

# Artikel

## ‘Het recht op een kind bestaat niet’

De rechten van het kind in het Nederlandse beleid ten aanzien van de internationale adoptie- en voortplantingsmarkt (Miek de Langen-lezing 2023)

Prof. mr. dr. B.C. van Beers\*

### Inleiding

Het is een bijzondere eer om dit jaar de Miek de Langen-lezing te mogen uitspreken.<sup>1</sup> Uit de verhalen die ik heb gehoord over Miek de Langen rijst het beeld van niet alleen een pionier van het Nederlandse jeugdrecht, maar ook een volstrekt onafhankelijke en visionaire geest. Typerend is het volgende fragment uit een interview met haar uit de tijd dat zij afscheid nam als hoogleraar jeugdrecht aan de Universiteit van Amsterdam:

‘Het tekent het beschavingsniveau van een samenleving als die kinderen niet serieus neemt. Ik maak me op het moment dan ook verschrikkelijk druk over de manier waarop sommige ouders spreken over kinderen als over een soort produkt. De term ‘recht op een kind’ wordt ook al veelvuldig gebruikt maar dat recht bestaat helemaal niet en zal er ook nooit komen.’<sup>2</sup>

Deze woorden hebben nu, iets meer dan dertig jaar later, niets aan kracht of actualiteit ingeboet. Dat blijkt onder meer uit de huidige discussies over de commercialisering van de kindwens en de effecten daarvan op kin-

derrechten. Zo laat het veelbesproken rapport van de commissie-Joustra uit 2021 zien dat de ‘structurele en systematische misstanden’<sup>3</sup> rondom interlandelijke adoptie in Nederland en de aantastingen van kinderrechten die daarbij hebben plaatsgevonden, grotendeels wortelen in:

‘het ontstaan van een adoptiemarkt en het tot verhandelbaar goed maken van kinderen (‘commodificering’) – met inbegrip van markttermen als ‘vraag en aanbod’, ‘kanalen’, ‘tussenpersonen’ en ‘vergunningen’.<sup>4</sup>

Ondanks veelal goede bedoelingen namen Nederlandse wensouders kinderen af van deze markt, daarin gesteund door verschillende Nederlandse organisaties en ‘een welwillende en faciliterende overheid’.<sup>5</sup> De commissie noemt ‘de passiviteit van de Nederlandse overheid en de focus van de Nederlandse politiek op de belangen van adoptieouders opvallend’ aangezien uit haar onderzoek is gebleken dat men reeds vanaf de jaren zestig op de hoogte was van de misstanden rondom interlandelijke adoptie.<sup>6</sup>

39

\* Prof. mr. dr. B.C. (Britta) van Beers is hoogleraar recht, ethiek en biotechnologie aan de Vrije Universiteit Amsterdam, faculteit Rechten, afdeling Rechtstheorie.

1 De tekst van dit artikel is gebaseerd op de Miek de Langen-lezing die de auteur op 8 december 2023 uitsprak. De auteur dankt Coby de Graaf en het CCRA voor deze eervolle en inspirerende uitnodiging.

2 A.M. van der Kolk, ‘Het recht op een kind bestaat niet’, *Leidse Courant*, 15 februari 1992).

3 Commissie-Joustra, *Rapport Commissie onderzoek interlandelijke adoptie*, Den Haag 2021, p. 123.

4 Commissie-Joustra 2021, p. 124.

5 Commissie-Joustra 2021, p. 5.

6 Commissie-Joustra 2021, p. 3.

In een ander segment van wat ook wel ‘de baby-industrie’,<sup>7</sup> ‘baby markets’<sup>8</sup> of ‘the baby business’<sup>9</sup> wordt genoemd, drijven niet alleen economische maar ook technologische ontwikkelingen de productbenadering van kinderen aan. De afgelopen decennia heeft de combinatie van voortplantingstechnologie, globalisering, commercialisering en internet geresulteerd in de komst van een wereldwijde voortplantingsmarkt, waarin uiteenlopende ‘voortplantingsdiensten en -goederen’ worden aangeboden. Langs de weg van ‘voortplantingstoerisme’ kunnen wensouders die vermogend genoeg zijn nationale verbodsbepalingen en restricties met relatief gemak omzeilen.<sup>10</sup> Zo kunnen zij al dan niet anoniem zaad inkopen van Deense spermabanken, al dan niet anonieme eicellen aanschaffen van zorgvuldig geselecteerde Spaanse of Amerikaanse studentes, een draagmoeder inhuren uit de VS, Georgië, Canada of Oekraïne, en sekseselectie of andere fertiliteitsbehandelingen die in Nederland verboden zijn afnemen bij commerciële klinieken in Cyprus, Californië of Oekraïne. Sommige van deze klinieken reppen in hun advertenties zelfs van een ‘100% garantie op een kind’.<sup>11</sup> Niet alleen laten zulke advertenties goed zien hoe de fertiliteitsindustrie de wensen van wensouders met valse beloftes manipuleert, maar ook is duidelijk dat het van een ‘garantie op een kind’ geen grote stap is naar het door De Langen bekritiseerde ‘recht op een kind’. Zij legt daarmee de vinger op de zere plek: een belangrijk deel van het hedendaagse onbehagen over de commercialisering van de kinderen is precies hierin gelegen. In recht, ethiek en maatschappij worden kinderen immers niet als zaken of objecten van de rechten van anderen aangemerkt, maar als rechtssubjecten, ofwel, personen met hun eigen rechten, waardigheid en identiteit.

Aangezien, net als in het geval van de adoptiemarkt, ook Nederlandse wensouders afnemers van de internationale voortplantingsmarkt zijn, dringt de vraag zich op in hoeverre het Nederlandse recht tegenwicht biedt aan het commerciële contractsdenken en het technologische maakbaarheidsdenken waarbinnen kinderen eerder als rechtsoBJECTEN dan als rechtssubjecten dreigen te worden opgevat. De retoriek van de adoptie- en voortplantingsmarkt wekt de indruk dat een kind kan worden beschouwd als iets of iemand waarop je een recht kan hebben, als men maar genoeg betaalt. Verzet het Nederlandse recht zich tegen deze marktrationele logica of gaat het daarin mee?

De centrale vraag van deze beschouwing is of de rechten en waardigheid van kinderen in het Nederlandse beleid

ten aanzien van de internationale baby-industrie wel voldoende worden beschermd. Na een bespreking van de kinderrechten die in het geding zijn, zal ik betogen dat dit helaas niet het geval is: te vaak kijkt de overheid weg van misstanden, terwijl meer kan én moet worden gedaan. Ik richt me in mijn bespreking op drie segmenten van deze wereldwijde industrie: de adoptiemarkt, de markt in zaad- en eicellen en de draagmoedermarkt. Daarbij zal blijken dat er sprake is van terugkerende patronen met betrekking tot niet alleen de kinderrechten die in het geding zijn, maar ook het type misstanden en de passiviteit van de overheid jegens die misstanden.

## Inbedding, identiteit, waardigheid

In discussies over de adoptie- en voortplantingsmarkt wordt wel eens geopperd dat als wensouders zo veel (reis)tijd, geld en inspanning over hebben voor de vervulling van hun kinderwens, het deze kinderen niet zal ontbreken aan liefde en verzorging. Met de rechten van deze kinderen zou het dan vanzelf wel goed komen. Uit de verhalen van adoptie- en donorkinderen en de diverse misstanden rondom met name interlandelijke adoptie en internationaal draagmoederschap blijkt evenwel dat internationale, commerciële vormen van gezinsvorming met de nodige risico’s zijn omgeven.

In Nederland is de commercialisering van de kinderwens daarom niet alleen aan banden gelegd ter bescherming van de rechten van wensouders en degenen die de grondstoffen voor deze industrie leveren, maar ook ter bescherming van de rechten van de resulterende kinderen. Daarbij kan men met name denken aan drie bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: IVRK). Allereerst artikel 7 IVRK, waarin is neergelegd dat ‘het kind onmiddellijk na de geboorte [wordt] ingeschreven en vanaf de geboorte het recht [heeft] op een naam, het recht een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen, en door hen te worden verzorgd.’ Daarnaast komt artikel 8 IVRK in het vizier dat ‘het recht van het kind zijn of haar identiteit te behouden, met inbegrip van nationaliteit, naam en familiebetrekkingen’ tot uitdrukking brengt. Tot slot dienen verdragsstaten op grond van artikel 35 IVRK alle passende maatregelen te nemen ‘ter voorkoming van [...] de verkoop van of van de handel in kinderen voor welk doel ook of in welke vorm ook’.

Over de precieze interpretatie van deze kinderrechten in de context van de adoptie- en voortplantingsmarkt bestaat discussie. Wat wordt er bijvoorbeeld precies onder ‘ouders’ verstaan wanneer wordt gesproken van het recht van het kind om zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden opgevoed (art. 7 IVRK)? Zijn dat de genetische, biologische, sociale of juridische ouders? Wat betekent bovendien ‘kennen’ in deze context: is af-

7 Zie de titel van een reportage-reeks over voortplantingstoerisme, *De baby-industrie*, KRO/NCRV 2018.

8 Zie titel van M. Goodwin (red.), *Baby markets. Money and the new politics of creating families*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

9 Zie titel van D. Spar, *The baby business. How money, science, and politics drive the commerce of conception*, Boston: Harvard Business School Press 2006.

10 Elders ga ik hier uitgebreid op in, zie B.C. van Beers, ‘Is Europe “giving in to baby markets”? Reproductive tourism in Europe and the gradual erosion of existing legal limits to reproductive markets’, *Medical Law Review* 2015, 23(1), p. 103-134.

11 Zie E. Beck-Gernsheim, *Die Reproduktionsmedizin und ihre Kinder. Erfolge, Risiken, Nebenwirkungen*, Salzburg: Residenz Verlag 2016, p. 117.

stammingsinformatie voldoende of gaat het ook om contact?<sup>12</sup>

En wat vergt bescherming van de identiteit van het kind (art. 8 IVRK) in deze context? Is de identiteit van het kind ook in het geding wanneer zijn of haar burgerlijke of familierechtelijke status de inzet vormt van transnationale en contractuele onderhandelingen waarbij meerdere partijen betrokken kunnen zijn, zoals bemiddelaars, wensouders, artsen en de leveranciers van de voortplantingsdiensten en -producten?<sup>13</sup> Artikel 35 werpt de lastige vraag op of er ook sprake van kinderkoop kan zijn wanneer het gaat om de koop en verkoop van verschillende componenten en ingrediënten om een kind te krijgen, en niet om de koop of verkoop van kinderen zelf.

Over de meeste van deze vragen biedt de jurisprudentie geen uitsluitel.<sup>14</sup> Wel kan er op abstracter niveau meer worden gezegd over de betekenis van deze kinderrechten en de onderliggende visie op de behoeftes van kinderen. Vervolgens kan deze visie worden vergeleken met de visie op kinderen die oprijst uit de baby-industrie.

Ten eerste suggereert de bewoording van artikel 7 dat kinderen behoefte hebben aan inbedding, hetzij via de liefde van ouders en familie, hetzij via juridische inbedding in een verwantschapssysteem en rechtsorde, zodat zij kunnen wortelen en tot bloei komen. Ten tweede lijkt aan artikel 8 een visie op identiteit ten grondslag te liggen die in de literatuur ook wel narratief wordt genoemd.<sup>15</sup> Het levensverhaal van het kind is verbonden met het levensverhaal van vele anderen, zoals ouders, voorouders, broers en zussen. De herkomst en stamboom van kinderen maakt deel uit van het verhaal dat zij in de loop der tijd over zichzelf ontwikkelen en draagt bij aan hun zelfbeeld en zelfbegrip. Ten derde komt in artikel 35 IVRK een visie op het kind naar voren als een persoon die in waardigheid wordt geboren, en niet als een zaak met een marktprijs.<sup>16</sup> Ook al zijn jonge kinderen uiterst afhankelijk van anderen, toch dienen zij in het recht reeds vanaf de geboorte te worden gezien als zelfstandig drager van rechten.

Kortom, om kinderen tot bloei te laten komen en tot hun recht te laten komen dient er op grond van deze lezing

van het IVRK aandacht te zijn voor de inbedding, narratieve identiteit en waardigheid van het kind. Het recht, en dan met name het familie- en afstammingsrecht, heeft een bijzondere taak in dat verband. Zoals rechtsfilosofe Dorien Pessers treffend schrijft, nemen het rechts- en verwantschapssysteem

‘elke nieuw geborene op in een genealogische structuur die aan het kind een onvoorwaardelijke en onverwisselbare plaats toewijst. Het kind komt niet uit zichzelf voort – is geen *causa sui* – maar weet zich vanaf zijn geboorte **ingebod** in een lange keten van opeenvolgende generaties. [...] Hierdoor worden familiale identificaties en oriëntaties mogelijk die noodzakelijk zijn voor de **identiteit** en persoonswording van het kind. [...] De antropologische, sociale en psychologische functies van het afstammingsrecht verschaffen tezamen aan kinderen de *Sitz im Leben* van waaruit het kind ‘in waarheid en **waardigheid**’ kan leven’ (cursivering BvB).<sup>17</sup>

Hoe verhoudt deze *Sitz im Leben*, van waaruit het kind een leven kan leiden ‘in waarheid en waardigheid’, zich tot de positie van het kind wiens lot verbonden is met de internationale adoptie- of voortplantingsmarkt? Hoe kan het recht onder die omstandigheden aan het kind een ‘onvoorwaardelijke en onverwisselbare plaats’ toewijzen? En wat betekent dat voor het Nederlandse beleid ten aanzien van deze grensoverschrijdende markten?

## De adoptiemarkt

Dat de rechten en waardigheid van kinderen bij interlandelijke adoptie in het gedrang kunnen komen, wordt pijnlijk duidelijk bij lezing van het rapport van de commissie-Joustra. Daarin wordt verslag gedaan van onder meer ‘corruptie, het onmogelijk maken en bemoeilijken van het achterhalen van de afkomst en identiteit van geadopteerden door vervalsing van documenten, bewust onjuiste gegevens vermelden in documenten zoals leeftijd, afstand van kinderen tegen betaling of onder dwang, kinderhandel, -diefstal en kidnapping, baby farming en verduistering van staat.’<sup>18</sup> Deze misstanden hadden uiteraard niet alleen gevolgen voor de geboortefamilies en adoptieouders, maar ook voor de inbedding en identiteit van de adoptiekinderen. In het rapport is te lezen dat hoewel ‘geadopteerden zelf gemiddeld genomen gematigd positief over interlandelijke adoptie’ zijn, zij veelal ‘tegenstellingen en fricties in hun bestaan’ ervaren.<sup>19</sup> Zo worden geadopteerden ‘vaak met existentiële vraagstukken geconfronteerd over het hoe en waarom van de adoptie en met vraagstukken over hun (dubbele) afkomst, identiteit en toebehoren.’<sup>20</sup> Ook is te lezen dat

12 Zie voor deze visie o.a. Beck-Gernsheim 2016, en D. Pessers, *Verdwaalde seksen. Over spermatorators, metroseksuelen en autocopieën*, Nijmegen: Valkhof Pers 2003, p. 41.

13 Zie voor deze visie o.a. D. Pessers, ‘De terugkeer van de bastaard. Een beschouwing over het wetsvoorstel Lesbisch ouderschap van rechtswege’, *NJB* 2013/2189; D. Dickenson, *Property in the body: feminist perspectives* (second edition), Cambridge: Cambridge University Press 2017; M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui*, Parijs: Fayard 2017; en B.C. van Beers & L.C. Bosch 2020, ‘A revolution by stealth: A legal-ethical analysis of the rise of pre-conception authorization of surrogacy agreements’, *The New Bioethics*, oktober 2020.

14 Zie voor een uitgebreid en recent overzicht van de Nederlandse jurisprudentie over het IVRK: J.H. de Graaf, B.T.M. Bahlmann, L. Schäperkötter, E. Wolthuis, J. Hageman & C.D. Roso, *De toepassing van het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Amsterdam: Ars Aequi 2021.

15 Deze notie is met name bekend uit het werk van filosofen als Paul Ricoeur en Charles Taylor. Zie voor een toepassing van deze benadering op het afstammingsrecht Pessers 2013.

16 L.C. Bosch, ‘Kinderrechten in een petrischaaltje. De waardigheid van kinderen bij commercieel hoogtechnologisch draagmoederschap’, *FJR* 2012/55.

17 Pessers 2013, p. 2589-2591.

18 Commissie-Joustra 2021, p. 131.

19 Commissie-Joustra 2021, p. 129.

20 Commissie-Joustra 2021, p. 130.

vier op de vijf geadopteerden meer willen weten over hun achtergrond, maar dat in veel gevallen hun zoektochten op niets uitlopen omdat de informatie onjuist is of ontbreekt.<sup>21</sup>

Naast de inbedding en identiteit is het gevoel van eigenwaarde en waardigheid van de kinderen in het geding volgens het rapport:

‘Wanneer geadopteerden ontdekken dat hun adoptie met misstanden is omgeven kan dit leiden tot emoties zoals boosheid, verdriet of het gevoel verraden te zijn. Zij kunnen zich “verhandeld” of “gekocht” voelen, hetgeen kan ingrijpen op hun gevoel van eigenwaarde.’<sup>22</sup>

In het licht van de ernst van deze misstanden en de gevolgen voor met name de geadopteerden, is het de Nederlandse overheid en bemiddelaars extra aan te rekenen dat zij, ondanks bekendheid met deze misstanden sinds eind jaren zestig, nagelaten hebben in te grijpen en zelfs een faciliterende rol aannamen. Zoals de commissie schrijft, laat ‘de reactie op misstanden van de overheid zich kenmerken als afwezig, weggijkend en niet handelend optredend.’<sup>23</sup>

Hoe is de passiviteit en het weggijken van de overheid te verklaren? Verschillende factoren speelden daarbij volgens het rapport een rol. Om te beginnen heeft de Nederlandse overheid ‘interlandelijke adoptie te lang beschouwd als een zaak van private partijen, namelijk adoptieouders en bemiddelaars, waarbij ze voor zichzelf slechts een beperkt regulerende rol zag.’<sup>24</sup> Bijgevolg werd het beleidsterrein gedomineerd ‘door de vraag naar kinderen en de belangen van adoptieouders’.<sup>25</sup> Wanneer de belangen van het kind wel in beeld kwamen, werden deze veelal geïnterpreteerd als in lijn met de belangen van de wensouders.

Dat effect werd versterkt door de tweede verklarende factor die in het rapport te vinden is: de dominantie van ‘de opvatting dat elke adoptie, zelfs een ongeoorloofde, beter is dan helemaal geen adoptie’.<sup>26</sup> Met andere woorden, de al dan niet commerciële transactie zou hoe dan ook in het belang van het kind zijn, want zonder de transactie was zijn of haar welzijn of zelfs voortbestaan niet zeker geweest. Vanuit die visie mogen geadopteerden blij zijn met het leven dat ze hebben.

Inderdaad geeft 84% van de geadopteerden aan in een voor de commissie verrichte enquête ‘dat adoptie hen meer kansen heeft gegeven’. Bovendien zal adoptie in veel gevallen hebben plaatsgevonden met de intentie het kind een beter te leven te geven. Dat adoptie deze positieve kant heeft betekent natuurlijk niet dat men de ogen mag sluiten wanneer uitwassen en misstanden wel degelijk plaatsvinden. Dat dit toch is gebeurd, is volgens het rapport voor een belangrijk deel te wijten aan de

maatschappelijke beeldvorming. Informatie die niet conform het beeld van ‘goeddoen’ was, werd terzijde geschoven. Daardoor werden lange tijd de meer negatieve verhalen die adoptiekinderen vertelden of die door onderzoek aan het licht werden gebracht niet voldoende gehoord in de maatschappij.

Een derde verklaring die door het rapport wordt genoemd is dat de overheid ‘de adoptiemisstanden in het buitenland [...] primair tot de verantwoordelijkheid van bemiddelaars en de overheden van de betreffende landen’<sup>27</sup> rekende. De vigerende gedachte was dat transacties die plaatsvinden op de adoptiemarkt buitenlandse aangelegenheden zijn, die buiten het bereik van Nederlandse autoriteiten vallen, zelfs wanneer Nederlandse wensouders er gebruik van maken.

Het is afwachten of de wetgever de aanbevelingen van de commissie-Joustra ter harte zal nemen. Kort na publicatie van het rapport zette de toenmalige minister van rechtsbescherming interlandelijke adoptie in Nederland stop. Zijn opvolger heeft deze opschorting inmiddels ongedaan gemaakt onder de belofte ‘een nieuw adoptiesysteem in te richten met extra waarborgen’. De bevindingen van het rapport zijn echter niet alleen relevant voor interlandelijke adoptie. De commissie-Joustra pleit er zelf voor:

‘om de lessen uit het onderzoek naar de adoptiemisstanden ook ter harte te nemen bij nieuwe vormen van gezinsvorming, zoals bijvoorbeeld met behulp van draagmoederschap. Vragen rond autonomie en kennen van afkomst zijn hier eveneens levensgroot aanwezig.’<sup>28</sup>

In alle waarschijnlijkheid doelt de commissie met ‘nieuwe vormen van gezinsvorming’ vooral op het krijgen van kinderen via de internationale voortplantingsmarkt. Daartoe behoort, naast het door de commissie genoemde internationaal draagmoederschap, eveneens donorconceptie met uit het buitenland gekochte zaad- of eicellen. Wat de precieze implicaties van het rapport voor deze commerciële en grensoverschrijdende vormen van voortplanting zijn, laat de commissie echter in het midden. Hierna worden de mogelijke lessen van de commissie-Joustra verkend voor het Nederlandse beleid ten aanzien van de internationale markt in zaad- en eicellen en de draagmoedermarkt. Is ook hier sprake van passiviteit en weggijken van misstanden?

## De rechten van het kind in de context van de internationale voortplantingsmarkt

Terwijl transacties op de adoptiemarkt betrekking hebben op *reeds geboren* kinderen, zijn transacties op de

21 Commissie-Joustra 2021, p. 130.

22 Commissie-Joustra 2021, p. 130.

23 Commissie-Joustra 2021, p. 133.

24 Commissie-Joustra 2021, p. 133.

25 Commissie-Joustra 2021, p. 125.

26 Commissie-Joustra 2021, p. 3.

27 Commissie-Joustra 2021, p. 133.

28 Commissie-Joustra 2021, p. 5.



voortplantingsmarkt gericht op de creatie van *toekomstige* kinderen. Toch blijkt die grens in de praktijk niet scherp te trekken. Zo worden in bijzonder schrijnende gevallen kinderen speciaal gemaakt om aan te bieden op de adoptiemarkt ('baby farming'); zo krijgt de rechtsorde te maken met allerlei dilemma's op het moment dat de geboorte van een kind via de internationale voortplantingsmarkt een *fait accompli* is en de wensouders met hun pasgeborene terugkeren naar Nederland (hierover meer onder het kopje De draagmoedermarkt). Meer algemeen is er in het geval van zowel de adoptie- als voortplantingsmarkt sprake van een diepe kinderwens en een wereldwijde markt die daar handig op inspeelt. Sterker nog, de twee markten blijken communicerende vaten: nu de internationale adoptiemarkt steeds kritischer wordt bekeken, wenden wensouders zich vaker tot de internationale fertiliteitsindustrie.<sup>29</sup> In het kader van deze beschouwing is met name van belang dat net als in het geval van interlandelijke adoptie kinderrechten in het geding zijn. Via voortplantingstoerisme wordt Nederlandse regelgeving omzeild die mede tot stand is gebracht om de rechten van kinderen te beschermen.

Dat roept de preliminaire vraag op of kinderrechten überhaupt tijdens conceptie gelden, wanneer er dus nog geen sprake is van een zwangerschap, laat staan een kind. Deze complexe vraag laat zich niet eenvoudig beantwoorden. Vaak wordt in dat verband naar het 'non-identity problem' verwezen.<sup>30</sup> De redenering luidt dan dat zonder het commerciële voortplantingstraject het donor- of draagmoederkind überhaupt niet geboren zou zijn en dat het zich daarom niet mag of kan beklaagen over de commerciële omstandigheden waaronder hij of zij is gecreëerd. Die gedachtegang lijkt een echo van de gedachte dat elke adoptie, zelfs een ongeoorloofde, beter is dan helemaal geen adoptie. Zoals hiervoor besproken, is dat een van de factoren waardoor misstanden rondom het welzijn van kinderen in deze context vaak onder het tapijt worden geveegd.

Deze redenering kan evenwel niet overtuigen. Zo kan vrij simpel worden vastgesteld dat de verschillende partijen die betrokken zijn bij donorconceptie en draagmoederschap op grond van de in Nederland geldende juridische en medisch-professionele normen wel degelijk een verantwoordelijkheid hebben naar het toekomstige kind.<sup>31</sup> Daar is een goede reden voor: tijdens het proces van geassisteerde voortplanting moet worden geanticipeerd op de waardigheid en de rechten die het kind zal hebben vanaf het moment van geboorte.<sup>32</sup>

Een goed voorbeeld biedt de beroepsstandaard van fertiliteitsartsen. Op basis van medisch-professionele

richtlijnen zijn artsen verplicht om bij vruchtbaarheidsbehandelingen, inclusief donor- en draagmoederconceptie, niet alleen jegens hun patiënt, ofwel de wensouder, goede zorg te betrachten, maar ook jegens het kind dat als het goed is uiteindelijk zal worden geboren dankzij het fertiliteitstraject. De onderliggende gedachte is als volgt: 'Omdat de arts door het bieden van die hulp causaal betrokken is bij het tot stand brengen van het gewenste kind, mag worden verwacht dat hij of zij tevens rekening houdt met het welzijn van dat toekomstige kind.'<sup>33</sup>

## De markt in zaad- en eicellen

Dat er maatschappelijk draagvlak bestaat voor de gedachte dat fertiliteitsartsen een verantwoordelijkheid hebben naar toekomstige kinderen, bleek wel bij de ophef die afgelopen tijd ontstond naar aanleiding van diverse misstanden op het terrein van donorconceptie. Te denken is aan de nog altijd groeiende lijst van fertiliteitsartsen en medewerkers van fertiliteitsklinieken die heimelijk hun eigen zaad gebruikten voor donorconceptie, van fertiliteitsarts Jan Karbaat tot onlangs een Leidse laborant.<sup>34</sup> Andere vormen van 'fertiliteitsfraude'<sup>35</sup> die zijn uitgekomen betreffen onder meer vervalsing van de gegevens van de donor, het mengen van zaad, het liegen over het aantal verwekkingen per donor en het gebruik van ander zaad dan dat van de wensvader.<sup>36</sup> De maatschappelijke verontwaardiging betrof niet alleen de voorgelogen wensouders, maar evenzeer het lot van de donorkinderen. Immers, wanneer donorkinderen ontdekken dat hun genetische vader of moeder onbekend is of een ander blijkt te zijn dan zij dachten, of dat zij tientallen halfbroers- of zussen hebben, of dat hun totstandkoming deel uitmaakt van een commerciële praktijk, dan is hun inbedding, narratieve identiteit en waardigheid in het geding. Zo omschrijft donorkind Siemen Bierings zijn ontdekking dat zijn genetische vader fertiliteitsarts Henk Ruis is en dat zijn zus slechts 50% genetisch verwant is aan hem in de volgende termen:

'Verdomme, kom ik er eindelijk achter wie het is en dan kan krijg ik dit slechte verhaal in mijn nek. Daar had ik helemaal geen zin in. [...] Nou ja, het is niet het verhaal wat ik had gehoopt, maar het is wel een verhaal. Ik heb nu een verhaal. Op goede dagen ben ik blij dat het nu zo is, dat ik weet dat het dit is en dat ik er iets van kan maken voor mezelf. Maar op slechte dagen voel ik me het resultaat van een corrupt verdienmodel. Ik ben gewoon gebruikt om geld mee te

29 F. Huijting-Mebius, 'Advocaten: wet draagmoederschap moet er snel komen', *Advocatenblad* 3 februari 2022.

30 Zie bijv. I. Glenn Cohen, 'Regulating reproduction. The problem with best interests', *Minnesota Law Review*, april 2011, p. 423-519.

31 Voor een uitgebreide analyse, zie L. ten Haaf, *Regulating non-existence. The legal conceptualisation of the future child in the regulation of reproduction* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Eleven 2023.

32 Elders ga ik hier uitgebreid op in; zie B.C. van Beers, 'Van slaapkamer naar vruchtbaarheidskliniek. Deseksualisering van voortplanting en de 'uitbarsting van verantwoordelijkheid'', *AA* april 2016, p. 298-306.

33 NVOG, *Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen*, Utrecht 2010, p. 2.

34 'Leidse laborant verwekte minstens elf kinderen met eigen zaad', *NOS Nieuws* 10 januari 2024.

35 Zie voor een interessante rechtswetenschappelijke analyse van fertiliteitsfraude: C.C. de Kluiver, 'Fertiliteitsfraude in de Nederlandse rechtsorde', *NJB* 2022/2870.

36 Zie hierover o.a. De Kluiver 2022 en Van Beers 2016.

verdienen in zekere mate, en zo heeft dat voor mijn moeder ook deels gevoeld.<sup>37</sup>

Veel van deze misstanden gaan terug op vruchtbaarheidsbehandelingen uit de periode voordat er wetgeving kwam op het terrein van donorconceptie.<sup>38</sup> In de huidige wetgeving wordt rekening gehouden met de rechten van het kind door onder meer een verbod op anoniem doneren,<sup>39</sup> een maximum van twaalf behandelde vrouwen per donor<sup>40</sup> en een verbod op de verkoop van ei- en zaadcellen.<sup>41</sup> Een mijlpaal was de introductie van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (Wdkb) in 2004. Tegelijkertijd is duidelijk dat zich ook na 2004 misstanden hebben voorgedaan. Zo bleek de Nederlandse regeling voor donorconceptie, bij gebreke aan centraal toezicht, ineffectief in het tegengaan van ‘massadonatie’, waardoor bepaalde donoren tientallen en soms wel honderden kinderen konden verwekken.<sup>42</sup> Bij de herziening van de Wdkb in 2023 is daarom bepaald dat het College donorgegevens kunstmatige bevruchting (voorheen Stichting/Sdkb) belast zal worden met toezicht op het aantal verwekkingen per donor.

Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer van de herziening van de Wdkb kaartten diverse Kamerleden eveneens het beperkte bereik van de wet aan. De Wdkb is uitsluitend van toepassing op Nederlandse fertiliteitsklinieken en spermabanken en niet op particulieren die bijvoorbeeld via sociale media hun zaad aanbieden, noch op buitenlandse klinieken en spermabanken die aan Nederland leveren. Dat is niet zo verwonderlijk, aangezien ten tijde van de totstandkoming van de Wdkb zowel sociale media als de internationale voortplantingsmarkt nog in hun kinderschoenen stonden. De Kamerleden in kwestie vroegen zich af of de herziening van de Wdkb geen goed moment was om dit tekort te repareren. Door gebruik te maken van het sperma van particuliere donoren of in het buitenland gekochte zaad- en eicellen onttrekken wensouders zich immers aan de regels voor donorconceptie, zoals non-commercialiteit, non-anonimiteit en een beperkt aantal kinderen per donor, die vooral bedoeld zijn voor de bescherming van de rechten van donorkinderen.

De omvang van dit probleem blijkt groot. Zo werd begin 2024 duidelijk dat in ongeveer driekwart van de gevallen het zaad dat fertiliteitsartsen gebruiken voor donorconceptie door wensouders is gekocht van buitenlandse spermabanken.<sup>43</sup> Bij dergelijke commerciële sperma-

banken zijn massadonatie en anoniem doneren aan de orde van de dag. Volgens de woordvoerders van deze internationale spermabanken wordt weliswaar per land waaraan wordt geleverd rekening gehouden met het plaatselijke maximum aantal verwekkingen per donor. Als deze aantallen echter bij elkaar worden opgeteld, kan een spermabank het zaad van een enkele donor nog altijd aan tientallen of honderden wensouders wereldwijd verkopen.<sup>44</sup> Voor donorkinderen zal het nog lastiger zijn om betekenis te geven aan het hebben van zo veel halfbroers en -zussen, of hen überhaupt te ontmoeten, wanneer het gaat om een wereldwijd netwerk.

Helaas blijft na de wetswijziging de internationale dimensie van donorconceptie ongeadresseerd in de Wdkb. Tijdens de Kamerbehandeling van de wetsherziening beantwoordde de toenmalige Minister van Volksgezondheid Ernst Kuipers de Kamervragen over de internationale dimensie van donorconceptie als volgt:

‘Gelet op hoe wij het in Nederland hebben geregeld, is het niet wenselijk dat wensouders gebruikmaken van mogelijkheden in het buitenland, waar het gebruik van anonieme donatie of massadonatie mogelijk is. Tegelijkertijd heb ik geen invloed op wat zich in de privésfeer afspeelt.’<sup>45</sup>

De laatste zin herhaalde de minister diverse malen tijdens het Kamerdebat, als een soort mantra. Volgens hem moet vooral worden ingezet op betere voorlichting aan wensouders en kan of mag de buitenlandse route niet worden afgesloten. Dat roept het rapport van de commissie-Joustra in herinnering waarin werd gewezen op de reflex van de overheid om gezinsuitbreiding via de internationale baby-industrie aan te merken als hetzij een privékwestie van de wensouders, hetzij een buitenlandse kwestie die de Nederlandse overheid niet aangaat.

Dat het verkeerd is om de aankoop van buitenlandse zaad- of eicellen af te doen als een zuiver private kwestie van de wensouders blijkt alleen al uit de kinderrechten die in het geding zijn. Het veelbesproken kort geding uit 2023 tegen massadonor Jonathan Meijer kan dat illustreren. Meijer, die naar eigen zeggen de genetische vader is van meer dan 550 kinderen, werd gelast per direct te stoppen met doneren. Volgens de rechtbank Den Haag zou Meijer, als hij door bleef gaan met doneren, inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM) van zijn honderden reeds geboren donorkinderen.<sup>46</sup> Daarbij wees de voorzieningenrechter op de psychosociale gevolgen voor de kinderen in het licht van ‘de moeilijkheid voor deze kinderen om zich te verhouden tot ontzettend veel halfbroertjes en -zusjes en wat dit mogelijk betekent voor hun identiteit’ en hun ‘verhoogde kans op incest/inteelt’.<sup>47</sup> Meijers eigen recht op privé-

37 ‘Wie beschermt het donorkind?’, *Pointer* (KRO/NCRC), uitzending van 27 november 2022.

38 M. van Delft, ‘Waarom het zo vaak fout ging met zaaddonorbanken en “sjoemeldoktoren”’, NU.nl, 17 januari 2024.

39 Zie art. 11 Wdkb.

40 NVOG/KLEM, *Landelijk standpunt spermadonatie. Specifieke eisen voor spermadonoren*, Utrecht 2018; ‘Besluit van 11 januari 2024, houdende wijziging van het Besluit donorgegevens kunstmatige bevruchting in verband met het bepalen van het maximumaantal moedercodes’, *Staatsblad* 2024, 4.

41 Zie art. 27 Embryowet.

42 A. Stoffelen, ‘Een vader delen met velen’, *de Volkskrant* 8 juli 2023.

43 A. Stoffelen, ‘Driekwart van donorbaby’s verwekt met buitenlands sperma’, *de Volkskrant* 30 januari 2024.

44 A. Stoffelen, ‘Gynaecologen: honderden kinderen van één spermadonor moet niet kunnen, stel wereldwijd een limiet’, *de Volkskrant* 7 juli 2023.

45 *Handelingen II* 2022/23, nr. 73, item 10, p. 14.

46 Rb. Den Haag 28 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:6047, *GJ* 2023/85 m.nt. M.C. Ploem.

47 Rb. Den Haag 28 april 2023, r.o. 5.26-5.27.

leven woog daar in het oordeel van de rechtbank niet tegenop.

Om dezelfde reden is het onjuist wanneer de minister met een beroep op het privéleven van de wensouders blijft wegstijgen van de misstanden rondom massadonatie: bij massadonatie zijn de identiteit en inbedding van kinderen in het geding. In dat licht kan en moet meer worden gedaan tegen massadonatie. Zo wijst Machteld Vonk op de mogelijkheid van een vorm van toezicht op het schaduwcircuit in de vorm van een centraal register voor particuliere donoren.<sup>48</sup> En zo heb ik elders betoogd dat massadonatie in het medische circuit kan worden tegengegaan door vergunningen te weigeren aan Nederlandse fertiliteitsklinieken die gebruikmaken van zaad dat afkomstig is van buitenlandse spermabanken die massadonatie niet kunnen uitsluiten.<sup>49</sup>

Deze laatste beleidsmogelijkheid maakt duidelijk dat het evenmin juist is om gebruik van buitenlands zaad door Nederlandse wensouders als een zuiver buitenlandse aangelegenheid op te vatten. Dat zaad wordt door Nederlandse wensouders gekocht en vervolgens geleverd aan en gebruikt door Nederlandse fertiliteitsklinieken.

Als de Nederlandse overheid desondanks volhardt in haar passieve en defaitistische houding, kan de medische beroepsgroep besluiten zelf actie te ondernemen. Ten aanzien van anoniem zaad uit het buitenland heeft de beroepsgroep die stap reeds gezet. In 2020 verscheen een standpunt van de Vereniging van Fertiliteitsartsen op grond waarvan klinieken niet langer mogen meewerken aan vruchtbaarheidsbehandelingen waarbij gebruik wordt gemaakt van materiaal van anonieme donoren uit het buitenland.<sup>50</sup> Een vergelijkbare logica is mogelijk ten aanzien van massadonatie. Zo zou de beroepsgroep kunnen besluiten dat fertiliteitsartsen niet langer zaad mogen gebruiken dat afkomstig is van buitenlandse spermabanken die massadonatie niet kunnen uitsluiten, of dat artsen überhaupt geen zaad meer uit commerciële spermabanken gebruiken.<sup>51</sup> Dat laatste zou uit het oogpunt van het recht op afstammingsgegevens te verkiezen zijn, aangezien het begrip ‘bekende donor’ bij buitenlands zaad nogal relatief is. Bij gebruik van buitenlands zaad blijkt het zeer lastig om de gegevens van de zogenaamd bekende donor actueel te houden.<sup>52</sup> Reeds drie klinieken in Nederland weigeren dan ook gebruik te maken van buitenlands zaad.<sup>53</sup>

48 M. Vonk, ‘Een familieportret: broers, zussen, vreemden’, AA januari 2024, p. 40-43.

49 Zie Stoffelen 2024.

50 NVOG, *Standpunt: Niet meewerken aan vruchtbaarheidsbehandelingen waarbij gebruikgemaakt wordt van eicellen, sperma of embryo's van anonieme donoren*, Utrecht 20 februari 2020.

51 De discussie hierover is op het moment van schrijven reeds gaande, zie Stoffelen 2024.

52 Zie hierover: ‘Risico's van buitenlandse spermadonoren’, op donorconceptie.nl.

53 Zie Stoffelen 2024.

## De draagmoedermarkt

Waar het Nederlandse beleid ten aanzien van de internationale markt in zaad- en eicellen wordt gekenmerkt door ‘wegkijken’, dreigt het Nederlandse beleid ten aanzien van de internationale draagmoedermarkt gekenmerkt te gaan worden door ‘faciliteren’. Het voorstel voor een *Wet kind, draagmoederschap en afstamming*,<sup>54</sup> dat de Minister van Justitie in juli 2023 naar de Tweede Kamer verstuurde, moet een einde maken aan het Nederlandse ontmoedigingsbeleid voor draagmoederschap. De bedoeling is om nationaal én internationaal draagmoederschap gemakkelijker te gaan maken.

Met het ontmoedigingsbeleid beoogde de Nederlandse wetgever van 1993 het ontstaan van een draagmoedermarkt tegen te gaan. De wetgever vreesde onder meer voor ‘de psychologische effecten draagmoederschap voor moeder en kind’ en voor ‘het gevaar van commercialisering en handel in baby's’.<sup>55</sup> In het Wetboek van Strafrecht zijn daarom verbodsbepalingen opgenomen met betrekking tot de professionele bemiddeling tussen draagmoeders en wensouders, het adverteren voor dergelijke bemiddeling en het in het openbaar aanbieden van of zoeken naar de diensten van een draagmoeder.<sup>56</sup> De wetgever zag af van een verbod op commercieel draagmoederschap zelf vanwege aanzienlijke handhavings- en bewijsvoeringsproblemen, waardoor een dergelijk verbod al snel een dode letter zou worden.<sup>57</sup> Bemiddeling en openbaarmaking zijn als delict veel makkelijker te bewijzen en daarmee effectiever. Bovendien zijn deze verbodsbepalingen geschikt om commercieel draagmoederschap tegen te gaan omdat zij de totstandkoming van draagmoederschapsconstructies bemoeilijken tussen partijen die elkaar voorafgaand aan het traject niet kennen. In die situaties neemt de kans fors toe dat de overeenkomst niet altruïstisch maar commercieel van aard zal zijn.

Daarnaast is er in het bestaande familierecht geen speciale regeling voor draagmoederschap. Bijgevolg geldt het traditionele adagium *mater semper certa est*, zodat de draagmoeder als juridische moeder wordt aangemerkt.<sup>58</sup> Dat betekent dat wensouders pas de juridische ouders kunnen worden na tussenkomst van de rechter en verschillende autoriteiten die bezien wat de belangen van het kind zijn.

Ook al is het ontmoedigingsbeleid effectief gebleken in het tegengaan van commercieel draagmoederschap, toch wil de overheid het nu over een andere boeg gooien om meer rechtszekerheid te creëren voor alle partijen. Het voorstel is om commercieel draagmoederschap als fenomeen te gaan verbieden, maar het bemiddelingsverbod te versoepelen en het advertentieverbod op te heffen. Dat betekent dat vergunninghouders mogen

54 Kamerstukken II 2022/23, 36390, nr. R (MvT).

55 Zoals de Minister van Justitie in 2008 de motieven van de wetgever van 1994 uitlegt, zie *Kamerstukken II 2009/10, 32123 XVI*, 30, p. 2.

56 Art. 151b en 151c Sr.

57 *Kamerstukken II 1990/91, 21968*, nr. 3, p. 2-3.

58 Art. 1:198 lid 1 sub a BW.



gaan bemiddelen, partijen mogen gaan adverteren en een Nederlandse ‘draagmoederbank’ mag worden opgezet. De vraag is of daarmee niet de ideale omstandigheden worden gecreëerd voor het tot stand komen van een Nederlandse draagmoedermarkt, het voorgestelde verbod op commercieel draagmoederschap ten spijt. Daarnaast wordt een familierechtelijke regeling voor draagmoederschap voorgesteld op grond waarvan wensouders meteen bij de geboorte van het kind de juridische ouders worden, mits voldaan is aan een aantal voorwaarden. Deze familierechtelijke regeling, waarin een voorname rol is weggelegd voor preconceptie rechterlijke toetsing van een door de wensouder(s) en draagmoeder ondertekende overeenkomst, heb ik elders in detail besproken en bekritiseerd.<sup>59</sup> In deze bijdrage richt ik me vooral op het gedeelte van het wetsvoorstel dat internationaal draagmoederschap betreft. Om dat deel van het voorstel op waarde te schatten, is het van belang om eerst stil te staan bij de betekenis van kinderrechten in de context van draagmoederschap.

Volgens meerdere internationale organisaties op het terrein van kinderrechten kleven er aanzienlijke risico’s voor kinderen aan draagmoederschap in het algemeen, en internationaal commercieel draagmoederschap in het bijzonder. In twee rapporten van VN-Rapporteur Kinderhandel Maud de Boer over draagmoederschap en kinderkoop<sup>60</sup> worden de verschillende risico’s voor kinderrechten scherp in beeld gebracht. Net als de commissie-Joustra ziet De Boer parallellen tussen interlandelijke adoptie en internationaal draagmoederschap ‘where a demand-driven system may endanger the rights of children’.<sup>61</sup> Zij wijst er daarbij op dat in landen als de VS commercieel draagmoederschap is ingebed in een juridische infrastructuur waarvan de contractualistische logica bijdraagt aan de commodificatie van kinderen. In haar woorden: ‘These kinds of contract-based legal regimes lead to systemic abusive practices. Indeed, these contract-based legal regimes lead to the sale of children.’<sup>62</sup>

In de zogeheten Verona Principles uit 2021 van de International Social Service (ISS) worden De Boers gedachten over vermarkting en contractualisering in verband gebracht met de waardigheid van kinderen in deze context:

‘The practice of surrogacy may create false expectations that adults have a right to a child, or to a child with particular characteristics. Such expectations should be discouraged as they may reduce children to a means of fulfilling exclusively the intentions and

desires of adults and would therefore be contrary to human dignity.’<sup>63</sup>

Tot slot kan een recente *briefing note* van Unicef en Child Identity Protection worden genoemd die eveneens in zijn geheel is gewijd aan kinderrechten in de context van draagmoederschap. In deze notitie wordt met name veel aandacht besteed aan de identiteit van draagmoederkinderen. Hun identiteit is volgens de notitie niet alleen in het geding wanneer bij het draagmoederschapstraject gebruik wordt gemaakt van gekochte zaad- en eicellen, maar ook wanneer in het traject sprake is geweest van bijvoorbeeld uitbuiting of dwang van de draagmoeder,<sup>64</sup> of wanneer de status van het kind wordt bepaald door commerciële en contractuele onderhandelingen. In dat verband wordt onderstreept dat ‘the identity and family relations of a child cannot be for sale.’<sup>65</sup> Een interessante aanbeveling van de notitie is dat landen waar bepaalde vormen van draagmoederschap zijn toegestaan het zouden moeten gaan verbieden om draagmoederschap aan te bieden aan wensouders uit landen waar diezelfde vormen van draagmoederschap zijn verboden.<sup>66</sup> Het gevaar bestaat anders dat draagmoederkinderen stateloos worden, hetgeen uiteraard raakt aan hun identiteit.

In Nederland is echter een andere oplossing voor de problemen rondom internationaal draagmoederschap in de maak: het gedeeltelijk openzetten van de buitenlandse route voor draagmoederschap. Wanneer is voldaan aan een aantal voorwaarden zal de buitenlandse geboorteakte na draagmoederschap van rechtswege worden erkend. In de praktijk komen vooral Amerikaans en Canadees draagmoederschap hiervoor in aanmerking. Die voorwaarden komen erop neer dat er in het buitenland een zorgvuldige rechterlijke procedure heeft plaatsgevonden, dat de wensouders voorlichting en counseling hebben gehad, dat er geen gebruik is gemaakt van anonieme zaad- of eiceldonoren en dat er een genetische band is met minimaal één wensouder. Als daaraan is voldaan zullen de wensouders van rechtswege in Nederland als juridische ouders worden beschouwd.<sup>67</sup> De gedachte is dat de wetgever op die manier wensouders kan stimuleren naar landen te gaan waar ‘verantwoord draagmoederschap’<sup>68</sup> plaatsvindt, waarmee de overheid op de VS en Canada doelt. Bovendien zou het belang van het kind gediend zijn met een snelle afwikkeling, mits diens afstammingsgegevens veilig zijn gesteld.

Nu moeten wensouders die terugkeren in Nederland met een uit een buitenlandse draagmoeder geboren kind nog een lange procedure doorlopen waaraan onder meer een rechter te pas komt. Vaak kunnen ambtenaren

59 Zie o.a. B.C. van Beers & L.C. Bosch, ‘Een regeling voor verantwoord draagmoederschap? Misvattingen rondom het concept-wetsvoorstel Kind, draagmoederschap en afstamming’, *NJB* 2021/2811.

60 VN-Rapporteur Kinderhandel (M. de Boer-Buquicchio), *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*, A/HRC/37/60, 15 januari 2018, en VN-Rapporteur Kinderhandel (M. de Boer-Buquicchio), *Sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other sexual abuse material*, A/74/162, 15 juli 2019.

61 VN-Rapporteur Kinderhandel 2018, sub 13.

62 VN-Rapporteur Kinderhandel 2018, sub 33.

63 ISS, *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona Principles)*, 2021, sub 1.7.

64 Child Identity Protection & Unicef, *Key considerations: Children’s rights & surrogacy*, februari 2022, p. 1. Zie voor dit punt eveneens ISS 2021, sub 7.1.

65 Child Identity Protection & Unicef 2022, p. 2.

66 Child Identity Protection & Unicef 2022, p. 2-3.

67 *Kamerstukken II* 2022/23, 36390, nr. 3 (MvT), p. 20.

68 MvT 2023, p. 1.



van de burgerlijke stand en rechters bijna niet anders dan meewerken aan het verzoek van de wensouders: wanneer de geboorte van het kind een *fait accompli* is, dan zullen de belangen van het reeds geboren kind al snel met zich meebrengen dat de wensouders als juridische ouders worden aangemerkt, ook al waren de keuzes van de wensouders niet in overeenstemming met de belangen van het kind in het algemeen.<sup>69</sup>

Toch is ten eerste te betwijfelen of het wetsvoorstel de problemen rondom internationaal draagmoederschap gaat oplossen. Allereerst zal de logica van het *fait accompli* zich nog altijd voordoen, aangezien wensouders de mogelijkheid blijven houden om gebruik te maken van vormen van internationaal draagmoederschap die niet voldoen aan de genoemde voorwaarden. Daarnaast kan men zich met Sylvia Wortmann afvragen of er onder de voorgestelde regeling niet juist meer voldongen feiten gecreëerd gaan worden.<sup>70</sup> Zal er geen sprake zijn van aanzuigende werking en toenemend voortplantingstoe-risme met alle risico's van dien voor de inbedding, narratieve identiteit en waardigheid van kinderen? Eveneens is het opmerkelijk dat de VS en Canada in het voorstel worden aangemerkt als landen waar 'verantwoord draagmoederschap' plaatsvindt. Zoals ook de VN-Rapporteur Kinderhandel schrijft, is de Amerikaanse draagmoederschapsindustrie een van de meest commerciële ter wereld. In Canada is commercieel draagmoederschap op papier illegaal, maar doordat bemiddelen en adverteren voor draagmoederschap niet zijn verboden zoals nu nog in Nederland, is het verbod op commercieel draagmoederschap daar verworden tot een wassen neus. Bijgevolg heeft zich een commercieel systeem kunnen ontwikkelen waarop wensouders uit allerlei landen afkomen, ondanks diverse schandalen.<sup>71</sup>

Opvallend in dit licht is dat men in het Nederlandse wetsvoorstel niet heeft gekozen 'voor de expliciete voorwaarde van toetsing van de vrijwilligheid van de draagmoeder in het buitenland'.<sup>72</sup> Ook vanuit het perspectief van de identiteit van draagmoederkinderen is dat problematisch te noemen, zij hebben immers baat bij een 'integere ontstaansgeschiedenis'.<sup>73</sup> Volgens de overheid is dit echter niet haar verantwoordelijkheid: 'het is uiteindelijk aan de wensouders om verantwoorde keuzes te maken als zij kiezen voor draagmoederschap'.<sup>74</sup> Bovendien geldt voor internationaal draagmoederschap volgens de overheid dat 'niet valt te voorkomen dat hiervan gebruik wordt gemaakt'.<sup>75</sup> Het enige wat de overheid volgens deze pragmatische benadering wel kan doen is wensouders te stimuleren naar landen te gaan waar

minder misstanden zouden zijn. Tegelijkertijd wordt er wel één grens gesteld: ook in het buitenland mag geen sprake zijn van kinderkoop.<sup>76</sup> Het is echter te betwijfelen of het voorgestelde verbod op kinderkoop effectief zal zijn wanneer wensouders van rechtswege meteen al de juridische ouders worden. Het is immers niet in het belang van het kind als diens ouders een gevangenisstraf moeten uitzitten.

Tot slot wordt in nog een ander opzicht de buitenlandse route voor draagmoederschap vergemakkelijkt. Onderdeel van het wetsvoorstel is, zoals gezegd, een versoepeling van het bemiddelings- en advertentieverbod, de twee elementen die het Nederlandse ontmoedigingsbeleid nu juist zo effectief hebben gemaakt (vergelijk immers de Canadese situatie). De vraag is of het op deze manier niet ook mogelijk gaat worden dat de internationale draagmoederschapsindustrie Nederlandse wensouders met advertenties gaat benaderen of dat 'draagmoederschapsbeurzen' georganiseerd gaan worden waar Nederlandse wensouders in contact kunnen komen met buitenlandse draagmoederbemiddelaars.

Al met al is er in dit geval niet zozeer sprake van een passieve en wegstijgende overheid, maar eerder van een overheid die zich actief inspant om hindernissen weg te nemen voor wensouders die gebruik willen maken van het aanbod van de internationale baby-industrie. Daarmee ontstaat ontegenzeggelijk de indruk van 'een beleidsterrein [dat wordt] gedomineerd door de vraag naar kinderen en de belangen van wensouders',<sup>77</sup> om de woorden van de commissie-Joustra aan te halen.

## Conclusie

Terwijl de adoptiemarkt reeds tot bloei kwam in de jaren zestig, is de voortplantingsmarkt een veel recenter fenomeen. De eerste IVF-baby werd immers pas in 1978 geboren. Binnen de voortplantingsmarkt is de spermamarkt weer ouder dan de markt in eicellen en draagmoeders. Daarmee dringt de vraag zich op of er sprake is van voortschrijdend inzicht. Heeft men manieren gevonden om de rechten van kinderen beter te beschermen tegen de uitwassen van de baby-industrie? Helaas moet die vraag negatief worden beantwoord, ook al zijn in ieder van deze markten de inbedding, narratieve identiteit en waardigheid van kinderen in het geding. Kennelijk blijft men de ogen sluiten voor de misstanden op deze markten. Daarvoor zijn drie oorzaken aan te wijzen.

Ten eerste betwijfelen sommigen of kinderen zich wel kunnen beklagen over deze markten omdat zij er hun (voort)bestaan aan te danken hebben. Een dergelijke benadering berust op een vrij sofistische en wereldvreemde interpretatie van de werking van kinderrechten. Zo is algemeen aanvaard dat derde partijen die betrokken zijn bij de totstandkoming van kinderen moeten anticiperen op de rechten die het kind zal hebben als het eenmaal

69 Zie in dat verband o.a. EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11 (*Menesson t. Frankrijk*), ECHR 2014/222, m.nt. N. Koffeman, en EHRM [GK] 10 april 2019, Advies P16-2018-001, ECHR 2019/121, m.nt. C. Mak & J. Gerards.

70 S.F.M. Wortmann, 'Ontwikkelingen in het familierecht. Interlandelijke adoptie en draagmoederschap', *WPNR* 7391, 19 november 2022, p. 851.

71 Zie bijv. 'Why a lack of oversight of surrogacy in Canada leaves some parents feeling taken advantage of', *CBC News*, 3 maart 2020, en A. Motluk, 'The waiting room', *Hazzlit* 30 augustus 2023.

72 MvT 2023, p. 21.

73 Zie Child Identity Protection & Unicef 2022, p. 1; en ISS 2021, sub 7.1.

74 MvT 2023, p. 2.

75 MvT 2023, p. 19.

76 Voorgesteld art. 151ca Sr heeft extraterritoriale werking.

77 Commissie-Joustra 2021, p. 125.

geboren is. Ten tweede bestaat de neiging om gezinsvorming via deze markten als een privékwestie van wensouders te beschouwen. Daar kan tegenin worden gebracht dat wanneer wensouders gebruikmaken van het aanbod van de internationale baby-industrie er meer in het geding is dan hun privéleven, in het bijzonder de rechten van kinderen, zodat de overheid de verantwoordelijkheid niet kan afschuiven op de wensouders. Ten derde worden transacties op deze markten al snel weggezet als buitenlandse aangelegenheden waartegen nationale overheden niet kunnen of mogen optreden. Nederlandse autoriteiten en instanties, variërend van artsen tot ambtenaren van de burgerlijke stand en rechters, raken echter wel degelijk betrokken bij deze situaties, zodat men moeilijk kan volhouden dat het een zuiver buitenlandse kwestie is. Dit alles betekent dat de focus in beleid dient te verschuiven van kindwens naar kinderrechten en van weggijken naar optreden. Alleen op die manier kunnen overheid en wetgever geloofwaardig de gedachte uitdragen dat ‘het recht op een kind’ helemaal niet bestaat en dat het er ook nooit zal komen.