

MASTER'S THESIS

Is de strafbaarstelling van het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of jezelf daartoe aanbieden in strijd met art. 8 EVRM?

Dolislager, R.J.

Award date:

2022

Awarding institution:

Department of Public Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 14. Jan. 2025

Open Universiteit
www.ou.nl



Is de strafbaarstelling van het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of jezelf daartoe aanbieden in strijd met art. 8 EVRM?

Open Universiteit

Naam:	R.J. Dolislager
Studentnummer:	852002139
Begeleider:	mr. dr. M.L. Boonk
Examinator:	dr. J. Doomen
Aantal woorden:	11.940
Datum:	27 juni 2022

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
1.1. De zoektocht naar een draagmoeder	3
1.2. Vraagstelling en relevantie onderzoek	3
1.3. Opbouw en methodologie	4
2. Draagmoederschap	5
2.1. Draagmoederschap en de vormen waarin dit bestaat	5
2.2. Reikwijdte en wetsgeschiedenis art. 151b Sr	6
2.3. Ontwikkelingen rond draagmoederschap	7
3. Het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven	8
3.1. Artikel 8 EVRM en recht op eerbiediging van 'family life'	8
3.1.1. Het bestaan van 'family life'	8
3.1.2. Ontwikkelingen in het recht op eerbiediging van 'family life'	9
3.1.3. Recht op eerbiediging van 'family life' en het stichten van een gezin	10
3.2. Artikel 8 EVRM en het recht op eerbiediging van 'private life'	11
3.2.1. Recht op eerbiediging van 'private life' en het krijgen van kinderen	11
3.2.2. Recht op eerbiediging van 'private life' en draagmoederschap	12
4. Beperking van het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven	13
4.1. Bij wet voorzien	13
4.2. Legitiem doel	13
4.3. Noodzakelijk in een democratische samenleving	14
4.3.1. Noodzakelijkheid	15
4.3.1.1. Inleiding op de noodzakelijkheidstoets	15
4.3.1.2. Beoordelingsruimte: groot of beperkt bij draagmoederschap?	16
4.3.1.3. Pressing Social Need	18
4.3.1.3.1. Risico's voor de draagmoeder	18
4.3.1.3.2. Risico's voor het kind	19
4.3.1.3.3. Doorkruising van mogelijkheid tot hechting tussen moeder en kind	20
4.3.1.3.4. Teleurstelling of non-acceptatie van het kind	20
4.3.1.3.5. Niet kunnen voldoen aan de hoge eisen van een goede ouder-kindrelatie	22
4.3.1.3.6. Resumé 'pressing social need'	23
4.3.2. Proportionaliteit	23
5. Conclusie	26
6. Nawoord	28
7. Literatuurlijst	29
8. Jurisprudentielijst	34
Bijlage 1: Wettekst art. 151b Sr	36

1. Inleiding

1.1. De zoektocht naar een draagmoeder

Voor één op de zes mensen is zwanger worden niet vanzelfsprekend.¹ Voor velen van hen is medische hulp beschikbaar, maar dit is niet altijd toereikend. Bijvoorbeeld wanneer een man of vrouw om medische reden niet zwanger kan worden of wanneer er sprake is van een relatie tussen twee mensen van hetzelfde geslacht. Voor deze groepen kan draagmoederschap uitkomst bieden. In die situatie stelt een vrouw haar lichaam ter beschikking om hierin een zwangerschap te voldragen en daarna het ouderlijk gezag over het geboren kind over te dragen aan de wensouders.² Dit klinkt eenvoudig, maar dat is het in de praktijk niet. Zo is de eerste stap, het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder, ingewikkeld door de strafbaarstelling hiervan in art. 151b lid 2 onder b Sr.³

Wensouders zijn zich hiervan bewust. Zo schrijft het koppel Vink en Zantman op Facebook dat ze een draagmoeder zoeken voor een broertje of zusje voor hun dochter, maar dat een oproep plaatsen niet mag: “Dat maakt het lastig om die ene persoon te vinden. Met elkaar in gesprek gaan over onze wens via een privébericht mag wel”.⁴ Een vergelijkbare waarschuwing staat op de website van belangenbehartiger Meer dan Gewenst.⁵ De strafbaarstelling, ooit in het leven geroepen om commercieel draagmoederschap te voorkomen, zorgt namelijk ook voor een ingewikkelde situatie voor wensouders zonder commercieel belang.⁶ Immers, door de formulering van art. 151b lid 2 onder b Sr is iedereen strafbaar die in het openbaar op zoek gaat naar een draagmoeder.

Het is onbekend hoeveel wensouders door het bestaan van art. 151b lid 2 onder b Sr hun kinderswens niet in vervulling zagen gaan. Wel is duidelijk dat er steeds meer kritiek is op de huidige wetgeving. In Nederland, maar ook in omliggende landen zoals Engeland, Frankrijk en Ierland, gaan stemmen op om regelgeving rond draagmoederschap te veranderen. Niet enkel in het voordeel van wensouders, maar ook om misstanden door commercieel draagmoederschap te voorkomen.⁷

1.2. Vraagstelling en relevantie onderzoek

Sinds 1993 kent Nederland een strafbaarstelling voor het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf daartoe aanbieden (art. 151b lid 2 onder b Sr). In de periode voorafgaand aan de invoering van de wet speelden diverse, met name ethische, vragen rond het thema draagmoederschap. Hierbij werd vooral gefocust op de psychologische gevolgen voor het kind en de draagmoeder in de fase na de geboorte. Inmiddels zijn we bijna 30 jaar verder, is er meer bekend over de psychologische gevolgen van draagmoederschap en heeft het EHRM in steeds meer gevallen geoordeeld dat nationale wetgeving rond voortplantingsvraagstukken een inmenging is op art. 8 lid 1 EVRM. In dit artikel is het recht op eerbiediging van ‘*private and family life*’ bepaald.

In deze scriptie wil ik daarom onderzoeken of art. 151b lid 2 onder b Sr in strijd is met het recht op eerbiediging van ‘*private and family life*’, zoals bepaald in art. 8 lid 1 EVRM.

Het antwoord op deze vraag is niet alleen wetenschappelijk, maar ook maatschappelijk relevant. Door een eventuele niet van toepassing verklaring van art. 151 b lid 2 onder b Sr krijgen

¹ Van der Storm & Mosk, *TvJr* 2021/1, p. 16.

² Hierop wordt dieper ingegaan in onder meer paragraaf 2.1.

³ Zie Bijlage 1 voor de volledige wettekst van art. 151b Sr.

⁴ <https://www.facebook.com/wenspapa/posts/2689363804486774> (geraadpleegd op: 24 mei 2022).

⁵ ‘Draagmoederschap’, *Meer dan Gewenst* 7 oktober 2015.

⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32123 XVI, 30, p. 2.

⁷ Beers, van & Bosch, *The New Bioethics* 2020/26, p. 353-354.

wensouders meer mogelijkheden om een draagmoeder te vinden, om zo hun kinderwens in vervulling te laten gaan. Het in het openbaar kunnen zoeken naar een draagmoeder kan mogelijk ook draagmoederschapstrajecten buiten Europa voorkomen, waarbij de vrees voor misstanden bestaat.⁸

1.3. Opbouw en methodologie

Om antwoord te kunnen geven op de onderzoeksvraag is deze scriptie als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt stilgestaan bij de vraag wat draagmoederschap is, in welke vormen dit bestaat en waarom de wetgever het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf hiertoe aanbieden strafbaar heeft gesteld. Daarbij wordt stilgestaan bij de reikwijdte van art. 151b lid 2 onder b Sr en de ontwikkelingen in de afgelopen drie decennia rond het thema draagmoederschap.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 onderzocht of art. 151b lid 2 onder b Sr een inmenging is op het recht op eerbiediging van *'private and family life'*, zoals bepaald in art. 8 lid 1 EVRM. Allereerst wordt uiteengezet wat het recht op eerbiediging van *'private and family life'* inhoudt. Vervolgens wordt ingegaan op de rechtsontwikkeling, omdat het EHRM in de afgelopen twintig jaar in steeds meer gevallen heeft aangegeven dat er sprake is van een inmenging op art. 8 lid 1 EVRM.

In hoofdstuk 4 wordt onderzocht of art. 151b lid 2 onder b Sr een conform art. 8 lid 2 EVRM bepaalde gerechtvaardigde beperking is van art. 8 lid 1 EVRM. Daarbij wordt getoetst of art. 151b lid 2 onder b Sr bij wet is voorzien, een in art. 8 lid 2 EVRM genoemd legitiem doel dient en of de wet noodzakelijk is in een democratische samenleving. Bij de toetsing worden de argumenten behandeld die de wetgever benoemt in de Memorie van Toelichting op art. 151b Sr.

In hoofdstuk 5 worden de belangrijkste conclusies uit dit onderzoek samengevat en wordt de onderzoeksvraag beantwoord. In het nawoord in hoofdstuk 6 worden aanbevelingen gedaan.

Voor het onderzoek is tussen januari en mei 2022 literatuur- en jurisprudentieonderzoek gedaan. Daarbij is met name gekeken naar art. 8 EVRM en art. 151b Sr. Specifiek is alle jurisprudentie van het EHRM sinds 2000 betrokken, waarin wordt gesproken over draagmoederschap en ei- en/of zaadceldonatie in combinatie met art. 8 EVRM. Omdat draagmoederschap niet alleen een juridische kant heeft, maar ook ethische dilemma's oproept (die in sommige gevallen aanleiding waren voor art. 151b Sr) is gekozen om psychologisch en pedagogisch onderzoek over dit thema bij dit onderzoek te betrekken. Het psychologisch en pedagogisch onderzoek waren cruciaal om in hoofdstuk 4 te kunnen onderzoeken of er een *'pressing social need'* bestaat voor de strafbaarstelling.

⁸ Concept MvT voorstel Kind, draagmoederschap en afstamming, p.7 *Internetconsultatie*, geraadpleegd op: 24 mei 2022.

2. Draagmoederschap

2.1. Draagmoederschap en de vormen waarin dit bestaat

Er zijn allerlei redenen waarom het mensen niet lukt om zich op een natuurlijke wijze voort te planten. In veel gevallen gaat het om mensen, die om medische reden niet zwanger kunnen worden of stellen die uit twee mannen bestaan en zodoende geen baarmoeder hebben.⁹ Voor deze zogenaamde wensouders kan – naast adoptie, co-ouderschap of pleegzorg – draagmoederschap uitkomst bieden.¹⁰ Een deel van de homoseksuele wensvaders geeft zelfs de voorkeur aan draagmoederschap boven adoptie, omdat dan één van de ouders een genetische band heeft met het kind.¹¹ Een andere reden om te kiezen voor draagmoederschap (of adoptie) ligt in het feit dat bij andere vormen van ouderschap een derde of vierde ouder invloed kan hebben op het kind; iets wat met name homoseksuele mannen niet willen. Net als klassieke vader-moedergezinnen willen zij hun kind altijd in huis hebben.¹² Wordt de draagmoeder voor haar diensten betaald, dan heet dit commercieel draagmoederschap. Is dat niet het geval, dan is sprake van altruïstisch draagmoederschap.¹³

Hoewel het in de media misschien lijkt dat draagmoederschap een fenomeen is van de laatste jaren, kan zelfs in het eeuwenoude Bijbelverhaal over Abram, Sarai en Hagar al een vorm van draagmoederschap worden gevonden: “Daarom zei Sarai tegen Abram: Zie toch, de HEERE heeft mijn baarmoeder gesloten, zodat ik geen kinderen kan krijgen. Kom toch bij mijn slavin; misschien zal ik uit haar nageslacht krijgen. En Abram luisterde naar de stem van Sarai”.¹⁴

De medische wetenschap kent twee vormen van draagmoederschap: hoog- en laagtechnologisch draagmoederschap. In het eerste geval wordt een eicel in een laboratorium bevrucht, waarna het embryo in de baarmoeder van de draagmoeder wordt geplaatst. Hierbij kan gebruik worden gemaakt van de eicel van de draagmoeder, maar sinds 1983 ook de eicel van een donor.¹⁵ Van laagtechnologisch draagmoederschap is sprake als de eicel wordt bevrucht op natuurlijke wijze, via kunstmatige of zelfinseminatie. Bij laagtechnologisch draagmoederschap kan geen gebruik worden gemaakt van een eicel van een donor.¹⁶ Het is onduidelijk hoe vaak draagmoederschap voorkomt; alleen in Amerika zou het al zo’n 1000 keer per jaar voorkomen.¹⁷ In dat land is sinds 1990 een stijging zichtbaar van niet-genetisch verwant draagmoederschap, omdat in dat jaar een Californische rechter oordeelde dat de draagmoeder geen recht had op de voogdij als zij “simply hosted the pregnancy”.¹⁸ Hoewel draagmoederschap met name in Amerika een bekend fenomeen is, zien onderzoekers dat ouders vanwege de hoge kosten in dat land (vaak meer dan \$ 100.000,-) uitwijken naar India, Rusland, Mexico, Polen, Thailand en Oekraïne.¹⁹

⁹ Opstal, van, *LINDA.nl* 14 februari 2022; Maassen, *De Stentor* 26 februari 2022.

¹⁰ Van der Storm & Mosk, *TvJr* 2021/1, p. 16; Blake e.a, *Human Reproduction* 2017/32, p. 860-867.

¹¹ Golombok 2015, p. 165-169.

¹² Both, de & De Sutter, *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2018/66, p. 795-799.

¹³ Aangezien er juridisch vrijwel geen verschil zit tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap (behalve dat in het geval van commercieel draagmoederschap de draagmoeder voor haar diensten wordt betaald), wordt in de scriptie waar dat juridische niet relevant is, niet nader op dit verschil ingegaan.

¹⁴ Stichting Herziening Statenvertaling 2010, Genesis 16:2.

¹⁵ Golombok 2015, p. 119.

¹⁶ Van der Storm & Mosk, *TvJr* 2021/1, p. 16.

¹⁷ Armour, *Nursing for Woman's Health* 2012/16, p. 231-236.

¹⁸ Golombok 2015, p. 119.

¹⁹ Golombok 2015, p. 119.

2.2. Reikwijdte en wetsgeschiedenis art. 151b Sr

Wordt gekeken naar het juridisch kader rond draagmoederschap in het Nederlands recht, dan valt op dat hiervan in Boek 1 (personen- en familierecht) van het Burgerlijk Wetboek geen definitie is te vinden. Dit komt omdat het Nederlands recht geen wetgeving over draagmoederschap kent, behalve de strafbepalingen in art. 151b Sr. Zodoende is de juridische definitie van een draagmoeder enkel te vinden in het Wetboek van Strafrecht. In art. 151b lid 3 Sr is bepaald dat een draagmoeder een vrouw is die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren, waarna het ouderlijk gezag wordt overgedragen op een ander. De definitie vormt de basis voor de strafbaarstelling van commercieel draagmoederschap (art. 151b lid 1 Sr). Strafbaar zijn ook diegenen die op niet-commerciële basis deze diensten teweegbrengen of bevorderen (art. 151b lid 2 onder a Sr), vrouwen die openbaren draagmoeder wensen te worden en zij die een vrouw zoeken die hiervoor beschikbaar is (art. 151 lid 2 onder b Sr). Wie één van voornoemde handelingen verricht kan worden gestraft met een celstraf van maximaal één jaar of een geldboete van de vierde categorie (art. 151b lid 1 sr).²⁰

De reden voor de strafbaarstelling lag volgens de toenmalige minister Hirsch Ballin en staatssecretaris Kosto in de risico's die zij zagen bij draagmoederschap. Zo stelden de bewindslieden dat het risico bestond op emotionele problemen op langere termijn voor de draagmoeder, voorzagen zij een verhoogd risico op identiteitsproblemen bij het kind, voorzagen zij problemen voor het hechtingsproces tussen moeder en kind en stelden zij dat wensouders mogelijk het kind niet zouden accepteren of dat deze niet aan hun verwachtingen zou voldoen.²¹ Daarbij zagen zij ook het risico dat wensouders mogelijk niet konden voldoen aan een goede ouder-kind relatie: "Dit gegeven in combinatie met de overige risico's en onzekerheden leidt tot de conclusie dat draagmoederschap een ongewenst verschijnsel is en dat het verwerven van ouderschap langs deze weg moet worden ontmoedigd".²² Opvallend is dat de genoemde risico's stellig zijn geformuleerd, maar dat de bewindslieden hierbij geen onderbouwing gaven.

Met de invoering van de art. 151b Sr is beoogd commercieel draagmoederschap te ontmoedigen, maar werd tevens door de formulering draagmoederschap op niet-commerciële basis vrijwel onmogelijk.²³ Zo kunnen door de algemene formulering van art. 151b lid 2 onder b Sr alle draagmoeders worden vervolgd als zij "openbaar maken draagmoeder wensen te worden of als zodanig beschikbaar zijn". Dat geldt ook als wordt gezocht naar "een vrouw die draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is". Als reden hiervoor gaven de bewindslieden: "De grond voor deze strafbaarstelling is gelegen in de doelstelling te voorkomen dat een klimaat ontstaat waarin het verschijnsel commercieel draagmoederschap zich kan ontwikkelen".²⁴ In zijn tweede periode als Minister van Justitie schreef Hirsch Ballin in een brief aan de Tweede Kamer dat draagmoederschap kan leiden tot de 'degradatie van draagmoeder tot voortplantingsmachine', waarbij misbruikrisico's kunnen ontstaan bij draagmoeders met weinig geld en een lager opleidingsniveau.²⁵ Over altruïstisch draagmoederschap wordt in de Memorie van Toelichting op art. 151b Sr verder niet gesproken. In het kader van deze scriptie heb ik gepoogd te ontdekken hoe vaak vervolging heeft plaatsgevonden op basis van art. 151b lid 2 onder b Sr, maar zowel politie als OM konden deze vraag niet beantwoorden.

²⁰ Zie Bijlage 1 voor de volledige wettekst van art. 151b Sr.

²¹ *Kamerstukken II 1990/91, 21968, 3, p. 1.*

²² *Kamerstukken II 1990/91, 21968, 3, p. 1-2.*

²³ *Kamerstukken II 1990/91, 21968, 3, p. 5.*

²⁴ *Kamerstukken II 1990/91, 21968, 3, p. 6.*

²⁵ *Kamerstukken II 2009/10, 32123 XVI, 30, p. 2.*

2.3. Ontwikkelingen rond draagmoederschap

Over het tekort aan wetgeving over draagmoederschap wordt al jaren geschreven. Niet enkel door wensouders en belangenverenigingen, maar ook door de Staatscommissie Herijking ouderschap (hierna: Staatscommissie).²⁶ In haar rapport stelde de Staatscommissie in 2016 dat een wettelijke regeling moet worden ingericht voor draagmoederschap, die waarborgen moet bieden voor de positie van het kind, de draagmoeder en de wensouders. Deze waarborgen voor kind en draagmoeder moeten voor de conceptie ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd.²⁷ De Staatscommissie adviseerde tegen commercieel draagmoederschap, maar stelde wel dat de draagmoeder een onkostenvergoeding moet kunnen ontvangen van maximaal € 500,- per maand.²⁸ Daarnaast beval de Staatscommissie aan dat als de draagmoeder spijt krijgt tijdens de zwangerschap of binnen zes weken na de bevalling, zij bij de rechter een verzoek moet kunnen indienen om de draagmoederovereenkomst te ontbinden en haarzelf het juridisch ouderschap toe te kennen. Wensouders zouden zich slechts kunnen terugtrekken als sprake is van dwaling of bedrog.²⁹ Vanwege de hoge kosten van het traject werd de overheid aangeraden zich te beraden op vergoeding van complexe IVF-behandelingen en draagmoederschap, via het basispakket van de zorgverzekering.³⁰ De regering leek niet geheel doof te zijn voor de aanbevelingen. Echter, ook kan niet worden gezegd dat zij met overhaaste spoed beslissingen nam naar aanleiding van het rapport. In een reactie kondigden de ministers Dekker en Van Engelshoven in 2019 aan voornemens te zijn met een regeling te komen.³¹ In de regeling moeten de aanbevelingen van de Staatscommissie worden overgenomen.³²

Begin 2020 heeft toenmalig Minister van Rechtsbescherming Dekker via internetconsultatie het conceptwetsvoorstel Kind, draagmoeder en afstamming gepubliceerd. In het voorstel, dat is bedoeld om rechtszekerheid te verschaffen aan wensouders, draagmoeders en hun kinderen, wordt ook art. 151b Sr behandeld. Zo wordt de strafbaarstelling voor het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf daartoe aanbieden geschrapt, met uitzondering voor degenen die voor een ander een draagmoeder zoeken of zij die een ander aanbieden als draagmoeder. Commercieel draagmoederschap blijft verboden, maar hierop komt een uitzondering voor vergunninghouders.³³ Onderdeel van de wet is het opzetten van een 'draagmoederschapsbank', waarin wensouders en draagmoeders elkaar kunnen vinden. Hierbij wordt gezorgd voor screening, counseling en professionele voorlichting.³⁴ Met het wetsvoorstel wordt beoogd dat wensouders enkel nog gebruik maken van een "met waarborgen omkleed draagmoederschapstraject in Nederland".³⁵ Hierdoor moet het risico op uitbuiting van de draagmoeder in het buitenland worden uitgesloten.³⁶ Minister van Rechtsbescherming Weerwind heeft begin 2022 aangegeven het wetsvoorstel na de zomer van 2022 aan de Tweede Kamer toe te zenden.³⁷

²⁶ Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 456-483

²⁷ Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 459-460.

²⁸ Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 466.

²⁹ Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 477.

³⁰ Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 483.

³¹ *Kamerstukken II 2018/19*, 33836, 2, p. 3.

³² *Kamerstukken II 2018/19*, 33836, 2, p. 7.

³³ Concept MvT voorstel Kind, draagmoederschap en afstamming, p.40 *Internetconsultatie*, geraadpleegd op: 24 mei 2022.

³⁴ Concept MvT voorstel Kind, draagmoederschap en afstamming, p.40 *Internetconsultatie*, geraadpleegd op: 24 mei 2022.

³⁵ Concept MvT voorstel Kind, draagmoederschap en afstamming, p.10 & 17 *Internetconsultatie*, geraadpleegd op: 24 mei 2022. *Aanhangsel Handelingen II 2019/20*, nr. 3334, p. 2.

³⁶ Concept MvT voorstel Kind, draagmoederschap en afstamming, p.7 *Internetconsultatie*, geraadpleegd op: 24 mei 2022.

³⁷ *Kamerstukken II 2021/22*, 33836, 66, p. 10.

3. Het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven

In art. 8 lid 1 EVRM is het recht op eerbiediging voor het privé-, familie- en gezinsleven, de woning en de correspondentie geregeld.³⁸ Het doel van dit grondrecht is de bescherming van het individu tegen willekeurige inmenging van de overheid in zijn of haar privéleven.³⁹ In art. 8 lid 2 EVRM is bepaald wanneer dit grondrecht mag worden beperkt. Wil een verzoeker een beroep doen op art. 8 EVRM, dan zal moeten worden aangetoond dat sprake is van inmenging op minimaal één van de vier in het artikel genoemde belangen.⁴⁰

In dit hoofdstuk wordt onderzocht of art. 151b lid 2 onder b Sr een inmenging is op art. 8 lid 1 EVRM. Specifiek wordt onderzocht of sprake is van inmenging op het recht op eerbiediging van *'private and family life'*. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de vraag onder welke voorwaarden het in art. 8 lid 1 EVRM bepaalde recht mag worden beperkt en wordt getoetst of art. 151b lid 2 onder b Sr een gerechtvaardigde beperking is in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM.

3.1. Artikel 8 EVRM en recht op eerbiediging van *'family life'*

3.1.1. Het bestaan van *'family life'*

Allereerst wordt uiteengezet wat het recht op eerbiediging van *'family life'* inhoudt.⁴¹ Volgens het EHRM is het bestaan van *'family life'* een feitenkwestie, die afhangt van het bestaan van nauwe persoonlijke banden.⁴² Het kan gaan om partnerrelaties, relaties tussen volwassenen en kinderen en bredere familie- en andere relaties. Zo bestaat het recht op eerbiediging van *'family life'* voor gehuwden, mits sprake is van een "lawful and genuine marriage", en voor ongehuwden, mits hun relatie voldoende lijkt op die van gehuwden.⁴³ Er is ook sprake van *'family life'* als twee volwassenen niet samenwonen en niet getrouwd zijn, maar wel samen vier kinderen hebben.⁴⁴

Uit het *Marckx*-arrest volgt dat er altijd sprake is van *'family life'* tussen de vrouw en het uit haar geboren kind. Het maakt daarbij niet uit of het kind binnen of buiten een huwelijk is geboren.⁴⁵ Of er tussen vader en kind sprake is van *'family life'* is afhankelijk van de relatie tussen vader en moeder, het contact dat vader en kind hebben en biologisch verwantschap. Zo is sprake van *'family life'* als de vader voor de geboorte op zo'n manier met de moeder samenleeft dat hun relatie lijkt op een relatie binnen een huwelijk.⁴⁶ Er is ook sprake van *'family life'* als de biologische vader zowel voor als na de geboorte aantoonbaar belangstelling heeft voor het kind.⁴⁷ Komt de vader pas na de geboorte 'in beeld', dan wordt gekeken naar de feitelijke contacten met het kind.⁴⁸ Er wordt eerder aangenomen dat er sprake is van *'family life'* tussen vader en kind, als de biologische vader het kind

³⁸ De laatste twee categorieën worden gezien het onderwerp van deze scriptie niet verder behandeld.

³⁹ EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088 (*Niemietz/Duitsland*), pt. 34; EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (*Marckx/België*), pt. 31.

⁴⁰ Council of Europe/European Court of Human Rights 2021, p. 7.

⁴¹ Voor de leesbaarheid is ervoor gekozen om niet altijd 'het recht op eerbiediging van family life' voluit te schrijven, maar waar dat (geen onduidelijkheid oproept) kortweg te spreken van 'family life'. Hetzelfde geldt voor 'private life'.

⁴² EHRM 13 december 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC3348 (*Emonet/Zwitserland*), pt. 33.

⁴³ EHRM 28 mei 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8914 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*), pt. 62; EHRM 18 december 1986, ECLI:NL:XX:1986:AC9627 (*Johnston/Ierland*), pt. 55-56.

⁴⁴ EHRM 27 oktober 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2238 (*Kroon/Nederland*), pt. 30.

⁴⁵ EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (*Marckx/België*), pt. 31.

⁴⁶ EHRM 26 mei 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0526JUD001696990 (*Keegan/Ierland*), pt. 45.

⁴⁷ EHRM 19 juni 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0619DEC004616599 (*Christian Nekvedavicius/Duitsland*), pt. The Law; EHRM 29 juni 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0629DEC002711095 (*Nylund/Finland*).

⁴⁸ EHRM 5 november 2002, ECLI:NL:XX:2002:AP0887 (*Yousef/Nederland*), pt. 51.

juridisch heeft erkend.⁴⁹ Het EHRM oordeelde dat het niet passend is om een minimale duur van gezamenlijk leven vast te stellen voordat sprake is van *'family life'*. Bij de beoordeling of sprake is van *'family life'* moet wel rekening worden gehouden met de kwaliteit van de band tussen ouder en kind en de omstandigheden van het geval.⁵⁰

Naast tussen kinderen en hun biologische ouders kan ook tussen een kind en de feitelijke opvoeder sprake zijn van *'family life'*, bijvoorbeeld in de relatie tussen een kind en de pleegouder.⁵¹ Het EHRM kijkt bij de beoordeling of er sprake is van *'family life'* tussen een kind en de feitelijke opvoeder naar de totale duur van de feitelijke verzorging, de kwaliteit van de relatie en de rol die de volwassene op zich neemt.⁵² Zo kan een beroep op *'family life'* worden gedaan als (bijvoorbeeld uit DNA-onderzoek) blijkt dat de juridische vader niet de biologische vader is.⁵³ Grootouders kunnen zich beroepen op *'family life'* tussen henzelf en hun kleinkind als hun kleinkind een periode bij hen woonde of wanneer de grootouders woonden in een appartement grenzend aan het huis van het kleinkind.⁵⁴ Is een kind eenmaal volwassen, dan kan geen beroep meer worden gedaan op *'family life'*, tenzij er sprake is van "additional factors of dependence, other than normal emotional ties", zoals de voor de verzorging noodzakelijke band tussen ouders en hun gehandicapte kind.⁵⁵

In uitzonderlijke gevallen kan het (initieel) aanwezige recht op eerbiediging van *'family life'* worden verbroken.⁵⁶ Zo kunnen gehuwden of levenspartners na echtscheiding geen beroep meer doen op *'family life'*.⁵⁷ Datzelfde geldt voor vaders die zich jarenlang schuldig hebben gemaakt aan (seksueel) misbruik van hun kind.⁵⁸ Wordt één van de ouders opgesloten in de gevangenis of gedeporteerd, dan verbreekt dit het recht op eerbiediging van *'family life'* niet.⁵⁹

3.1.2. Ontwikkelingen in het recht op eerbiediging van *'family life'*

In de afgelopen decennia heeft het EHRM in meer gevallen dan voorheen geoordeeld dat er sprake is van *'family life'* en daarmee inmenging op art. 8 lid 1 EVRM. In 2001 werd in *Mata Estevez tegen Spanje* nog geoordeeld dat tussen paren van hetzelfde geslacht geen sprake is van *'family life'*. Negen jaar later oordeelde het EHRM in *Schalk en Kopf tegen Oostenrijk* dat er tussen paren van hetzelfde geslacht wel sprake is van *'family life'*.⁶⁰ Volgens het EHRM omdat sinds het arrest uit 2001 "a considerable number of member States have afforded legal recognition to same-sex couples".⁶¹ Dat sprake is van *'family life'* tussen mensen van hetzelfde geslacht werd bevestigd in *P.B. & J.S. tegen Oostenrijk* en *X tegen Oostenrijk*.⁶²

⁴⁹ EHRM 18 mei 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY1277 (*Rózański/Polen*), pt. 64.; EHRM 13 januari 2004, ECLI:NL:XX:2004:A05422 (*Haas/Nederland*), pt. 42.; EHRM 24 februari 1995, ECLI:NL:XX:1995:AD2307 (*McMichael/Verenigd Koninkrijk*), pt. 90.

⁵⁰ EHRM 24 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812 (*Paradiso en Campanelli/Italië*), pt. 153.

⁵¹ EHRM 9 september 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0409JUD007293110 (*V.D. en anderen/Rusland*), pt. 93.

⁵² EHRM 27 april 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN2897 (*Moretti en Bernadetti/Italië*), pt. 48.

⁵³ EHRM 16 juli 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0716JUD003943813 (*Nazarenko/Rusland*), pt. 58.

⁵⁴ EHRM 9 juni 1998, ECLI:NL:XX:1998:BL8275 (*Bronda/Italië*), pt. 51.; EHRM 20 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0120JUD000010710 (*Manuello en Nevi/Italië*), pt. 50.

⁵⁵ EHRM 13 december 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC3348 (*Emonet/Zwitserland*), pt. 37.

⁵⁶ EHRM 21 juni 1988, ECLI:NL:XX:1988:AD0368 (*Berrehab/Nederland*), pt. 21.

⁵⁷ EHRM 26 maart 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:0326JUD001208386 (*Beldjoudi/Frankrijk*), pt. 76; EHRM 10 april 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY0527 (*Cömert/Denemarken*), pt. The Law.

⁵⁸ EHRM 10 april 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY0527 (*Cömert/Denemarken*), pt. The Law.

⁵⁹ EHRM 7 augustus 1996, ECLI:NL:XX:1996:AD4438 (*C./België*), pt. 25.

⁶⁰ EHRM 10 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0510DEC005650100 (*Mata Estevez/Spanje*), pt.; EHRM 24 juni 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN6276 (*Schalk en Kopf/Oostenrijk*), pt. 93-94.

⁶¹ EHRM 24 juni 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN6276 (*Schalk en Kopf/Oostenrijk*), pt. 93.

⁶² EHRM 22 juli 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN6280 (*P.B. & J.S./Oostenrijk*), pt. 29-30; EHRM 19 februari 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007 (*X/Oostenrijk*), pt. 95.

Is binnen een langdurige relatie tussen twee mensen van hetzelfde geslacht sprake van een geboren kind (waarvan één van de ouders de biologische ouder is), dan is er sprake van *'family life'*.⁶³ Uit *Paradiso en Campanelli* volgt dat ook sprake van *'family life'* kan zijn als wensouders niet de biologische ouders zijn van een uit draagmoederschap geboren kind.⁶⁴ In een niet-ontvankelijkheidsbeslissing, die drie jaar na *Paradiso en Campanelli* werd gepubliceerd, oordeelde het EHRM dat voor de beoordeling of sprake is van *'family life'* tussen niet-biologische wensouders en hun kind, moet worden gekeken of er nauwe persoonlijke banden zijn tussen het kind en de wensouders en of de wensouders de rol van ouders op zich hebben genomen.⁶⁵

3.1.3. Recht op eerbiediging van *'family life'* en het stichten van een gezin

Nu duidelijk is wat de kaders zijn van het recht op eerbiediging van *'family life'* en hoe dit zich heeft ontwikkeld in de afgelopen twee decennia, wordt onderzocht of art. 151b lid 2 onder b Sr een inmenging is op het recht op eerbiediging van *'family life'*, zoals bepaald in art. 8 lid 1 EVRM.

Het antwoord op deze vraag volgt niet uit de verdragstekst ("Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence"), maar uit de door de Raad van Europa uitgegeven toelichting op de verdragstekst. Daarin wordt gesteld dat het bij *'family life'* niet gaat om het stichten van een gezin, maar om de eerbiediging van een bestaand gezin, "or at the very least the potential relationship between, for example, a child born out of wedlock and his or her natural father, or the relationship that arises from a genuine marriage, even if family life has not yet been fully established, or the relationship between a father and his legitimate child even if it proves, years later, to have had no biological basis".⁶⁶ Dat er geen recht bestaat op het stichten van een gezin met als doel het krijgen van kinderen, blijkt ook uit jurisprudentie. Zo oordeelde het EHRM in *Moretti en Benedetti tegen Italië* met een verwijzing naar de zaak *E.B. tegen Frankrijk* dat art. 8 EVRM niet het recht geeft om een gezin te stichten of het recht tot adoptie waarborgt.⁶⁷ Eerder oordeelde het EHRM in *Marckx tegen België* dat het recht op eerbiediging van *'family life'* uitgaat van een bestaand gezin of de potentiële relatie tussen de vader en zijn buitenechtelijk kind.⁶⁸

De toelichting op art. 8 EVRM is in lijn met de jurisprudentie en verdragstekst van art. 12 EVRM. In art. 12 EVRM is het recht bepaald om te huwen en een gezin te stichten. In een niet-ontvankelijkheidsverklaring bepaalde het EHRM dat de woorden "to found a family" in art. 12 EVRM niet (los) kunnen worden gelezen als het recht om een gezin te stichten: "The Court notes that the right to have grandchildren or the right to procreation is not covered by Article 12 or any other Article of the Convention".⁶⁹

Nu uit de voorgaande uiteenzetting over de verdragstekst en jurisprudentie blijkt dat het recht op eerbiediging van *'family life'* uitgaat van een bestaand gezin én er geen recht bestaat op het stichten van een gezin, moet worden geconcludeerd dat de strafbaarstelling, in de zin van art. 151b Sr, geen inmenging is op het recht op eerbiediging van *'family life'*, zoals bepaald in art. 8 lid 1 EVRM, omdat art. 151b lid 2 onder b Sr ziet op de preconceptiefase, waarin nog geen gezin is gesticht.

⁶³ EHRM 15 maart 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW7989 (*Gas en Dubois/Frankrijk*), pt. 37.

⁶⁴ EHRM 24 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812 (*Paradiso en Campanelli/Italië*), pt. 98.

⁶⁵ EHRM 22 mei 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0522DEC002702517 (*Antkowiak en Antkowiak/Polen*), pt. 62.

⁶⁶ Council of Europe/European Court of Human Rights 2021, p. 65.

⁶⁷ EHRM 27 april 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0427JUD001631807 (*Moretti en Bernadetti/Italië*), pt. 47; EHRM 22 januari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0122JUD004354602 (*E.B./Frankrijk*).

⁶⁸ EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (*Marckx/België*), pt. 31; EHRM 29 juni 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0629DEC002711095 (*Nylund/Finland*), pt. 3.

⁶⁹ EHRM 6 maart 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0306DEC006791401 (*Šijakova e.a./Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), pt. The Law.

3.2. Artikel 8 EVRM en het recht op eerbiediging van ‘private life’

Nu duidelijk is dat de strafbaarstelling op het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf hiertoe aanbieden (art. 151b lid 2 onder b Sr) geen inmenging is op het recht op eerbiediging van ‘family life’, wordt onderzocht of de strafbaarstelling een inmenging is op het recht op eerbiediging van ‘private life’, zoals dit ook is bepaald in art. 8 lid 1 EVRM. Aanleiding hiervoor is de toelichting op de verdragstekst van art. 8 EVRM. Hierin is vermeld dat “however, where family life is not found, Article 8 may still be applicable under its private life head”.⁷⁰ Allereerst wordt hieronder uiteengezet wat het recht op eerbiediging van ‘private life’ inhoudt. Daarna wordt onderzocht of art. 151b lid 2 onder b Sr een inmenging is op recht op eerbiediging van ‘private life’.

3.2.1. Recht op eerbiediging van ‘private life’ en het krijgen van kinderen

Het recht op eerbiediging van ‘private life’ kan niet uitputtend worden beschreven.⁷¹ Het recht omvat de fysieke en psychologische integriteit van een persoon en “can therefore embrace multiple aspects of the person’s physical and social identity”.⁷² Het recht op privéleven beschermt het recht op persoonlijke ontplooiing (zowel qua persoonlijkheid als qua persoonlijke autonomie) en het recht om anderen te benaderen om relaties met hen en de buitenwereld aan te gaan.⁷³ Het recht op eerbiediging van ‘private life’ “incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent”, waarmee sinds het *Evans*-arrest uit 2007 tevens duidelijk is dat het recht bestaat om zelf te beslissen om wel of niet een ouder te worden.⁷⁴ Met het uit *Evans* voortvloeiende recht, wordt volgens het EHRM een belangrijk facet van het bestaan van de identiteit van het individu geraakt.⁷⁵ In 2010 oordeelde het EHRM specifiek dat uit het recht op eerbiediging van ‘private life’ het recht volgt om ‘genetisch ouder’ te worden.⁷⁶ Ouders hebben bij het krijgen van een kind een zekere mate van vrijheid in de uitoefening daarvan: “The notion of personal autonomy is a fundamental principle underlying the interpretation of the guarantees of Article 8”.⁷⁷ Medische ondersteuning wordt beschermd door art. 8 EVRM “as such a choice is an expression of private and family life”.⁷⁸ Gesteld kan daarom worden dat uit het recht op eerbiediging van ‘private life’ het recht op voortplanting volgt.⁷⁹ Het EHRM lijkt daarmee impliciet het eigen oordeel hierover te hebben herzien, nadat het in 2003 nog oordeelde dat “the right to procreation is not covered by (...) any (...) Article of the Convention”.⁸⁰ Specifiek oordeelde het EHRM ook dat als gebruik wordt gemaakt van een gedoneerde ei- of spermacel, sprake is van een inmenging op art. 8 EVRM.⁸¹ In 2018 oordeelde het EHRM dat kinderen die buiten de lidstaat met hulp van een draagmoeder zijn geboren, in het land van hun wensouders recht hebben eerbiediging van zowel hun ‘private’ als ‘family life’.⁸²

⁷⁰ Council of Europe/European Court of Human Rights 2021, p. 65.

⁷¹ EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088 (*Niemietz/Duitsland*), pt. 29; EHRM 28 januari 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0128JUD004464798 (*Peck/Verenigd Koninkrijk*), pt. 57.

⁷² EHRM 25 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911 (*Denisov/Oekraïne*), pt. 95.

⁷³ EHRM 5 september 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608 (*Bărbulescu/Roemenië*), pt. 71.

⁷⁴ EHRM 10 april 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA6786 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*), pt. 71.

⁷⁵ EHRM 4 december 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC1884 (*Dickson/Verenigd Koninkrijk*), pt. 78.

⁷⁶ EHRM 15 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905 (*A, B en C/Ierland*), pt. 212.

⁷⁷ EHRM 14 maart 2011, ECLI:CE:ECHR:2010:1214JUD006754509 (*Ternovszky/Hongarije*), pt. 22.

⁷⁸ EHRM 3 november 2011, ECLI:NL:XX:2011:BV3399 (*S.H. en anderen/Oostenrijk*), pt. 82.

⁷⁹ Bosch, *FJR* 2012/55, pt. 4.

⁸⁰ EHRM 6 maart 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0306DEC006791401 (*Šijakova e.a./Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*), pt. The Law.

⁸¹ EHRM 3 november 2011, ECLI:NL:XX:2011:BV3399 (*S.H. en anderen/Oostenrijk*), pt. 87; Bosch 2012, *FJR* 2012/55, pt. 4.

⁸² Shuilleabháin, *International Journal of Law, Policy and The Family* 2018, p. 106; EHRM 26 June 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211 (*Menesson/Frankrijk*).

3.2.2. Recht op eerbiediging van 'private life' en draagmoederschap

Over het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf hiertoe aanbieden in relatie tot art. 8 EVRM heeft het EHRM zich nog niet uitgesproken. Daarom wordt onderzocht of art. 151b lid 2 onder b Sr een inmenging is op het recht op eerbiediging van 'private life' (art. 8 lid 1 EVRM). Dit zal in het hiernavolgende worden gedaan door een situatie te onderzoeken, die op basis van feitelijkheden nauw aansluit bij de situatie van wensouders en draagmoeders, zoals beschreven in art. 151b lid 2 onder b Sr en waarover wel jurisprudentie en literatuur bestaat.

Feitelijk is de situatie van wensouders die een draagmoeder zoeken als volgt: zij willen zich voortplanten en hebben daarvoor (in bepaalde gevallen) een gedoneerde ei- en/of zaadcel en een draagmoeder nodig, die een IVF-behandeling ondergaat. Hun situatie lijkt sterk op die van andere wensouders, die weliswaar geen draagmoeder zoeken, maar wel een gedoneerde ei- en/of zaadcel nodig hebben voor de voortplanting en daarvoor ook een IVF-behandeling ondergaan.⁸³

Over de situatie waarin voor de voortplanting gebruik wordt gemaakt van een gedoneerde ei- of zaadcel en een IVF-behandeling heeft het EHRM zich in *S.H. en anderen tegen Oostenrijk* uitgesproken. Volgens het EHRM valt kunstmatige voorplanting binnen het bereik van art. 8 lid 1 EVRM en was het nationale verbod op het gebruik van gedoneerde ei- of zaadcellen een inmenging op dit artikel.⁸⁴ Het EHRM bepaalde specifiek dat een algeheel verbod op het gebruik van ei- en zaadcellen onevenredig is, "unless, after careful reflection, it was deemed to be the only means of effectively preventing serious repercussions".⁸⁵ Het arrest roept de vraag op of art. 8 EVRM "ook het positieve recht voor infertiele koppels omhelst om gebruik te maken van vruchtbaarheidstechnieken, waarbij geslachtscellen van een derde persoon worden gebruikt".⁸⁶ De vraag kan worden gezien als een verdieping op de vaststelling dat art. 8 EVRM ook positieve verplichtingen voor staten omvat.⁸⁷ Zo moeten staten zich niet alleen onthouden van ongerechtvaardigde inmenging in bestaand gezinsleven van kinderen en ouders, maar dit via wettelijke regelingen ook waarborgen.⁸⁸

Nu een vergelijking kan worden gemaakt met wensouders die voor de voortplanting om medische reden gebruikmaken van gedoneerde zaad- en/of eicel (en een IVF-behandeling) en beperkende wetgeving hierover een inmenging is op art. 8 lid 1 EVRM, kan naar mijn idee niet anders worden geconcludeerd dan dat wetgeving over de inzet van een draagmoeder én een gedoneerde ei- en/of zaadcel (en een IVF-behandeling), ook een inmenging is op art. 8 lid 1 EVRM. Hiervoor is ondersteuning te vinden in het *Evans*-arrest, waaruit volgt dat het recht op eerbiediging van het privéleven ook het recht inhoudt om een ouder te worden, het *Ternovszky*-arrest, waarin is bepaald dat ouders een zekere mate van vrijheid hebben in de uitoefening van dit recht en *S.H. en anderen tegen Oostenrijk*, waarin is bepaald dat hierbij medische ondersteuning mag worden gebruikt.⁸⁹ In al deze zaken was sprake van inmenging op art. 8 lid 1 EVRM. Daarom stel ik dat art. 151b lid 2 onder b Sr ook een inmenging is op art. 8 lid 1 EVRM.

⁸³ Is sprake van een gedoneerde ei- of zaadcel, dan is één van de wensouders genetisch ouder. Is sprake beide, dan zijn de wensouders niet-genetisch ouder. Hoewel niet-genetisch wensouderschap mogelijk interessant is ga ik hier niet verder op in omdat wensouders meestal de wens hebben om een genetisch eigen kind te krijgen; Blauwhoff, *FJR* 2019/51, p. 233-234.

⁸⁴ EHRM 3 november 2011, ECLI:NL:XX:2011:BV3399 (*S.H. en anderen/Oostenrijk*), pt. 82 & 87. Opgemerkt moet worden dat het EHRM in deze zaak wel oordeelde dat het recht beperkt mag worden gezien de controversie in de lidstaat.

⁸⁵ EHRM 3 november 2011, ECLI:NL:XX:2011:BV3399 (*S.H. en anderen/Oostenrijk*), pt. 76.

⁸⁶ Bosch, *FJR* 2012/55, pt. 4.

⁸⁷ White & Ovey 2010, p. 338.

⁸⁸ Cammu & Vonk, *NTM/NJCM-Bull.* 2021/4, p. 389-390; European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe 2015, p. 76.

⁸⁹ EHRM 10 april 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA6786 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*), pt.71; EHRM 14 maart 2011, ECLI:CE:ECHR:2010:1214JUD006754509 (*Ternovszky/Hongarije*), pt. 22; EHRM 3 november 2011, ECLI:NL:XX:2011:BV3399 (*S.H. en anderen/Oostenrijk*), pt. 82.

4. Beperking van het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven

Nu is betoogd dat art. 151b lid 2 onder b Sr een inmenging is op het recht op eerbiediging van *'private life'*, wordt in dit hoofdstuk onderzocht of deze beperking de juridische toets van art. 8 lid 2 EVRM kan doorstaan. Hiervoor wordt een drietal vragen beantwoord. Ten eerste moet duidelijk worden of de beperking bij wet is voorzien (*'accordance with the law'*). Vervolgens moet worden vastgesteld of er een legitiem doel (*'legitimate aim'*) is waardoor de beperking is geoorloofd en als laatste moet worden vastgesteld of de beperking dringend noodzakelijk is in een democratische samenleving (*'necessary in a democratic society'*). Worden al deze vragen met 'ja' beantwoord, dan is sprake van een toegestane inbreuk op art. 8 lid 1 EVRM. Is dit niet het geval, dan is de strafbaarstelling van art. 151b lid 2 onder b Sr in strijd met art. 8 EVRM. Uit art. 94 Gw volgt dat de nationale wetgeving dan niet van toepassing is. Voordat deze voorwaarden worden behandeld wordt opgemerkt dat de voorwaarden cumulatief zijn. Dat betekent dat de rechter bij de beoordeling niet verder hoeft te gaan wanneer één van de voorwaarden met 'nee' wordt beantwoord.⁹⁰ Na elkaar worden nu de drie voorwaarden behandeld en wordt art. 151b lid 2 onder b Sr getoetst.⁹¹

4.1. Bij wet voorzien

De eerste toetsingsvoorwaarde uit art. 8 lid 2 EVRM is dat de beperking bij wet moet zijn voorzien (*'accordance with the law'*). Specifiek moet worden vastgesteld dat de strafbaarstelling van het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf daartoe aanbieden 'voorzien is in het recht'.⁹² Ook moet de wet toegankelijk (*'accessible'*) en voorzienbaar (*'foreseeable'*) zijn.⁹³ Aan het eerste criterium wordt voldaan omdat de strafbaarstelling een grondslag heeft in de wet, namelijk in art. 151b lid 2 onder b Sr. Aan het toegankelijkheids criterium wordt volgens het EHRM voldaan als de wet is gepubliceerd.⁹⁴ Ook hieraan is voldaan. Aan het criterium van voorzienbaarheid wordt voldaan als de burger van tevoren met enige zekerheid kan voorspellen wanneer de beperking kan worden opgelegd.⁹⁵ Bovendien moet de wet met voldoende precisie aangeven welke juridische consequenties de gedraging heeft.⁹⁶ Ook aan dit criterium is voldaan nu uit art. 151b lid 2 onder b jo. art. 151b lid 1 Sr blijkt dat op het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf hiertoe aanbieden een gevangenisstraf van maximaal een jaar of een boete van de vierde categorie staat. Geconcludeerd kan worden dat aan de voorwaarde 'bij wet voorzien' is voldaan.

4.2. Legitiem doel

De tweede voorwaarde waaraan moet worden voldaan is dat de beperking een in art. 8 lid 2 EVRM genoemd legitiem doelt dient. Concreet gaat het dan om de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en

⁹⁰ Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2017, p. 111.

⁹¹ Voor de leesbaarheid worden de onderdelen van deze voorwaarden in dit hoofdstuk hoofd- of deelcriteria genoemd.

⁹² Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2017, p. 112.

⁹³ EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times*), pt. 49; Lanotte, Vande en Haeck 2005, p. 123.

⁹⁴ EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*), pt. 44.

⁹⁵ Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2017, p. 112.

⁹⁶ Altena 2016, pt. 5.5.1.

vrijheden van anderen. Opgemerkt wordt dat het EHRM vrij snel één van deze criteria accepteert, omdat pas bij de noodzakelijkheidstoets wordt beoordeeld of het gestelde legitieme doel geschikt is.⁹⁷ Het komt in de praktijk nauwelijks voor dat het EHRM het betreffende legitieme doel in twijfel trekt; vrijwel altijd wordt het doel als vanzelfsprekend aanvaard.⁹⁸ Bovendien worden door het EHRM niet de overige aangevoerde legitieme doelen beoordeeld als blijkt dat één legitiem doel van toepassing is. De toetsing van andere criteria vindt pas plaats als duidelijk is dat het aangevoerde criterium niet de proportionaliteitstoets doorstaat.⁹⁹ Er kan dus worden gesteld dat deze tweede voorwaarde slechts licht wordt getoetst en dat al snel de geldigheid wordt aangenomen.

Om te bepalen of art. 151b lid 2 onder b Sr een legitiem doel uit art. 8 lid 2 EVRM dient, is onderzocht of deze in de Memorie van Toelichting van dit artikel kan worden gevonden. In de Memorie van Toelichting betogen de toenmalige Minister en Staatssecretaris van Justitie dat draagmoederschap zoveel mogelijk moet worden voorkomen, omdat:

1. Dit zou leiden tot een verhoogd risico op emotionele problemen op langere termijn voor de moeder die het kind heeft gedragen, omdat zij afstand heeft gedaan van het kind;
2. Dit zou leiden tot een verhoogd risico tot identiteitsproblemen bij het kind dat is gedragen en afgestaan door de draagmoeder;
3. Het de mogelijkheid tot een hechtingsproces, dat zich mogelijk sinds de geboorte ontwikkelt, tussen moeder en kind doorkruist door hun scheiding;
4. Het risico zou bestaan dat wensouders in hun verwachtingen worden teleurgesteld of zelfs het kind niet willen accepteren, dan wel niet kunnen voldoen aan de hoge eisen die een goede ouder-kindrelatie vraagt.

De bewindslieden noemen draagmoederschap bovendien een “ongewenst verschijnsel”.¹⁰⁰ Gezien deze argumenten en de plaatsing van art. 151b Sr in het hoofdstuk ‘Misdriften tegen de openbare orde’ in het Wetboek van Strafrecht, lijkt het erop dat men met de bepaling heeft beoogd doelen te realiseren als het voorkomen van wanordelijkheden, de bescherming van de gezondheid, de goede zeden en/of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit laatste criterium heeft een groot bereik.¹⁰¹ Gesteld kan daarom worden dat ook aan de tweede voorwaarde kan worden voldaan.

4.3. Noodzakelijk in een democratische samenleving

De derde voorwaarde waaraan moet worden voldaan is dat de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving (*‘necessary in a democratic society’*). Hierbij wordt een afweging gemaakt tussen het grondrecht en het belang van de beperking. Voor deze afweging heeft het EHRM twee hoofdcriteria ontwikkeld. Aangetoond moet worden dat de beperking dringend noodzakelijk is in een democratische samenleving (*‘pressing social need’*) en dat de deze *‘relevant and sufficient’* is.¹⁰² Hierna worden de hoofd- en deelcriteria van deze derde beperkingsvoorwaarde behandeld.

⁹⁷ Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2017, p. 114.

⁹⁸ Haeck 2009, p.62.

⁹⁹ Schokkenbroek 1996, p. 188-189.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 1990/91, 21968, 3, p. 1-2.*

¹⁰¹ Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2017, p. 115.

¹⁰² Arai-Takahashi 2002, p. 11-12.

4.3.1. Noodzakelijkheid

4.3.1.1. Inleiding op de noodzakelijkheidstoets

Het eerste hoofdcriterium van de derde beperkingsvoorwaarde is dat de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het begrip ‘democratische samenleving’ is niet door het EHRM gedefinieerd, maar wordt gezien als een centrale waarde binnen de Europese openbare orde.¹⁰³ Het EHRM heeft de voorwaarden bepaald in *Handyside tegen het Verenigd Koninkrijk*.¹⁰⁴ Zo moet sprake zijn van pluralisme, wat volgens het EHRM eerbiediging van de klassieke mensenrechten, zoals vrijheid van geweten, gedachte, godsdienst en meningsuiting behelst.¹⁰⁵ Pluralisme gaat ook om eerbiediging van de ‘Rule of Law’ en het bevorderen van sociale cohesie door erkenning en respect voor culturele diversiteit.¹⁰⁶ Het EHRM oordeelt dat in sommige gevallen het individuele belang ondergeschikt is aan dat van een groep, maar dat dit niet betekent dat de mening van de meerderheid altijd boven die van de minderheid gaat; voor machtsmisbruik is geen plaats.¹⁰⁷ Naast pluralisme zijn tolerantie en ruimdenkendheid voorwaarden voor een democratische samenleving.¹⁰⁸

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is inmenging in een grondrecht pas gerechtvaardigd als hiervoor (in een democratische samenleving) een dringende maatschappelijk behoefte (*‘pressing social need’*) bestaat.¹⁰⁹ De inmenging (een handeling, maatregel of norm) moet meer dan wenselijk of redelijk zijn, of anders gesteld: “men zou dat zo uit kunnen leggen dat het met de inmenging te beschermen rechtsgoed minstens een bepaald gewicht zou moeten hebben en/of het ingrijpen minstens een bepaalde urgentie zou moeten hebben. De lat zou wat dat betreft hoger liggen dan bij een redelijkheidstoets en lager dan bij een strikte noodzakelijkheidstoets”.¹¹⁰ Het EHRM heeft bepaald dat ‘noodzakelijk’ niet hetzelfde betekent als ‘onontbeerlijk’ of ‘essentieel’, zoals vermeld in art. 2 EVRM, of *‘strictly required’* als in art. 15 EVRM.¹¹¹ Lidstaten hebben zelf een beoordelingsruimte (*‘margin of appreciation’*) waarbinnen zij mogen bepalen of de beperking gerechtvaardigd is. De grootte van de beoordelingsruimte hangt af van drie factoren: de aard van het door het EVRM gegarandeerde vrijheidsrecht, het doel van de inperking van het vrijheidsrecht en het al dan niet aanwezig zijn van een Europese consensus.¹¹² Primair is de reden hiervoor dat lidstaten, door hun directe en voortdurende contact met hetgeen in hun land gebeurt, beter dan het EHRM zouden kunnen beoordelen of de beperking noodzakelijk is. Subsidiar is dit omdat lidstaten door het subsidiariteitsbeginsel in beginsel zelfstandig moeten beoordelen of er sprake is van een schending van het EVRM. De beoordelingsruimte verschilt per grondrecht, maar is in het geval van art. 8 EVRM, als het gaat om een inmenging op het recht op eerbiediging van *‘private and family life’*, in beginsel ruim.¹¹³ Specifiek bepaalde het EHRM in *Evans* dat de beoordelingsruimte beperkt is “where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake”, maar dat deze ruimer is als “there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the

¹⁰³ Lanotte, Vande en Haeck 2005, p. 140.

¹⁰⁴ EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), pt. 49-50.

¹⁰⁵ EHRM 25 mei 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0525JUD001430788 (*Kokkinakis/Griekenland*), pt. 31; EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), pt. 49.

¹⁰⁶ EHRM 21 februari 1975, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*), pt. 34; EHRM 13 februari 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0213JUD004134098 (*Refah Partisi (Welvaartspartij) e.a./Turkije*), pt. 87.

¹⁰⁷ EHRM 13 augustus 1981, ECLI:CE:ECHR:1981:0813JUD000760176 (*Young, James en Webster/Verenigd Koninkrijk*), pt. 63.

¹⁰⁸ EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), pt. 49-50.

¹⁰⁹ EHRM 5 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2010:0610JUD000030202 (*Church of Scientology Moscow/Rusland*), pt. 75.

¹¹⁰ Nieuwenhuis, *NTM/NCJM-Bull* 2014/1, p. 21.

¹¹¹ Nieuwenhuis, *NTM/NJCM-Bull* 2014/1, p. 9.

¹¹² Council of Europe, ‘The Margin of Appreciation’, *Council of Europe. Judicial Professions. The Lisbon Network* (online publiek), https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/ECHR/Paper2_en.asp.

¹¹³ Nieuwenhuis 2005, p. 50; Arai-Takahashi 2002, p. 60-148.

relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues". De beoordelingsruimte wordt ruim geacht als "the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights".¹¹⁴ Dit werd bevestigd in *S.H. en anderen tegen Oostenrijk*, waarin het EHRM oordeelde dat een verbod op het gebruik van gedoneerde ei- en zaadcellen een inmenging op art. 8 lid 1 EVRM is, maar dat de ruime beoordelingsruimte van de lidstaat deze beperking rechtvaardigt. De beoordelingsruimte werd in deze zaak ruim geacht vanwege de "sensitive moral and ethical issues against a background of fast-moving medical and scientific developments, and since the questions raised by the present case touch on areas where there is not yet clear common ground among the member States".¹¹⁵

4.3.1.2. *Beoordelingsruimte: groot of beperkt bij draagmoederschap?*

Voordat onderzocht kan worden of sprake is van een 'pressing social need', die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt, moet eerst worden onderzocht of de beperking binnen de beoordelingsruimte van het EHRM of de lidstaten valt. Achtereenvolgens worden de aard van het door het EVRM gegarandeerde vrijheidsrecht, het doel van de inperking van het vrijheidsrecht en het al dan niet aanwezig zijn van een Europese consensus onderzocht.

De aard van het grondrecht ligt in het doel om het individu te beschermen tegen willekeurige inmenging van de overheid in zijn privéleven.¹¹⁶ Uit eerder besproken jurisprudentie blijkt dat uit art. 8 lid 1 EVRM het recht volgt om genetisch ouder te worden, waarbij wensouders in beginsel de vrijheid hebben om te bepalen hoe zij dit doen en of zij hiervoor gebruik maken van medische hulpmiddelen. Dit recht kan echter worden beperkt. Dit wordt in casu gedaan in art. 151b lid 2 onder b Sr met als doel het voorkomen van wanordelijkheden, de bescherming van de gezondheid, de goede zeden en/of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Om te bepalen hoe groot de beoordelingsruimte voor lidstaten is, dient als laatste onderzocht te worden of er Europese consensus bestaat over draagmoederschap en de strafbaarstelling van het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf daartoe aanbieden. Wat hierbij direct opvalt is dat er nauwelijks Europese landen zijn die wetgeving hebben over altruïstisch draagmoederschap. Wel is in veel Europese landen commercieel draagmoederschap verboden.¹¹⁷ In Europa bestaat alleen in Griekenland wetgeving rondom altruïstisch draagmoederschap.¹¹⁸ Verder blijkt dat in negen van de 47 verdragsstaten draagmoederschapsconstructies toelaatbaar worden geacht en dat in tien staten deze constructies worden gedoogd.¹¹⁹ Er kan daarom worden gesteld dat er geen Europese consensus is over draagmoederschap, wat voor lidstaten een ruime beoordelingsruimte zou betekenen. Dit ligt in lijn met *S.H. en anderen tegen Oostenrijk*, waarin het EHRM oordeelde dat lidstaten een ruime beoordelingsruimte hebben rond IVF-aangelegenheden omdat dit rechtsgebied onderhevig is aan bijzonder dynamische ontwikkelingen.¹²⁰ Dit hoeft echter niet uitsluitend te betekenen dat de beoordelingsruimte van lidstaten onbeperkt is. Zo bepaalde het EHRM in *Dickson tegen het Verenigd Koninkrijk* (een zaak die draaide om de mogelijkheid tot genetisch ouderschap)

¹¹⁴ EHRM 10 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905 (*Evans/het Verenigd Koninkrijk*), pt. 77.

¹¹⁵ EHRM 3 november 2011, ECLI:NL:XX:2011:BV3399 (*S.H. en anderen/Oostenrijk*), pt. 97.

¹¹⁶ EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088 (*Niemietz/Duitsland*), pt. 34; EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (*Marckx/België*), pt. 31.

¹¹⁷ Bosch, *FJR* 2012/55, pt. 2.

¹¹⁸ Van Beers & Bosch, *NJ* 2021/38, p. 3182.

¹¹⁹ Blauwhoff, *FJR* 2019/51, p. 235.

¹²⁰ EHRM 3 november 2011, ECLI:NL:XX:2011:BV3399 (*S.H. en anderen/Oostenrijk*), pt. 118.

dat als iemands bestaansrecht of identiteit in het geding is, de beoordelingsruimte voor nationaal beleid beperkter zal zijn.¹²¹ Tot eenzelfde oordeel kwam het EHRM in het *Evans*-arrest.¹²²

Nu over draagmoederschap enerzijds geen consensus is (wat een ruime beoordelingsruimte zou betekenen), maar een verbod op deze manier van voortplanting anderzijds in beginsel ingrijpt op iemands bestaansrecht of identiteit (wat een beperkte(re) beoordelingsruimte zou betekenen), moet een afweging worden gemaakt om te bepalen hoe groot de beoordelingsruimte is. *S.H. en anderen tegen Oostenrijk* kan daarbij als startpunt voor de beoordeling dienen. In deze zaak oordeelde het EHRM dat een algeheel verbod op zaad- en eiceldonatie onevenredig is, maar dat aan het streven van wensouders om ouders te worden wel voorwaarden mogen worden verbonden.¹²³ In lijn met dit oordeel stel ik dat een strafbaarstelling, die draagmoederschap in algemene zin belemmert (zoals art. 151b lid 2 onder b Sr), onevenredig is, maar dat naar het in het openbaar zoeken van een draagmoeder of het zichzelf hiertoe aanbieden, wel regels mogen worden verbonden.¹²⁴ Anders dan in *S.H. en anderen tegen Oostenrijk*, stel ik dat in een zaak over art. 151 b lid 2 onder b Sr, de beoordelingsruimte van lidstaten beperkt(er) is. Dit onderbouw ik met de arresten *Dickson* en *Evans*, waaruit volgt dat de beoordelingsruimte van een lidstaat beperkt(er) is, als dit ingrijpt in iemands bestaansrecht of identiteit; iets wat naar mijn idee het geval is als wensouders zich willen voortplanten (met hulp van een draagmoeder).¹²⁵ Bovendien zie ik over het thema draagmoederschap niet dezelfde controverse, die in *S.H. en anderen tegen Oostenrijk* de doorslag gaf voor een ruime beoordelingsruimte van lidstaten. Zo vind ik geen grote controverse over altruïstisch draagmoederschap. Enkel over commercieel draagmoederschap buiten Europa, waarbij enorme bedragen worden betaald en het lot van de draagmoeder onzeker is, bestaat discussie. Echter, deze discussie kan naar mijn idee worden beslecht door (medische en juridische) kosten voor altruïstisch draagmoederschap te vergoeden (vanuit de zorgverzekering).¹²⁶ Daarmee kom ik tot de conclusie dat in een zaak rond art. 151 b lid 2 onder b Sr de beoordelingsruimte van lidstaten beperkt is.

Was de beoordelingsruimte voor lidstaten ruim, dan had het EHRM zich in een voorliggende zaak terughoudend moeten opstellen.¹²⁷ Naar mijn idee is dit nu dus niet het geval. Overigens zal het EHRM, zelfs als lidstaten een ruime beoordelingsruimte hebben, op individuele basis een proportionaliteitstoets moeten uitvoeren bij een voorliggende zaak, waarbij individuele belangen worden afgewogen tegen algemene.¹²⁸ Ook vervalt het vereiste van een *'pressing social need'* niet als lidstaten een relatief ruime beoordelingsruimte hebben.¹²⁹

¹²¹ EHRM 4 december 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1204JUD004436204 (*Dickson/het Verenigd Koninkrijk*), pt. 78.

¹²² EHRM 10 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905 (*Evans/het Verenigd Koninkrijk*), pt. 71.

¹²³ Blauwhoff, *FJR* 2019/51, p. 234.

¹²⁴ Dat dit laatste mogelijk is blijkt uit het conceptwetsvoorstel Kind, draagmoeder en afstemming. Met de op handen zijnde nieuwe wet wil de wetgever een draagmoederschapsbank oprichten waarmee wensouders en draagmoeders met elkaar in contact kunnen komen. Tijdens dit proces wordt gezorgd voor screening, counseling en professionele voorlichting. Met de regeling wil de Minister voor Rechtsbescherming voorkomen dat een kind wordt gereduceerd tot handelswaar en er sprake kan zijn van uitbuiting van de draagmoeder; Concept MvT voorstel Kind, draagmoederschap en afstemming, p.17 & 40 *Internetconsultatie*, geraadpleegd op: 24 mei 2022; Van Beers & Bosch, *NJ* 2021/38, p. 3176.

¹²⁵ EHRM 4 december 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1204JUD004436204 (*Dickson/het Verenigd Koninkrijk*), pt. 78; EHRM 10 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905 (*Evans/het Verenigd Koninkrijk*), pt. 71.

¹²⁶ In dat geval is commercieel draagmoederschap (buiten Europa) vanwege de hoge kosten niet meer aantrekkelijk en wordt daarmee de kans op uitwassen beperkt. Om die uitwassen te beperken is een algehele strafbaarstelling voor het zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf daartoe aanbieden, veel te vergaand: dit zou de proportionaliteitstoets van art. 8 lid 2 EVRM naar mijn idee niet doorstaan.

¹²⁷ Jak & Vermont, *NCJM-Bull* 2007/2, p. 125.

¹²⁸ Hendriks & Den Houdijker, *NTM/NJCM-bull.* 2007/1, p. 405.

¹²⁹ Nieuwenhuis, *NTM/NJCM-Bull* 2014/1, p. 9.

4.3.1.3. *Pressing Social Need*

Nu de beoordelingsruimte van lidstaten in zaken rond draagmoederschap door mij beperkt wordt geacht en het EHRM zich in een eventuele zaak rond art. 151b lid 2 onder b Sr altijd op individuele basis moet uitspreken over de proportionaliteit van de maatregel, wordt nu onderzocht of er een '*pressing social need*' bestaat die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt. Dit onderzoek zal worden gedaan op basis van de argumenten uit de Memorie van Toelichting op de strafbaarstelling.¹³⁰

4.3.1.3.1. *Risico's voor de draagmoeder*

In de Memorie van Toelichting is het risico beschreven dat op langere termijn bij de draagmoeder emotionele problemen kunnen ontstaan door het afstaan van het kind.¹³¹ Onderzocht wordt of dit argument een '*pressing social need*' oplevert, die art. 151b lid 2 onder b Sr te rechtvaardigt.

De vraag of draagmoederschap op langere termijn emotionele problemen oplevert bij de draagmoeder was in het begin van de jaren '90 relevant omdat hier nauwelijks onderzoek naar was gedaan.¹³² De zorgen waren echter groot door een Amerikaanse rechtszaak uit 1985, waaruit bleek dat een draagmoeder ondanks een contract en betaling van \$ 10.000, niet het gedragen kind (waarvan zij genetisch moeder was) wilde afstaan aan de wensouders (waarvan de man genetisch vader was van het kind). De zaak was aanleiding voor een verbod op commercieel draagmoederschap in meerdere Amerikaanse staten en diverse landen.¹³³ Achteraf bleek de situatie niet representatief: het komt nauwelijks voor dat draagmoeders het kind niet willen afstaan.¹³⁴

Er wordt steeds meer onderzoek gedaan naar de gevolgen van draagmoederschap voor de draagmoeder. Uit een eerste langjarig onderzoek blijkt dat draagmoeders in ieder geval in de eerste tien jaar na de geboorte van het kind geen emotionele problemen ontwikkelen door het doen van afstand van het kind.¹³⁵ De uitkomsten zijn in lijn met soortgelijk kortdurend onderzoek, waaruit blijkt dat sommige draagmoeders kleine moeilijkheden melden in de eerste weken na de geboorte, maar dat deze na verloop van tijd afnemen.¹³⁶ Deze afname gaat zo snel dat uit onderzoek, uitgevoerd op zes en twaalf maanden na de geboorte, blijkt dat de meeste draagmoeders op dat moment geen psychologische problemen meer hebben.¹³⁷ Vergelijkbaar onderzoek, dat tien jaar eerder is uitgevoerd, liet eenzelfde beeld zien: van de 34 onderzochte draagmoeders bleek na één jaar één vrouw depressieve klachten te hebben.¹³⁸ Verder blijkt dat het contact tussen de draagmoeder en de juridische ouders in de eerste tien jaar na de geboorte vrijwel gelijk blijft, maar dat de intensiteit van contact met het kind soms vermindert. Een kwart van de draagmoeders bleek geen contact meer te hebben met het kind. Dit had geen gevolgen voor de psychologische gesteldheid of welzijn van de draagmoeder.¹³⁹

Met deze kennis kan worden beoordeeld of het risico op emotionele problemen bij de draagmoeder een '*pressing social need*' oplevert, die de strafbaarstelling van art. 151b lid 2 onder b rechtvaardigt. Concreet moet worden aangetoond dat de beperking meer dan wenselijk of redelijk is

¹³⁰ Gezien het feit dat het vierde argument in de MvT bestaat uit twee delen, zijn deze delen voor de leesbaarheid in deze scriptie gesplit in twee aparte paragrafen.

¹³¹ *Kamerstukken II 1990/91*, 21968, 3, p. 1.

¹³² Jadva, Imrie & Golombok, *Human Reproduction* 2015/30, p. 373.

¹³³ Golombok 2015, p. 117-118; Dit verbod is in een aantal Amerikaanse staten inmiddels weer opgeheven.

¹³⁴ Golombok 2015, p. 130.

¹³⁵ Jadva, Imrie & Golombok, *Human Reproduction* 2015/30, p. 377.

¹³⁶ Jadva e.a., *Human Reproduction* 2009/24, p. 1909-1919.

¹³⁷ Van den Akker, *Human Reproduction* 2007/22, p. 2287-2295; Jadva e.a., *Human Reproduction* 2009/24, p. 1909-1919.

¹³⁸ Jadva e.a., *Human Reproduction* 2003/18, p. 2196-2204.

¹³⁹ Jadva, Imrie & Golombok, *Human Reproduction* 2015/30, p. 377.

en dat ingrijpen door de overheid nodig is. Dit lijkt mij niet het geval, nu uit psychologisch onderzoek blijkt dat de meeste draagmoeders door het afstaan van het kind geen emotionele problemen ontwikkelen. Zelfs niet als er geen contact meer is tussen de draagmoeder en het kind.

4.3.1.3.2. Risico's voor het kind

Volgens de toenmalige minister en staatssecretaris van Justitie bestaat de kans dat een kind dat door een draagmoeder is afgestaan een verhoogd risico loopt op identiteitsproblemen.¹⁴⁰ Quik-Schuijt stelt zelfs dat het 'importeren van kinderen' strafbaar moeten worden gesteld en dat "ongewenste kinderloosheid niet in die mate zielig (is) dat deze mensen ongestraft mee zouden mogen werken aan mensenhandel".¹⁴¹ Volgens de oud-kinderrechter zouden draagmoeders tijdens de zwangerschap afstand nemen van het kind, wat invloed zou hebben op diens hersenontwikkeling. De overdracht van het kind na de bevalling zou traumatisch zijn. Volgens Quik-Schuijt voelt ieder "weldenkend mens (...) intuïtief aan dat draagmoederconstructies geen goede ontwikkeling zijn".¹⁴² Onderzocht wordt of dit een '*pressing social need*' oplevert, die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt.

Om de argumentatie van bewindslieden en Quik-Schuijt te toetsen heb ik gezocht naar onderzoek naar de gevolgen van draagmoederschap op identiteitsproblemen bij het kind. Onderzoek van Spar laat zien dat de emotionele gevolgen voor kinderen klein zijn wanneer zij geen genetische band hebben met de draagmoeder.¹⁴³ Dit sluit aan bij psychologisch onderzoek onder 10-jarigen, die zijn geboren uit draagmoederschap. Zij blijken neutraal of onverschillig tegenover draagmoederschap te staan.¹⁴⁴ Onderzoek onder een groep kinderen van 9 jaar oud, die op verschillende manieren, waaronder via draagmoederschap, zijn verwekt, laat zien dat de mate waarin zij last hebben van gedragsproblemen, aandachtstekortstoornissen, hyperactiviteit, angst, depressie en problemen met pro-sociaal gedrag, gelijk zijn aan algemene bevolkingsnormen.¹⁴⁵ Wordt gekeken naar een vergelijkbare situatie met kinderen die geboren zijn met hulp van een zaadcel donor, dan blijkt dat deze kinderen op adolescentieleeftijd zich op dezelfde manier hebben ontwikkeld als hun leeftijdsgenoten. Daarbij valt het op dat kinderen van lesbische moeders meer sociale, academische en totale competenties hebben.¹⁴⁶ Uit Nederlands onderzoek blijkt dat er geen significant verschil in zelfvertrouwen en probleemgedrag bestaat tussen kinderen waarvan de donor wel of niet bekend is.¹⁴⁷ Dit ligt in lijn met ander onderzoek waaruit blijkt dat voor het ontstaan van identiteitsproblemen niet de bekendheid van de donor, maar de geheimzinnigheid over de manier van verwekking een bepalende rol speelt.¹⁴⁸ Mogelijk zal deze geheimzinnigheid minder spelen bij kinderen die geboren zijn uit een draagmoeder, omdat bekend is dat ouders die kozen voor draagmoederschap opener hierover zijn tegen hun kinderen. Daarbij moet worden opgemerkt dat ouders, die gebruikmaakten van een draagmoederschap constructie, lang niet altijd het volledige

¹⁴⁰ Kamerstukken II 1990/91, 21968, 3, p. 1.

¹⁴¹ Quik-Schuijt, *FJR* 2001/102 (online publiek).

¹⁴² Quik-Schuijt, *FJR* 2001/102 (online publiek).

¹⁴³ Spar 2006, p. 80.

¹⁴⁴ Jadva e.a., *Human Reproduction* 2009/24, p. 1909-1919.

¹⁴⁵ Shelton e.a., *International Journal of Behavioral Development* 2009/33, p. 385-392.

¹⁴⁶ Gartrell & Bos 2010, *Pediatrics* 2010/126 p. 1-9; Van Rijn-Van Gelderen, Bos & Gartrell, *Journal of Adolescence* 2015/40, p. 65-73.

¹⁴⁷ Van Rijn-Van Gelderen, Gartrell & Bos, *Pedagogiek* 2018/38, p. 195.

¹⁴⁸ Daniels & Thorn, *Human Reproduction* 2001/16, p. 1794.

verhaal vertelden als de draagmoeder ook de genetische moeder is.¹⁴⁹ Er is nog geen onderzoek gedaan naar effecten van draagmoederschap op kinderen als zij volwassen zijn.¹⁵⁰

Bepaald moet nu worden of het risico op identiteitsproblemen een *'pressing social need'* oplevert, die art. 151b lid 2 onder b Sr te rechtvaardigt. Concreet moet worden aangetoond dat de beperking meer dan wenselijk of redelijk is en dat ingrijpen door de overheid nodig is. Nu voor zover bekend wetenschappelijk onderzoek nooit heeft aangetoond dat draagmoederschap bij grote groepen kinderen tot identiteitsproblemen leidt, moet worden geconcludeerd dat dit argument geen *'pressing social need'* oplevert, die de strafbaarstelling rechtvaardigt.

4.3.1.3.3. Doorkruising van mogelijkheid tot hechting tussen moeder en kind

Het derde argument voor de strafbaarstelling van het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf daartoe aanbieden is dat de scheiding na de geboorte de mogelijkheid tot hechting tussen de draagmoeder en het kind doorkruist.¹⁵¹ Dit argument is feitelijk juist, omdat het kind vrij snel na de geboorte wordt overdragen aan de wensouders. Het is echter de vraag of dit argument een *'pressing social need'* oplevert, die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt. Aangetoond moet namelijk worden dat hierdoor een probleem ontstaat en dat het voorkomen hiervan via een wettelijke beperking meer dan wenselijk of redelijk is. In de literatuur kan ik hiervoor geen urgentie vinden. Immers, uit eerder aangehaald onderzoek blijkt dat ook als er verminderd of zelfs geen contact is tussen de draagmoeder en het kind, dit niet leidt tot psychologische problemen bij de draagmoeder.¹⁵² Ook kinderen ervaren vrijwel geen identiteitsproblemen door de scheiding, zeker niet als er geen biologische verwantschap is.¹⁵³ Omgekeerd kan zelfs worden beredeneerd dat als een verbod op draagmoederschap wegens scheiding tussen draagmoeder en kind een *'pressing social need'* oplevert, die het bestaan van art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt, dit ook een verbod op andere vormen ouderschap (specifiek: niet-biologisch ouderschap zoals adoptie, co-ouderschap en pleegouderschap) zou moeten betekenen. Nu een verbod op niet-biologisch ouderschap niet bestaat (en het niet voor de hand ligt dat er een dergelijk verbod komt), ligt het ook niet voor de hand dat de doorkruising van de mogelijkheid tot hechting tussen moeder en kind, een *'pressing social need'* is, die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt.

4.3.1.3.4. Teleurstelling of non-acceptatie van het kind

Volgens de toenmalige minister en staatssecretaris van Justitie bestaat het risico dat wensouders in hun verwachtingen worden teleurgesteld of zelfs het kind niet accepteren.¹⁵⁴ Onderzocht wordt of dit argument een *'pressing social need'* oplevert, die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt.

Er lijkt geen wetenschappelijk onderzoek voorhanden te zijn dat aantoonde dat wensouders teleurgesteld zijn na de geboorte van hun kind. Omgekeerd laten meerdere onderzoeken zien dat wensouders die gebruikmaakten van draagmoederschap een groter psychologisch welzijn en een grotere aanvaarding van het ouderschap vertonen dan ouders die hun kind via natuurlijke conceptie kregen. Ook rapporteerden zij lagere stresslevels dan ouders die via natuurlijke wijze hun kind kregen, toonden zij meer warmte en 'gehechtheidsgerelateerd gedrag' en meer plezier in het

¹⁴⁹ Golombok 2015, p. 132.

¹⁵⁰ Golombok 2015, p. 133.

¹⁵¹ *Kamerstukken II 1990/91, 21968, 3, p. 1.*

¹⁵² Jadva, Imrie & Golombok, *Human Reproduction* 2015/30, p. 377.

¹⁵³ Spar 2006, p. 80.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II 1990/91, 21968, 3, p. 1.*

ouderschap. Vaders die gebruikmaakten van draagmoederschap bleken meer tevreden over hun ouderrol. Het enige minpunt dat onderzoekers vonden, was dat wensouders, die gebruikmaakten van een draagmoederschap, 'emotionele overbetrokkenheid' vertoonden bij hun kind(eren) ten opzichte van andere ouders.¹⁵⁵ Ander onderzoek, gedaan onder homoseksuele vaders, laat zien dat zij tijdens de opvoeding minder stress ervaren dan heteroseksuele vaders.¹⁵⁶ Ook hebben zij minder depressieve klachten.¹⁵⁷ Wel worden homoseksuele vaders vaker geconfronteerd met vooroordelen vanwege het gebrek aan bekendheid rond draagmoederschap of negatieve media-aandacht.¹⁵⁸ Uit recent onderzoek blijkt dat wensvaders relatief lage niveaus van ouderlijke stress, angst en depressie rapporteren op het moment dat hun kind vier maanden oud is.¹⁵⁹ Dat zij enige stress ervaren sluit aan bij ander onderzoek, waaruit blijkt dat alle ouders enige mate van stress, psychische problemen of moeilijkheden in hun partnerrelaties ervaren tijdens de opvoeding.¹⁶⁰

Er zijn ook geen onderzoeken gevonden waaruit blijkt dat wensvaders hun kind niet accepteren. Waarschijnlijk komt dit doordat wensouders al allerlei stressvolle barrières hebben genomen voordat zij hun kind kregen.¹⁶¹ Een andere verklaring voor het gebrek aan stress, angst en depressie wordt gevonden in onderzoek, waaruit blijkt dat homoseksuelen het als een triomf ervaren als het hun lukt om een kind te krijgen, terwijl zij daarvoor vaak de boodschap kregen dat homoseksuele mannen en lesbische vrouwen geen kinderen konden krijgen.¹⁶² Het toch kunnen krijgen van een kind beïnvloedt hun psychologisch welbevinden op een positieve manier.¹⁶³ Een derde verklaring waarom wensouders niet teleurgesteld zijn na de geboorte van hun kind en non-acceptatie niet voorkomt, kan worden gevonden in het feit dat vaderschap kan leiden tot de gewenste conformatie tot de traditionele heteroseksuele genderrol, wat een positieve doorwerking kan hebben op het gevoel van verbondenheid, sociale acceptatie en sociale steun van belangrijke anderen, zoals familieleden en vrienden.¹⁶⁴ Zo blijkt uit het onderzoek van Bergman e.a. dat het krijgen van kinderen wensvaders dichterbij hun ouders (en grootouders) heeft gebracht, vooral omdat deze enthousiast waren om (over)grootouders te worden. Getheoretiseerd kan worden dat ook heteroseksuele koppels, die om medische redenen geen ouder konden worden, het als een triomf kunnen ervaren als door draagmoederschap hun kinderwens toch in vervulling gaat.

Bepaald moet nu worden of het risico op teleurstelling of de kans op non-acceptatie een 'pressing social need' oplevert, die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt. Concreet moet worden aangetoond dat de beperking meer dan wenselijk of redelijk is en dat ingrijpen door de overheid urgent nodig is. Dit lijkt mij niet het geval nu geen onderzoek kan worden gevonden waaruit blijkt dat wensouders teleurgesteld zijn na de geboorte van hun kind of dat zij het kind niet accepteerden. Dit zou ook niet in lijn liggen met de eerdergenoemde onderzoeken, waaruit blijkt dat wensouders juist minder stress ervaren én het krijgen van een kind zien als een triomf na jarenlange kinderloosheid.

¹⁵⁵ Deze 'emotionele overbetrokkenheid' was slechts licht en leidde niet tot disfunctioneel gedrag; Golombok e.a., *Development Psychology* 2004/40, p. 400-411.

¹⁵⁶ Farr, Forssell & Patterson, *Applied Developmental Science* 2010/14, p.164-178.

¹⁵⁷ Golombok e.a., *Child Development* 2014/85, p. 456-468.

¹⁵⁸ Van den Akker, Camara & Hunt, *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 2016/34, p. 271-281.

¹⁵⁹ Bos e.a., *Pedagogiek* 2018/38, p. 139.

¹⁶⁰ Bos e.a., *Pedagogiek* 2018/38, p. 130.

¹⁶¹ Taubman-Ben-Ari & Spielman, *Social Work Research* 2014/38, p. 91-106.

¹⁶² Armesto, *Psychology of Men & Masculinity* 2002/3, p. 67-78.

¹⁶³ Erez & Shenkman, *Journal of GLBT Family Studies* 2016/12, p. 1-18.

¹⁶⁴ Bergman e.a., *Journal of GLBT Family Studies* 2010/6, p. 111-141; Karma 2011, p. 180-202; Sumontha, Farr & Patterson, *Journal of Family Psychology* 2016/30, p. 987-997.

Geconcludeerd kan daarom worden dat dit argument uit de Memorie van Toelichting geen *'pressing social need'* oplevert, die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt.

4.3.1.3.5. Niet kunnen voldoen aan de hoge eisen van een goede ouder-kindrelatie

Volgens de toenmalige minister en staatssecretaris van Justitie bestaat het risico dat wensouders niet kunnen voldoen aan de hoge eisen van een goede ouder-kindrelatie.¹⁶⁵ Onderzocht wordt of dit een *'pressing social need'* oplevert, die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt.

De afgelopen twintig jaar is veel onderzoek gedaan naar de band tussen ouders en kinderen. Daarbij werd regelmatig een vergelijking gemaakt tussen kinderen die zijn verwekt op natuurlijke wijze en kinderen die zijn verwekt via draagmoederschap. Uit deze onderzoeken kwam steeds naar voren dat wensouders, die ouders worden via draagmoederschap, meer warmte en 'gehechtheidsgerelateerd gedrag' vertonen dan zij, die ouders werden via de natuurlijke wijze.¹⁶⁶ Het maakte daarbij in de eerste levensjaren niet uit hoe oud de kinderen waren. Zo liet onderzoek op tweejarige leeftijd gelijke resultaten zien als op éénjarige leeftijd.¹⁶⁷ Een jaar later bleek hetzelfde.¹⁶⁸ Om zeker te zijn van de resultaten werden de kinderen (en hun ouders) nogmaals onderzocht toen ze 7 jaar oud waren, omdat kinderen op die leeftijd een verfijnd begrip ontwikkelen over afstamming. Hieruit bleek dat er geen verschil zat in de kwaliteit van de relatie tussen moeder en kind; ongeacht of het kind via de natuurlijke weg of draagmoederschap was verwekt. Wat dus opviel was dat moeders, die via draagmoederschap moeder waren geworden, niet langer positiever over de relatie waren met hun kind dan in de eerste jaren na de geboorte.¹⁶⁹ De oorzaak is onduidelijk; mogelijk komt dit door gewenning. Over het welbevinden van kinderen in gezinnen met ouders van hetzelfde geslacht (waarbij in het geval van mannenkoppels sprake kan zijn van draagmoederschap), is relatief veel bekend.¹⁷⁰ Uit een overzichtsstudie blijkt dat kinderen die opgroeien met twee moeders, een vergelijkbaar welzijnsniveau hebben als zij die opgroeien met een vader en een moeder.¹⁷¹ Uit sommige studies blijkt zelfs dat kinderen met twee moeders meer eigenwaarde hebben en minder op een extreme manier probleemgedrag vertonen.¹⁷² Een eerste onderzoek naar kinderen met twee vaders laat hetzelfde beeld zien.¹⁷³

Bepaald moet nu worden of het risico dat wensouders niet kunnen voldoen aan de eisen van een goede ouder-kindrelatie, een *'pressing social need'* oplevert, die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt. Concreet moet worden aangetoond dat de beperking meer dan wenselijk of redelijk is en dat ingrijpen door de overheid nodig is. Dit lijkt mij onmogelijk nu geen onderzoek kan worden gevonden waaruit blijkt dat wensouders geen goede ouder-kindrelatie kunnen opbouwen. Uit wel gevonden onderzoek blijkt het tegenovergestelde. Geconcludeerd wordt daarom dat dit argument geen *'pressing social need'*, die art. 151b lid 2 onder b Sr rechtvaardigt.

¹⁶⁵ Kamerstukken II 1990/91, 21968, 3, p. 1.

¹⁶⁶ Golombok 2015, p. 124-129.

¹⁶⁷ Golombok e.a., *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 2006/47, p. 213-222

¹⁶⁸ Golombok e.a., *Human Reproduction* 2006/21, p. 1918-1924.

¹⁶⁹ Golombok e.a., *Development Psychology* 2011/47, p. 1579-1588.

¹⁷⁰ Kuyper, Bos & Gartrell, *Pedagogiek* 2018/38, p. 164.

¹⁷¹ Goldberg 2010, p. 125-156.

¹⁷² Bos, Van Gelderen & Gartrell, *Journal of Child and Family Studies* 2014/24, p. 1031-1046; Gartrell & Bos, *Pediatrics* 2010/26, p.1-9.

¹⁷³ Russel & Muraco 2012, p. 343-358.

4.3.1.3.6. Resumé 'pressing social need'

Wil het EHRM zich kunnen uitspreken over de vraag of art. 151b lid 2 onder b Sr een gerechtvaardigde beperking is van art. 8 lid 1 EVRM, dan zal het eerst moeten bepalen of voor de beperking een 'pressing social need' bestaat. Concreet moet worden aangetoond dat de beperking meer dan wenselijk of redelijk is en dat ingrijpen door de overheid urgent nodig is. Nu blijkt dat alle risico's, die de overheid als reden gaf voor de strafbaarstelling onrealistisch zijn, kan onmogelijk worden betoogd dat in de Memorie van Toelichting op art. 151b Sr een 'pressing social need' kan worden gevonden die de strafbaarstelling rechtvaardigt. Dat betekent daarmee ook dat art. 151b lid 2 onder b Sr niet de noodzakelijkheidstoets doorstaat, die volgt uit art. 8 lid 2 EVRM.

4.3.2. Proportionaliteit

Als tweede hoofdcriterium van de derde beperkingsvoorwaarde uit art. 8 lid 2 EVRM moet bij elke (mogelijke) schending van art. 8 lid 1 EVRM worden beoordeeld of de beperking proportioneel is. Onderzocht wordt daarom of art. 151b lid 2 onder b Sr proportioneel is en daarmee een gerechtvaardigde beperking is van art. 8 lid 1 EVRM. Bij de tweede beperkingsvoorwaarde van art. 8 lid 2 EVRM is bepaald welk legitiem doel de beperking dient. Nu moet bij de proportionaliteitstoets worden bepaald of het gekozen legitieme doel relevant is. In de praktijk leidt dit in weinig gevallen tot de conclusie dat de beperking disproportioneel is.¹⁷⁴ Kritischer is het EHRM op de vraag of de beperking toereikend ('sufficient') is.¹⁷⁵ Zo oordeelde het EHRM in *Dudgeon tegen het Verenigd Koninkrijk* dat een wet die alle seksuele handelingen tussen homoseksuelen in de privésfeer verbiedt wel relevant kan zijn voor het tegengaan van uitbuiting en de 'ondergang van anderen' en daarmee relevant voor de moraal en de vrijheden van derden, maar dat de toen voorliggende (specifieke) wet ontoereikend was voor een gerechtvaardigde beperking.¹⁷⁶ De wet zou een te grote inbreuk zijn op het persoonlijk leven. De toets of de beperking toereikend is, staat in nauw verband met het evenredigheidsbeginsel. Immers, wanneer de beperking niet toereikend is voor het beoogde doel, dan zal het EHRM al snel oordelen dat deze onevenredig is.¹⁷⁷ Het EHRM heeft geen exacte definitie van het evenredigheidsbeginsel gegeven, maar stelt dat het in een voorliggende zaak moet beoordelen of er sprake is van een 'fair balance' tussen de rechten van de persoon in kwestie en het algemeen belang.¹⁷⁸ De toetsing hangt samen met de vraag of er sprake is van een 'pressing social need' in een democratische samenleving, maar daarbij is het één geen voorwaarde voor het ander.¹⁷⁹ De laatste stap ziet op de geschiktheid van de beperking. Hierbij wordt getoetst of de beperking nodig is en of er alternatieven zijn.¹⁸⁰ Concreet moet worden bepaald of er een minder beperkend alternatief bestaat ('less restrictive means'). Daarbij wordt zowel naar het verbod als de bijhorende sanctie gekeken.¹⁸¹ Botsen grondrechten, dan zal tussen deze grondrechten een 'fair balance' moeten worden gemaakt.¹⁸² Over de vraag in hoeverre de lidstaat moet betogen waarom er geen alternatief is voor de beperking, wordt door het EHRM wisselend geoordeeld. Zo oordeelde het in *Blecic tegen Kroatië* dat het niet aan het EHRM is om te bepalen of een bepaalde handeling,

¹⁷⁴ Haeck 2009, p. 66-67.

¹⁷⁵ Nieuwenhuis 2005, p. 51.

¹⁷⁶ EHRM 22 oktober 1981, ECLI:CE:ECHR:1981:1022JUD000752576 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*), pt. 47, 49 & 54.

¹⁷⁷ Haeck 2009, p. 67.

¹⁷⁸ Nieuwenhuis 2005, p. 40.

¹⁷⁹ Nieuwenhuis, *NTM/NCJM-Bull* 2014/1, p. 21-22.

¹⁸⁰ Nieuwenhuis 2005, p. 45.

¹⁸¹ EHRM 13 juli 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0713JUD001813991 (*Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk*), pt. 46-51.

¹⁸² Nieuwenhuis 2005, p. 44.

maatregelen of norm relevant of geschikt is, terwijl het in *K. en T. tegen Finland* stelde dat het aan de verwerende staat is om aan te tonen dat de beperking gebaseerd is op een zorgvuldige belangenafweging, waarbij is gezocht naar alternatieven om het doel te bereiken.¹⁸³ In de literatuur wordt gesteld dat het EHRM tegenwoordig niet enkel vraagt of er minder beperkende alternatieven zijn, maar dat het ook verwacht dat deze worden ingezet.¹⁸⁴

Concreet wordt nu onderzocht of art. 151b lid 2 onder b Sr relevant, toereikend, geschikt en daarmee proportioneel is. Hoewel nergens is bepaald op welk legitiem doel een beroep is gedaan bij de totstandkoming van de strafbaarstelling, kan op basis van de Memorie van Toelichting worden gesteld dat met art. 151b Sr een beroep wordt gedaan op de legitieme doelen voorkomen van wanordelijkheden, de bescherming van de gezondheid, de goede zeden en/of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. De legitieme doelen lijken relevant. Gezien de lichte toetsing van dit eerste criterium wordt meteen het tweede criterium behandeld, namelijk of art. 151b lid 2 onder b Sr toereikend is.¹⁸⁵ Daarvoor is het doel van art. 151b Sr van belang: het voorkomen van draagmoederschap en (kort gezegd) de eventuele psychische problemen bij kind en draagmoeder daardoor.¹⁸⁶ Nu uit eerder behandeld onderzoek bleek dat deze problemen zich vrijwel niet voordoen, lijkt de wetgeving overbodig. Wel bestaat een risico dat kinderen identiteitsproblemen kunnen ontwikkelen als geheimzinnig over hun verwekking wordt gedaan. Ook is er de vrees dat draagmoeders in het buitenland kunnen worden uitgebuit. Om te bepalen of art. 151b lid 2 onder b Sr relevant is om identiteitsproblemen te voorkomen, maak ik een vergelijking met *Dudgeon tegen het Verenigd Koninkrijk*. Dit arrest gaat over een wet die alle seksuele handelingen tussen homoseksuelen in Noord-Ierland verbood om uitbuiting en 'ondergang van anderen' te voorkomen. Door de formulering maakte de wet samenleven voor homoseksuelen praktisch onmogelijk.¹⁸⁷ De beperking was volgens het EHRM daarom niet toereikend en daarmee niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Uiteindelijk zorgde de uitspraak ervoor dat de strafwet werd geschrapt.¹⁸⁸ Nu een vergelijkbare situatie zich voordoet bij art. 151b lid 2 onder b Sr, namelijk dat het wetsartikel niet alleen identiteitsproblemen voorkomt, maar draagmoederschap als geheel vrijwel onmogelijk maakt, concludeer ik dat het wetsartikel niet toereikend is. Tot diezelfde conclusie kom ik ook als het gaat om potentiële uitbuiting van draagmoeders. Zo kan uitbuiting worden voorkomen door de strafbaarstelling op de commerciële variant van draagmoederschap te laten bestaan, tenzij hiervoor een door de Staat begeleid alternatief bestaat.¹⁸⁹

Het laatste criterium dat moet worden onderzocht is of art. 151b lid 2 onder b Sr geschikt is om het beoogde doel te bereiken. Uit eerder in dit hoofdstuk beschreven onderzoeken is gebleken dat draagmoeders vrijwel geen emotionele problemen ontwikkelen na het afstand doen van het kind, blijkt uit niets dat wensouders teleurgesteld zijn over hun kind of deze niet accepteren en volgt uit onderzoek dat wensouders kunnen voldoen aan de 'hoge eisen van een ouder-kindrelatie'. Waar wel problemen kunnen ontstaan is op het punt waar het kind meer wil weten over zijn of haar afstemming, maar hier onduidelijkheid over bestaat. Dit doet zich met name voor als geheimzinnig

¹⁸³ EHRM 29 juli 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0729JUD005953200 (*Blecic/Kroatië*), pt. 67; EHRM 12 juli 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0712JUD002570294 (*K. en T./Finland*), pt. 166.

¹⁸⁴ Arai-Takahashi 2002, p. 129.

¹⁸⁵ Nieuwenhuis 2005, p. 51.

¹⁸⁶ *Kamerstukken II* 1990/91, 21968, 3, p. 1.

¹⁸⁷ EHRM 22 oktober 1981, ECLI:CE:ECHR:1981:1022JUD000752576 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*), pt. 47, 49 & 54.

¹⁸⁸ McLoughlin, *Murdoch University Electronic Journal of Law* 1996/3, pt. 86.

¹⁸⁹ Zoals het eerder besproken conceptwetsvoorstel Kind, draagmoeder en afstemming.

wordt gedaan over de verwekking.¹⁹⁰ Wil de wetgever dit soort problemen voorkomen, dan heeft zij hiervoor al een oplossing gevonden. In art. 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind is namelijk bepaald dat kinderen onmiddellijk na de geboorte moeten worden ingeschreven en dat zij het recht hebben om hun ouders te kennen.¹⁹¹ Dit internationale verdrag is inmiddels omgezet in nationale wetgeving in het Burgerlijk Wetboek. Door bij de aangifte naast de juridische ouders ook de draagmoeder én de eventuele zaad- of eiceldonor te (laten) registreren, kan tegemoet worden gekomen aan de potentiële wens van kinderen om (al) hun ouders te kennen. Met het bestaan van de huidige wetgeving (eventueel aangevuld met de registratie van de draagmoeder en de eventuele zaad- of eiceldonor), kan worden vastgesteld dat er alternatieven (mogelijk) zijn om te voorkomen dat kinderen identiteitsproblemen ontwikkelen na de geboorte. Daarmee blijkt art. 151b lid 2 onder b Sr ongeschikt is voor het te bereiken doel, omdat er een alternatief is met *'less restrictive means'*. Het wetsartikel doorstaat daarmee niet de proportionaliteitstoets, die volgt uit art. 8 lid 2 EVRM.

Nu uit dit onderzoek duidelijk is geworden dat art. 151b lid 2 onder b Sr niet de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets doorstaat, die volgt uit art. 8 lid 2 EVRM, kom ik tot de conclusie dat de strafbaarstelling van het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf hiertoe aanbieden niet noodzakelijk is in een democratische samenleving. Nu daarmee aan één van de voorwaarden van art. 8 lid 2 EVRM niet wordt voldaan, concludeer ik dat art. 151b lid 2 onder b Sr geen gerechtvaardigde beperking is van art. 8 lid 1 EVRM.

¹⁹⁰ Daniels & Thorn, *Human Reproduction* 2001/16, p. 1794.

¹⁹¹ Deze internationale wetgeving is inmiddels omgezet in wetgeving in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, zie bijvoorbeeld art. 1:19e lid 7 BW.

5. Conclusie

In deze scriptie is onderzocht of de strafbaarstelling van het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder of het zichzelf hiertoe aanbieden (art. 151b lid 2 onder b Sr) in strijd is met het recht op eerbiediging van *'private and family life'*, zoals dit is bepaald in art. 8 EVRM.

Als eerste heb ik onderzocht of art. 151b lid 2 onder b Sr een inmenging is op het recht op eerbiediging van *'family life'*, zoals bepaald in art. 8 lid 1 EVRM. Uit het onderzoek bleek dat er geen sprake van een dergelijke inmenging is, omdat op het recht op eerbiediging van *'family life'* enkel een beroep kan worden gedaan als er sprake is van een bestaand gezin. Het recht op eerbiediging van *'family life'* biedt ook geen recht op het stichten van een gezin. Vervolgens heb ik onderzocht of een beroep kan worden gedaan op het recht op eerbiediging van *'private life'*. Nu uit de literatuur en jurisprudentie geen duidelijkheid volgt over draagmoederschap in de preconceptiefase, heb ik een rechtsvergelijking gemaakt tussen wensouders en draagmoeders die in de situatie zitten zoals beschreven in art. 151b lid 2 onder b Sr en andere wensouders, die voor de voortplanting ook een gedoneerde ei- en/of zaadcel en een IVF-behandeling nodig hebben. Nu uit jurisprudentie blijkt dat in dit laatste geval sprake is van een inmenging op art. 8 lid 1 EVRM, heb ik uiteengezet dat dit volgens mij ook geldt voor de situatie zoals beschreven in art. 151b lid 2 onder b Sr. Ondersteuning hiervoor vond ik in het *Evans*-arrest, waarin is bepaald dat mensen het recht hebben om zelf te bepalen of ze wel of niet een ouder worden. Op basis van het *Ternovszky*-arrest bleek verder dat ouders een zekere mate van vrijheid hebben in de uitoefening hiervan. Specifiek werd in *S.H. en anderen tegen Oostenrijk* bepaald dat voor de bevruchting gebruik mag worden gemaakt van medische ondersteuning. Van al deze situaties is sprake als mensen zich willen voortplanten met hulp van een draagmoeder. In al deze zake was bovendien sprake van een inmenging op art. 8 lid 1 EVRM. Daarom stel ik dat art. 151b lid 2 onder b Sr ook een inmenging is op art. 8 lid 1 EVRM.

Nadat duidelijk werd dat vervolging op basis van art. 151b lid 2 onder b Sr een inmenging is op art. 8 lid 1 EVRM, is onderzocht of de beperking gerechtvaardigd is. Om deze vraag te beantwoorden is stapsgewijs onderzocht of de strafbaarstelling voldoet aan de beperkingsvoorwaarden in art. 8 lid 2 EVRM. Als eerste werd duidelijk dat aan de eerste voorwaarde is voldaan: de beperking is bij wet voorzien. Vervolgens is vastgesteld op welke in art. 8 lid 2 EVRM genoemde legitieme doelen een beroep kan worden gedaan, namelijk: voorkomen van wanordelijkheden, de bescherming van de gezondheid, de goede zeden en/of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Als laatste is getoetst of de wet noodzakelijk is in een democratische samenleving. Daarbij is onderzocht of er een *'pressing social need'* bestaat, die de strafbaarstelling rechtvaardigt. Deze *'pressing social need'* moet meer dan wenselijk of redelijk zijn, ook moet wetgeving urgent nodig zijn. Concreet zou er dus enige aanwijzing moeten zijn dat de vrees voor de in Memorie van Toelichting op art. 151b genoemde argumenten gegrond is en dat een wettelijke beperking hiervoor meer dan wenselijk of redelijk is. Gebleken is dat alle genoemde argumenten deze toets niet konden doorstaan, waardoor er geen *'pressing social need'* kon worden gevonden, die de wetgeving rechtvaardigt. Vervolgens is onderzocht of art. 151b lid 2 onder b Sr proportioneel is. Uit die toets is gebleken dat de strafbaarstelling wel relevant, maar niet toereikend is. Verder bleek dat het wetsartikel voor de enige terechte vrees (potentiële identiteitsproblemen bij het kind en uitbuiting van draagmoeders), niet geschikt is. Om deze identiteitsproblemen te voorkomen bestaat namelijk al regelgeving in het Burgerlijk Wetboek en het Verdrag inzake de rechten van het kind. Ook kunnen de eventuele uitwassen door commercieel draagmoederschap worden voorkomen door simpelweg draagmoederschapstrajecten in Nederland mogelijk te maken,

die worden vergoed vanuit de zorgverzekering. Ik kom daarom tot de conclusie dat art. 151b lid 2 onder b Sr niet de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets doorstaat en dat daarmee niet aan de derde voorwaarde van art. 8 lid 2 EVRM kan worden voldaan, omdat de strafbaarstelling niet noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Hiermee kan de onderzoeksvraag worden beantwoord of art. 151b lid 2 onder b Sr in strijd is met het recht op eerbiediging van '*private and family life*', zoals bepaald in art. 8 EVRM. Op basis van het voorgaande concludeer ik dat art. 151b lid 2 onder b Sr een inmenging is op het recht op eerbiediging van '*private life*', zoals dit is bepaald in art. 8 lid 1 EVRM, maar dat de strafbaarstelling geen gerechtvaardigde beperking is. Dit betekent dat als iemand vervolgd wordt op basis van art. 151b lid 2 onder b Sr deze persoon geslaagd een beroep kan doen op art. 8 EVRM. Concreet zal de rechter in dat geval op basis van art. 94 Gw de nationale wetgeving 'niet van toepassing' moeten verklaren.

Het zou daarom goed zijn om art. 151b lid 2 onder b Sr te herzien. Zo wordt recht gedaan aan art. 8 EVRM en wordt het voor wensouders gemakkelijker om hun kindwens in vervulling te laten gaan.

6. Nawoord

Met het herzien van art. 151b lid 2 onder b Sr zijn niet alle problemen van wensouders opgelost. Op dit moment worden hoogtechnologische draagmoederschapsprocedures alleen in ziekenhuizen uitgevoerd als er medische noodzaak is.¹⁹² Deze procedures worden bij het Amsterdam UMC uitgevoerd en enkel bij wensouders, die om medische reden niet zwanger kunnen worden. Deze wensouders moeten zelf een draagmoeder meenemen en zowel de ei- als de zaadcel moet van de wensouders afkomstig zijn. Hierdoor is deze behandeling niet toegankelijk voor alle homo- en de meeste heterostellen.¹⁹³ Sinds 2020 kunnen koppels wel bij privékliniek Nij Geertgen terecht, waar op kleine schaal is gestart met hoogtechnologisch draagmoederschap bij zowel man/vrouw-, man/man- en vrouw/vrouw-koppels.¹⁹⁴ Het zou naar mijn idee goed zijn als meer ziekenhuizen en klinieken dergelijke behandelingen zouden uitvoeren.

Opgemerkt wordt ook dat de kosten voor het traject (vaak tienduizenden euro's), niet worden vergoed door Nederlandse zorgverzekeringen. De Staatscommissie heeft geadviseerd hiervoor een regeling te treffen.¹⁹⁵ Hier sluit ik mij graag bij aan. Mede omdat door binnenlandse vergoede draagmoederschapstrajecten uitwassen in andere landen kunnen worden voorkomen.

Het lijkt mij bovendien voor de hand liggen dat zowel de Tweede als Eerste Kamer haar verantwoordelijkheid pakt en zo snel mogelijk het conceptwetsvoorstel Kind, draagmoederschap en afstamming in behandeling neemt, zodat wensouders, draagmoeders en hun kinderen meer rechtszekerheid krijgen.

¹⁹² Boele-Woelki e.a. 2011, p. 55.

¹⁹³ Coster, *Pedagogiek* 2018/38, p. 274.

¹⁹⁴ <http://www.nijgeertgen.nl/behandelingen/hoogtechnologisch-draagmoederschap>; laatst geraadpleegd 26 mei 2022.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 33836, 18, p. 483.

7. Literatuurlijst

Akker 2007, van den, *Human Reproduction* 2007/220

O.B.A. van den Akker, 'Psychological trait and state characteristics, social support and attitudes to the surrogate pregnancy and baby', *Human Reproduction* 2007, afl. 22, p. 2287-2295.

Akker, van den, Camera & Hunt, *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 2016/34

O. van den Akker, I. Camera & B. Hunt, 'Together... for only a moment': British newspaper constructions of altruistic non-commercial surrogate motherhood', *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 2016, afl. 34, p. 271-281.

Altena 2016

J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht* (Meijers-reeks, nr. 268), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Amour, *Nursing for Womans' Health* 2012/16

K.L. Amour, 'An overview of surrogacy around the world: Trends, questions and ethical issues', *Nursing for Womans' Health* 2012, afl. 16, p. 231-236.

Arai-Takahashi 2002

Y. Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002.

Armesto, *Psychology of Men & Masculinity* 2002/3

J.C. Armesto, 'Developmental and contextual factors that influence gay fathers' parental competence: A review of the literature', *Psychology of Men & Masculinity* 2002, afl. 3, p. 67-78.

Beers, van & Bosch, *The New Bioethics* 2020/26

B. van Beers & L. Bosch, 'A revolution by stealth: A legal-ethical analysis of the rise of pre-conception authorization of surrogacy agreements', *The New Bioethics* 2020, afl. 26, p. 353-354.

Beers, van & Bosch, *NJ* 2021/38

B. van Beers & L. Bosch, 'Een regeling voor 'verantwoord draagmoederschap'?', *NJ* 2021/38, p. 3174-3183.

Bergman e.a., *Journal of GLBT Family Studies* 2010/6

K. Bergman, 'Gay men who become fathers via surrogacy: The transition to parenthood', *Journal of GLBT Family Studies* 2010, afl. 6, p. 111-141.

Blauwhoff, *FJR* 2019/51

R.J. Blauwhoff, 'Internationaal commercieel draagmoederschap en de beoordelingsvrijheid binnen het EVRM', *FJR* 2019, afl. 51, p. 231-238.

Blake e.a., *Human Reproduction* 2017/32

Blake e.a., 'Gay fathers' motivations for and feelings about surrogacy as a path to parenthood', *Human Reproduction* 2017, afl. 32, p. 860-867.

Boele-Woelki e.a. 2011

K. Boel-Woelki e.a., *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag: WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie 2011.

Bos e.a., *Pedagogiek* 2018/38

H. Bos e.a., 'Welbevinden van homoseksuele vaders met een kind via draagmoederschap', *Pedagogiek* 2018, afl. 38, p. 127-144.

Bos, Van Gelderen & Gartrell, *Journal of Child and Family Studies* 2014/24

H. Bos, L. van Gelderen & N. Gartrell, 'Lesbian and heterosexual two-parent families: Adolescent-parent relationship quality and adolescent well-being', *Journal of Child and Family Studies* 2014, afl. 24, p. 1031-1046.

Bosch, *FJR* 2012/55

L.C. Bosch, 'Kinderrechten in een petrischaaltje', *FJR* 2012, afl. 55 (online publiek).

Both, de & De Sutter, *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2018/66

A. de Both & P. de Sutter, 'Draagmoederschap: een eeuwenoude voortplantingstechniek in een juridisch niemandsland: is er nood aan een wettelijk kader?', *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2018, afl. 66, p. 795-799.

Cammu & Vonk, *NTM/NJCM-Bull.* 2021/4

N. Cammu & M. Vonk, 'Rode draad 70 jaar EVRM: Klankborg of motor der verandering? De rol van het EHRM in de erkenning van 'niet(?)-traditionele' gezinsvormen', *NTM/NJCM-Bull.* 2021, afl. 4, p. 384-397.

Coster, *Pedagogiek* 2018/38

S. Coster, 'Forumbijdrage', *Pedagogiek* 2018, afl. 38, p. 271-279.

Council of Europe/European Court of Human Rights 2021

Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg: European Court of Human Rights 2021.

Daniels & Thorn, *Human Reproduction* 2001/16

K.R. Daniels & P. Thorn, 'Sharing information with donor insemination offspring. A child-conception versus a family-building approach', *Human Reproduction* 2001, afl. 16, p. 1792-1796.

Erez & Shenkman, *Journal of GLBT Family Studies* 2016/12

C. Erez & G. Shenkman, 'Gay dads are happier: Subjective well-being among gay and heterosexual fathers', *Journal of GLBT Family Studies* 2016, afl. 12, p. 1-18.

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe 2015

European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law relating to the rights of the child*, Luxemburg: European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe 2015.

Farr, Forssell & Patterson, *Applied Developmental Science* 2010/14

R.H. Farr, S.L. Forssell & C.J. Patterson, 'Parenting and child development in adoptive families: Does parental sexual orientation matter?', *Applied Developmental Science* 2010, afl. 14, p.164-178.

Gartrell & Bos, *Pediatrics* 2010/126

N. Gartrell & H.M.W. Bos, 'The US National Longitudinal Lesbian Family Study: Psychological adjustment of the 17-year-old adolescents', *Pediatrics* 2010, afl. 126, p. 1-9.

Goldberg 2010

A.E. Goldberg, *Lesbian and gay parents and their children: Research on the family life cycle*, Washington D.C.: American Psychological Association 2010.

Golombok e.a., *Development Psychology* 2004/40

S. Golombok e.a., 'Families created through surrogacy arrangements: Parent-child relationships in the 1st year of life', *Development Psychology* 2004, afl. 40, p. 400-411.

Golombok e.a., *Human Reproduction* 2006/21

S. Golombok e.a., 'Non-genetic and non-gestational parenthood: Consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3', *Human Reproduction* 2006, afl. 21, p. 1918-1924.

Golombok e.a., *Journal of Child Psychology* 2006/47

S. Golombok e.a., 'Surrogacy families: Parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2', *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 2006, afl. 47, p. 213-222.

Golombok e.a., *Development Psychology* 2011/47

S. Golombok, J. Readings, L. Blake, e.a., Families created through surrogacy: Mother-child relationships and children's psychological adjustment at age 7', *Development Psychology* 2011, afl. 47, p. 1579-1588.

Golombok e.a. 2014

S. Golombok e.a., 'Adoptive gay father families: Parent-child relationships and children's psychological adjustment', *Child Development* 2014, afl. 85, p. 456-468.

Golombok 2015

S. Golombok, *Modern Families. Parents and children in new family forms*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

Haeck 2009

Y. Haeck, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen: Intersentia 2009.

Hendriks & Den Houdijker, *NTM/NJCM-Bull.* 2007/3

A. Hendriks & M. Den Houdijker, 'Ook gedetineerde mag zich voortplanten, maar heeft geen recht op seks', *NTM/NJCM-bull.* 2007, afl. 3, p. 393-407.

Jadva e.a., *Human Reproduction* 2003/18

V. Jadva e.a., 'Surrogacy: the experiences of surrogate mothers', *Human Reproduction* 2003, afl. 18, p. 2196-2204.

Jadva e.a., *Human Reproduction* 2009/24

V. Jadva e.a., 'The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: Comparisons by age of disclosure and family type', *Human Reproduction* 2009, afl. 24, p. 1909-1919.

Jadva, Imrie & Golombok, *Human Reproduction* 2015/30

V. Jadva, S. Imrie & S. Golombok, 'Surrogate mothers 10 years on: a longitudinal study of psychological well-being and relationships with the parents and child', *Human Reproduction* 2015, afl. 30, p. 373 – 379.

Jak & Vermont, *NCJM-Bull* 2007/2

N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de margin of appreciation. De rol van de margin of appreciation in de interne horizontale relatie tussen de rechter, de wetgever en het bestuur', *NCJM-Bull* 2007, afl. 2, p. 125.

Kuyper, Bos & Gartell, *Pedagogiek* 2018/38

L. Kuyper, H. Bos & N. Gartell, 'Twee moeders, twee vaders of een vader en een moeder Verschillen in welzijn en opvoeden op basis van een bevolkingsonderzoek', *Pedagogiek* 2018, afl. 38, p. 145-168.

Lanotte, Vande en Haeck 2005

J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2005.

Maassen, *De Stentor* 26 februari 2022

Y. Maassen, 'Richard en Sebastian kijken uit naar Canada voor hun kindwens: "We hebben een ton nodig"', *De Stentor* 22 februari 2022.

McLoughlin, *Murdoch University Electronic Journal of Law* 1996/3

M.T. McLoughlin, 'Crystal or Glass?: A Review of *Dudgeon v. United Kingdom* on the Fifteenth Anniversary of the Decision', *Murdoch University Electronic Journal of Law* 1996, afl. 3 (online publiek).

Nieuwenhuis 2005

A.J. Nieuwenhuis, 'Van proportionaliteit en appreciatiemarge: de noodzakelijkheidstoets in de jurisprudentie van het EHRM', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler en C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Nieuwenhuis, *NTM/NJCM-Bull.* 2014/1

A.J. Nieuwenhuis, 'Pressing social need; op zoek naar het dringende karakter van de maatschappelijke behoefte', *NTM/NJCM-Bull* 2014, afl. 1, p. 7-23.

Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2017

A.J. Nieuwenhuis, M. de Heijer & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Aers Aequi Libri 2017.

Opstal, van, *LINDA.nl* 14 februari 2022

J. van Opstal, 'Eva wacht al drie jaar op een draagmoeder: "het is een innerlijk gevecht"', *LINDA.nl* 14 februari 2022.

Quik-Schuijt, *FJR* 2011/102

A.C. Quik-Schuijt, 'Ethisch verantwoord draagmoederschap', *FJR* 2011, afl. 102 (online publiek).

Russell & Murano 2012

S.T. Russell & J.A. Muraco, 'The use of representative data sets to study LGBT-parent families: Challenges, advantages, and opportunities', in: A.E. Goldberg, & K.R. Allen (red.), *LGBT-parent families: Possibilities for new research and implications for practice*, New York: Springer, p. 343-358.

Schokkenbroek 1996

J. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het EVRM*, diss. RUL, Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

Shelton e.a., *International Journal of Behavioral Development* 2009/33

K.H. Shelton e.a., 'Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies', *International Journal of Behavioral Development* 2009, afl. 33, p. 385-392.

Spar 2006

D.L. Spar, *The Baby Business: How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Boston: Harvard Business Review Press 2006.

Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016

Staatscommissie Herijking Ouderschap, '*Kind en ouders in de 21^{ste} eeuw*', bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 33836, 18.

Stichting Herziening Statenvertaling 2010

Stichting Herziening Statenvertaling 2010, *Bijbel*, Heerenveen: Royal Jongbloed 2010.

Storm, Van der & Mosk, *TvJr* 2021/1

N. van der Storm & M.Q.M. Mosk, 'Licht aan het einde van de tunnel voor wensouders?', *TvJr* 2021, afl. 1, p. 16-21.

Taubman-Ben-Ari & Spielman, *Social Work Research* 2014/38

O. Taubman-Ben-Ari & V. Spielman, 'Personal growth following the first child's birth: A comparison of parents of pre-and full-term babies', *Social Work Research* 2014, afl. 38, p. 91-106.

Van Rijn-van Gelderen, Bos, & Gartrell, *Journal of Adolescence* 2015/40

L. Van Rijn-van Gelderen, H.M.W. Bos & N.K. Gartrell, 'Dutch adolescents from lesbian-parent families: How do they compare to peers with heterosexual parents and what is the impact of homophobic stigmatization?', *Journal of Adolescence* 2015, afl. 40, p. 65-73.

Van Rijn-Van Gelderen, Gartrell & Bos, *Pedagogiek* 2018/38

L. Van Rijn-Van Gelderen, N. Gartrell, H.M.W. Bos, 'Het psychologisch welbevinden van Nederlandse adolescenten met lesbische moeders die gebruik maakten van een bekende, niet-anonieme of anonieme spermadonor', *Pedagogiek* 2018, afl. 38, p. 169-187.

White & Ovey 2010

R.C.A. White & C. Ovey, *The European Convention of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2010.

8. Jurisprudentielijst

EHRM 21 februari 1975, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 7 december 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874 (*Sunday Times*).

EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090 (*Marckx/België*).

EHRM 13 augustus 1981, ECLI:CE:ECHR:1981:0813JUD000760176 (*Young, James en Webster/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 22 oktober 1981, ECLI:CE:ECHR:1981:1022JUD000752576 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 28 mei 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC8914 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 18 december 1986, ECLI:NL:XX:1986:AC9627 (*Johnston/Ierland*).

EHRM 21 juni 1988, ECLI:NL:XX:1988:AD0368 (*Berrehab/Nederland*).

EHRM 26 maart 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:0326JUD001208386 (*Beldjoudi/Frankrijk*).

EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088 (*Niemietz/Duitsland*).

EHRM 25 mei 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0525JUD001430788 (*Kokkinakis/Griekenland*).

EHRM 26 mei 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0526JUD001696990 (*Keegan/Ierland*).

EHRM 27 oktober 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2238 (*Kroon/Nederland*).

EHRM 24 februari 1995, ECLI:NL:XX:1995:AD2307 (*McMichael/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 13 juli 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0713JUD001813991 (*Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 7 augustus 1996, ECLI:NL:XX:1996:AD4438 (*C./België*).

EHRM 9 juni 1998, ECLI:NL:XX:1998:BL8275 (*Bronda/Italië*).

EHRM 29 juni 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0629DEC002711095 (*Nylund/Finland*).

EHRM 10 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0510DEC005650100 (*Mata Estevez/Spanje*).

EHRM 12 juli 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0712JUD002570294 (*K. en T./Finland*).

EHRM 5 november 2002, ECLI:NL:XX:2002:AP0887 (*Yousef/ Nederland*).

EHRM 28 januari 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0128JUD004464798 (*Peck/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 13 februari 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0213JUD004134098 (*Refah Partisi (Welvaartspartij) e.a./Turkije*).

EHRM 6 maart 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0306DEC006791401 (*Šijakova e.a./Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*).

EHRM 19 juni 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0619DEC004616599 (*Christian Nekvedavicius/Duitsland*).

EHRM 13 januari 2004, ECLI:NL:XX:2004:AO5422 (*Haas/Nederland*).

EHRM 29 juli 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0729JUD005953200 (*Blecic/Kroatië*).

EHRM 10 april 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY0527 (*Cömert/ Denemarken*).

EHRM 18 mei 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY1277 (*Róžański/Polen*).

EHRM 5 april 2007, ECLI:CE:ECHR:2010:0610JUD000030202 (*Church of Scientology Moscow/Rusland*).

EHRM 10 april 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA6786 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 4 december 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC1884 (*Dickson/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 13 december 2007, ECLI:NL:XX:2007:BC3348 (*Emonet/Zwitserland*).

EHRM 22 januari 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0122JUD004354602 (*E.B./Frankrijk*).

EHRM 27 april 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN2897 (*Moretti en Bernadetti/Italië*).

EHRM 24 juni 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN6276 (*Schalk en Kopf/Oostenrijk*).

EHRM 22 juli 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN6280 (*P.B. & J.S./Oostenrijk*).

EHRM 15 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1216JUD002557905 (*A, B en C/Ierland*).

EHRM 14 maart 2011, ECLI:CE:ECHR:2010:1214JUD006754509 (*Ternovszky/Hongarije*).

EHRM 3 november 2011, ECLI:NL:XX:2011:BV3399 (*S.H. en anderen/Oostenrijk*).

EHRM 15 maart 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW7989 (*Gas en Dubois/Frankrijk*).

EHRM 19 februari 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007 (*X/Oostenrijk*).

EHRM 26 June 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211 (*Menesson/Frankrijk*).

EHRM 20 januari 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0120JUD000010710 (*Manuello en Nevi/Italië*).

EHRM 16 juli 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0716JUD003943813 (*Nazarenko/Rusland*).

EHRM 24 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812 (*Paradiso en Campanelli/Italië*).

EHRM 5 september 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608 (*Bărbulescu/Roemenië*).

EHRM 22 mei 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0522DEC002702517 (*Antkowiak en Antkowiak/Polen*).

EHRM 25 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911 (*Denisov/Oekraïne*).

EHRM 9 september 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0409JUD007293110 (*V.D. en anderen/Rusland*).

Bijlage 1: Wettekst art. 151b Sr

Artikel 151b Sr

1. Degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk teweegbrengt of bevordert dat een draagmoeder of een vrouw die draagmoeder wenst te worden, rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt ten einde het voornemen, bedoeld in het derde lid, uit te voeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
 - a. degene die in het openbaar diensten aanbiedt, bestaande uit het teweegbrengen of bevorderen van onderhandelingen of een afspraak als bedoeld in het eerste lid;
 - b. degene die openbaar maakt dat een vrouw draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, dan wel dat een vrouw die draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, wordt gezocht.
3. Als draagmoeder wordt aangemerkt de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen.