

Ingediend via www.internetconsultatie.nl
Ministerie van Justitie en Veiligheid

Den Haag, 12 augustus 2020

dossiernummer:

uw kenmerk:

telefoonnummer:

e-mail:

Betreft: voorstel tot strafbaarstelling van evidente vormen van kinderkoop

Geachte minister,

Bij brief van 22 juni 2020 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd de onderdelen strafbaarstelling kinderkoop en wensouderverlof van het conceptwetsvoorstel Kind, draagmoederschap en afstamming. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissie strafrecht gevraagd te adviseren ten aanzien van de strafbaarstelling kinderkoop.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad

algemeen secretaris

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van: adviescommissie strafrecht
 Datum: 31 juli 2020
 Betreft: **voorstel tot strafbaarstelling van evidente vormen van kinderkoop**

SAMENVATTING

1. Inleiding

Het wetsvoorstel voorziet – kort gezegd – in de strafbaarstelling van het, anders dan tegen een redelijke onkostenvergoeding, gebruik maken van of optreden als draagmoeder.¹ Doel van de strafbaarstelling is volgens de concept memorie van toelichting tweeledig: enerzijds de bescherming van de waardigheid van het kind zodat het niet als handelswaar wordt beschouwd; anderzijds de bescherming van de vrouw zodat zij niet oneigenlijk wordt beïnvloed bij haar beslissing een kind te dragen en te baren met de intentie het kind over te dragen aan een ander; dan wel de bescherming van de ouders van het kind zodat zij niet oneigenlijk worden beïnvloed bij de beslissing het kind af te staan. Verwacht wordt, aldus de concept memorie van toelichting, dat de strafbaarstelling een normerende en daarmee preventieve werking zal hebben.

2. Aanbevelingen

De adviescommissie strafrecht (ACS) adviseert het wetsvoorstel in te trekken, althans te heroverwegen, nu

- i. nut en noodzaak van het wetsvoorstel – ook door het ontbreken van enigerlei vorm van bronvermelding – onvoldoende zijn onderbouwd, mede gezien in het licht van het *ultimum remedium* karakter van het strafrecht en het feit dat
 - het ontbreken van enigerlei vorm van bronvermelding;
 - de wetgever eerder van mening was dat strafbaarstelling (commercieel draagmoederschap) onwenselijk en niet noodzakelijk was;
 - de aanbevelingen van de Speciaal Rapporteur van de Verenigde Naties zich slecht laten rijmen met de voorgestelde strafbaarstelling;
 - anders dan de concept memorie van toelichting suggereert, het VN kinderverdrag en Facultatief Protocol niet dwingen tot strafbaarstelling van (commercieel) draagmoederschap; en
 - het maatschappelijke debat over de aan (commercieel) draagmoederschap te stellen grenzen nog volop in beweging is en strafrechtelijk optreden onwenselijke gevolgen voor wensouder(s), draagmoeder en kind zal hebben;
- ii. de voorgestelde strafbepaling in de praktijk niet te handhaven zal zijn, zodat *de facto* sprake is van symboolwetgeving;
- iii. de sleutelbepaling “vergoeding van redelijke kosten” niet voldoet aan de eisen van rechtszekerheid en het daaronder te scharen *lex certa* beginsel;
- iv. de draagmoeder eerder strafbaar zal zijn dan de wensouder(s) zonder dat hiervoor een (kenbare) rechtvaardiging bestaat.

¹ Door het wetsvoorstel ook wel aangeduid als “kinderkoop”. De ACS komt de term “commercieel draagmoederschap” passender voor. Zie ook de in dit preadvies opgenomen paragraaf over (o.a.) het rapport van de VN Speciaal Rapporteur, waaruit volgt dat “kinderkoop” en “commercieel draagmoederschap” geenszins hetzelfde zijn. Nu het commercieel draagmoederschap is dat het wetsvoorstel strafbaar wil stellen, ligt het voor de hand die term te hanteren.

Voor zover het wetsvoorstel niet wordt ingetrokken, althans heroverwogen, adviseert de ACS:

- i. nut en noodzaak nader toe te lichten in de memorie van toelichting en de toelichting te voorzien van (adequate) bronvermelding;
- ii. daarbij ook in te gaan op de te voorziene beperkte handhavingsmogelijkheden;
- iii. de invulling van de sleutelbepaling “vergoeding van redelijke kosten” te verduidelijken;
- iv. de reikwijdte van de subjectieve bestanddelen (oogmerk, wetende dat, redelijkerwijs vermoedende) nader toe te lichten; en
- v. de toepasselijkheid van art. 7, tweede lid Sr (onbeperkt actief nationaliteitsbeginsel) te schrappen.

CONSULTATIEREACTIE

3. Bespreking van het Wetsvoorstel

3.1. Nut en noodzaak wetsvoorstel onvoldoende onderbouwd

Bronnen ontbreken

In het algemene deel van de concept memorie van toelichting worden meermaals stellingen of feiten geponeerd ter onderbouwing van nut en noodzaak van het wetsvoorstel.² Daarbij ontbreekt echter telkens enigerlei vorm van bronvermelding. Überhaupt valt op dat de concept memorie van toelichting feitelijk maar een keer een andere bron opvoert dan (internationale) wet- of regelgeving (te weten: een rapport van de VN rapporteur, waarover hieronder meer). De ACS acht het onwenselijk dat nut en noodzaak van een wetsvoorstel niet worden onderbouwd met bronnen. Dat geldt in het bijzonder voor een wetsvoorstel waarmee nieuwe strafbepalingen worden ingevoerd. Een en ander doet af aan de controleerbaarheid van een wetsvoorstel en komt ook het (parlementaire) debat daarover niet ten goede.

Mede door dit gebrek aan bronvermelding acht de ACS nut en noodzaak van het wetsvoorstel onvoldoende onderbouwd. Dat klemt te meer nu in het wetsvoorstel ook niet wordt onderbouwd - laat staan met (gezaghebbende) bronnen - waarom met andere vormen van overheidsoptreden (bijv. civiel- of bestuursrechtelijke handhaving) niet hetzelfde effect zou kunnen worden bereikt en dus het strafrecht als *ultimum remedium* kan en moet worden ingezet. Die vraag is juist van groot belang bij de invoering van een nieuwe strafbepaling.

Wetgever was eerder van mening dat strafbaarstelling (commercieel) draagmoederschap onwenselijk en niet noodzakelijk was

In dit verband kan ook niet onvermeld blijven dat de discussie over strafrecht en draagmoederschap niet nieuw is. Het huidige art. 151b Sr behelst een verbod op het commercieel bemiddelen bij draagmoederschap. In het kader van de invoering van deze strafbepaling begin jaren '90 is ook gesproken over nut en noodzaak van de strafbaarstelling van (commercieel) draagmoederschap zelf. De wetgever wilde daar toentertijd echter niet van weten. Zo is onder meer het volgende te lezen in de Nota naar aanleiding van het Verslag:

"Draagmoederschap, commercieel draagmoederschap en incidentele bemiddeling zonder winst oogmerk zijn niet strafbaar gesteld. De keuze van de strafbaarstellingen berust op de volgende overwegingen. Uitgangspunt van het wetgevingsbeleid betreffende draagmoederschap is dat draagmoederschap een onwenselijk verschijnsel is, dat het verwerven van ouderschap langs deze weg moet worden ontmoedigd en dat commercieel draagmoederschap moet worden tegengegaan. De wetgever dient derhalve na te gaan of ter verwerkelijking van die doelstelling

² Bijvoorbeeld: "Opgroeien in het besef te zijn gekocht kan ernstige gevolgen hebben voor de identiteitsvorming van een kind." (p. 1); "Door die beïnvloeding kan het gebeuren dat de draagmoeder medische relevante informatie achterhoudt of niet geheel vrijwillig deelneemt aan een ingrijpend traject." (p. 1); "Wensouders die bij het realiseren van een kinderwens afhankelijk zijn van een draagmoeder of iemand die zijn kind wil afstaan kunnen bij vervullen van deze wens in de verleiding komen in te gaan op een verzoek hier voordeel tegenover te stellen. Hiervoor geldt evengoed dat dit niet in het belang van het kind is." (p. 1); "Het is bekend dat er in het buitenland zeer uiteenlopende vergoedingen worden betaald. Dit kan onder meer te maken hebben met de hoogte van de medische of juridische kosten in het desbetreffende land. In de Verenigde Staten zijn de kosten voor een draagmoederschapstraject bijvoorbeeld relatief hoog (tot meer dan USD 100.000). De reden hiervan is onder meer gelegen in de hogere kosten voor de gezondheidszorg en de uitvoerige screening van draagmoeders." (p. 4); "Verwacht wordt dat de strafbaarstelling een normerende en daarmee preventieve werking zal hebben." (p. 5).

speciale strafrechtelijk gesanctioneerde verboden noodzakelijk zijn. Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, hetgeen in de memorie van toelichting in paragraaf 3 van het algemeen deel is geschied, rijst vervolgens de vraag welke strafbaarstellingen noodzakelijk zijn. Daarbij mag de wetgever niet uit het oog verliezen dat een strafbepaling ultimum remedium is. Strafbepalingen dienen in beginsel slechts daar te worden ingezet waar zij naar verwachting een preventieve en repressieve werking kunnen hebben. Voorts moet een afweging worden gemaakt tussen enerzijds de lasten van een eventuele opsporing en strafvervolging zowel voor de burger in de vorm van inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer en in geval van strafoplegging, leedtoevoeging, als voor het justitieel apparaat in de vorm van werklast, anderzijds de baten van de strafbepaling in de zin van bijdrage aan de verwezenlijking van het gestelde doel. Op grond van deze afweging wordt in het hier aan de orde zijnde wetsvoorstel gebruik gemaakt van strafbepalingen met betrekking tot gedragingen die een klimaat zouden bevorderen waarin commercieel draagmoederschap zich als maatschappelijk verschijnsel kan ontwikkelen. Als zodanig worden aangemerkt beroeps- en bedrijfsmatige bemiddeling bij draagmoederschap, het in het openbaar aanbieden van bemiddeling ter zake van draagmoederschap en het openbaarmaken van de vraag naar of het aanbod van een draagmoeder.” (Kamerstukken II '90-'91, 21968, nr. 5, p. 3; onderlijning ACS)

Kennelijk komt de regering thans tot een andere afweging. Vanzelfsprekend kan voortschrijdend inzicht daar de oorzaak van zijn, maar dan mag wel verwacht worden dat in de concept memorie van toelichting tenminste wordt uitgelegd en onderbouwd waarom nu een andere afweging wordt gemaakt. Een dergelijke onderbouwing ontbreekt. Sterker nog, er wordt niet een keer verwezen naar de eerder gemaakte afwegingen.

Speciale Rapporteur VN adviseert niet tot strafbaarstelling van (commercieel) draagmoederschap; tussenpersonen - en niet draagmoeder of wensouders - zouden primaire focus strafrecht moeten zijn maar dan alleen bij illegaal draagmoederschap

In de concept memorie van toelichting (p. 5) wordt verwezen naar een rapport van de Speciaal Rapporteur inzake kinderhandel, kinderprostitutie en kinderpornografie van de Verenigde Naties van 15 januari 2018 (A/HRC/37/60). De aanbevelingen van dit - kennelijk als gezaghebbend beschouwde - rapport laten zich echter niet goed rijmen met de voorgestelde strafbaarstelling. De Speciaal Rapporteur adviseert immers niet tot het verbieden van (commercieel) draagmoederschap als zodanig (laat staan dat dit verbod van strafrechtelijke aard zou moeten zijn). Wel wordt geadviseerd “kinderkoop” tegen te gaan.³ “Commercieel draagmoederschap” is echter niet hetzelfde als “kinderkoop”.⁴ De concept memorie van toelichting stelt ten onrechte deze twee figuren/begrippen zonder meer op een lijn.

Maar zelfs als de wetgever hier anders over zou denken, geldt dat de Speciaal Rapporteur adviseert om bij illegale draagmoederconstructies de inzet van het strafrecht primair te focussen op

³ Geadviseerd wordt immers het volgende: “Create safeguards to prevent the sale of children in the context of commercial surrogacy, which should include either the prohibition of commercial surrogacy until and unless properly regulated systems are put in place to ensure that the prohibition on sale of children is upheld, or strict regulation of commercial surrogacy which ensures that the surrogate mother retains parentage and parental responsibility at birth and that all payments made to the surrogate mother are made prior to any legal or physical transfer of the child and are non-reimbursable (except in cases of fraud) and which rejects the enforceability of contractual provisions regarding parentage, parental responsibility, or restricting the rights (e.g. to health and freedom of movement) of the surrogate mother;” (p. 19).

⁴Zie p. 12 van het VN-rapport: “commercial surrogacy may not constitute sale of children if it is closely regulated in compliance with international human rights norms and standards”. Dit is ook de visie van het Comité voor de Rechten van het Kind: “While noting that surrogate motherhood is a complex area that raises many different questions that fall outside the scope of the Optional Protocol, the Committee is nevertheless concerned that widespread commercial use of surrogacy in the State party may lead, under certain circumstances, to the sale of children.” (CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, punt 24).

de tussenpersonen (“*intermediaries*”) en dus niet op de wensouder(s) of draagmoeder zelf.⁵ In zekere zin is dit wat Nederland reeds doet met het bepaalde in art. 151b Sr (verbod commercieel bemiddelen bij draagmoederschap).

Anders gezegd: Nederland doet al wat wordt geadviseerd en wil met het wetsvoorstel iets gaan doen wat juist niet geadviseerd wordt. De ACS zou menen dat in de concept memorie van toelichting tenminste aandacht zou worden besteed aan deze ogenschijnlijke tegenstelling. Dat is niet het geval.

VN kinderverdrag en Facultatief Protocol dwingen niet tot strafbaarstelling

In de concept memorie van toelichting wordt meermaals verwezen naar internationale regelgeving:

“Lidstaten dienen op grond van artikel 35 IVRK en het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het IVRK [...] maatregelen te treffen ter voorkoming van de verkoop van kinderen voor welk doel of in welke vorm dan ook.” (p. 1)

“De strafbaarstelling is in lijn met de verdragsverplichtingen uit artikel 35 IVRK en het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het IVRK waarin staat dat lidstaten passende maatregelen nemen ter voorkoming van de verkoop van of handel in kinderen.” (p. 6)

De suggestie dat deze internationale regelgeving zou dwingen tot strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap is echter onjuist.

Reeds hierboven is opgemerkt dat “kinderkoop” niet hetzelfde is als “commercieel draagmoederschap”. Daar kan aan worden toegevoegd dat genoemd art. 35 van het Verdrag Inzake de Rechten van het Kind (IVRK) met geen woord rept over een verplichting tot het nemen van *strafrechtelijke* maatregelen tegen “kinderkoop”. Artikel 3 van het Facultatief Protocol doet dat wel maar uitsluitend als de “kinderkoop” een bijzonder doel heeft (te weten seksuele uitbuiting van het kind, de overdracht met winstoogmerk van organen van het kind of het onderwerpen van het kind aan gedwongen arbeid).

Nederland heeft het IVRK en het Facultatief Protocol reeds decennia geleden geratificeerd (in 1995 resp. 2005). Bij gelegenheid van de ratificatie van dit laatste instrument merkte de minister nog expliciet op dat wijziging van Nederlandse wetgeving niet was vereist, met uitzondering van een bepaling in de Uitleveringswet (art. 51a). Ook daaruit blijkt dat deze internationale afspraken niet dwingen tot strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap zoals beoogd door het wetsvoorstel. Ten onrechte wordt het tegendeel gesuggereerd in de concept memorie van toelichting.

Maatschappelijk debat nog volop gaande, onwenselijke gevolgen voor wensouders, draagmoeder en kind

Het komt de ACS voor dat het (internationale) maatschappelijke debat over commercieel draagmoederschap nog volop gaande is en met name de laatste jaren een vlucht heeft genomen. Wat er ook zij van de (on)wenselijkheid van *commercieel* draagmoederschap, de vraag is of bij die stand van zaken *strafbaarstelling* geïndiceerd is. De ACS beantwoordt die vraag ontkennend, mede in het licht van hetgeen hiervoor is opgemerkt over het *ultimum remedium* karakter van het strafrecht, maar ook in het licht van de ogenschijnlijk disproportionele gevolgen die vervolging en bestraffing kan, en vaak zal, hebben voor de wensouder(s) en de draagmoeder maar ook het kind zelf waar het allemaal om gaat. Het mag een feit van algemene bekendheid heten dat de stap naar

⁵ Zie p. 19: “Focus any criminal or civil penalties for illegal surrogacy arrangements primarily upon the intermediaries.”

een draagmoeder in veruit de meeste gevallen pas gezet zal worden als een natuurlijke zwangerschap niet mogelijk blijkt (bijv. wegens een vruchtbaarheidsprobleem) of door de aard van de relatie is uitgesloten (bijv. een homoseksueel koppel). Wat ook de reden is, de stap naar een draagmoeder zal niet licht worden gezet. Ook tot het zijn van commercieel draagmoeder zal niet zomaar worden besloten. De ACS vraagt zich af of een strafbepaling *onder die omstandigheden* bij het besluit een draagmoeder te betalen of tegen betaling als draagmoeder op te treden daadwerkelijk gewicht in de schaal zal leggen. De vraag is ook wat een strafrechtelijke leedtoevoeging bij wensouder(s) en draagmoeder voor meerwaarde heeft. Allen kunnen tot een jaar gevangenisstraf krijgen en blijven in ieder geval achter met een strafblad. Een Verklaring Omtrent Gedrag (VOG) is daardoor in veel gevallen niet meer mogelijk met alle gevolgen voor de perspectieven op de arbeidsmarkt van dien. Dit is in niemands belang, niet in de laatste plaats van het kind.

Daar kan aan worden toegevoegd dat het wetsvoorstel er kennelijk mede toe strekt te voorkomen dat kinderen opgroeien in het besef “gekocht te zijn” (p. 1). De ACS merkt op dat strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap niet bepaald bij lijkt te dragen aan de vermindering van een dergelijk stigma. In tegendeel. De ACS kan zich nauwelijks een groter stigma voorstellen voor een kind dan de wetenschap dat hij of zij volgens de Nederlandse wet letterlijk “uit misdrijf afkomstig is”.

3.2 In de praktijk niet te handhaven strafbepaling: symboolwetgeving

Zoals hierboven reeds werd opgemerkt, is eerder in het parlement gesproken over strafbaarstelling van (commercieel) draagmoederschap als zodanig. De minister wilde daar destijds echter niet van weten. In dat verband is door de minister ook gewezen op het feit dat een dergelijke strafbepaling niet te handhaven zou zijn:

“Een rechtstreeks algeheel verbod van draagmoederschap en van elke bemiddeling ter zake is niet handhaafbaar, aangezien veelal niet zal kunnen worden aangetoond dat het voornemen om afstand te doen van het kind reeds vóór de zwangerschap bestond. Het verweer dat dit voornemen of de uitvoering van dit voornemen geen verband houdt met draagmoederschap maar voortvloeit uit ongewenste zwangerschap, zal veelal niet afdoende kunnen worden weerlegd. Bovendien zou het streven om een zodanig verbod te handhaven, leiden tot opsporingsonderzoek dat diep in de persoonlijke levenssfeer van de betrokken vrouw ingrijpt. Voornoemde bezwaren gelden eveneens met betrekking tot een verbod van commercieel draagmoederschap. In het laatste geval moet ook nog worden bewezen dat de ontvangen vergoeding meer dan kostendekkend was.” (Kamerstukken II '90-'91, 21968, nr. 3, p. 2-3)⁶

⁶ In de nota van toelichting voegt de minister hier nog aan toe: *“Wat de begripsomschrijving van draagmoeder in het derde lid van artikel 151 b betreft, merk ik het volgende op. Inderdaad zou het hier bedoelde voornemen in het geval dat men uitsluitend te maken heeft met een «van draagmoederschap verdacht persoon» veelal niet kunnen worden aangetoond. Op grond daarvan acht ik een rechtstreeks verbod van draagmoederschap niet handhaafbaar. Indien een persoon echter wordt verdacht van beroeps- of bedrijfsmatige bemiddeling bij draagmoederschap doet zich een andere situatie voor. Het enkele feit dat op niet-incidentele voet bemiddeling is of wordt verleend bij het afstand doen van een kind dan wel dat bemiddeling is of wordt verleend met winstoogmerk doet een redelijk vermoeden rijzen dat die bemiddeling wordt verleend aan draagmoeders of vrouwen die draagmoeder wensen te worden. Daarbij moet worden bedacht dat ingevolge artikel 151c elke beroeps- of bedrijfsmatige bemiddeling bij het afstand doen van een kind, dus ook beroeps- of bedrijfsmatige bemiddeling ten behoeve van een vrouw die ongewenst zwanger is geworden, verboden is, tenzij dit geschiedt door de raad voor de kinderbescherming of een door de raad daartoe aangewezen rechtspersoon. Nader onderzoek van de omstandigheden waaronder werd of wordt bemiddeld kan feiten aan het licht brengen waaruit een reeds voor de zwangerschap bestaand voornemen van de vrouw(en) aan wie bemiddeling is verleend, kan worden afgeleid, bij voorbeeld het tijdsverloop tussen de eerste contacten van de bemiddelaar met de vrouw(en) of de wensouders en het tijdstip waarop een kind is of zal worden geboren.”* (Kamerstukken II '90-'91, 21968, nr. 5, p. 2; onderstreping ACS).

De ACS vraagt zich af welke (gewijzigde) omstandigheden maken dat thans wel sprake zou zijn van een te handhaven strafbepaling. De concept memorie van toelichting gaat hier niet op in en dergelijke omstandigheden zijn de ACS ook niet bekend. Het is eerder andersom. De strafbepaling zal alleen maar moeilijker gehandhaafd kunnen worden, bijvoorbeeld vanwege de mogelijkheden om op allerlei manieren anoniem betalingen te doen (*crypto currencies* etc.) en de vergaande internationalisering van commercieel draagmoederschap. Opsporing zal in die internationale gevallen veelal rechtshulp vereisen. Met veel landen waar commerciële draagmoedertrajecten mogelijk zijn, heeft Nederland geen of maar een zeer beperkte rechtshulprelatie. Waar wel een rechtshulprelatie bestaat, is het de vraag of rechtshulp zal worden verleend, zeker als in de aangezochte staat commercieel draagmoederschap niet strafbaar is. Rechtshulp vergt immers in de regel dubbele strafbaarheid.

Ook de uitzondering die de voorgestelde strafbepaling maakt voor vergoeding van “redelijke kosten” (zie daarover ook hieronder) maakt handhaving lastig, zo niet onmogelijk. Opsporing door politie vereist altijd een “redelijk vermoeden” van schuld. Dat de politie te horen krijgt dat betaald is in het kader van een draagmoedertraject zal niet voldoende zijn voor een redelijk vermoeden van overtreding van het voorgestelde art. 151d Sr. Er zal immers ook een redelijk vermoeden moeten zijn dat deze vergoeding *hoger* was dan de toegestane “redelijke kosten”. Dat vereist niet alleen dat de politie weet hoe hoog de betaalde vergoeding was maar ook dat dit bedrag meer dan een “redelijke vergoeding” is. Het ligt voor de hand dat dit bedrag *aanzienlijk* hoger zal moeten zijn dan deze redelijke vergoeding. Of een *enigszins* hoger bedrag dan de “redelijke vergoeding” reeds een redelijk vermoeden oplevert is immers maar zeer de vraag. Het zal in de opsporingsfase al lastig zijn deze drempel te halen, zeker in buitenlandse trajecten, gelet ook op de kennelijk enorme verschillen in mogelijke bedragen (USD 100.000,- kan nog steeds redelijk zijn; aldus de concept memorie van toelichting). In de rechtszaal ligt de lat voor het Openbaar Ministerie nog hoger. Daar komt bij dat aangezien zowel wensouder(s) als draagmoeder straks strafbaar zijn, aan beiden ook een zwijgrecht toekomt. Het bewijs van subjectieve bestanddelen (opzet, oogmerk etc.), maar ook bijvoorbeeld de hoogte van de betaalde bedragen of gedane beloftes is daarmee nog moeilijker zo niet onmogelijk rond te krijgen.

De ACS vraagt zich, tot slot, ook af hoe de minister verwacht dat politie / Openbaar Ministerie kennis zullen gaan nemen van mogelijk overtredingen van het voorgestelde art. 151d Sr. Dat aangifte wordt gedaan ligt niet voor de hand. Geen van de rechtstreeks betrokkenen (wensouder(s) en draagmoeder) heeft daar enig belang bij. Familie zal veelal niet afweten van een vermeend verboden afspraak of, zo dat wel het geval is, gelet op de familieband afzien van aangifte. Zo het kind op enig moment zelf al aangifte zou willen doen, dan geldt dat tegen de tijd dat hij of zij daartoe in staat is het recht tot strafvervolgung reeds verjaard is.

Al met al vermag de ACS niet in te zien dat en waarom de voorgestelde strafbepaling nu wel ineens gehandhaafd zal kunnen worden. *De facto* is dus sprake van symboolwetgeving.

3.3 Sleutelbegrip “vergoeding van redelijke kosten” voldoet niet aan de eisen van rechtszekerheid en daaronder te scharen *lex certa* beginsel

Blijkens het derde lid van het voorgestelde artikel 151d Sr is geen sprake van strafbaarheid als de gift, belofte of dienst, strekt tot vergoeding van “*redelijke kosten die samenhangen met het zijn van draagmoeder of met het duurzaam overnemen van de verzorging en op voeding van een kind.*” Volgens de concept memorie van toelichting kan voor wat betreft de vraag wat “redelijke kosten” zijn voor Nederlandse draagmoeder-trajecten aansluiting worden gezocht bij de Algemene

Maatregel van Bestuur (AMvB) die zal worden vastgesteld op grond van het nieuwe artikel 1:215 BW. Deze (concept) AMvB is er thans nog niet zodat de ACS ook niet kan toetsen of deze AMvB voldoende houvast zal bieden.

Voor buitenlandse draagmoeder-trajecten zal de AMvB in ieder geval niet gaan gelden. In de concept memorie van toelichting is over deze trajecten onder meer het volgende te lezen:

- *“Het uitgangspunt is dat betalingen dienen ter vergoeding van de daadwerkelijke kosten van het traject of de procedure. Van belang is dat alle betalingen redelijk, gespecificeerd en inzichtelijk zijn. Van de wensouders wordt verwacht dat zij weten voor welk doel de betalingen die zij doen dienen en dat zij nagaan of de vergoeding inderdaad een redelijke vergoeding is voor de kosten waar het om gaat. Ook indien gebruik is gemaakt van een tussenpersoon. Voor sommige kostenposten geldt dat op basis van bonnetjes eenvoudig inzichtelijk kan worden gemaakt welk product is aangeschaft of welke dienst is afgenomen, en wat de prijs hiervan is. Bij draagmoederschap geldt dit bijvoorbeeld voor de zwangerschapstests of positiekleding die de draagmoeder heeft gekocht, of de zwangerschapscursus die ze heeft gevolgd. Dit zijn kosten die samenhangen met het zijn van draagmoeder en voor vergoeding in aanmerking komen. Voor andere kostenposten geldt dat rekening dient te worden gehouden met de waarde van de vergoeding in het desbetreffende land. Een vergoeding voor misgelopen inkomsten kan bijvoorbeeld redelijk zijn indien de draagmoeder als gevolg van de zwangerschap gedurende enkele maanden zelf geen inkomsten heeft kunnen verwerven, als deze vergoeding naar lokale maatstaven ook een salaris voor enkele maanden betreft. Indien een dergelijke vergoeding bijvoorbeeld voldoende is om in het desbetreffende land een woning aan te schaffen of een gehele universitaire opleiding te betalen, moet dit voor de wensouder een signaal zijn dat de vrouw door deze vergoeding oneigenlijk kan worden beïnvloed.”* (p. 4-5)
- *“Wensouders moeten er rekening mee houden dat als de draagmoeder of de ouder van of verantwoordelijke voor het kind in een financieel slechte situatie verkeert, de vergoeding bij de beslissing draagmoeder te worden of een kind af te staan al snel een doorslaggevende rol kan spelen.”* (p. 5)
- *“Van wensouders wordt verwacht dat zij goed onderzoeken of het om redelijke kosten gaat. Daarbij is een belangrijke vraag in hoeverre het voordeel voor de ander beweegreden zou kunnen zijn om draagmoeder te worden of een kind af te staan. Niet in alle gevallen zal dit eenvoudig te beoordelen zijn.”* (p. 9)

Uit het voorgaande volgt dat het sleutelbegrip “redelijke kosten” afhankelijk is gemaakt van i) de koopkracht in het desbetreffende land in z’n algemeenheid; ii) de financiële situatie van de moeder in het bijzonder; iii) de kosten van zeer specifieke producten en diensten in het desbetreffende land (kleding, woning, universitaire studie, zorgkosten, juridische kosten etc); en iv) de vraag of het voordeel voor de ander beweegreden zou kunnen zijn draagmoeder te worden. De ACS meent dat dit sleutelbegrip daarmee een dusdanig onzekere en onbestemde invulling heeft gekregen dat niet is voldaan aan de eisen van rechtszekerheid en het daaronder te scharen *lex certa* beginsel. Voor wensouder(s) en draagmoeder is simpelweg niet op voorhand vast te stellen of wel of niet sprake is van “redelijke kosten”, reeds nu dit kennelijk mede afhangt van de subjectieve beleving van de ander.

Los hiervan lijkt de concept memorie van toelichting ook innerlijk tegenstrijdig als het om de invulling van het sleutelbegrip “redelijke kosten” gaat. Zo wordt daarin ook opgemerkt:

“Het gaat om het doen van een gift of belofte, of het verlenen van een dienst die geen vergoeding betreft van redelijke kosten die direct samenhangen met het zijn van draagmoeder of met het duurzaam overnemen van de verzorging en opvoeding van een kind (artikel 151d, derde lid Sr). Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het afbetalen van een schuld, het kopen van nieuw meubilair of de belofte dat iemand gedurende langere tijd een dienstbetrekking zal hebben. Kortgezegd gaat het om een betekenisvol voordeel voor de draagmoeder, de ouder van of verantwoordelijke voor het kind dat hij of zij niet zou hebben als niet tot draagmoederschap of het afstaan van het kind zou worden overgegaan.” (p. 7)

De ACS kan deze paragraaf in de concept memorie van toelichting niet goed volgen. Vergoeding door de wensouders van bijvoorbeeld nieuwe kleding of aanzienlijke, maar redelijke, medische kosten zijn strikt genomen immers ook “voordelen” die de draagmoeder niet zouden hebben genoten indien zij niet tot het zijn van draagmoeder was overgegaan. Of wordt soms bedoeld op “voordelen” die niet een-op-een corresponderen met gemaakte kosten? De voorbeelden van het afbetalen van een schuld of de aanschaf van nieuw meubilair lijken dit wel te suggereren. Maar zelfs in die lezing zijn deze voorbeelden nog steeds verwarrend. Niet strafbaar is immers “de gift, belofte, of dienst [die] strekt tot vergoeding van redelijk kosten” (onderlijning ACS). De ACS kan dit bezwaarlijk anders verstaan dan dat het schenken van nieuw meubilair of de belofte van een dienstbetrekking weldegelijk is toegestaan zolang de waarde daarvan maar correspondeert met redelijke kosten. Als de draagmoeder in plaats van monetaire vergoeding van gedeerde inkomsten liever een nieuwe inboedel of aflossing van haar schuld wenst is dat dus toegestaan. Indien dat niet de strekking van het wetsvoorstel is, adviseert de ACS dat te verduidelijken.

3.4 Nadere toelichting keuze subjectieve bestanddelen (oogmerk, wetende dat, redelijkerwijs vermoedende)

Kort gezegd geldt voor de wensouders als subjectief bestanddeel dat de gift etc. moet zijn gedaan met het “oogmerk” de draagmoeder als zodanig op te laten treden. In z’n algemeenheid geldt dat de vervulling van het bestanddeel “oogmerk” noodzakelijkheidsbewustzijn vereist is zodat voorwaardelijk opzet niet volstaat.⁷

Voor de draagmoeder geldt als subjectief bestanddeel dat de gift etc. wordt aangenomen “*wetende of redelijkerwijs vermoedende*” dat deze is gedaan om tot het zijn van draagmoeder over te gaan. Voor het subjectieve bestanddeel “*wetende dat*” volstaat voorwaardelijk opzet; met “*redelijkerwijs vermoedende*” wordt voorzien in een culpoze variant.⁸

Dit alles betekent dat de draagmoeder eerder strafbaar is dan de wensouders. De draagmoeder is immers reeds strafbaar indien zij verwijtbaar of naïef heeft gehandeld. Voor de wensouders ligt de lat hoger.

Dit onderscheid is vermoedelijk het gevolg van het deels letterlijk overnemen van de strafbepalingen die zien op actieve (art. 177 Sr) en passieve (art. 363 Sr) omkoping van ambtenaren. Dat een ambtenaar extra op zijn hoede moet zijn als deze een gift, belofte of dienst ontvangt (en bij naïviteit niet straffeloos blijft) is nog te billijken. Waarom dit ook voor de draagmoeder zou moeten gelden, vermag de ACS echter niet in te zien.

⁷ Vgl. De Hullu, 6e druk, p. 253; Knigge-Wolswijk, 15e druk, p. 131. Zie ook de jurisprudentie van de Hoge Raad over bijv. oplichting (ECLI:NL:HR:2019:1454) en diefstal (ECLI:NL:HR:1983:AC8152).

⁸ Vgl. b.jv. art. 363 Sr (ambtelijke omkoping). De formulering van het tweede lid lijkt aan dit artikel ontleend.

Zonder nader toelichting, die ontbreekt, acht de ACS het gemaakte onderscheid tussen draagmoeder(s) en wensouders dan ook niet goed te begrijpen. Gelet op de grote onzekerheid die bestaat over de betekenis van het begrip “redelijke kosten” (zie hierboven) ligt een zware opzet eis (“oogmerk”) voor de hand. Die onzekerheid regardeert niet alleen de wensouder(s), maar ook de draagmoeder. De ACS zou daarom menen dat, zo al zou worden besloten tot strafbaarstelling over te gaan, ook voor de draagmoeder de zware opzet eis van “oogmerk” geldt. Geadviseerd wordt het tweede lid overeenkomstig aan te passen.

3.5 Schraping toepassing onbeperkt actief nationaliteitsbeginsel (art. 7, lid 2 Sr)

Het wetsvoorstel voorziet kort gezegd in toepassing van het onbeperkt actief nationaliteitsbeginsel. Dat wil zeggen: Nederlandse draagmoeders en wensouders kunnen in Nederland vervolgd worden voor een in het buitenland begane overtreding van art. 151d Sr ook als in dit buitenland commercieel draagmoederschap niet strafbaar is.

Toepassing van het onbeperkt actief nationaliteitsbeginsel is een uitzondering op de hoofdregel dat Nederlanders niet vervolgd moeten kunnen worden voor iets wat zij gedaan hebben in een land waar deze gedragingen niet strafbaar zijn.

Voor slechts een zeer gering aantal strafbepalingen is het vereiste van dubbele strafbaarheid losgelaten. Te denken valt aan onder meer de zogenoemde “loyaliteitsdelicten” (o.a. misdrijven tegen de veiligheid van de staat), kinderporno, verkrachting, mensensmokkel en genitale verminking.

Dit gering aantal delicten mag niet verbazen nu de lat voor toepassing van het onbeperkt actief nationaliteitsbeginsel zeer hoog ligt. In de notitie ‘*Het vereiste van dubbele strafbaarheid in het Nederlandse strafrecht (internationale strafrechtelijke samenwerking en rechtsmacht)*’⁹ worden drie cumulatieve voorwaarden opgesomd waaraan moet zijn voldaan om de principiële eis van dubbele strafbaarheid los te laten:

1. het ontbreken van dubbele strafbaarheid staat in de weg aan een in Nederland gewenste vervolging;
2. het betreft feiten die onze rechtsorde ernstig schokken (zoals feiten die een inbreuk maken op de menselijke waardigheid); en
3. de feiten worden niet alleen in Nederland maar ook in veel landen als ernstige strafbare feiten aangemerkt.

Wanneer niet aan deze drie voorwaarden is voldaan, dient het vereiste van dubbele strafbaarheid te worden gehandhaafd. “*Alsdan*”, aldus de notitie, “*is het straffeloos blijven van gedragingen van Nederlanders in het buitenland die hier te lande als misdrijf strafbaar zijn, maar niet strafbaar zijn gesteld in dat land, niet in strijd met onze rechtsorde.*”¹⁰ (Kamerstukken II 2003/04, 29451, 1, p.). De ACS mist kenbare aandacht voor deze drie voorwaarden in de concept memorie van toelichting. Ter rechtvaardiging van het loslaten van de eis van dubbele strafbaarheid wordt in de kern gezien niet meer aangevoerd dan dat dit wenselijk is omdat Nederlanders ook in het buitenland de fundamentele rechten van het kind en draagmoeders dienen te respecteren. Ook wordt verwezen naar het IVRK en bijbehorend Facultatief Protocol.

⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29451, nr. 1.

¹⁰ *Idem.*, p. 14 en 16.

De ACS meent dat deze onderbouwing niet volstaat. Reeds hierboven is uiteengezet dat IVRK en bijbehorend Facultatief Protocol niet dwingen tot strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap. Een en ander kan dus ook niet toepassing van het onbeperkt actief nationaliteitsbeginsel rechtvaardigen.

Dat het wenselijk is dat Nederlanders ook in het buitenland de fundamentele rechten van kinderen en draagmoeders respecteren - en als dat niet gebeurt in Nederland vervolgd moeten kunnen worden - is eveneens onvoldoende. Er moet immers ook sprake zijn van een ernstig geschokte rechtsorde (tweede eis). De ACS merkt in dit verband op dat de voorziene strafbedreiging (1 jaar gevangenisstraf) niet zonder meer tot uitdrukking brengt dat sprake is van een ernstig geschokte rechtsorde bij commercieel draagmoederschap. Ook, tot slot, dat in veel andere landen commercieel draagmoederschap als ernstig strafbaar feit wordt aangemerkt (derde eis), blijkt niet uit de concept memorie van toelichting.

Ter zijde merkt de ACS op dat toepassing van het onbeperkt actief nationaliteitsbeginsel op commercieel draagmoederschap ook tot gevolg heeft dat Nederlanders (bijv. met een dubbele nationaliteit) die reeds geruime tijd of zelfs al hun hele leven in het buitenland wonen strafbaar zijn als zij het voorgestelde art. 151d Sr zouden overtreden. Dit is weliswaar een noodzakelijk gevolg van het loslaten van het vereiste van dubbele strafbaarheid, maar onderstreept in de visie van de ACS wel dat en waarom het onbeperkt actief nationaliteitsbeginsel niet licht moet worden toegepast. De ACS mist ook voor dit neveneffect kenbare aandacht in de concept memorie van toelichting.