

OPENBAAR MINISTERIE

Postbus 20305, 2500 EH Den Haag

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Directie Wetgeving

Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Prins Clauslaan 16

2595 AJ Den Haag

T +31 88 699 11 00

www.om.nl

Datum	21 augustus 2020	Bij beantwoording de datum en
Onderdeel		ons kenmerk vermelden.
Ons kenmerk		
Uw kenmerk		
Onderwerp	Advies wetsvoorstel strafbaarstelling evidente vormen van kinderkoop	

Geachte

Bij brief van 22 juni 2020 heeft u namens de minister voor Rechtsbescherming het College van procureurs-generaal gevraagd om te adviseren over een conceptwetsvoorstel, inhoudende een strafbaarstelling van evidente vormen van kinderkoop. Het doel van de strafbaarstelling is volgens de memorie van toelichting tweeledig: enerzijds de bescherming van de waardigheid van het kind zodat het niet als handelswaar wordt behandeld. 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 ouder(s) van het kind zodat zij niet oneigenlijk worden beïnvloed bij de beslissing het kind af te staan aan een ander.

Het nu voorliggende wetsvoorstel behoort bij het eerder in consultatie gegeven conceptwetsvoorstel 'Kind, draagmoederschap en afstamming'. In dat laatste wetsvoorstel wordt het familierecht op basis van de bevindingen van de Staatscommissie Herijking ouderschap (hierna: de Staatscommissie) toegesneden op het draagmoederschap.¹ Tevens is in dit wetsvoorstel een klein strafrechtelijk onderdeel ondergebracht: het huidige artikel 151b lid 2 onderdeel b wordt zodanig gewijzigd dat de vrouw die draagmoeder wenst te worden niet meer zelf strafbaar is als zij dat openbaar maakt. Tevens wordt voorzien in een ontheffing van het verbod te bemiddelen bij draagmoederschap voor rechtspersonen zonder winstoogmerk die door de Minister voor Rechtsbescherming worden aangewezen. Vermoedelijk zullen beide wetsvoorstellen uiteindelijk worden samengebracht in

¹ Staatscommissie Herijking ouderschap: *Kind en ouder in de 21^{ste} eeuw*, Den Haag, 2016.

één wetsvoorstel. Het College zal zich onthouden van commentaar op het civielrechtelijke deel van de voorgestelde regeling en zich beperken tot het strafrecht. Om die reden gaat het College in zijn advies slechts in op het laatste wetsvoorstel, dat betreffende de strafbaarstelling van evidente vormen van kinderkoop.

De Staatscommissie concludeert op pagina 264 van het rapport dat op grond van artikel 2 van het Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het IVRK, de verkoop van kinderen verboden is. Of betaald draagmoederschap onder dat begrip valt is omstreden. Een vergoeding voor de draagmoeder die uitgaat boven daadwerkelijk gemaakte kosten, is vatbaar voor het verwijt dat sprake is van betaald draagmoederschap en kinderkoop. Tegelijkertijd, zo stelt de Staatscommissie vast, zijn de grenzen onduidelijk. Er bestaat geen toetsingskader voor het antwoord op de vraag welke vergoedingen wél en welke niet toelaatbaar of onwenselijk zijn.

Naar aanleiding van aanbeveling 63 uit het rapport van de Staatscommissie² wordt kinderkoop strafbaar gesteld. Het College is echter van mening dat het wetsvoorstel nog veel vragen oproept en mogelijk zelfs in praktische zin niet voldoende is toegesneden op de belangen van het kind.

Toetsingskader

In de memorie van toelichting staat dat met het strafbaar stellen van het aanbieden, vragen en aannemen van voordeel om iemand te bewegen draagmoeder te worden of zijn kind af te staan voor alle betrokkenen een duidelijke grens wordt gesteld. Het College vraagt zich af of er met dit wetsvoorstel inderdaad een duidelijke grens wordt gesteld. Uitgelegd wordt dat kosten die rechtstreeks samenhangen met het zijn van draagmoeder en het overnemen van de verzorging en opvoeding van een kind (deels) voor rekening van de wensouders komen. Niet duidelijk is echter wanneer gemaakte kosten overgaan in het behalen van voordeel. De memorie van toelichting spreekt van 'betekenisvol voordeel', dat is aangeboden met het oogmerk een vrouw te bewegen om draagmoeder te zijn of een kind af te staan. Maar wat moet worden verstaan onder 'betekenisvol voordeel'? En hoe kan worden bewezen dat deze betalingen worden gedaan met het oogmerk iemand te bewegen?

In de memorie van toelichting staat dat betalingen die aanzienlijk hoger zijn dan voorbeeldbedragen zonder duidelijke onderbouwing niet als vergoeding van redelijke kosten kunnen worden aangemerkt. Kennelijk wordt ervan uitgegaan dat deze betalingen in een administratie zullen worden opgenomen. Maar, als er daadwerkelijk sprake is van een betaling die niet door de beugel kan, dan zal dit in de praktijk niet zo eenvoudig ergens terug zijn te vinden. Bovendien, het

² Staatscommissie, pag. 482.

voordeel hoeft niet in geld te worden uitbetaald. Het is heel wel mogelijk dat de potentiële draagmoeder bijvoorbeeld het gebruik van een mooi huis in het vooruitzicht wordt gesteld. Hoe kan een dergelijk te behalen voordeel aantoonbaar aan het eerdere draagmoederschap worden gekoppeld? De situatie wordt nog meer gecompliceerd in het geval er sprake is van een draagmoederschap in het buitenland. Terecht wordt er in de memorie van toelichting op gewezen dat in verschillende landen verschillende niveaus van reële kosten worden gehanteerd. Ook dat maakt het niet eenvoudig om te bepalen of er al dan niet sprake is geweest van onrechtmatige betalingen.

Draagmoeders en wensouders

Het wetsvoorstel heeft betrekking op wensouders, die de verzorging en opvoeding van een kind duurzaam op zich willen nemen, en op potentiële draagmoeders. Strafbaar is degene die een gift of belofte doet, dan wel een dienst verleent met het oogmerk een vrouw te bewegen draagmoeder te zijn van een kind of iemand te bewegen een kind af te staan om de verzorging en opvoeding van dat kind duurzaam aan een ander over te laten. Het betreft de wensouders die een gift of belofte doen, dan wel een dienst aanbieden. Het tweede lid bevat het spiegelbeeld van het eerste lid: strafbaar is ook degene die de gift of belofte aanneemt (de draagmoeder), wetende of redelijkerwijs vermoedende dat deze beloften worden gedaan om haar te bewegen draagmoeder te zijn, of, de verzorging en opvoeding van het kind duurzaam over te laten aan een ander.

Het College merkt op dat degenen die zich uitsluitend bezig houden met de koop en verkoop van kinderen niet door de strafbaarstelling zullen worden geraakt. Immers, zij zouden wel door middel van een gift of belofte een vrouw kunnen bewegen om draagmoeder te worden, maar zij zullen niet het oogmerk hebben om het kind duurzaam te verzorgen en op te voeden. Daarmee vallen zij buiten het bereik van de strafbaarstelling. En als er geen sprake is van uitbuiting van kinderen, er wordt bijvoorbeeld een kind verkocht aan een echtpaar dat graag duurzaam de verzorging en opvoeding van het kind op zich neemt, dan is er ook geen sprake van mensenhandel in de zin van artikel 273f Sr.

Het belang van het kind

In de memorie van toelichting wordt aandacht geschonken aan het belang van het kind. In de inleidende passages wordt geschetst dat als voor het draagmoederschap een financieel of ander betekenisvol voordeel wordt geboden, dit mogelijk nadelig voor het kind kan zijn. Betalingen die een redelijke vergoeding te boven gaan, kunnen ertoe leiden dat wordt gezocht naar een kind voor wensouders in plaats van naar een geschikte familie voor een kind dat dit nodig heeft. Ook zou de omgekeerde situatie zich voor kunnen doen. Wensouders die bij het realiseren van een kinderwens afhankelijk zijn van een draagmoeder of

iemand die zijn kind wil afstaan, kunnen bij het vervullen van deze wens in de verleiding komen in te gaan op een verzoek hier voordeel tegenover te stellen. Gesteld wordt dat de belangen van het kind en die van de (beoogde) draagmoeder, de ouder van of de verantwoordelijke voor het kind op afdoende wijze door de wet beschermd moeten worden. Dat is de reden waarom een afzonderlijke strafbaarstelling van kinderkoop wordt voorgesteld. Het College merkt op dat het betoog in de memorie van toelichting voornamelijk in abstracte termen is opgesteld. Niet wordt uitgelegd waaruit het nadeel voor het kind zou kunnen bestaan. Belangrijk is voorts de notie dat de beschrijving van de belangen van het kind in de memorie van toelichting vooral betrekking heeft op de situatie waarin het kind nog niet is geboren. Het is goed dat van tevoren wordt nagedacht over de consequenties van het draagmoederschap en de belangen van het kind. De geschetste belangen van het kind gaan dan ook voornamelijk over het creëren van goede levensomstandigheden voor het komende kind.

Het College merkt op dat ook de Staatscommissie vooral oog heeft voor de situatie waarbij de afspraak wordt gemaakt en er nog geen sprake is van een kind of de overdracht van een kind. Geen aandacht wordt besteed aan de belangen van het kind als de wensouders worden vervolgd en het kind al geruime tijd deel uitmaakt van het gezin. Hetzelfde geldt voor de memorie van toelichting. Ook in de memorie van toelichting wordt niet gesproken over het belang van het kind nadat het is geboren en (mogelijk als gevolg van de onwenselijke vergoeding) bij de wensouders leeft. Het belang van het kind zal naarmate de tijd verstrijkt al meer samenvallen met het belang van de wensouders. In dit verband is ook het leerstuk over family life van belang. Op pagina 261 wijst de Staatscommissie erop dat uit een uitspraak van het EHRM in de zaak *Paradiso en Campanetti* tegen Italië blijkt dat indien wensouders het kind al enige tijd verzorgen, de band tussen het kind en de wensouders als *de facto family life* moet worden beschouwd.³ In de praktijk zal het waarschijnlijk niet voorkomen dat een onrechtmatige afspraak over het draagmoederschap, inclusief de verboden deal met de te hoge vergoeding, wordt ontdekt voor de geboorte van het kind. Maar dat is kennelijk wél de situatie waar blijkens de memorie van toelichting de strafbepaling voor is geschreven. In de praktijk zal het echter eerder voorkomen dat de gewraakte afspraak na een langere periode, mogelijk zelfs van jaren, aan het licht komt. Het College vraagt zich af of het dan nog in het belang van het kind is om de wensouders (maar ook de draagmoeder) te gaan vervolgen? En wat moet dan het gevolg zijn van deze vervolging? Moeten de wensouders worden veroordeeld tot een boete of mogelijk een vrijheidsstraf? Kan een veroordeling in de strafzaak voor maatschappelijke organisaties, zoals bijvoorbeeld Jeugdzorg, aanleiding zijn om te vorderen dat de wensouders het kind mogelijk moeten afstaan? In de

³ EHRM 27 januari 2015, 25358/12 (*Paradiso en Campanelli/Italië*).

Paradiso en Campanelly zaak was het kind uit huis geplaatst en bij een gastgezin ondergebracht. Het EHRM oordeelde dat de Italiaanse autoriteiten, door het kind weg te halen, niet hebben gehandeld in het belang van het kind, maar dat wel hadden moeten doen. Ze hebben zich gericht op het beschermen van de publieke orde, door het koppel te straffen omdat ze zich niet aan de Italiaanse wet hebben gehouden. Dit had echter niet de overweging mogen zijn van de Italiaanse autoriteiten – het belang van het kind had voorop moeten staan.

Het EHRM zegt dat het in het belang van het kind was geweest om het bij Paradiso en Campanelli op te laten groeien. Het stel krijgt het kind echter niet terug – dat is namelijk inmiddels ook niet meer in het belang van het kind.

In deze Italiaanse zaak ging het om een baby van enkele maanden oud. Stel dat het kind al een aantal jaren bij de wensouders woont, naar school gaat en vriendjes en vriendinnetjes heeft, geldt dan het *de facto family life* niet nog veel zwaarder? Is het in zo'n geval niet nog meer in het belang van het kind om het kind bij de wensouders te laten? Hoe moet dit belang worden gewogen? En heeft het belang van het kind gevolgen voor de beslissing om de wensouders te gaan vervolgen omdat zij de draagmoeder of oorspronkelijke ouder meer hebben betaald dan op zichzelf noodzakelijk was? Of omdat zij op andere wijze het kind onrechtmatig hebben verkregen?

Een dergelijke strafzaak kan diep ingrijpen op het leven van het gezin en kan ook mogelijk ernstige gevolgen hebben voor het welbevinden van het kind. Er zullen situaties zijn waarbij het niet in het belang van het kind is dat de wensouders worden vervolgd en het kind mogelijk uit huis wordt geplaatst. Maar het is ook heel wel voorstelbaar dat de gezinssituatie zodanig is – het kind wordt bijvoorbeeld ernstig verwaarloosd – dat het wel in het belang van het kind is als het ergens anders wordt ondergebracht. Het College meent dat in de memorie van toelichting dan ook uitvoerig stil moet worden gestaan bij de situatie die ontstaat nadat het kind reeds enige tijd bij de wensouders is ondergebracht, hoe de wetgever in dat geval dit tijdsverloop waardeert en welke factoren van belang zijn om te beoordelen of en zo ja met welk gevolg de wensouders zouden moeten worden vervolgd.

Advies College

Het College vindt het spijtig dat in het rapport van de Staatscommissie het kopen en verkopen van kinderen wordt behandeld in het deel dat ook gaat over draagmoederschap en betaald draagmoederschap. Op deze wijze wordt het draagmoederschap onlosmakelijk gekoppeld aan het kopen van kinderen. Maar de Staatscommissie stelt ook dat dit niet zeker is, het is omstreden. Een vergoeding voor de draagmoeder die uitgaat boven daadwerkelijk gemaakte kosten, is vatbaar voor het verwijt dat sprake is van betaald draagmoederschap en

kinderkoop. Tegelijkertijd merkt de Staatscommissie op dat de grenzen onduidelijk zijn.

Het College is van oordeel dat het wetsvoorstel aan deze onduidelijkheid onvoldoende tegemoet komt. Met het in de memorie van toelichting gebruikte begrip "betekenisvol voordeel" kan de praktijk zonder nadere invulling niet goed uit de voeten. Er kan geen duidelijk punt worden aangewezen wanneer gemaakte kosten overgaan in het behalen van voordeel. En moet onder "betekenisvol voordeel" niet ook het voordeel worden begrepen dat de wensouders krijgen in de vorm van het kind zelf? Daarnaast vraagt het College zich af hoe moet worden bewezen dat de uitgaven of het verschaft voordeel zijn gedaan om iemand te bewegen draagmoeder te zijn of een kind af te staan met het oogmerk om dat duurzaam door een ander op te laten voeden en te verzorgen.

Voorts stelt het College vast dat het wetsvoorstel geen betrekking heeft op mensen die – als (commerciële) intermediairs – uitsluitend kinderen kopen of verkopen ten behoeve van wensouders, of zich anderszins bezighouden met het onrechtmatig verkrijgen van kinderen voor derden. Van mensenhandel ex artikel 273f Sr is in deze gevallen geen sprake, want er is geen sprake van het uitbuiten van het kind. Eigenlijk is er voor deze situatie geen geschikte strafbepaling. De praktijk probeert zich in deze gevallen al naar gelang de omstandigheden te redden met bijvoorbeeld valsheid in geschrifte (225 lid 2 Sr), het bezit van valse reisdocumenten (231 lid 2 Sr) of mensensmokkel (197a Sr).

In het conceptwetsvoorstel 'Kind, draagmoederschap en afstamming' wordt een nieuwe procedure bij de rechtbank voorgesteld op grond waarvan een rechtmatig draagmoederschap of een rechtmatige afstand tot stand kan komen. Voorstelbaar is dat er mensen zijn die de eisen voor een rechtmatig draagmoederschap of een rechtmatige afstand van het kind proberen te frustreren door bijvoorbeeld verkeerde of valse informatie te verstrekken. Het College geeft daarom in overweging om kinderkoop uit de sfeer van het draagmoederschap te halen om de vervlechting tussen kinderkoop en draagmoederschap minder hecht te maken en meer algemeen het onrechtmatig verkrijgen van kinderen strafbaar te stellen. Daarmee zouden ook andere handelingen dan het doen van giften, beloften of aanbieden van diensten onder de strafbepaling kunnen worden gevat. Dat zou ook de gelegenheid bieden om de strafrechtelijke aandacht meer te laten uitgaan naar degenen die hierboven (commerciële) intermediairs werden genoemd.

Dit zou kunnen als aanvulling op de mensenhandel van artikel 273f Sr. Het College meent dat dit ook een veel hogere maximumstraf rechtvaardigt, dan het jaar gevangenisstraf dat in het nu voorliggende wetsvoorstel wordt voorgesteld. Het College meent dat op het onrechtmatig verkrijgen van kinderen zeker een maximumgevangenisstraf van vier jaren kan worden gesteld. In dat geval zouden

Datum 21 augustus 2020

Ons kenmerk

Pagina 7/7

ook bijzondere opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast, waardoor deze zaken beter kunnen worden opgespoord en vervolgd.

Een dergelijke strafbaarstelling doet naar de mening van het College meer recht aan het oordeel van de Staatscommissie, dat een strafbaarstelling van kinderkoop een nuttige aanvulling is op het verbod van mensenhandel, waarin de delictsomschrijving uitbuiting een rol speelt.

Hoogachtend,

procureur-generaal