concrete vraagstukken over de verdeling van bezittingen of omgang met kinderen na een scheiding keuzes zal moeten maken. Zolang die keuzes niet arbitrair of disproportioneel zijn, bijvoorbeeld omdat de bezettingen automatisch overgaan op de man of de voogdij over de kinderen automatisch wordt toegewezen aan de vrouw, zal hier ruimte voor zijn:

*‘The applicant finally invokes Article 5 of Protocol No. 7 (P7-5) according to which spouses shall enjoy equality of rights and responsibilities of a private law character between them. She complains also that, contrary to Article 14 (Art. 14) of the Convention, she is a victim of discrimination on ground of sex because she has never been heard in the proceedings before the administrative authorities and courts although, as a co-proprietor of the land, she is directly affected by these proceedings. However, the Commission finds that in accordance with the domestic law the authorities were entitled to chose one of the co-proprietors as the addressee of their decisions. It notes that after the decision of 6 October 1975 the applicant, as a co-proprietor, would have had the opportunity to join the proceedings.*

<sup>11</sup> EHRM, R.W. en C.T.G.-W. t. Oosternrijk, appl.no. 36222/97, 22 november 2001

<sup>12</sup> ECieRM, E.P. t. Slowakije, appl.no. 33706/96, 09 september 1998.

*There is no indication that the administrative authorities and courts based their decisions on arbitrary considerations or treated this case differently from other comparable cases. It follows that this part of the application is also manifestly ill-founded ....*<sup>13</sup>

Hetzelfde bevestigde de ECieRM later nog eens in *Foskjaer*.

*It is true that the applicant also refers to Articles 8, 12 and 14 of the Convention and Article 5 of Protocol No. 7 to the Convention in respect of the custody dispute. Whereas the Commission finds no room for considering this case under Article 12 of the Convention, it has considered the applicant's complaints under the other Articles invoked in so far as they involve his right to respect for his family life without discrimination. The Commission notes, however, that the national courts are in cases like the present one often faced with the problem of making a choice between the parents. Their decision in this respect will not as such disclose any lack of respect for the family life of the parent who is not granted custody. In the circumstances of the present case the Commission furthermore considers that the decision taken was neither arbitrary nor disproportionate, or in any other way discriminated against the applicant in the enjoyment of his right to respect for his family life within the meaning of the Convention. It follows that this part of the application is manifestly ill-founded ...*<sup>14</sup>

### Concrete toets

Alhoewel het EHRM en de voormalige ECieRM dus zeer terughoudend zijn in het beoordelen van rechterlijke uitspraken op nationaal niveau, is ook duidelijk dat zij alleen klachten in de concrete omstandigheden van het geval zullen beoordelen en dus geen wetten of regelingen *in abstracto* zullen toetsen.

*The applicant complains that section 177 of the Civil Code, providing that sole custody for children has to be awarded to one parent in case of divorce or separation, violates the right to equality between spouses. He invokes Article 5 of Protocol No. 7 .... The Court recalls that in proceedings originating in an individual application it has to confine itself, as far as possible, to an examination of the concrete case before it. Its task is accordingly not to review the aforesaid legal provisions and practice in abstracto, but to determine whether the manner in which they were applied to or affected the applicant gave rise to a violation of the Convention (see for instance Eur. Court HR, Eriksson v. Sweden judgment of 22 June 1989, Series A no. 156, p. 23, § 54). The applicant complains in essence that Austrian law does not provide a possibility for spouses to exercise equal rights as regards their children after divorce. However, in the present case the applicant and his wife never expressed any wish to exercise joint custody following divorce. Upon their divorce they agreed that sole custody over both children would be exercised by the applicant's wife. Contrary to this agreement, the applicant subsequently requested that sole custody for both children be awarded to him. The custody court, noting that the elder*

<sup>13</sup> ECieRM, Pfeuffer t. Duitsland, appl.no. 26704/95, 28 juni 1995.

<sup>14</sup> ECieRM, Foskjaer t. Denemarken, appl.no. 29245/95, 22 oktober 1997.



*daughter, Melanie, was living with the applicant while the younger daughter, Tanja, continued to live with her mother, awarded sole custody over Melanie to the applicant and sole custody over Tanja to his divorced wife. The domestic court had regard to the interests of the children's well-being, which it established by hearing the parties and by taking an expert opinion. In these circumstances, the Court finds that the impossibility to obtain joint custody after divorce under Austrian law cannot be said to have negatively affected the applicant. The restriction of his parental rights as regards Tanja to a right of access, and a right to be informed and heard as regards certain important matters, is a result of the above court decision, which was taken in the interests of the child's well-being. In conclusion the Court finds that the facts of the case do not disclose any appearance of a violation of the applicant's right to equality between spouses as guaranteed under Article 5 of Protocol No. 7.<sup>15</sup>*

### Ruimere beoordelingsruimte ter bescherming van de belangen van het kind

De rol die de voormalige ECieRM en het EHRM spelen is dus beperkt en in concrete zaken toetsen zij slechts marginaal of de ruimte beoordelingsruimte van de staten in een specifiek geval is overschreden. Dat geldt zeker als het gaat om de belangen van het kind:

*'The Commission considers that this provision relates to rights and responsibilities in private law only. Accordingly, the State's obligation under Article 5 involves essentially a positive obligation to provide a satisfactory legal framework under which spouses have equal rights and obligations concerning such matters as their relations with their children. In the present case the reason for requesting an official statement from the social services authority was to get an impartial statement concerning the interests of the child in question. While it is true that this statement was requested at initiative of the applicant's adversary, the Commission notes that other statements were requested by the court and several witnesses were heard. The Commission further recalls that the final sentence of Article 5 of Protocol No. 7 to the Convention provides that the Article shall not prevent States from taking such measures as are necessary in the interests of children. It is not for the Commission to reassess what is in the interests of the child in the present case. That is for the national authorities to evaluate. The Commission notes that the final judgment was based on the interests of the child. There is nothing indicating that the conclusion reached by the court was unreasonable and thus fell outside the legitimate margin of appreciation of national authorities.'<sup>16</sup>*

### Concluderend

Art. 5 P7 leidt een slapend bestaan; er is geen reden om aan te nemen dat dat de komende jaren zal veranderen. De jurisprudentie van de ECieRM en het EHRM ten aanzien van deze bepaling bevestigen met name dat het artikel restrictief moet worden uitgelegd, een beperkte

---

<sup>15</sup> EHRM, Heckl t. Oostenrijk, appl.no. 32012/96, 31 augustus 1999.

<sup>16</sup> ECieRM, Purtonen t. Finland, appl.no. 32700/96, 09 september 1998.

reikwijdte heeft en dat lidstaten een ruime beoordelingsruimte toekomt om de daarin vervatte rechten te beperken, bijvoorbeeld als dat in het belang van het kind is.

#### D: Jurisprudentie uitgebreid

- ECieRM, Kaijalainen t. Finland, appl.no. 24671/94, 12 april 1996: art. 5 P7 ziet alleen op gehuwden, niet op partners die bijvoorbeeld lang samen hebben gewoond en een gezin hebben gesticht.
- ECieRM, Klöpffer t. Zwitserland, appl.no. 25053/94, 18 januari 1996. Zaak draait om eventuele ontheffing om sociale verzekeringspremies te betalen. Dit valt echter niet onder de reikwijdte van art. 5 P7 omdat dit niet valt onder rechten en plichten in privaatrechtelijke zin.
- ECieRM, E.P. t. Slowakije, appl.no. 33706/96, 09 september 1998: Lidstaten mogen regels stellen ten aanzien van de verdeling van echtelijke eigendommen ten tijde van een echtscheiding.
- ECieRM, Purtonen t. Finland, appl.no. 32700/96, 09 september 1998: Als het gaat om de bescherming van de belangen van kinderen, dan komt lidstaten een zeer ruime beoordelingsruimte toe om maatregelen te stellen die raken aan art. 5 P7.

#### E: Jurisprudentie nieuw

#### F: Literatuurverwijzing

- Harris, D., M. O'Boyle en C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 754-755.
- Toelichting bij Protocol 7 bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: zie <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/117.htm>

#### G: Aandachtspunten