



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Annotation: Europees Hof voor de Rechten van de Mens 2007-12-04

Hendriks, A.C.; Houdijker, F.M.J. den

Citation

Hendriks, A. C., & Houdijker, F. M. J. den. (2008). Annotation: Europees Hof voor de Rechten van de Mens 2007-12-04. *Njcm-Bulletin*, 3, 401-407. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13317>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13317>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

RECHTSPRAAK

RAAD VAN EUROPA

OOK GEDETINEERDE MAG ZICH VOORTPLANTEN, MAAR HEEFT GEEN RECHT OP SEKS

- Europees Hof voor de Rechten van de Mens (GC) 4 december 2007
Dickson t. het Verenigd Koninkrijk (appl. no. 44362/04) •

Met noot van Aart Hendriks en Marina den Houdijker "

Verzoekers, een gedetineerde man en een ex-gedetineerde vrouw, stellen dat de Britse overheid artikel 8 EVRM in samenhang met artikel 12 EVRM schendt door geen toestemming te geven voor kunstmatige inseminatie. Daarmee lijkt uitgesloten dat verzoekers biologisch eigen kinderen kunnen krijgen. Een kleine meerderheid van de Kamer (4:3) oordeelde dat genoemde verdragsbepalingen niet waren geschonden. Een ruime meerderheid van de Grote Kamer (12:5) concludeert thans dat het beleid, waarop de weigering was gebaseerd, een schending oplevert van artikel 8 EVRM. Geen redelijk evenwicht tussen botsende algemene en individuele belangen. Het Hof toetst niet apart aan artikel 12 EVRM. Verzoekers hebben recht op materiële en immateriële schadevergoeding (artikel 41).

FEITEN

Verzoekers, Kirk en Lorraine Dickson, zijn respectievelijk in 1972 en in 1958 geboren. Kirk Dickson is in 1994 wegens moord veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf met een minimum te dienen periode (*tariff*) van vijftien jaar. In 1999 kwam hij via een schrijfnetwerk in contact met Lorraine, die op dat moment eveneens een vrijheidsstraf uitdiende. In 2001 zijn verzoekers met elkaar in het huwelijk getreden. Kirk heeft geen kinderen, terwijl Lorraine moeder is van drie kinderen uit eerdere relaties.

Het paar verzocht de autoriteiten vervolgens mee te werken aan het totstandkomen van een zwangerschap via kunstmatige inseminatie (k.i.), omdat het krijgen van een kind anders – gelet op de vroegst mogelijke invrijheidstelling van Kirk en de leeftijd van Lorraine op dat moment – vrijwel is uitgesloten. Onder verwijzing naar het algemene beleid, op grond waarvan soortgelijke verzoeken alleen in 'uitzonderlijke situaties' worden toegewezen, wees de Minister van Binnenlandse Zaken de aanvraag af. De minister motiveerde de afwijzing onder verwijzing naar de volgende redenen: de relatie tussen verzoekers heeft zich nog nooit onder normale

- Samenstelling Hof (Grand Chamber): Rozakis (Pres.), Wildhaber, Bratza, Zupančić, Lorenzen, Tulkens, Cabral Barreto, Bîrsan, Jungwiert, Hedigan, Baka, Botoucharova, Mularoni, Gyulumyan, Hagiye, Myjer & Berro-Lefèvre.
- Prof. mr. A.C. Hendriks is ondervoorzitter van de Commissie gelijke behandeling (CGB), bijzonder hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden en redacteur van dit blad. Mr. F.M.J. den Houdijker is promovenda bij de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

omstandigheden bewezen; er zijn onvoldoende voorzieningen getroffen voor het welzijn van het toekomstige kind; moeder en kind kunnen slechts terugvallen op een beperkt sociaal netwerk en de vader van het kind zal gedurende een belangrijke periode van de jeugd van het kind afwezig zijn. Voorts was de minister bezorgd dat de bestraffende en afschrikwekkende elementen van de opgelegde vrijheidsstraf omzeild zouden worden, indien het Kirk werd toegestaan zich gedurende gevangenschap voort te planten. Dit zou ten koste kunnen gaan van het vertrouwen van het publiek in het detentiesysteem. Het beroep en hoger beroep van het echtpaar werden door de nationale rechter afgewezen.

PROCESVERLOOP

In Straatsburg klaagt het echtpaar over de geweigerde toegang tot k.i.-faciliteiten, zich beroepend op artikel 8 (recht op respect voor privé-leven en voor familie- en gezinsleven) en artikel 12 (recht om te huwen en een gezin te stichten). De zaak wordt toegewezen aan de Vierde Kamer, die op 18 april 2006 uitspraak doet. De Kamer stelt vast dat de Minister van Binnenlandse Zaken alle belangen van het echtpaar zorgvuldig heeft gewogen, waaronder de onwaarschijnlijkheid dat het paar na de invrijheidstelling van Kirk nog een kind kan verwekken, om uiteindelijk te concluderen dat meer gewicht moet worden toegekend aan andere belangen. Daarbij heeft de minister in het bijzonder gelet op de aard en de zwaarte van het misdrijf dat Kirk had begaan en het welzijn van het te verwekken kind. Voorts heeft de minister de langdurige afwezigheid van de vader gedurende een belangrijk deel van de jeugd van het te verwekken kind en het schijnbare gebrek aan materiële voorzieningen alsmede aan onmiddellijke ondersteuning van moeder en kind in beschouwing genomen. Het Hof voegt daaraan toe dat het besluit van de minister was onderzocht door zowel het *High Court* als het *Court of Appeal* en dat beide hoven tot de conclusie waren gekomen dat het besluit noch onredelijk, noch disproportioneel was.

Gelet op deze omstandigheden, komt het Hof tot de slotsom dat niet is gebleken dat de aangevallen beslissing willekeurig of onbillijk was en dat geen sprake was van een onredelijk evenwicht tussen het algemeen belang en de belangen van het individu. Geen schending van artikel 8 of artikel 12 (4 tegen 3).¹

Op 13 september 2006 honoreert een college van vijf rechters van de Grote Kamer het verzoek van het echtpaar om doorverwijzing naar de Grote Kamer. Na een hoorzitting, gehouden op 10 januari 2007, doet de Grote Kamer op 4 december 2007 uitspraak.

1 EHRM 18 april 2006, *Dickson t. het VK*, nr. 44362/04, EHRC 2006, 74 (m.nt. Brems), GJ 2006, 64 (m.nt. Hendriks).

UITSPRAAK²

‘(...) THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 8 AND 12 OF THE CONVENTION

(...)

D. The Court's assessment of the complaint under Article 8

1. Applicability of Article 8

65. The restriction at issue in the present case concerned the refusal to the applicants of facilities for artificial insemination. The parties did not dispute the applicability of Article 8, although before the Grand Chamber the Government appeared to suggest that Article 8 might not apply in certain circumstances: where, for example, a prisoner's sentence was so long that there was no expectation of ever "taking part" in the life of any child conceived and Article 8 did not guarantee a right to procreate.

66. The Court considers that Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents (the above-cited cases of *E.L.H. and P.B.H. v. the United Kingdom*, *Kalashnikov v. Russia* (dec.), no. 47095/99, ECHR 2001-XI; *Aliev v. Ukraine*, no. 41220/98, § 187-189, 29 April 2003; and *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 71-72, 10 April 2007).

2. Relevant general principles

67. The Court recalls the above-cited *Hirst* judgment, which concerned a legislative restriction on prisoners' right to vote:

"69. In this case, the Court would begin by underlining that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty, where lawfully imposed detention expressly falls within the scope of Article 5 of the Convention. For example, prisoners may not be ill-treated, subjected to inhuman or degrading punishment or conditions contrary to Article 3 of the Convention (see, among many authorities, *Kalashnikov v. Russia*, no. 47095/99, ECHR 2002-VI; *Van der Ven v. the Netherlands*, no. 50901/99, ECHR 2003-II); they continue to enjoy the right to respect for family life (*Ploski v. Poland*, no. 26761/95, judgment of 12 November 2002; *X. v. the United Kingdom*, no. 9054/80, Commission decision of 8 October 1982, DR 30, p. 113), the right to freedom of expression (*Yankov v. Bulgaria*, no. 39084/97, §§ 126-145, ECHR 2003-XII, *T. v. the United Kingdom*, no. 8231/78, Commission report of 12 October 1983, DR 49, p. 5, §§ 44-84), the right to practise their religion (*Poltoratskiy v. Ukraine*, no. 38812/97, §§ 167-171, ECHR 2003-V), the right of effective access to a lawyer or to court for the purposes of Article 6 (*Campbell and Fell v. the United Kingdom*, judgment of 28 June 1984, Series A, no. 80; *Golder v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A, no. 18), the right to respect for correspondence (*Silver and Others v. the United Kingdom*, judgment of 25 March 1983, Series A no. 61) and the right to marry (*Hamer v. the United Kingdom*, no. 7114/75, Commission report of 13 December 1979, DR 24, p. 5; *Draper v. the United Kingdom*, no. 8186/78, Commission report of 10 July 1980, DR 24, p. 72). Any restrictions on these other rights require to be justified, although such justification may well be found in the considerations of security, in particular the prevention of crime and disorder, which inevitably flow from the circumstances of imprisonment (see, for example, *Silver*, cited above, §§ 99-105, where broad restrictions on the right of prisoners to correspond fell foul of Article

2 De integrale tekst van deze beslissing is te vinden op www.echr.coe.int.

8 but stopping of specific letters, containing threats or other objectionable references were justifiable in the interests of the prevention of disorder or crime).

70. There is, therefore, no question that a prisoner forfeits his Convention rights merely because of his status as a person detained following conviction. Nor is there any place under the Convention system, where tolerance and broadmindedness are the acknowledged hallmarks of democratic society, for automatic disenfranchisement based purely on what might offend public opinion.

71. This standard of tolerance does not prevent a democratic society from taking steps to protect itself against activities intended to destroy the rights or freedoms set forth in the Convention. Article 3 of Protocol No. 1, which enshrines the individual's capacity to influence the composition of the law-making power, does not therefore exclude that restrictions on electoral rights are imposed on an individual who has, for example, seriously abused a public position or whose conduct threatened to undermine the rule of law or democratic foundations (see, for example, no. 6573/74, cited above; and, *mutatis mutandis*, *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, applications nos. 8348/78 and 8406/78, Commission decision of 11 October 1979, DR 18, p. 187, where the Commission declared inadmissible two applications concerning the refusal to allow the applicants, who were the leaders of a proscribed organisation with racist and xenophobic traits, to stand for election). The severe measure of disenfranchisement must, however, not be undertaken lightly and the principle of proportionality requires a discernible and sufficient link between the sanction and the conduct and circumstances of the individual concerned. ..."

68. Accordingly, a person retains his or her Convention rights on imprisonment, so that any restriction on those rights must be justified in each individual case. This justification can flow, *inter alia*, from the necessary and inevitable consequences of imprisonment (§ 27 of the Chamber judgment) or (as accepted by the applicants before the Grand Chamber) from an adequate link between the restriction and the circumstances of the prisoner in question. However, it cannot be based solely on what would offend public opinion.

3. Negative or positive obligations

69. The parties disagreed as to whether the refusal of the requested facilities constituted an interference with the applicants' existing right to beget a child (to be analysed in the context of the State's negative obligations) or a failure by the State to grant a right which did not previously exist (an alleged positive obligation). The Chamber considered that the applicants' complaints fell to be analysed as a positive obligation.

70. The Court recalls that, 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 (*Odièvre v. France* [GC], n° 42326/98, § 40, CEDH 2003-III, and *Evans*, cited above, § 75).

71. 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 (see paragraphs 77-85 below) is precisely whether a fair balance was struck between the competing public and private interests involved.

4. The conflicting individual and public interests

72. As to the applicants' interests, it was accepted domestically that artificial insemination remained the only realistic hope of the applicants, a couple since 1999 and married since 2001, of having a child to

gether given the second applicant's age and the first applicant's release date. The Court considers it evident that the matter was of vital importance to the applicants.

73. The Government have cited three justifications for the Policy.

74. Before the Grand Chamber they first relied on the suggestion that losing the opportunity to beget children was an inevitable and necessary consequence of imprisonment.

Whilst the inability to beget a child might be a consequence of imprisonment, it is not an inevitable one, it not being suggested that the grant of artificial insemination facilities would involve any security issues or impose any significant administrative or financial demands on the State.

75. Secondly, before the Grand Chamber the Government appeared to maintain, although did not emphasise, another justification for the Policy namely, that public confidence in the prison system would be undermined if the punitive and deterrent elements of a sentence would be circumvented by allowing prisoners guilty of certain serious offences to conceive children.

The Court, as the Chamber, reiterates that there is no place under the Convention system, where tolerance and broadmindedness are the acknowledged hallmarks of democratic society, for automatic forfeiture of rights by prisoners based purely on what might offend public opinion (*Hirst*, cited above § 70). However, the Court could accept, as did the Chamber, that the maintaining of public confidence in the penal system has a role to play in the development of penal policy. The Government also appeared to maintain that the restriction, of itself, contributed to the overall punitive objective of imprisonment. However, and while accepting that punishment remains one of the aims of imprisonment, the Court would also underline the evolution in European penal policy towards the increasing relative importance of the rehabilitative aim of imprisonment, particularly towards the end of a long prison sentence (see paragraphs 28-36 above).

76. Thirdly, the Government argued that the absence of a parent for a long period would have a negative impact on any child conceived and, consequently, on society as a whole.

The Court is prepared to accept as legitimate, for the purposes of the second paragraph of Article 8, that the authorities, when developing and applying the Policy, should concern themselves, as a matter of principle, with the welfare of any child: conception of a child was the very object of the exercise. Moreover, the State has a positive obligation to ensure the effective protection of children (*L.C.B. v. the United Kingdom*, judgment of 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, § 36; *Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII, § 115-116; and *Z and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 29392/95, § 73, ECHR 2001-V). However, that cannot go so far as to prevent parents who so wish from attempting to conceive a child in circumstances like those of the present case, especially as the second applicant was at liberty and could have taken care of any child conceived until such time as her husband was released.

5. Balancing the conflicting interests and the margin of appreciation

77. Since the national authorities make the initial assessment as to where the fair balance lies in a case before a final evaluation by this Court, a certain margin of appreciation is, in principle, accorded by this Court to those authorities as regards that assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors including the nature of the activities restricted and the aims pursued by the restrictions (*Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 88, ECHR 1999-VI).

78. Accordingly, where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake (such as the choice to become a genetic parent), the margin of appreciation accorded to a State will in general be restricted.

Where, however, there is no consensus within the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider. This is particularly so where the case raises complex issues and choices of social strategy: the authorities' direct knowledge of their society and its needs means that they are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest. In such a case, the Court would generally respect the legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation".

There will also usually be a wide margin accorded if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (*Evans*, cited above, § 77).

79. Importantly, in its *Hirst* judgment, the Court commented that, while there was no European consensus on the point so that a wide margin of appreciation applied, it was not all-embracing. It found that neither the legislature nor the judiciary had sought to weigh the competing interests or assess the proportionality of the relevant restriction on prisoners. That restriction was considered to be "a blunt instrument" which indiscriminately stripped a significant category of prisoners of their Convention rights and it imposed a blanket and automatic restriction on all convicted prisoners irrespective of the length of their sentence, the nature or gravity of their offence or of their individual circumstances. The Court continued (*Hirst*, § 82):

"Such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin might be, and as being incompatible with Article 3 of Protocol No. 1."

80. In the present case, the parties disputed the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the authorities. The applicants suggested that the margin had no role to play since the Policy had never been subjected to parliamentary scrutiny and allowed for no real proportionality examination. The Government maintained that a wide margin of appreciation applied given the positive obligation context, since the Policy was not a blanket one and since there was no European consensus on the subject.

81. The Court notes, as to the European consensus argument, that the Chamber established that more than half of the Contracting States allow for conjugal visits for prisoners (subject to a variety of different restrictions), a measure which could be seen as obviating the need for the authorities to provide additional facilities for artificial insemination. However, while the Court has expressed its approval for the evolution in several European countries towards conjugal visits, it has not yet interpreted the Convention as requiring Contracting States to make provision for such visits (see the above-cited *Aliev* judgment, at § 188). Accordingly, this is an area in which the Contracting States could enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of individuals.

82. However, and even assuming that the judgment of the Court of Appeal in the *Mellor* case amounted to judicial consideration of the Policy under Article 8 (despite its pre-incorporation and judicial review context, see paragraphs 23-26 above), the Court considers that the Policy as structured effectively excluded any real weighing of the competing individual and public interests, and prevented the required assessment of the proportionality of a restriction, in any individual case.

In particular, and having regard to the judgment of Lord Phillips MR in the *Mellor* case and of Auld LJ in the present case, the Policy placed an inordinately high "exceptionality" burden on the applicants when requesting artificial insemination facilities (see paragraphs 13, 15-17 and 23-26 above). They had to demonstrate, in the first place, as a condition precedent to the application of the Policy, that the deprivation of artificial insemination facilities might prevent conception altogether (the "starting point"). Secondly, and of even greater significance, they had to go on to demonstrate that the circumstances of their case were "exceptional" within the meaning of the remaining criteria of the Policy ("the finishing point"). The Court considers that even if the applicants' Article 8 complaint was before the Secretary of State and the Court of Appeal, the Policy set the threshold so high against them from the outset that it did not allow a balancing of the competing individual and public interests and a proportionality test by the Secretary of State or by the domestic courts in their case, as required by the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Smith and Grady*, cited above § 138).

83. In addition, there is no evidence that, when fixing the Policy the Secretary of State sought to weigh the relevant competing individual and public interests or assess the proportionality of the restriction. Further, since the Policy was not embodied in primary legislation, the various competing interests were never weighed, nor were issues of proportionality ever assessed, by Parliament (see the above-cited judgments in *Hirst*, § 79, and *Evans*, §§ 86-89). Indeed, the Policy was adopted, as noted in the judgment

of the Court of Appeal in the *Mellor* case (see paragraph 23 above), prior to the incorporation of the Convention into domestic law.

84. The Policy may not amount to a blanket ban such as was at issue in the *Hirst* case since in principle any prisoner could apply and, as demonstrated by the statistics submitted by the Government, three couples did so successfully. Whatever the precise reason for the dearth of applications for such facilities and the refusal of the majority of the few requests maintained, the Court does not consider that the statistics provided by the Government undermine the above finding that the Policy did not permit the required proportionality assessment in an individual case. Neither was it persuasive to argue, as the Government did, that the starting point of exceptionality was reasonable since only a few persons would be affected, implying as it did the possibility of justifying the restriction of the applicants' Convention rights by the minimal number of persons adversely affected.

85. The Court therefore finds that the absence of such an assessment as regards a matter of significant importance for the applicants (see paragraph 72 above) must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation so that a fair balance was not struck between the competing public and private interests involved. There has, accordingly, been a violation of Article 8 of the Convention.

E. The Court's assessment of the complaint under Article 12

86. The Court considers, as did the Chamber, that no separate issue arises under Article 12 of the Convention and that it is not therefore necessary also to examine the applicants' complaint under this provision (*E.L.H. and P.B.H. v. the United Kingdom*, cited above, and *Boso v. Italy* (dec.), no. 50490/99, ECHR 2002 VII).

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

(...)

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Holds* by twelve votes to five that there has been a violation of Article 8 of the Convention;
2. *Holds* unanimously that it is not necessary to examine the complaint under Article 12 of the Convention;
3. *Holds* by twelve votes to five
 - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months, EUR 5,000 (five thousand euros) in respect of non-pecuniary damage and EUR 21,000 (twenty-one thousand euros) in costs and expenses, less EUR 2,148.09 (two thousand one hundred and forty-eight euros and nine cents) in legal aid paid by the Council of Europe and inclusive of any tax that may be chargeable, which payments are to be converted into pounds sterling at the rate applicable on the date of settlement;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
4. *Dismisses* unanimously the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.'

Rechter Bratza, die als Britse rechter tevens zitting had in de Kamer en toen concludeerde dat artikel 12 EVRM niet was geschonden, schreef een *concurring opinion*. Voorts was er de volgende gezamenlijke *dissenting opinion* van de rechters Wildhaber, Zupančić, Jungwiert, Gyulumyan en Myjer.

'In the instant case, the first applicant (Kirk Dickson), born in 1972, was in prison serving a life sentence for murder. His earliest full release date was 2009. While they were both in prison, he met (in 1999) and married (in 2001) the second applicant (Lorraine Dickson), born in 1958, a mother of three children from

different relationships. Their request for artificial insemination facilities was refused definitively in 2004. The Chamber found no violation of Articles 8 and 12, whereas the majority of the Grand Chamber now finds a violation of Article 8. To our regret, we have to dissent.

The majority of the Grand Chamber finds Article 8 applicable. It discusses the adequacy of the legal basis for a restriction only indirectly, but since the judgment focuses on the proportionality of restrictions in a democratic society, one must assume that the legal basis was found to be adequate. We agree, although we find unhelpful the *obiter dictum* in paragraph 83 of the judgment suggesting that the Policy should have been "embodied in primary legislation". We do not think that the problem of artificial insemination facilities in prisons was so evident or burning that direct action by Parliament was needed.

We accept that imprisonment is a deprivation of liberty within the scope of Article 5, so that prisoners retain their fundamental rights, except for restrictions which are inherent in, or necessarily concomitant to, the deprivation of liberty itself (see paragraphs 31 and 65). And that is the crux of our case.

It is correctly noted (in paragraph 28) that the objectives of imprisonment "include punishment, deterrence, protection of the public and rehabilitation".

As the judgment points out, a growing number of Contracting Parties have made possible conjugal visits in prisons, subject to a variety of different restrictions (paragraph 81). Nevertheless, the Court's case-law has not interpreted Articles 8 and 12 as requiring Contracting States to make provision for conjugal visits in prisons. We fail to see how it can be argued that there is no right to conjugal visits in prisons, but that there is instead a right for the provision of artificial insemination facilities in prisons (this interpretation results implicitly from paragraphs 67-68, 74, 81 and 91). Not only is this contradictory. It also plays down the wide margin of appreciation which States enjoy (and should enjoy) in this field.

The margin of appreciation of Member States is wider where there is no consensus within the States and where no core guarantees are restricted. States have direct knowledge of their society and its needs, which the Court does not have. Where they provide for an adequate legal basis, where the legal restrictions serve a legitimate aim and where there is room to balance different interests, the margin of appreciation of States should be recognized.

This is so in the instant case. The Government's Policy allowed for the balancing of interests and was not a blanket one. The British courts did balance the various interests. We fail to see how the majority of the Grand Chamber can claim that there was no weighing of the "relevant competing individual and public interests" (paragraph 83).

To the contrary, in our view the majority did not weigh several interests that ought to have deserved consideration. Thus the Court might have wished to discuss the very low chances of a positive outcome of in vitro fertilization of women aged 45 (see Bradley J. Van Voorhis, "In Vitro Fertilization", *New England Journal of Medicine* 2007 356: 4 pp. 379-386). The Court also fails to address the question whether all sorts of couples (for example, a man in prison and the woman outside, a woman in prison and the man outside, a homosexual couple with one of the partners in prison and the other outside) may request artificial insemination facilities for prisoners. We are of the opinion that in this respect too States should enjoy an important margin of appreciation.

In conclusion, in the specific circumstances of the case (the couple established a pen-pal relation while both were 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 might 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.

NOOT

1. Minder dan een maand na het arrest in de zaak *D.H.* komt de Grote Kamer in bovenstaande uitspraak wederom tot een andere slotsom dan de Kamer, die de zaak in eerste instantie had beoordeeld.³ Hieruit spreekt nog eens dat de Grote Kamer zaken na verwijzing integraal beziet. Het daartoe door de Grote Kamer ingestelde onderzoek ziet in de regel ook op de vaststelling en waardering van belangen en feiten. Daarmee legt het Hof artikel 43 EVRM ruim uit. Volgens deze bepaling is verwijzing van een zaak na een uitspraak van een Kamer immers afhankelijk van 'een ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag of de Protocollen daarbij, dan wel een ernstige kwestie van algemeen belang' (curs. toegevoegd). In bovenstaande zaak komt de Grote Kamer bovenal door een andere waardering van de in het geding zijnde belangen, of beter gezegd door een andere constructie van de belangentegenstelling, tot een andere conclusie. Dit duidt erop dat er binnen het Hof zeer verschillend wordt gedacht over de weging van belangen en het gewicht dat daaraan toekomt. Dit komt sprekend tot uiting in de – hierboven niet weergegeven – *concurring opinion* van rechter Bratza. Als rechter van de aangeklaagde staat maakte hij van rechtswege deel uit van zowel de Kamer als de Grote Kamer (artikel 27 tweede lid EVRM). Was hij als lid van de Kamer van opvatting dat artikel 8 EVRM niet was geschonden, thans oordeelt hij – ondanks de omstandigheid dat 'the material and arguments before the Grand Chamber did not differ in any significant respect from those before the Chamber' – dat deze bepaling wel was geschonden. Hij verklaart dit door erop te wijzen dat de Grote Kamer een meer concrete belangenafweging heeft gemaakt dan de Kamer, die zich bovenal beperkte tot een abstracte belangenafweging. Alvorens in deze annotatie nader in te gaan op de belangenafweging in de onderhavige zaak, mede in het licht van de – doorgaans ruime – *margin of appreciation* die het Hof staten laat bij gevoelige morele en ethische onderwerpen⁴, staan wij eerst stil bij de uitleg die het Hof toekent aan artikel 8 EVRM om tot slot nog iets te zeggen over de zogenaamde *gender dimension* van de zaak.

2. Het Hof legt artikel 8 EVRM vanouds ruim uit. Reeds in 1981 oordeelde het Hof dat wetgeving die het seksuele leven van een persoon aan banden legt inbreuk maakt op het recht op privé-leven.⁵ Enkele jaren later concludeerde het Hof dat het recht op respect voor het privé-leven, in de zin van artikel 8 EVRM, tevens het recht omvat met anderen relaties aan te gaan en te ontwikkelen.⁶ De staat dient zich niet alleen te onthouden van ongeoorloofde bemoeienissen met het privé-leven van mensen (negatieve verplichting), maar moet betrokkenen in voorkomende gevallen ook de mogelijkheid bieden inkleuring te geven aan dit recht (positieve

3 EHRM 13 november 2007, *D.H. e.a. t. Tsjechië* (GC), nr. 57325/00, *NJCM-Bulletin* 2008, p. 234 (m.nt. Henrard), *EHRC* 2008, 5 (m.nt. Hendriks).

4 Vgl. EHRM 25 november 1996, *Wingrove t. het VK*, NJ 1998, 359 (m.nt. Dommering), *NJCM-Bulletin* 1998, p. 37 (m.nt. Hirsch Ballin); EHRM 13 februari 2003, *Odièvre t. Frankrijk* (GC), nr. 42326/98, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 774 (m.nt. Forder); EHRM 20 maart 2007, *Tysiac t. Polen*, nr. 5410/03, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 497 (m.nt. Hendriks) en EHRM 10 april 2007, *Evans t. het VK* (GC), nr. 6339/05, NJ 2007, 459 (m.nt. De Boer), *NJCM-Bulletin* 2007, p. 872 (m.nt. Küthe & Turvey).

5 EHRM 22 oktober 1981, *Dudgeon t. het VK*, nr. 7525/76, A-45.

6 EHRM 16 december 1992, *Niemietz t. Duitsland*, nr. 13731/88, NJ 1993, 400 (m.nt. Dommering), *NJCM-Bulletin* 1993, p. 320, § 29 (m.nt. Myjer).

verplichting).⁷ Dergelijke positieve verplichtingen liggen volgens het Hof ook besloten in artikel 12 EVRM: 'The exercise of the right to marry gives rise to social, personal and legal consequences. It is subject to the national laws of the Contracting States but the limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that *the very essence of the right is impaired*' (cursief toegevoegd).⁸ Algemeen wordt aangenomen dat de mogelijkheid tot het onderhouden van seksueel contact en tot voortplanting de kern raken van het recht om te huwen, overigens los van de omstandigheid dat het Verdrag niet ziet op het recht op voortplanting.⁹ Het onderhouden van seksueel contact en het krijgen van kinderen zijn handelingen die evenwel niet zijn voorbehouden aan gehuwden. Zij raken, en wellicht zelfs in het bijzonder, ook het privé-leven van de betrokkenen, gehuwd of niet. Rechtsvragen die hierop betrekking hebben worden door het Hof in de regel dan ook allereerst – en veelal uitsluitend – aan artikel 8 EVRM getoetst. Zo ook in bovenstaande zaak.

3. Wat moet een staat nu doen (positieve verplichting) of laten (negatieve verplichting) om het recht van een gevangene op respect voor privé-, familie- en gezinsleven alsmede het recht om te huwen en een gezin te stichten te waarborgen? Ondanks het feit dat het Hof in de – ook in bovenstaande zaak aangehaalde (§ 67) – zaak *Hirst* heeft uitgemaakt dat 'prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty'¹⁰, laat deze vraag zich niet eenvoudig beantwoorden. Wettige vrijheidsbeneming, zoals in het geval van de Dicksons – althans van Kirk Dickson, leidt onvermijdelijk tot een inperking van de zelfbeschikking en daarmee van artikel 8 EVRM. In gelijke zin oordeelde het Hof in de zaak *Messina*, waarbij het geschil betrekking had op familiebezoek aan een gedetineerde. Het Hof haastte zich daaraan toe te voegen dat de autoriteiten van een penitentiaire inrichting gehouden zijn een gevangene te ondersteunen in het handhaven van contact met zijn nabije familie.¹¹ Deze verplichting 'to assist' duidt op het bestaan van een positieve verplichting. Wellicht onder invloed van deze uitspraak heeft de Kamer, die in eerste instantie oordeelde over de zaak *Dickson*, getoetst of de Britse overheid door het beperken van de toegang tot voortplantingfaciliteiten tekort was geschoten bij het nakomen van een positieve verplichting, gebaseerd op artikel 8 EVRM. Bij het vinden van een redelijk evenwicht (*fair balance*) tussen de algemene en individuele belangen liet de Kamer de overheid een ruime beoordelingsruimte, wat tot de conclusie leidde dat geen schending van verdragsbepalingen werd aangenomen.

4. Eerder merkten wij op dat evenzeer verdedigbaar was geweest te oordelen dat sprake was van een inbreuk op een negatieve verplichting, te weten het beletten van seksueel contact tussen

7 Vgl. EHRM 24 februari 1998, *Botta t. Italië*, nr. 21439/93, NJ 1999, 691 (m.nt. Dommering), NJCM-Bulletin 1998, p. 597 (m.nt. Lawson & Hendriks).

8 EHRM 13 september 2005, *B. & L. t. het VK*, nr. 36536/02, EHRC 2005, 105 (m.nt. Brems), § 34.

9 EHRM 6 maart 2003, *Margarita Šijakova e.a. t. Macedonië* (dec.), nr. 67914/01.

10 EHRM 6 oktober 2005, *Hirst t. het VK* (nr. 2) (GC), nr. 74025/01, NJCM-Bulletin 2006, p. 234 (m.nt. Sackers). Vgl. US Supreme Court *Turner t. Safely*, 482 U.S. 78 (1987) en *Bell t. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979) alsmede Constitutioneel Hof van Zuid Afrika 1 april 1999, *August e.a. t. Electoral Commission e.a.*, CCT 8/99.

11 EHRM 28 september 2000, *Messina t. Italië* (nr. 2), nr. 25498/94, EHRC 2000, 80 (m.nt. De Jonge), § 61.

beide echtgenoten.¹² Het bieden van de mogelijkheid tot kunstmatige voortplanting is immers, zeker ingeval in- of subfertiliteit niet aan de orde is, niet meer dan een alternatief voor het trachten te verwezenlijken van een voortplantingswens. Hiermee wordt evenwel niet voorzien in de behoefte tot seksueel contact tussen partners, een behoefte die veelal losstaat van een voortplantingswens. Het voorzien in deze behoefte is voor meer dan de helft van de verdragsstaten aanleiding geweest echtelijke bezoeken mogelijk te maken (§ 81). De belangenafweging was bij een dergelijk uitgangspunt, waarbij ook het recht zou worden betrokken om met de eigen partner seksuele relaties te onderhouden, mogelijk anders uitgevallen. Immers, het beletten van een gevangene om op gezette tijden seksueel contact met de eigen partner te hebben, vormt een additionele inbreuk op een vrijheidsrecht. Dit zou reden temeer moeten zijn om het Britse beleid kritisch tegen het licht te houden.

5. De vraag of het reguleren van de voortplantingsmogelijkheden interfereert met een positieve of negatieve verplichting jegens echtgenoten leidde tot grote verdeeldheid binnen de Kamer. Zo niet binnen de Grote Kamer: schijnbaar probleemloos stapt de Grote Kamer over deze horde heen. Onder verwijzing naar de uitspraken in de zaken *Odièvre*¹³ en *Evans*¹⁴ roept het Hof in herinnering dat het onderscheid tussen op artikel 8 EVRM gebaseerde positieve en negatieve verplichtingen zich niet helder laat afbakenen en dat in beide gevallen aandacht moet worden besteed aan het vinden van een redelijk evenwicht tussen botsende belangen (§ 70).¹⁵ Het Hof acht het vervolgens evenmin nodig om te beslissen of de zaak betrekking heeft op een positieve of negatieve verplichting, maar gaat onmiddellijk over tot de belangenafweging (§ 71).

6. Kan hieruit worden geconcludeerd dat het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM volstrekt overbodig is geworden? Dat valt ons inziens nog te bezien. In de eerste plaats beoogt artikel 8 EVRM, zoals het Hof in bovenstaande uitspraak ook memoreert (§ 70), in essentie bescherming te bieden tegen willekeurige overheidsinmenging en schept het daarmee bovenal negatieve verplichtingen voor de autoriteiten. De in het tweede lid genoemde rechtvaardigingsgronden zien bij uitstek op het maken van een inbreuk op een negatieve verplichting, terwijl de door het Hof ontwikkelde *fair balance*-test toegespitst is op het beoordelen van een mogelijke schending van een positieve verplichting. In de tweede plaats is een inbreuk op een afweerrecht (negatieve verplichting) doorgaans eerder aantoonbaar, en daarmee aannemelijk, dan een tekortschieten bij het verwezenlijken van een claimrecht (positieve verplichting), nu het bestaan van dergelijke aanspraken op grond van artikel 8 EVRM niet altijd op voorhand duidelijk is. In de derde plaats spelen budgettaire argumenten, al dan niet terecht, bij positieve argumenten vaker een rol dan bij negatieve verplichtingen en wordt verdragsstaten bij positieve verplichtingen vaak een ruimere *margin*

12 EHRM 18 april 2006, *Dickson t. het VK*, nr. 44362/04, GJ 2006, 64 (m.nt. Hendriks).

13 EHRM 13 februari 2003, *Odièvre t. Frankrijk* (GC), nr. 42326/98, NJCM-Bulletin 2003, p. 774 (m.nt. Forder).

14 EHRM 10 april 2007, *Evans t. het VK* (GC), nr. 6339/05, NJ 2007, 459 (m.nt. De Boer), NJCM-Bulletin 2007, p. 872 (m.nt. M. Küthe & M. Turvey).

15 De Kamer had zich in soortgelijke zin uitgelaten en daarbij ook verwezen naar EHRM 28 juni 2001, *Selmani t. Zwitserland* (dec.), nr. 70258/01.

of *appreciation* gelaten dan bij negatieve.¹⁶ Het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen is daarmee niet overbodig geworden. Wel kan uit bovenstaand arrest worden geconcludeerd, dat het Hof erkent dat sommige verplichtingen als negatief en als positief kunnen worden opgevat. De uitkomst van het geschil mag daarvan niet afhankelijk zijn.

7. Hoe weegt het Hof vervolgens de verschillende in het geding zijnde belangen? Wat opvalt, en naar onze mening positief valt te waarderen, is de systematische wijze waarop de Grote Kamer uiteenzet welke belangen *in casu* met elkaar conflicteren (onder paragraaf D.4). Het individuele belang van Kirk en Lorraine Dickson bij het hebben van een gezamenlijk kind wordt door het Hof afgezet tegen¹⁷ het algemene belang van publiek vertrouwen in het detentie-systeem en een veralgemeniseerd individueel belang, namelijk het welzijn van het kind. De Grote Kamer geeft vervolgens van elk belang een indicatie van het potentiële gewicht dat het – figuurlijk gesproken – in de schaal zou kunnen leggen. Het Hof merkt het belang van het echtpaar Dickson aan als evident: het paar heeft geen andere reële kans op een gezamenlijk kind. Ten aanzien van het – ons inziens overigens lastig te bepalen – belang dat het publiek vertrouwen dient te hebben in het detentiesysteem neemt het Hof een genuanceerd standpunt in. Dit belang kan een rol spelen in de afweging, maar het kan niet zo zijn dat louter op basis van het argument dat het publiek aanstoot zou nemen aan bepaalde rechten voor gevangenen, deze rechten ook niet aan gevangenen toekomen. Bovendien, zo merkt het Hof op, zal in aanmerking moeten worden genomen dat binnen het Europese penitentiaire systeem met een vrijheidsstraf niet slechts meer bestraffing wordt beoogd, maar dat deze straf ook gericht is op reïntegratie en reclassering. Ook het belang van het kind wordt door het Hof – anders dan in veel andere zaken¹⁸ – genuanceerd benaderd. Het belang als zodanig mag een rol spelen, al was het maar omdat op staten de positieve verplichting rust om het welzijn van het kind effectief te verzekeren. Toch reikt deze verplichting niet zover dat de Dicksons op voorhand de mogelijkheid tot een zwangerschap dient te worden ontnomen, zeker nu Lorraine Dickson in alle vrijheid voor een kind zou kunnen zorgen tot aan de invrijheidstelling van haar partner (waarmee het veralgemeniseerde individuele belang weer enigszins wordt geconcretiseerd).

8. Overigens bestaan tussen de verschillende rechters van het Hof blijkbaar verschillende opvattingen over de vrijheid die hun toekomt bij het in kaart brengen van de relevante betrokken belangen. De meerderheid van de Grote Kamer beperkt zich tot een opsomming en evaluatie van de door partijen aangevoerde belangen. De minderheid stelt in haar *joint dissenting*

16 Bijv. EHRM 8 juli 2003, *Sentges t. Nederland* (dec.), nr. 27677/02, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 54 (m.nt. Hendriks), *EHRC* 2003, 75 (m.nt. Brems).

17 Let wel, dit gebeurt zonder dat de belangen in een 1:2 verhouding tegenover elkaar worden geplaatst. De benadering van het Hof laat zien dat bij botsing tussen grondrechten lang niet altijd sprake hoeft te zijn van 'tweedimensionale' verhoudingen. Botsingssituaties zijn vaak complexere aangelegenheden, waarin conflicterende belangen in een 'multidimensionale' verhouding tot elkaar staan: J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden) 2006, p. 7-8. Zie ook EHRM 10 april 2007, *Evans t. het VK* (GC), nr. 6339/05, i.h.b. § 74.

18 Zie bijv. EHRM 31 januari 2006, *Rodrigues da Silva & Hoogkramer t. Nederland*, nr. 50435/99, *NJ* 2006, 476, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 844 (m.nt. Woltjer), EHRM 17 juli 2007, *Jevremović t. Servië*, nr. 3150/05 en EHRM 23 oktober 2007, *Kajari t. Finland*, nr. 65040/01.

opinion onomwonden dat de meerderheid een aantal belangrijke aspecten ten onrechte niet heeft betrokken in haar afweging, waaronder bijvoorbeeld de slagingskans van ivf-behandelingen bij vrouwen van 45 jaar. Een bredere blik past wellicht juist de Grote Kamer en kan de rechtsontwikkeling ten goede komen. Tegelijkertijd wringt een dergelijke benadering met de subsidiaire positie van het Hof en het eigen argument dat juist in complexe sociaal-maatschappelijke vraagstukken als het onderhavige het in eerste instantie aan de nationale staten is om tot een bepaalde afweging te komen. Onder die vrijheid lijkt ons in beginsel ook de selectie en concrete waardering van relevante belangen te vallen.¹⁹ Daarbij behoort het weer wel tot de taak van het Hof om te toetsen of de staat de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht bij het selecteren en waarderen van de relevante belangen, niet in de laatste plaats ter bescherming van de individuele verzoeker(s) in een zaak.

9. Ondanks het consciëntieus in kaart brengen en waarderen van de relevante belangen, komt het in de zaak *Dickson* uiteindelijk niet tot een daadwerkelijke belangenafweging. De *margin of appreciation*-doctrine speelt daarbij een grote – en doorslaggevende – rol. Als bekend is één van de toepassingsgebieden van de *margin of appreciation* de situatie waarin het EVRM een belangenafweging impliceert.²⁰ In de zaak *Dickson* verschillen de verzoekers en het Verenigd Koninkrijk van mening over de omvang van de beoordelingsruimte die de staat in casu toekomt. De Grote Kamer erkent dat wanneer een belangrijk aspect van iemands bestaansrecht of identiteit in het geding is (zoals de keuze voor genetisch ouderschap) de beoordelingsruimte voor staten beperkt van omvang is. Het stelt daar echter tegenover dat wanneer een Europese consensus met betrekking tot een onderwerp (zoals het al dan niet faciliteren van k.i. en/of echtelijke bezoeken voor gedetineerden) ontbreekt, dit aanleiding geeft om een ruime *margin* toe te kennen. In combinatie met het feit dat onderhavige zaak een complex maatschappelijk vraagstuk behelst dat beter ter beoordeling aan de nationale autoriteiten is én waarbij een afweging dient te worden gemaakt tussen conflicterende individuele en publieke belangen, kent de Grote Kamer het Verenigd Koninkrijk een ruime beoordelingsmarge toe. Toch krijgt de staat de deksel op de neus. Ook wanneer de *margin of appreciation* ruim is bemeten, dient de staat in zaken als het onderhavige te voorzien in een proportionaliteitstoets waarin steeds op individuele basis plaats is voor het daadwerkelijk afwegen van de betrokken individuele en algemene belangen. De wijze waarop het huidige beleid van de Minister van Binnenlandse Zaken is vormgegeven – als gezegd worden verzoeken voor toegang tot k.i.-faciliteiten alleen in 'uitzonderlijke situaties' toegewezen – biedt onvoldoende mogelijkheden voor dergelijke individuele belangenafwegingen. Anders gezegd, het voeren van een beleid dat geen ruimte

19 De aanpak van de dissenters lijkt uiteindelijk overigens tot hetzelfde resultaat te leiden, nu zij hun voorstel om een tweetal andere belangen ook in aanmerking te nemen, vergezeld doen gaan van de opmerking dat het indiceren van het potentiële gewicht van de desbetreffende belangen primair ter beoordeling aan de nationale staat is.

20 De kwalificatie van het vereiste overheidsoptreden of -nalaten als een positieve of negatieve verplichting is op dit punt niet zozeer relevant. In beide gevallen dient een belangenafweging plaats te vinden, hetzij via de *fair balance*-test, hetzij onder de noemer van art. 8 lid 2 EVRM, en is een zekere *margin* dus aan de orde. Wel kan de kwalificatie 'positieve verplichting' een ruimere statelijke beoordelingsvrijheid met zich meebrengen, maar ook dit is geen wet van meden en perzen: R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 39.

biedt voor een individuele proportionaliteitstoets in zaken waarin zwaarwegende individuele belangen zijn betrokken, gaat elke *margin of appreciation* te buiten. Een dergelijke redenering doet sterk denken aan de overwegingen van de Grote Kamer inzake *Hirst* tegen het Verenigd Koninkrijk.²¹ Het is echter niet duidelijk hoe de zaak *Dickson* zich verhoudt tot enkele belangrijke 'post-Hirst' gewezen Grote Kamer uitspraak, waarin de Grote Kamer het gebruik van een wettelijke *bright-line rule* sauveert, zoals de zaak *Zdanoka*²² en de recente *Evans*-zaak.²³ In die zaken oordeelde het Hof dat het een staat is toegestaan wetgeving aan te nemen die belangrijke aspecten van het privé-leven reguleert, zonder dat is voorzien in de mogelijkheid van een belangenafweging in individuele gevallen (vandaar de term 'bright line'). Nader onderzoek naar de houding van het Straatsburgse Hof ten opzichte van het fenomeen categorisering zou op dit punt voor verduidelijking kunnen zorgen.

10. De schending van artikel 8 EVRM, die de Grote Kamer op basis van de hiervoor weergegeven argumentatie vaststelt, roept een laatste, niet onbelangrijke vraag op: hoe nu verder? Door in een abstracte toetsing het beleid van de Britse overheid als zodanig af te keuren, komt het Hof niet meer toe aan een beoordeling van het concrete geschil. Als gevolg hiervan wordt de vraag of Kirk en Lorraine Dickson gelet op alle betrokken belangen wel of geen recht hebben op toegang tot k.i.-faciliteiten niet door het Hof beantwoord. Het is logisch dat het Hof na een afkeuring van het beleid in algemene zin niet meer overgaat tot een beoordeling van de toepassing van het beleid in het concrete geval. En het vooruitlopen op toekomstig beleid behoort zeker niet tot de taak van het EHRM (in gelijke zin, alhoewel het daar om wetgeving ging, de overwegingen van het Hof in de *Hirst*-zaak, § 83). Voor het echtpaar Dickson zit er – ondanks de tijdsdruk (die ten grondslag lag aan de hele zaak!) – niets anders op dan het handelen van de Britse overheid af te wachten. Pas na de toepassing van het nieuw geformuleerde beleid op hun specifieke situatie weten zij waar ze aan toe zijn. Deze onzekerheid is voor de Dicksons onbevredigend.²⁴

11. Tot slot nog het volgende. Het krijgen van een kind veronderstelt in de regel twee personen van verschillend geslacht. Zo ook in onderhavige zaak. Mannen en vrouwen verschillen niet in de laatste plaats van elkaar met betrekking tot hun reproductieve functies en mogelijkheden. Voor wat betreft de opvoeding van kinderen zijn de verschillen tussen mannen en vrouwen bovenal maatschappelijk bepaald. Deze geslachtsgerelateerde verschillen worden ter onderscheiding van biologische verschillen wel *gender*verschillen genoemd. Voor de Dicksons waren de biologische man-vrouwverschillen, in ieder geval mede, reden om een verzoek in te dienen tot het verlenen van medewerking aan kunstmatige inseminatie. Vanwege haar geslacht in combinatie met haar leeftijd is het krijgen van biologisch eigen kinderen voor Lorraine, anders dan voor Kirk, binnen enkele jaren niet meer aan de orde. Dit aspect krijgt, hoewel expliciet

21 *Supra* noot 10, § 82.

22 EHRM 16 maart 2006, *Zdanoka t. Letland* (GC), nr. 58278/00.

23 *Supra* noot 14.

24 Over dit punt, zie ook de noot van E. Brems onder dezelfde zaak gepubliceerd in de *EHRC* 2008, 13.

aangedragen door verzoekers, in bovenstaande uitspraak geen aandacht.²⁵ In plaats daarvan wijzen de Britse overheid en de dissenters wel op enige *gender*verschillen, te weten de afwezigheid van een man in het gezin. Deze overwegingen wijzen op stereotiepe *gender*beelden ('moeder mag wel in haar eentje verantwoordelijk zijn voor de opvoeding, maar er moet wel een mansfiguur in beeld zijn'), iets waartegen – zeker in een groot Europa waarbinnen verschillende rolpatronen en gezinsvormen ingang hebben gevonden – weerstand moet worden geboden.

25 In gelijke zin EHRM 10 april 2007, *Evans t. het VK* (GC), nr. 6339/05, NJ 2007, 459 (m.nt. De Boer), NJCM-Bulletin 2007, p. 872 (m.nt. Küthe & Turvey).