



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective

Achmad, C.I.

Citation

Achmad, C. I. (2018, June 26). *Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/63088>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/63088>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The following handle holds various files of this Leiden University dissertation:
<http://hdl.handle.net/1887/63088>

Author: Achmad, C.I.

Title: Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective

Issue Date: 2018-06-26

Samenvatting

Dutch summary

KINDERRECHTEN IN DE CONTEXT VAN INTERNATIONAAL COMMERCIEEL DRAAG- MOEDERSCHAP

*Een onderzoek naar de uitdagingen vanuit een international kinder- en mensenrechten-
perspectief*

Internationaal Commercieel Draagmoederschap (*International Commercial Surrogacy* – hierna ICS) heeft zich de afgelopen decennia gemanifesteerd als een nieuwe methode van gezinsvorming met een grensoverschrijdend karakter ontstaan vanuit een combinatie van een toenemende vraag van potentiële ouders enerzijds en voortschrijdende ontwikkelingen op medisch gebied in combinatie met verregaande globalisering anderzijds. ICS roept vragen op met betrekking tot de mensenrechten van de meest kwetsbare betrokkenen, namelijk de vrouwen die als draagmoeder optreden en de kinderen die als gevolg hiervan geboren worden. Er bestaat geen internationale consensus over ICS; dit blijkt uit de verschillende posities die staten hebben ingenomen met betrekking tot het al dan niet reguleren van ICS in hun nationale wetgeving en beleid. Bovendien is er geen regeling op internationaal niveau terwijl de kernpartijen in een ICS-traject uiteenlopende bedoelingen, rechten en belangen hebben. Als gevolg daarvan kunnen de rechten en belangen van de verschillende partijen met elkaar botsen.

ICS werpt complexe ethische, morele en juridische vragen op die tot nu toe grotendeels onbeantwoord zijn gebleven. Desalniettemin, worden er kinderen geboren door middel van ICS; kinderen die een verhoogd risico lopen op een schending van hun rechten. Alle ICS-trajecten draaien om de wens tot het krijgen van een kind. Net als ieder ander kind, heeft een kind dat via ICS geboren is, het recht om het hele scala aan rechten te genieten en uit te oefenen dat hem toekomt op grond van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). In de praktijk is het echter een grote uitdaging om de rechten van kinderen geboren door ICS te waarborgen en in sommige gevallen worden deze rechten dan ook geschonden. Daarom vormt ICS niet alleen een uitdaging vanuit de mensenrechten bezien, maar is er ook behoefte aan een kinderrechtenperspectief binnen het kader van de internationale mensenrechten.

Dit proefschrift bestaat uit een aantal artikelen dat is geschreven in een tijdsperiode waarin ICS zich razendsnel heeft ontwikkeld. De meerderheid van

de artikelen in dit proefschrift zijn reeds gepubliceerd (of liggen ter beoordeling voor) in tijdschriften en bundels. De artikelen in dit proefschrift vormen samen een uitgebreide verkenning van de kinderrechten die door ICS het meest onder druk komen te staan. Daarnaast bevat dit proefschrift praktische aanbevelingen op basis van het IVRK die gebruikt kunnen worden om deze kinderrechten te beschermen, te bevorderen en te waarborgen.

De hoofdvraag van dit onderzoek is de volgende:

Wat is de rol van internationale mensenrechten (in het bijzonder de normen en standaarden die in het IVRK zijn neergelegd) bij het beschermen en versterken van de rechten van kinderen in ICS en hoe moeten de rechten van deze kinderen worden verstaan en benaderd vanuit een internationaal kinder- en mensenrechtenperspectief in relatie tot de andere partijen en rechthebbenden?

Vervolgens worden de volgende onderzoeksvragen geanalyseerd:

- *Op wat voor manier vormt ICS een uitdaging voor kinderrechten?*
- *Welke kinderrechten staan het meest onder druk bij ICS?*
- *Hoe kunnen normen en standaarden uit het internationale mensenrechtenkader (in het bijzonder die welke zijn neergelegd in het IVRK) worden gebruikt om de rechten van kinderen in ICS situaties te beschermen?*
- *Hoe moeten de met elkaar botsende rechten en belangen van kinderen en anderen in ICS tegen elkaar worden afgewogen op een manier die in overeenstemming zijn met en gebaseerd zijn op de normen en standaarden van het internationaal mensenrechtenkader?*

Er is nog weinig wetenschappelijk onderzoek naar ICS voorhanden vanuit een kinderrechtenperspectief binnen het internationaal mensenrechtenkader; in dit onderzoek wordt gepoogd dat gat te dichten. Daarnaast zal in dit onderzoek worden getracht:

- de kwetsbaarheid van het kind en de manieren waarop kinderrechten onder druk staan in ICS inzichtelijk te maken;
- te laten zien hoe het internationaal mensenrechtenkader – in het bijzonder het IVRK – een beschermend kader kan bieden voor kinderen die zijn verwekt en geboren via ICS en hoe dit kan worden versterkt om zo te waarborgen dat deze kinderen hun IVRK-rechten kunnen genieten en uitoefenen, ongeacht het feit dat ze via ICS ter wereld zijn gekomen; en
- praktische voorstellen te doen hoe kinderen en hun rechten beter beschermd kunnen worden bij ICS.

Hoofdstuk 1 biedt een brede introductie op het onderwerp van dit proefschrift. Het zet de onderzoeksvragen uiteen, beschrijft de onderzoeksmethode en de reikwijdte van het onderzoek en plaatst het proefschrift binnen de huidige *state of the art* op dit onderzoeksgebied. Het hoofdstuk introduceert ICS als fenomeen, legt uit hoe het in de praktijk voorkomt, en legt uit waarom het

noodzakelijk is om de focus te leggen op kinderrechten in de context van ICS door de lens van de internationale mensenrechten bezien. Bovendien bevat het hoofdstuk een helder overzicht van de structuur en inhoud van het proefschrift.

Hoofdstuk 2 gaat in op de ontwikkeling van de ICS-markt en richt zich met name ook op de partijen wiens rechten en belangen onder druk staan in ICS, de 'kernpartijen' in een ICS-traject, namelijk het kind, de draagmoeder en de wensouders. De belangrijkste bio-ethische en morele uitdagingen van ICS worden kort besproken en bieden daarmee belangrijke achtergrondcontext voor de kinderrechten focus van dit proefschrift. Dit hoofdstuk is ook een voorbode van sommige van de problemen die door het bestaan van conflicterende rechten en belangen van de kernpartijen bij een ICS-traject worden veroorzaakt.

Hoofdstuk 3 zet de rechten van kinderen die worden verwekt en geboren via ICS en de rechten van de draagmoeder centraal. De primaire focus ligt op de rechten van de kinderen en de secundaire focus op de rechten van de draagmoeder. De meest essentiële uitdagingen voor kinderrechten in ICS worden aangewezen en besproken binnen de context van en met verwijzing naar de relevante bepalingen van het IVRK. Dit is de aanzet voor een completer beeld van de potentiële negatieve gevolgen voor kinderrechten bij ICS. Dit hoofdstuk bevat ook een overzicht van de meest in het oog springende potentiële mensenrechtenschendingen die betrekking hebben op de vrouwen in de context van ICS, en bespreekt een aantal van de mensenrechtenuitdagingen die zowel de kinderen als de draagmoeder betreffen in de ICS, namelijk het risico van commodificatie en mensenhandel. Hiermee wordt het bredere mensenrechtelijk kader waarin ICS plaatsvindt, belicht, waarmee ook de intersectionele aard van veel van de rechten en belangen die onder druk staan in ICS wordt benadrukt.

Hoofdstuk 4 laat de complexiteit zien van de moeder-kind relatie in de context van ICS en biedt een analyse van de manier waarop de rechten en belangen van het kind en die van zijn meerdere 'moeders' tegen elkaar kunnen worden afgewogen. Dit hoofdstuk belicht op unieke wijze een van de centrale relaties binnen alle ICS-trajecten, namelijk tussen het kind en de meerdere potentiële 'moeders'. Het bespreekt het construct van de 'moeder' als inherent verbonden aan 'kind', en analyseert de verschillende 'moeders' die bij ICS betrokken zijn: de draagmoeder (de enige met een moeder-foetus band door het dragen en het baren van het kind); de genetische moeder (de enige vrouw die door DNA met het kind verbonden is); en de wensmoeder (als er een vrouw bij het traject is betrokken, de vrouw of vrouwen die de het kind wil(len) opvoeden). Deze discussie laat zien dat het bepalen van de status van de verschillende potentiële moeders zowel sociaal als juridisch ingewikkeld is. Hiermee legt het hoofdstuk de betwistbare aard van het concept 'moeder' in ICS bloot en legt de link met de bijbehorende implicaties voor de rechten van kinderen. De mogelijke belangen van elk van deze potentiële 'moeders' in ICS

ten opzichte van het kind worden bekeken en er wordt aandacht besteed aan de vraag hoe die rechten en belangen kunnen worden afgewogen tegen de rechten van het kind.

Hoofdstuk 5 gaat dieper in op de kinderrechten in het kader van ICS en ontwikkelt de idee van het kind als de *locus van kwetsbaarheid* in ICS-trajecten. Als onderdeel van deze analyse bevat dit hoofdstuk een uitgebreide bespreking van de ethische en economische aspecten van het vercommercialiseren van de conceptie van kinderen. Daarnaast worden de kinderrechten die het meest onder druk staan in de context van ICS nader belicht; het recht van het kind op nationaliteit en op behoud van identiteit, het recht om in een gezinsomgeving op te groeien, op onderwijs, gezondheid en sociale zekerheid. Dit hoofdstuk bespreekt ook ontwikkelingen in de jurisprudentie (door de analyse van rechterlijke uitspraken) en niet-juridische reacties (in het bijzonder nationale richtlijnen/richtlijnen uitgegeven door de overheid als een quasi-beleidsmatige benadering van ICS) in drie 'verzoekende' staten (Australië, Nieuw-Zeeland en het Verenigd Koninkrijk). Deze ontwikkelingen worden onderzocht in het licht van het kinderrechtenkader, om te bezien in hoeverre kinderrechten worden bevorderd, beschermd en nageleefd door deze juridische en niet-juridische reacties op ICS. Dit hoofdstuk laat zien dat een botsing tussen de rechten van het kind en de andere kernpartijen in ICS moeilijk te voorkomen is, maar dat een grotere inzet van maatregelen die de belangen en rechten van kinderen centraal plaatsen in de ICS-praktijk, zowel noodzakelijk als mogelijk is.

Hoofdstuk 6 zorgt dat er een holistische kijk op kinderrechten in ICS aan deze studie ten grondslag ligt door te overwegen hoe beslissingen en handelingen tijdens de fase voor de conceptie van het kind en tijdens de zwangerschap invloed kunnen hebben op de rechten van kinderen na hun geboorte via ICS. Sommige IVRK-rechten zullen inderdaad negatief worden beïnvloed door beslissingen die voor de conceptie van het kind zijn genomen. Dit hoofdstuk identificeert en bestudeert deze kinderrechtenuitdagingen die al voor de conceptie of tijdens zwangerschap kunnen ontstaan en stelt dat vanwege het internationale, geplande karakter van ICS en de betrokkenheid van meerdere potentiële ouders, er stappen genomen moeten worden om de rechten van het toekomstige kind zowel voor de conceptie als tijdens de zwangerschap te beschermen in alle ICS-trajecten. De analyse in dit hoofdstuk laat zien dat er geen internationale consensus bestaat met betrekking tot de rechtsbescherming van het ongeboren kind, zoals blijkt uit nationale jurisprudentie, regionale mensenrechteninstrumenten, nationale grondwetten en internationale mensenrechteninstrumenten. Het IVRK laat de mogelijkheid echter open om enige bescherming te verlenen voor de geboorte van een toekomstig kind; jurisprudentie laat ook zien dat het mogelijk is het kind enige bescherming te bieden voor de geboorte, zonder het daarbij rechten voor de geboorte toe te kennen. In dit hoofdstuk wordt een voorstel gedaan voor bescherming van de IVRK-rechten van het toekomstige kind voor de conceptie en de geboorte; dit voorstel

omvat drie basiswaarborgen die praktisch geïmplementeerd kunnen worden om zo te verzekeren dat kinderen hun IVRK-rechten ook kunnen genieten als ze via ICS geboren worden. Een veelheid aan actoren hebben hierin een rol te spelen en hun verschillende rollen worden in dit hoofdstuk besproken. Het gaat hierbij niet om het toekennen van rechten aan ongebooren kinderen, maar om het beschermen van potentiële rechten voorafgaand aan conceptie en geboorte, zodat het kind die rechten na de geboorte ook daadwerkelijk kan uitoefenen.

Hoofdstuk 7 analyseert één van de belangrijkste kinderrechtenuitdagingen in ICS: het waarborgen van het recht van het kind op nationaliteit onder artikel 7 IVRK. Kinderen die via ICS worden geboren, zijn soms stateloos en stranden in de staat van hun geboorte. Dit hoofdstuk bevat een overzicht van de rechten van het kind onder artikel 7 IVRK en bespreekt waarom en op welke manier staatloosheid zich kan voordoen in het kader van ICS. Uit jurisprudentie blijkt dat kinderen die via ICS zijn geboren soms maar moeilijk een nationaliteit kunnen verkrijgen, met name in de volgende drie ICS scenario's: a) wanneer het onmogelijk is voor een kind een nationaliteit te verwerven omdat het ouderschap van het kind niet wordt erkend; b) wanneer het nationaliteitsrecht van het geboorteland van het kind en van de staat van de nationaliteit van de wensouders elkaar tegenspreken; en c) wanneer een kind door de wensouders wordt achtergelaten in de geboortestaat. Het feit dat het recht van een kind op een nationaliteit samenhangt met andere IVRK rechten, wordt in dit hoofdstuk benadrukt. Bovendien wordt aandacht besteed aan de verschillende manieren waarop staten met dreigende staatloosheid van kinderen in ICS omgaan. Er wordt beargumenteerd dat het gebrek aan internationale consensus op het gebied van ICS geen barrière hoeft te vormen voor samenwerking tussen staten om staatloosheid van de betrokken kinderen te voorkomen. Op basis van bestaande internationale mensenrechtenstandaarden en kinderrechtenprincipes worden praktische oplossingen aangedragen om te voorkomen dat kinderen in de toekomst hun IVRK-recht op een nationaliteit niet kunnen uitoefenen. In het bijzonder wordt in hoofdstuk 7 voorgesteld om een internationale richtlijn op te stellen die weerspiegelt dat de staat van de van gewone verblijfplaats van de wensouders een nationaliteit moet verlenen aan het kind indien dit anders stateloos zou zijn op voorwaarde dat er een genetische band bestaat tussen het kind en minstens één van de wensouders. Daarnaast zou een dergelijke richtlijn moeten weerspiegelen dat staten een nationaliteit verlenen aan een kind dat via ICS op hun grondgebied is geboren als dit kind anders stateloos zou zijn.

Hoofdstuk 8 richt zich op het recht van het kind op het behoud van identiteit zoals neergelegd in artikel 8 IVRK, in de context van ICS. Net als het recht op nationaliteit, is het recht op behoud van identiteit één van de rechten die het meest onder druk staat in de context van ICS en vormt daarmee het hart van de kinderrechtenuitdaging die uit ICS voortvloeit, gegeven de levenslange gevolgen voor het kind van schending van dit recht. Alhoewel nationaliteit

een element is van de identiteit van een kind, is het slechts een van de vele elementen in dit opzicht. Daarom worden in dit hoofdstuk de andere elementen van identiteit die in ICS onder druk staan geïdentificeerd (genetisch en biologisch identiteit (waaronder het recht op gezondheid van het kind); persoonlijke geschiedenis; en culturele identiteit). Daarnaast wordt ook gekeken waarom het behoud van identiteit zo belangrijk is in de context van ICS. Deze discussie is gegrond op artikel 8 IVRK en regionale mensenrechtenjurisprudentie, maar trekt ook lering uit kennis over adoptie, donorconceptie en nationaal draagmoederschap. Het centrale argument dat in dit hoofdstuk naar voren wordt gebracht, is dat het kinderrecht van artikel 8 IVRK op een proactieve en solide manier moet worden beschermd in ICS, in het bijzonder door de wensouders, medici, draagmoederschapsklinieken en staten, om te waarborgen dat kinderen de genetische, biologische en culturele elementen van hun identiteit en hun persoonlijke geschiedenis kunnen behouden. Hoofdstuk 8 maakt duidelijk dat het niet beschermen van dit recht, levenslange gevolgen voor het kind zal hebben. Dit wordt geïllustreerd aan de hand van voorbeelden waarin de artikel 8 rechten van kinderen die via ICS zijn verwekt en geboren in gevaar zijn gebracht en in sommige gevallen zelfs zijn geschonden. Uit dit hoofdstuk blijkt dat het waarborgen van het recht op behoud van identiteit van wezenlijk belang is voor alle kinderen die via ICS ter wereld komen.

Hoofdstuk 9 bevat een analyse van de baanbrekende uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaken *Mennesson v. France* en *Labassee v. France*. Deze zaken zijn belangrijk voor deze studie omdat het de eerste uitspraken zijn over draagmoederschap van een regionaal mensenrechtenhof; bovendien zijn ze belangrijk omdat ze het begin lijken te zijn van een benadering van ICS waarbij de rechten van de berokken kinderen centraal staan. In dit hoofdstuk worden deze twee zaken geanalyseerd, de hoofdargumenten van het EHRM uiteengezet en wordt een analyse gemaakt van deze uitspraken. Door een sterke kinderrechtengerichte benadering, benadrukt het EHRM de kwetsbaarheid van kinderen die zijn geboren uit ICS-trajecten. De uitspraken van het EHRM zijn gefocust op nationaliteit en identiteit, daarom bouwt de discussie in dit hoofdstuk voort op de twee vorige hoofdstukken en biedt daarmee een mogelijkheid om de rechten van het kind in de alledaagse praktijk van ICS te beschouwen. Dit hoofdstuk bespreekt de impact van deze beslissingen op Europees en op internationaal niveau, in een wereld waarin overheden worstelen met de complexiteit en de gevolgen van ICS-trajecten, in het bijzonder waar het de rechten van kinderen in deze situaties betreft. Alhoewel de Grote Kamer van het EHRM sindsdien andere zaken met betrekking tot ICS heeft behandeld, geeft dit hoofdstuk inzicht in de redeneringen van een gerechtelijke instantie die met ICS worstelt als een nieuw fenomeen. Om deze uitspraken in de context van vandaag de dag te plaatsen, bevat het hoofdstuk een Addendum waarin de zaak *Paradiso Campanelli v. Italy* uitgebreid wordt besproken.

In *Hoofdstuk 10* staat het belang van een belangenafweging in ICS centraal. Zoals in voorgaande hoofdstukken is aangetoond, komen de rechten en belangen van kinderen in ICS, door de aard van deze manier van gezinsvorming, vaak in conflict met die van de andere kernpartijen bij een ICS-traject. In hoofdstuk 10 komen deze verschillende lijnen samen, en wordt gesteld dat de rechten tegen elkaar moeten worden afgewogen in de context van ICS om tot een balans te komen tussen de rechten en belangen van het kind en die van de ander kernpartijen bij ICS: draagmoeders, eicel- en spermadonoren en de wensouders. Dit balanceren van rechten van de verschillende kernpartijen moet tijdens het hele ICS traject plaatsvinden, waarbij zodra het kind geboren is de rechten en belangen van het kind prioriteit moeten hebben, gezien zijn levensstadium en kwetsbaarheid vergeleken met de andere kernpartijen. Net als in de vorige hoofdstukken, wordt hier vooral aandacht besteedt aan de kinderrechten die het meest onder druk staan in ICS, zonder daarbij de ondeelbare, onderling afhankelijke en vervlochten aard van kinderrechten te miskennen, met focus op de noodzaak de rechten van kinderen in alle ICS situaties te respecteren. In dit hoofdstuk wordt voorgesteld om, naast deze benadering, het principe van menselijke waardigheid te gebruiken als leidraad voor het wegen. Hierdoor kan, waar nodig, een volledige afweging worden gemaakt van de belangen en rechten van kinderen enerzijds en de belangen en rechten van andere kernpartijen anderzijds.

Hoofdstuk 11 dient als de algemene conclusie van het proefschrift. Het benadrukt nogmaals de complexe aard van ICS en het gebrek aan internationale regelgeving en het feit dat kinderen desalniettemin via ICS geboren worden en daardoor het risico lopen dat hun rechten worden geschonden. Het hoofdstuk bevat een dwarsdoorsnede van de veranderingen die tijdens het schrijven van dit proefschrift op het gebied van ICS hebben plaatsgevonden. Zo is er bijvoorbeeld aandacht voor aanbodstaten die toegang hun groeiende ICS markt al hebben geblokkeerd door middel van wetgeving of beleidsinterventies of daarmee bezig zijn. Ook is er aandacht voor internationale initiatieven die zich de afgelopen jaren hebben ontwikkeld om internationale mensenrechten en normen een plek te geven binnen ICS, en de mogelijkheden voor internationale overeenstemming met betrekking tot ICS te onderzoeken.

Dit afsluitende hoofdstuk plaatst het proefschrift niet alleen in een hedendaagse context, maar zet daarnaast de centrale conclusies van dit onderzoek om in een breed raamwerk van aanbevelingen. Deze aanbevelingen komen voort uit en zijn gebaseerd op de eerdere hoofdstukken in dit proefschrift en worden gepresenteerd als een 'Framework of recommendations for promoting and protecting the rights of children in International Commercial Surrogacy'. Ze kunnen dienen als een raamwerk voor een *General Comment* van het Kinderrechtencomité van de Verenigde Naties. De aanbevelingen bevatten praktische stappen die ondernomen kunnen worden om bestaande internationale kinderrechtenstandaarden en -normen te verstevigen, om zo de rechten van kinderen beter te beschermen bij de mogelijke implementatie van ICS, waardoor schade

aan kinderen en hun rechten in de praktijk van ICS zou kunnen worden geminimaliseerd. Sommige van de aanbevelingen kunnen direct worden geïmplementeerd, en andere over een langere tijdspanne, afhankelijk van de toenemende internationale overeenstemming over ICS. Daarnaast worden in dit hoofdstuk nieuwe onderzoeksvragen voor toekomstig onderzoek naar kinderrechten in de context van ICS geïdentificeerd en worden mogelijkheden voor internationale consensus met betrekking tot ICS op lange termijn besproken. Ten slotte benadrukt dit afsluitende hoofdstuk dat zo lang er kinderen via ICS worden geboren, het van het grootste belang is dat de plichtendragers op grond van het IVRK beslissingen nemen die de rechten, belangen en de inherente menselijke waardigheid beschermen en bevorderen van alle kinderen die via ICS ter wereld komen.