

2013•2014
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Medisch begeleide voortplanting, een mensenrecht?

Promotor :
Prof. dr. Koen LEMMENS

Sophie Van de Broek
Proefschrift ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2013•2014
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Medisch begeleide voortplanting, een mensenrecht?

Promotor :
Prof. dr. Koen LEMMENS

Sophie Van de Broek

Proefschrift ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

In deze thesis werd onderzocht of er onder artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens een recht op voortplanting kan ressorteren. Meer precies werd nagegaan:

- (1) in welke mate het recht op privé- en familielevens ex artikel 8 EVRM een recht inhoudt om ouder ("*parent*") te worden,
- (2) in welke mate medisch begeleide voortplanting kan ressorteren onder artikel 8 EVRM, en
- (3) in welke mate de overheid de plicht heeft deze nieuwe technieken beschikbaar te stellen aan burgers die via de natuurlijke weg geen kinderen kunnen krijgen.

Uit een studie van de relevante rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in combinatie met rechtsvergelijking tussen de verdragsluitende staten van de Raad van Europa, kunnen we besluiten dat er geen Europese consensus is met betrekking tot het wetgevend kader rond medisch begeleide voortplanting. Dit is één van de factoren die ertoe leiden dat staten een ruime appreciatiemarge genieten bij het uitwerken van hun beleid met betrekking tot reproductieve voortplantingstechnieken.

Sinds 2007 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich in een aantal arresten uitgesproken over medisch begeleide voortplanting en wordt zowel het recht op voortplanting als het recht op medisch begeleide voortplanting erkend. Deze rechten zijn echter niet absoluut, er zijn dus beperkingen of inmengingen mogelijk. Overheden hebben de verplichting reproductieve voortplantingstechnieken beschikbaar te stellen aan burgers die via de natuurlijke weg geen kinderen kunnen krijgen, maar enkel in zoverre er een redelijk evenwicht kan worden bereikt tussen de verschillende tegenstrijdige belangen die op het spel staan. Het Hof meent dat staten beter geplaatst zijn om in te schatten in welke mate beperkingen van grondrechten in hun land verantwoord zijn en kent hen om deze reden een ruime discretionaire bevoegdheid toe. Zo lang overheden in hun zoektocht naar het redelijk evenwicht deze appreciatiemarge niet overschrijden, is er in principe geen sprake van een schending van het recht op (medisch begeleide) voortplanting en is de inmenging of de beperking gerechtvaardigd.

Woord vooraf

Het schrijven van een masterscriptie is een werk van lange adem. Gelukkig heb ik beroep kunnen doen op een aantal mensen die mij hierin hebben bijgestaan.

In de eerste plaats wil ik mijn promotor, prof. dr. Koen Lemmens, bedanken. Hij heeft mij gedurende het academiejaar bijgestaan met verbeteringen, opmerkingen en hulp, zonder dewelke mijn scriptie nooit zou zijn geworden zoals ze hier nu voor U ligt.

Voorts dank ik mijn vriend Wim voor de opmonterende woorden die mij op momenten dat ik het even niet meer zag zitten telkens opnieuw weer motiveerden om door te gaan. De discussies die ik met hem voerde over de specifieke omstandigheden in de besproken arresten, hebben mij geholpen een ruimere kijk op de zaken te krijgen.

Ook wil ik mijn ouders bedanken. Zonder hun morele en financiële steun had ik nooit de kans gekregen om te studeren en om deze scriptie te schrijven. Gedurende mijn opleiding hebben ze mij altijd aangespoord om door te zetten en daarom draag ik deze scriptie, het sluitstuk van mijn rechtenopleiding, aan hen op.

Overpelt, mei 2014

Sophie Van de Broek

Inhoudstafel

Inleiding.....	1
HOOFDSTUK I: Medisch begeleide voortplanting	3
A. Definitie en cijfers.....	3
B. Europese consensus	5
HOOFDSTUK 2: Artikel 8 EVRM – het recht op eerbiediging van privé- en familielevens	7
A. Artikel 8 lid 1 EVRM	8
i. Het recht op eerbiediging van het privéleven	8
ii. Het recht op eerbiediging van het familieleven	9
B. Artikel 8 lid 2 EVRM	10
i. Wanneer is er sprake van een inmenging?	10
ii. Rechtvaardigingsgronden	10
C. De appreciatiemarge van de nationale overheden	13
D. Positieve en negatieve verplichtingen	15
HOOFDSTUK 3: Het recht op voortplanting ex artikel 8 EVRM	19
A. Evans v. United Kingdom	19
i. Uitspraak van de Kamer.....	21
ii. Uitspraak van de Grote Kamer	23
B. Dickson v. United Kingdom.....	26
i. Uitspraak van de Kamer.....	27
ii. Uitspraak van de Grote Kamer	30
C. Conclusie	32
HOOFDSTUK 4: Het recht op medisch begeleide voortplanting ex artikel 8 EVRM.....	35
A. S.H. and Others v. Austria.....	35
i. Uitspraak van de Kamer.....	36
ii. Uitspraak van de Grote Kamer	41
B. Costa and Pavan v. Italy	46
C. Knecht v. Romania	48
D. Conclusie	50
Conclusie.....	53
Bibliografie.....	57

Inleiding

Volgens cijfers van het College van Geneesheren Reproductieve Geneeskunde worden in België jaarlijks ongeveer 3500 kinderen geboren die verwerkt zijn door middel van medisch begeleide voortplanting.¹ Dit komt neer op zo'n drie à vier procent van het gemiddeld jaarlijks aantal geboortes.² Sinds de geboorte van de eerste proefbuisbaby in 1978 heeft de reproductieve geneeskunde een enorme technische vooruitgang geboekt en maken meer en meer koppels gebruik van medisch begeleide voortplanting om zwanger te worden. Dit heeft natuurlijk ook gevolgen op wetgevend vlak.

De centrale vraag die in dit onderzoek voorop gesteld wordt is of er onder artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens³, dat een recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven waarborgt, een recht op voortplanting kan ressorteren. Het belang van de kwalificatie van een recht op (medisch begeleide) voortplanting als mensenrecht kan worden afgeleid uit de definitie van een mensenrecht:

"Mensenrechten kunnen worden gedefinieerd als fundamentele waarden die niet mogen worden aangetast – noch door de staat, noch door andere individuen – en die aan mensen, ongeacht geslacht, huidskleur, ras, godsdienstige overtuiging en rijkdom, omwille van hun 'menselijke waardigheid' rechten toekennen".⁴

Louter door het feit mens te zijn geniet men deze rechten. Daarenboven zijn mensenrechten zodanig fundamenteel dat er geen inbreuk op mag worden gemaakt. In het specifieke geval van een recht op voortplanting zou dit betekenen dat ieder mens het recht heeft om kinderen te krijgen, al dan niet met behulp van reproductieve voortplantingstechnieken.

Om een antwoord te kunnen formuleren op deze centrale onderzoeksvraag zal eerst worden onderzocht welke rechten precies worden beschermd door artikel 8 EVRM. Enkel het recht op bescherming van het privéleven en het recht op bescherming van het familieleven zullen hierbij worden besproken, aangezien het recht op respect voor de woning en het recht op respect voor de correspondentie in het licht van dit onderzoek niet relevant zijn. Vervolgens wordt bestudeerd of artikel 8 ook een recht op reproductie inhoudt, meer bepaald een recht om kinderen te krijgen met behulp van medisch begeleide voortplanting. Om dit na te kunnen gaan zal kort besproken worden wat precies wordt begrepen onder 'medisch begeleide voortplanting'. Indien het recht op voortplanting kan ressorteren onder artikel 8 EVRM is het nuttig te onderzoeken of een overheid bepaalde verplichtingen heeft om dit recht te garanderen ten aanzien van haar burgers. Hebben staten in dat geval een appreciatiemarge?

¹ INSTITUUT SAMENLEVING EN TECHNOLOGIE, *Fertiliteitsbehandelingen: de realiteit voorbij de technologie*, 7.

² X, *Geboorten en vruchtbaarheid*, http://statbel.fgov.be/nl/statistieken/cijfers/bevolking/geboorten_vruchtbaarheid/.

³ Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

⁴ S. SMIS, C. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek Mensenrechten. De internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 2.

Er zal een analyse gemaakt worden van artikel 8 EVRM om vervolgens deze onderzoeksvragen te beantwoorden aan de hand van een beschrijvende onderzoeksmethode. Voor de interpretatie van artikel 8 EVRM zal worden gesteund op de relevante rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in het bijzonder de arresten *Evans v. United Kingdom*⁵, *Dickson v. United Kingdom*⁶, *S.H. and Others v. Austria*⁷, *Costa and Pavan v. Italy*⁸ en *Knecht v. Romania*⁹. Er moet niet enkel aandacht besteed worden aan de uiteindelijke beslissing in deze zaken. In een materie die zo ethisch gevoelig ligt als deze is het immers nuttig voldoende onderzoek te wijden aan de *dissenting opinions* en aan de argumenten die tot de uiteindelijke beslissing hebben geleid.

Ook wordt gebruik gemaakt van microrechtsvergelijking tussen de verschillende verdragsluitende staten van de Raad van Europa om na te gaan of er al dan niet een Europese consensus bestaat omtrent het juridisch kader rond medisch begeleide voortplanting. Deze vorm van rechtsvergelijking richt zich specifiek op het wetgevend kader rond medisch begeleide voortplanting in de rechtssystemen van de verdragsluitende staten van de Raad van Europa en is bijzonder interessant om te onderzoeken hoe deze rechtssystemen hiermee omgaan.

Het specifieke probleem dat ik met mijn onderzoek wil aankaarten is dat het bestaan van een eventueel recht op voortplanting, al dan niet met behulp van bepaalde technieken uit de reproductieve geneeskunde, een ethisch gevoelige kwestie is, waar niet makkelijk over kan worden geoordeeld. Slechts zeer recentelijk heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een aantal arresten gevelde over het recht op voortplanting in de context van artikel 8 EVRM. Het Hof is helaas niet altijd consequent in haar redenering. Dit zorgt ervoor dat er geen duidelijkheid bestaat over de situaties waarin het Hof besluit tot een miskenning van een eventueel recht tot voortplanting en bijgevolg tot een schending van artikel 8 EVRM. In deze masterthesis zal worden onderzocht of er toch een eenduidige lijn getrokken kan worden in de beslissingen van het Hof.

Er zal een antwoord worden geformuleerd op drie onderzoeksvragen. De juridische probleemstelling werpt één essentiële, centrale onderzoeksvraag op, meer bepaald de vraag "in welke mate houdt het recht op privé- en familielevens ex artikel 8 EVRM een recht in om ouder ("parent") te worden?".

Meer specifiek zal daarnaast nagegaan worden:

- (1) in welke mate medisch begeleide voortplanting kan ressorteren onder artikel 8 EVRM, en
- (2) in welke mate de overheid de plicht heeft deze nieuwe technieken beschikbaar te stellen aan burgers die via de natuurlijke weg geen kinderen kunnen krijgen.

Het recht op reproductie zal louter onderzocht worden in de zin van artikel 8 EVRM. Men zou eveneens kunnen bestuderen of artikel 12 EVRM ook een recht op voortplanting inhoudt, maar dat is in het licht van mijn scriptie minder relevant.

⁵ EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2006 en EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2007.

⁶ EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2006 en EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2007.

⁷ EHRM, *S.H. and Others v. Austria*, 2010 en EHRM, *S.H. and Others v. Austria*, 2011.

⁸ EHRM, *Costa and Pavan v. Italy*, 2012.

⁹ EHRM, *Knecht v. Romania*, 2012.

HOOFDSTUK I: Medisch begeleide voortplanting

A. Definitie en cijfers

In België verstaat men onder medisch begeleide voortplanting “*de uitvoering, overeenkomstig een geheel van nadere regels en voorwaarden voor de toepassing van nieuwe medische technieken van begeleide voortplanting, van:*

1° Hetzij een kunstmatige inseminatie,

*2° Hetzij een van de in vitro fertilisatietechnieken, dit wil zeggen technieken waarbij op een gegeven ogenblik een eicel en/of een embryo worden behandeld”.*¹⁰

Kunstmatige inseminatie kan een oplossing bieden wanneer de man te weinig goede, beweeglijke zaadcellen produceert om zijn partner op de natuurlijke manier te bevruchten, of indien de zaadcellen van de man niet voorbij de baarmoederhals van de vrouw geraken omdat het baarmoederhalsslijmvlies van ontoereikende kwaliteit is. In dergelijke situatie kan men beroep doen op een techniek waarbij een hoeveelheid sperma kunstmatig wordt ingespoten in de baarmoeder van de vrouw. In een laboratorium worden voorafgaand aan de inplanting de beste, meest beweeglijke zaadcellen uit het sperma geselecteerd.

We onderscheiden kunstmatige inseminatie met het eigen sperma van de echtgenoot of partner (homologe KI) van kunstmatige inseminatie met het sperma van een donor (heterologe KI).¹¹ Deze procedures verlopen nagenoeg gelijk, maar het gebruik van donorsperma is aangewezen als de man helemaal geen goede zaadcellen produceert, in geval van totale afwezigheid van zaadcellen of indien de man drager is van een erfelijke aandoening. Ook lesbische koppels of alleenstaande vrouwen kunnen beroep doen op kunstmatige inseminatie met donorsperma.¹²

Onder *in-vitrofertilisatie* verstaat men het proces waarbij zaadcellen en eicellen, al dan niet gedoneerd, buiten het menselijk lichaam met elkaar in contact worden gebracht (*in-vitrofertilisatie* betekent letterlijk ‘in-glasbevruchting’, wat wijst op een bevruchting in een schaalpje in het laboratorium). Daarna wordt het schaalpje in een broedstoom geplaatst om de omstandigheden van de baarmoeder na te bootsen. Van de embryo’s die hierdoor ontstaan, zullen er één of twee in de baarmoeder worden teruggeplaatst. Eventuele overige bevruchte embryo’s worden ingevroren om later te gebruiken indien de vrouw niet bij de eerste poging zwanger wordt.¹³

De samensmelting van de zaadcel en de eicel kan spontaan gebeuren, maar het is ook mogelijk gebruik te maken van de techniek van de *intracytoplasmatische sperma-injectie*. Bij deze techniek wordt elke eicel rechtstreeks geïnjecteerd met één enkele zaadcel, alvorens deze terug te plaatsen bij de vrouw.¹⁴

¹⁰ Art. 2, a) wet 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo’s en de gameten, BS 17 juli 2007.

¹¹ T. GOMBEER, “Wetsontwerp over medisch begeleide voortplanting goedgekeurd”, *Juristenkrant* 2007, afl. 145, 16; H. NYS en T. WUYTS, *De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting*, Oxford, Intersentia, 2007, 5.

¹² CENTRUM VOOR REPRODUCTIEVE GENEESKUNDE, *Kunstmatige Inseminatie, met sperma van de partner (KI) of van een donor (KID)*, <http://www.brusselsivf.be/KI-KID>; UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS ANTWERPEN, *Intra-uteriene inseminatie (IUI)*, <http://www.uza.be/behandeling/intra-uteriene-inseminatie-iui>.

¹³ CENTRUM VOOR REPRODUCTIEVE GENEESKUNDE, *IVF\ICSI – de grote lijnen*, <http://www.brusselsivf.be/IVF-ICSI>.

¹⁴ E. MORBÉ, *Embryo’s in vitro: sekse, experimenten en klonen. De wet tussen wetenschap en ethiek*, Heule, UGA, 2004, 36.

In-vitrofertilisatie kan een uitkomst bieden bij verschillende vruchtbaarheidsstorings, zoals onder andere verminderde vruchtbaarheid van man of vrouw of indien de man of vrouw antilichamen produceren die de zaadcellen uitschakelen.

Zowel de kunstmatige inseminatie- als de in-vitrofertilisatiebehandeling zijn doorgaans pijnloos. De IVF-behandeling is meestal wel ingrijpender dan de KI-behandeling, en zal mentaal ook meer belastend zijn voor het koppel omdat er veel bij komt kijken. Zo zal de vrouw stimulerende hormonen toegediend krijgen en zal in sommige gevallen het op gang komen van de eisprong verhindert moeten worden of de eigenlijke hormonale cyclus onderdrukt moeten worden. Ook worden bij in-vitrofertilisatie eicellen geoogst bij de vrouw door middel van een operatieve ingreep onder plaatselijke verdoving. Dit is niet nodig bij kunstmatige inseminatie.¹⁵

Verder in deze masterthesis zal ook nog worden ingegaan op pre-implantatie genetische diagnostiek. Dit is een methode waarvan gebruik wordt gemaakt om ernstige genetische afwijkingen bij embryo's op te sporen. Bij deze techniek worden een aantal eicellen uit de eierstokken geoogst en bevrucht met zaad van de partner. Vervolgens laat men deze cellen uitgroeien tot een embryo. Na ongeveer 3 dagen worden één of twee cellen uit dit embryo weggehaald en getest op genetische afwijkingen. De gezonde cellen worden via IVF in de baarmoeder geplaatst en de afwijkende cellen worden vernietigd. PGD wordt vaak toegepast bij het opsporen van mucoviscidose, de ziekte van Duchenne, de ziekte van Curschmann-Steinert, de ziekte van Huntington, infantiele spinale spieratrofie en hemofilie.¹⁶

Volgens cijfers van het Instituut Samenleving en Technologie, dat verbonden is aan het Vlaams Parlement, treft subfertiliteit zo'n 9 tot 15 procent van de bevolking. De kans dat een wensouder na het starten van een behandelingscyclus een jaar later een gezonde baby in de armen houdt, is ongeveer 1 op 5. Indien de wensmoeder echter ouder is dan 43 jaar daalt die kans naar 1,3 op 100. Een IVF-behandeling duurt gemiddeld twee jaar, met vijf tot zes behandelingen, voordat er effectief een kind geboren wordt. Als we rekening houden met alles wat de behandeling vooraf gaat is het niet ongevoel dat wensouders vijf jaar of langer proberen een eerste kind te krijgen.¹⁷ Bij kunstmatige inseminatie is de kans dat een vrouw onder 37 jaar een baby krijgt na zes behandelingscycli ongeveer 50 procent. Indien men donorsperma heeft gebruikt is deze kans hoger, namelijk 61 procent. Als de vrouw ouder is, ligt die kans echter gevoelig lager.¹⁸

¹⁵ CENTRUM VOOR REPRODUCTIEVE GENEESKUNDE, *IVF|ICSI – de grote lijnen*, <http://www.brusselsivf.be/IVF-ICSI>; UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS ANTWERPEN, *In-vitrofertilisatie (IVF)*, <http://www.uza.be/behandeling/vitrofertilisatie-ivf>.

¹⁶ COUNCIL OF EUROPE, *Background document on preimplantation and prenatal genetic testing*, http://www.coe.int/t/dq3/healthbioethic/Source/INF_2010_6_dpdpn_en.pdf.

¹⁷ INSTITUUT SAMENLEVING EN TECHNOLOGIE, *Jaarverslag 2010*, 22-23.

¹⁸ CENTRUM VOOR REPRODUCTIEVE GENEESKUNDE, *Hoe groot is je kans op succes?*, http://www.brusselsivf.be/IUI_slaagkans.

B. Europese consensus

Op basis van de *Medically-assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo Comparative Study on the Situation in 39 States*¹⁹, de *Questionnaire on Access to Medically-assisted Procreation*²⁰ en een onderzoek van de *International Federation of Fertility Societies*²¹ kan worden onderzocht of er over bepaalde aspecten van medisch begeleide voortplanting overeenstemming bestaat tussen de verdragsluitende partijen van de Raad van Europa. Het meest recente onderzoek hieromtrent dateert uit 2010. In deze scriptie wordt niet beoogd een onderzoek te voeren naar de evolutie van de wetgeving met betrekking tot medisch begeleide voortplanting in elke verdragsstaat van de Raad van Europa, zodat dit hoofdstuk uitsluitend gebaseerd is op de drie voormelde bronnen en de interpretatie die hieraan werd gegeven door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Deze bronnen hebben betrekking op de opinie die elke verdragsluitende staat van de Raad van Europa heeft met betrekking tot homologe en heterologe kunstmatige inseminatie, IVF, spermadonatie, eiceldonatie, embryodonatie en intracytoplasmatische sperma-injectie.

Uit deze bronnen kunnen we afleiden dat IVF, in 2010, werd gereguleerd door primaire of secundaire wetgeving in Oostenrijk, Azerbeidzjan, België, Bulgarije, Kroatië, Denemarken, Estland, Finland, Frankrijk, Georgië, Duitsland, Griekenland, Hongarije, IJsland, Italië, Letland, Nederland, Noorwegen, Rusland, Slovenië, Spanje, Zweden, Zwitserland, Turkije, Oekraïne en het Verenigd Koninkrijk. In al deze landen is het eveneens toegestaan embryo's te bewaren voor bepaalde tijd, met uitzondering van Duitsland en Zwitserland (hier mogen per behandeling slechts drie embryo's worden gecreëerd, die samen worden ingeplant) en Italië, waar embryo's slechts mogen worden bewaard in uitzonderlijke omstandigheden. In Tsjechië, Ierland, Malta, Litouwen, Polen, Servië en Slowakije wordt IVF gereguleerd door klinische praktijk, professionele richtlijnen, koninklijke of administratieve besluiten of algemene grondwettelijke principes.

De wijze waarop intracytoplasmatische sperma-injectie binnen eenzelfde land wordt gereguleerd, leunt dicht aan bij de manier waarop men in-vitrofertilisatie regelt. Dit is logisch, gezien ICSI een vorm is van IVF.

Spermadonatie is verboden in Italië, Litouwen en Turkije, gezien elk van deze landen medisch begeleide voortplanting met behulp van donormateriaal verbiedt. Eiceldonatie is hier dus eveneens verboden, net zoals in Kroatië, Duitsland, Noorwegen en Zwitserland. In Cyprus, Luxemburg, Polen, Portugal en Roemenië worden zowel spermadonatie als eiceldonatie toegepast in de praktijk, maar medisch begeleide voortplanting is hier niet wettelijk geregeld.

Homologe kunstmatige inseminatie is toegestaan in Oostenrijk, België, Bulgarije, Tsjechië, Denemarken, Estland, Finland, Frankrijk, Duitsland, Hongarije, IJsland, Ierland, Nederland,

¹⁹ COUNCIL OF EUROPE, *Medically assisted procreation and the protection of the human embryo: Comparative study on the situation in 39 States, and Cloning: Comparative study on the situation in 44 States*, http://www.coe.int/t/dq3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-INF%2898%298PMA.pdf.

²⁰ COUNCIL OF EUROPE, *Replies by the member states to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP*, http://www.coe.int/t/dq3/healthbioethic/texts_and_documents/INF_2005_7%20e%20REV2%20MAP.pdf.

²¹ INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES, *IFFS Surveillance 2010*, http://c.ymcdn.com/sites/www.iffs-reproduction.org/resource/resmgr/newsletters/iffs_surveillance_2010.pdf.

Noorwegen, Slowakije, Slovenië, Spanje, Zweden, Zwitserland, Turkije, Oekraïne en het Verenigd Koninkrijk. In Cyprus, Griekenland, Italië, Luxemburg, Malta, Polen, Portugal en Roemenië is deze techniek niet gereguleerd, maar wel toegestaan in de praktijk. In nagenoeg alle voornoemde landen is de situatie identiek wat betreft regulering van heterologe KI, met uitzondering van Ierland, Italië en Malta, waar het niet toegelaten is gebruik te maken van donormateriaal voor kunstmatige inseminatie.

Wat betreft de pre-implantatie genetische diagnostiek kan worden geconcludeerd dat deze techniek toegestaan is in Duitsland, België, Denemarken, Spanje, Finland, Frankrijk, Georgië, Griekenland, Noorwegen, Nederland, Portugal, Tsjechië, het Verenigd Koninkrijk, Rusland, Servië, Slovenië en Zweden. In Bulgarije, Cyprus, Malta, Estland, Ierland, Letland, Luxemburg, Polen, Roemenië, Slowakije, Turkije en Oekraïne wordt PGD niet gereguleerd, maar in Cyprus, Turkije en Slowakije past men het wel toe in de praktijk. Oostenrijk, Italië en Zwitserland kennen een verbod op pre-implantatie genetische diagnostiek, maar verwacht wordt dat Zwitserland haar wetgeving hieromtrent zal aanpassen.²²

We kunnen hieruit besluiten dat er tussen de verdragsluitende staten van de Raad van Europa geen consensus bestaat met betrekking tot het wetgevend kader omtrent medisch begeleide voortplanting. In sommige landen bestaat er uitgebreide wetgeving, terwijl andere landen louter richtlijnen voorzien of zelfs helemaal niets. Dit gebrek aan overeenstemming zorgt ervoor dat lidstaten een ruime beleidsvrijheid genieten in de uitoefening van hun functies. Wat het gevolg hiervan is zal verder worden besproken in hoofdstuk 2.

²² EHRM, *Costa and Pavan v. Italy*, 2012, §29-32.

HOOFDSTUK 2: Artikel 8 EVRM – het recht op eerbiediging van privé- en familielevens

De centrale vraag in dit onderzoek is of er onder artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, dat een recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven waarborgt, een recht op voortplanting kan ressorteren. Alvorens deze vraag te beantwoorden is het nuttig om artikel 8 EVRM grondig te bestuderen.

Artikel 8 van het EVRM luidt als volgt:

1. *Eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.*
2. *Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het 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 anderen.*

De structuur van artikel 8 EVRM komt overeen met deze van verschillende andere artikels uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, met name artikel 9, 10 en 11. In de eerste paragraaf wordt telkens de inhoud van het recht gespecificeerd, terwijl de tweede paragraaf, de beperkingsclausule, bepaalt onder welke voorwaarden de verdragsluitende staten van de Raad van Europa het recht in kwestie mogen beperken. Het Hof onderzoekt deze voorwaarden steeds volgens hetzelfde stramien, dat in het schema²³ hieronder wordt weergegeven:

1° Is er sprake van een *inmenging of beperking* in/op het recht dat wordt omschreven in lid 1?

Zo ja?

2° Is deze inmenging of beperking *voorzien door de wet*? Dit wil zeggen:

a. Kent de inmenging of beperking een *grondslag in het nationale recht*?

Zo ja?

b. Voldoet het nationale recht aan de vereiste van *toegankelijkheid*?

Zo ja?

c. Voldoet het nationale recht aan de vereiste van *voorzienbaarheid*?

Zo ja?

²³ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 123-124.

3° Dient de inmenging of beperking tot *bescherming van een legitiem doel*, m.n. tot het beschermen van één van de in lid 2 opgesomde rechtsbelangen?

Zo ja?

4° Is de inmenging of beperking *voorzien in een democratische samenleving*? Dit wil zeggen:

a. Was ze ingegeven door een dringende maatschappelijke bevoegdheid?

Zo ja?

b. Was de inmenging of beperking proportioneel, m.a.w., bestaat er een redelijke verhouding tussen de zwaarte van de inmenging of beperking en het gewicht van het belang dat met de inbreuk werd gediend?

Indien het Hof besluit dat er geen sprake is van een inmenging op de rechten beschermd in artikel 8 stopt de beoordeling nog niet. Naast het onderzoek dat het Hof voert naar een eventuele schending van negatieve verplichtingen die de overheid heeft, zal het namelijk ook nog onderzoeken of er sprake is van een miskenning van een positieve plicht die zou kunnen rusten op de overheid.

In wat volgt zal eerst een korte schets gegeven worden van de rechten die omvat zijn in lid 1 van artikel 8 EVRM, om te vervolgen met een nadere toelichting van de hierboven uiteengezette voorwaarden en een korte theoretische uiteenzetting over negatieve en positieve verplichtingen.

A. Artikel 8 lid 1 EVRM

Uit de tekst van het eerste lid kunnen we vier rechten onderscheiden die beschermd worden door artikel 8: het recht op eerbiediging van het privéleven, het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, het recht op respect voor de woning en het recht op respect voor de correspondentie. In deze scriptie zullen enkel het recht op bescherming van het privéleven en het recht op bescherming van het familieleven worden geanalyseerd, aangezien het recht op respect voor de woning en de correspondentie in het licht van dit onderzoek niet relevant zijn.

i. Het recht op eerbiediging van het privéleven

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is van mening dat "*het concept 'privéleven' een ruime term is die niet exhaustief gedefinieerd kan worden*".²⁴ Om hieraan tegemoet te komen heeft het Hof op basis van haar rechtspraak de situaties die binnen deze notie vallen vastgesteld.²⁵

In *Pretty v. United Kingdom* gaf het Hof de volgende omschrijving van "privéleven": "*The concept of 'private life' is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings*

²⁴ EHRM, *Pretty v. United Kingdom*, 2002, §61.

²⁵ I. ROAGNA, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2012, 12; F., SUDRE, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2005, 11.

and the outside world".²⁶ Het Hof is van oordeel dat de notie van persoonlijke autonomie een belangrijk uitgangspunt is bij de interpretatie van de garanties die artikel 8 van het EVRM biedt.²⁷

Aan deze omschrijving van het recht op eerbiediging van het privéleven kunnen we nog enkele begrippen toevoegen, met name het recht op rust, op isolement en op afscherming van derden en het recht op geheimhouding met betrekking tot informatie.²⁸

We kunnen de rechten die worden gewaarborgd door het recht op eerbiediging van het privéleven indelen in drie categorieën. Eerst en vooral is er het zelfbeschikkingsrecht over het lichaam. Hieronder verstaan we o.a. het recht op fysieke en psychologische integriteit en het recht op seksuele zelfbeschikking. Daarnaast omhelst het recht op privéleven de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, dat o.a. het portretrecht, het recht om te communiceren met anderen en het recht op bescherming van persoonlijke gegevens omvat. De derde categorie is het recht op persoonlijke ontwikkeling. Hierbij is het recht om relaties met andere mensen en de buitenwereld aan te knopen, te ontwikkelen en te beëindigen, bijzonder belangrijk.²⁹

ii. Het recht op eerbiediging van het familieleven

Het Europees Hof voor de rechten van de Mens heeft geoordeeld dat *"the notion of 'family life' in Article 8 is not confined solely to families based on marriage and may encompass other de facto relationships. When deciding whether a relationship can be said to amount to 'family life', a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means"*.³⁰ Het Hof is eveneens van mening dat het EVRM moet worden geïnterpreteerd in het licht van de huidige omstandigheden. Hierdoor zal er rekening moeten worden gehouden met het feit dat de nationale wetgeving voortdurend evolueert en zal blijven evolueren zodat de invulling van het begrip "gezinsleven" na verloop van tijd op andere manieren kan worden geïnterpreteerd.³¹

Een geldig huwelijk is een voldoende, maar geen noodzakelijke voorwaarde om het recht op bescherming van het gezinsleven uit artikel 8 te kunnen invoeren.³² Evenmin maakt samenwoning een noodzakelijke voorwaarde uit.³³ Ook de relatie tussen een kind en zijn ouders of grootouders, tussen broers en zusjes en tussen pleegouders en kinderen is bijvoorbeeld een voldoende voorwaarde om onder het toepassingsgebied van het recht op bescherming van het gezinsleven te vallen.³⁴ In principe valt een verhouding tussen ongehuwde personen die niet samenwonen niet onder de bescherming van artikel 8 EVRM, maar er kunnen in sommige gevallen uitzonderlijke factoren zijn

²⁶ EHRM, *Pretty v. United Kingdom*, 2002, §61.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 443-444.

²⁹ C. GRABENWARTER en K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, München, C.H. Beck, 2012, 229-234; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES en C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2009, 366-371; F. SWENNEN, "Privéleven is personenrecht is familierecht", *RW* 2011-2012, afl. 1, 41.

³⁰ EHRM, *X, Y and Z v. United Kingdom*, 1997, §36.

³¹ O.a. EHRM, *Marckx v. Belgium*, 1979, §41.

³² I. ROAGNA, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2012, 28.

³³ *Ibid.*, 29.

³⁴ *Ibid.*, 28.

die ervoor zorgen dat een relatie toch voldoende duurzaam is om feitelijke gezinsbanden te doen ontstaan.³⁵

B. Artikel 8 lid 2 EVRM

Zoals hierboven reeds kort is aangehaald, is artikel 8 van het EVRM een niet-absoluut recht met een algemene beperkingsclausule. Dit wil zeggen dat het eerste lid van het artikel voorziet in een algemene omschrijving van het recht. In een aantal gevallen kan de overheid afwijken van de bescherming die wordt geboden door dit eerste lid, met name door zich, nadat ze de rechten in lid één heeft beperkt, te beroepen op de rechtvaardigingsgronden die worden uiteengezet in de beperkingsclausule in het tweede lid van artikel 8.³⁶

i. Wanneer is er sprake van een inmenging?

VANDE LANOTTE en HAECK zijn van mening dat telkens wanneer er wordt vastgesteld dat een bepaald statelijk handelen of nalaten een beperking uitmaakt van een verdragsrecht, we kunnen spreken van een inmenging. Dit kan zowel betrekking hebben op situaties waarin een statelijk optreden heeft plaatsgehad of zal plaatshebben, als op regelgeving waarvan niet uitgesloten is dat die zich in de toekomst tegen de verzoeker in de vorm van een beperking of inmenging zal keren.³⁷ KORFF stelt dat elke "formaliteit", "voorwaarde", "beperking" of "sanctie" een inmenging uitmaakt op de rechten beschermd in artikel 8.³⁸ Soms kan het loutere bestaan van bepaalde wetgeving een inmenging uitmaken, zelfs wanneer burgers niet zelf concreet getroffen worden door deze wet.³⁹

In principe moet de eiser aantonen dat er een inmenging heeft plaatsgevonden.⁴⁰ Dit bewijs moet niet noodzakelijk feitelijk zijn. Indien dit wel vereist zou zijn zou het voor een verzoeker praktisch onmogelijk zijn een schending aan te vechten wanneer er geen materieel bewijs voorhanden is, denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de schending van een recht resulteert in morele schade. In sommige gevallen kan het dus volstaan aan te tonen dat er een inmenging heeft plaatsgevonden omdat een bepaalde situatie in stand gehouden is.⁴¹

ii. Rechtvaardigingsgronden

De structuur van artikel 8 EVRM brengt met zich mee dat niet elke inbreuk op de rechten beschermd door dit artikel meteen een schending van het verdragsrecht is. Indien men een inmenging vaststelt, dient deze te worden getoetst aan de drie voorwaarden die worden opgesomd in het tweede lid van artikel 8. De inbreuk op het privé- en familieleven moet met name voorzien zijn door de wet

³⁵ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 462.

³⁶ J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 106.

³⁷ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 124-125.

³⁸ D. KORFF, "The standard approach under articles 8-11 ECHR and article 2 ECHR", 2.

³⁹ P. DE HERT, "Artikel 8. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2. Artikelsgewijze commentaar - Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 714.

⁴⁰ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES en C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2009, 397.

⁴¹ I. ROAGNA, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2012, 35-36.

(legaliteitstoets), een legitiem doel nastreven (legitimiteitstoets) en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving (noodzakelijkheidstoets).⁴²

1. De legaliteitstoets

Een inmenging in de rechten beschermd door artikel 8 vereist een *wettelijke grondslag in het nationale recht*. Het begrip 'wet' moet niet in de formele, maar in de materiële betekenis bekeken worden zodat iedere akte, geschreven of ongeschreven, met normatieve draagwijdte hieronder begrepen moet worden. Ook indien een algemene norm van intern recht voldoende is uitgewerkt door de nationale rechtspraak, kan worden beargumenteerd dat er sprake is van een wettelijke grondslag. De inmenging moet dus een grondslag hebben in het nationale recht, en uiteraard moet de wet van toepassing geweest zijn ten tijde van de inmenging.⁴³ Verder moet ze aan een aantal kwaliteitsvereisten voldoen, met name moet de rechtsgrond voor inmenging toegankelijk, voldoende precies en voorzienbaar zijn.⁴⁴

Met *toegankelijk* wordt bedoeld dat de burger op de hoogte moet kunnen zijn van de regels die in een specifiek geval van toepassing zijn.⁴⁵ Aan deze kwaliteitsvereiste is voldaan indien de wet gepubliceerd is, of ten minste consulteerbaar.⁴⁶ De regelgeving moet dus op enigerlei wijze kenbaar gemaakt zijn aan het doelpubliek. De inhoud van de aangevochten regeling, het toepassingsgebied van de betrokken regeling en de status van de personen tot wie de regeling gericht is, zijn elementen waarmee het Hof rekening houdt om de precieze draagwijdte van het toegankelijkheidscriterium te bepalen.⁴⁷

Vervolgens moet het toepassingsgebied en de normatieve inhoud van de wet *voldoende precies* zijn, opdat de gevolgen ervan met redelijke voorspelbaarheid kunnen worden ingeschat.⁴⁸ De nationale wet moet dus ook *voorzienbaar* zijn, zodat de rechtsonderhorige zijn gedrag kan afstemmen op de wet.⁴⁹ VANDE LANOTTE en HAECK menen dat er geen sprake hoeft te zijn van een absolute voorspelbaarheid, maar dat een redelijke voorspelbaarheid voldoende is. Veel wetten zijn namelijk, gezien de continue verandering in omstandigheden, enigszins in vage termen geformuleerd zodat de interpretatie en toepassing ervan aan de hand van de praktijk dient te gebeuren.⁵⁰ Indien de rechtsonderhorige aan de hand van de praktische omstandigheden redelijkerwijze kan voorspellen welke gevolgen de wet heeft en haar gedrag hierop kan afstemmen, is de wet dus in principe voldoende voorzienbaar. Recent heeft het Hof hieraan nog toegevoegd dat personen niet enkel

⁴² P. DE HERT, "Artikel 8. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2. Artikelsgewijze commentaar - Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 711.

⁴³ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 126-127.

⁴⁴ D. KORFF, "The standard approach under articles 8-11 ECHR and article 2 ECHR", 2.

⁴⁵ P. DE HERT, "Artikel 8. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2. Artikelsgewijze commentaar - Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 717.

⁴⁶ J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 119; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 128.

⁴⁷ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 129.

⁴⁸ P. DE HERT, "Artikel 8. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2. Artikelsgewijze commentaar - Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 717.

⁴⁹ J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 120.

⁵⁰ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 130-131.

redelijkerwijze de rechtsgevolgen moeten kunnen voorzien, maar ook de vormvoorschriften, voorwaarden, beperkingen en sancties die verband houden met een voorgenomen handeling die in strijd blijkt te zijn met de wet.⁵¹ Voorts moet de wet ook in zekere mate algemeen zijn.⁵²

De legaliteitstoets wordt door het Hof meestal slechts marginaal uitgevoerd. Het EHRM steunt op het oordeel van de nationale rechter, en indien deze van mening is dat een overheidsinmenging geen steun vindt in het nationale recht oordeelt het EHRM eveneens dat de inmenging niet is voorzien door de wet. Indien daarentegen op nationaal vlak geoordeeld wordt dat er een wettelijke basis voor de inmenging gevonden kan worden, zal het EHRM steunen op dit oordeel van de nationale rechter en besluiten dat de inmenging bij wet is voorzien.⁵³

2. De legitimiteitstoets

Vervolgens dient te worden getoetst of de inbreuk strekt tot de bescherming van één of meer van de rechtsbelangen, opgesomd in het tweede lid van artikel 8. Enkel indien dat het geval is kan de inbreuk gerechtvaardigd zijn.

De gesloten lijst⁵⁴ van rechtsbelangen in lid 2 omvat “de bescherming van nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land”, “het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten”, “de bescherming van de gezondheid of de goede zeden” en “de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen”. Ondanks het limitatieve karakter van de lijst kan nagenoeg elke mogelijke vrijheidsbeperking hieronder worden geplaatst, gezien de ruime uitlegging van deze begrippen door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Europese Commissie.⁵⁵

3. De noodzakelijkheidstoets

Als een inbreuk de legaliteitstoets en de legitimiteitstoets doorstaat, wil dat nog niet zeggen dat deze gerechtvaardigd is. De inmenging moet namelijk ook noodzakelijk zijn in een democratische samenleving en mag niet verder reiken dan wat strikt noodzakelijk is. Er moet om die reden een dringende maatschappelijke behoefte bestaan die in overeenstemming is met de vereiste van een democratische samenleving. Hiermee bedoelt men dat de overheid in staat moet zijn geschikte redenen te voorzien om een recht of een vrijheid aan beperkingen te onderwerpen, en dat deze inmenging of beperking evenredig moet zijn met het beoogde doel.⁵⁶ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in *Handyside v. United Kingdom* geoordeeld dat “het begrip noodzakelijk niet impliceert dat een inmenging ‘onontbeerlijk’ moet zijn om de beoogde doelstelling te bereiken”

⁵¹ EHRM, *Siryk v. Oekraïne*, 2011; EHRM, *Bayatyan v. Armenië*, 2011.

⁵² EHRM, *Medvedyev v. Frankrijk*, 2010.

⁵³ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 127.

⁵⁴ I. ROAGNA, *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2012, 42.

⁵⁵ P. DE HERT, “Artikel 8. Recht op privacy” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2. Artikelsgewijze commentaar -Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 719.

⁵⁶ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 141.

en dat "het begrip anderzijds ook niet dermate flexibel is dat een inmenging slechts 'toelaatbaar', 'normaal', 'nuttig', 'redelijk' of 'opportuun' hoort te zijn om te voldoen aan de noodzakelijkheidseis".⁵⁷

De beoordeling van deze noodzaak gebeurt op basis van een aantal principes die zijn ontwikkeld door het Hof, en door toetsing van een aantal aanverwante criteria.⁵⁸ Onder de eerste categorie, de principes ontwikkeld door het Hof, verstaan we de proportionaliteitstoets en het vereiste van een dringende en maatschappelijke behoefte. De aanverwante criteria zijn onder andere het pertinentiecriteria, dat inhoudt dat de maatregel relevant moet zijn om het beoogde doel te bereiken, en het criterium van de subsidiariteit, waarmee wordt onderzocht of er een alternatieve en minder verregaande oplossing voorhanden was.⁵⁹ Deze criteria zullen zeker niet in elke zaak afgetoetst worden. In het merendeel van de gevallen zal enkel een proportionaliteitstoets uitgevoerd worden, waarbij het Hof nagaat of er een redelijk evenwicht bestaat tussen de inbreuk op het recht en dus de nadelen die een individu ondervindt van de inmenging of de beperking enerzijds en de legitieme doelstelling die wordt nagestreefd anderzijds.⁶⁰ Hoe sterker de legitieme doelstelling, hoe groter de inbreuk mag zijn.⁶¹ Ook moet een evenwicht worden gevonden tussen de belangen van de maatschappij enerzijds en de belangen van een individu dat zich benadeeld voelt anderzijds.⁶²

Het proportionaliteitsbeginsel is een aspect van de 'fair balance'-test, krachtens welke bepaald moet worden of er een redelijk evenwicht bestaat tussen de verschillende belangen die in elke kwestie aan de orde zijn, met name de bescherming van de fundamentele rechten van het individu en de vereisten van het algemene maatschappelijke belang. Op deze 'fair balance'-test zal verder in dit hoofdstuk, meer bepaald bij de uiteenzetting over positieve verplichtingen, meer uitgebreid worden ingegaan. Daarnaast hangt de intensiteit van de proportionaliteitstoetsing nauw samen met de notie van de appreciatiemarge, gezien dit laatste begrip nuttig is bij de beoordeling of een inmenging proportioneel is. Op dit principe zal in het volgende punt verder worden ingespeeld.⁶³

C. De appreciatiemarge van de nationale overheden

In sommige gevallen erkent het Hof dat er aan de lidstaten een zekere discretionaire bevoegdheid toekomt om grenzen te stellen aan de uitoefening van de rechten uit het EVRM. Dit wil zeggen dat de beleidsvrijheid van de nationale overheden wordt erkend en dat de rechters bij het beoordelen van de zaak rekening moeten houden met een zekere beslissingsruimte voor de lidstaten.⁶⁴ Aan de grondslag van deze discretionaire bevoegdheid, die men ook wel appreciatiemarge noemt, ligt het

⁵⁷ EHRM, *Handyside v. United Kingdom*, 1976; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 139-140.

⁵⁸ P. DE HERT, "Artikel 8. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2. Artikelsgewijze commentaar - Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 719-720.

⁵⁹ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 138.

⁶⁰ *Ibid.*, 139.

⁶¹ P. DE HERT, "Artikel 8. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2. Artikelsgewijze commentaar - Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 720.

⁶² S. SMIS, C. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek Mensenrechten. De internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 234.

⁶³ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 145.

⁶⁴ G. ITZCOVICH, "One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case", *Human Rights Law Review* 2013, afl. 13, 292.

supranationale en subsidiaire karakter van het EHRM ten opzichte van de verdragsluitende partijen.⁶⁵ Hiermee wordt bedoeld dat het Hof slechts aan zet komt nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.

Het arrest *Handyside* wordt algemeen aanvaard als de basis voor de erkenning van de doctrine.⁶⁶ Uit §48 van dit arrest blijkt dat er, naast het supranationale en subsidiaire karakter van het EVRM, nog een tweede argument kan worden weerhouden als grondslag, met name het feit dat nationale autoriteiten geacht worden beter geplaatst te zijn dan het Hof om in te schatten welke beperkingen van grondrechten in hun land noodzakelijk zijn. Het Hof omschrijft dit als volgt: "*The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights. [...] The Convention leaves to each Contracting state, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted. [...] By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the 'necessity' of a 'restriction' or 'penalty' intended to meet them. [...] It is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of 'necessity' in this context. [...] This margin is given both to the domestic legislator ('prescribed by law') and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force*".⁶⁷

Bepaalde auteurs bekijken de appreciatiemarge vanuit een pragmatisch perspectief en beschouwen haar als een handig instrument voor de afweging tussen de belangen bij nationale en supranationale besluitvorming en de bescherming van fundamentele rechten.⁶⁸

De omvang van de appreciatiemarge is afhankelijk van de context van de zaak. Drie elementen zijn van belang bij het bepalen van de omvang van de discretionaire bevoegdheid: (1) het al dan niet bestaan van een consensus tussen de verdragsluitende partijen van de Raad van Europa, (2) elementen die betrekking hebben op het feit of een staat eventueel beter geplaatst zou zijn dan het Hof om een situatie te beoordelen en (3) elementen die betrekking hebben op de aard van het aangetaste recht of belang.⁶⁹

Indien er tussen de lidstaten van de Raad van Europa geen consensus bestaat over de situatie waarop de zaak betrekking heeft, geniet de nationale overheid een ruime appreciatiemarge. Omgekeerd geldt dat indien er wel overeenstemming is tussen de lidstaten, er in principe slechts een beperkte beoordelingsvrijheid wordt toegekend.

⁶⁵ J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 184; J. KRATOCHVIL, "The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2011, afl. 29/3, 326.

⁶⁶ EHRM, *Handyside v. United Kingdom*, 1976.

⁶⁷ J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 185; J. KRATOCHVIL, "The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2011, afl. 29/3, 326.

⁶⁸ J. GERARDS, "Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine", *European Law Journal* 2011, afl. 17, 107; G. ITZCOVICH, "One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case", *Human Rights Law Review* 2013, afl. 13, 295.

⁶⁹ J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 193.

Soms laat het Hof de staten een ruime appreciatiemarge toe omdat het meent dat de nationale staat beter geplaatst is om een oordeel te geven over de noodzakelijkheid of de geschiktheid van de betrokken bestuurshandeling, of omdat de staat daartoe beter gelegitimeerd zou zijn. Dit argument speelt vooral een rol bij de beoordeling van morele en ethische kwesties, zoals het homohuwelijk of abortus. Ook in andere gevallen wordt dit argument ingeroepen, bijvoorbeeld wanneer er een oordeel moet worden geveld in sociaaleconomische vraagstukken of bij botsende individuele belangen. Het Hof heeft hierover opgemerkt dat *"in such a case, the Court would generally respect the legislature's policy choice unless it is 'manifestly without reasonable foundation'"*.⁷⁰ Hiermee benadrukt het Hof haar subsidiaire karakter ten opzichte van de verdragsluitende staten.

Het EHRM heeft in een aantal arresten geoordeeld dat ook de aard van het aangetaste recht en het gewicht hiervan belangrijk zijn voor de omvang van de appreciatiemarge. Naarmate een fundamenteel recht belangrijker is, zal de toegekende appreciatiemarge minder ruim zijn dan indien het gaat om een minder belangrijk aspect van een individueel recht. Ook met de aard en de ernst van de inbreuk die gemaakt is zal rekening gehouden worden bij het bepalen van de omvang van de discretionaire bevoegdheid.⁷¹

De appreciatiemarge is zowel bij negatieve als bij positieve verplichtingen van de overheid relevant. Bij negatieve verplichtingen is de beleidsvrijheid vooral nuttig bij het beoordelen van de proportionaliteit van de inmenging, terwijl men bij positieve verplichtingen gaat controleren of er een redelijk evenwicht werd bereikt tussen de verschillende tegenstrijdige belangen. Daarbij wordt rekening gehouden met de discretionaire bevoegdheid die de overheid geniet in de uitoefening van haar functie. Van belang is de rol van de appreciatiemarge bij de beoordeling van een eventuele schending van een verdragsrecht. Hoe ruimer de appreciatiemarge, hoe makkelijker men besluit dat de overheid geen schending heeft begaan van het verdragsrecht in kwestie. Is er daarentegen sprake van een beperkte appreciatiemarge, zal er makkelijker besloten worden tot een schending gezien de lat waaraan een inmenging of een miskenning van een verplichting dient te voldoen om gerechtvaardigd te zijn, hoger ligt.

D. Positieve en negatieve verplichtingen

Opdat burgers ervan kunnen genieten, is het noodzakelijk dat de verdragsluitende staten van de Raad van Europa de rechten en vrijheden die zijn vastgelegd in het EVRM verzekeren. Dit wordt bepaald in artikel 1 van het EVRM, dat stelt: *"De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag"*.⁷² De nationale overheden kunnen deze rechten en vrijheden op twee manieren garanderen, met name door zich te onthouden van enige inbreuk op een recht dat wordt beschermd door het EVRM of door actief actie te ondernemen opdat de rechten en vrijheden worden beschermd. We noemen deze verplichtingen respectievelijk negatieve en positieve verplichtingen.⁷³ Uit de

⁷⁰ O.a. EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2007, §77 en EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2007, §78.

⁷¹ J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 193-221.

⁷² Art. 1 EVRM.

⁷³ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES en C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2009, 18.

bewoording van artikel 8 EVRM kunnen zowel positieve als negatieve verplichtingen worden afgeleid. Lid 1 heeft namelijk betrekking op de positieve verplichtingen van de overheid, terwijl uit lid 2 kan worden opgemaakt dat de overheid zich moet onthouden van ongerechtvaardigde inmengingen en dus ook negatieve verplichtingen heeft.

Negatieve verplichtingen worden beschouwd als inherent aan het EVRM. De manier waarop het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vaststelt of de nationale overheid handelt in overeenstemming met dergelijke verplichtingen is eenduidig: eerst gaat het Hof na of er een schending is van een door het EVRM gewaarborgd grondrecht en vervolgens onderzoekt het of er een reden tot rechtvaardiging is voor de inbreuk.⁷⁴ De precieze voorwaarden die worden onderzocht om na te gaan of er sprake is van een justificatie van een schending van een negatieve verplichting zijn eerder in dit hoofdstuk reeds uitgewerkt, bij het beantwoorden van de vraag wanneer een inmenging in de rechten beschermd door artikel 8 gerechtvaardigd is.

In de *Belgische taalzaak* aanvaardde het Hof dat het EVRM naast negatieve verplichtingen ook positieve verplichtingen kan behelzen⁷⁵ Enige tijd later werd dit nog eens bevestigd in het arrest *Marckx*, dat specifiek betrekking had op artikel 8 EVRM.⁷⁶ In paragraaf 31 van dit arrest verklaarde het EHRM het volgende: *"By proclaiming in paragraph 1 the right to respect for family life, Article 8 signifies firstly that the State cannot interfere with the exercise of that right otherwise than in accordance with the strict conditions set out in paragraph 2. As the Court stated in the 'Belgian Linguistic' case, the object of the article is 'essentially' that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities. [...] Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life".*⁷⁷

De theorie van de positieve verplichtingen wordt door het EHRM toegepast om het stilzitten van de interne overheid (voornamelijk de wetgevende macht, maar indien nodig ook de uitvoerende en de rechterlijke macht) te sanctioneren.⁷⁸

Uit de ruime toepassing van positieve verplichtingen in haar rechtspraak, kan worden afgeleid dat het EHRM positieve verplichtingen in ieder verdragsrecht leest. Het bestaan van positieve verplichtingen heeft er bovendien voor gezorgd dat het toepassingsgebied of de reikwijdte van het EVRM werd uitgebreid tot situaties waarop het verdrag aanvankelijk amper invloed op had.⁷⁹ Om te toetsen of er uit een recht dat wordt beschermd door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens een positieve verplichting voortvloeit, maakt het Hof in principe gebruik van de *'fair balance'*-test. Hierbij gaat het na of er een redelijk evenwicht bestaat tussen het maatschappelijk belang dat wordt gediend met de beperking, en het recht van een individu dat daardoor wordt aangetast.⁸⁰ Door

⁷⁴ J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 233.

⁷⁵ EHRM, *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*, 1968; J-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2007, 5; J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 231.

⁷⁶ EHRM, *Marckx v. Belgium*, 1979.

⁷⁷ *Ibid.*, §31.

⁷⁸ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 99.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 233.

de toepassing van deze test heeft het EHRM in haar rechtspraak reeds een groot aantal uiteenlopende positieve verplichtingen erkend. Drie grote categorieën kunnen worden onderscheiden: (1) de verplichting van de overheid om het effectieve genot van een recht te waarborgen, (2) de verplichting van de overheid om ervoor te zorgen dat mensen zich niet inmengen met de rechten van een ander individu en (3) de verplichting van de overheid om ervoor te zorgen dat individuen maatregelen nemen om het effectieve genot van een recht door andere individuen te waarborgen.⁸¹

Een ander onderscheid kan worden gemaakt tussen twee soorten positieve verplichtingen, met name materiële en procedurele verplichtingen. Materiële verplichtingen gelasten de overheid ervoor te zorgen dat de rechten die inhoudelijk zijn vastgelegd in het EVRM, effectief worden beschermd. Hierbij kunnen we bijvoorbeeld denken aan het recht op toegang tot de rechter, dat is neergelegd in artikel 5 EVRM. Materiële positieve verplichtingen kunnen van zeer uiteenlopende aard zijn. In sommige gevallen zal het introduceren van wetgeving vereist zijn, terwijl in andere situaties aan de nationale rechter wordt opgedragen het EVRM op een specifieke manier te interpreteren. Ook kan het mogelijk zijn dat overheden een andere beslissing hadden moeten nemen dan ze hadden gedaan, of dat de overheid het beleid een andere vorm had moeten geven.⁸² Procedurele verplichtingen daarentegen houden in dat de overheid zorg moet dragen voor de procedures waarin het individu de toegekende rechten daadwerkelijk kan afdwingen. Hierbij is minder variatie zichtbaar dan bij de materiële positieve verplichtingen. Een voorbeeld van procedurele positieve verplichtingen is het voorzien in een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie in geval van schending van een verdragsrecht in hoofde van een rechtsonderhorige. Deze verplichting is neergelegd in artikel 13 EVRM.⁸³

Bij het bepalen van de omvang van de positieve verplichtingen is het Hof in veel gevallen van mening dat staten een zekere beleidsvrijheid hebben. Er zijn echter ook uitspraken waarbij het Hof geen enkele appreciatiemarge toekent aan de overheid, bijvoorbeeld in situaties die ethisch gevoelig liggen, zoals het recht op leven ex Artikel 2 EVRM. Bij negatieve verplichtingen wordt er in principe sowieso een minder ruime appreciatiemarge toegekend aan de staat.⁸⁴ Het Hof heeft dit ook bevestigd in haar rechtspraak: "[...] *s'il est vrai que, dans les deux hypothèses – obligations positives et négatives – l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation [...], la Cour estime que cette marge d'appréciation est plus étroite s'agissant des obligations négatives découlant de la Convention [...]*".⁸⁵

Negatieve en positieve verplichtingen zijn lang niet altijd helder van elkaar te onderscheiden, omdat het onderscheid in de huidige stand van de rechtspraak is uitgevlakt. Het Hof erkent dit fenomeen ook in haar rechtspraak: "[...] *the boundaries between the State's positive and negative obligations do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance to be struck between*

⁸¹ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES en C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2009, 342.

⁸² J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 239.

⁸³ J-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2007, 16; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 99-105.

⁸⁴ J. GERARDS, *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 255.

⁸⁵ EHRM, *Women on waves v. Portugal*, 2009, §40.

the competing interests".⁸⁶ Globaal gezien zijn de toepasselijke principes bij negatieve en positieve verplichtingen dus hetzelfde, zodat bij beide rekening moet gehouden worden met een redelijk evenwicht dat moet worden bereikt tussen de belangen van het individu en de belangen van de maatschappij.⁸⁷ Daarnaast kan het soms gebeuren dat het Hof zo veel moeite heeft om de verplichtingen juist te kwalificeren, dat het de positieve en negatieve verplichtingen volledig laat samenvallen. Dit zien we bijvoorbeeld in paragraaf 71 van *Dickson v. United Kingdom*, waar het Hof oordeelt: "*The Court does not consider it necessary to decide whether it would be more appropriate to analyse the case as one concerning a positive or a negative obligation since it is of the view that the core issue in the present case [...] is precisely whether a fair balance was struck between the competing public and private interests involved*".⁸⁸

In de loop van deze scriptie zal worden nagegaan of de overheid bepaalde verplichtingen heeft om medisch begeleide voortplanting beschikbaar te stellen aan burgers die via de natuurlijke weg geen kinderen kunnen krijgen. Daarbij zal worden teruggekoppeld naar de theorie over negatieve en positieve verplichtingen die hier is uiteengezet.

⁸⁶ Zie o.a. EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2007, §75 en EHRM, *S.H. and others v. Austria*, 2011, §87.

⁸⁷ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 100.

⁸⁸ EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2007, §71.

HOOFDSTUK 3: Het recht op voortplanting ex artikel 8 EVRM

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in haar rechtspraak heeft erkend dat artikel 8 EVRM, en in het bijzonder het recht op bescherming van het privé- en familieleven, een recht op voortplanting omvat. Twee arresten zullen worden besproken, nl. *Evans v. United Kingdom*, dat betrekking had op het recht op bescherming van het privéleven, en *Dickson v. United Kingdom*, waarin ook het recht op bescherming van het familie- en gezinsleven in ogenschouw genomen werd.⁸⁹ Ik zal uit deze arresten enkel de argumenten en redeneringen met betrekking tot artikel 8 EVRM onderzoeken, dus indien er een schending van een ander verdragsrecht wordt ingeroepen zal hier niet op worden ingegaan. Deze arresten zijn bijzonder belangrijk omdat ze een keerpunt vormen in de rechtspraak van het EHRM. Men kan ze beschouwen als principearresten, daar het EHRM voor de eerste maal heeft erkend dat er een recht op voortplanting kan ressorteren onder artikel 8 EVRM.

A. Evans v. United Kingdom

De verzoekster, Natallie Evans, en haar partner J. begonnen in juli 2000 aan een vruchtbaarheidsbehandeling bij de *Bath Assisted Conception Clinic* in het Verenigd Koninkrijk.⁹⁰ Na een paar maanden kreeg Mevr. Evans te horen dat ze eierstokkanker had, en dat haar eierstokken zouden moeten worden verwijderd. Aangezien de tumor traag groeide was het mogelijk om voorafgaand aan deze operatie nog een aantal eicellen te verwijderen voor in-vitrofertilisatie.⁹¹ Zowel Evans als haar partner werden op de hoogte gebracht van de bepalingen van de Britse *Human Fertilisation and Embryology Act* uit 1990. Hierin wordt bepaald dat beide partners schriftelijk moeten instemmen met de IVF-behandeling en op elk moment van de procedure, maar vooraleer de eicellen terug in de baarmoeder geplaatst worden, hun toestemming kunnen intrekken. Evans vroeg of het mogelijk was om haar onbevuchte eicellen in te vriezen, maar men deelde haar mee dat die procedure, die een veel lagere succesratio had, niet werd uitgevoerd in het ziekenhuis. J. verzekerde haar dat ze haar eicellen niet moest invriezen en dat hij een kind met haar wilde krijgen.⁹² In

⁸⁹ Dit hoofdstuk is gebaseerd op de relevante arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Daarnaast heb ik, ter verduidelijking, gebruik gemaakt van de volgende literatuur: E. AYŞEGÜL, "La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de procréation médicalement assistée", *Médecine et Droit* 2011, afl. 106, 23-26; E. BREMS, "Recht op voortplanting primeert niet op recht van man om zich niet voort te planten", *Juristenkrant* 2006, afl. 127, 12; E. BREMS, "Recht op voortplanting verdeelt Mensenrechtenhof", *Juristenkrant* 2006, afl. 129, 12; M. EIJKHOLT, "The right to procreate is not aborted. *Dickson v. United Kingdom*", *Medical Law Review* 2008, afl. 16, 284-293; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Limal, Anthemis, 2013, 72-85; N. GALLUS, "La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme", *Rev.trim.D.H.* 2008, afl. 75, 879-899; B-N. ORNA en I. CANOR, "Evans v. United Kingdom", *American Journal of International Law* 2008, afl. 102, 128-134; E. VANDEVEN, "Europese rechtspraak 'Rechten van de Mens' in kort bestek. EHRM 4 december 2007", *RW* 2009-2010, afl. 27, 1145-1146; G. VERSCHULDEN, "Overzicht van rechtspraak inzake MBV (exclusief draagmoederschap)" in S. TACK (eds.) en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting: in juridisch en ethisch perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 23-68 en X, "Die Heterologe In-vitro-Fertilisation vor der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", *Medizinrecht* 2012, afl. 30, 380-383.

⁹⁰ EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2006, §7.

⁹¹ *Ibid.*, §8.

⁹² *Ibid.*, §9-10.

november 2001 werden elf eicellen verwijderd en bevrucht, waarmee uiteindelijk zes embryo's werden gecreëerd. Twee weken later werden Evans' eierstokken verwijderd.⁹³

Een half jaar na de bevruchting van de embryo's gingen Natallie Evans en haar partner uit elkaar. J. bracht de *Bath Assisted Conception Clinic* op de hoogte van zijn wens dat de embryo's vernietigd zouden worden.⁹⁴ Evans werd door het ziekenhuis ingelicht over het feit dat ze wettelijk verplicht waren de embryo's te vernietigen op basis van de *Human Fertilisation and Embryology Act*. Ze trachtte dit te verhinderen via de nationale rechtbank, aangezien de bevruchte embryo's haar enige kans waren om een kind te krijgen dat genetisch aan haar verwant is. Zowel de *High Court* als de *Court of Appeal* wezen haar vordering echter af en de *House of Lords* gaf geen toestemming om in hoger beroep te gaan tegen de uitspraak van de *Court of Appeal*.⁹⁵ Uiteindelijk stapte Natallie Evans naar het EHRM, waar ze inriep dat de *Human Fertilisation and Embryology Act* een inbreuk uitmaakte op het recht op bescherming van haar privéleven, gewaarborgd in artikel 8 EVRM.⁹⁶

In wezen draait de zaak *Evans* rond een conflict tussen de negatieve en positieve component van procreatierechten. Bij een normale bevruchting, zonder beroep te doen op reproductieve voortplantingstechnieken, stelt dit probleem zich minder, daar de man na de bevruchting zijn toestemming niet meer kan intrekken. Het negatieve voortplantingsrecht van de man is dan ondergeschikt aan het positieve voortplantingsrecht van de vrouw. Het zou immers ondenkbaar zijn een vrouw te verplichten abortus te plegen indien de man zich bedenkt. Wanneer men echter gebruik maakt van reproductieve voortplantingstechnieken, zoals in casu, ligt het probleem gevoeliger. Er is sprake van een bepaald tijdsverloop tussen het moment van de bevruchting en het moment van de inplanting van de embryo's. Gedurende dit tijdsverloop is het mogelijk dat de man de toestemming die hij had gegeven om de eicellen te bevruchten met zijn sperma, wil intrekken. Het is van belang dat de nationale overheid duidelijke regels uitvaardigt om het intrekken van de toestemming gedurende het tijdsverloop tussen bevruchting en inplanting te reguleren.

De Britse overheid heeft gepoogd hieraan tegemoet te komen met de *Human Fertilisation and Embryology Act*. Sectie drie van deze wet schrijft voor dat elk van beide partners schriftelijk moet instemmen met de IVF-behandeling en op elk moment, alvorens de embryo's worden ingeplant bij de vrouw, de gegeven toestemming kan intrekken. Men omschrijft dit als een "*bright-line rule*", een duidelijke regel zonder uitzonderingen. Het doel van zo'n regel is het bevorderen van rechtszekerheid en vertrouwen in de wet. Bij het opstellen van de *Human Fertilisation and Embryology Act* heeft de Britse wetgever echter geen rekening gehouden met situaties waarin het wenselijk zou zijn toch te kunnen afwijken van deze regel, bijvoorbeeld wanneer één van de partijen lijdt aan een medische aandoening en zich op geen enkele andere manier nog kan voortplanten. Dit probleem doet zich voor in de zaak *Evans*.

⁹³ *Ibid.*, §11.

⁹⁴ *Ibid.*, §12.

⁹⁵ *Ibid.*, §13-22.

⁹⁶ *Ibid.*, §48.

i. Uitspraak van de Kamer

In een arrest van de Kamer van 7 maart 2006 besloot het Hof dat Evans' recht op bescherming van het privéleven niet werd geschonden.

Belangrijk in de redenering van de Kamer is de gedachte dat “*private life*’, which is a broad term, encompassing, inter alia, aspects of an individual’s physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world, incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent”. De Kamer is het dus met de partijen eens over de opvatting dat het recht op bescherming van het privéleven ex artikel 8 EVRM de keuze om wel of geen ouder te worden omvat. Dit is een zeer belangrijke beslissing, daar het EHRM voor de eerste maal erkent dat art. 8 EVRM van toepassing is op het recht om kinderen te krijgen.⁹⁷

Vervolgens oordeelt het Hof dat het niet bijzonder relevant is of de zaak vanuit de context van de positieve of negatieve verplichtingen wordt bekeken. In beide situaties moet er namelijk een redelijk evenwicht bestaan tussen de tegenstrijdige belangen van Evans en van de maatschappij, waarbij de nationale overheid een zekere beleidsvrijheid heeft. In casu is het Hof de opvatting toegedaan dat de Britse overheid een ruime appreciatiemarge geniet, gezien er noch overeenstemming is over de wettelijke bepalingen m.b.t. IVF-behandelingen, noch over de mogelijkheid om de gegeven toestemming in te trekken.⁹⁸ Ook wordt er belang gehecht aan het ethisch en moreel gevoelig karakter van de situatie bij het beoordelen van de omvang van de appreciatiemarge.⁹⁹

Het Hof besluit dat de *Human Fertilisation and Embryology Act* tot stand gekomen is naar aanleiding van het politieke doel om een duidelijke regelgeving (*‘bright-line rule’*) uit te vaardigen die zowel leidt tot rechtszekerheid als tot het behoud van publiek vertrouwen in de wet.¹⁰⁰ Het argument van Evans, m.n. dat het recht van de mannelijke donor om geen kinderen te krijgen minderwaardig is aan dat van de vrouw om wel kinderen te krijgen, wordt door het Hof terecht niet weerhouden. Mannen hebben uiteraard niet minder recht op de bescherming van hun privé- en familielevens dan vrouwen, en het is zeker niet nodig om het belang van de vrouw steeds te laten primeren op het belang van de man bij het bepalen van een redelijk evenwicht.

Het was volgens de Kamer mogelijk om in andere wetgeving te voorzien, bijvoorbeeld wetgeving die niet toelaat dat de gegeven toestemming nog wordt ingetrokken na het moment van de bevruchting van de eicel (zoals in Hongarije), maar aangezien de Britse overheid de haar toegekende ruime beleidsvrijheid niet heeft overschreden is het Hof van mening dat de Britse regering erin is geslaagd een redelijk evenwicht te voorzien tussen de verschillende tegenstrijdige belangen. De bepaling uit de *Human Fertilisation and Embryology Act* die J. toelaat om zijn toestemming in te trekken, schendt artikel 8 van het EVRM bijgevolg niet.¹⁰¹ De Kamer besloot dus, met vijf stemmen tegen twee, dat het recht op bescherming van het privéleven niet geschonden was.

⁹⁷ *Ibid.*, §57.

⁹⁸ *Ibid.*, §58-61.

⁹⁹ *Ibid.*, §58-62.

¹⁰⁰ *Ibid.*, §65.

¹⁰¹ *Ibid.*, §66-69.

Het idee van het Hof om aan de Britse overheid een ruime appreciatiemarge toe te kennen is m.i. onterecht. Hoewel er geen Europese consensus bestaat en het om een ethisch gevoelige kwestie gaat moet er slechts een beperkte appreciatiemarge toegekend worden, gezien voortplantingsrechten een belangrijk aspect van iemands' individuele bestaan en identiteit uitmaken. De Britse overheid genoot volgens het Hof een zekere beleidsvrijheid bij het opstellen van de *Human Fertilisation and Embryology Act*, maar dit mag niet leiden tot een volledige miskennen van het recht op bescherming van het privéleven, wat in casu wel degelijk het gevolg is voor Evans. Er bestaan m.i. betere manieren om het intrekken van de toestemming te reguleren, zoals bijvoorbeeld de regel dat het niet meer toegelaten is de gegeven toestemming in te trekken na de bevruchting. Deze oplossing draagt bovendien bij aan meer rechtszekerheid. Op die manier sluit de wetgeving ook nauwer aan bij de natuurlijke manier van conceptie.

De twee rechters die het niet eens waren met de beslissing van de Kamer, Traja en Mijović, maakten in een *joint dissenting opinion* duidelijk waarom ze zich niet konden vinden in het oordeel van de meerderheid.

Traja en Mijović zijn van mening dat het merendeel van de rechters te veel belang hecht aan de appreciatiemarge die toegekend dient te worden aan de nationale overheid. Daarnaast vinden ze dat er te veel aandacht wordt geschonken aan het argument dat de '*bright-line rule*' acceptabel is omdat deze zou zorgen voor rechtszekerheid en vertrouwen in de wet.¹⁰² In casu was het wenselijk geweest meer rekening te houden met de specifieke situatie van Natallie Evans. De weigering om de embryo's in te planten zorgt er in dit geval voor dat haar recht op voortplanting niet enkel wordt ingeperkt, maar volledig wordt tenietgedaan aangezien het haar laatste kans was om een kind te krijgen dat genetisch aan haar verwant was. Traja en Mijović oordelen, mijns inziens terecht, dat dit niet kan.¹⁰³

Ze vinden het noodzakelijk om een afweging te maken tussen twee private belangen, nl. de belangen van Evans en van J., in plaats van enkel private en publieke belangen af te wegen.¹⁰⁴ Belangrijk is de verplichting om ieders recht op bescherming van het privéleven te waarborgen. Traja en Mijović oordelen dat een eventuele Europese consensus invloed zou moeten hebben op de verschillende manieren waarop die bescherming gewaarborgd wordt, maar niet op de omvang van de bescherming. Staten mogen bij gebrek aan consensus kiezen hoe ze de bescherming wettelijk voorzien, maar het resultaat zou altijd moeten zijn dat het recht op bescherming van het privéleven wordt gewaarborgd. Het feit dat het Verenigd Koninkrijk een ruime appreciatiemarge geniet mag er niet toe leiden dat het recht van Natallie Evans op bescherming van haar privéleven volledig tenietgaat.¹⁰⁵

Om af te sluiten zetten Traja en Mijović uiteen welke redenering het Hof naar hun mening had moeten volgen opdat een redelijk evenwicht tussen Evans' en J.'s belangen zou worden gevonden: "*the interests of the party who withdraws consent and wants to have the embryos destroyed should prevail (if domestic law so provides), unless the other party (a) has no other means to have a genetically-related child; and (b) has no children at all; and (c) does not intend to have recourse to a surrogate mother in the process of implantation.*" Deze regel zou zorgen voor een redelijk evenwicht, zowel tussen individuele en publieke belangen als tussen tegenstrijdige individuele

¹⁰² EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2006, *joint dissenting opinion* van rechters Traja en Mijović, §1.

¹⁰³ *Ibid.*, §2-3.

¹⁰⁴ *Ibid.*, §4.

¹⁰⁵ *Ibid.*, §5.

belangen. Ook is deze test volgens Traja en Mijović genderneutraal.¹⁰⁶ In principe gaat J.'s belang om geen kinderen te krijgen dus voor op dat van Evans, maar aangezien zij op geen enkele andere manier een kind kan krijgen dat genetisch aan haar verwant is, nog geen kinderen heeft en ook geen beroep wil doen op een draagmoeder, zou het in casu, volgens Traja en Mijović, wenselijk zijn om haar belangen te laten primeren.

Ik sluit mij aan bij deze regel. Traja en Mijović opteren ervoor het belang van de partij die zijn/haar toestemming wil intrekken te laten primeren, tenzij de andere partij zich in een uitzonderingssituatie bevindt. Indien de andere partij geen enkele andere mogelijkheid heeft om een kind te krijgen waaraan ze genetisch verwant is, nog geen kinderen heeft en niet de intentie heeft om beroep te doen op een draagmoeder, moet haar belang vooropgesteld worden. Op deze manier is er nog steeds sprake van rechtszekerheid, maar houdt men eveneens rekening met de menselijke kant van de zaak. Mijns inziens mag het nastreven van rechtszekerheid er niet toe leiden dat een fundamenteel recht van een individu volledig wordt miskend. Door toepassing van deze regel zou het makkelijker zijn een redelijk evenwicht te bewerkstelligen tussen J.'s wil om zich niet voort te planten en Evans' wens om een kind te krijgen waaraan ze genetisch verwant is.

Natallie Evans kon zich niet vinden in de uitspraak van de Kamer en besloot beroep in te stellen bij de Grote Kamer van het EHRM. Vooraleer ze gehoord werd door de Grote Kamer, beklemtoonde Evans dat de maximale bewaarduur van de bevruchte embryo's verstreken was. Ongeacht de uitspraak van het Hof zou het voor haar dus nooit meer mogelijk zijn kinderen te krijgen waaraan ze genetisch verwant is.¹⁰⁷

ii. Uitspraak van de Grote Kamer

De Grote Kamer oordeelde op 10 april 2007 eveneens dat artikel 8 EVRM niet werd geschonden. Ze herhaalt het standpunt van de Kamer dat art. 8 EVRM het recht omvat op respect voor de keuze om wel of geen ouder te worden. Hieraan voegt het Hof nog toe dat artikel 8 eveneens betrekking heeft op de keuze om al dan niet ouder te worden in de genetische zin van het woord (zie ook *infra*, *Dickson v. United Kingdom*). Het Hof oordeelt dat er sprake is van een conflict tussen de tegenstrijdige rechten van twee individuen, met als gevolg dat welke keuze de nationale overheid ook maakt, er in elk geval een inbreuk zal zijn op de rechten van één van de individuen.¹⁰⁸

Voorts gaat het Hof in op twee belangrijke concepten die reeds aan bod kwamen in de procedure voor de Kamer. Eerst haalt het aan dat artikel 8 EVRM zowel negatieve als positieve verplichtingen omhelst, maar benadrukt dat de zaak Evans vooral moet worden bekeken vanuit het oogpunt van de positieve verplichtingen. Het is dus belangrijk na te gaan of de wetgevende bepalingen die in casu worden aangevochten, een redelijk evenwicht bewerkstelligen tussen de tegenstrijdige publieke en private belangen.¹⁰⁹ Vervolgens analyseert het Hof de omvang van de appreciatiemarge die moet worden toegekend aan de Britse overheid. Daar de feiten in deze zaak ethisch gevoelig liggen en er geen uniforme Europese consensus is, noch over het moment waarop

¹⁰⁶ *Ibid.*, §9.

¹⁰⁷ EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2007, 61-70.

¹⁰⁸ *Ibid.*, §71-74.

¹⁰⁹ *Ibid.*, §75-76.

de toestemming van de man onherroepelijk wordt, noch over wiens recht prevaleert (dat van de man om geen kinderen te krijgen of dat van de vrouw om zich voor te planten in de genetische zin van het woord), besluit het Hof dat aan de Britse overheid een ruime appreciatiemarge toekomt.¹¹⁰

Aangezien er bij een IVF-behandeling een bepaalde tijd verloopt tussen de creatie van de embryo's en de inplanting hiervan, vindt het Hof het niet enkel gerechtvaardigd, maar ook belangrijk dat een staat dat tijdsverloop reguleert. Het Hof oordeelt dat het doel van de *Human Fertilisation and Embryology Act*, m.n. het bieden van rechtszekerheid en het nastreven van een redelijk evenwicht tussen tegenstrijdige belangen, niet onverenigbaar is met artikel 8 EVRM.¹¹¹ Niettegenstaande het begrip dat het Hof kan opbrengen voor de situatie van Natallie Evans, is het toch van mening dat haar recht op voortplanting niet primeert op J.'s recht om zich niet voort te planten. Gezien er geen Europese consensus bestaat over de feiten, de nationale regels duidelijk waren en voor de procedure meegedeeld aan Evans en gezien de Britse overheid een redelijk evenwicht vond tussen de tegenstrijdige belangen, meer precies tussen de belangen van de overheid, van Evans en van J, besluit het Hof dat de *Human Fertilisation and Embryology Act* artikel 8 van het EVRM niet schendt.¹¹²

De beslissing van de Grote Kamer werd genomen met dertien stemmen tegen vier. De rechters die het oneens waren met de beslissing van het EHRM, met name rechters Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann en Ziemele, schreven een *joint dissenting opinion* waarin zij uiteenzetten waarom ze niet akkoord gaan met de gevolgde redenering.

De vier rechters kunnen zich niet vinden in de beslissing van de meerderheid om de zaak te bekijken vanuit het oogpunt van de positieve verplichtingen en zijn van oordeel dat men zich had moeten focussen op de inmenging met Evans' recht op respect voor de beslissing om ouder te worden in de genetische zin van het woord. De rechters aanvaarden dat die inmenging een wettelijke grondslag had en een legitiem doel nastreefde, maar vragen zich af of ze ook noodzakelijk en proportioneel was in het licht van de specifieke omstandigheden van deze zaak.¹¹³

Er wordt aangenomen dat "*the applicant's right to decide to become a genetically related parent weighs heavier than that of J.'s decision not to become a parent in the present case*". De beslissing van de meerderheid zorgt er bovendien niet enkel voor dat Evans' recht om zich voort te planten ingeperkt wordt, maar leidt ertoe dat haar recht om een kind te krijgen dat genetisch aan haar verwant is volledig tenietgaat.¹¹⁴ De specifieke bepalingen uit de *Human Fertilisation and Embryology Act* die in casu in twijfel worden getrokken, m.n. de bepalingen over het intrekken van de toestemming, hebben tot gevolg dat wanneer deze worden toegepast en het embryo wordt vernietigd, de laatste eicellen van Evans eveneens worden vernietigd. J.'s beslissing om geen ouder te worden heeft automatisch tot gevolg dat Evans' recht op voortplanting niet meer kan worden uitgeoefend.¹¹⁵ De vier rechters menen dat de Britse regering hiermee geen redelijk evenwicht kan

¹¹⁰ *Ibid.*, §77-81.

¹¹¹ *Ibid.*, §83-89.

¹¹² *Ibid.*, §90-92.

¹¹³ EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2007, *joint dissenting opinion* van rechters Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann en Ziemele, §5-6.

¹¹⁴ *Ibid.*, §6.

¹¹⁵ *Ibid.*, §8.

bewerkstelligen en oordelen: “*rendering empty or meaningless a decision of one of the two parties cannot be considered as balancing the interests*”.¹¹⁶

Bijgevolg besluiten Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann en Ziemele dat de toepassing van de *Human Fertilisation and Embryology Act* in de specifieke omstandigheden van deze zaak disproportioneel is en dat er dus sprake is van een ongeoorloofde inmenging met artikel 8 EVRM.¹¹⁷ Daarenboven oordelen de *dissenters* dat het Hof de appreciatiemarge niet zou mogen aanwenden om een grondige studie van het probleem in kwestie te vermijden.¹¹⁸

De zaak Evans is zeer belangrijk bij het beantwoorden van de voornaamste onderzoeksvraag in mijn scriptie. Voor het eerst erkende het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat er een recht op voortplanting kan worden afgeleid uit het recht op bescherming van het privéleven ex artikel 8 EVRM. Het Hof heeft in deze zaak echter nog geen uitspraak gedaan over hoe het gebruik van reproductieve voortplantingstechnieken rijmt met de toepassing van artikel 8 EVRM. Dit zal verder aan bod komen in hoofdstuk 4.

Het jammere in deze zaak is dat er een recht op voortplanting wordt erkend, maar dat de bescherming hiervan wordt uitgehold door het Hof. Mijns inziens verschuilt het Hof zich te veel achter de ruime appreciatiemarge die ze, onterecht, aan de Britse overheid toekent. De toewijzing van een ruime discretionaire bevoegdheid aan de Britse regering heeft, zo me dunkt, te grote gevolgen voor de bescherming van Evans’ recht op privé- en familieleven. Ik ben van mening dat de Britse overheid er niet in geslaagd is een redelijk evenwicht te bewerkstelligen tussen Evans’ rechten en J.’s rechten, daar Evans’ recht om kinderen te krijgen volledig wordt uitgehold.

Bij medisch begeleide voorplanting is er sprake van het probleem dat er een zeker tijdsverloop bestaat tussen het moment van bevruchting en het moment van de inplanting van de embryo’s. Het lijkt mij wenselijk ervoor te zorgen dat het proces van bevruchting bij medisch begeleide voortplanting gelijkloopt met dat van de normale conceptie. Een aangewezen gevolg hiervan zou moeten zijn dat de regelgeving met betrekking tot medisch begeleide voortplanting zoveel als mogelijk rekening probeert te houden met de hypothese als zouden de ouders wel kinderen kunnen krijgen door middel van natuurlijke conceptie. Het lijkt mij raadzaam dat wetgeving wordt uitgevaardigd die ervoor zorgt dat het niet meer mogelijk is dat de man eenzijdig de gegeven toestemming in kan trekken na de conceptie, tenzij in zeer uitzonderlijke gevallen waarbij het belang van het kind op het spel dreigt te komen te staan. Het intrekken van de toestemming is immers bij de normale conceptie ook niet meer mogelijk na bevruchting, want het is ondenkbaar dat een man een vrouw kan dwingen abortus te plegen. Ik denk dat nagenoeg iedereen het ermee eens is dat er in dat geval sprake zou zijn van een ernstige schending van artikel 8.

In casu is het natuurlijk moeilijk een redelijke afweging te maken tussen de belangen van Evans en de belangen van J., want deze staan lijnrecht tegenover elkaar. Zoals het Hof reeds zei, heeft dit tot gevolg dat welke keuze er ook wordt gemaakt, er in elk geval een inbreuk zal zijn op de rechten van één van de individuen. Er moet dan ook worden gezegd dat men een vrouw niet zou mogen dwingen

¹¹⁶ *Ibid.*, §7.

¹¹⁷ *Ibid.*, §13.

¹¹⁸ *Ibid.*, §12.

abortus te plegen, maar dat het eveneens onwenselijk zou zijn een vader op te dragen kinderen te krijgen die hij niet wil, zeker indien men rekening houdt met het belang van het kind. In principe moet medisch begeleide voortplanting het verloop van natuurlijke conceptie zoveel als mogelijk volgen, zodat het logisch is dat een man zijn toestemming kan intrekken vooraleer er bevruchting heeft plaatsgevonden.

Ik ben echter van mening dat het niet meer mogelijk zou mogen zijn de toestemming in te trekken na conceptie gezien dit bij natuurlijke conceptie ook niet meer kan, *tenzij* in gevallen waarbij het beter zou zijn geen kinderen te krijgen in plaats van kinderen waarvoor niet wordt gezorgd. Indien de moeder in haar eentje niet bekwaam is de opvoeding van het kind voor haar rekening te nemen en niet kan terugvallen op haar sociale omgeving, lijkt het mij inderdaad wenselijk dat het mogelijk is de toestemming, na de conceptie van de embryo's maar voor de inplanting in de baarmoeder, in te trekken. In dit opzicht sluit ik mij aan bij de Engelse wetgeving. In casu is er echter geen enkel element waaruit blijkt dat Evans niet perfect capabel zou zijn het kind alleen op de voeden, en ik vind dan ook dat het Hof te weinig rekening heeft gehouden met de persoonlijke elementen in deze zaak. Naar mijn mening is er geen redelijk evenwicht gevonden tussen de verschillende tegenstrijdige belangen die op het spel staan aangezien Evans' mogelijkheid om een kind te krijgen dat genetisch aan haar verwant is volledig tenietgaat. Het Hof had dus moeten besluiten tot een schending van artikel 8 EVRM.

Op ongeveer hetzelfde moment als *Evans v. United Kingdom* moest het Hof in *Dickson v. United Kingdom* alweer uitspraak doen over het al dan niet bestaan van een recht van voortplanting in de context van artikel 8 EVRM. Waar *Evans v. United Kingdom* betrekking had op een embryo dat reeds gevormd was, handelde *Dickson v. United Kingdom* over de vraag of een gevangene gebruik mocht maken van de techniek van kunstmatige inseminatie om een kind te krijgen dat genetisch verwant was aan beide ouders.

B. Dickson v. United Kingdom

Lorraine (°1958) en Kirk (°1972) Dickson leerden elkaar in 1999 kennen terwijl ze beiden een gevangenisstraf uitzaten. In 2001 trouwden ze. Lorraine was toen reeds vrijgelaten, maar Kirk zat nog steeds in de gevangenis waar hij een levenslange straf uitzat voor moord. Hij kon ten vroegste vrijkomen in 2009. Lorraine had reeds 3 kinderen uit een eerdere relatie, Kirk had nog geen kinderen. De Dicksons hadden een gezamenlijke kinderwens, maar beseften dat die moeilijk te verwezenlijken zou zijn op de natuurlijke manier. Seksuele contacten tijdens de detentie ('*conjugal visits*') waren namelijk niet toegelaten en Lorraines leeftijd na Kirks vrijlating zou vermoedelijk geen positieve invloed hebben gehad op een eventuele bevruchting. Daarom besloot het koppel een aanvraag in te dienen om toelating te verkrijgen voor kunstmatige inseminatie.¹¹⁹

De Britse minister van Binnenlandse Zaken wees deze aanvraag af omdat het beleid gedetineerden enkel in uitzonderlijke omstandigheden toeliet gebruik te maken van kunstmatige inseminatie. Hij gaf vervolgens ook specifieke redenen waarom de aanvraag niet werd toegekend: er werd rekening gehouden met Lorraines leeftijd en het feit dat de relatie tussen Kirk en Lorraine nog niet was getest

¹¹⁹ EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2006, §4-7.

in een normale omgeving. Daarnaast was er twijfel of er voldoende voorzieningen voorhanden waren voor het materiële welzijn van het kind en meende men dat er nauwelijks een ondersteunend netwerk was voor moeder en kind. Ook hield men rekening met het gegeven dat het kind het gedurende een groot deel van zijn kinderjaren zonder vader zou moeten stellen. Een vijfde reden om de toelating af te wijzen was de legitieme algemene bezorgdheid dat de bestraffende en ontradende elementen van de gevangenisstraf zouden worden omzeild indien men aan een gedetineerde zou toelaten vader te worden met behulp van kunstmatige inseminatie.¹²⁰ De Dicksons tekenden beroep aan tegen de beslissing van de minister maar zowel de *High Court* als de *Court of Appeal* wezen het beroep af.¹²¹ Hierop trokken Lorraine en Kirk naar het EHRM, waar ze inriepen dat de weigeringsbeslissing een beperking uitmaakte op het recht op bescherming van het privé- en familieleven ex artikel 8 EVRM.¹²²

In se speelt er in deze zaak een conflict tussen het belang van twee individuen en het maatschappelijk belang. In dat opzicht verschilt de zaak *Dickson* van de zaak *Evans*, waar men te maken had met twee tegenstrijdige individuele belangen. Een extra moeilijkheid in deze zaak is het feit dat Kirk in de gevangenis zit en er dus rekening gehouden moet worden met de gevolgen die dit gevangenschap eventueel heeft op het recht op en de uitoefening van de rechten beschermd door het EVRM.

i. Uitspraak van de Kamer

In een arrest van de Kamer van 18 april 2006 besloot het Hof dat het recht op bescherming van het privé- en familieleven niet werd geschonden.

Het Hof opent haar betoog met de idee dat gevangenen de rechten uit het EVRM niet verliezen als gevolg van hun veroordeling, met uitzondering van het recht op vrijheid. Gevangenschap heeft dus niet tot gevolg dat het recht op bescherming van het familie- en privéleven verloren gaat. Desondanks leidt de vrijheidsberoving toch tot enige beperking en controle op de rechten vervat in het EVRM, zoals in casu op de mogelijkheid om kinderen te krijgen. Het Hof oordeelt dat deze controle in principe niet onverenigbaar is met het EVRM, maar dat er moet worden getoetst of "*the nature and extent of that control can be considered compatible with the Convention*".¹²³ Om dit na te gaan moet er in eerste instantie worden beoordeeld of de overheid een negatieve of een positieve verplichting heeft miskend. De kwestie betreft volgens het Hof geen reeds bestaand recht, maar wel de onthouding van de Britse overheid om uitzonderlijke stappen te nemen zodat gevangenen kinderen kunnen krijgen. De Kamer is het dus met de verzoekers eens dat het Verenigd Koninkrijk, door haar weigering toegang te verlenen tot kunstmatige inseminatie, tekortkomt aan een positieve verplichting om het recht op privé- en familieleven te beschermen.¹²⁴ Een verbod op intiem partnercontact in de gevangenis zou daarentegen onder de categorie van negatieve verplichtingen vallen. Persoonlijk vind ik dit een vreemde beslissing, omdat het in beide gevallen gaat om een inmenging en niet om iets waarvoor de overheid actief actie moet ondernemen. Mijns inziens had de Kamer dus moeten oordelen dat het om een miskenning van een negatieve verplichting ging.

¹²⁰ *Ibid.*, §8.

¹²¹ *Ibid.*, §9-12.

¹²² *Ibid.*, §19.

¹²³ *Ibid.*, §26-27.

¹²⁴ *Ibid.*, §28-30.

Vervolgens zet het Hof haar redenering voort door te benadrukken dat het niet duidelijk is wat precies begrepen moet worden onder de notie 'respect' voor privé- en familielevens in artikel 8 EVRM, meer specifiek met betrekking tot de hieraan inherente positieve verplichtingen. Het Hof onderstreept dat, ondanks de vaststelling dat meer dan de helft van de verdragsluitende staten van de Raad van Europa intiem partnercontact in de gevangenis toelaat, het EVRM nog nooit werd geïnterpreteerd als bevattende een verplichting voor de verdragsluitende staten om dergelijke maatregelen te nemen. Bijgevolg besluit het Hof dat in casu een ruime appreciatiemarge toegekend dient te worden.¹²⁵ Indien het Hof de casus echter had bekeken vanuit het oogpunt van de negatieve verplichtingen, wat m.i. beter geweest was, zou het meer dan waarschijnlijk een minder ruime appreciatiemarge hebben toegekend.

Tenslotte moet, om de omvang van de positieve verplichtingen van de overheid te bepalen, worden getoetst of er een redelijk evenwicht bestaat tussen de algemene maatschappelijke belangen en de individuele belangen van de familie Dickson. De Britse minister voor Binnenlandse Zaken wees de aanvraag voor kunstmatige inseminatie af omdat het beleid gedetineerden enkel in uitzonderlijke omstandigheden toeliet gebruik te maken van kunstmatige inseminatie. Het doel van deze strategie was tweeledig: behoud van publiek vertrouwen in het strafrechtelijk systeem en bescherming van het welzijn van elk kind dat wordt verwekt met behulp van kunstmatige voortplanting. Het Hof accepteert deze doelstellingen en oordeelt vervolgens dat de criteria waarop in casu de beslissing gebaseerd was om geen toestemming te verlenen voor kunstmatige inseminatie, gepast waren en dat de beslissing rekening hield met de individuele omstandigheden van de familie Dickson¹²⁶. Aansluitend onderzoekt het Hof of er in deze zaak sprake is van een verstoring van het redelijk evenwicht door het toepassen van de criteria om kunstmatige inseminatie te weigeren. Een afweging wordt gemaakt tussen de moeilijke situatie waarin de Dicksons zich bevinden en het zorgvuldige beraad van de minister voor Binnenlandse Zaken over de specifieke omstandigheden in deze zaak. Ook maakt het Hof melding van het feit dat de beslissing van de minister reeds was getoetst door de *High Court* en de *Court of Appeal*, die beiden oordeelden dat deze beslissing niet onredelijk noch disproportioneel was. Bovendien herhaalt het Hof dat staten in zaken zoals deze een ruime beleidsvrijheid genieten, en bijgevolg besluit het dat het Verenigd Koninkrijk een redelijk evenwicht heeft gevonden tussen de tegenstrijdige belangen en er dus geen sprake is van een schending van het recht op bescherming van het familie- en privéleven van de familie Dickson.¹²⁷ Hier benadrukt de Kamer het subsidiaire karakter van het EHRM ten opzichte van de nationale instanties.

De Kamer oordeelde met vier stemmen tegen drie dat artikel 8 EVRM niet geschonden was. De drie rechters die van oordeel waren dat er wel sprake was van een schending, Casadevall, Garlicki en Borrego Borrego, schreven een *dissenting opinion* bij het arrest van het Hof.

In hun *joint dissenting opinion*¹²⁸ benadrukken rechters Casadevall en Garlicki dat het EHRM het recht op voortplanting erkent en verwijzen hiervoor naar de zaak *Evans*. Belangrijk in de *dissenting opinion* van Casadevall en Garlicki is het m.i. juiste idee dat de weigeringsbeslissing foutief wordt beschouwd als een tekortkoming aan de positieve verplichting van de overheid om het recht op

¹²⁵ *Ibid.*, §31.

¹²⁶ *Ibid.*, § 32-35.

¹²⁷ *Ibid.*, § 36-40.

¹²⁸ EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2006, *joint dissenting opinion* van rechters Casadevall en Garlicki.

bescherming van privé-en familielevens te waarborgen. De rechters zijn van mening dat de weigeringsbeslissing, net als het verbod op intiem partnercontact in de gevangenis, onder de categorie van de negatieve verplichtingen zou moeten vallen. Dit zou tot gevolg hebben dat de toegekende beleidsvrijheid minder ruim zou zijn. Daarnaast storen Casadevall en Garlicki zich aan het feit dat er enkel toestemming voor kunstmatige inseminatie wordt gegeven in "*exceptional circumstances*". Ze menen dat dit in ieder geval niet spoort met het recht op voortplanting van mevrouw Dickson en twijfelen of deze benadering in overeenstemming is met de algemeen aanvaarde idee dat gevangenen de rechten uit het EVRM niet verliezen als gevolg van hun veroordeling, met uitzondering van het recht op vrijheid. Net als de *dissenters* bij beide arresten Evans, menen Casadevall en Garlicki dat het beleid dat werd toegepast geen beperking van het recht op voortplanting uitmaakt, maar het definitieve tenietgaan van de mogelijkheid tot voortplanting tot gevolg heeft. Bijgevolg zijn zij van mening dat er geen redelijk evenwicht is gevonden tussen de algemene maatschappelijke belangen en de individuele belangen van Kirk en Lorraine Dickson. Dit lijkt mij een correcte redenering. Indien een afweging tussen twee belangen tot gevolg heeft dat één van de twee belangen volledig wordt miskend, is er m.i. geen evenwicht gevonden.

Ook rechter Borrego Borrego was het niet eens met het oordeel van de meerderheid.¹²⁹ Terecht merkt hij op dat er rekening gehouden wordt met de belangen van Kirk, de staat en het kind dat zou verwekt worden, maar dat de belangen van Lorraine Dickson volledig worden vergeten. De rol van de man is bij kunstmatige voortplanting essentieel, maar vrij beperkt, terwijl het de vrouw is die de procedure ondergaat. Lorraine is nochtans bereid de behandeling te doorstaan, zodat ze, op bijna vijftigjarige leeftijd, toch een kind van haar echtgenoot zou kunnen krijgen. M.i. had het Hof meer rekening moeten houden met haar situatie. Daarnaast wijst Borrego Borrego erop dat bepaalde argumenten die de weigeringsbeslissing zouden moeten rechtvaardigen, naar zijn mening niet voldoen. Het feit dat men rekening houdt met "*the nature and gravity of the first applicant's crime*" maakt volgens Borrego Borrego een tijdelijke de facto sterilisatie van Kirk Dickson uit. Hij vindt dit absurd, daar dit een straf is die door geen enkele rechtbank is opgelegd. Ik sluit mij hierbij aan. Zoals het Hof al meermaals heeft beslist, behoudt een gedetineerde het genot van al zijn mensenrechten. Het feit dat men rekening houdt met de aard en zwaarte van het gepleegde misdrijf is m.i. onbillijk.

Ook interpreteert Borrego Borrego het arrest als "*hostile to the conception of a baby unless, among other conditions, the stability of the couple is guaranteed*". De beslissing heeft inderdaad tot gevolg dat het moeilijk en mogelijks zelfs volledig uitgesloten wordt voor de familie Dickson om nog kinderen te krijgen die genetisch aan hen verwant zijn indien ze moeten wachten tot Kirk vrijkomt. De overheid hanteert in casu een zeer paternalistisch beleid, gezien ze ten gevolge van de gewraakte wetgeving zelf kan kiezen om gevangen de mogelijkheid te geven kinderen te krijgen. Dit zou niet mogen. Er moet zeer zeker rekening gehouden worden met het belang van het kind, maar, zoals Borrego Borrego ook aanhaalt, is het voor koppels waarvan een van beide partners terminaal ziek is wel mogelijk om kinderen te krijgen en in dat geval staat de andere ouder er ook alleen voor. In casu zorgt dus enkel het gevangenschap van Kirk ervoor dat het koppel samen geen kind kan krijgen. Borrego Borrego eindigt zijn betoog met de opmerking dat de weigering toestemming te verlenen

¹²⁹ EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2006, *dissenting opinion* van rechter Borrego Borrego.

voor kunstmatige inseminatie, gezien Lorraine's leeftijd, haar verhindert een kind te krijgen met haar echtgenoot. Borrego Borrego acht dit strijdig met artikel 8 EVRM. Ik ben het met hem eens.

In een, mijns inziens, volstrekt conservatieve *concurring opinion* zet rechter Bonello uiteen waarom hij het wél eens is met de opvatting van de meerderheid van de rechters.¹³⁰ Bonello is van mening dat "*nothing in the Convention guarantees to a person a 'right' to procreate*". In *Evans v. United Kingdom* had het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nochtans reeds erkend dat er een recht op voortplanting kan ressorteren onder artikel 8 van het EVRM.¹³¹ Er wordt dus wel degelijk een voortplantingsrecht gelezen in artikel 8 EVRM, maar dit recht is niet absoluut. Het feit dat dit recht niet absoluut is, heeft evenwel niet tot gevolg dat er geen recht op voortplanting wordt gegarandeerd.

Volgens Bonello moet er een afweging gemaakt worden tussen het verlangen van Lorraine Dickson om een gezin te stichten enerzijds en anderzijds de rechten van het kind dat zij wil verwekken. Hij is de opvatting toegedaan dat aan de Dicksons toestemming geven om kinderen te krijgen, strijdig zou zijn met het belang van het kind aangezien het geboren zou worden in de "*meanest circumstances*". Bonello meent dat "*the debut of life in a one-parent family, deprived of the presence of the father and of a father-figure, offspring of a life prisoner convicted for the most serious crime of violence, would not quite appear to be the best way of giving a child-to-be a head start in life*". Ook stelt hij zich vragen bij de duurzaamheid van de relatie tussen Kirk en Lorraine. In se is dit geen slecht argument, daar de rechten van het kind uitermate belangrijk zijn. Om echter te zeggen dat het kind geboren zou worden in de "*meanest circumstances*" is m.i. redelijk verregaand. Het kind is gewenst door beide ouders en nergens kan uit worden afgeleid dat Lorraine's andere kinderen opgegroeid zijn in slechte omstandigheden. Het belang van het kind moet zeker in ogenschouw genomen worden en moet m.i zelfs primeren op dat van de ouders, maar ik meen dat het niet aan de overheid is om mensen te verbieden kinderen te krijgen. Het is waar dat gevangenschap een invloed heeft op de uitoefening van de verdragsrechten, maar het zou er niet toe mogen leiden dat de bescherming van het recht op familieleven volledig tenietgaat. Daarenboven gebeurt het regelmatig dat kinderen worden geboren wanneer slechts één van de ouders in beeld is of wanneer beide ouders niet in staat zijn het kind op te voeden. Deze kinderen gaan niet noodzakelijk een slechte kindertijd tegemoet. Bonello is echter niet "*particularly impressed*" door het argument dat "*society regularly allows children to be born in similar or worse circumstances*". Daarnaast meent hij dat er in casu moet worden voldaan aan een positieve verplichting en niet aan een negatieve verplichting, en gelooft hij dat "*a responsible state [is] right to require of itself standards higher than those beyond its control in the free procreation market*".¹³²

ii. Uitspraak van de Grote Kamer

Rechter Borrego Borrego drukte in zijn *dissenting opinion* de hoop uit dat de uitspraak van de Kamer herbekeken zou worden door de Grote Kamer. Dit is uiteindelijk gebeurd in een arrest van 4

¹³⁰ EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2006, *concurring opinion* van rechter Bonello.

¹³¹ EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2006, §57.

¹³² EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2006, *concurring opinion* van rechter Bonello, §2-9.

december 2007, waarin de Grote Kamer de beslissing van de Kamer herzien heeft en besloot dat de Britse overheid met haar weigeringsbeslissing artikel 8 van het EVRM had geschonden.¹³³

Het Hof bevestigt dat artikel 8 EVRM van toepassing is in de zaak, aangezien dit artikel het recht omvat op eerbiediging van de keuze om ouder te worden in de genetische zin van het woord.¹³⁴ Opmerkelijk is dat het Hof geen opheldering geeft of er sprake is van een negatieve, dan wel een positieve verplichting die rust op de staat. Het enige wat in casu telt, is of er een redelijk evenwicht wordt bereikt tussen de individuele en maatschappelijke belangen van de betrokken partijen.¹³⁵ Op dit vlak verschilt de Grote Kamer dus van mening met de Kamer, die meende dat er in casu sprake was van een positieve verplichting. In de praktijk heeft dit verschil geen al te grote gevolgen, omdat er hoe dan ook moet worden nagegaan of er een redelijk evenwicht gevonden is tussen de verschillende tegenstrijdige belangen.

In de volgende stap van haar redenering gaat het Hof na of dit redelijk evenwicht is bereikt. Het oordeelt dat een gevangenisstraf de verwekking van een kind niet per se onmogelijk mag maken, daar het toestaan van kunstmatige inseminatie geen veiligheidsproblemen, noch andere administratieve of financiële lasten met zich meebrengt.¹³⁶ Ook meent het Hof dat het belangrijk is het publiek vertrouwen in het strafrechtelijk systeem te behouden, maar dat er hierbij rekening gehouden moet worden met het belang van de "*rehabilitative aim of imprisonment, particularly towards the end of a long prison sentence*".¹³⁷ Een derde, belangrijke overweging is dat een overheid volgens het Hof rekening moet houden met de belangen van het kind en zelfs een positieve verplichting heeft de effectieve bescherming van kinderen te verzekeren, maar dat dit niet zo ver mag gaan dat ouders verboden worden om kinderen te verwekken.¹³⁸

Volgens het Hof geniet de Britse overheid een ruime appreciatiemarge, daar er geen Europese consensus bestaat over seksuele contacten tijdens de detentie. Er moet echter worden opgemerkt dat het beleid van de Britse overheid elke effectieve afweging van de tegenstrijdige individuele en maatschappelijke belangen onmogelijk maakte, omdat de bewijslast waaraan de verzoekers moesten voldoen om aan te tonen dat er sprake was van uitzonderlijke omstandigheden ("*exceptionality*") abnormaal zwaar was. Het was derhalve niet mogelijk na te gaan of de beperking die door de Britse overheid werd opgelegd, proportioneel was.¹³⁹ Bijgevolg besluit de Grote Kamer van het Hof met twaalf stemmen tegen vijf dat er sprake is van een schending van artikel 8 van het EVRM.¹⁴⁰

Rechters Wildhaber, Zupančič, Jungwiert, Gyulumyan en Myjer waren het oneens met het oordeel van de meerderheid en verduidelikten in een gezamenlijke *dissenting opinion* waarom.¹⁴¹ Ze menen dat artikel 8 EVRM niet geschonden is vermits het beleid van de Britse overheid wel degelijk een

¹³³ EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2007.

¹³⁴ *Ibid.*, §66.

¹³⁵ *Ibid.*, §69-71.

¹³⁶ *Ibid.*, §74.

¹³⁷ *Ibid.*, §75.

¹³⁸ *Ibid.*, §76.

¹³⁹ *Ibid.*, §82.

¹⁴⁰ *Ibid.*, §83-85; Rechter Bratza schreef een *concurring opinion* bij het arrest, waarin hij uitlegt waarom hij zijn opinie over de schending van artikel 8 EVRM heeft bijgesteld. De argumenten die hij aanhaalt worden echter al uitvoerig besproken in het arrest zelf, zodat ik hier geen bijkomende aandacht aan zal besteden.

¹⁴¹ EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2007, *joint dissenting opinion* van rechters Wildhaber, Zupančič, Jungwiert, Gyulumyan en Myjer.

afweging van de individuele en maatschappelijke belangen toeliet, wat in casu volgens hen ook is gebeurd. Daarnaast vinden ze dat de meerderheid van de rechters bij de afweging niet genoeg belang heeft gehecht aan bepaalde feiten, zoals bijvoorbeeld *"the very low chances of a positive outcome of in vitro fertilisation of women aged 45"*. De rechters concluderen dat staten in zaken zoals deze een wezenlijke (*"important"*) appreciatiemarge genieten, die in casu te veel is beperkt. Ze sluiten hun betoog af met een m.i. vreemde redenering: *"in the specific circumstances of the case (the couple established a pen-pal relationship while both serving prison sentences; the couple had never lived together, there was a 14-year age difference between them; the man had a violent background; the woman was at an age where natural or artificial procreation was hardly possible and in any case risky; and any child which may be conceived would be without the presence of a father for an important part of his or her childhood years), it could not be said that the British authorities had acted arbitrarily or had neglected the welfare of the child which would be born"*. Er wordt m.i. te veel gesteund op de specifieke omstandigheden van de zaak om te concluderen dat de Britse overheid geen ongerechtvaardigde inmenging of beperking had opgelegd aan de familie Dickson. Ik meen dat het totaal irrelevant is rekening te houden met bijvoorbeeld het leeftijdsverschil tussen Kirk en Lorraine en met Lorraines leeftijd om kunstmatige inseminatie te weigeren. Het genot van een mensenrecht is universeel en zou niet mogen afhangen van zulke feiten.

Belangrijk om op te merken is, zoals M. EIJKHOLT ook deed, is dat we uit dit arrest geen algemene conclusies kunnen trekken over het recht op voortplanting, gezien het arrest in casu enkel betrekking had op het recht op toegang tot kunstmatige inseminatie. Het is onduidelijk of we uit dit arrest ook kunnen besluiten dat er een algemeen recht op voortplanting bestaat.¹⁴² Daarnaast moet rekening gehouden worden met de vraag in hoeverre de redenering die het Hof heeft gevolgd in dit arrest ook van toepassing zou zijn indien de feiten anders lagen, bijvoorbeeld indien een vrouwelijke gevangene wiens man reeds vrij is gebruik wil maken van kunstmatige inseminatie. Heeft de overheid dan nog steeds de verplichting om kunstmatige inseminatie of medisch begeleide voortplanting toe te laten of om te voorzien in de faciliteiten die hiervoor nodig zijn? Indien de gevangene veroordeeld werd tot levenslange opsluiting zonder de mogelijkheid vervroegd vrij te komen, moet dan nog het recht op kunstmatige voortplanting gelden? In dat geval zou het kind helemaal geen vaderfiguur hebben, is dat in het belang van het kind? Op deze vragen heeft het Hof nog geen duidelijk antwoord geformuleerd.

C. Conclusie

Zowel de zaken *Evans* als *Dickson* zijn uitermate belangrijk voor de erkenning van voortplantingsrechten in de context van artikel 8 EVRM. In de zaak *Dickson* erkende het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat er zowel onder het recht op bescherming van het privéleven als onder het recht op bescherming van het familie- en gezinsleven een recht op voortplanting kan ressorteren. Het grote verschilpunt met het arrest *Evans* is dus dat er daar enkel sprake was van een recht op voortplanting dat ressorteerde onder het recht op bescherming van het privéleven, terwijl er in de huidige zaak ook sprake was van een gezinsleven, omdat de Dicksons getrouwd

¹⁴² M. EIJKHOLT, "The right to procreate is not aborted. *Dickson v. United Kingdom*", *Medical Law Review* 2008, afl. 16, 288.

zijn.¹⁴³ Een tweede beduidend verschil is dat de zaak *Evans* gaat over twee tegenstrijdige individuele belangen, terwijl in *Dickson v. UK* een conflict speelt tussen het maatschappelijk belang en het belang van twee individuen. Daarnaast is het ook belangrijk op te merken dat er in de zaak *Evans* reeds sprake was van een bevruchting en bijgevolg een mogelijkheid tot voortplanting, terwijl dit bij de familie *Dickson* nog niet het geval was. EIJKHOLT vermoed evenwel dat we uit het arrest *Dickson* kunnen afleiden dat het Hof de mening is toegedaan dat wanneer er een kinderwens is, er een gelegenheid zou moeten zijn om voortplanting te verwezenlijken.¹⁴⁴

Zowel in de zaak *Evans* als in de zaak *Dickson* is er onenigheid over het bestaan van positieve of negatieve verplichtingen. In het arrest van de Kamer d.d. 18 april 2006 (*Dickson v. United Kingdom*) is het Hof geneigd aan te nemen dat de Britse overheid tekortkomt aan een positieve verplichting om het recht op privé- en familielevens te beschermen. De Grote Kamer geeft daarentegen geen opheldering over de vraag of er sprake is van een negatieve of positieve verplichting, maar oordeelt dat het doorslaggevend is of er een redelijk evenwicht wordt bereikt tussen de individuele en maatschappelijke belangen van de betrokken partijen. Dit was eveneens het standpunt van de Kamer in de zaak *Evans*. De Grote Kamer in deze zaak oordeelde echter, net zoals de Kamer in *Dickson v. UK*, dat artikel 8 EVRM zowel positieve als negatieve verplichtingen omvat, maar benadrukt dat de zaak *Evans* toch vooral vanuit het oogpunt van de positieve verplichtingen bekeken moet worden.

Ook is er discussie over de omvang van de appreciatiemarge die toegekend dient te worden aan de nationale overheid. In beide arresten wordt geoordeeld dat de overheid een ruime discretionaire bevoegdheid geniet omdat er onder de verdragsluitende staten van de Raad van Europa geen overeenstemming is over de feiten waarop de zaken betrekking hebben. In mijn ogen is er echter toch sprake van een belangrijk aspect van een individueel recht dat wordt ingeperkt (en dat in de situatie van Natallie Evans zelfs volledig wordt miskend) waardoor het m.i. wenselijk is een beperktere beleidsvrijheid toe te staan aan de nationale overheid. Gelukkig heeft het Hof, in vergelijking met de zaak *Evans*, de omvang van de appreciatiemarge in het arrest *Dickson* reeds ingeperkt. De vraag is nu of dit een eenmalig optreden was of dat we kunnen besluiten dat er een tendens plaatsvindt om de nationale overheden een minder ruime beleidsvrijheid toe te kennen. Dit zal verder onderzocht worden in het volgende hoofdstuk van deze scriptie.

We kunnen uit dit hoofdstuk concluderen dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een recht op voortplanting leest in het recht op bescherming van het privé- en familieleven ex artikel 8 EVRM. Dit recht is echter niet absoluut, wat wil zeggen dat de omvang van het recht op voortplanting kan worden ingeperkt. Wegens een gebrek aan Europese consensus en de ethisch gevoelige aard van medisch begeleide voortplanting hebben overheden een ruime discretionaire bevoegdheid. Dit leidt ertoe dat staten beperkingen mogen opleggen aan het recht op voortplanting, op voorwaarde dat voldaan is aan de vereisten uit artikel 8 lid 2 EVRM en er een redelijk evenwicht is bereikt tussen de verschillende tegenstrijdige belangen die op het spel staan. Hoe sterker de legitieme doelstelling is die de overheid nastreeft, hoe groter de inmenging met het recht op voortplanting mag zijn.

¹⁴³ Zie *supra*: een geldig huwelijk is een voldoende voorwaarde om te kunnen spreken van "gezinsleven".

¹⁴⁴ M. EIJKHOLT, "The right to procreate is not aborted. *Dickson v. United Kingdom*", *Medical Law Review* 2008, afl. 16, 284.

HOOFDSTUK 4: Het recht op medisch begeleide voortplanting ex artikel 8 EVRM

Zoals uit het voorgaande hoofdstuk kan worden afgeleid, heeft het Hof reeds erkend dat er een recht op voortplanting kan ressorteren onder artikel 8 EVRM. De vraag die in dit hoofdstuk zal worden beantwoord is of het Hof, naast dit 'gewone' recht op voortplanting, ook erkent dat artikel 8 EVRM een recht behelst om kinderen te krijgen met behulp van de medisch begeleide voortplantingstechnieken. Om hierop een antwoord te kunnen formuleren zullen drie relevante arresten besproken worden, meer bepaald *S.H. and Others v. Austria*, *Costa and Pavan v. Italy* en *Knecht v. Romania*. Dit zijn de drie recentste arresten waarin het Hof zich uitsprak over de erkenning van voortplantingsrechten.¹⁴⁵

A. S.H. and Others v. Austria

S.H. and Others v. Austria is het derde arrest waarin het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde over medisch begeleide voortplanting en de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM. Het grote verschil met de arresten besproken in het vorige hoofdstuk is dat dit arrest betrekking heeft op medisch begeleide voortplanting met behulp van donormateriaal, terwijl *Evans v. United Kingdom* en *Dickson v. United Kingdom* handelden over homologe medisch begeleide voortplanting.

De vier verzoekers zijn twee getrouwde koppels uit Oostenrijk. De eerste verzoekster, S.H., produceert eicellen maar heeft steriele eileiders waardoor de eicellen niet tot in de baarmoeder geraken. Haar echtgenoot D.H., de tweede verzoeker, kan geen sperma produceren. De derde verzoekster, H.E.-G., produceert geen eicellen en is zodoende ook volledig onvruchtbaar. Haar echtgenoot M.G., de vierde verzoeker, is wel vruchtbaar en kan sperma produceren.

Het eerste koppel kon enkel een kind krijgen dat genetisch verwant is aan de vrouw door middel van in-vitrofertilisatie met het gebruik van donorsperma. Dit was echter niet toegestaan door de *Fortpflanzungsmedizingesetz*, die het gebruik van medisch begeleide voortplantingstechnieken

¹⁴⁵ Naast de relevante arresten die in dit hoofdstuk besproken worden, heb ik mij gebaseerd op volgende bronnen: E. AYŞEGÜL, "La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de procréation médicalement assistée", *Médecine et Droit* 2011, afl. 106, 23-26; C. BÉROS, "L'interdiction du diagnostic préimplantatoire sur la sellette européenne" (noot onder EHRM, *Costa and Pavan v. Italy*, 2013), *Revue de droit sanitaire et social* 2013, afl. 1, 67-72; S. BIONDI, "Access to medical-assisted reproduction and PGD in Italian law: a deadly blow to an illiberal statute? Commentary to the European Court on Human Rights decision *Costa and Pavan v. Italy*", *Medical law review* 2013, afl. 21, 474-486; J. DUTE, "European Court of Human Rights. ECHR 2013/9 Case of *Costa and Pavan v. Italy*, 28 August 2012, no. 54270/10 (Second Section)", *European Journal of Health Law* 2013, afl. 20, 315-328; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Limal, Anthemis, 2013, 72-85; S. MCGUINNESS, "Health, Human rights and the regulation of Reproductive technologies in *S.H. and Others v. Austria* (application no. 57813/00)", *Medical Law Review* 2013, afl. 21, 146-160; W. VAN HOOFF en G. PENNING, "The consequences of *S.H. and Others v. Austria* for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgments", *Reproductive BioMedicine Online* 2012, afl. 25, 665-669; C. VAN VYVE, "Mensenrechtenhof blaast warm en koud over recht op kunstmatige voortplanting", *Juristenkrant* 2012, afl. 14, 2; G. VERSCHULDEN, "Overzicht van rechtspraak inzake MBV (exclusief draagmoederschap)" in S. TACK (eds.) en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting: in juridisch en ethisch perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 23-68; G. WILLEMS, "Cour de Strasbourg et procréation médicalement assistée avec tiers donneur: des choix interprétatifs empreints de judicial self-restraint", *Rev.trim.dr.fam.* 2012, afl. 3, 509-532; X, "Die Heterologe In-vitro-Fertilisation vor der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", *Medizinrecht* 2012, afl. 30, 380-383.

reguleert. De toegelaten technieken waren (1) kunstmatige inseminatie, (2) in-vitrofertilisatie met het sperma van de echtgenoot of partner, (3) het inbrengen van levensvatbare cellen in de baarmoeder of de eileiders van de vrouw en (4) het inbrengen van eicellen of van eicellen en zaadcellen van de partner in de baarmoeder of eileiders van de vrouw. In principe mag dus enkel het sperma van de eigen echtgenoot of partner worden gebruikt, maar in uitzonderlijke omstandigheden mag men, weliswaar enkel bij kunstmatige inseminatie, beroep doen op donorsperma. Eiceldonatie is altijd verboden.

Het tweede koppel kon enkel een kind krijgen dat genetisch verwant was aan de man door middel van de techniek van heterologe embryotransfer. Dit houdt in dat er in de baarmoeder van de vrouw een embryo wordt ingeplant dat werd gecreëerd door het samenvoegen van een donoreicel en het sperma van de man. Ook dit was verboden volgens de *Fortpflanzungsmedizingesetz*.

De verzoekers meenden dat Oostenrijk door het uitvaardigen van deze bepalingen artikel 8 van het EVRM schond. Het Oostenrijks Grondwettelijk Hof (*Verfassungsgerichtshof*) oordeelde in 1999 dat de feiten inderdaad onder de beschermingssfeer van artikel 8 vielen, maar dat aan de overheid een ruime beleidsvrijheid toegekend was die de wetgever niet had overschreden, zodat de bestreden bepalingen van de *Fortpflanzungsmedizingesetz* niet in strijd waren met artikel 8 EVRM.¹⁴⁶

i. Uitspraak van de Kamer

Op 1 april 2010 sprak de Kamer zich uit over deze kwestie en oordeelde dat de bestreden bepalingen van de *Fortpflanzungsmedizingesetz* wel een schending uitmaakten van artikel 8 EVRM.

Bijzonder belangrijk in het licht van deze scriptie is volgende opvatting van het Hof: *"the notion of 'private life' within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, inter alia, the right to establish and develop relationships with other human beings [...], the 'right to personal development' [...] or the right to self-determination as such [...]. It encompasses elements such as names [...], gender identification, sexual orientation and sexual life, which fall within the personal sphere protected by Article 8 [...], and the right to respect for the decisions both to have and not to have a child (see Evans v. the United Kingdom [...]). In the case of Dickson v. the United Kingdom, [...], the Court found that Article 8 was applicable in that the artificial insemination facilities at issue concerned their private and family life which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents [...]. The Court therefore considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that end comes within the ambit of Article 8, as such a choice is clearly an expression of private and family life."*¹⁴⁷ De Kamer besloot dus dat er onder artikel 8 EVRM een recht kon ressorteren om kinderen te krijgen met behulp van medisch begeleide voortplanting. Waar er in de arresten *Evans* en *Dickson* dus enkel sprake was van een recht op voortplanting, spreekt men hier over een recht op voortplanting met behulp van medisch begeleide voortplantingstechnieken. Hiermee neemt het Hof een enorme stap voorwaarts in de erkenning van voortplantingsrechten.

¹⁴⁶ EHRM, *S.H. and others v. Austria*, 2010, §7-23.

¹⁴⁷ *Ibid.*, §58-60.

Daarnaast werd geoordeeld dat aan lidstaten een ruime appreciatiemarge toegekend dient te worden, gezien een IVF-behandeling aanleiding geeft tot *"sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments"* en er onder de verdragsluitende staten van de Raad van Europa geen consensus bestaat met betrekking tot de feiten in deze zaak. Die appreciatiemarge heeft volgens het Hof zowel betrekking op de inmengingsbeslissing als op de regels die worden uitgevaardigd om een redelijk evenwicht te bewerkstelligen tussen de tegenstrijdige private en publieke belangen. De toekenning van een ruime appreciatiemarge lijkt mij onterecht. Ondanks het gebrek aan consensus en de gevoelige aard van het probleem in kwestie zijn voortplantingsrechten een belangrijk aspect van het individuele bestaan en de identiteit van de verzoekers. Er dient bijgevolg slechts een beperkte beleidsvrijheid toegekend te worden.

Ondanks het feit dat het Hof dus een ruime appreciatiemarge toekent aan de nationale overheden, moet het nog steeds nagaan of de argumenten, die door Oostenrijk naar voren worden geschoven om het eventuele verschil in behandeling te rechtvaardigen, toereikend zijn.¹⁴⁸ Het Hof onderzoekt de situaties van de twee koppels afzonderlijk en begint met het tweede koppel, i.e. de derde en vierde verzoeker. Dit koppel kan enkel een kind krijgen dat genetisch verwant is aan één van de ouders indien er gebruik gemaakt wordt van donoreicellen, wat door de Oostenrijkse *Fortpflanzungsmedizingesetz* verboden wordt. Het Hof gaat na of er sprake is van een verschil in behandeling tussen de verzoekers en iemand die zich in een gelijkaardige situatie bevindt. Volgens het Hof is zo'n verschil niet te rechtvaardigen, tenzij er een *"objective and reasonable justification"* voor bestaat, wat wil zeggen dat het verschil *"does pursue a legitimate aim or if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised"*.¹⁴⁹

De Kamer is van oordeel dat noch morele overwegingen, noch onbehagen van de gemeenschap volstaan om eiceldonatie te verbieden. Belangrijk is dat ze meent dat een nationale overheid niet de verplichting heeft om medisch begeleide voortplanting toe te staan, maar dat, indien de lidstaat dit toch heeft toegelaten, de wetgeving coherent moet zijn en het mogelijk moet maken rekening te houden met de verschillende legitieme belangen in kwestie: *"There is no obligation on a State to enact legislation of the kind to allow artificial procreation. However, once the decision has been taken to allow artificial procreation and notwithstanding the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States, the legal framework devised for this purpose must be shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention"*.¹⁵⁰ Hieruit kunnen we m.i. afleiden dat het Hof meent dat een staat in principe geen positieve verplichting heeft om medisch begeleide voortplanting toe te staan aan haar inwoners, maar dat, eens ze dit wel op een of andere manier doet, rekening gehouden moet worden met de verschillende legitieme belangen in kwestie en met de verplichtingen die voortkomen uit het EVRM. Eigenlijk oordeelt het Hof hier dat IVF met gedoneerde eicellen toegestaan zou moeten zijn omdat IVF met gedoneerde spermacellen eveneens is toegelaten.

¹⁴⁸ *Ibid.*, §69.

¹⁴⁹ *Ibid.*, §70-72.

¹⁵⁰ *Ibid.*, §74.

Op het volgende argument van de Oostenrijkse overheid, m.n. dat er een risico bestaat dat eiceldonatie leidt tot de uitbuiting en vernedering van vrouwen in een economisch zwakke positie omdat deze geneigd zouden zijn eicellen te doneren om zelf de procedure van IVF te kunnen betalen, antwoordt het Hof dat een compleet verbod op eiceldonatie en op IVF met gedoneerde eicellen niet proportioneel is. Het Hof is van mening dat Oostenrijk meerdere manieren had om haar belangen te beschermen en dat het verbod op eiceldonatie niet beschouwd kan worden als de minst ingrijpende oplossing. Potentieel toekomstig misbruik lijkt inderdaad niet te voldoen om een volledig verbod op eiceldonatie te rechtvaardigen, indien het ook mogelijk is om op een andere manier dit potentieel misbruik te verhinderen. Daarnaast moet gezegd worden dat de Oostenrijkse overheid hier een zeer paternalistisch standpunt inneemt. Waarom moet men vrouwen beschermen, maar mannen niet? Kunnen mannen in een economisch zwakke positie niet worden uitgebuit of vernederd? De enige verklaring die hiervoor gevonden kan worden is het stereotiepe beeld dat de seksualiteit van vrouwen kwetsbaar is en beschermd moet worden, terwijl de mannelijke seksualiteit actief en agressief is. Dit heeft echter niets te maken met biologie, maar eerder met puur paternalisme.¹⁵¹

Op diezelfde manier wordt ook het argument van de Oostenrijkse overheid dat er een risico bestond dat IVF niet enkel gebruikt wordt om kinderen te krijgen, maar bovendien wordt aangewend voor eugenetische doeleinden ("*selection' of children*"), weerlegd.¹⁵² Met betrekking tot beide argumenten besluit het Hof dat deze niet specifiek gericht zijn tegen de medisch begeleide voortplantingstechnieken waarvan in casu sprake is, maar tegen medisch begeleide voortplanting in het algemeen. Mogelijk misbruik van de technieken in kwestie is geen voldoende reden om deze technieken volledig te verbieden indien er opties zijn om het gebruik ervan te reguleren en waarborgen tegen het misbruik te voorzien.¹⁵³ Dit lijkt mij correct te zijn.

Het argument dat eicelafname voor donatie een riskante en zware medische ingreep vereist en daarom niet wordt toegelaten, wordt eveneens weerlegd door het Hof. Bij homologe IVF, waarbij geen donormateriaal wordt gebruikt, is het risico dat rust op de vrouw wiens eicellen worden weggenomen hetzelfde. Deze vorm van medisch begeleide voortplanting wordt echter wel toegelaten door de *Fortpflanzungsmedizingesetz*.¹⁵⁴ Met betrekking tot het argument van de Oostenrijkse overheid dat het gebruik van donoreicellen voor IVF ongewone familierelaties tot stand zou brengen (m.n. "*unusual relationships in which the social circumstances deviated from the biological ones, namely the division of motherhood into a biological aspect and the aspect of 'carrying a child' and perhaps also a social aspect*"), merkt het Hof op dat de Oostenrijkse wetgever zich liet leiden door de idee dat medisch begeleide voortplanting zo dicht mogelijk moet aanleunen bij natuurlijke voortplanting. Ze wil het principe "*mater semper certa est, pater est quem nuptiae demonstrant*" eerbiedigen, maar daarbij is de overheid vergeten dat er reeds in grote mate "*unusual family relations*" voorkomen in de rechtsorde van de verdragsluitende staten van de Raad van Europa, denk maar aan adoptie. Hieruit besluit het Hof dat er geen onoverkomelijke obstakels zijn om familierelaties die voortkomen uit een in het geding zijnde toepassing van kunstmatige

¹⁵¹ A. TIMMER, *Missed Chance at Condemning Paternalism: S.H. and Others v. Austria, Part two*, <http://strasbourgobservers.com/2010/04/26/missed-chance-at-condemning-paternalism-s-h-and-others-v-austria-part-two/>.

¹⁵² EHRM, *S.H. and others v. Austria*, 2010, §75-76.

¹⁵³ *Ibid.*, §77.

¹⁵⁴ *Ibid.*, §78.

voortplantingstechnieken, op te nemen in het algemene kader van het familierecht en hiermee gerelateerde rechtsgebieden.¹⁵⁵

Het is positief dat de Oostenrijkse overheid poogt de wetgeving rond medisch begeleide voortplanting zo veel mogelijk te laten aanleunen bij natuurlijke reproductie. Natuurlijk moet rekening gehouden worden met het feit dat de traditionele familierelaties geëvolueerd zijn en het lijkt mij dan ook wenselijk deze evolutie op te nemen in het wettelijk kader. Het is echter vreemd dat het Hof het gebruik van donoreicellen voor IVF gelijklopend vindt aan adoptie. In deze laatste situatie stelt de vraag wie nu precies de biologische moeder is zich niet. Dit is anders bij IVF met gebruik van donoreicellen. Is de biologische moeder hier de eiceldonor of de vrouw in wiens baarmoeder het kind is ontwikkeld? Het is aan te raden duidelijkheid te scheppen in het wettelijk kader rond medisch begeleide voortplanting.

Ook het argument dat kinderen recht hebben om te weten van wie ze afstammen, maar dat dit bij gebruik van donorsperma of donoreicellen vaak onmogelijk zou zijn, kan niet overtuigen. Zoals de meeste mensenrechten is dit geen absoluut recht en kan hier derhalve van worden afgeweken. Bijgevolg besluit de Kamer van het EHRM dat er in casu geen redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat om het verschil in behandeling dat zich voordoet te verantwoorden, zodat er met betrekking tot de derde en vierde verzoeker sprake is van een schending van artikel 14 EVRM, gelezen in samenhang met artikel 8 EVRM.¹⁵⁶

Met betrekking tot de eerste en tweede verzoeker, die enkel een kind kunnen krijgen dat genetisch verwant is aan de vrouw door middel van in-vitrofertilisatie met het gebruik van donorsperma, moest het Hof nagaan of het verschil in behandeling tussen verzoekers, die enkel een genetisch verwant kind kunnen krijgen met behulp in-vitrofertilisatie met het gebruik van donorsperma, en tussen koppels die donorsperma gebruiken voor in-vivofertilisatie¹⁵⁷, objectief en redelijk gerechtvaardigd kon worden.¹⁵⁸ Het Hof merkt op dat in-vitrofertilisatie met gebruik van gedoneerd sperma eigenlijk twee technieken combineert die afzonderlijk in de *Fortpflanzungsmedizingesetz* wel zijn toegelaten, m.n. spermadonatie met het oog op in-vivofertilisatie en heterologe in-vitrofertilisatie. Het verbod om deze twee technieken te combineren moet volgens het Hof gerechtvaardigd worden door zeer overtuigende argumenten. Dit lijkt voor de hand liggend. Kunstmatige inseminatie met donorsperma is toegestaan, net zoals IVF met sperma van de partner. Waar ziet de Oostenrijkse overheid dan een zodanig probleem om IVF met gedoneerd sperma niet toe te staan?

De argumenten die door de overheid worden opgeworpen hebben grotendeels betrekking op eiceldonatie, niet op spermadonatie. Er is echter één bijkomend argument dat door het Hof wel wordt onderzocht, nl. dat kunstmatige inseminatie in vivo reeds langere tijd werd toegepast vooraleer de *Fortpflanzungsmedizingesetz* van kracht werd en relatief makkelijk uit te voeren is, zodat de toepassing van het verbod ervan moeilijk te controleren zou zijn. Het Hof meent dat deze kwestie van efficiëntie ("*compliance with a prohibition would have been impossible to monitor*") moet worden

¹⁵⁵ *Ibid.*, §79-81.

¹⁵⁶ *Ibid.*, §82-85.

¹⁵⁷ Bij deze techniek worden eicellen geoogst en samen met het sperma in een minicapsule geplaatst in de baarmoeder. Nadien worden de embryo's eruit gehaald en in de baarmoeder geplaatst.

¹⁵⁸ *Ibid.*, §88.

afgewogen tegen de individuele belangen van verzoekers die in casu op het spel staan. Ik meen dat een kwestie van efficiënte in dit geval absoluut geen rechtvaardiging kan zijn voor de inperking van de rechten van de verzoekers. Als men kunstmatige inseminatie toestaat met donorsperma lijkt het mij niet al te veel extra moeite om dit ook toe te staan voor IVF, gezien IVF met sperma van de partner wel toegestaan is. Blijkbaar ziet de overheid een groot verschil in efficiëntie tussen het gebruik van donorsperma en sperma van de partner, maar mij is dit verschil niet duidelijk.

Belangrijk is dat het Hof benadrukt dat, gezien voortplantingsrechten een belangrijk aspect van verzoekers' individuele bestaan en identiteit uitmaken, er slechts een beperkte appreciatiemarge dient toegekend te worden aan de nationale overheid. Bijgevolg was het verbod op in-vitrofertilisatie met het gebruik van donorsperma niet proportioneel. Het verschil in behandeling tussen enerzijds de eerste en tweede verzoeker en anderzijds mensen die gebruikt maakten van een spermadonor met het oog op in-vivofertilisatie kon niet objectief en redelijk worden verantwoord. Het Hof besluit dan ook dat er in de situatie van het eerste koppel eveneens sprake was van een schending van artikel 14 EVRM, gelezen in samenhang met artikel 8 EVRM.¹⁵⁹ Dit is een zéér belangrijke overweging, daar het EHRM voor de eerste maal slechts een beperkte appreciatiemarge toekent aan een overheid in situaties die betrekking hebben op voortplantingsrechten. In de voorgaande arresten, *Evans* en *Dickson*, werd telkens geoordeeld dat staten een ruime appreciatiemarge genieten omdat voortplantingsrechten een ethisch gevoelige kwestie zijn en er tussen de verdragsstaten van de Raad van Europa geen overeenstemming bestaat. Op die manier was het moeilijk te oordelen dat er sprake was van een schending van een verdragsrecht, omdat overheden volgens het Hof beter geplaatst waren de situatie in hun land te beoordelen. De inperking van de appreciatiemarge in het arrest van de Kamer heeft een belangrijke betekenis omdat op die manier de lat die moet bereikt worden om te kunnen spreken van een schending van een verdragsrecht minder hoog ligt. Mijns inziens verdient deze beslissing van de Kamer navolging. Dit zal de bescherming van het recht op voortplanting enkel ten goede komen.

De Kamer besloot met een meerderheid van vijf stemmen tegen twee dat er m.b.t. de eerste en de tweede verzoeker sprake was van een schending van artikel 14 EVRM, gelezen in samenhang met artikel 8 EVRM. Met betrekking tot de derde en vierde verzoeker werd met zes stemmen tegen één geoordeeld dat artikel 14 EVRM, gelezen in samenhang met artikel 8 EVRM, eveneens geschonden was. Rechter Steiner was het eens met deze beslissing wat de eerste en tweede verzoeker betreft, maar niet wat betreft de derde en de vierde. Zij schreef dan ook een *partially dissenting opinion* bij het arrest van de Kamer.¹⁶⁰ Steiner meent dat de centrale kwestie in het geding niet de vraag is of er een andere oplossing gevonden kon worden door de nationale wetgever, die een redelijker evenwicht teweeg zou hebben gebracht tussen de tegenstrijdige belangen, maar de vraag of de Oostenrijkse wetgever de toegekende appreciatiemarge overschreden heeft. Hierbij oordeelt ze dat er geen internationale consensus bestaat over de situatie in kwestie, zodat er aan de nationale overheid een ruime appreciatie toegekend dient te worden. In dat geval zou de Oostenrijkse wetgever de appreciatiemarge niet overschreden hebben en was artikel 14 EVRM, gelezen in samenhang met artikel 8 EVRM, in casu niet geschonden.

¹⁵⁹ *Ibid.*, §90-94.

¹⁶⁰ EHRM, *S.H. and others v. Austria*, 2010, *partially dissenting opinion* van rechter Steiner.

Rechter Jebens was de enige rechter die van oordeel was dat er in beide situaties geen sprake was van een schending van artikel 14 EVRM, gelezen in samenhang met artikel 8 EVRM.¹⁶¹ Ook hij is van mening dat Oostenrijk een ruime appreciatiemarge geniet, omdat er geen Europese consensus is over medisch begeleide voortplanting en omdat er in casu sprake is van een ethisch en moreel gevoelig onderwerp. Jebens meent dat het verbod op het gebruik van gedoneerde eicellen en het niet toestaan van in-vitrofertilisatie met het gebruik van donorsperma proportioneel is, zodat er noch in het geval van de eerste twee, noch in het geval van de laatste twee verzoekers sprake kan zijn van een schending van artikel 8 EVRM.

ii. Uitspraak van de Grote Kamer

De Oostenrijkse overheid diende een verzoek tot beroep in tegen de uitspraak van de Kamer. Op 3 november 2011 sprak de Grote Kamer van het EHRM zich uit over deze kwestie.¹⁶²

De Grote Kamer herhaalt het oordeel van de Kamer wat betreft de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM op de situatie in kwestie. Het Hof is van mening dat het recht van een koppel om een kind te verwekken en hiervoor gebruik te maken van medisch begeleide voortplanting, beschermd wordt door artikel 8 EVRM.¹⁶³ In tegenstelling tot de Kamer gaat de Groter Kamer niet in op het eventuele discriminatoire aspect van de situatie, maar onderzoekt enkel of het recht op bescherming van het privé-en familieleven van verzoekers geschonden werd.¹⁶⁴

Vervolgens gaat het Hof in op de vraag of er in casu sprake was van een miskenning van positieve of negatieve verplichtingen van de overheid. Alvorens deze kwestie te beantwoorden benadrukt de Grote Kamer dat er in 1998, toen de twee koppels een beroep instelden voor het Oostenrijks Grondwettelijk Hof, maar weinig overeenstemming bestond tussen de verdragsluitende staten van de Raad van Europa over sperma- en eiceldonatie. Het EHRM oordeelt dat het niet haar taak is om na te gaan of er ten tijden van de procedure voor de Grote Kamer sprake was van een gerechtvaardigd verbod op sperma- en eiceldonatie, maar dat het moet toetsen of dit het geval was ten tijde van de procedure voor het Grondwettelijk Hof.¹⁶⁵ Ik stel mij vragen bij deze beoordeling van de zaak in het licht van de omstandigheden van 15 jaar geleden. Dit leidt ertoe dat er te weinig rekening gehouden wordt met de medische en wetenschappelijke vooruitgang die is geboekt met betrekking tot de in casu relevante voortplantingstechnieken. Ook wordt er op die manier genegeerd dat de verdragsluitende staten van de Raad van Europa het een en ander hebben aangepast in het wetgevend kader met betrekking tot medisch begeleide voortplanting. Al sinds 1978 erkent het EHRM dat "*the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions*".¹⁶⁶ Bij het bepalen van de omvang van de toe te kennen beleidsvrijheid heeft het Hof echter allesbehalve rekening gehouden met de "*present-day conditions*". Ik durf te betwijfelen of de meerderheid van de rechters tot hetzelfde oordeel gekomen zou zijn indien men de huidige stand van zaken in aanmerking had genomen.

¹⁶¹ EHRM, *S.H. and others v. Austria*, 2010, *dissenting opinion* van rechter Jebens.

¹⁶² EHRM, *S.H. and others v. Austria*, 2011.

¹⁶³ *Ibid.*, §82.

¹⁶⁴ *Ibid.*, §119.

¹⁶⁵ *Ibid.*, §83-84.

¹⁶⁶ EHRM, *Tyrer v. the United Kingdom*, 1978, §31.

Een belangrijke beschouwing van het Hof is *“although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference. In addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private and family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private and family life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. The boundaries between the State’s positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests”*.¹⁶⁷ Het Hof bevestigt hiermee dat artikel 8 zowel negatieve als positieve verplichtingen kan omvatten, maar dat de grenzen tussen deze verplichtingen niet altijd duidelijk kunnen worden onderscheiden.

In casu oordeelt het Hof dat de zaak bekeken moet worden vanuit het oogpunt van de negatieve verplichtingen. Volgens het Hof is er sprake van een inmenging met het recht van de verzoekers om gebruik te maken van bepaalde technieken van medisch begeleide voortplanting. Vervolgens moet worden onderzocht of deze inmenging gerechtvaardigd kan worden. Zoals in hoofdstuk 2 reeds is uiteengezet is dit enkel mogelijk indien de inmenging voorzien is door de wet, noodzakelijk is in een democratische samenleving en een legitiem doel nastreeft dat wordt opgesomd in het tweede lid van artikel 8. Er is geen betwisting mogelijk over de vraag of het verbod voorzien is door de wet. Ook oordeelt het Hof dat er een legitiem doel wordt nagestreefd, met name de bescherming van de gezondheid of de goede zeden en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.¹⁶⁸ Om na te gaan of het verbod noodzakelijk is in een democratische samenleving moest het Hof toetsen of de redenen die werden opgegeven om het te rechtvaardigen, relevant en voldoende waren in het licht van het tweede lid van artikel 8. Bij deze toets geniet de Oostenrijkse overheid volgens het Hof een ruime appreciatiemarge, gezien *“the use of IVF treatment gave rise and continues to give rise today to sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the case touch on areas where there is not yet clear common ground amongst the member states”*.

Volgens het Hof wierp het gebruik van IVF op het ogenblik dat de Oostenrijkse nationale rechtbanken zich over de zaak uitspraken, en nu nog steeds, gevoelige ethische vragen op die in een kader van een snelle medische en wetenschappelijke ontwikkeling moeten worden geplaatst. Er is volgens het Hof wel sprake van een evolutie in de wetgeving van de verdragsluitende staten met betrekking tot de donatie van sperma- en eicellen met het oog op IVF, waar het een ontluikende consensus uit afleidt. Dit beschouwt het Hof echter niet als een reden om de beleidsmarge van de Oostenrijkse overheid te beperken.¹⁶⁹ Een ontluikende consensus is nochtans absoluut een aanwijzing dat het Hof een minder ruime appreciatiemarge had moeten toekennen, dus deze redenering van de Grote Kamer is nogal vreemd.

Eerst onderzoekt de Grote Kamer de situatie van de derde en vierde verzoeker. Zoals reeds is vermeld, kan dit koppel enkel een kind krijgen dat genetisch verwant is aan één van de ouders indien

¹⁶⁷ *Ibid.*, §87.

¹⁶⁸ *Ibid.*, §89-90.

¹⁶⁹ *Ibid.*, §91-97.

er gebruik gemaakt wordt van donoreicellen, wat door de Oostenrijkse *Fortpflanzungsmedizingesetz* verboden wordt. Waar de Kamer oordeelde dat er sprake was van een schending van artikel 14 EVRM, gelezen in samenhang met artikel 8 EVRM, is de Grote Kamer van mening dat de Oostenrijkse overheid haar beleidsmarge niet heeft overschreden bij het zoeken naar een redelijk evenwicht tussen de verschillende tegenstrijdige belangen in kwestie. Het Hof oordeelt dan ook dat er geen sprake kan zijn van een schending van artikel 8.¹⁷⁰ Ook tijdens het toetsen van de situatie van de eerste en tweede verzoeker komt het Hof tot dit besluit, en geeft hiervoor als reden de sociale controverse die sperma- en eiceldonatie teweegbracht in Oostenrijk. Opmerkelijk is dat het Hof aanmerkt dat de Oostenrijkse wetgeving niet verbiedt een beroep te doen op de in casu niet toegelaten technieken van medisch begeleide voortplanting in het buitenland. Indien deze behandeling succesvol is, bevat het Oostenrijkse Burgerlijk Wetboek duidelijke regels over de afstamming.¹⁷¹

Zowel in de situatie van het eerste Koppel als in de situatie van het tweede Koppel oordeelt de Grote Kamer met dertien stemmen tegen vier dat artikel 8 EVRM niet geschonden is. Rechters Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska en Tsotsoria waren het niet eens met de meerderheidsbeslissing en schreven een *dissenting opinion*.¹⁷²

Hierin recapituleren zij het oordeel van het EHRM in een aantal arresten met betrekking tot artikel 8 en medisch begeleide voortplanting, zoals ook hierboven besproken: “*since the Evans v. the United Kingdom judgment of 10 April 2007 (Grand Chamber), our Court has accepted that the concept of private life, within the meaning of Article 8 of the Convention, covers the right to respect for the decision to have or not to have a child (see §71). Moreover, in the Dickson v. the United Kingdom judgment of 4 December 2007 (Grand Chamber), which concerned the possibility of artificial insemination facilities, the Court concluded that Article 8 was applicable on the ground that the procreation technique in question concerned the private and family life of the persons concerned, specifying that that notion incorporated the right to respect for their decision to become genetic parents (see §66). In the instant case the Court states that ‘the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life’.*”¹⁷³

Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska en Tsotsoria menen dat het Hof, door enkel te onderzoeken of er ten tijde van de uitspraak van het Oostenrijks Grondwettelijk Hof in 1999 sprake was van een schending van artikel 8 EVRM, een kunstmatig en inhoudsloos arrest heeft geveld. Het Hof erkent dat er, sinds 1999, een evolutie heeft plaatsgevonden in de medische wetenschap en bijgevolg ook in de wetgeving van de verdragsluitende staten met betrekking tot eicel- en spermadonatie. Bij de beoordeling van de feiten werd hier echter, volgens de vier rechters, geen rekening mee gehouden.¹⁷⁴ Een belangrijk argument is dat de meerderheid van het Hof erkent dat Oostenrijk, tot op vandaag (i.e. 2011), de regels met betrekking tot medisch begeleide voortplanting niet grondig heeft

¹⁷⁰ *Ibid.*, §98-107 en 115-116.

¹⁷¹ *Ibid.*, §108-116.

¹⁷² EHRM, *S.H. and others v. Austria*, 2011, *dissenting opinion* van rechters Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska en Tsotsoria.

¹⁷³ *Ibid.*, §3.

¹⁷⁴ *Ibid.*, §4-5.

geëvalueerd met het oog op de ontwikkelingen in de wetenschap en in de maatschappij, terwijl het Grondwettelijk Hof in 1999 uitdrukkelijk had gezegd dat medisch begeleide voortplanting onderworpen was aan ontwikkelingen waarmee de wetgever rekening moest houden. Toch besluit de meerderheid van het Hof dat de wetgeving proportioneel is in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM.¹⁷⁵

De meerderheid van de rechters van de Grote Kamer stelt een gebrek aan Europese consensus vast en leidt hier een ruime appreciatiemarge uit af. De vier rechters die het niet eens waren met deze beslissing menen echter dat *"the Court should not use the margin of appreciation as a 'pragmatic substitute for a thought-out approach to the problem of proper scope of review'"*. Volgens Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska en Tsotsoria verschuilt het Hof zich achter de appreciatiemarge om het specifieke probleem in deze zaak niet te moeten onderzoeken. Daarnaast heeft het Hof geoordeeld dat *"the consensus is not, however, based on settled and long-standing principles established by the law of the member States but rather reflects a stage of development within a particularly dynamic field of law and does not decisively narrow the margin of appreciation of the State"*. Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska en Tsotsoria vinden dat het Hof hiermee een nieuwe dimensie geeft aan de Europese consensus, zodat de appreciatiemarge kan worden uitgebreid *"beyond limits"*. Er was nochtans, reeds in 1998, enige overeenstemming over deze kwestie. Eiceldonatie was namelijk slechts verboden in acht verdragsluitende staten en spermadonatie in vijf. Desondanks kiest het Hof ervoor een ruime appreciatiemarge toe te kennen.¹⁷⁶ Hierdoor ontnemt het deels de waarde van de invulling die eerder in het arrest was gegeven aan artikel 8 EVRM, m.n. de erkenning van het recht op medisch begeleide voortplanting als een aspect van het privé- en familieleven.

Ten slotte zijn de vier rechters gechoqueerd door de opmerking dat koppels maar naar het buitenland moeten gaan als ze gebruik willen maken van de in casu verboden technieken van medisch begeleide voortplanting: *"the argument [...] does not address the real question, which is that of interference with the applicants' private life as a result of the absolute prohibition in Austria; it totally fails to satisfy the requirements of the Convention regarding the applicants' right to compliance with Article 8"*. Blijkbaar gelden mensenrechten volgens de meerderheid van het Hof niet overal.

Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska en Tsotsoria besluiten dat er naar hun idee, zowel in de situatie van het eerste koppel als in de situatie van het tweede koppel, sprake is van een schending van artikel 8 EVRM.

Rechter De Gaetano sluit zich aan bij de meerderheidsbeslissing, maar heeft bedenkingen bij een deel van de gevolgde redenering.¹⁷⁷ Hij meent dat *"where there is no doubt that a couple's decision to conceive a child is a decision that pertains to the private and family life of that couple [...], neither Article 8 nor Article 12 can be construed as granting a right to conceive a child at any cost". The 'desire' for a child cannot, to my mind, become an absolute goal which overrides the dignity of every human life"*.¹⁷⁸ De Gaetano is van oordeel dat het Hof in casu te weinig rekening houdt met deze *"human dignity"* en te veel belang hecht aan het al dan niet bestaan van een Europese consensus. Hij meent dan ook dat, ongeacht de medische en wetenschappelijke vooruitgang, deze menselijke

¹⁷⁵ *Ibid.*, §6.

¹⁷⁶ *Ibid.*, §8-11.

¹⁷⁷ EHRM, *S.H. and others v. Austria*, 2011, *separate opinion* van rechter De Gaetano.

¹⁷⁸ *Ibid.*, §2.

waardigheid ertoe kan leiden dat een aantal handelingen (in casu eiceldonatie en spermadonatie bij gebruik van IVF) verboden moeten worden. De Gaetano beschouwt dit verbod niet als een miskenning van fundamentele rechten, maar als een erkenning en bevordering ervan.¹⁷⁹

Het arrest *S.H. and others v. Austria* is in het licht van mijn scriptie bijzonder interessant. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens erkent namelijk voor het eerst dat het recht van een koppel om een kind te verwekken en hiervoor gebruik te maken van medisch begeleide voortplanting, beschermd wordt door artikel 8 EVRM. Het recht op bescherming van het privé- en familieleven omvat dus het recht kinderen te krijgen met behulp van medisch begeleide voortplantingstechnieken. Daarnaast geeft het Hof een omschrijving van andere zaken die ook onder het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM vallen, zoals persoonlijke ontwikkeling, het recht op respect voor de beslissing om wel of geen kind te krijgen (zie ook *Evans v. United Kingdom*) en het recht op respect voor de beslissing om ouders te worden in de genetische zin van het woord (zie ook *Dickson v. United Kingdom*).

Voorts erkent het Hof dat positieve verplichtingen inherent kunnen zijn aan het respect voor privé- en familieleven. Deze verplichtingen kunnen vereisen dat maatregelen worden aangenomen om het privé- en familieleven te beschermen, niet enkel in de verhouding tussen de overheid en de burgers maar zelfs in de relatie tussen individuen onderling. Volgens het EHRM kunnen de grenzen tussen positieve en negatieve verplichtingen die artikel 8 omvat, niet duidelijk afgebakend worden, maar moet er in beide gevallen een redelijk evenwicht worden bereikt tussen de tegenstrijdige belangen waarvan sprake is. Dit is een herhaling van wat het Hof eerder al had geconcludeerd in *Evans v. United Kingdom*.

Ik juich het arrest van de Kamer toe, daar de rechters hierin de appreciatiemarge van de nationale overheden inperkte. In eerste instantie oordeelde de Kamer dat er aan de Britse overheid een ruime beleidsvrijheid diende toegekend te worden gezien het gebrek aan consensus en het ethisch gevoelige karakter van de zaak. Verder in de redenering erkende de Kamer echter dat, ondanks het feit dat er geen sprake was van een consensus tussen de verdragsluitende staten van de Raad van Europa, er toch slechts een beperkte beleidsvrijheid toegestaan diende te worden aan de nationale wetgever omdat voortplantingsrechten een belangrijk aspect van het individuele bestaan en de identiteit van de verzoekers uitmaken. Ik vond het dan ook bijzonder jammer dat de Grote Kamer deze stap vooruit weer teniet heeft gedaan. Het Hof ziet weliswaar een ontluikende consensus, maar houdt hier geen rekening mee bij de bepaling van de omvang van de appreciatiemarge. Nochtans had het Hof ook hier kunnen oordelen dat slechts een beperkte beleidsvrijheid toegestaan was gezien er een bijzonder belangrijk aspect van het individuele bestaan en de individuele identiteit in het geding was. Langs de ene kant erkent het EHRM dus een mensenrecht, m.n. het recht om kinderen te verwekken met behulp van medisch begeleide voortplanting, maar langs de andere kant ontnemt het deels de waarde die hieraan gehecht kan worden door te stellen dat staten in kwesties zoals deze een ruime beleidsvrijheid genieten. Door zich hierachter te verschuilen en de specifieke aspecten van de zaak niet te onderzoeken, wordt het erkende recht uitgehold. Ik sluit mij dan ook aan bij rechters

¹⁷⁹ *Ibid.*, §6.

Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska en Tsotsoria, die in hun *dissenting opinion* de inconsequente houding van het Hof hekelen.

Ten slotte vraag ik mij, net zoals rechters Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska en Tsotsoria, af of er binnen de Raad van Europa territoriale grenzen zijn aan de toepasselijkheid van mensenrechten. Het Hof oordeelt dat de vier verzoekers maar een behandeling in het buitenland moeten zoeken als zij kinderen willen krijgen die genetisch aan hen verwant zijn. Hieruit besluit ik dat het Hof meent dat verzoekers in Oostenrijk geen recht hebben om kinderen te krijgen die genetisch aan hen verwant zijn (aangezien de appreciatiemarge, toegekend aan de Oostenrijkse overheid, zo ruim is dat het voortplantingsrecht teniet gaat), maar dat dit recht elders in Europa wel bestaat. Ik hoop dan ook dat er snel duidelijkheid komt over de precieze draagwijdte van het recht kinderen te krijgen met behulp van medisch begeleide voortplantingstechnieken.

In twee recente arresten ging het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verder in op de vraag of artikel 8 EVRM een recht omvat om kinderen te krijgen met behulp van medisch begeleide voortplanting. Het eerste arrest is *Costa and Pavan v. Italy*, waarin het Hof moest oordelen over de vraag of er een recht bestaat om beroep te doen op medisch begeleide voortplantingstechnieken om kinderen te krijgen die niet lijden aan een genetische ziekte waarvan de ouders drager zijn. Ter afsluiting van dit hoofdstuk zal een analyse worden gemaakt van het arrest *Knecht v. Romania*.

B. Costa and Pavan v. Italy

Na de geboorte van hun eerste dochter ontdekten Rosetta Costa en Walter Pavan dat ze beiden gezonde dragers van mucoviscidose zijn, aangezien hun kind met deze ziekte geboren werd. Bij een tweede zwangerschap lieten de ouders een prenatale test uitvoeren. De resultaten wezen uit dat de foetus mucoviscidose had. Het koppel besloot de zwangerschap af te breken omdat ze niet wilden dat ook dit kind ziek werd. Om te vermijden dat mevr. Costa opnieuw zwanger werd van een kindje met mucoviscidose, wilden Costa en Pavan beroep doen op pre-implantatie genetische diagnostiek (hierna: PGD) in combinatie met IVF. De Italiaanse wetgeving laat IVF echter enkel toe voor steriele of onvruchtbare koppels en koppels waarvan de man lijdt aan een seksueel overdraagbare aandoening. Het is volledig verboden een beroep te doen op pre-implantatie genetische diagnostiek. Abortus is wel toegelaten, wat eigenaardig is omdat dit veel ingrijpender is. Bij PGD worden de afwijkende embryo's vernietigd, maar dit gebeurt reeds enkele dagen na bevruchting in een laboratorium. Abortus kan echter tot maanden na de bevruchting plaatsvinden.

Costa en Pavan menen dat deze regels een schending uitmaken van artikel 8 en 14 EVRM en vechten aan dat het voor hen voorlopig enkel mogelijk is een kind te krijgen dat geen mucoviscidose heeft door zwanger te worden op de natuurlijke manier maar de zwangerschap af te breken telkens de prenatale test uitwijst dat de foetus ziek is.¹⁸⁰ Op deze manier zou het kunnen dat verschillende zwangerschappen beëindigd moeten worden vooraleer er zekerheid bestaat dat het kind geen mucoviscidose heeft. Dit is mentaal en fysiek zeer belastend, en het lijkt dan ook volledig terecht dat Costa en Pavan deze situatie aanvechten voor het Hof. Opgemerkt moet worden dat Italiaanse

¹⁸⁰ EHRM, *Costa and Pavan v. Italy*, 2012, § 1-11.

koppels die zich in dezelfde situatie bevinden vaak hun toevlucht zoeken tot behandeling in het buitenland, en in het bijzonder in Spanje, België, Tsjechië of Slowakije.¹⁸¹

De Italiaanse regering argumenteert dat het EVRM enkel een recht om kinderen te krijgen omvat, maar niet het recht om een gezond kind te krijgen. Hieruit leidt ze af dat er geen sprake kan zijn van een schending van artikel 8. Het Hof oordeelt echter dat beroep doen op PGD niet uitsluit dat het kind geboren wordt met andere afwijkingen. Bijgevolg meent het dat *“the applicant’s desire to conceive a child unaffected by the genetic disease of which they are healthy carriers and to use ART and PGD to this ends attracts the protection of Article 8, as this choice is a form of expression of their private and family life”*. Artikel 8 EVRM omvat dus het recht om beroep te doen op medisch begeleide voortplantingstechnieken om kinderen te krijgen die niet lijden aan een genetische ziekte waarvan de ouders drager zijn.¹⁸²

Het Hof oordeelt dat het verbod om beroep te doen op PDG en de beperking van medisch begeleide voortplanting een inmenging uitmaakt op artikel 8 EVRM. Deze inmenging is in overeenstemming met de wet en streeft een legitiem doel na, nl. de bescherming van goede zeden en de rechten en vrijheden van anderen.¹⁸³ Het probleem stelt zich in casu bij de vraag of de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving. Om het verbod op PGD en de beperking van medisch begeleide voortplanting te rechtvaardigen, roept de Italiaanse regering in dat ze proberen om de gezondheid van vrouw en kind te beschermen en het risico op eugenetische selectie wil beperken. Deze argumenten overtuigen echter niet. Het Hof meent terecht dat deze redenen niet rijmen met de mogelijkheid om abortus te plegen indien de foetus mucoviscidose blijkt te hebben, daar een foetus verder ontwikkeld is als een embryo.

Ik zie geen enkele reden waarom het wel toegelaten zou moeten zijn om abortus te plegen indien de foetus ziek is, maar het verboden zou moeten zijn om een embryo van drie dagen oud te vernietigen indien dit drager is van de ziekte. Het argument m.b.t. bescherming van vrouw en kind houdt geen steek omdat men abortus toelaat, terwijl er in dat geval sprake is van een meer volgroeide vrucht. Na drie dagen in een laboratoriumschaal bestaat er nog geen band tussen ouders en kind, terwijl dit na 3 maanden in de baarmoeder wel kan, zeker als de hoop bestaat dat er een gezonde vrucht groeit. Ook het argument m.b.t. eugenetische selectie overtuigt niet omdat steriele of onvruchtbare ouders en koppels waarvan de man drager is van een seksueel overdraagbare aandoening, wel gebruik mogen maken van medisch begeleide voortplantingstechnieken. Indien het voor hen mogelijk is beroep te doen op IVF, moet dit ook kunnen voor dragers van een genetische aandoening. Men kan zich afvragen of de Italiaanse overheid een verschil ziet tussen de overdracht van aids en de overdracht van mucoviscidose. In beide gevallen gaat de levenskwaliteit van het kind er niet op vooruit. Waarom zou men dan ouders de enige mogelijkheid om met zekerheid een kind op de wereld te zetten dat geen mucoviscidose heeft, onzeggen?

Het Hof oordeelt terecht en unaniem dat het verbod om beroep te doen op PDG en de beperking van medisch begeleide voortplanting disproportioneel is, gezien het wel toegelaten is gebruik te maken van een veel ingrijpendere procedure. Er is dus sprake van een ongerechtvaardigde inmenging met

¹⁸¹ *Ibid.*, §26.

¹⁸² *Ibid.*, §37-50.

¹⁸³ *Ibid.*, §51-52.

het recht op bescherming van het privé- en familieleven van Rosetta Costa en Walter Pavan, en bijgevolg van een schending van artikel 8 EVRM.

Met dit arrest gaat het EHRM de goede richting uit wat betreft de erkenning van het recht om kinderen te krijgen met behulp van medisch begeleide voortplanting. Er wordt, in tegenstelling tot de voorgaande arresten, minder belang gehecht aan het 'lege' argument van de Europese consensus waarachter het Hof zich soms verschuilt om geen rekening te moeten houden met de unieke situatie waarin verzoekers zich soms bevinden. Men houdt eveneens rekening met de menselijke kant van de zaak, m.n. met het feit dat mevr. Costa telkens een abortus zou moeten ondergaan om zeker te zijn dat haar kind geen mucoviscidose heeft. Ook wordt de omvang van artikel 8 EVRM uitgebreid, zodat dit artikel niet enkel het recht om kinderen te krijgen (*supra, Evans v. United Kingdom*), het recht om kinderen te krijgen in de genetische zin van het woord (*supra, Dickson v. United Kingdom*) en het recht om kinderen te krijgen met behulp van medisch begeleide voortplanting (*supra, S.H. and others v. Austria*) omvat, maar nu dus ook het recht om beroep te doen op medisch begeleide voortplantingstechnieken om kinderen te krijgen die niet lijden aan een genetische ziekte waarvan de ouders drager zijn.

Bovendien oordeelt het Hof impliciet, door de veroordeling van Italië, dat artikel 8 EVRM voor de verdragsluitende staten van de Raad van Europa de positieve verplichting omvat deze technieken beschikbaar te stellen aan hun inwoners. In de hierboven besproken arresten was er telkens twijfel of het recht op (medisch begeleide) voortplanting zowel negatieve als positieve verplichtingen omvat. Uit het besluit dat de weigering om de technieken beschikbaar te stellen disproportioneel was kunnen we echter afleiden dat de overheid volgens het EHRM de plicht heeft op actieve wijze ervoor te zorgen dat mensen beroep kunnen doen op medisch begeleide voortplantingstechnieken.

C. Knecht v. Romania

Daniela Knecht deed in 2008 beroep op in-vitrofertilisatie met gebruik van donormateriaal. Drie van de negentien ontwikkelde embryo's werden ingeplant. De procedure was succesvol, want mevr. Knecht beviel van een kind. De overige zestien embryo's werden opgeslagen bij het S. Medical Centre in Boekarest totdat mevr. Knecht opnieuw zwanger zou worden. In 2009 werd het dit instituut echter onderworpen aan een strafrechtelijk onderzoek omdat het document dat toestemming gaf om genetisch materiaal op te slaan niet in orde was. De embryo's van mevr. Knecht werden, samen met ander genetisch materiaal dat er was opgeslagen, overgebracht naar een ander instituut, nl. het Mina Minovici Institute of Forensic Medicine.

Knecht probeerde de embryo's terug te krijgen, maar een overdracht naar een ander instituut werd niet toegestaan door de National Transplant Agency omdat er twijfel was over de kwaliteit en veiligheid van het genetisch materiaal. Knecht ging hiertegen in beroep. Na een aantal uitspraken in haar nadeel oordeelde het Roemeense Hooggerechtshof in 2011 toch dat de National Transplant Agency de overdracht van embryo's moest toestaan. Het ging echter mis bij de tenuitvoerlegging van dit vonnis: de overdracht van de embryo's naar een privaat ziekenhuis in Boekarest ging uiteindelijk niet door omdat dit ziekenhuis eiste dat de relevante medische informatie over de embryo's, samen met hun medische geschiedenis en de informatie over hoe de embryo's bewaard

werden, overgemaakt werd. Ook bleek dat het ziekenhuis niet beschikte over de noodzakelijke voorzieningen om embryo's te bewaren.

Vervolgens werd door het Roemeense parket beslist de embryo's over te brengen naar een ander ziekenhuis in Bucharest. Deze beslissing werd niet aangevochten door mevr. Knecht. Een maand later, eind oktober 2011, klaagde mevr. Knecht echter aan dat deze overdracht zonder haar toestemming gebeurd was en dat ze er niet eens van op de hoogte was gebracht. Daarenboven had ze slechte ervaringen met het nieuwe ziekenhuis omdat ze er reeds twee mislukte IVF-behandelingen had ondergaan en geen vertrouwen meer had in de artsen aldaar, dus ze eiste dat haar embryo's op kosten van de Roemeense overheid zouden worden overgebracht naar een ziekenhuis van haar keuze waar ze dan een nieuwe IVF-behandeling kon ondergaan. Het ziekenhuis in Bucharest ging hiermee akkoord op voorwaarde dat de wetgeving bij de overdracht correct zou worden nageleefd. Mevr. Knecht kon echter geen andere instelling vinden waar men haar embryo's zou willen opslaan.¹⁸⁴

Reeds in 2010 stapte Knecht naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens omdat ze van mening was dat haar recht op bescherming van privé- en familielevens geschonden was door de beslissing om haar embryo's in beslag te nemen en over te brengen naar het Institute of Forensic Medicine, dat niet geautoriseerd was om te functioneren als genenbank, én door de weigering van de Roemeense overheid haar embryo's over te brengen naar een gespecialiseerde instelling die Knecht zelf had gekozen. Daar de procedure voor de nationale rechtbank eindigde in 2011 en de behandeling voor het EHRM plaatsvond in 2012, oordeelde het Hof dat de zaak ontvankelijk was omdat alle nationale rechtsmiddelen waren uitgeput.¹⁸⁵

Het Hof benadrukt opnieuw dat artikel 8 EVRM geen absoluut recht is en dat inmengingen dus mogelijk zijn. Wel moeten dezen voldoen aan de gebruikelijke drie voorwaarden. De eerste twee voorwaarden, nl. dat de inmenging moet voorzien zijn door een wet en een legitiem doel moet dienen, stellen geen probleem.¹⁸⁶ Bij de beoordeling van de derde voorwaarde, de vraag of de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving, merkt het Hof op dat het niet haar taak is zich in de plaats te stellen van de bevoegde nationale overheden bij het bepalen van het meest geschikte beleid met betrekking tot IVF, daar IVF een ethisch gevoelige kwestie is zodat aan de nationale overheid een ruime beleidsvrijheid dient toe te komen. Met dit in gedachten oordeelt het Hof dat de beslissing van het parket om het genetisch materiaal over te brengen naar het Institute of Forensic Medicine niet onredelijk was. Wel meent het dat de houding van de National Transplant Agency, die de overplaatsing van de embryo's naar een ander ziekenhuis onmogelijk maakte, een verzwarende invloed had op de inmenging in Knecht's privé- en familielevens.

Dit is echter allemaal van weinig belang voor de uiteindelijke beslissing die het Hof genomen heeft, m.n. dat er geen sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. De reden hiervoor was dat, na de uitdrukkelijke erkenning van het Roemeense Hooggerechtshof in 2011 had dat er sprake was van een schending van artikel 8 omdat de NTA weigerde toestemming te geven voor de overplaatsing van de embryo's, hiervoor herstel werd aangeboden, in de vorm van overdracht naar een derde instelling waar de IVF-behandeling kon plaatsvinden. Het feit dat Knecht slechte ervaringen had met

¹⁸⁴ EHRM, *Knecht v. Romania*, 2012, §1-38.

¹⁸⁵ *Ibid.*, § 44-50.

¹⁸⁶ *Ibid.*, § 54-57.

deze instelling deed volgens het Hof geen afbreuk aan haar mogelijkheid om hier een IVF-behandeling te ondergaan, zeker niet nu toegelaten was dat mevr. Knecht zelf externe artsen zocht die in deze instelling de behandeling zouden uitvoeren. Daarenboven was het Hof van mening dat Knechts eerste becommernis, m.n. het feit dat het voor haar onmogelijk was haar embryo's over te plaatsen uit het Institute of Forensic Medicine, niet meer aan de orde was omdat de nationale overheid de embryo's zelf had verplaatst. Bijgevolg oordeelde het Hof dat er geen sprake kon zijn van een schending van artikel 8 EVRM, omdat niet kon worden gezegd dat de Roemeense overheid er niet in was geslaagd een redelijk evenwicht te bewerkstellingen tussen Knechts persoonlijke belangen en de belangen van de Roemeense maatschappij.¹⁸⁷

Deze beslissing van het Hof lijkt mij terecht. Het herstel dat, reeds in 2011, aan mevr. Knecht werd aangeboden, m.n. de overplaatsing naar een ziekenhuis waar de IVF-behandeling kon doorgaan met artsen die door Knecht zelf mochten worden uitgekozen, is m.i. voldoende, zodat ik mij de vraag stel waarom het precies nodig was de zaak voor het EHRM te brengen. Indien het zo zou zijn dat mevr. Knecht nog steeds geen toegang had tot haar embryo's, zou ik van mening geweest zijn dat er wel sprake was van een schending van artikel 8 EVRM. De weigering om de embryo's beschikbaar te stellen zou, gezien de 45-jarige leeftijd van mevr. Knecht, ertoe kunnen leiden dat een volgende IVF-behandeling niet meer succesvol zou zijn. In dat geval zou er m.i. geen redelijk evenwicht bewerkstelligd zijn tussen Knechts belangen en de belangen van de Roemeense maatschappij. In de huidige casus ligt de situatie echter anders en kunnen we m.i. stellen dat de beslissing van de Roemeense overheid proportioneel was. Knechts recht op medisch begeleide voortplanting is dus niet geschonden.

D. Conclusie

In de arresten *Evans v. United Kingdom* en *Dickson v. United Kingdom* werd het 'gewone' recht op voortplanting door het EHRM reeds erkend als onderdeel van het recht op bescherming van het privé- en familieleven ex artikel 8 EVRM. In dit hoofdstuk diende de vraag beantwoord te worden of artikel 8 EVRM, naast dit 'gewone' recht op voortplanting, ook een recht op medisch begeleide voortplanting omvat. Ter beantwoording van deze kwestie werden drie recente arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bestudeerd, waarin het Hof zich uitsprak over de vraag of het recht om kinderen te krijgen met behulp van reproductieve voortplantingstechnieken onder de bescherming van artikel 8 EVRM valt.

In de zaak *S.H. and others v. Austria* waren de rechters verdeeld. Zowel de Kamer als de Grote Kamer erkenden dat "*the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that end comes within the ambit of Article 8, as such a choice is clearly an expression of private and family life*", maar er was onenigheid over de omvang van de toe te kennen beleidsvrijheid. In eerste instantie oordeelde de Kamer dat er aan de Britse overheid een ruime beleidsvrijheid diende toegekend te worden gezien het gebrek aan consensus en het ethisch gevoelige karakter van de zaak. Verder in de redenering erkende de Kamer echter dat, ondanks het feit dat er geen sprake was van een consensus tussen de verdragsluitende staten van de Raad van

¹⁸⁷ *Ibid.*, § 58-64.

Europa, er toch slechts een beperkte beleidsvrijheid toegestaan diende te worden aan de nationale wetgever omdat voortplantingsrechten een belangrijk aspect van het individuele bestaan en de identiteit van de verzoekers uitmaken. De Grote Kamer was echter van mening dat de Britse overheid een ruime appreciatiemarge genoot. De Grote Kamer zag wel een ontluikende consensus, maar hield hier geen rekening mee bij het bepalen van de omvang van de appreciatiemarge.

Langs de ene kant erkende het EHRM dus een mensenrecht, m.n. het recht om kinderen te verwekken met behulp van medisch begeleide voortplanting. Langs de andere kant benadrukte het Hof echter dat dit recht niet absoluut is en dat overheden met betrekking tot medische voortplanting de vrijheid hebben zelf een beleid te voeren dat zij passend achten voor hun land, zolang er een redelijk evenwicht wordt bereikt tussen de verschillende tegenstrijdige belangen die in het geding zijn.

In *Costa and Pavan v. Italy* ging het Hof nog een stap verder en erkende dat artikel 8 EVRM niet enkel een recht op medisch begeleide voortplanting omvat, maar zelfs het recht om beroep te doen op reproductieve voortplantingstechnieken om kinderen te krijgen die niet lijden aan een genetische ziekte waarvan de ouders drager zijn. Een belangrijk element in dit arrest was dat het Hof, in vergelijking met de drie voorgaande arresten over medisch begeleide voortplanting, minder belang heeft gehecht aan het feit of de overheid een ruime of enge beleidsvrijheid had. In het bijzonder haalde het Hof aan dat, hoewel de kwestie gevoelige morele en ethische kwesties oproept, de aangevochten wetgeving niet buiten de controlebevoegdheid van het Hof viel. Als een land dus een ruime beleidsvrijheid heeft met betrekking tot een bepaalde kwestie, wil dit niet zeggen dat het Hof hier niet meer over mag oordelen. In dat geval zal het EHRM namelijk nog steeds nagaan of er sprake is van een redelijk evenwicht tussen de verschillende tegenstrijdige belangen. Deze overweging werd niet alleen opgeworpen in *Costa and Pavan v. Italy*, ook in *S.H. and Others v. Austria* maakte het Hof hier notie van. Het verschil tussen beide zaken was dat het Hof in deze laatste zaak de verenigbaarheid van de Oostenrijkse wetgeving (die inseminatie met donorsperma verbood) heeft getoetst aan artikel 8 EVRM, terwijl er in *Costa and Pavan v. Italy* werd nagegaan of de maatregel in kwestie proportioneel was (rekening houdend met het feit dat het koppel de mogelijkheid had de zwangerschap af te breken op medische gronden). Het Hof meende dat dit niet het geval was en oordeelde dat er sprake was van een schending van artikel 8 EVRM. Door deze uitspraak erkent het Hof ook impliciet dat staten een positieve verplichting hebben om te zorgen dat mensen beroep kunnen doen op medisch begeleide voortplantingstechnieken.

Het meest recente arrest dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft uitgesproken met betrekking tot medisch begeleide voortplanting en de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM, was *Knecht v. Romania*. Ook hier moest het Hof oordelen of de overheid erin geslaagd was een redelijk evenwicht te bewerkstelligen tussen de verschillende tegenstrijdige belangen die op het spel stonden. Het Hof meende dat dit het geval was omdat de Roemeense overheid zelf maatregelen had genomen om Knechts recht op bescherming van privé- en familielevens te waarborgen door de embryo's over te plaatsen en haar de mogelijkheid te geven een IVF-behandeling te ondergaan. Ook benadrukte het Hof dat artikel 8 EVRM geen absoluut recht is en dat inmengingen dus mogelijk zijn, indien voldaan is aan de gebruikelijke voorwaarden.

Conclusie

De juridische probleemstelling van deze masterscriptie wierp één essentiële, centrale onderzoeksvraag op, meer bepaald de vraag "in welke mate houdt het recht op privé- en familielevens ex artikel 8 EVRM een recht in om ouder ("parent") te worden?".

Meer specifiek werd nagegaan:

- (1) in welke mate medisch begeleide voortplanting kan ressorteren onder artikel 8 EVRM en
- (2) in welke mate de overheid de plicht heeft deze nieuwe technieken beschikbaar te stellen aan burgers die via de natuurlijke weg geen kinderen kunnen krijgen.

Om deze vragen te kunnen beantwoorden was het noodzakelijk artikel 8 EVRM te bestuderen. Hierbij stelden we ons de vraag welke rechten precies worden beschermd door deze bepaling, en meer specifiek door het recht op privé- en familielevens ex artikel 8 EVRM. In een aantal arresten, o.a. *Pretty v. United Kingdom* en *X, Y and Z v. United Kingdom*, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld dat het niet mogelijk is het recht op bescherming van het privé- en familielevens ex artikel 8 EVRM exhaustief te definiëren. Om hieraan tegemoet te komen, heeft het Hof op basis van haar rechtspraak de situaties die binnen deze notie vallen vastgesteld. Derhalve was het noodzakelijk, met het oog op het beantwoorden van de onderzoeksvragen, de relevante rechtspraak van het Hof omtrent medisch begeleide voortplanting te bestuderen.

Met betrekking tot de eerste onderzoeksvraag, m.n. "in welke mate houdt het recht op privé- en familielevens ex artikel 8 EVRM een recht in om ouder ("parent") te worden?", waren de arresten *Evans v. United Kingdom* en *Dickson v. United Kingdom* van enorm belang. In *Evans v. United Kingdom* erkende het EHRM voor het eerst dat artikel 8 EVRM een recht op voortplanting omvat, terwijl het Hof in *Dickson v. United Kingdom* oordeelde dat artikel 8 EVRM ook een recht inhoudt op eerbiediging van de keuze om ouder te worden in de genetische zin van het woord. Het recht op bescherming van het privé- en familielevens ex artikel 8 EVRM behelst dus een recht om ouder te worden.

Dit recht is echter niet absoluut, wat ook blijkt uit het oordeel van het Hof in de twee voornoemde zaken. In beide arresten werd besloten dat er een redelijk evenwicht diende gevonden te worden tussen het recht op voortplanting en de belangen van derden en de maatschappij. Bij het nastreven van dit redelijk evenwicht geniet de nationale overheid volgens het Hof een ruime beleidsvrijheid, omdat medisch begeleide voortplanting een ethisch gevoelige kwestie is waarover geen Europese overeenstemming bestaat. Het Hof meent dat staten beter geplaatst zijn om de situatie in hun land te beoordelen en kent de nationale overheden derhalve een ruime discretionaire bevoegdheid toe bij het bepalen van hun beleid. Dit heeft tot gevolg dat staten zelf kunnen oordelen of er een redelijk evenwicht is bereikt tussen de verschillende tegenstrijdige belangen. Het Hof zal slechts besluiten tot een schending van artikel 8 wanneer de nationale overheid met haar beleid de toegekende appreciatiemarge heeft overschreden.

Het is dus mogelijk dat de overheid een handeling stelt die een inmenging uitmaakt met het recht op privé- en familielevens, maar dat deze inmenging gerechtvaardigd wordt door een redelijk

evenwicht tussen de tegenstrijdige belangen die op het spel staan. In dat geval kan het recht op voortplanting niet ten volle worden uitgeoefend.

Bij het beantwoorden van de tweede onderzoeksvraag, meer bepaald de vraag in welke mate medisch begeleide voortplanting kan ressorteren onder artikel 8 EVRM, moet bijzonder belang gehecht worden aan het arrest *S.H. and Others v. Austria*. In deze zaak oordeelde het EHRM dat het recht op bescherming van het privé- en familieleven, naast het 'gewone' recht op voortplanting, een recht behelst om kinderen te krijgen met behulp van medisch begeleide voortplanting. Ook hier moet worden opgemerkt dat dit geen absoluut recht is. Zoals bij het 'gewone' recht op voortplanting hebben overheden, vanwege het gebrek aan consensus, een ruime discretionaire bevoegdheid. Op die manier kunnen ze zelf een beleid voeren dat zij passend achten voor hun land. De voorwaarde hierbij is natuurlijk wel dat er een redelijk evenwicht wordt bereikt tussen de verschillende tegenstrijdige belangen die in het geding zijn. Het Hof zag weliswaar een ontluikende consensus en had daaruit kunnen besluiten dat de beleidsvrijheid van staten moest worden ingeperkt, maar heeft dit niet gedaan.

Dat er een relatief recht op medisch begeleide voortplanting kan worden afgeleid uit artikel 8 EVRM werd opnieuw bevestigd in *Costa and Pavan v. Italy* en *Knecht v. Romania*. In het eerste arrest erkende het Hof een recht om beroep te doen op medisch begeleide voortplantingstechnieken om kinderen te krijgen die niet lijden aan een genetische aandoening waarvan de ouders drager zijn. Er was sprake van een beperking van artikel 8 EVRM, dus het Hof moest controleren of deze beperking gerechtvaardigd was. Hiervoor deed het beroep op de beperkingsclausule uit artikel 8 lid 2 EVRM. Derhalve werd getoetst of de beperking voorzien was door de wet, een legitiem doel had en noodzakelijk was in een democratische samenleving. Het derde element zorgde voor problemen, de beperking doorstond de proportionaliteitstoets namelijk niet.

Dit arrest toont duidelijk aan dat het Hof in principe niet enkel nagaat of er een redelijk evenwicht bereikt is tussen de verschillende tegenstrijdige belangen, maar ook of er is voldaan aan de voorwaarden die de beperkingsclausule uit artikel 8 lid 2 EVRM vooropstelt. Het Hof bevestigde dit nogmaals in *Knecht v. Romania*. Dit arrest is het minst belangrijke van de besproken arresten in deze thesis. Het recht op medisch begeleide voortplanting werd hierin enkel opnieuw bevestigd, maar er kunnen geen bijzonder relevante nieuwe overwegingen uit worden afgeleid. Desondanks heeft het arrest toch haar waarde, omdat ook hieruit blijkt dat het recht op medisch begeleide voortplanting ex artikel 8 EVRM erkend is, maar niet wordt beschouwd als absoluut. Er zijn dus beperkingen mogelijk, mits deze voldoen aan de hierboven uiteengezette vereisten.

De derde en laatste onderzoeksvraag gaat over negatieve en positieve verplichtingen die al dan niet rusten op de overheid. We vroegen ons af in welke mate de overheid de plicht heeft reproductieve voortplantingstechnieken beschikbaar te stellen aan burgers die via de natuurlijke weg geen kinderen kunnen krijgen.

Eerst en vooral dient te worden opgemerkt dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld heeft dat artikel 8 EVRM zowel negatieve als positieve verplichtingen omvat. Negatieve verplichtingen zijn inherent aan het EVRM. Uit *Costa and Pavan v. Italy*, en in het bijzonder uit het besluit dat de weigering om PGD beschikbaar te stellen disproportioneel was, kunnen we

daarenboven afleiden dat de overheid ook de plicht heeft er op actieve wijze voor te zorgen dat mensen beroep kunnen doen op medisch begeleide voortplantingstechnieken. Het recht op medisch begeleide voortplanting omvat dus ook positieve verplichtingen. De waarde van deze beslissing moet wel worden genuanceerd, daar *Costa and Pavan v. Italy* enkel betrekking had op pre-implantatie genetische diagnostiek in combinatie met in-vitrofertilisatie. We kunnen deze redenering dus niet doortrekken naar andere reproductieve voortplantingstechnieken, omdat het Hof in dat opzicht nog geen duidelijke uitspraak heeft gedaan.

In *S.H. and Others v. Austria* had de Kamer wel geoordeeld dat een staat in principe geen positieve verplichting heeft om medisch begeleide voortplanting beschikbaar te stellen aan haar inwoners, maar dat, eens ze dit op eender welke manier toch doet, de wet moet worden opgesteld op een coherente manier. In deze zaak meende het Hof dat IVF met gedoneerde eicellen toegestaan moest zijn omdat IVF met gedoneerde spermacellen eveneens toegelaten was. Helaas heeft de Grote Kamer deze redenering niet opgenomen in haar arrest, zodat we niet al te veel waarde kunnen hechten aan dit oordeel van de Kamer.

Hieruit kunnen we concluderen dat een overheid *in sommige gevallen* de plicht heeft medisch begeleide voortplanting beschikbaar te stellen aan burgers die via de natuurlijke weg geen kinderen kunnen krijgen. Het gaat dan zowel over de verplichting om handelingen te stellen opdat burgers medisch begeleide voortplanting kunnen genieten, als om een verbod op inperking van het recht op medisch begeleide voortplanting. Er dient wel opgemerkt te worden dat, gezien het gebrek aan Europese consensus en de gevoelige ethische en morele aard van medisch begeleide voortplanting, overheden een ruime beleidsvrijheid genieten. Het gevolg hiervan is dat ze zelf kunnen bepalen hoe het recht op medisch begeleide voortplanting wordt ingevuld in hun land (uiteraard binnen de grenzen van hun discretionaire bevoegdheid).

Daarnaast moet erop gewezen worden dat negatieve en positieve verplichtingen lang niet altijd van elkaar te onderscheiden zijn, omdat het onderscheid in de huidige stand van de rechtspraak is uitgevlakt. Het Hof heeft dit fenomeen ook erkend in haar rechtspraak, onder andere in *Evans v. United Kingdom* en *S.H. and Others v. Austria*. Verder kan het gebeuren dat het EHRM zó veel moeite heeft om de verplichting juist te kwalificeren, dat het de positieve en negatieve verplichtingen volledig laat samenvallen. Dit zien we bijvoorbeeld in *Dickson v. United Kingdom*. Het gevolg hiervan is dat de overheid, ongeacht of ze onderworpen is aan een negatieve of een positieve verplichting, er steeds voor moet zorgen dat het beleid resulteert in een redelijk evenwicht tussen de verschillende tegenstrijdige belangen.

Zoals blijkt uit deze thesis is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet altijd consequent in haar redenering. Nog al te vaak verschuilt ze zich achter de ruime discretionaire bevoegdheid die ze toekent aan de nationale overheid, zonder concreet in te gaan op de specifieke problematiek van de feiten. Het zou positief zijn als het Hof in de toekomst de kans zou krijgen zich verder uit te spreken over medisch begeleide voortplanting. Hopelijk zal dit ertoe leiden dat de neuzen van de rechters in dezelfde richting gaan wijzen.

We bemerken wel een positieve evolutie in de erkenning van voortplantingsrechten. Er ontstaat met name een steeds grotere Europese consensus over het wetgevend kader rond medisch begeleide voortplanting. Indien deze evolutie zich doorzet kan het Hof m.i. niet anders dan besluiten dat staten slechts een beperkte discretionaire bevoegdheid genieten, zodat het makkelijker wordt te oordelen dat de overheid in haar zoektocht naar een redelijk evenwicht de grenzen van haar appreciatiemarge heeft overschreden. De toekomst brengt hopelijk raad.

Bibliografie

Wetgeving

Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Wet 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtollige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007.

Rechtspraak

EHRM, *Bayatyan v. Armenië*, 2011.

EHRM, *Costa and Pavan v. Italy*, 2012.

EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2006.

EHRM, *Dickson v. United Kingdom*, 2007.

EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2006.

EHRM, *Evans v. United Kingdom*, 2007.

EHRM, *Handyside v. United Kingdom*, 1976.

EHRM, *Knecht v. Romania*, 2012.

EHRM, *Marckx v. Belgium*, 1979.

EHRM, *Medvedyev v. Frankrijk*, 2010.

EHRM, *Pretty v. United Kingdom*, 2002.

EHRM, *S.H. and Others v. Austria*, 2010.

EHRM, *S.H. and Others v. Austria*, 2011.

EHRM, *Siryk v. Oekraïne*, 2011.

EHRM, *Tyrer v. the United Kingdom*, 1978.

EHRM, *Women on waves v. Portugal*, 2009.

EHRM, *X, Y and Z v. Uk*, 1997.

Rechtsleer

Handboeken

AKANDJI-KOMBE, J-F., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2007, 68 p. en http://www.coe.int/t/dgi/publications/hrhandbooks/HRHAND-07%282007%29_en.pdf.

GALLUS, N., *Bioéthique et droit*, Limal, Anthemis, 2013, 297 p.

GERARDS, J., *EVRM: algemene beginselen*, Den Haag, Sdu, 2011, 308 p.

GRABENWARTER, C. en PABEL, K., *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, München, C.H. Beck, 2012, 552 p.

HARRIS, D.J., O'BOYLE, M., BATES, E.P. en BUCKLEY, C.M., *Law of the European Convention on Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2009, 902 p.

MORBÉ, E., *Embryo's in vitro: sekse, experimenten en klonen. De wet tussen wetenschap en ethiek*, Heule, UGA, 2004, 155 p.

ROAGNA, I., *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe, 2012, 104 p. en http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb11_privatelife_en.pdf.

SMIS, S., JANSSENS, C., MIRGAUX, S. en VAN LAETHEM, K., *Handboek Mensenrechten. De internationale bescherming van de rechten van de mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 660 p.

SUDRE, F. *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2005, 336 p.

NYS, H. en WUYTS, T., *De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting*, Oxford, Intersentia, 2007, 117 p.

VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G., *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, 1517 p.

VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 949 p.

VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y. (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2. Artikelsgewijze commentaar - Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1066 p.

VERSCHULDEN, G., "Overzicht van rechtspraak inzake MBV (exclusief draagmoederschap)" in S. TACK (eds.) en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting: in juridisch en ethisch perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 23-68.

Artikels

AYŞEGÜL, E., "La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de procréation médicalement assistée", *Médecine et Droit* 2011, afl. 106, 23-26.

BÉROS, C., "L'interdiction du diagnostic préimplantatoire sur la sellette européenne" (noot onder EHRM, Costa and Pavan v. Italy, 2013), *Revue de droit sanitaire et social* 2013, afl. 1, 67-72.

BIONDI, S., "Access to medical-assisted reproduction and PGD in Italian law: a deadly blow to an illiberal statute? Commentary to the European Court on Human Rights decision Costa and Pavan v. Italy", *Medical law review* 2013, afl. 21, 474-486.

BREMS, E., "Recht op voortplanting primeert niet op recht van man om zich niet voort te planten", *Juristenkrant* 2006, afl. 127, 12.

BREMS, E., "Recht op voortplanting verdeelt Mensenrechtenhof", *Juristenkrant* 2006, afl. 129, 12.

DUTE, J., "European Court of Human Rights. ECHR 2013/9 Case of Costa and Pavan v. Italy, 28 August 2012, no. 54270/10 (Second Section)", *European Journal of Health Law* 2013, afl. 20, 315-328.

EIJKHOLT, M., "The right to procreate is not aborted. Dickson v. United Kingdom", *Medical Law Review* 2008, afl. 16, 284-293.

GALLUS, N., "La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme", *Rev.trim.D.H.* 2008, afl. 75, 879-899.

GERARDS, J., "Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine", *European Law Journal* 2011, afl. 17, 80-120.

GOMBEER, T., "Wetsontwerp over medisch begeleide voortplanting goedgekeurd", *Juristenkrant* 2007, afl. 145, 16.

ITZCOVICH, G., "One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case", *Human Rights Law Review* 2013, afl. 13, 287-308.

KORFF, D., "The standard approach under articles 8-11 ECHR and article 2 ECHR", http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf.

KRATOCHVIL, J., "The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2011, afl. 29/3, 324-357.

MCGUINNESS, S., "Health, Human rights and the regulation of Reproductive technologies in S.H. and Others v. Austria (application no. 57813/00)", *Medical Law Review* 2013, afl. 21, 146-160.

ORNA, B-N. en CANOR, I., "EVANS v. United Kingdom", *American Journal of International Law* 2008, afl. 102, 128-134.

SWENNEN, F., "Privéleven is personenrecht is familierecht", *RW* 2011-2012, afl. 1, 41-48.

TIMMER, A., *Missed Chance at Condemning Paternalism: S.H. and Others v. Austria, Part two*, <http://strasbourgobservers.com/2010/04/26/missed-chance-at-condemning-paternalism-s-h-and-others-v-austria-part-two/>.

VANDEVEN, E., "Europese rechtspraak 'Rechten van de Mens' in kort bestek. EHRM 4 december 2007", *RW* 2009-2010, afl. 27, 1145-1146.

VAN HOOF, W. en PENNINGS, G., "The consequences of S.H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgments", *Reproductive BioMedicine Online* 2012, afl. 25, 665-669.

VAN VYVE, C., "Mensenrechtenhof blaast warm en koud over recht op kunstmatige voortplanting", *Juristenkrant* 2012, afl. 14, 2.

WILLEMS, G., "Cour de Strasbourg et procréation médicalement assistée avec tiers donneur: des choix interprétatifs empreints de judicial self-restraint", *Rev.trim.dr.fam.* 2012, afl. 3, 509-532.

X, "Die Heterologe In-vitro-Fertilisation vor der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte", *Medizinrecht* 2012, afl. 30, 380-383.

Rapporten, statistieken en documentatie

CENTRUM VOOR REPRODUCTIEVE GENEESKUNDE, *IVF|ICSI – de grote lijnen*, <http://www.brusselsivf.be/IVF-ICSI>.

CENTRUM VOOR REPRODUCTIEVE GENEESKUNDE, *Hoe groot is je kans op succes?*, http://www.brusselsivf.be/IUI_slaagkans.

CENTRUM VOOR REPRODUCTIEVE GENEESKUNDE, *Kunstmatige Inseminatie, met sperma van de partner (KI) of van een donor (KID)*, <http://www.brusselsivf.be/KI-KID>.

COUNCIL OF EUROPE, *Background document on preimplantation and prenatal genetic testing*, http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Source/INF_2010_6_dpdpn_en.pdf.

COUNCIL OF EUROPE, *Medically assisted procreation and the protection of the human embryo: Comparative study on the situation in 39 States, and Cloning: Comparative study on the situation in 44 States*, http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-INF%2898%298PMA.pdf.

COUNCIL OF EUROPE, *Replies by the member states to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP*, http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/INF_2005_7%20e%20REV2%20MAP.pdf.

ESHRE, *Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies*, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf.

INSTITUUT SAMENLEVING EN TECHNOLOGIE, *Fertiliteitsbehandelingen: de realiteit voorbij de technologie*, http://www.samenlevingentechnologie.be/ists/nl/pdf/dossiers/49949_dossier20_ferti_finaal.pdf.

INSTITUUT SAMENLEVING EN TECHNOLOGIE, *Jaarverslag 2010*, <http://docs.vlaamsparlement.be/docs/stukken/2010-2011/g43-1.pdf>.

INTERNATIONAL FEDERATION OF FERTILITY SOCIETIES, *IFFS Surveillance 2010*, http://c.ymcdn.com/sites/www.iffs-reproduction.org/resource/resmgr/newsletters/iffs_surveillance_2010.pdf.

UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS ANTWERPEN, *In-vitrofertilisatie (IVF)*, <http://www.uza.be/behandeling/vitrofertilisatie-ivf>.

UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS ANTWERPEN, *Intra-uteriene inseminatie (IUI)*, <http://www.uza.be/behandeling/intra-uteriene-inseminatie-iui>.

X, *Geboorten en vruchtbaarheid*, http://statbel.fgov.be/nl/statistieken/cijfers/bevolking/geboorten_vruchtbaarheid/.

X, *Medisch begeleide voortplanting*, www.uzgent.be/wps/wcm/connect/6df07a004c2e99b3ad05fdf3530baaf2/UZ_A5medBegeleideVoortplv4.pdf?MOD=AJPERES.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Medisch begeleide voortplanting, een mensenrecht?

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2014**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Van de Broek, Sophie

Datum: **15/05/2014**