



Eindverhandeling tot het behalen van het diploma
in de GAS Internationaal en Europees Recht:

Recht op Privacy, ook voor transseksuelen?
Een analyse van de rechtspraak van het Hof te Straatsburg.

Els Soenens

PROMOTOR : Professor Paul De Hert.

DEEL I INLEIDING.....	2
1 PROBLEEMSTELLING VAN DIT WERKSTUK	3
2 GLOBAAL BEELD VAN HET EUROPESE SYSTEEM TER BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS.....	3
1 <i>Constitutioneel karakter</i>	3
2 <i>Ordre public</i>	5
3 <i>Subsidiariteit</i>	6
DEEL II INTERPRETATIE VAN HET EVRM DOOR HET HOF TE STRAATSBURG	8
1 ALGEMEEN.....	8
2 MARGIN OF APPRECIATION DOCTRINE.....	12
1 <i>De ‘Doctrine’</i>	12
2 <i>De restrictiegronden</i>	13
DEEL III ANALYSE VAN DE RECHTSPRAAK VAN DE CASES OMTRENT	15
TRANSSEKSUELEN.....	15
1 GENDERDYSFORIE.....	16
2 STATENOVERZICHT.....	16
1 <i>Medische behandeling</i>	16
2 <i>Naamsveranderingen</i>	17
3 <i>Identiteitspapieren</i>	17
4 <i>Geboorteregister</i>	18
3 CASE LAW OVERZICHT.....	19
4 CONCLUSIE VAN HET CASELAW OVERZICHT.....	29
DEEL IV ALTERNATIEVE EVALUATIE VAN DE TRANSSEKSUELEN CASES ...	33
1 TERUG NAAR DE KENMERKEN VAN HET EUROPEES SYSTEEM VAN BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS.....	33
1 <i>Wat met ... het constitutioneel karakter?</i>	33
2 <i>Wat met ... l’Ordre public?</i>	34
3 <i>Wat met ... het subsidiariteitsprincipe?</i>	35
2 TOT CONCLUSIE, EEN ALTERNATIEVE VISIE: HET ZORGVULDIGHEIDPRINCIPE.....	36
1 <i>Is er een inbreuk op artikel 8 (1) van het EVRM?</i>	36
2 <i>Kan die inbreuk gelegitimeerd worden door artikel 8 (2) van het EVRM?</i>	37
DEEL V BIBLIOGRAFIE.....	40
1 ARTIKELS EN BOEKEN.....	40
2 JURIDISCHE TEKSTEN.....	44
3 CASES.....	44

Deel II Inleiding

Right to respect for private and family life¹.

¹ Artikel 8 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens; hierna afgekort als het EVRM.

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

1Probleemstelling van dit werkstuk

In dit werkstuk zal een analyse gemaakt worden van de manier waarop het Hof tot jurisdictie komt binnen de cases betreffende het recht op privéleven, gewaarborgd onder artikel 8 van het EVRM. Meer bepaald zal de aandacht uitgaan naar post - operatieve transseksuelen die binnen het kader van artikel 8 van het EVRM zoeken naar een juridische erkenning van hun nieuwe status.

Dit werkstuk omvat ten eerste een overzicht van de algemene kenmerken van het Europees systeem ter Bescherming van de Rechten van de Mens. Vervolgens wordt stilgestaan bij de interpretatiemethodes van het Hof. Vanuit de interpretatiemethodes wordt de *margin of appreciation doctrine* voorgesteld, die doorheen de transseksuelencases een bepalende rol speelt. Tenslotte probeer ik te komen tot een eigen visie op de manier waarop het recht op respect voor het privéleven van transseksuelen effectief zou moeten worden verzekerd.

2Globaal beeld van het Europese systeem ter Bescherming van de Rechten van de Mens

Het Europees systeem ter Bescherming van de Rechten van de Mens kan best voorgesteld worden op basis van de 3 kenmerken. Achtereenvolgens wordt het constitutioneel aspect; de idee van *'l'ordre public'* en het subsidiariteitsprincipe besproken, vooraleer de meer specifieke analyse aan te vangen.

1Constitutioneel karakter

Het ganse systeem van de Bescherming van de Rechten van de Mens is gebaseerd op het Europees Verdrag ter Bescherming van de Rechten van de Mens. “*The ECHR as a constitutional instrument of European public order*”². In de nasleep van de Tweede Wereldoorlog, vond Europa dat het nood had aan een eigen buffer tegen de opkomst van communistische partijen en tegen het nazisme. Men wilde kost wat kost een nieuwe wereldoorlog vermijden. In 1948 was er reeds een Universele - zij het nog niet-bindende - Verklaring van de Rechten van de Mens door de Verenigde Naties afgekondigd. Het Europees Verdrag ter Bescherming van de Rechten van de Mens wil “*de universele en daadwerkelijke erkenning en toepassing van de rechten die daarin (de Universele verklaring - sic) zijn nedergelegd verzekeren*”³. Dat het EVRM in mindere mate een compromistekst is dan de Universele Verklaring, is deels te verklaren vanuit de achtergrond van de lidstaten. De idee van samenwerking is steeds gebaseerd geweest op de beginselen van democratie, mensenrechten en de principes van de rechtstaat⁴. De Oost – Europese landen werden aanvankelijk niet betrokken in het project van de Raad van Europa om gerechtigheid en vrede te realiseren tussen “*regeringen van gelijkgestelde Europese staten, die een gemeenschappelijke erfdeel bezitten van politieke tradities, idealen, vrijheid en heerschappij van het recht*”⁵. In 1953 ging het EVRM in werking, nadat 10 staten het verdrag geratificeerd hadden.

Het EVRM is een niet-wederkerig verdrag. Het Verdragenverdrag van 1969 maakt geen onderscheid tussen *traités – lois* en *traités-contrats*. Het EVRM is geen contractueel verdrag, wel een ‘*law making treaty*’.⁶ Het EVRM heeft tot doel objectieve rechten te creëren, eerder dan het ontwikkelen van wederkerige verplichtingen tussen staten. De Europese Conventie is eigenlijk een verklaring van rechten. Door de inbreng van het eerste artikel van de Europese Conventie voor de rechten van de mens, worden staten bij de ondertekening gewezen op de verplichting tot het verzekeren van de vooropgestelde rechten.

Het Europees systeem ter bescherming van de rechten van de mens, is één van de juridisch meest ontwikkelde regionale systemen ter wereld. Dit is onder andere te danken aan het vergaand controlemechanisme - Het Europese Hof ter Bescherming van de Rechten van de Mens te Straatsburg⁷ - dat heden ten dage een verplichte rechtsmacht heeft ten aanzien van de lidstaten aangesloten bij het Europees Verdrag ter Bescherming van de Rechten van de Mens. In 1959 werd het Hof opgestart⁸. Het Hof is zeker geen ‘vierde instantie’, die zomaar gecontesteerde nationale acties teniet kan doen. Er is misschien eerder sprake van een semi - constitutioneel kader of dus van een ‘*constitution latu sensu*’⁹.

Niet alle landen incorporeren de Conventie rechtstreeks in hun nationale wetgeving. Ze worden daartoe ook niet verplicht door de Conventie instellingen. “*Les états ont le choix des moyens pour remblir leurs obligations*”¹⁰. Het voordeel van incorporatie is natuurlijk

² E. Lambert, ‘*Les effet des arrêts de la Cour européenne des drouts de l’homme*’, Bruylant Brussel, 1999, p 38.

³ Het EVRM, zoals gewijzigd door protocol 11, 1998.

⁴ Zie de preambule van het EVRM zoals gewijzigd door Protocol nummer 11, 1998.

⁵ Zie de Preambule van het EVRM zoals gewijzigd door Protocol nummer 11, 1998.

⁶ F. Matscher, ‘Methods of interpretation of the Convention’: in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 66.

⁷ Hierna verder aangeduid als ‘Hof’ of ‘EHRM’.

⁸ De rechtsmacht van het hof was eerst facultatief, en kon dus pas na voldoende aantal ratificaties actief worden. Sedert het 11^{de} Protocol (sinds 1998 in werking) is de rechtsmacht verplicht. Nu zijn er 45 staten partij.

⁹ E. Lambert, loc. cit. n° 2, p 38 - 39.

¹⁰ E. Lambert, loc. cit. n° 2, p 38 – 39. Zie ook zaak ‘Syndicat Suedois des Conducteurs de Locomotives’, serie a, n 20, 1976.

dat de burgers zich rechtstreeks op de Conventiebepalingen kunnen beroepen voor de nationale rechtbanken. Los van de eventuele incorporatie, moet het principe van conformiteit van de nationale wetgeving met de internationale verplichtingen steeds gerespecteerd worden¹¹. Of aan de Conventie een hogere status gegeven wordt of niet.

We komen hier tot het onderscheid tussen de monistische en de dualistische landen onder de Raad van Europa¹². De monistische benadering gaat uit van de eenheid van het recht. Daarom wordt er bij onverenigbaarheid tussen het nationale en het internationale recht veeleer de voorkeur gegeven aan de hogere rechtsregel. Het dualisme daarentegen vertrekt van de verscheidenheid van de verschillende rechtssystemen. De nationale rechter moet zich enkel op het nationaal recht beroepen. Een internationale rechtsregel is maar van tel wanneer die geïncorporeerd is in het nationale stelsel.

2Ordre public

De Raad van Europa wilde een ruimte creëren waarbinnen individuen genieten van de rechten en vrijheden vooropgesteld in het EVRM. Binnen het Europees systeem ter Bescherming van de Rechten van de Mens leeft de idee, dat de staten op termijn zullen komen tot het ontwikkelen van gemeenschappelijke Europese normen. In de preambule van het EVRM komt dit duidelijk naar voor: “*considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members*”. Daarvoor moet constant gestreefd worden naar het behoud en de verdere realisatie van de mensenrechten en fundamentele vrijheden. Dit kan slechts met behulp van effectieve politieke democratische kaders¹³. Een gemeenschappelijke politieke traditie en gelijkgestemde ideeën en wetsregels moeten dus bijdragen aan ‘*the collective enforcement of the rights*’¹⁴.

Anderzijds is het interessant op te merken dat niet aan alle EVRM - rechten evenveel belang gehecht wordt. Er kan gesproken worden over een suprematie van de fundamentele rechten¹⁵. In het EVRM zelf wordt er onderscheid gemaakt tussen kernrechten¹⁶, die nooit kunnen ingeperkt worden en rechten die op basis van restrictiegronden inherent in de artikelen, kunnen ingeperkt worden. Tenslotte staat het staten ook vrij om voor de niet-kern rechten moduleerbare verbintenissen aan te gaan¹⁷. Ook het Hof is geneigd een eigen hiërarchie van rechten binnen het EVRM op te bouwen in haar jurisdictie. Er zijn zelfs bewijzen voor een hiërarchie van rechten binnen één artikel van het EVRM. We zullen hier later nog verder op ingaan.

Het doel om tot Europese normen te komen, kan op verschillende manieren gerealiseerd worden. Niet alleen is er een mate van selectiviteit onder de rechten die als fundamenteel voor de menselijke waardigheid in de democratische staten naar voor worden geschoven, daarnaast is er ook nog een ander hekel punt in de realisatie van ‘*l’ordre public*’. Immers, hoe moeten die Europese normen geconstrueerd worden? Moet de Europese publieke orde

¹¹ E. Lambert, loc. cit. n° 2, p 38 - 39

¹² P. Van Dijk en Van Hoof, *Theory and practice of the ECHR*, 3th ed, Kluwer law, 1998, p 16-22.

¹³ zie preambule EVRM

¹⁴ zie preambule EVRM

¹⁵ E. Lambert, loc. cit. n° 2.

¹⁶ Artikel 15 EVRM voor de noodtoestand waarin bepaald wordt welke rechten niet geminimaliseerd kunnen worden.

¹⁷ Artikel 57 EVRM

reeds voor 100% terug te vinden zijn in de gehele gemeenschap van de landen van de Raad van Europa of moet het Hof zelf standpunten innemen en dus meewerken aan een progressieve realisatie van de effectieve bescherming van de mensenrechten? Dit is een zeer interessant punt dat hier nog niet ten volle uitgewerkt zal worden. Het volstaat te zeggen dat de uitkomst van dit dilemma in grote mate afhangt van de houding van het Hof bij het vervullen van haar taken. Verder zal ik nog uitgebreider terugkeren op de ontwikkeling van de Europese normen - meer bepaald bij de interpretatiemethodes van het Hof en bij de analyse van de artikel 8 cases. Laat ik eerst terugkeren naar een laatste kenmerk van het Europese systeem ter Bescherming van de Rechten van de Mens, het subsidiariteitsprincipe.

3 Subsidiariteit

“Subsidiarity fits international human rights so well that the basic values of that principle can reasonable be regarded as already implicit present in the structure of international human rights law”¹⁸.

Het subsidiariteitsprincipe is een veel besproken concept dat niet enkel in het Europees systeem van Rechten van de Mens van de Raad van Europa voorkomt, maar tevens in verschillende andere mensenrechtenverdragen¹⁹. In het internationaal recht doelt het subsidiariteitsprincipe op een afweging tussen het inschakelen van verschillende niveaus van een complexe organisatie. Pizzolato stelt dat het concept waarde heeft ‘*op alle niveaus van sociale interactie*’²⁰. Het woord subsidiariteit komt echter nergens voor in de tekst van het EVRM. Anderzijds zijn er wel bewijzen voor een inherent gebruik van het concept²¹.

Subsidiariteit is een concept met verschillende betekenissen. Een eerste betekenis van het concept omvat het functionele karakter van subsidiariteit. Lambert²² stelt deze eerste betekenis centraal: “*Le principe de subsidiarité est-il avant tout une règle de nature procédurale de repartition de l’ordre d’intervention ratione temporis des juges internes et internationaux.*” Deze betekenis komt tot uiting in volgend artikel: “*Het Hof kan een zaak pas in behandeling nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, overeenkomstig de algemeen erkende regels van het internationaal recht en binnen een termijn van zes maanden na de datum van de definitieve nationale beslissing*”²³. Door gebruik te maken van de ‘*local remedies rule*’ en daarbij een *ratione temporis* van 6 maanden in te bouwen, worden de voorwaarden voor de ontvankelijkheid door het Hof bepaald.

De tweede betekenis van het begrip biedt een meer substantiële invulling. Binnen het Europese kader ter Bescherming van de Rechten van de Mens moet het Hof rekening houden met de eigenheid van de verschillende staten bij het realiseren van een supranationale harmonisatie. “*Subsidiarity results in respect for diversity as a function of the ultimate unity*

¹⁸ P.G. Carozza, Subsidiarity as a structural principle of international human rights law’, in *American international law journal*, vol 97, n 1, 2003, p 40.

¹⁹ Zie Universele verklaring voor de rechten van de mens 1948, Internationale convenant on economic, social and cultural rights, Internationale convenant on civil and political rights, charter of fundamental rights of the EU, 2000. In P.G. Carozza, op cit n° 18, p 43.

²⁰ In P.G. Carozza, op cit n° 18, p 43.

²¹ Af te leiden uit de artikelen 1, 13, 26 EVRM.

²² Elisabeth Lambert, op cit. n° 2, p 22.

²³ Artikel 26 van het EVRM.

of purpose”²⁴. Het subsidiariteitsprincipe wordt gezien als een factor om universele mensenrechten met het lokaal pluralisme te verzoenen.

Het zijn de staten die de eerste verantwoordelijkheid hebben tot implementeren en reguleren van de rechten en vrijheden binnen hun nationaal wettelijk kader. Deze veronderstelling heeft een tweevoudig gevolg, dat overeenkomt met het verschil tussen positieve en negatieve subsidiariteit. Chantal Millon – Delsol²⁵ toont duidelijk het onderscheid tussen positieve en negatieve subsidiariteit. Dit onderscheid was reeds bij de verwoording van Paus Pius²⁶ terug te vinden. Meest bekend is het negatieve aspect van het principe: “*the obligation of the government (EHRM sic) to limit its intervention into lower forms of social organization*”²⁷. Staten zijn vrij te kiezen op welke manier zij, rekening houdend met hun specifieke sociale en legale context, de mensenrechten respecteren. Het Hof moet een mate van vrijheid laten aan de staten. Met andere woorden, we kunnen de bevoegdhedenverdeling tussen het nationale en supranationale niveau ook doortrekken naar een bevoegdhedenverdeling tussen het realiseren van de Conventierechten en de bescherming van de belangen van de staat.

Anderzijds kan het Hof niet onverschillig blijven bij nationale tekortkomingen aan het Europees systeem ter bescherming van de rechten van de mens. Het Hof moet een minimum bescherming garanderen aan de individuen. De positieve subsidiariteit duidt dan op een interventie van de grotere organisatie, aangezien de lagere de beoogde doelstellingen niet zelf kunnen bereiken: ‘... *to do only that which the lesser group cannot accomplish for itself without assistance*’²⁸. In dit tweede geval, heeft de Straatsburg instelling niet zomaar de mogelijkheid, maar zelfs het inherent recht te interveniëren²⁹.

De twee polen van het concept kunnen best samengevat worden in volgende bekende stelling: “*Intervention–but–not–interference with a decidedly stronger emphasis on the limits of public authority*”³⁰. Het subsidiariteitsprincipe zoekt enerzijds een zo groot mogelijk respect voor de vrijheid van het individu en anderzijds een justificatie voor inmenging in de staatsaangelegenheden. Het resultaat van dit dubbel proces leidt ‘*tot grotere flexibiliteit en adaptatie in de sociale orde*’³¹.

De meningen omtrent het concept zijn heel divergent. Sommigen, zoals De Burca³², zien het als een louter conceptueel, zelfs retorisch middel om ‘*te discussiëren over de spanning tussen interventie en onthouding tussen verscheidenheid en gelijkheid, tussen vrijheid en eenheid*’. Anderen als Carozza³³ geven het concept de status van een structureel principe binnen de bescherming van mensenrechten. Het staat in elk geval vast dat het concept een zeer fundamentele betekenis heeft in het Europees kader.

²⁴ P.G. Carozza, loc.cit. n° 18, p 44.

²⁵ Chantal Millon – Delsol, *l’Etat subsidiaire: ingérence et non ingérence de l’état: le principe de subsidiarité aux fondements de l’histoire européenne*. Puf publ., 1992, p 240.

²⁶ Pius, Rerum Novarum, 1891, P.G. Carozza, loc.cit. n° 18, in p 44.

²⁷ Chantal Millon – Delsol, op cit n° 25, p 240.

²⁸ Chantal Millon – Delsol, op cit n°25, p 240.

²⁹ P.G. Carozza, loc cit n°18, p 44.

³⁰ Pius, in P.G. Carozza, loc. cit n° 18, p 41.

³¹ C. Kossel ‘*global community and subsidiarity*’, 1981, in P.G. Carozza, loc cit, n° 24, p 45.

³² De Burca in P.G. Carozza loc cit n°18. H. Petzold, ‘The Convention and the principle of subsidiarity’, in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 41 – 62.

³³ P.G. Carozza, loc cit, n°18.

Met het oog op de effectieve realisatie van vrijheden en rechten voor individuen moeten staten hun engagement nakomen. Daarbij helpt het Hof, door ‘*safeguards and rules*’ op te stellen vanuit de interpretatie van het EVRM.

Deel III Interpretatie van het EVRM door het Hof te Straatsburg

“*Under Article 46, interpretation of the European Convention on Human Rights is primarily the task of the European Court of Human Rights³⁴... to elucidate safeguards and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the states of their engagements*”³⁵.

1 Algemeen

In dit deel wordt dieper ingegaan op de interpretatiemethodes die het Hof hanteert. Daarbij wordt aandacht besteed aan het effectiviteit- en het proportionaliteitsprincipe.

Op welke manier interpreteert het Hof te Straatsburg de Conventiebepalingen? Het Hof erkent nu gebonden te zijn aan de internationale principes van het Verdragenrecht. “*The Court correctly recognized that the provisions of articles 31 to 33 of the Law of Treaties of 1969 gave expression to generally accepted principles of international law on the interpretation of treaties between nations, so that the Court too should be guided by them in interpreting the convention*”.³⁶ De preambule van een verdrag maakt deel uit van de context en moet mee in rekening gebracht worden bij de interpretatie van verdragsartikelen³⁷. Bernhardt³⁸ vindt eveneens dat de algemene interpretatieregels toepasbaar zijn op mensenrechtenverdragen, al is het doel en het object van het Verdrag verschillend.

Het is duidelijk dat de beoogde doelstellingen van de Raad van Europa, het eerste vertrekpunt moeten zijn voor de interpretatie van de tekst: “*any interpretation of the rights and freedoms guaranteed must be consistent with the general spirit of the convention*”³⁹. Om de algemene, doch specifieke spirit van de Conventie te bewaren, was het soms nodig aan de Conventiebepalingen een speciale autonome betekenis toe te kennen. De betekenis van een bepaling uit het EVRM kan dus verschillen van een identieke bepaling uit het intern recht van de lidstaten. Dit is de autonome interpretatiemethode. Bernhardt merkt op dat de Straatsburginstellingen een autonome interpretatie toekennen aan de Conventiebepalingen. Toch mag, volgens hem, niet vergeten worden dat deze autonome interpretatie haar wortels vindt in een vergelijkende analyse van de juridische situatie van de verschillende verdragstaten⁴⁰. Hierin ligt tevens een delicate taak van de Straatsburginstellingen vervat. Het Hof moet steeds een heikele afweging maken tussen de ontwikkeling van

³⁴ F. Matscher, op cit n°6, p 63.

³⁵ *Ierland versus UK*, judgement of 18/1/1978, serie A, 25, p 62. In Van Dijk en Van Hoof, op cit n° 12, p 83.

³⁶ *Johnston and others*, judgement of 18/12/1986, serie A, 112, pa 51- 52. In F. Matscher, loc cit n° 6, p 65. Zie ook: *Goldner case*, judgement of 21/02/1975. serie A, n 18, p 14: in Van Dijk en Van Hoof, op cit. n°12, p 72.

³⁷ Artikel 31 (2) Verdragenverdrag van 1969.

³⁸ Bernhardt ‘Thoughts on the interpretation of HR treaties’, In Matscher and Petzold, ‘*Protecting HR: the european dimension. Studies of Gérard J. Wiarda*’, Carl Heimanns Verlag, 1988, 65-71.

³⁹ *Soering case*, judgement 7/07/1989, serie A, n 161, p 34. In Van Dijk en van Hoof, op. cit. n°12, p 73.

⁴⁰ Bernhardt, loc. Cit. n°38, p 38.

Conventiestandaarden en het respect voor de keuzes van de autonome verdragsstaten. Het Hof moet daarin zo'n houding proberen te vinden, dat het zo contentieus mogelijk de grenzen van nationale beperkingen van Conventie rechten⁴¹ omschrijft, wil men de afdwinging van de Conventierechten waarborgen⁴². Enkel zo kan men tot een harmonisatie van de mensenrechten tussen de verschillende staten komen, wat een objectief is uit de preambule van het EVRM.

Naast voorgaande methode maakt het EHRM ook gebruik van de evolutionele interpretatie methode. “ *The standards of the convention are not regarded as static but, as reflective of social changes*”⁴³. Het Hof houdt dus steeds rekening met de huidige tijdsgeest en de heersende sociale attitudes. Dit komt tot uiting in het belangrijke Marckx arrest⁴⁴. Ten tijde van het opstellen van de Conventieartikelen, werd het juridisch onderscheid tussen echtelijke en buitenechtelijke kinderen als normaal beschouwd in vele van de lidstaten van de Raad van Europa. In 1979 ziet het Hof echter voldoende aanwijzingen - in het internationaal recht en in het nationale recht van de staten - om aan te nemen dat dit verschil niet meer gegrond is⁴⁵.

De evolutionele benadering is gelinkt aan de zoektocht naar gemeenschappelijke Europese normen. Deze Europese standaards worden gevormd vanuit het internationale recht, de rechtspraak en wetten van de lidstaten maar ook de case law van het Hof zelf. “ *the possibility that the court's own judgements may set out in motion (further) European legal developments which in turn influence later rulings by the Court, was recognized in the Sales judgement of 26 February 1993*”⁴⁶. Niettegenstaande lijken Europese gemeenschappelijke normen en waarden niet zo makkelijk te ontdekken, rekening houdend met de diversiteit van de lidstaten – zeker wat betreft moreel gevoelige thema's. Het EHRM zal nooit zelf in wetenschappelijke controverse stappen, aldus Matscher⁴⁷.

Het Hof interpreteert op een objectieve en dynamische manier⁴⁸. Deze interpretatiemethode mag echter nooit leiden tot een echte herziening van het EVRM. Men moet de tekst van het EVRM blijven respecteren⁴⁹. Daarnaast moet het Europese systeem van mensenrechten in de lijn van het internationale recht zijn. Daarom maakt men soms ook gebruik van de comparatieve methode. In dit geval zoeken de rechters te Straatsburg analogieën met vergelijkbare rechtspraak van andere internationale hoven om tot een uitspraak te komen⁵⁰.

Het Hof te Straatsburg heeft vanuit haar positie als ‘interpreterende waakhond van de Conventiebepalingen’ op geheel eigen wijze bijkomende principes ontwikkeld. Aandacht voor het effectiviteit- en het proportionaliteitsprincipe zijn mijns inziens van cruciaal belang om inzicht te krijgen in de manier waarop het Hof rechtsspraak spreekt.

⁴¹ Alle EVRM rechten, behalve de kernrechten, kunnen beperkt worden door de staat; o. a. via de modelueerbare verbintenissen en reserves. Soms is die beperking ook inherent in de Conventiebepaling aanwezig.

⁴² Rolv Ryssdal (1990), in White and Johnson, ‘*satellite communications in europe: law and regulations*’, London, 1996, p 407.

⁴³ Van Dijk en Van Hoof, op. cit. n°12, p 77.

⁴⁴ *Marckx case*, judgement 13/06/1979, serie A,31, p 19 –25.

⁴⁵ Eenzelfde evolutie was te merken bij de decriminalisering van homoseksuele activiteiten. Zie *Dugdeon case*, judgement serie a, n 59, 22/10/1981.

⁴⁶ Van Dijk en Van Hoof, op. Cit. n°12,p 78.

⁴⁷ Matscher, loc. cit. n° 6, p 70.

⁴⁸ Van Dijk en Van Hoof, op. cit.n°12, p 73.

⁴⁹ Bernhardt, loc. cit. n°38, p 65-71.

⁵⁰ *Goodwin case*, judgement 11/07/2002 app 28957/95- vergelijking met rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.

Vooreerst duidde het Hof op het effectiviteitsprincipe in enkele belangrijke arresten⁵¹. Op het eerste zicht zou men vermoeden dat het recht op privéleven, zoals gegarandeerd in artikel 8 van het EVRM, een ‘negatief recht’ toekent ten opzichte van de staten. Met andere woorden; staten moeten zich onthouden van inmenging in de privésferen van individuen. Het Hof ging echter een stap verder door te wijzen op het ‘*effectiveness principle*’ ofwel ‘*l’effet utile*’. Staten zijn eveneens verantwoordelijk voor de effectieve bescherming van het privéleven van hun individuen. “.. *States become not only to abstain from interference with the privacy of individuals but also to ensure a practical and effective (legislative, administrative and juridical) protection of privacy*”⁵². We komen hier tot de idee van positieve verplichtingen van staten binnen het Europees systeem van de Bescherming van de Rechten van de Mens: “...*in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for family life*”⁵³.

Wanneer we het artikel 8 van het EVRM bekijken, valt het op dat het artikel bestaat uit twee paragrafen. De eerste paragraaf waarborgt het respect voor het recht op privé en familie leven. De tweede paragraaf omschrijft de voorwaarden waaronder het recht uit de eerste paragraaf door de nationale autoriteiten kan gelimiteerd worden. Dit zijn de restrictiegronden. Het Hof gebruikt de tweede paragraaf zowel voor het legitimeren van een inbreuk op artikel 8 (1) van het EVRM, als voor het bepalen van de positieve verplichtingen. Er is echter een onderscheid tussen de positieve verplichtingen tot het effectief verzekeren van een recht en de positieve verplichting tot het voldoen aan de voorwaarden, om een legitieme nationale afwijking van het conventierecht toe te staan. De omvang van de positieve verplichtingen strekt zich dan ook uit op de beide paragrafen. Het Hof is redelijk onduidelijk hierin, maar stelt dat zowel de inbreuk als de positieve verplichtingen afhankelijk zijn van de tweede paragraaf.

Staten hebben doorgaans uitgebreide positieve verplichtingen. De nationale autoriteiten moeten immers ook het recht op privéleven waarborgen tegen inbreuken door andere individuen. Op het internationale niveau te Straatsburg kunnen enkel staten aansprakelijk gesteld worden. Een staat kan door het Hof verantwoordelijk geacht worden voor een inbreuk op de Conventiebepalingen door een privépersoon, wanneer deze staat gefaald heeft om wettelijke of andere preventieve acties te ondernemen die de inbreuk konden vermeden hebben. Deze idee is bekend onder de term *Drittwirkung*. “*Drittwirkung is the extent to which the convention is applicable to the behavior of non state actors, including private persons and organizations*”⁵⁴. *Drittwirkung* is dus de toepasbaarheid van de Conventiebepalingen op derde partijen, met name, niet – statelijke actoren. Het woord *drittwirkung* komt voor het eerst expliciet ter sprake in de *X. en Y. Versus the Netherlands case*, waar de Nederlandse overheid zich twijfelend uitspreekt ten voordele van de toepasbaarheid van de Conventie op niet - statelijke actoren⁵⁵. Een comparatieve analyse van de *drittwirkung* doctrine, ‘*the European Convention on Human Rights and the relations*

⁵¹ *Belgian linguistic case*, judgement 9/2/1967, serie a, 5 en 23/07/1968 serie a, 6. *Artico case* judgement, 13/05/1980 serie a, 37. *Marckx case*, judgement 13/06/1979, serie a, n 31. *X en Y case*, 26/03/1985, serie a, 91.

⁵² A. Clapham, ‘The drittwirkung of the convention’, in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 181.

⁵³ M.A. Eissen, ‘The principle of proportionality in the case-law of the european court of human rights’, in Mc Donald et al, *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 140. Zie *Marckx case*, *X en Y versus the Netherlands case* (loc cit n°51).

⁵⁴ A. Clapham, loc cit n°52, p 163.

⁵⁵ A. Clapham, loc cit n°52 p 163-164.

between private parties' van A. Drzemczewski⁵⁶, toont aan dat verschillende landen, waaronder Duitsland en België, de *Drittwerkung* erkennen in hun wettelijke kaders. Nu het Hof de *drittwerkung* erkent, is de weg open voor een benadering die de 'ecological liability'⁵⁷ ondersteunt. Deze benadering stelt dat staten verantwoordelijk zijn voor alle schendingen van de mensenrechten, door wie ook gepleegd, binnen hun jurisdictie. "article 8 can now be said to have been interpreted so that the reference to public in paragraph 2 does not prevent the application of paragraph 1 to both public and private actions"⁵⁸.

Het is echter niet steeds duidelijk wat de draagwijdte van die positieve verplichtingen moet zijn⁵⁹. Het Hof houdt, steunend op het subsidiariteitsprincipe, rekening met de eigenheid van de nationale autoriteiten. Te Straatsburg wordt dan ook gretig gebruik gemaakt van het proportionaliteitsprincipe. 'The principle of proportionality serves to define the limits of a right guaranteed under the convention or of a positive obligation imposed on the contracting states'⁶⁰. Doorheen de case law van het Hof leeft de idee dat de positieve verplichtingen van staten een evenwichtige balans moeten vormen tussen de algemene belangen van de maatschappij en de eisen van het individu⁶¹. "...in determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual"⁶². De mate van positieve verplichtingen van staten is niet absoluut ten voordele van de bescherming van individuen⁶³. De afweging van het individueel versus het algemeen belang is 'inherent in the Convention system'⁶⁴. Nergens is het principe van proportionaliteit expliciet in het EVRM voorgesteld⁶⁵. Er wordt wel – indirect - aan het principe uiting gegeven via verschillende bepalingen in het EVRM én door de jurisprudentie van het Hof⁶⁶.

Het subsidiariteit- en proportionaliteitsprincipe⁶⁷, als theoretische concepten, worden op een meer concrete manier ingevuld doorheen de jurisdictie van het Hof. Wat betreft de artikelen met restrictiegronden⁶⁸, wordt er steeds gebruik gemaakt van *de margin of appreciation doctrine*, ofwel de doctrine van de nationale beoordelingvrijheid. In het volgend stuk wordt deze leer voorgesteld.

⁵⁶ A. Drzemczewski, 'the European Convention on Human Rights and the relations between private parties', in *Nederlands International law review*, 1979, 26, p 163 – 181..

⁵⁷ Term van Judge Evrigenis, in A. Clapham, op cit n°52, p 201.

⁵⁸ J. de Meyer, 'The right to respect for private and family life, home and communication in relations between individuals, and the resulting obligations for state parties to the convention' in A. Clapham, op cit n °52, p 182.

⁵⁹ *X en Y versus The Netherlands case*, judgement 26/03/1985, serie a, 91, p 13 - 14.

⁶⁰ M.A. Eissen, loc cit n° 53, p 131.

⁶¹ *Rees case*, judgement 17/10/1986, serie a, 106. *Cossey case*, judgement 27/09/1990, serie a, 184 p 15. *B versus France case*, judgement 25/03/1992, serie a, 232.

⁶² *Rees case* (17/10/1986) pa 35 – 37 en *Cossey case* (27/09/1990) pa 36 –37.

⁶³ Hoe die afweging dan wel gemaakt wordt, zal duidelijk worden in het hoofdstuk omtrent de margin of appreciation doctrine.

⁶⁴ *Soering case* judgement 7/7/1989, serie a, n 161, p 35

⁶⁵ M.A. Eissen, loc op cit, n° 53, p 125.

⁶⁶ Zie ook artikel 15 EVRM: 'to the extent strictly required'

⁶⁷ Als ook alle andere concepten zoals effectiviteit, respect en de inhoud van de restrictiegronden zelf...

⁶⁸ Artikelen 8, 9, 10, 11 van het EVRM.

2 Margin of appreciation doctrine

‘The doctrine introduces a element of relativity into the uniform interpretation of the Convention, resulting in differences in scope and emphasis depending on the circumstances of the case’⁶⁹.

1 De ‘Doctrine’

Lookwood maakt de vergelijking tussen de doctrine en *‘a freedom to act, the elbow room’*⁷⁰. Yourow probeert een meer uitgebreide omschrijving te geven van de doctrine, die nooit expliciet gedefinieerd werd door het Hof zelf: “... *latitude which the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and juridical bodies before it is prepared to declare a national derogation from the convention...to constitute a violation of one of the convention’s substantive guarantees*”⁷¹.

Het Hof legt een link naar het subsidiariteitsprincipe *“the more abstract principle of subsidiarity can be translated into more tangible juridical doctrines.... the principle remains relevant to human rights because of its fundamental orientation toward the structural problems of unity and difference in a multinational context.”*⁷². Ondanks het feit dat het doel de harmonisatie van de mensenrechten is, kan de Conventie toch niet aan alle landen uniforme bepalingen opleggen. Als reden daarvoor wordt door het Hof de interstatelijke diversiteit op cultureel, sociaal en juridisch vlak aangehaald. Er worden verschillende marges op de Conventiebepalingen toegelaten, naargelang de verdragsstaat. De lokale autoriteiten blijken beter geplaatst te zijn om de interne situatie in te schatten en tevens te behouden van grotere nadelige effecten: *“the scope of the margin of appreciation makes it an especially clear example of the structural incorporation of local discretion into the legal doctrines of international rights.”*⁷³. Vandaar de idee van ‘elbow room’⁷⁴.

Al is de definitie van de doctrine niet duidelijk, haar rechtsoorsprong is dat wel. Van Dijk en Van Hoof, hoewel geen fervente voorstanders, betwisten de legaliteit van de doctrine niet⁷⁵. De bronnen van de margin of appreciation doctrine zijn terug te vinden in de juridische ‘review’ technieken die gebruikt werden door de hoven van de verschillende lidstaten van de Raad van Europa, in bijzonder door de Franse *‘conseil d’état’*⁷⁶. De doctrine kan terug gebracht worden tot de 19^{de} eeuwse theorieën omtrent staatsmacht, waarin de notie soevereiniteit centraal stond en waarin een consensus nodig was ter verdediging van de nieuw

⁶⁹ MacDonald R., ‘the margin of appreciation’, in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 83-124

⁷⁰ term van Lockwood et al. ‘Working paper for the Committee of experts on the limitation provisions’, 7 *HR quarterly* 35, 68, 1984.

⁷¹ Howard Charles Yourow, *Margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human rights jurisprudence*, Kluwer Academic Publishers, 1995, p 13.

⁷² Carozza, loc cit n°18, p 49.

⁷³ Carozza, loc cit n°18, p 62.

⁷⁴ Lockwood et al., loc cit n° 70.

⁷⁵ P. Van Dijk en Van Hoof, op cit n° 12, p 92.

⁷⁶ R. St.J. MacDonald in Arangio-Riuz et al. *‘international law at the time of its codification’*, 1987, p 185.

verkregen verantwoordelijkheden⁷⁷. In de Conventietekst staat er echter geen enkele verwijzing naar de doctrine. ‘... *the doctrine has developed independently in the jurisprudence of the convention to meet the particular problems which the convention organs have been faced, without explicit reference to ancestry*⁷⁸. De doctrine is dus langzaam gegroeid doorheen de rechtspraak van het Hof te Straatsburg. “*the Court has treated the doctrine functionally developing it on an ad hoc basis*⁷⁹”. De eerste toepassing ervan vond zelfs plaats in de caselaw voor de Commissie⁸⁰. Judge Evrigenis wijst fijntjes op de *temptation to regard the margin of appreciation as an integral part of the convention and its institutional system*⁸¹. Haar vanzelfsprekendheid is echter te betwisten.

Oorspronkelijk werd de doctrine gehanteerd in verband met cases betreffende staten in een noodsituatie⁸². Op basis van artikel 15 kunnen de niet – kernrechten legitiem door de nationale autoriteiten ingeperkt worden. Dit idee komt tot uiting in de mening van Sir Humphrey Waldock, President van de Commissie, wanneer die spreekt tot het Hof in naam van de Commissie: “... *the Government has to balance the ills involved in a temporary restriction of fundamental rights against even worse consequences.. a government’s discharge of their responsibilities is essentially a delicate problem of appreciation complex factors and of balancing conflicting considerations of the public interest*”⁸³. Die nationale beoordelingsmarge is niet absoluut en wordt dus geëvalueerd door de Straatsburg instellingen. “*Once the Commission or the Court is satisfied that the government’s appreciation is at least on the margin of the powers conferred by article 15 then ... justifies and requires a decision in favor of the legality of the government’s appreciation.*⁸⁴”.

Nadat er een ‘marge d’appréciation’ in de Straatsburg - jurisdictie omtrent noodsituaties gesloten was, kreeg de doctrine ook ingang in cases buiten artikel 15 van het EVRM. De artikelen 8 tot 11 van het EVRM lenen zich bijzonder goed voor het gebruik van de margin of appreciation doctrine. “*The structure of the article (8 ECHR sic) allows national action to limit rights guarantees (if the action in turn conforms the textual limitations which bind it)*⁸⁵”.

2De restrictiegronden

In artikel 8 van het EVRM, zijn drie criteria te ontdekken waaraan voldaan moet worden vooraleer het recht op privéleven mag beperkt worden. Deze restrictiegronden worden hierna voorgesteld.

⁷⁷ E. Benvenisti, ‘Margin of appreciation, consensus, and universal standards’, *International law and politics*, 1999, vol 31, p 853.

⁷⁸ H. C. Yourow, op cit n°71, p 14 voetnoot

⁷⁹ H. C. Yourow, op cit n°71, p 14 voetnoot.

⁸⁰ *Greece versus UK (“Cyprus case”)* in H. C. Yourow, op cit n°71, p 3.

⁸¹ Judge Evrigenis, ‘Recent case law on the european court of human rights on articles 8 and 10 of the ECHR, 3 *Human Rights Law Journal* 1982, p 137.

⁸² *Greece versus UK (“Cyprus case”)* in H.C. Yourow, op cit n° 71, 1996, p 15 –16.

⁸³ *Lawless case* judgement of 7/4 en 1/7 1961, series a, 2 en 3. Mening Sir Humphrey Waldock: series b, no 1, p 408. Beddard (1980), ‘*Human rights and Europe*’. In Howard Charles Yourow, op cit n°71, p 16-17.

⁸⁴ *Lawless case* judgement of 7/4 en 1/7 1961, series a, 2 en 3. Mening Sir Humphrey Waldock: series b, no 1, p 408. Beddard (1980), ‘*Human rights and Europe*’. In Howard Charles Yourow, op cit n°71, p 16-17.

⁸⁵ H. C. Yourow, op cit n°71, p 178.

De eerste beperkingsgrond, de legaliteitsbepaling, vloeit voort uit de idee van de democratische staat⁸⁶. In democratische maatschappijen worden juridische garanties ingebouwd tegen het zonder meer onderwerpen van de rechtssubjecten aan de willekeur van de nationale autoriteiten⁸⁷. De bepaling *'in accordance with the law'* wil zeggen dat de limitering op het recht een basis moet hebben in het nationale recht. *"these references are of course to municipal law and the court must accept the interpretation of national law adopted by the national courts"*⁸⁸. Niet alleen de geschreven én ongeschreven wetten van het intern recht moeten geëvalueerd worden, maar ook de bepalingen uit het internationaal recht. Dit laatste geldt zeker voor monistische landen. Het onderscheid tussen de *common law* en *civil law* landen is hier niet zo belangrijk. Meer aandacht wordt door het Hof gevestigd op de kwaliteit van de wet⁸⁹. De wetsbepaling moet *'foreseeable and accessible'* zijn⁹⁰. Er moet makkelijk toegang zijn tot de bepaling. De bepaling moet ook duidelijk te begrijpen zijn zodat diegenen tot wie de bepaling gericht is de gevolgen van hun eventuele acties kunnen inschatten.

Het tweede criterium is het noodzakelijkheidscriterium. Deze restrictiegrond werd op een geheel eigen manier doorheen de jurisdictie door het Hof ingevuld. *"the phrase 'necessary in a democratic society' means that, to be compatible with the Convention, the interference must, inter alia, correspond to a 'pressing social need' and be 'proportionate to the legitimate aims pursued'"*⁹¹. *A pressing sociaal need* duidt op een afweging van de individuele versus de algemene belangen. Er moet, volgens het Hof, steeds rekening gehouden worden met het democratisch principe dat impliceert dat er ook aandacht moet zijn voor het algemene belang van de staat en al haar burgers. Daarenboven moet de staatsinmenging *'proportionate to the legitimate aims, like the protection of morals pursued'*⁹² zijn. Het Hof moet bepalen of er voldoende en genoeg redenen zijn om restrictie van de Conventie goed te keuren. Op welke manier ze dit doet, wordt uitgebreider geïllustreerd in het hoofdstuk over de ontwikkeling van de doctrine.

Tenslotte is er het legitimiteitscriterium. Slechts ter realisatie van één van de doelstellingen uit de tweede paragraaf van artikel 8 kan – *'in accordance with the law en necessary in a democratic society'* - een inbreuk op artikel 8 paragraaf 1 van het EVRM gewettigd worden. Deze doelstellingen vermeld in artikel 8 paragraaf 2 zijn: in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het democratisch welzijn van een land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen⁹³.

Deze abstracte restrictiegronden zijn voor interpretatie vatbaar. De nationale maatregelen ter bescherming van de rechten van de mens, moeten conform de Conventiebepalingen - of beter de interpretatie van de Conventiebepalingen - gebeuren. De taak van de Straatsburg instelling binnen deze doctrine is te controleren of de staten, gegeven de zekere marge waarbinnen ze de doelstellingen van de Conventie kunnen realiseren, deze marge niet overtreden. Het nationale recht wordt niet inhoudelijk getoetst maar enkel gecontroleerd op de correcte toepassing van

⁸⁶ Zie preambule EVRM; verwijzing naar *'democratische staten'*

⁸⁷ Poppeler P., *'Democratische regelgeving'*, Intersentia, Antwerpen, 2001, p 326.

⁸⁸ White and Johnson, op cit n° 42, p 302 – 303.

⁸⁹ *Malone case*, Judgement 2/8/1984, serie a, 82, p 32.

⁹⁰ *Sunday times case*, judgement 26/04/1979, serie a, n 30, pa 49. *Silver case*, Judgement 25/03/1983, serie a, 61 p 33. *Malone case*, judgement 2/8/1984, serie a, 82

⁹¹ *Sunday times case*, judgement 26/04/1979, serie a, n 30, pa 49

⁹² White and Johnson, op cit n° 42, p 305 –306.

⁹³ Artikel 8 (2) EVRM

de Conventiebepalingen. Europese organen worden een soort ‘national reviewing court’. De ‘review doctrine’ komt ook in het nationale recht voor. Net als in de Europese context is de margin of appreciation doctrine dus een manier om de verdeling van de machten binnen een constitutioneel raamwerk te bekijken. De Straatsburg organen hebben toegestaan dat er een zeker mate van discretie moet zijn tegenover de handelingen van staten. Maar uiteindelijk zal het Hof de supervisie bewaren. Hierbij verwijst men naar de Handyside case: “ *The court, which is responsible for ensuring the observance of those states’ engagements (art 19) is empowered to give final ruling on whether a ‘restriction’ or a ‘penalty’ is reconcilable with freedom of expression as protected by article 10. The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision*”⁹⁴.

Vele juristen⁹⁵ vinden de doctrine, net als Matscher, een retorisch en zelfs slecht functionerend mechanisme. De vraag of de doctrine niet eerder een principe van justificatie is dan van interpretatie wordt dan ook door veel critici gesteld. Ook voor staten lijkt de doctrine een verdedigingsmechanisme te worden. Het zou te betreuren zijn als het Hof onmachtig is de doctrine te onthouden van misbruik door de verdragstaten zelf. Er moet een effectieve check zijn op de nationale machten⁹⁶.

De margin of appreciation doctrine is nu het belangrijke analysemechanisme in de context van artikel 8 caselaw voor het EHRM. Het blijkt een functioneel hulpmiddel te zijn bij de evaluatie van diverse cases voor het Hof te Straatsburg. Arai – Takahashi⁹⁷ en Petzold⁹⁸ zijn verdedigers van de nationale beoordelingsmarge. Voor hen lijkt de doctrine een logisch gevolg van het Conventiesysteem. Anderzijds zien sommige juristen⁹⁹ in de doctrine een tegenwicht ten voordele van de staten tegen een al te groot interpretatief activisme van het Hof. De Straatsburg organen zouden via de interpretatieve methode een te progressieve ontwikkeling van de Conventiestandaarden kunnen bewerkstellingen. Mede dankzij het gebruik van de ‘margin of appreciation doctrine’ kunnen staten het Hof wijzen op hun algemeen nationale belang en op de maatschappelijke context waarin het probleem gesitueerd is.

In dit voorbije stuk heb ik de ‘margin of appreciation doctrine’ in grote lijnen voorgesteld. Hierna zal ik dieper ingaan op de ontwikkeling van de margin of appreciation doctrine doorheen de case law in het kader van transseksuelencases.

Deel III Analyse van de rechtspraak van de cases omtrent transseksuelen

⁹⁴ *Handyside case*, judgement of 7/12/1976, series A, no 24, p 23 – 24 para 49 – 50. H. C. Yourow, op cit n° 71, p 10

⁹⁵ Greer (2000), Lester Herne Hill (1998), O. de Schutter (1992), Howard Charles Yourow (1996), MacDonald (1993), Beneviste (1999), Feingold (1978), Mahoney (1992).

⁹⁶ H.C. Yourow, op cit n° 71, p 181.

⁹⁷ Arai Takahashi spreekt van een ‘essentiële constitutionele weg ontworpen om in de fundamentele vereiste te voorzien nl waardenpluralisme’ Arai Tarahashi, ‘*the margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*’, Intersentia, antwerpen, 2002, p 300.

⁹⁸ ‘margin of appreciation doctrine is een natuurlijk product van subsidiariteit in evolutie’, aldus Petzold, op cit n° 32.

⁹⁹ Van Dijk en Van Hoof, op cit n° 12, p 95.

Vanaf de jaren '80 worden cases in verband met het recht op privéleven voor transseksuelen voorgelegd aan het Europees systeem ter Bescherming van de Rechten van de Mens. In dit deel zal ik nagaan hoe de margin of appreciation doctrine de belangen van het individu, hier van de post –operatieve transseksuelen, verzekert.

1 Genderdysforie

Transseksuelen lijden aan een DMS - IV stoornis, met name genderdysforie. Het biologisch geslacht van die personen kwam, tot voor de geslachtsverandering, niet overeen met hun psychologische geslacht en hun sociale rol. Een geslachtsverandering omvat verschillende stadia, van dieptegesprekken tot hormonenbehandeling en chirurgie. Deze harmonisatie van het fysieke en psychologisch geslacht kan echter niet leiden tot een lichaam van een totaal ander biologisch geslacht dat in staat is zich voort te planten¹⁰⁰. De grote moeilijkheid in juridische cases omtrent transseksuelen, is volgens Lord Justice Ormrod¹⁰¹ dan ook dat de juridische benadering van het concept geslacht in binaire categorieën voorgesteld wordt terwijl de medische benadering eerder een continuüm benadering voorstaat.

Wanneer postoperatieve transseksuelen zich in het sociale leven willen begeven, ervaren zij dikwijls pijnlijke situaties als blijkt dat de heer / dame in kwestie vroeger een dame / heer was. Volgens de Raad van Europa zou 60 tot 80 % van de transseksuelen werkloos zijn¹⁰². Het recht op het geheimhouden van het privéleven, beschermd in artikel 8 van het EVRM is in de caselaw dikwijls nauw verweven met andere inbreuken op het EVRM, zoals op het recht om te huwen en een familieleven te stichten¹⁰³ of op de non-discriminatie bepaling¹⁰⁴.

In deze analyse gaat het vooral om cases in verband met naamverandering, de aanpassing van de status in het geboorteregister en de wijzigingen in administratieve documenten zoals paspoort en rijbewijs. Vooraleer de analyse van de rechtspraak van Straatsburg in verband met transseksuelen cases aan te vangen, is het niet overbodig even dieper in te gaan op de verschillende nationale bepalingen omtrent de problematiek. Hierbij wordt vooral aandacht geschonken aan die landen die verwerende partij zijn in de transseksuelen cases te Straatsburg¹⁰⁵.

2 Statenoverzicht

1 Medische behandeling

¹⁰⁰ Infosite Genderstichting algemeen welzijn artevelde. www.genderstichting.be

¹⁰¹ J. Taitz, 'Juridical review of the sexual identity of post transsexuals; a new form of sex discrimination', in : *American journal of law and medicine*, vol 8, n 1 p 53.

¹⁰² *Recommendation 1117 (1989)* van de plenaire vergadering van de Raad van Europa over discriminatie van transseksuelen.

Dit percentage komt ook naar voor in Amerikaanse studies (70% volgens een rapport van de San Francisco Human Rights Commission; in Lettelier P., 'beyond he and she: a transgender news update.', in: *lesbian news*, 4/03, vol 28, issue 9, p 24)

¹⁰³ Artikel 12 EVRM

¹⁰⁴ Artikel 14 EVRM

¹⁰⁵ Groot-Brittannië, Frankrijk en België.

In Groot-Brittannië worden ‘*gender reassignment operations*’ uitgevoerd zonder de noodzaak van juridische formaliteiten¹⁰⁶. Soms worden de kosten van deze operatie en behandeling terugbetaald door het sociale zekerheidstelsel. Eenzelfde praktijk zien we terug in de Franse wetgeving¹⁰⁷, waar dergelijke ingrepen sedert 1979 mogelijk zijn en goedgekeurd worden door de nationale Raad van het Medische Verbond.

Wat België betreft: wanneer door middel van een medisch attest is aangetoond dat er een discrepantie bestaat tussen de fysische kenmerken en het psychologische criterium kan men een procedure ter wijziging van het geslacht starten.

2Naamsveranderingen

Onder het Engelse recht is een persoon vrij een voornaam of achternaam aan te nemen en te veranderen zonder restricties of formaliteiten¹⁰⁸. De nieuwe naam wordt dan gebruikt op verkiezingslijsten, rijbewijs of andere identiteitsdocumenten. In de Franse wetgeving wordt er een clausule ingebouwd: ‘*l’ intérêt légitime*’¹⁰⁹. Dit is onder meer het geval wanneer er een materiële vergissing gebeurde in documenten van de burgerlijke status¹¹⁰. Een Franse onderdaan mag geen andere naam gebruiken dan degene die vermeld wordt in het geboorteregister. De statenpraktijk van de Franse rechtshoven wijst uit dat er nergens positieve gevolgen gegeven worden aan het veranderen van voornamen in de periode 1975 – 1990, vaak bij gebrek aan een legitieme rechtsgrond¹¹¹.

Een voornaamswijziging is geen recht, doch slechts een gunst in België. In principe is men als transseksueel volledig vrij elke voornaam te kiezen die als aanvaardbaar zou zijn voor een pasgeboren baby van hetzelfde (dus het nieuwe post - operatieve) geslacht. In België dient een verzoekschrift tot naamsverandering ingediend te worden bij het Ministerie van Justitie. Het Ministerie maakt vervolgens het verzoek over aan het Parket dat een onderzoek zal instellen. Een procureur gewist zich ervan een aantal factoren, zoals de motivatie van de aanvraag, na te gaan. Dat kan leiden tot een positieve evaluatie van de aanvraag. Het Ministerie krijgt de zaak terug en moet beslissen of zij het Parket zal volgen. Uiteindelijk volgt een Ministerieel Besluit van Machtiging tot Wijziging van de Voornamen; dat document gaat dan naar de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand. Tot nu toe lijken wel enkel post - operatieve transseksuelen zich op een nieuwe voornaam in lijn met het nieuwe geslacht te kunnen beroepen.

3Identiteitspapieren

In Frankrijk wordt het geslacht tot nu toe niet vermeld op de identiteitspapieren. Maar met het nieuw computergestuurde systeem van identiteitskaarten ‘*the community style passports*’ wordt het geslacht duidelijk vermeld¹¹². In Engeland wordt toegestaan dat de transseksueel het prefix ‘Dhr. of Mevr.’ kan aanpassen aan haar / zijn nieuwe naam en er mag een nieuwe

¹⁰⁶ *Cossey case*, judgement 1990, serie a, n 184, pa 15.

¹⁰⁷ *B versus France case*, judgement 192 serie a, n 232, pa 18.

¹⁰⁸ *cossey case*, judgement 1990 serie a, n 184, pa 16.

¹⁰⁹ *B versus France case*, judgement 1992, serie a, 232, pa 22.

¹¹⁰ *B versus France case*, judgement 1992, serie a, 232, pa 22: het artikel 99 van de code civil geamendeerd op 12/05/1981.

¹¹¹ *B versus France case*, judgement 1992, pa 23.

¹¹² *B versus France case*, judgement 1992, serie a, n 232, pa 25.

foto op het paspoort komen¹¹³. In Duitsland worden amenderingen gemaakt, maar enkel voor de nieuwe papieren, dus niet op vroegere documenten. In Spanje en Luxemburg bijvoorbeeld, worden de documenten gecanneled door de Minister van binnenlandse zaken en moet er een totaal nieuwe aanvraag ingediend worden. In Italië gebeurt dit proces automatisch wanneer er een naamsverandering plaats vond.

In België kan men op basis van een gewijzigde geboorteakte, de officiële documenten – zoals rijbewijs, paspoort, SIS kaart, rijksregisternummer - laten veranderen. Op basis van een verklaring van de behandelende arts is het zelfs mogelijk om een voorlopige identiteitskaart te krijgen nog voor het moment van de ingreep. Na de operatie krijgt men dan een aangepaste identiteitskaart¹¹⁴.

4Geboorteregister

In Engeland geldt nog steeds de *'Births and Deaths Registration act 1953'*. Die vertrekt vanuit het idee dat het geboorteregister een historisch én publiek document is, dat niet mag gewijzigd worden. Een uitzondering is de correctie van de gegevens na een administratieve fout¹¹⁵. In de praktijk wordt er enkel naar de biologische criteria van gender gekeken bij het bepalen van het geslacht. Het geboortecertificaat moet getoond worden om een rijbewijs en een paspoort te verkrijgen, bij sollicitatie en bij inschrijving in de universiteit. Een ieder kan het inkijken. In 2002 werd er een rapport van de Britse regering aan het parlement voorgesteld met als titel *'Civil registration: Vital change (birth, marriage and death registration in the 21st century'*¹¹⁶. Het is de bedoeling om op termijn tot een centrale registratiedatabase te komen waarbij men afstapt van het idee van historische informatie. Men hanteert de term *'through life record'*: dit is een levend document dat de informatie in het geboorteregister update bij naamsveranderingen en *'potentially, sex wil be able to be recorded'*¹¹⁷. Nu, medio 2004, is dat systeem nog niet in werking.

In Frankrijk worden geen bezwaren gemaakt tegen het veranderen van de geboorteaktes. Gebeurtenissen die plaats vinden tijdens het leven van het individu en dus zijn/ haar status veranderen, worden via een extra aantekening op het geboortecertificaat aangeduid of ingeschreven in akte zelf¹¹⁸. De stap om de uitspraak van een rechtbank te laten incorporeren in het geboorteregister gebeurt door Hof zelf¹¹⁹. Derde personen mogen slechts een deel van het geboortecertificaat inkijken na goedkeuring van de procureur van de Republiek.

In Spanje, Italië, Nederland, Portugal, Roemenië, Slovenië, Slowakije, Bulgarije en Finland, gebeurt de verandering in het geboorteregister via een aanvraag van het Hof aan het register. In Oostenrijk en Griekenland moet de transseksueel zelf stappen zetten om de veranderingen te bewerkstelligen, daarbij moet hij of zij in bezit zijn van een kopij van de uiteindelijke rechterlijke beslissing ten gunste van de naamsverandering. In Turkije wordt een volledig nieuwe geboorte akte opgesteld.

¹¹³ *Rees versus UK case*, judgementn 1986 serie a, n 106, pa 20.

¹¹⁴ <http://socialsecurity.fgov.be/news/regeringsverklaring%20N.doc>, 18/04/04

¹¹⁵ *Cossey case*, judgement 1990, serie a, n 184, pa 18 en 19

¹¹⁶ *Goodwin case*, judgement 11/07/2002 app 28957/95, pa 5.

¹¹⁷ *Goodwin case*, judgement 11/07/2002 app 28957/95, pa 5.1.

¹¹⁸ *B versus France case*, judgement 1992, pa 19.

¹¹⁹ Dit is ook zo in België en Luxemburg.

In Vlaanderen¹²⁰ beslist de rechtbank van eerste aanleg vaak tot een positief vonnis ten aanzien van het aanpassen van de status van een persoon na een medische geslachtsverandering. Dat vonnis wordt overgemaakt aan de Burgerlijke stand van de geboorteplaats die de geboorteakte aanpast. In de Belgische geboorteaktes zal er een kantmelding gemaakt worden in die zin dat ‘vanaf heden de persoon dient beschouwd te worden als zijde van het andere geslacht’. Het is dus geen wijziging met terugwerkende kracht. In se is er geen wijziging van de akte, maar een aanvulling naar de huidige situatie.

Liberty¹²¹ ziet in de landen van de Raad van Europa een duidelijke trend om een volledige wettelijke erkenning te geven aan medische behandelingen tot geslachtsverandering. Zich baseren op hun eigen studie, merken ze op dat er nog slechts vier staten zijn, waaronder dus Groot-Brittannië, die deze geslachtsveranderingen niet in het geboorteregister willen opnemen. De algemene Europese trend volgt deze van de internationale juridische erkenning van post-operatieve transseksuelen.

Hierna volgt het overzicht van de cases voorgebracht voor het Hof te Straatsburg. Het is de idee een evolutie in de rechtspraak naar voor te brengen en daarbij het gebruik van de margin of appreciation doctrine in acht te nemen. We zullen namelijk zien dat doorheen de caselaw diverse factoren gebruikt worden bij het bepalen van de nationale beoordelingsmarge.

3 Case law overzicht

De allereerste case door een transseksueel¹²² neergelegd voor de Straatsburg organen, werd verbazend makkelijk opgelost. Er werd namelijk een minnelijke schikking getroffen, zodat de zaak niet voor het Hof verschenen is. Duitsland was bereid de burgerlijke status van **Dhr. X** aan te passen. De nieuwe naam en het nieuwe geslacht van de persoon in kwestie werden vanaf dan vermeld in het geboorteregister.

Een tweede zaak volgde 5 jaar later¹²³, maar ook deze zaak werd niet ten gronde door het Hof onderzocht¹²⁴. De Commissie stelde wel een schending door België wegens het niet aanpassen van het geboorteregister van **Dhr. Van Oosterwijck** vast. Er was een inbreuk op de seksuele identiteit van de transseksueel door het laten verder bestaan van de incongruentie tussen de fysieke kenmerken en de juridische status van de transseksueel.

De eerste zaak ten gronde door het Hof onderzocht is de Rees case (1984)¹²⁵. **Dhr. Rees** eiste dat de overheid, Groot-Brittannië, de gepaste maatregelen zou nemen om hem juridisch compleet tot een persoon van het exclusief mannelijke geslacht te maken zodat een volledige integratie in het sociale leven mogelijk zou worden. De Commissie, in lijn met haar vorige standpunt, vond eveneens dat ‘*legal recognition must be possible for the individual after the*

¹²⁰ Er zijn minder positieve uitspraken in Wallonië dan in Vlaanderen tot nu toe.

¹²¹ *Sheffield and Horsham case*, judgement 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30/07/1998, pa 35.

¹²² *X versus republiek Duitsland case*, appl 6699/74.

¹²³ *Van Oosterwijck versus België case*, report 1/03/1979, serie b, 36, 1983, p 26.

¹²⁴ Er was nog geen uitputting van de locale rechtsmiddelen aldus het Hof.

¹²⁵ *Rees case*, judgement, 12/12/1984, serie a, n 106.

*change has been effective to confirm his or her normal appearance by the necessary documents.*¹²⁶.

Het Hof bouwde haar redenering echter anders op. Het Hof vindt inderdaad dat het recht op respect voor iemands privéleven door de staten gegarandeerd moet worden. Maar wat betreft Dhr. Rees zegt het Hof daar onmiddellijk bij: “*the mere refusal to alter the register of birth or to issue birth certificates whose contents and nature differ from those of the birth register cannot be considered as interferences*”¹²⁷. Als er geen inbreuk is op artikel 8 paragraaf 1, dan moeten de restrictiegronden uit de tweede paragraaf, die een gelegitimeerde afwijking van het recht toestaan, niet onderzocht worden. Nochtans moet het geboortecertificaat onder meer getoond worden om een rijbewijs en een paspoort te verkrijgen, bij sollicitatie en bij inschrijving in de universiteit. Het Hof herhaalt wel dat er positieve verplichtingen aan staten kunnen worden opgelegd ter realisatie van een effectief respect voor het privéleven van individuen, zij het *‘albeit subject to the State’s margin of appreciation’*¹²⁸. Zoals eerder gesteld, wordt bij de margin of appreciation doctrine eveneens gebruik gemaakt van de restrictiegronden uit de tweede paragraaf bij het bepalen van het bestaan en de omvang van de positieve verplichtingen.

Er moet steeds een *‘fair balance’* zijn tussen de individuele eisen en de belangen van de staat bij het bepalen van positieve verplichtingen¹²⁹. Dit houdt in dat de doelstellingen uit de tweede paragraaf mee in rekening genomen moeten worden bij het bepalen van de balans¹³⁰. De positieve verplichtingen moeten dus ook *‘noodzakelijk zijn in de democratische samenleving’*. Het Hof heeft deze juridische bepaling vanuit het EVRM doorheen de artikel 8 case law consequent geïnterpreteerd als *‘pressing social need’*. De balans wordt concreet gemaakt op basis van de consensusnorm. *“The adjudicating organ must either adopt a moral standard or defer to a relativistic approach based on a comparative analysis. The ECHR has opted for the latter approach by developing the doctrine of consensus”*¹³¹.

De margin of appreciation doctrine is al sinds het begin gegrond op de consensusidee¹³². Er blijkt een relatie te zijn tussen de mate van beoordelingsvrijheid die aan de staten gegeven wordt om de positieve verplichtingen in te vullen en het bestaan van een consensus onder de staten van de Raad van Europa. Het Hof heeft de neiging om een grote marge van discretie toe te kennen aan de nationale staten wanneer er op het punt in kwestie, nog geen duidelijke Europese norm waar te nemen is in de nationale wetten¹³³ of in een bepaling van de Conventie zelf¹³⁴. Anderzijds, wanneer er duidelijk een Europese consensus is over het onderwerp, wordt de nationale beoordelingsmarge verkleind en verhoogt de supervisie van het EHRM op de nationale acties.

Bij het bepalen van de positieve verplichtingen voor het respect voor privéleven twijfelde het Hof sterk over de inhoud van het begrip *‘respect’*. *“the notion respect is not clear-cut”*,

¹²⁶ *Rees case*, pa 25.

¹²⁷ *Rees case*, pa 35.

¹²⁸ *Rees case*, pa 35.

¹²⁹ *Rees case*, pa 37.

¹³⁰ *Rees case*, pa 37.

¹³¹ E. Benvenuti, loc cit n°77.

¹³² Van Dijk en Van Hoof, op cit n°12, p 87-89; duidt 4 factoren aan die mede de marge of de balans bepalen de eerste factor is de consensus norm. Andere zijn *‘dudgeon test’*, *‘nature of the aim pursued by the contested measure and context of that measure’*, en case binnen de domeinen van algemene beleid van de staat. Deze factoren worden verwerkt in case law.

¹³³ *handyside case*

¹³⁴ *Sunday times case*

aldus het Hof¹³⁵. Het Hof gaat op zoek naar een gemeenschappelijk betekenis onder de staten van de Raad van Europa. Het Hof erkent dat verschillende staten in hun wetgeving of via rechtspraak aan transseksuelen de mogelijkheid bieden hun persoonlijke status aan te passen aan de nieuw verkregen identiteit. Toch ziet ze te veel diversiteit tussen de staten om een gemeenschappelijke bodem ten voordele van de juridische erkenning van transseksuelen te vinden: *“there is at present little common ground between the contracting states in this area and that generally speaking, the law appears to be in a transitional stage”*¹³⁶. Daarom wordt een wijde nationale beoordelingsmarge toegelaten aan Groot-Brittannië¹³⁷.

Het Hof lijkt meer de nadruk te leggen op de moeilijkheden voor Groot-Brittannië om een mouw te passen aan het probleem van de historische context van geboortektes onder de Britse wet in plaats van zich te focussen op de moeilijkheden die de transseksueel ondervindt wanneer de essentiële formele herkenning van zijn of haar nieuwe biologische geslacht ontbreekt. Het Hof erkent dat de manier waarop geboorteregisters opgesteld worden, een zaak is van het nationaal beleid. Deze factor – het nationaal beleidsterrein – bepaalt mede de marge. Dit idee onderschrijft het subsidiariteitskarakter van het systeem, waarbij de nationale bevoegde instanties best gepositioneerd zijn om de geboorteregisters, als een onderdeel van hun algemeen sociaal beleid, te organiseren. De conclusie van het Hof is dan ook: *“In order to overcome these difficulties (for the transsexual), there would be detailed legislation as to the effects of the change in various contexts and as to the circumstances in which secrecy should yield to the public interest. Having regard to the wide margin of appreciation to be afforded the State in this area and to the relevance of protecting the interests of others in striking the balance, the positive obligations arising from article 8 cannot be held to extend that far”*¹³⁸. De balans slaat uit in het voordeel van Engeland. Groot-Brittannië is niet verplicht om zijn systeem van geboorteregistratie aan te passen omdat volgens het Hof de gevolgen voor de Britse wetgeving zwaarder zouden zijn dan de inbreuk op het recht op privéleven dat de transseksueel nu lijkt te ondervinden. Het Hof laat Engeland dus de keuze of zij aan transseksuelen juridische erkenning wil geven of niet. Het Hof benadrukt wel dat het op de hoogte is van het probleem en dat er steeds in het licht van sociale en wetenschappelijke veranderingen moet geëvalueerd worden.

Verskillende rechters vonden echter dat het haalbaar was om een aanpassing te maken in het geboorteregister en een kort certificaat te voorzien dat enkel de nieuwe seksuele identiteit onthult, zonder de historische context van de documenten te veranderen¹³⁹.

Enkele jaren later is Groot-Brittannië alweer de verdedigende partij in case van een transseksueel ter effectieve bescherming van het respect op privéleven.¹⁴⁰ Ook al gaat het hier om een man tot vrouw geslachtsoperatie, het Hof vertrekt van de idee dat *‘that the Cossey case was not materially distinguishable on its facts from the Rees case’*¹⁴¹. **Mevr. Cossey** vond dat Groot-Brittannië een inbreuk op het recht op respect van het privéleven gemaakt had omdat ze verplicht was intieme en persoonlijke gegevens vrij te geven telkens wanneer haar geboortecertificaat vereist was. Bovendien is dat historisch document toegankelijk voor derden. De Britse autoriteiten konden volgens Mevr. Cossey niet aan

¹³⁵ *Rees case*, 12/12/1984, serie a, n 106, pa 37.

¹³⁶ *Rees case*, pa 37.

¹³⁷ *Rees case*, pa 37.

¹³⁸ *Rees case*, pa 45.

¹³⁹ dissenting opinion, Bundschedler-robbert et al. Pa 3 in *Rees case*,

¹⁴⁰ *Cossey case*, judgement 27/09/1990, serie a, n 184.

¹⁴¹ *Cossey case*, pa 34.

tonen dat die inbreuk op haar privéleven gerechtvaardigd was onder de tweede paragraaf van het artikel EVRM¹⁴². Het Hof herhaalt dat er geen sprake is van een inbreuk op het recht op respect voor het privéleven van de transseksueel en dat het voldoende is te kijken of er positieve verplichtingen aan Groot-Brittannië moeten opgelegd worden om effectief het respect voor het privéleven van de eiser te garanderen¹⁴³. Opnieuw wordt de gepaste balans tussen het individu en de staat gezocht.

In de Rees case stelde het Hof dat de eis voor gepaste juridische maatregelen ten voordele van post - operatieve transseksuelen moet geëvalueerd worden in het licht van wetenschappelijke en sociale ontwikkelingen¹⁴⁴. Daarom bekijkt het Hof of er sprake is van dergelijke ontwikkelingen sinds 1986. Het Hof merkt op dat er nog geen wetenschappelijke ontwikkelingen op het gebied van genderdysforie gebeurd zijn omdat de geslachtsoperaties nog steeds niet resulteren in het verkrijgen van alle biologische karakteristieken van het andere geslacht¹⁴⁵.

Net als de wetenschappelijke en sociale ontwikkelingen, worden ook de ontwikkelingen in het recht van de staten van de Raad van Europa beschouwd door het Hof. Sinds Rees was er effectief verandering merkbaar ten voordele van de juridische erkenning van transseksuelen in sommige landen van de Raad van Europa en bovendien had het Europees Parlement een resolutie (12/09/1989) uitgevaardigd omtrent Non - Discriminatie van Transseksuelen¹⁴⁶. Desondanks concludeerden de rechters te Straatsburg dat er niet genoeg eenduidigheid was omtrent de wettelijke ontwikkelingen. Daarom concludeerde het Hof dat er in het licht van de huidige condities geen argumenten konden ingebracht worden om de balans ten voordele van het individu te laten hellen en Groot-Brittannië tot positieve verplichtingen te dwingen¹⁴⁷. Opnieuw werd herhaald dat de Conventiebepalingen in het licht van veranderde omstandigheden moeten geïnterpreteerd worden en dat in de toekomst de nood tot aangepaste juridische voorzieningen onderzocht moet worden¹⁴⁸.

De beslissing werd gemaakt 10 tegen 8¹⁴⁹. Dit duidt wel op een verschuiving binnen de standpunten van de rechters tegenover de Rees case, waar er slechts drie rechters tegen het meerderheidsbesluit stemden. Judge Martens is een van de hevigste tegenstanders van de redenering van het Hof. Hij vindt het verkeerd een louter technische discussie te houden over de problemen van de UK bij het opleggen van positieve verplichtingen om de geboorteakte te veranderen¹⁵⁰. Er moeten positieve verplichtingen opgelegd worden *‘omdat het wettelijk systeem in UK inconsistent is met de bepalingen van de Conventie, meer bepaald artikel 8’*¹⁵¹. Judge Martens vergelijkt de Cossey case met de rechtspraak in de Marckx case en de Malone case en stelt dat er niet anders kan besloten worden dan dat *‘the BSD-system continuously and directly affected the private life and therefore should have been deemed to constitute a continuing interference’*¹⁵². Het gebruik van de consensusstandaard bij het bepalen van de nationale beoordelingsmarge vindt hij een uiting van juridische terughoudendheid van het

¹⁴² *Cossey case*, pa 35 en 38.

¹⁴³ *Cossey case*, pa 36.

¹⁴⁴ *Rees case*, pa 42 en 47. *Cossey case*, pa 40.

¹⁴⁵ *Cossey case*, pa 40.

¹⁴⁶ *Cossey case*, pa 40.

¹⁴⁷ *Cossey case*, pa 42

¹⁴⁸ *Cossey case*, pa 42

¹⁴⁹ Opmerkelijk is dat de Commissie bij haar ontvankelijkheidsbeslissing, in tegenstelling tot haar mening in de Rees case in de Cossey geen inbreuk op artikel 8 ziet, terwijl de meerderheid binnen het Hof slinkt.

¹⁵⁰ Dissenting opinion Judge Martens in *Cossey case*, judgement 27/09/1990, serie a, n 184, pa 20.

¹⁵¹ Dissenting opinion Judge Martens in *Cossey case*, , pa 20.

¹⁵² Dissenting opinion Judge Martens in *Cossey case*, pa 3.4.

Hof, wat leidt tot een tekort aan respect voor het privéleven en de waardigheid van de transseksuele burgers¹⁵³.

De eerstvolgende zaak na het Cossey arrest kwam voor het Hof in 1992¹⁵⁴. Het gaat hier over **Miss B.**, een Franse post - operatieve transseksuele die eist dat haar nieuwe identiteit en haar nieuwe naam opgenomen worden in het Franse geboorteregister. Opnieuw wijst het Hof op het belang van de positieve verplichtingen voor het verzekeren van het respect op privacy, waarbij ze de *fair balance* niet uit het oog verliest¹⁵⁵. Mevr. Cossey vindt dat er belangrijke nieuwe wetenschappelijke, juridische en sociale elementen voor handen zijn sinds 1990 en dat er rekening moet gehouden worden met het fundamenteel verschil tussen Frankrijk en Groot-Brittannië wat betreft de registratie van de civiele documenten¹⁵⁶. Daardoor zou de balans in haar voordeel moeten hellen.

Wat betreft de nieuwe ontwikkelingen antwoordt het Hof: “ *it is undeniable that attitudes have changed, science has progressed ad increasing importance is attached to the problem of transsexualism. However, ..., there still remains some uncertainty as to the essential nature of transsexuals and that the legitimacy of surgical intervention in such cases is sometimes questions* ”¹⁵⁷. Doordat genderdysforie zo’n een complex probleem is, ziet het Hof dan ook geen voldoende grote consensus onder de staten van de Raad van Europa ten voordele van de juridische erkenning van transseksuelen.

Vervolgens wordt aandacht besteed aan de verschillen tussen het Franse en het Britse juridisch systeem van geboorteregistratie, voornaamswijzigingen en identiteitsdocumenten¹⁵⁸. “*The court will examine the possible consequences of these differences, in the present case from the point of view of the Convention*”¹⁵⁹. In Frankrijk zijn geboortedocumenten levende, publieke documenten die bedoeld zijn om aangepast worden aan de veranderingen in iemands leven. Voornamen kunnen op basis van een legitieme interesse veranderd worden. Deze mogelijkheden tot updating van de status van de post - operatieve transseksuelen werden in de rechtspraak van het Franse hof van Cassatie echter nooit ingewilligd.

Het Hof maakt tenslotte de balans op. “*the applicant’s manifest determination is a factor which is sufficiently significant to be taken in account*”¹⁶⁰. Daarenboven, speelt het historisch karakter van de geboortedocumenten hier hoegenaamd geen rol in het maken van de balans. Het zou slecht een kleine moeite kosten voor de Franse autoriteiten om aan de eisen van de transseksueel te voldoen. Het Hof besluit: “*France could uphold the applicant’s claim without amending the legislation, a change in the Court of Cassation’s case-law would suffice*”¹⁶¹. De algemene belangen van de staat zijn hier dus niet zo groot in vergelijking met het individuele leed. Daarom is Frankrijk schuldig aan een inbreuk op artikel 8 van het EVRM en heeft het de positieve verplichting om de nodige maatregelen te nemen om de situatie van post - operatieve transseksuelen in Frankrijk te verbeteren¹⁶². Een consistentie in

¹⁵³ Dissenting opinion Jugde Martens in *Cossey case*, pa 2.7.

¹⁵⁴ *B versus France case*, judgement 25/03/1992, serie a, n 232.

¹⁵⁵ *B versus France case*, pa 44.

¹⁵⁶ *B versus France case*, pa 45.

¹⁵⁷ *B versus France case*, pa 48.

¹⁵⁸ Zie uitgebreider: deel 3, 2.

¹⁵⁹ *B versus France case*, pa 51.

¹⁶⁰ *B versus France case*, pa 55.

¹⁶¹ *B versus France case*, pa 52.

¹⁶² Beslissing was 15 tegen 6.

de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie ten voordele van de juridische erkenning van transseksuelen is al voldoende.

De volgende case is de **X, Y, and Z**¹⁶³ case (1997). In deze zaak probeer Dhr. X zijn juridische status als post - operatieve man te bevestigen. Dhr. X werd juridisch gezien door Groot-Brittannië nog steeds beschouwd als een vrouw¹⁶⁴. Hij leefde samen met Mevr. Y en via in-vitro fertilisatie kregen ze een baby, Z. X wil op het geboortecertificaat van Z. erkend worden als zijn vader. Volgens de familie X., Y. en Z. ervaren ze nu immers een inbreuk op hun privé - en familieleven, gegarandeerd onder artikel 8 van het EVRM¹⁶⁵. Ze willen in Straatsburg hun overheid tot positieve verplichting dwingen op basis van de belangen voor het kind¹⁶⁶. Het Hof stelt dat in deze case onder artikel 8 het inderdaad eerder gaat over het familieleven dan over het privé - leven van de transseksueel: *“the applicants' complaint is not that the domestic law makes no provision for the recognition of the transsexual's change of identity, but rather that it is not possible for such a person to be registered as the father of a child; indeed, it is for this reason that the Court is examining this case in relation to family, rather than private life”*¹⁶⁷. Wat betreft het effectief verzekeren van het familieleven kan het Marckx arrest (1979) aangehaald worden ter bewijs dat de staat effectieve wettelijke kaders moet ontwikkelen om vanaf de geboorte van een kind de integratie in de familiebanden mogelijk te maken¹⁶⁸. Het Hof benadrukt echter dat het hier gaat over ouderlijke rechten van transseksuelen en dat daarover nog helemaal geen Europese consensus te vinden is.

Bij gebrek aan een Europese consensus, worden de positieve verplichtingen van Engeland onderzocht als een evenwichtige balans tussen de eisen van de individuen en het algemeen belang van de staat: *“The Court reiterates that, ... the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision (art. 8) do not always lend themselves to precise definition; nonetheless, the applicable principles are similar. In both contexts, regard must be had to the fair balance that; has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, and in both cases the State enjoys a certain margin of appreciation (see, for example, the above-mentioned Rees judgment, p. 14, para. 35)”*¹⁶⁹. Het Hof merkt op dat Groot-Brittannië nog steeds een grote nationale beoordelingsmarge geniet, omdat er nog steeds weinig gemeenschappelijke bepalingen zijn onder de landen van de Raad van Europa ten voordele van het amenderen van geboorteregisters. Daarenboven zou een mogelijke aanpassing van het geboorteregister van

¹⁶³ *X, Y and Z versus UK case*, judgement 22/04/1997, 75/1995/581/667.

¹⁶⁴ Op basis van het gewoonterecht in Groot-Brittannië maar ook omdat dhr. X. niet alle karakteristieken van het mannelijk geslacht bezit.

¹⁶⁵ Het Hof stelt dat het hier vooral gaat over het recht op familieleven en niet over het priveleven (pa 37)

¹⁶⁶ *X, Y. and Z case*, pa 38.

¹⁶⁷ *X, Y. and Z case*, pa 42;

¹⁶⁸ *Marckx case* pa 31 in *X, Y. and Z case*, pa 42;

¹⁶⁹ *X, Y. and Z case*, pa 41.

de baby ‘... *have undesirable or unforeseen ramifications for children in Z's position. Furthermore, such an amendment might have implications in other areas of family law*’¹⁷⁰.

Tegenover die algemene belangen moet het Hof de nadelen van het niet erkennen van Y als vader van Z voor de eisers afwegen¹⁷¹. Het Hof ziet maar weinig moeilijkheden voor het kind. Dhr. X. mag natuurlijke de sociale rol van vader op zich nemen. Daarenboven kunnen de ouders meestal het geboortecertificaat van het kind geheim houden¹⁷². Omdat de moeder van het kind een Britse onderdaan is, zal Z van alle rechten en plichten genieten als alle andere kinderen uit éénouder gezinnen. Al bij al stelt het Hof: “ *It is impossible to predict the extent to which the absence of a legal connection between X and Z will affect the latter's development*”¹⁷³. Daarom kiest het Hof de zijde van Engeland. Er kunnen geen positieve verplichtingen tot het toekennen van de vaderlijke status aan Dhr. X. aan Groot-Brittannië opgelegd worden. Conclusie: “ *... the fact that the law of the United Kingdom does not allow special legal recognition of the relationship between X and Z does not amount to a failure to respect family life within the meaning of that provision (art. 8)*”¹⁷⁴.

Ook al benadrukt het Hof dat de zaak vooral handelt over het recht op familiebanden, de effectieve bescherming van dat recht wordt geweigerd op basis van een gebrek aan consensus over de ouderlijke rechten van transseksuelen. Het is ten eerste te betreuren dat het Hof niet de Marckx visie doorgetrokken heeft naar deze zaak. Immers, de situatie van de onwettelijke kinderen van Dhr. Marckx is mijns inziens, compleet analoog aan die van Z.

In 1998 worden twee cases ingediend door **Miss Sheffield en Miss Horsham**, die via de Europese Commissie voor mensenrechten wegens hun analogie als 1 zaak voor het Hof gebracht worden¹⁷⁵. Weer gaat het over het aanpassen van het Britse geboortecertificaat aan de nieuwe status van de postoperatieve transseksueel. De Commissie vindt ditmaal - in tegenstelling tot het Cossey arrest - wel een inbreuk op artikel 8 van het EVRM. De problemen van Groot-Brittannië om een oplossing te vinden tot volledige juridische erkenning van transseksuelen, zijn geringer dan de ellende die de dames in kwestie dagdagelijks ondervinden, zodoende dat Engeland niet langer van een wijde nationale beoordelingsmarge kan genieten¹⁷⁶. De Commissie staat niet alleen met haar standpunt. Liberty wijst erop dat Groot-Brittannië één van de vier resterende landen van de Raad van Europa blijft dat de juridische erkenning van de post - operatieve transseksueel niet erkent¹⁷⁷. Er is veel positieve statenpraktijk te vinden onder de landen van de Raad van Europa tegen het standpunt van Engeland, ook door landen die hun geboorteaktes als historische documenten beschouwen¹⁷⁸. Bijkomend bewijs is te vinden in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. In '96 oordeelde dit Hof dat ‘ *to tolerate such discrimination would be tantamount, as regard such a personen, the failure to respect dignity and freedom to which he or she is entitled and which the Court has a duty to safeguard*’¹⁷⁹.

¹⁷⁰ X., Y. and Z case, pa 47.

¹⁷¹ X., Y. and Z case, pa 48.

¹⁷² Dit is echter niet zo als het kind naar school gaat bv.

¹⁷³ X., Y. and Z case, pa 51.

¹⁷⁴ X., Y. and Z case, pa 52

¹⁷⁵ *Shefflied and Horsham case*, 30/07/1998, 31-32/1997/815-816/1018-1019.

¹⁷⁶ *Shefflied and Horsham case*, pa 49 – 50.

¹⁷⁷ Schriftelijke observaties van liberty: *Shefflied and Horsham case*, pa 35. De andere landen zijn Albanië, Andorra en Ierland

¹⁷⁸ bv. Estland, IJsland en Finland.

¹⁷⁹ *P. v. S and Cornwall county council case*, ECJ, 30/04/1996 ; *Shefflied and Horsham*, pa 33.

Het Hof neemt in deze case de draad van de rechtspraak in lijn van de Rees en Cossey arresten weer op. Nog steeds negeert het Hof de wetenschappelijke basis van genderdysofie. Volgens het Hof zijn er sinds 1990 nog geen nieuwe wetenschappelijke bevindingen naar voor gekomen¹⁸⁰. We moeten hierbij wel opmerken dat er volgens het Hof slechts wetenschappelijke ontdekkingen zullen zijn als het mogelijk is om alle biologische aspecten van het nieuwe geslacht te verkrijgen via de wetenschap en chirurgie.

Het Hof baseert zich op de Liberty studie om te besluiten dat er onder de landen van de Raad van Europa nog te weinig sprake is van een gemeenschappelijke Europese aanpak om de juridische erkenning van transseksuelen mogelijk te maken. Het Hof blijft wel aantonen dat Engeland wel moeite doet om de naam van de transseksueel aan te passen op identiteitspapieren¹⁸¹. Al moet gezegd dat dit slechts een kleine aanpassing is in de volledige juridische erkenning van de post - operatieve transseksueel, het Hof neemt er genoeg mee en vindt nog steeds niet dat er grotere verplichtingen op Engeland kunnen gelegd worden, gezien de situatie in 1998¹⁸². De balans blijft in het voordeel van Engeland. Ook al worden de eisers vernederd en gestresseerd¹⁸³, toch vindt het Hof dat hun ellendige omstandigheden niet groot genoeg zijn om de beoordelingsmarge van de staat te verkleinen. Dientengevolge kunnen er geen positieve verplichtingen aan Engeland op gelegd worden. Er is dus andermaal geen inbreuk op artikel 8 van het EVRM door Groot-Brittannië. De meerderheid was hier echter bijzonder nipt: 11 versus 9. Het Hof herhaalt dat andere landen wel tot praktische oplossingen gekomen zijn.

Het is uiteraard de vraag in hoeverre wetenschappelijke factoren, als sociale ontwikkelingen of een gebrek aan een duidelijk consensus, bepalend zijn om tot een uitspraak te komen in een case omtrent moraliteit en privacy. De judges die vonden dat er wel degelijk een inbreuk op artikel 8 van het EVRM gemaakt was, stelden duidelijk het consensusprincipe in vraag: “*we do not believe that the Court need wait until every contracting party has amended its law in this direction before deciding that article 8 gives rise to a positive obligation to introduce reform*”¹⁸⁴. Ze zijn ervan overtuigd dat de Conventiebepalingen gezien moeten worden in het licht van de huidige condities en halen het Marckx arrest (1979) aan ter verdediging. Ze stellen dat men geen uniformiteit kan verwachten in zo’n complexe materie waar de legale bepalingen ontegensprekelijk tegen de achtergrond van de nationale tradities en cultuur gevormd worden. Ze besluiten: “... *The state’s margin of appreciation in this area can no longer serve as a deference in respect of policies which lead inevitably to embarrassing and hurtful intrusions into the private lives of such persons. If the State can make exceptions in the case of driving licences, solutions can be found which respect the dignity and sense of privacy of post operative transsexuals*”. Nu ontstaat er enkel onaanvaardbare legale onzekerheid.

De lokroep naar een andere evaluatiemethode dan de consensusnorm steekt de kop op. Een belangrijk element dat reeds in de jaren ‘70 binnen de jurisdictie van artikel 8 te vinden was, doet via de dissenting opinion van Judge Van Dijk zijn intrede. Het gaat over de Dudgeon test. De Dudgeon test impliceert dat er rekening gehouden wordt met de ‘*nature of activities involved*’¹⁸⁵. In de Handyside case (1976) wordt er deels naar verwezen, maar het is in de Dudgeon case (1979) dat dit element een regel wordt. De meest intieme aspecten van het

¹⁸⁰ *Shefflied and Horsham case*, pa 56.

¹⁸¹ *Shefflied and Horsham case*, pa 60.

¹⁸² *Shefflied and Horsham case*, pa 61.

¹⁸³ Dat geeft het Hof ook toe in *Shefflied and Horsham case*, pa 59.

¹⁸⁴ Dissenting opinion judge Bernhardt et al. In *Shefflied and Horsham case*

¹⁸⁵ *Dudgeon arrest*, serie a, n 45, 22/10/1981, p 21, pa 52. Men spreekt hierbij dan ook van de Dudgeon test.

privéleven moeten onder de supervisie van Straatsburg zeer streng bewaakt worden¹⁸⁶ en staatsinmenging is enkel gerechtvaardigd als er ‘*particular serious reasons*’ zijn dat door niet tot acties over te gaan, er een belangennadeel zou zijn voor de democratische maatschappij. Van Dijk vindt dat als dit element in rekening wordt gebracht, de algemene belangen nooit zo groot kunnen zijn dat ze verkozen zouden moeten worden boven die van de transseksueel, die enkel gebruik maakt van zijn recht om een van de meest intieme aspecten van zijn privéleven, met name zijn seksuele identiteit zelf te bepalen.

4 jaar later, in 2002, wordt Engeland opnieuw bestookt met klachten van transseksuelen. Het betreft de cases van **Miss. Goodwin en Miss I.** De Goodwin case verschilt lichtjes van alle andere omdat Mevr. Goodwin haar geboorteakte niet wil laten amenderen. Toch eist ze dat de staat haar positieve verplichtingen opneemt om het recht op respect op het privéleven van individuen effectief te beschermen. Zij wordt een nieuw nationaal sociaal zekerheidsnummer geweigerd na de geslachtsoperatie en ze eist nu toch op pensioen te mogen vanaf de leeftijd van 60 jaar en niet 65 jaar zoals haar oude sociale zekerheidsnummer doet vermoeden.

Het Hof start haar analyse van de Goodwin case met een overzicht van de meest recente ontwikkelingen in Engeland en in de andere landen¹⁸⁷. In 2000 werd een rapport¹⁸⁸ voorgesteld van een interdepartementale werkgroep rond de positie van transseksuelen in Groot-Brittannië. De auteurs stellen verschillende mogelijkheden voor om beter tegemoet te komen aan de eisen van de transseksuelen in Engeland. “... *3 options for the future: to leave the situation unchanged; to issue birth certificates showing the new name and the new gender; to grant full legal recognition of the new gender subject to certain criteria and procedures*”. Daarnaast stelde de Britse overheid in 2002 een ontwerpdocument aan het Parlement voor getiteld ‘*Civil registration: vital change (birth, marriage, death registration in the 21st century)*’¹⁸⁹. Het is de bedoeling om op termijn de verschillende - historisch gewaande - registratieaktes te vervangen door één levendig *through life* document. Hiermee zou de barrière voor Engeland om juridische erkenning van transseksuelen mogelijk te maken, weg vallen. Daarenboven duidt het Hof op de beslissing van het Britse Hof in de *Bellinger versus Bellinger*¹⁹⁰ case (2001). Voor het eerst werd de negatieve positie van transseksuelen in Groot-Brittannië erkend. Lord Justice Thorpe vond dat de Ormrod test, waarbij enkel gekeken wordt naar biologische criteria, niet meer in rekening gebracht kon worden¹⁹¹. Het Hof te Straatsburg is voor het eerst opener tegenover transseksualiteit en erkent bij het begin van het Goodwin arrest expliciet dat de volledige juridische erkenning van de post - operatieve status de laatste stap is in een lang en zwaar proces voor de individuen in deze particuliere situatie¹⁹².

Op basis van dat overzicht, besluit het Hof dat er in Engeland een groeiende sociale en legale erkenning van genderdysforie bestaat en dat het zich zal laten leiden door de dynamische en evolutionele interpretatie van de Conventierechten: “... *to assess ‘in the light of present-day conditions’ what is now the appropriate interpretation and application of the convention*”¹⁹³. Daarom wordt een up – to – date stand van zaken omtrent de wetenschappelijke medische

¹⁸⁶ Van Dijk en Van Hoof, op cit n ° 12, 1998, p 91.

¹⁸⁷ *Goodwin case*, pa 1-2. case 28957/95.

¹⁸⁸ ‘*Rapport 2000 : interdepartemental working group on Transsexual People*’, The secretary of state for the Home department. In *Goodwin case*, pa 1 – 2.

¹⁸⁹ aan dit wetsvoorstel is echter nog geen definitief resultaat verbonden tot nog toe.

¹⁹⁰ *Bellinger versus Bellinger case*, ewca civ 1140, 2001, 3 fcr 1 in goodwin pa 3 en 52.

¹⁹¹ *Goodwin case*, pa 36.

¹⁹² *Goodwin case*, pa 78.

¹⁹³ *Goodwin case*, pa 10 –11.

voortgang gemaakt. Hoewel het Hof inziet dat genderdysforie als een DSM-IV stoornis een wijde internationale appreciatie erkent, is ze er niet van overtuigd dat er nieuwe wetenschappelijke of medische elementen zijn die bepalend kunnen zijn voor de juridische erkenning van transseksuelen¹⁹⁴. Deze ietwat contradictorische redenering steunt op de idee van het Hof dat transseksuelen nog steeds niet alle biologische criteria kunnen verkrijgen door een geslachtsoperatie te ondergaan en dat er nog geen wetenschappelijke eensgezindheid is omtrent de oorzaken van de ziekte. In dit opzicht verschilt haar houding nog duidelijk van die van de Britse Judge Thorpe.

Zoals altijd onderzoekt het Hof of er, anno 2002, een consensus bestaat onder de landen van de Raad van Europa ten voordele van de wettelijke erkenning van post - operatieve transseksuelen. Een nieuwe studie van Liberty¹⁹⁵ toont aan dat er vooral buiten Europa progressie is in de juridische erkenning van de post - operatieve status van de transseksueel. Binnen Europa zijn het nog steeds dezelfde 4 staten die de juridische erkenning van transseksuelen pertinent blijven weigeren¹⁹⁶. Het Hof laat zich voor het eerst leiden door de groeiende internationale consensus¹⁹⁷. Daarenboven maakt het Hof nog een andere opmerkelijke redenering omtrent de Europese consensusnorm. Ten tijde van de Rees case (1986) bevonden de nationale legale bepalingen ‘zich nog in een transitionele fase’. In de Sheffield en Horsham case (1998) duidt het Hof op een groeiende trend binnen Europa, maar stelt dat ‘er nog te veel verscheidenheid is in de manier waarop de legale erkenning geïmplementeerd wordt om over een Europese consensus ten voordele van de juridische erkenning van transseksuelen te spreken’. In deze case stelt het Hof : “ *While this would appear to remain the case, the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions is hardly surprising. In accordance with the principle of subsidiarity, it is indeed primarily for the Contracting States to decide on the measures necessary to secure Convention rights within their jurisdiction* ”¹⁹⁸

Om een uitspraak te vellen over de eisen van Miss Goodwin moet het Hof de uitkomst van de balans tussen de individuele en de algemene belangen opmaken. De algemene belangen worden door het Hof geminimaliseerd. Engeland is toch van plan om haar geboorteregistratiesysteem te veranderen. Maar wat belangrijker is, is dat er in de redenering van het Hof een cruciaal element de kop opsteekt dat reeds in de dissenting opinion van een vorige arrest te zien was¹⁹⁹. Het gaat hier over de Dudgeon test. Het recht op zelfbepaling wordt als een van de belangrijkste voorwaarden gezien om de doelstellingen van de Conventie te realiseren en moet bijgevolg ook zeer goed beschermd worden: “... *the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom. Under Article 8 of the Convention in particular, where the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees, protection is given to the personal sphere of each individual, including the right to establish details of their identity as individual human beings*”²⁰⁰ Hoewel er dus nog verschillende onduidelijkheden zijn, lijkt het Hof toch geneigd de eiser in het voordeel te stellen omdat er voor derden geen voldoende ernstige nadelen verbonden zijn aan het verzekeren van één van de meest intieme aspecten van

¹⁹⁴ *Goodwin case*, pa 82.

¹⁹⁵ Liberty, follow up study, 17/1/2002, *Goodwin case*, pa 56

¹⁹⁶ Met uitzondering van de *Bellinger v. Bellinger case*, maar die kon nog door hogere Britse Hoven overruled worden nadat de *Goodwin case* beslecht werd.

¹⁹⁷ *Goodwin case*, pa 84.

¹⁹⁸ *Goodwin case*, pa 85.

¹⁹⁹ Zie dissenting opinion Van Dijk in *Sheffield en Horsham case*.

²⁰⁰ *Goodwin case*, pa 90.

iemands privéleven. *“Since there are no significant factors of public interest to weigh against the interests of this individual applicant in obtaining legal recognition of her gender reassignment”*²⁰¹.

Het Hof besluit voor de eerste maal unaniem tot een inbreuk van artikel 8 door Groot-Brittannië: *“ In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. In short, the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable”*²⁰². De manier waarop Groot-Brittannië transseksuelen behandelt, valt nu buiten de nationale beoordelingsvrijheid. De supervisie van het Hof verhoogde, wat leidde tot positieve verplichtingen om in het wettelijk stelsel van Groot-Brittannië betreffende geboorteregistratie een oplossing te zoeken voor post - operatieve transseksuelen.

Op dezelfde dag werd Engeland door het Hof op basis van exact dezelfde redenering tot een tweede inbreuk op artikel 8 van het EVRM veroordeeld²⁰³. Het arrest van **Mevr. I** is ook tevens het laatste arrest omtrent de juridische erkenning van de nieuwe status van post operatieve transseksuelen voor het Hof te Straatsburg tot nog toe.

Laat ik nu enkele conclusie omtrent de jurisdictie van het Hof formuleren.

4Conclusie van het caselaw overzicht

*“ the interplay between the margin of appreciation factors makes it difficult to predict how the Court will decide the margin question in any given case, especially where the variables point in different directions”*²⁰⁴.

²⁰¹ Goodwin case, pa 21

²⁰² Goodwin case, pa 90.

²⁰³ I versus Uk case, case 25680/94; 22/07/02.

²⁰⁴ Van Dijk en Van Hoof, op cit, n° 12 , p 91.

Het Hof is inderdaad niet altijd duidelijk in haar redenering. Hierna zal ik enkele markante feiten uit de transsexuelencases aanhalen. Ik zal dit zoveel mogelijk proberen te doen aan de hand van de 4 factoren die volgens, Van Dijk en Van Hoof, weliswaar steeds in wisselende mate, mede verantwoordelijk zijn voor het bepalen van de nationale beoordelingsvrijheid.

Allereerst moet gezegd dat in alle cases de tweede paragraaf van artikel 8 gebruikt werd om de mate van positieve verplichtingen te bepalen en niet om de inbreuk op artikel 8 door de staten te legitimeren. Bij het bepalen van de positieve verplichtingen wordt uitgegaan van een faire balans tussen de eisen van het individu en de belangen van de staat.

Een eerste factor die die balans kon beïnvloeden was de consensusnorm.

Uit de jurisdictie van het Hof kunnen we komen tot twee assumpties omtrent de consensusnorm. Een eerste geldt voor de case in de jaren '84 tot '98. Toen vond het Hof geen consensus onder de landen van de Raad van Europa omdat er geen eenduidigheid was omtrent het *erkennen* van transseksuelen in het nationaal recht. De tweede assumptie kwam naar voor vanaf de Sheffield and Hosham case. Vanaf '98 is er een groeiende consensus tot het juridisch erkennen van genderdysforie maar het Hof ziet geen consensus in de *manier waarop* de juridische methodes het recht op respect op privéleven verzekeren. Vooral om die reden wordt de eis van dames in 1998 niet ingewilligd. In de Goodwin case onderschrijft het Hof deze tweede assumptie nog steeds maar desondanks leidt dit toch tot een inbreuk.

We kunnen stellen dat in de Goodwin case het subsidiariteitsprincipe voor de eerste maal correct door het Hof werd toegepast. Het subsidiariteitsprincipe laat aan de staten de keuze welke middelen te verkiezen om een effectieve verzekering van de Conventiebepalingen te realiseren. Ook in de Rees baseerde het Hof zich op het principe van subsidiariteit. Maar toen vond het Hof dat geboorteregistratie binnen het nationale beleidsdomein viel en aan de nationale autoriteiten de keuze liet of er rekening gehouden werd met transseksuelen. Mijns inziens is het duidelijk dat het subsidiariteitsprincipe geen vrijgeleide is om een gegarandeerd Conventierecht niet effectief te waarborgen. En dit is nu juist wat wel gebeurde in de jurisdictie van het Hof.

De Commissie vond al in de Rees case dat ‘ *it was only with regard to the choice of the necessary measures that there could be any room for a margin of appreciation, or for any balancing with countervailing public interests*²⁰⁵. Met andere woorden, bij het opmaken van de faire balans bij het bepalen van de positieve verplichtingen op basis van het consensusprincipe moet de middelenkeuze geëvalueerd worden. De redenering kan dus niet leiden tot een vrije keuze van de nationale autoriteiten om het recht niet na te leven. Maar moet de balans wel opgemaakt worden op basis van een Europese consensus? Andere internationale mensenrechtenorganisaties schuwen evenmin de margin of appreciation doctrine, maar verbinden dit niet aan een consensusstandaard: “*Other international human rights organizations wisely have avoided this approach thus far*”²⁰⁶.

Een tweede factor die de balans kon bepalen werd voorgesteld als de Dudgeon test. De persoonlijke vrijheden, worden van de meest belangrijke rechten genoemd en moeten dus meest beschermd worden²⁰⁷. In de dissenting opinion van de judges Martens en Van Dijk kwam de Dudgeon test al vroeger naar voor maar slechts in 2002 neemt het Hof die over. “*The narrow scope of the margin of appreciation in relation to sexual morality and article 8*

²⁰⁵ *Rees case*, pa 36

²⁰⁶ E. Benvenuti, loc cit n° 77, p 853.

²⁰⁷ *Handyside case*

is to be contrasted with the wider scope of the margin or appreciation in relation to respect for private life and interferences justified in the interests of protecting national security”²⁰⁸. We kunnen hieruit besluiten dat staten meer positieve verplichtingen zouden moeten hebben wanneer het gaat over het respect voor seksuele identiteit dan wanneer het gaat over het respect op correct gebruik van telefoonaftap bijvoorbeeld²⁰⁹. Het is mijns inziens correct dat transseksuelen de volledige juridische aanpassing van hun nieuwe status als een uiting van één de meest intieme aspecten van hun privéleven beschouwen, met name als uiting van de realisatie van de menselijke waardigheid en zelfbepaling.

Doordat de Straatsburg organen expliciet kijken naar welk recht er betwist wordt, scheppen ze een eigen hiërarchie in de EVRM bepalingen. Deze idee uit het Malone arrest, is gekend onder de naam *Preferred rights theory*²¹⁰. Er zitten echter een paar addertjes op het gras. Ten eerste lijkt deze gekunstelde rangorde niet helemaal gelijk te lopen met de inherente hiërarchie die in het EVRM voorkomt²¹¹. Daarnaast opent dit de deur voor meer case per case jurisdictie.

De derde bepalende factor in de margin of appreciation doctrine werd voorgesteld als ‘*the nature of the aim pursued by the contested measure and the context of that measure*’. Van Dijk²¹² doelde op de eventuele legitimatiegronden om een Conventierecht in te perken. Engeland steunde in deze context eerder op het historisch karakter van de geboorteregistratie dan op de bescherming van de moraal of de belangen van derden.

We merken tot 2002 een conservatieve benadering van de mogelijkheden van de internationale superviserende macht op het vlak van het recht op respect op het privéleven en de seksuele identiteit. Het beleidsdomein waarin het recht in kwestie te situeren is, speelt hier een rol²¹³. Op sociale beleidsterreinen is Straatsburg niet erg geneigd een strenge supervisie toe te passen. Het gebruiken van margin doctrine impliceert vooral dat het Hof haar superviserende taak handig kan omzeilen en geen standpunt moet innemen tegenover complexe sociaal – politieke vraagstukken, zoals het geval is in verband met de artikelen 8 van het EVRM. We kunnen nu wel stellen dat aan het begin van de 21^{ste} eeuw het Hof de juridische erkenning van transseksuelen aanvaard. Maar op termijn zijn er nog veel morele – sociale problemen die een juridisch antwoord zullen vragen. Straatsburg zal dan ook te zwak staan tegenover de verdragstaten – indien er in de toekomst geen duidelijke principes geformuleerd worden²¹⁴. Deze case per case benadering is nefast.

Om deze conclusie te beëindigen wijs ik nog even op een merkwaardige analogie in de jurisdictie te Straatsburg binnen de verschillende artikel 8 cases. Laat me verduidelijken met een vergelijking met de telefoon aftap zaken²¹⁵. Wat de transseksuelen cases betreft heeft het Hof Engeland steeds vrijgesproken, tot op het moment dat er in de nationale jurisdictie een inbreuk op het recht op het privéleven van een transseksueel werd vastgesteld²¹⁶. Volgend op de eerste nationale veroordeling (2001) gaat het Hof haar

²⁰⁸ R. St.J. Macdonald, ‘The Margin of appreciation’, in Macdonald et al., op cit n° 69, p 106.

²⁰⁹ Van Dijk en van Hoof, op cit, n° 12.

²¹⁰ *Malone case*

²¹¹ kernrechten versus te beperken rechten

²¹² Van Dijk en Van Hoof, op cit n° 12, p 89.

²¹³ is eigenlijk de vierde bepalende factor bij de margin of appreciation doctrine.

²¹⁴ H. C. Yourow, loc cit 71 p 86 – 87. Malone arrest.

²¹⁵ P. Blontrock en P. De Hert, ., ‘Telefoonaftap: Tournet, Peureus, Derrien, Hüvig, Kruslin et les autres’, in *Rechtskundig weekblad*, 1991-92, n 26, 29/02/1992, p 865- 871..

²¹⁶ *Bellinger versus Bellinger case* ewca civ 1140, 2001, 3 fcr 1 in Goodwin pa 3 en 52.

redenering veranderen en stelt ze een inbreuk vast op artikel 8 van het EVRM wegens het niet erkennen van de legale positie van post - operationele transseksuelen in de Goodwin en I arresten. Uiteindelijk heeft Engeland pas na deze veroordelingen te Straatsburg effectief werk gemaakt van het ontwerpen van een *Gender Recognition Bill*²¹⁷ ter verbetering van het lot van Britse transseksuelen²¹⁸.

Welnu, exact dezelfde evolutie is te zien binnen de (Franse) case law te Straatsburg omtrent telefoon aftap. Pas wanneer de Franse staat door het Hof van Cassatie in 1989 voor het eerst wordt veroordeeld in de Derrien case²¹⁹, beslist het Hof te Straatsburg in de daarop volgende Kruslin en Huvig processen van 24/04/1990 tot een inbreuk op het artikel 8 van het EVRM in tegenstelling tot de belangrijke Klass (1978) en Malone (1984) arresten. Op 29/05/1991 neemt Frankrijk uiteindelijk een ander juridisch kader omtrent telefoon aftap aan onder de vorm van een nieuwe wet.

Binnen de onderzochte artikel 8 cases kan gesteld worden dat het Hof geneigd is tot *judicial self restraint*²²⁰. De margin of appreciation doctrine is een pragmatische justificatie voor de wijze waarop het Hof haar superviserende rol uitoefent. De complexe samenhang van de diverse factoren die de margin of appreciation bepalen, lenen zich excellent om deze houding te verdoezelen. Want wanneer er dieper ingegaan wordt op de case law, moet besloten worden dat de mate van consensus of het type van recht in kwestie door het Hof zelf *misbruikt* worden om de balans te bepalen. Laat me verduidelijken. Het is niet de consensus of het type recht dat bepalend is voor het Hof, het is vooral op basis van een nationaal rechtsprecedent dat het Hof de balans doet overslaan. Mijns inziens houdt het Hof, door gebruik te maken van de margin of appreciation doctrine in de geanalyseerde case law, inderdaad te veel vast aan de soevereiniteit van de lidstaten en stelt ze dit middeleeuws²²¹ concept al te vaak gelijk met het subsidiariteitskarakter van het systeem. De idee die door de margin of appreciation doctrine gedragen wordt, dat pluralisme zal ontstaan uit de tegenstelling tussen soevereiniteit en mensenrechten - door rekening te houden met alle factoren, inclusief de nationale visies en gebruiken - houdt geen steek. "*the margin of appreciation, by itself, returns us squarely to the problem discussed and rejected: understanding the structure of pluralism in international human rights as arising out of the basic opposition of human rights and sovereignty*"²²². De overgang van het subsidiariteitsprincipe naar de margin of appreciation doctrine, gebaseerd op de consensusnorm, is nefast voor de bescherming van de rechten van de mens.

In het finale hoofdstuk probeer ik een juridische redenering op te bouwen, die in tegenstelling tot de houding van het Hof gedurende de jaren 1984 – 1998 tot een meer effectieve verzekering van het recht op respect van het privéleven van Britse transseksuelen zou geleid hebben.

²¹⁷ Draft gender recognition Bill, 19^{de} rapport van 2002 –2003, joint committee on human rights, Ordered by the House of Lords to be printed 14/11/03. HL paper 188- I HC 1276-I, published 20/11/034.

²¹⁸ Er was reeds in 2000 een interdepartementale werkgroep maar de Britse overheid had tot voor de Goodwin case niet veel gehoor gegeven aan de theoretische conclusies uit het rapport.

²¹⁹ Derrien case ; Cas crim france 13/06/1989 bull crim n 254 D 1989

²²⁰ Carozza, Matscher

²²¹ zie vroeger de relatie soevereiniteit en consensus, in deel II.2.1.

²²² A. Clapham, loc cit n° 52, p 203

Deel IV Alternatieve evaluatie van de transseksuelen cases

“When national procedures are notoriously prone to failure, no margin and no consensus should be tolerated. Anything less than full responsibility would amount to a breach by the international human rights organs”²²³.

1 Terug naar de kenmerken van het Europees systeem van Bescherming van de Rechten van de Mens

1 Wat met ... het constitutioneel karakter?

Het EVRM is een constitutioneel product opgesteld door de Raad van Europa ter realisatie van hun doelstellingen. Deze doelstellingen zijn: het bereiken van een grotere eenheid onder de landen; het realiseren van gemeenschappelijke idealen en principes en de economische en sociale ontwikkeling van de landen van de Raad van Europa vooruit helpen²²⁴. Het behoud en de verdere realisatie van de mensenrechten en fundamentele vrijheden moet gezien worden in het licht van deze doelstellingen²²⁵.

Het privéleven wordt gewaarborgd in artikel 8 van het EVRM, ‘*right to respect for privacy*’. Het Hof gebruikt de twee begrippen zelf door elkaar. Om een beter inzicht in het begrip privacy te krijgen verwijs ik naar andere documenten van de Raad van Europa. Op basis van het Verdragenrecht is het geoorloofd gebruik te maken van supplementaire bronnen van interpretatie wanneer de inhoud van het begrip of de bepaling ‘ambigu of obscuur’ is²²⁶.

In 1970 vaardigde de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa Resolutie 428 omtrent de ‘*declaration concerning mass media and human rights*’ uit. Daarin wordt volgende definitie van privacy gegeven: “*the right to privacy consists essentially in the right to live one’s own life with a minimum degree 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 from disclosure of information given or received by the individual confidentially*”²²⁷. Ik zal verder dan ook gebruik maken van deze specificering van het begrip *privacy*.

De Conventie is gesitueerd in een particuliere historische context en bevat een aantal gelimiteerde mensenrechten. De tekst moet gewaarborgd blijven, doch kan er in het licht van wetenschappelijke en sociale veranderingen een andere interpretatie gegeven worden aan de Conventiebepalingen. Het EVRM is, zoals reeds gezegd, een instrument dat aan de nationale staten de keuze laat op welke manier ze hun Conventieverplichtingen nakomen. Daarom is de incorporatie niet essentieel. Wat wel vereist is, is dat het nationale recht steeds volledig effect geeft aan de rechten die gegarandeerd zijn in het EVRM. Dit komt in de Conventie zelf tot uiting in artikel 57 van het EVRM: “*domestic law must be such as to ensure the effective implementation of all the provisions of the Convention*”. Het Hof verwoordt het als volgt: “*states are obliged by appropriate means, to ensure that their domestic legislation is*

²²³ E. Benevisti, loc cit n° 77.

²²⁴ Statuut van de Raad van Europa, art 1 (a)

²²⁵ Statuut van de Raad van Europa, art 1 (b)

²²⁶ Artikel 32 Vienna Conventon 23/05/1969.

²²⁷ Resolutie 428 (1970) Parlementaire vergadering, Raad van Europa, cons. Ass., 21 sessie, derde deel;

*compatible with the convention and if need to, to make any necessary adjustments to this end*²²⁸.

2 Wat met ... l'Ordre public?

Twee waarden staan centraal binnen het Europese systeem ter Bescherming van de Rechten van de Mens: waardigheid en democratie²²⁹.

Democratie is een belangrijk steunpunt in het Conventiesysteem voor de bescherming van de mensenrechten. Mensenrechten zijn een uiting van de menselijke waardigheid. Echter, de bepaling 'noodzakelijk in de democratische samenleving' uit de restrictieparagraaf van artikel 8 werd consistent geïnterpreteerd als de afweging tussen de (inbreuk op) individuele waardigheid ten opzichte van de algemene belangen. De idee van het afwegen van de belangen wordt bekritiseerd. *'Once we identify which aim is our foremost concern in any one situation, we can escape from the intractable riddle of conflicting human rights or endless 'balancing and weighing' exercises...where the right can be justified by an appeal to dignity, we do not need such a public element and consequently the right must always be protected'*²³⁰. We kunnen stellen dat het recht op respect op privéleven, met inbegrip van het recht op respect voor de fysieke en morele integriteit van de burgers, een uiting is van de idee van menselijke waardigheid. Daarom zou restrictiegrond 'noodzakelijk in een democratische staat' anders moeten worden ingevuld.

Binnen het Europese systeem wordt democratie vaak omschreven met begrippen als 'pluralisme, tolerantie, open geest, vrijheid, gelijkheid en zelfvervulling'²³¹. Het moet in een democratische rechtstaat mogelijk zijn om op basis van idealen als gelijkheid, tolerantie en vrijheid, de verschillende belangen van de verschillende partijen te omhelzen als uiting van pluralisme. Anderzijds is een democratische staat gebaseerd op rechtsregels. We komen hier tot de tegenstelling tussen de idee van de rechtstaat en de idee van de democratie. De rechtsregels duiden op de bescherming van de fundamentele vrijheden terwijl democratie vooral als een beslissing met goedkeuring van de meerderheid voorgesteld wordt. Noodzakelijk in een democratische rechtstaat duidt voor mij in de eerste plaats op het representativiteitsidee, eerder dan het proportionaliteitsidee. De menselijke waardigheid wordt in een democratie verzekerd als de burgers zich op internationaal erkende rechten kunnen beroepen.

In tegenstelling tot bovenstaande redenering, probeerde het Hof echter een evenwichtige balans te bepalen, noodzakelijk in de democratische staat. Daarbij zocht het Hof haar toevlucht tot het consensusprincipe. Echter, *'het principe van de democratische rechtstaat vereist niet dat de regelgeving wordt gedragen door de grootst mogelijke consensus'*²³². Inderdaad, het consensusprincipe zet de mogelijkheid tot het progressief creëren van een grotere eenheid onder de landen van de Raad van Europa wat betreft het sociaal beleid en de verdere realisatie van de mensenrechten op de helling. Toch wil het Hof *'een collectieve,*

²²⁸ app 2/04/1956 *De Becker v. B*, 09/06/1958 2 yearbook 214, 234, Jacobs F. and White R., *The European convention on human rights*. Second edition, Clarendon press, oxford, 1996, p 16.

²²⁹ A. Clapham, loc cit n° 52, p 203.

²³⁰ Andrew Clapham loc cit n° 52, p. 204

²³¹ Jacobs F. and White R., op cit, n ° 228, p 16.

²³² P. Poppeler, op cit n° 87, p 255, randnummer 640.

*supranationale stem van moraliteit en rationaliteit*²³³ zijn en dus universele standaarden ontwikkelen. De consensusstandaard ligt duidelijk in conflict met de universele aspiraties: *‘These universal aspirations (setting universal standards for the protection and promotion of human rights, sic.) are to a large extent, compromised by the doctrine of margin of appreciation*²³⁴. De nationale beoordelingsvrijheid, met zijn inherent principe van moreel relativisme, wringt met het concept van universele mensenrechten. Als de nationale beoordelingsmarge op een ondoordachte manier wordt toegekend, dan ondermijnt de doctrine de belofte van de internationale afdwinging van mensenrechten, op een niveau boven dat van de nationale politiek²³⁵.

We komen hier nog even terug op het subsidiariteitsprincipe.

3Wat met ... het subsidiariteitsprincipe?

Ik ondersteun het correct gebruik van het subsidiariteitsprincipe volledig. Binnen het Europese kader ter bescherming van de Rechten van de Mens moet het Hof rekening houden met lokaal pluralisme bij de creatie van universele mensenrechten. *“Subsidiarity results in respect for diversity as a function of the ultimate unity of purpose*^{236”}. Het zijn in de eerste plaats de staten die verantwoordelijk zijn voor de effectieve implementering van de Conventierechten en daarbij genieten zij een zekere middenkeuze, rekening houdend met hun specifiek juridisch, sociaal - politiek kader. Ik kant me echter volledig tegen de idee dat de margin of appreciation doctrine een praktische uitwerking is van het subsidiariteitsprincipe. Eén argument is dat er te Straatsburg gewerkt wordt met een meerderheidsstandaard.

Vanuit deze logica kan een minderheid geen volwaardige positie innemen. De transseksuelencases gingen inderdaad in de eerste plaats over het respect op privéleven en hoewel niet alle juristen het met me eens zijn²³⁷, toch vind ik dat de groep van ‘gedupeerde’ Britse transseksuelen ook als een *‘democratically challenged minority’* kan gezien worden. Hiervoor moet ik even terug keren naar het systeem van geboorteregistratie in Engeland. Engeland beriep zich steeds op het historisch karakter van hun registers om de juridische erkenning van post - operatieve transseksuelen te weigeren. Maar de Britse autoriteiten lieten wel degelijk aanpassingen aan het geboorteregister van andere personen dan transseksuelen toe²³⁸. Daarom vind ik wel dat het gaat over het recht op respect voor het privéleven van individuen die allen behoren tot de minderheid van personen met een genderdysforie. *“... They may seek society’s recognition and respect, such as in the case of homosexuals*²³⁹ *... To grand margin of appreciation to majority-dominated national institutions in such situations is to stultify the goals of the international system and abandon the duty to protect the democratically challenged minorities.*^{240”}. Wanneer het recht van een staat de mensenrechtenprincipes niet weerspiegelt, is het juist de taak van het Hof *‘as an external*

²³³ E. Benvenisti, loc cit n° 77, p 852.

²³⁴ Eyal Benvenisti, loc cit n° 77, p 843.

²³⁵ Eyal Benvenisti, loc cit n° 77, p 844.

²³⁶ Carozza, loc cit n° 18, p 44.

²³⁷ Judge Martens bv.

²³⁸ Bijvoorbeeld stiefkinderen.

²³⁹ Eyal Benvenisti, loc cit n° 77, p 844.

²⁴⁰ Eyal Benvenisti, loc cit n° 77, p 850.

*device to ameliorate some of the deficiencies of the democratic system*²⁴¹. Het subsidiariteitsprincipe voorziet dat het Hof optreedt wanneer de nationale autoriteiten falen.

Het subsidiariteitsprincipe veronderstelt dat de internationale mensenrechtensystemen het pluralistisch karakter in zich dragen, eerder dan te moeten scheppen. *“structure of pluralism in international human rights as arising out as a necessary and integral part of the idea of human rights itself.”*

2 Tot Conclusie, een alternatieve visie: Het Zorgvuldigheidprincipe

*“ not only must the doctrine be rejected in such cases, but also an all together different policy is needed ”*²⁴².

Ik zal proberen op een alternatieve manier de caselaw te evalueren. Bovenal moet zo'n analyse gebeuren in het licht van de twee belangrijke concepten binnen het Europees systeem ter Bescherming van de Rechten van de Mens; democratie en waardigheid. Wel nu, het zorgvuldigheidprincipe omarmt beide eisen uitstekend. Het zorgvuldigheidsbeginsel²⁴³ vereist geen evenredigheid, noch consensus. Het is daarentegen gebaseerd op het effectiviteit- en het legaliteitsprincipe.

Het Hof is steeds vertrokken van de idee dat de weigering tot het aanpassen van het Britse geboorteregister aan de nieuwe status van de transseksuelen op zich geen inbreuk was op artikel 8 van het EVRM²⁴⁴. Bijgevolg werden de restrictiecriteria van de tweede paragraaf van artikel 8 uitsluitend gebruikt om te bepalen of een effectief recht op het respect voor het privéleven eventueel positieve verplichtingen impliceerde. Mijn inziens kunnen de inbreuken gepleegd door Engeland op het recht op respect voor het privéleven niet ter discussie staan. Er moet vervolgens bepaald worden of die inbreuk eventueel gerechtvaardigd kan worden in overeenkomst met paragraaf 2 van artikel 8 van het EVRM. Wanneer er geen legitimatie is, volgt de positieve verplichting dat het nationale recht conform de Conventiebepalingen moet worden aangepast.

1 Is er een inbreuk op artikel 8 (1) van het EVRM?

Artikel 8 (1) van het EVRM stelt : *“Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and correspondence”*. De fysieke en morele integriteit en de seksuele identiteit zijn inherente elementen van het privéleven. Het niet respecteren van iemands integriteit of seksuele identiteit is dus wel degelijk een inbreuk op artikel 8 van het EVRM. Kan de weigering tot de aanpassing van de geboorteregisters van de post - operatieve transseksuelen dan ook als een inbreuk op artikel 8 van het EVRM gezien worden? Meer

²⁴¹ Eyal Benvenisti, loc cit n° 77, p 850

²⁴² Eyal Benvenisti, loc cit n° 77, p 850.

²⁴³ Term van Van Humbeek, P. Poppeler, op cit n° 87, p 255-256.

²⁴⁴ Voor de exacte verwoordingen van de arresten verwijst ik naar het case law overzicht van de transsexuelen cases.

bepaald, is het weigeren van de aanpassing van de geboorteregisters van post - operationele transseksuelen in strijd met het recht op respect voor iemands seksuele identiteit?

Het effectiviteitsprincipe doelt op een effectieve verzekering van de rechten en vrijheden vervat in de Conventietekst. In het Europees systeem ter bescherming van de rechten van de mens, is menselijke waardigheid en vrijheid één van de belangrijkste doelstellingen. *“Human dignity and human freedom means that a man should be free to shape himself and his fate in the way that he deems best fits his personality”*²⁴⁵ Transseksuelen maken maximaal gebruik van het recht op zelfbepaling om hun menselijke waardigheid ten volle te realiseren. Om hun *‘well being’* te bevredigen is het noodzakelijk dat na de geslachtsoperatie ook een volledige legale erkenning wordt gegeven aan de nieuwe seksuele identiteit. Dan pas is de lange en moeizame weg van de transseksueel ten einde. Het effect van een volledige erkenning van de nieuwe juridische status van de transseksueel op zijn of haar morele integriteit en de seksuele identiteit, kortom, op zijn of haar menselijke waardigheid, is volgens mij van groot belang. Wetenschappers²⁴⁶, medici²⁴⁷ en juristen²⁴⁸ delen deze mening.

De weigering tot de volledige erkenning van de post - operationele status is negatief en vernederend tegenover het respect op privacy. *“The right to respect private life is an essential part of his personality: his sexual identity resulting from his changed physical form, his psychical make-up and social role. In doing so, .. treats him as an ambiguous being”*²⁴⁹ Het recht op privéleven moet gegarandeerd blijven, ongeacht hoe zwaar de dagdagelijkse inbreuken op het leven van de transseksuelen zijn en ongeacht de mogelijkheid om voor sommige documenten wel een aanpassing aan de nieuwe status te bieden. Ik haal hier nog even het Dudgeon arrest (1979) aan. De Rechter stelden duidelijk dat een nationale wetsbepaling een inbreuk op het recht op respect voor het privéleven kan inhouden. *“the maintenance in force of the legislation constitutes a continuing interference with the applicant’s right to respect for his private life... within the meaning of article 8 paragraph 1”*²⁵⁰.

Bij deze besluit ik dat de Britse praktijk van het niet aanpassen van de geboorteregisters onder het BSD-systeem in strijd is met het artikel 8 (1) van het EVRM.

2 Kan die inbreuk gelegitimeerd worden door artikel 8 (2) van het EVRM?

Om de inbreuk te rechtvaardigen moet de staat voldoen aan de voorwaarden van de tweede paragraaf van artikel 8 van het EVRM. Met andere woorden, Engeland moet op basis van die drie rechtsbepalingen haar huidig systeem van geboorteregistratie verdedigen. In principe zou men vermoeden dat wanneer aan één van deze gronden niet voldaan is er geen gewettigde inbreuk op het recht op respect voor privéleven is. De restrictiegronden zijn : *“ (1) is in accordance with the law and (2) is necessary in a democratic society (3) in the interests of national security, public safety or the economic well - being of the country , for the*

²⁴⁵ Dissenting opinion Judge Martens, *Cossey case*

²⁴⁶ Liberty studie; K. Raes ‘ *Tegen betere weten in – een ethische kijk op het recht.*’ Academia press, Gent, 1997, p 216.

²⁴⁷ Prof. Goorer, in *Sheffield en Horsham case*

²⁴⁸ Judges Van Dijk en Martens

²⁴⁹ *Van Oosterwijck case* in Taitz, loc cit n° 101, p 68.

²⁵⁰ Dissenting opinion, Van Dijk, *Sheffield en Hosham*, p 18.

prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

Is de weigering tot het veranderen van de geboorteregisters in Engeland ‘*in accordance to the law*’. De Britse autoriteiten keuren enerzijds de geslachtsoperaties goed, wetende dat biologisch gezien er geen volledige ommekeer van het geslacht mogelijk is. Anderzijds beroept Engeland zich het historisch karakter van de geboortecertificaten in de *birth registration act*. De wet is zeker *accessible* maar is ze ook *foreseeable*? Kon de transseksueel verwachten dat hij bij het veranderen van geslacht geen volledige juridische erkenning zou krijgen van zijn nieuwe status op basis van het nationale recht? Hoogstwaarschijnlijk niet... Ondanks het historisch karakter van de registers, kunnen er wel degelijk aanpassingen gemaakt worden aan de geboorteregisters. Dit was op basis van een materiële vergissing reeds gebeurd voor stiefkinderen. Transseksuelen zitten in dezelfde positie van stiefkinderen aangezien zij op een bepaald moment hun civiele status veranderd willen zien aan de werkelijke situatie zodoende tenvolte van hun rechten te genieten. Ik besluit dat de weigering tot het veranderen van de geboorteregisters niet in overeenkomst is ‘*in accordance to the law*’.

Is de weigering eventueel noodzakelijk in een democratische maatschappij? De noodzakelijkheid van de weigering moet worden onderzocht. Ik zal hier niet verglijden tot een belangenafweging tussen de grootte van de inbreuk op het individuele recht en het algemeen belang. Hier is geen plaats meer voor ‘*a pressing social need*’. Noodzakelijkheid wordt hier samen gezien in relatie met de doelstellingen. In 14 landen van de Raad van Europa wordt de weigering tot het juridisch aanpassen van het geboortecertificaat helemaal niet noodzakelijk geacht, aangezien deze landen in hun wetgeving expliciet de mogelijkheid voorzien om aan de eisen van de transseksueel tegemoet te komen. Van alle landen van de Raad van Europa, zijn er slechts vier die expliciet tegen de aanpassing van het geboortedocument. Zelfs als er slechts een kleine minderheid van de staten de weigering niet noodzakelijk zou achten in een democratische maatschappij, dan nog zou dit de noodzakelijkheid van de Engelse praktijk betwisten. Ik gebruik hier dus niet de consensus- of de meerderheidsregel. Judge Martens treedt me bij in zijn *dissenting opinions* in de transseksuelencases.

Daarom kunnen we overgaan tot de derde restrictiegrond. Is de weigering ten voordele van één van de doelen uit paragraaf 2. De weigering tot het veranderen van de geboorteregisters kan moeilijk in het licht van de nationale en maatschappelijke veiligheid, het omzeilen van oorlog of de economische situatie van een land noodzakelijk geacht worden. Misschien is dit noodzakelijk voor de bescherming van de moraal of voor de rechten en vrijheden van anderen? Het Hof stelde hierover in het Goodwin arrest: “*no concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals and, as regard to other possible consequences, the Court considers to that society may reasonable be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen them at great personal cost*”²⁵¹. Willekens stelt eveneens dat het verlangen van de transseksuelen niet in strijd is met de goede zeden²⁵². De noodzakelijkheid van de weigering in functie van deze doelstellingen is dus niet gegrond.

²⁵¹ *Goodwin case*, pa 91; *I case*, pa 71.

²⁵² H. Willekens, ‘*Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht. Theoretische verkenningen*’, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1991, p 211

Op basis van bovenstaande restrictiegronden kan Groot-Brittannië de inbreuk op artikel 8 (1) niet verantwoorden.

De conclusie van dit alternatief overzicht luidt als volgt: Wetende dat de staten van de Raad van Europa de positieve verplichting hebben de rechten en vrijheden onder de Conventie te garanderen, moet Engeland ten gevolge van een inbreuk op artikel 8 van het EVRM, een juridische oplossing voorzien voor de situatie van wettelijke onzekerheid waarin post – operatieve transseksuelen zich bevinden. In het nationale stelsel moet de mogelijkheid worden voorzien om, als uiting van het respect voor van de menselijke waardigheid en integriteit, de geboorteregisters aan te passen zelfs al gaat het over historische documenten. Op welke manier dit precies gebeurt, via amendering of via een volledig nieuw geboortecertificaat, dat is een middelenkeuze die, volgens het subsidiariteitsprincipe, aan de nationale autoriteiten wordt overgelaten.

Wanneer er op deze manier naar het juridisch probleem van transseksuelen in Engeland gekeken wordt, ontdekt men de verschillende onderliggende veronderstellingen over het concept geslacht.

Het Hof vertrok van de naturalistische unidimensionele conservatieve idee van geslacht. Door de status van de post – operatieve transseksuelen niet ten volle te erkennen houdt men de gevestigde sociale hiërarchie in stand. Machtsverschillen zijn de belangrijkste belemmering voor de erkenning van pluralisme. Als de uiting van de menselijke zelfbepaling niet erkend wordt omdat dit tot grotere sociale verscheidenheid zou leiden, dan staat dit inderdaad haaks op de idee van pluralisme. De ‘toegeving’ om geslacht als een private uiting van iemands zelfbepaling te zien, vergt een ommekeer in het denken omtrent de westerse sociale hiërarchie. Recht is één van de middelen om de sociale verhoudingen in een maatschappij te vormen. *“Law is the complete opportunist; while it sustains hierarchy, it has equally the resources to reverse it”*²⁵³. Recht kan sociale hiërarchieën opbouwen en afbreken. In sociale hiërarchieën sluit het recht soms specifieke categorieën van mensen uit van hun rechten en plichten. Anderzijds zullen er steeds pressiegroepen bestaan die het ‘illegale’ gedrag op een moment in de legaliteit van het recht weten te krijgen. Zoals gezien kan dit echter verschillende decennia duren. En dan nog zal de legaliteit van de juridische aanpassing van geboorteaktes van transseksuelen niet tot sympathie van alle burgers zal leiden. *“Whatever the juridical decision, some groups on society will continue to question the mores of sex change procedures”*²⁵⁴.

De pluralistisch geïnspireerde theorieën zien het doorbreken van de gevestigde sociale verhoudingen juist als een realisatie van de universele mensenrechten. Mensenrechten zijn inherent pluralistisch. Er wordt niet betwist dat het recht op zelfbepaling in se leidt tot een relatieve contextuele geldigheid. Noch lijkt dit idee verwerpelijk op basis van de universaliteitsgedachte binnen de bescherming van de mensenrechten. Dit is volstrekt logisch. De universaliteitsgedacht verwacht niet dat iedereen op dezelfde (conservatieve westerse) manier zijn zelfbepaling invult. Ze veronderstelt wel dat iedereen dit kan doen op de manier die het best past bij zijn of haar persoonlijke situatie. Nationale autoriteiten hebben onder het EVRM, de positieve verplichting het recht op respect voor het privéleven effectief te verzekeren. Het is betreurenswaardig dat het Hof van de Rees case tot de

²⁵³ M. Koskenniemi ‘Hierarchy in international law: a sketch’, bookreview, *European journal of international law*, vol 8, n 4, p 1-9.

²⁵⁴ J. Taitz, loc cit n° 101, p 57.

Sheffield en Horsham case de transseksuelen uitsluit van hun fundamentele rechten en vrijheden.

Deel VBibliografie

1Artikels en boeken

Arai Tarahashi, *'the margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, 2002, p 300.

Arangioriu et al, *'International law at its time of its codification'*, 1987, p 195.

Benvenisti Eyal, 'Margin of appreciation, consensus, and universal standards', *International law and politics*, 1999, vol 31, p 853-854.

Bernhardt R., 'The Convention and domestic law', in in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 25-40.

Blontrock P. en De Hert P., 'Telefoonaftap: Tournet, Peureus, Derrien, Hüvig, Kruslin et les autres', in *Rechtskundig weekblad*, 1991-92, n 26, 29/02/1992, p 865- 871.

Carozza P.G., 'Subsidiarity as a structural principle of international human rights law', in *American international law journal* , vol 97, n 1, 2003, p 38- 79.

Clapham A., 'The Drittwirkung of the Convention', in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 163-206.

Cohen-Jonahtan G., 'Respect for private and family life', in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 405-444.

Davies A., 'Transsexuals and the European convention on human rights – Sheffield and Horsham versus the UK' in *Nottingham law journal*, 1998, p 70-74.

De Cuypere G., 'Transseksualiteit en genderrol', in *Inleiding tot de genderstudies*, p 30-37, 2001, RUG press.

Drzemczewske A.Z., ' *European Human rights Convention in Domestic law, a comparative study*'. Oxford Clarendon press, 1983, p 372.

Drzemczewski A.Z., 'the European Convention on Human Rights and the relations between private parties, in *Nederlands International law review*, 1979, 26, p 163 – 181.

Dupuy P.M., 'Dionisio Anzilotti and the law of international responsibility of states', *European journal of international law*, vol 3, 1, 2001, (www.ejil.org/journal/vol3/no1/art8.html)

Delmas-Marty M. ' *The European Convention for the protection of human rights: internaitonal protection versus national restrictions*'. Dordrecht Nijhoff publ., 1992.

Eissen M.A., 'The principle of proportionality in the case-law of the European Court of Human Rights', in in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 125-146.

Evrigenis, 'Recent case law on the European Court of Human Rights on articles 8 and 10 of the ECHR', *3 Human Rights Law Journal*, 1982, p 137.

Garnet F., 'Consolidated report on transsexualism in Europe', in *Transsexualism in Europe*, june 2000, p 5 – 25, Council of Europe publishing, 2001/02/10. (http://transnews.at.infotheek.co.jp/ts_in_europe_1_b_1.htm)

Genderstichting, ' *Juridische geslachtsaanpassing en aanvraag tot voornaamsverandering*'. www.genderstichting.be, 20/03/2004, p 7.

Grigolo M., 'Sexualities and the ECHR: introducing the universal sexual legal subject', book abstract in *European Journal International Law*, vol 14, n 5, 2004. (www.ejil.org/journal.vol14/no5/art6.html 28/03/2004)

Gross O., 'From discretion to scrutiny: revising the application of the margin of appreciation doctrine', in *Human rights quarterly*, vol 23 , n 3, 2001 p 625 – 650.

Jacobs F. and White R., '*The European convention on human rights*'. Second edition, Clarendon press, Oxford, 1996, p 469.

Koskenniemi Martti, 'Hierarchy in international law: a sketch', in *European journal of international law*, vol 8, n 4 , 2001, p 1-9.

Letellier P., 'He and She: a transgender news update.', in *Lesbian News*, vol 28, n 9, 2003, p 24.

Liberty, '*Transsexuals win historic rights ruling in European Court*', press release 11/07/2002. (www.liberty-human-rights.org.uk/press/press-releases-2002/transsexuals-win-his, 04/10/2003)

Lockwood et al., 'Working Paper for the Committee of experts on the limitation provisions', in *7 Human Rights quarterly*, 35, 68, 1985.

Millon – Delsol Chantal, '*L'Etat subsidiaire: Ingérence et non ingérence de l'état: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*'. Parijs, Puf ,1992, p 240.

MacDonald et al., '*The European system for the protection of human rights*', Kluwer academic publishers, 1993, p 927.

MacDonald R., 'the margin of appreciation', in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 83-124.

Matscher F., '*Methods of interpretation of the Convention*'; in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 66.

Matscher and Petzold, '*Protecting Human Rights: the European dimension. Studies of Gérard J. Wiarda*', Carl Heimanns Verlag, 1988, p 750.

Mc Inerney S., 'Book review: Yourow, the margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Court of Human Rights jurisprudence, 1996', *European Journal International Law*, vol 9, n 4, (www.ejil.org/journal/vol9/no4/br11.html 07/04/2003).

Petzold H., 'The Convention and the principle of subsidiarity', in MacDonald et al., *The European system for the protection of human rights*, Kluwer academic publishers, 1993, p 41 – 62.

Poppeler P., '*Democratische regelgeving*', Intersentia, Antwerpen, 2001, p 326.

Press for change, 'Cross partly briefing on the Gender Recognition Bill', 20/02/2004.
www.pfc.org.uk/gr-bill/cpbrf.htm 11/04/2004

Raes Koen, 'Ongemakkelijk recht.- rechtskritische perspectieven op maatschappij, ethiek en emancipatie'. Kluwer rechtswetenschappen Antwerpen, 1992, p 201.

Raes Koen. 'Tegen betere weten in – een ethische kijk op het recht.' Academia press, Gent, 1997, p 216.

Rights International, 'X, Y and Z versus UK: Amicus brief', june 1996, p 9.

Sharpe A.N., 'From functionality tot aesthetics: the architecture of transgender jurisprudence', in *Sexual orientation*, vol 8 , n 1 , 2001, p 13.
(www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v8n1/sharpe81_text.html.4/10/03)

Taal W., 'Ethiek in de praktijk', www.prevos.net/cultuur/c23211/ethiek12.htm 11/04/2004.

Taitz J., 'Juridical review of the sexual identity of port transsexuals, a new form of sex discrimination', in *American journal of law and medicine*, 1987 vol 13, n 1, p, 53-69.

Yourow Howard Charles, 'Margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human rights jurisprudence', Kluwer Academic Publicers , 1995, p 224 .

Van de Wiele L. en Schatteman K., 'Nieuwsbiref januari 1998: Belgische rechtspraak en juridische geslachtsverandering, in *Rechtskundig weekblad*, 1997 /1998 n 6 – 11 okt. 1997, p 175 – 183. (www.genderstichting.be/nl/nieuws/01981.html 21/09/03)

Van Dijk P. en van Hoof G.J., 'Theory and practice of the European Convention on human rights', 3th ed. , 1998, Kluwer p 850.

White and Johnson, 'Satellite communications in europe: law and regulations', London publ., 1996, p 407.

Willekens H., 'Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht. Theoretische verkenningen', Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1991, p 193- 291.

Witteveen Willem. ' De geordende wereld van het recht – een inleiding'. Amsterdam uiniversity press, 1996, p 449.

Wittle S., 'Jumping the hurdles of gender transsexuals finally make legal headway', press release press for change, (www.ts-information.de/wittlthe.html)

Wittle S., 'Transgender rights: the european court of human rights and the new identity politics for a new age', 1998, p 11 (www.ts-information.de/wittlthe.html 25/10/2003)

2Juridische teksten

Het Europees Verdrag ter Bescherming van de Rechten van de Mens, zoals gewijzigd door protocol 11. Raad van Europa, 1998.

Draft Gender Recognition Bill, 20/11/2003.

Nineteenth report of session 2002 – 2003. House of lords , house of commons , joint committee on HR. HL Paper 188-I HC 1276-I.

Recommendation 1117 (1989) on the condition of transsexuals. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, (www.looking-glass.greened.org.uk/rec1117.htm, 4/10/2003)

Resolution on discrimination against transsexuals. European Parlement, 1989. (www.looking-glass.greened.org.uk/rec1117.htm, 4/10/2003)

Beligsch recht inzake het' aanpassing van identiteitspapieren en geboortedocumenten'.
<http://socialsecurity.fgov.e/news/regeringsverklaring%20N.doc>

3Cases

Artio case, serie a, n 37, 13/05/1980.

B versus France case, serie a, n 232, 25/03/1992.

Belgian Linguistic case, serie a, n 6, 23/07/1968.

Cossey versus UK case, serie a, n 184, 27/09/1990.

Cyprus case, 2 yearbook of the European convention 174 (1958-1959).

Dudgeon case, serie a, n 59, 22/10/1981.

Goodwin versus UK case, case 28957/95, 22/07/2002.

Handyside case, serie a, n 24, 07/12/1970.

I versus UK case, 22/07/2002, case 25680/1994.

Klass versus UK case, serie a, n 28, 6/09/1978.

Lawless case, serie a, n 2 en 3 , 7/4 en 1/7 1961.

Malone versus UK case, serie a, n 82, 02/08/1984.

Marckx versus Belgium judgement serie a, n 31, 13/06/1979.

Rees case versus UK, serie a, n 106, 17/10/1986.

Silver case, serie a, n 61, 25/03/1983.

Sheffield and Horsham versus Uk, cases 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30/07/1998.

Soering case, serie a, n 161, 07/07/1989.

Sunday times case, serie a, n 30, 26/04/1979.

Van Oosterwijck versus Belgium, serie b, n 36, 1983, report 01/03/1979.

X and Y versus the Netherlands serie a, n 91, 26/03/1985.

X, Y and Z versus UK, case 5/1995/581/667, 22/04/1997.