

FAMILIE & RECHT

DOI: 10.5553/FenR/000019

Draagmoederschap naar Belgisch en Nederlands recht

Dr. Liesbet Pluym

Aanbevolen citeerwijze bij dit artikel

Dr. Liesbet Pluym, 'Draagmoederschap naar Belgisch en Nederlands recht',
F&R mei 2015, DOI: 10.5553/FenR/.000019

Titel 1. Inleiding

1. Deze bijdrage behandelt draagmoederschap naar Belgisch en Nederlands recht. Ze heeft tot doel om de houding van de twee buurlanden ten aanzien van dit controversiële fenomeen te onderzoeken en te vergelijken.

Nadat de gebruikte begrippen een omschrijving kregen (titel 2), komt de toepassing van draagmoederschap in België en Nederland aan bod (titel 3). Daarna worden achtereenvolgens de strafrechtelijke (titel 4), gezondheidsrechtelijke (titel 5), verbintenisrechtelijke (titel 6), afstammingsrechtelijke (titel 7) en internationaalprivaatrechtelijke (titel 8) aspecten van draagmoederschap behandeld. Er wordt afgesloten met een blik op toekomstige wetgeving in beide landen (titel 9).

Titel 2. Begripsomschrijving

2. *Draagmoederschap* is het fenomeen waarbij een vrouw in haar baarmoeder een vrucht tot ontwikkeling laat komen en een kind baart met de bedoeling het aan anderen af te staan.¹

HetDe Nederlandse wetsartikel 151b, derde lid Wetboek van Strafrecht (hierna Sr.) definieert de term *draagmoeder* als 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. Die 'ander' is de *wensouder*.

Draagmoederschap veronderstelt steeds het bestaan van een voorafgaande afspraak tussen de wensouders en de draagmoeder.² Naar deze afspraak wordt verwezen met de term *draagmoederschapsovereenkomst*. Het is essentieel dat de partijen de overeenkomst afsluiten *vóór de verwekking van het kind*.³ Er is maar van dergelijke overeenkomst sprake wanneer tenminste drie verbintenissen worden aangegaan. De eerste twee betreffen verbintenissen van de draagmoeder. Zij verbindt er zich toe een kind in haar baarmoeder te laten ontwikkelen en na de bevalling het verwekte kind aan de wensouders over te dragen. Zij gaat m.a.w. de verbintenis aan om haar moederschap over dat kind niet op te eisen. De wensouders verbinden er zich dan toe om het kind in hun gezin op te nemen.

3. Men onderscheidt laag- en hoogtechnologisch draagmoederschap, waarbij de oorsprong van de eicel determinerend is.

In het geval van *laagtechnologisch draagmoederschap* is de draagmoeder zelf de genetische moeder. Zij vervangt de wensmoeder zowel op biologisch als op genetisch vlak, zowel op het vlak van de zwangerschap als op het vlak van de conceptie.⁴ Het is daarbij niet noodzakelijk dat de wensvader de genetische vader is. Een beroep op een spermadonor is ook in dit geval denkbaar. De bevruchting kan tot stand komen na kunstmatige inseminatie (verder KI), maar de tussenkomst van een arts is bij deze vorm niet noodzakelijk (vandaar *laagtechnologisch*): geslachtsgemeenschap tussen draagmoeder en wensvader, of zelfinseminatie met zaadcellen – al dan niet afkomstig van de wensvader – door de draagmoeder zijn ook mogelijk.

Bij *hoogtechnologisch draagmoederschap* is de draagmoeder niet de genetische moeder. In dit geval is het evenmin noodzakelijk dat de wensouders de genetische ouders zijn. De betrokkenheid van een eicel-, zaadcel- of embryodonor is niet uitgesloten. Hoe dan ook is bij de draagmoeder steeds een embryotransfer nodig, waardoor de tussenkomst van een arts vereist is (vandaar *hoogtechnologisch*).

4. Commercieel draagmoederschap onderscheidt zich van altruïstisch draagmoederschap. Wanneer de draagmoeder voor haar tussenkomst een financiële vergoeding krijgt die de kosten van de verwekking, zwangerschap en bevalling overschrijdt, is er sprake van *commercieel draagmoederschap*. Indien enkel een vergoeding wordt betaald voor de kosten die samengaan met de verwekking, zwangerschap en de bevalling, is er sprake van *altruïstisch draagmoederschap*.⁵

Titel 3. Toepassing van draagmoederschap

Hoofdstuk 1. In België

5. Hoewel België al met enkele complexe en soms schokkende draagmoederschapssituaties zoals bv. de bekende zaak *Baby D.*⁶ te maken heeft gehad, is wetgeving uitgebleven. Hierdoor verkeert draagmoederschap in een *juridisch vacuüm*, met *rechtsonzekerheid* tot gevolg. Dit heeft als gevolg dat het gemeen recht van toepassing op dit fenomeen. Dit geeft aanleiding tot verschillende juridische problemen, zoals uit de verdere uiteenzetting zal blijken.

6. Er zijn geen exacte cijfers bekend over hoe vaak draagmoederschap in België voorkomt. Het zou (voorlopig) een *marginaal verschijnsel* zijn.⁷ Omdat de betrokken partijen soms trachten het draagmoederschap te verbergen, komt het wellicht toch vaker voor dan gedacht.⁸

7. In België komt zowel *medisch begeleid* als *niet-medisch begeleid* 'do-it-yourself' draagmoederschap voor. Het is niet mogelijk om de toepassing van deze laatste vorm in beeld te brengen. De verwekking gebeurt in de loutere privésfeer van de wensouders en draagmoeder, zonder tussenkomst van een derde.

Medisch begeleid draagmoederschap gebeurt daarentegen in erkende fertiliteitscentra. Het is pas mogelijk doordat artsen en andere medische beroepsbeoefenaars tussenkomen bij de verwekking van het kind. Dit laat toe dat op deze vorm wel een duidelijker zicht kan worden verkregen.

8. De *Nationale Raad van de Orde van Geneesheren* heeft bij gebrek aan een wettelijk kader enkele fundamentele deontologische aanbevelingen geformuleerd voor de artsen die bij deze praktijk betrokken zijn. De indicatie moet beperkt zijn tot onomkeerbare medische situaties die elke zwangerschap bij de wensmoeder onmogelijk maken. De kandidaat-gestationele moeder dient een medisch, psychologisch en sociaal onderzoek te ondergaan, met een tweevoudig doel, nl. nagaan wat haar motieven zijn en zich ervan vergewissen dat de zwangerschap geen ernstige risico's inhoudt voor de moeder of voor het kind. Ze moet inlichtingen krijgen over de risico's op medische complicaties die gepaard gaan met het draagmoederschap alsook over de juridische procedures die eraan verbonden zijn. De draagmoeder moet al een zwangerschap hebben doorgemaakt. De praktijk mag geen aanleiding geven tot een commerciële afdwaling, wat een redelijke vergoeding voor de draagmoeder niet belet en er moet worden gezorgd voor een zo goed mogelijke begeleiding en omkadering van de betrokken kinderen en ouders.⁹

9. Slechts 4 van de 34 erkende Belgische centra voor reproductieve geneeskunde¹⁰ begeleiden draagmoederschap, met name de centra voor reproductieve geneeskunde van het Universitair Ziekenhuis

Gent¹¹, het Universitair Ziekenhuis Antwerpen, het Universitair Medisch Centrum Sint-Pieter te Brussel¹² en het Centre Hospitalier Régional de la Citadelle van de Universiteit Luik. Deze beperkte toepassing is te verklaren door het beperkte aantal medische indicaties die in aanmerking komen voor een medisch begeleide toevlucht tot draagmoederschap, door het ontbreken van enig wettelijk kader, wat leidt tot onzekerheid voor zowel patiënten als betrokken beroepsbeoefenaars, en door de combinatie van ethische, psychologische en medische aspecten die het merendeel van de medische teams ontmoedigt.¹³

De fertiliteitscentra leggen *strengere toepassingsvoorwaarden* op die steeds in evolutie zijn. De voorwaarden zijn verschillend naargelang het centrum dat behandelt. De selectie- en screeningsprocedures zijn strikt. De nadruk ligt op psychologische begeleiding en juridische adviesverlening, om zo zeker te zijn dat de betrokkenen hun geïnformeerde toestemming geven. In elk centrum verloopt er ook een zekere tijd vooraleer het orgaan met beslissingsbevoegdheid zijn beslissing neemt. Dit betekent dat de behandelingsprocedure lang en lastig is. Hierdoor blijven enkel de echt gemotiveerde kandidaat-wensouders en -draagmoeders over en is er geen ruimte voor impulsiviteit. Deze strenge selectieprocedure ligt waarschijnlijk aan de basis van de *afwezigheid van feitelijke problemen*, in die zin dat voornemens van draagmoeders en wensouders steeds uitvoering krijgen. Er werd nog geen enkele weigering vastgesteld van een draagmoeder om het kind af te staan of van een wensouder om het kind in zijn gezin op te nemen, wat toch opmerkelijk is. De artsen geven aan dat het gebrekkige juridische kader en in het bijzonder het onaangepaste afstammingsrecht de onzekerheid veroorzaken waarmee de betrokkenen worden geconfronteerd.

Hoofdstuk 2. In Nederland

10. Nederland neemt een *eerder restrictieve houding* t.a.v. draagmoederschap aan.¹⁴ Enerzijds is bemiddeling in draagmoederschap en openbaarmaking van vraag en aanbod er verboden.¹⁵ Anderzijds voorziet de wet wel in een beperkt gezondheidsrechtelijk kader.¹⁶ De voorwaarden om draagmoederschap uit te voeren zijn bepaald, maar de gevolgen van het fenomeen niet. In Nederland is dan ook het gemeen recht verder van toepassing.

11. Hoogtechnologisch draagmoederschap is momenteel enkel mogelijk in het Medisch Centrum van de Vrije Universiteit Amsterdam (VUmc). Er werd op 6 april 2006 een centrum voor hoogtechnologisch draagmoederschap geopend.¹⁷ Daarvoor bestond reeds een landelijk intake- en expertisecentrum voor hoogtechnologisch draagmoederschap. Het centrum volgde een strikte procedure.

Voorafgaand aan de behandeling dienden de betrokken partijen medische, psychologische en juridische stappen te doorlopen.¹⁸ In de periode 1997-2004 vroegen meer dan 500 koppels om informatie over hoogtechnologisch draagmoederschap. Daarvan werden 202 koppels gescreend. Uiteindelijk ondergingen 35 wensparen IVF en werden 16 kinderen geboren.¹⁹

Het centrum hield er in 2004 mee op na het verkrijgen van het definitieve antwoord dat er geen IVF-klinieken meer zouden meewerken aan hoogtechnologisch draagmoederschap. Bovendien waren de interne obstakels in de academische ziekenhuizen, de ethische commissies en/of de raad van bestuur niet begrijpbaar. Er kwamen immers geen gemotiveerde afwijzingen, maar enkel berichten zonder enige verdere commentaar dat er besloten werd draagmoederschap daar niet te verrichten. De werkelijke reden was niet te achterhalen.²⁰

Een kleine twee jaar na het definitief ophouden van het landelijke intake- en expertisecentrum voor hoogtechnologisch draagmoederschap blies het VUmc hoogtechnologisch draagmoederschap nieuw leven in. Naast de wettelijke vereisten, stelt het VUmc nog bijkomende voorwaarden. De wens- en draagouders moeten de Nederlandse nationaliteit hebben, de Nederlandse taal beheersen en in Nederland woonachtig zijn. De wensouders mogen geen strafblad hebben met bezwarende feiten die een latere adoptie²¹ in de weg zouden staan. Zij dienen een verklaring van goed gedrag over te leggen. De wensouders moeten ook een testament opstellen voor het geval zij zouden overlijden vóór de adoptieprocedure. Het testament moet de nalatenschap regelen maar ook de gewenste invulling van de voogdij over het kind. De partijen stellen een overeenkomst op, waarin hun verplichtingen t.a.v. elkaar worden geëxpliciteerd, zoals afstand en opname van het kind. Deze overeenkomst is echter niet afdwingbaar.²²

Tussen het VUmc en het landelijk bureau van de *Raad voor de Kinderbescherming* zijn sluitende afspraken gemaakt. Op grond daarvan geeft de Raad na de geboorte via een verkort onderzoek de mogelijkheid aan de wensouders om het kind na de geboorte in het gezin op te nemen zodat later tot adoptie van het kind kan worden overgegaan. Daartoe moet de draagmoeder onder andere na de geboorte m.o.o. de gezagsoverdracht verklaren dat zij niet in staat is om het kind op te voeden en ervoor te zorgen. Verder mag enkel het genetisch materiaal van de beide wensouders worden gebruikt, zodat de adoptie er louter toe strekt de genetische realiteit te doen overeenstemmen met de juridische realiteit.²³ In 2010 waren er al drie kinderen geboren na draagmoederschap via het VUmc.²⁴

Desgevallend kan na goedkeuring van het verzoek de IVF-behandeling

nu ook in het Universitair Medisch Centrum Groningen plaatsvinden.²⁵

Titel 4. Strafrechtelijke aspecten

Hoofdstuk 1. Geen uitdrukkelijk strafrechtelijk verbod in België

12. Eén van de gevolgen van het gebrek aan een Belgisch wettelijk kader is dat *noch draagmoederschap, noch bemiddeling daarin verboden* zijn.²⁶ Zolang er geen uitdrukkelijk burgerrechtelijk of strafrechtelijk verbod is, is draagmoederschap toegelaten.²⁷ In de rechtsleer werd deze stelling ook vroeger al verdedigd.²⁸ Latere rechtspraak volgde deze visie door te stellen dat het draagmoederschap waarbij geen sprake is van enig winstbejag, niet strijdig is met de openbare orde.²⁹

13. Deze redenering gaat echter enkel op voor altruïstisch draagmoederschap. Commercieel draagmoederschap wordt vaak gekwalificeerd als ‘*verkoop van een kind*’, maar dit is geen afzonderlijk misdrijf in België. Men kan het evenmin kwalificeren als mensenhandel, aangezien dit een specifiek doel veronderstelt.³⁰ Zoals blijkt uit de drie bekende rechtszaken Baby J., M. en M. en Baby D., kan commercieel draagmoederschap desgevallend wel aanleiding geven tot andere strafrechtelijke misdrijven.

14. *Baby J.* was strikt genomen geen geval van draagmoederschap. De geboortemoeder ontdekte dat ze zwanger was maar zag zich, samen met haar partner – tevens biologische vader van het kind – niet in staat het kind te houden. Daarom besloten zij het te ‘verkopen’. Via het internet kwamen de geboorteparenten in contact met een Nederlands wenspaar met wie zij een overeenkomst tot overdracht van het kind sloten. De intentie om het kind af te staan bestond bijgevolg pas na de verwekking. Niettemin kunnen uit dit geval conclusies worden getrokken die naar analogie kunnen worden toegepast op commercieel draagmoederschap.

De verkoop van het kind kwam aan het licht o.m. door een vergissing van de draagmoeder. Er was tussen haar en de wensouders overeengekomen dat de draagmoeder zich bij de bevalling zou voordoen als de wensmoeder, maar in de verwarring ten gevolge van de bevalling gaf de draagmoeder eerst haar eigen identiteitsgegevens op. Deze moesten nadien worden gewijzigd. Een dag na de bevalling in 2008 vertrok de draagmoeder uit het ziekenhuis en werd het kind door de wensvader, samen met de partner van de draagmoeder, aangegeven bij de burgerlijke stand. Enkele maanden later vroeg een journalist aan het ziekenhuis of Baby J. daar geboren was. Hij had dit immers gelezen op een website waar de Nederlandse wensmoeder haar verhaal had gedaan. Hierop deed het ziekenhuis aangifte bij de

lokale politie.

De correctionele rechtbank te Gent veroordeelde de Belgische draagouders en de moeder van de draagmoeder voor *onderschuiving van het kind, valsheid in geschrifte* (art. 196 Strafwetboek (hierna Sw.)), *gebruik van valse akten* (art. 197 Sw.) en *onterende behandeling van het kind*.³¹ Onderschuiving van het kind bestaat erin aan een vrouw een kind toe te schrijven waarvan zij niet bevallen is (art. 363, eerste lid Sw.). Artikel 417, 3° Sw. verstaat onder een onterende behandeling, elke behandeling die in de ogen van het slachtoffer of van derden een ernstige krenking of aantasting van de menselijke waardigheid uitmaakt. Volgens de correctionele rechtbank valt commercieel draagmoederschap daaronder.

15. De tweeling *M. en M.* werd in 2008 geboren na commercieel, laagtechnologisch draagmoederschap. De kinderen werden bij de Belgische draagmoeder verwekt door kunstmatige inseminatie met donorsperma, op vraag van een bevriende Belgische alleenstaande wensmoeder. Na de geboorte bleek niettemin dat de draagvader, echtgenoot van de draagmoeder, de biologische vader was. De draagmoeder stond de kinderen af aan de wensmoeder voor € 13.000. Deze laatste voedde sindsdien de kinderen op. De correctionele rechtbank te Gent veroordeelde de wensmoeder op grond van artikel 391^{quater} Sw., omdat zij getracht had voor zichzelf, *met bedrieglijk inzicht een adoptie te verkrijgen* die strijdig is met de adoptiewetgeving – dit veronderstelt dat men te kwader trouw is.³² Haar vurige kinderwens kon niet worden ingeroepen als de rechtvaardigingsgrond van de onweerstaanbare dwang (art. 71 Sw.). De correctionele rechtbank veroordeelde de draagvader en wensmoeder daarnaast ook wegens mensonterende behandeling van het kind.³³

16. Ongetwijfeld de bekendste zaak is deze betreffende *Baby D.*, het kind geboren in 2005 uit een Belgische draagmoeder die tegen betaling zwanger was geworden na zelfinseminatie met zaadcellen van een Belgische wensvader.

Na de verwekking wou de Belgische draagmoeder het kind niet meer afstaan aan de Belgische wensvader en zijn echtgenote. De draagmoeder veinsde een miskraam om het kind onmiddellijk na de geboorte te verkopen aan een kinderloos Nederlands wenspaar, dat zich had aangeboden als pleegouders. Hiervoor had de draagmoeder een ruim bedrag gekregen. Uit een deskundig verslag bleek dat de Belgische wensvader de biologische vader was. Door tussenkomst van de media kwam de hele zaak aan het licht en werden alle betrokken partijen van het onderwerpen van het kind aan een onterende behandeling beschuldigd.

Volgens de correctionele rechtbank te Oudenaarde was er in de zaak Baby D. sprake van commercieel draagmoederschap tussen de draagmoeder en de Belgische wensouders. Zij maakten van bij aanvang afspraken over de financiële kant van de zaak. De rechtbank was van oordeel dat het forfaitaire karakter van het bedrag van € 8.000 en de gespreide betaling ervan van zodra vaststond dat de draagmoeder zwanger was, in de gegeven omstandigheden aantoonde dat dit bedrag een zuivere vergoeding betrof voor het draagmoederschap. Dit commerciële karakter kan volgens de rechtbank rekenen op ernstige maatschappelijke afkeuring en is bovendien moeilijk verzoenbaar met het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna IVRK) en in het bijzonder met artikel 35, met het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van het kind, inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie,³⁴ en evenmin met de adoptiewetgeving waarbinnen de verkoop van kinderen kan leiden tot een herziening van de adoptie (art. 351 Burgerlijk Wetboek (hierna BW)). Deze handeling tastte volgens de rechtbank zonder twijfel de menselijke waardigheid van het kind aan en viel juridisch dan ook onder de kwalificatie van ontorende behandeling. De Belgische wensouders en de draagmoeder en haar echtgenoot dienden allen te worden beschouwd als (mede)daders. Tussen de Nederlandse wensouders en de draagmoeder was er ook sprake van commercieel draagmoederschap.³⁵ Het kind, waarvan elk van de partijen wist dat de Belgische wensvader de genetische vader was, werd verkocht aan de meest biedende, namelijk het paar wensouders, voor minstens € 12.000, exclusief onkosten. Dergelijk handelen diende volgens de rechtbank onmiskenbaar te worden bestempeld als louter en zuiver commercieel draagmoederschap. Ook hier moesten alle partijen beschouwd worden als (mede)daders. De wijze waarop beide wens koppels hun kinderwens hadden ingevuld, meer bepaald door hun toevlucht te nemen tot commercieel draagmoederschap, diende als immoreel en maatschappelijk verwerpelijk te worden beschouwd.³⁶

Het hof van beroep te Gent bevestigde de uitspraak in eerste aanleg t.a.v. de draagouders en de Nederlandse wensouders.³⁷ Het hof stelde uitdrukkelijk dat het feit dat het kind bij de Nederlandse wensouders in een liefdevolle omgeving opgroeit, een evidentie is en geen reden om de vrijspraak te verlenen. De Belgische wensouders werden wel vrijgesproken. Het hof oordeelde dat zij te goeder trouw waren en het kind niet als koopwaar zagen. Zij hadden nooit de intentie om het kind te beschouwen als een voorwerp dat kon worden doorverkocht. Dat de Belgische wensvader tevens de biologische vader was, vormde een belangrijk element in de motivering van de beslissing. Het hof stelde dat het misdrijf 'ontorende behandeling' pas kan worden voltrokken vanaf het ogenblik dat het kind levend of levensvatbaar is geboren. Het is opmerkelijk dat het hof daaruit m.b.t. de Belgische wensouders

afleidde dat het feit dat het kind nog niet was geboren op het ogenblik van de gemaakte afspraken in het kader van de draagmoederschapsovereenkomst, elk strafbaar karakter aan deze handelingen ontnemt. Deze redenering kan immers ook worden gevoerd t.a.v. de andere betrokkenen. Ook zij hadden hun afspraken gemaakt vóór de geboorte van het kind, maar toch werden zij wel veroordeeld voor dit misdrijf. Hierdoor lijkt het alsof het ongeoorloofde karakter eerder ligt in het afstaan van het kind aan anderen dan aan diegenen aan wie men het kind eerst beloofd had. Het afstaan en het aanvaarden van het kind tegen betaling is niet illegitiem, maar wel de overdracht voor een tweede maal aan anderen, tegen de initiële afspraken in. Afspraken tussen draagmoeder en wensouders worden steeds prenataal en zelfs preconceptief gemaakt. Op grond van de argumentatie van het hof zou het dan niet mogelijk zijn dat (commercieel) draagmoederschap zelf ooit leidt tot een veroordeling wegens ontorende behandeling. Het hof stelt dan ook uitdrukkelijk dat een vergoeding bij draagmoederschap verwerpelijk is, maar daarom nog geen misdrijf uitmaakt. De menselijke waardigheid wordt pas geschonden wanneer het al geboren kind daadwerkelijk wordt ‘verhandeld’ en doorgegeven als koopwaar. Commercieel draagmoederschap *in se* is bijgevolg onvoldoende. De Gentse uitspraak is opmerkelijk, aangezien in de twee hoger vermelde zaken alle constitutieve bestanddelen voor het misdrijf van mensonterende behandeling aanwezig waren in hoofde van draagen/of wensouders door de loutere betaling voor het draagmoederschap, terwijl het Gentse hof bijkomende elementen vereist.

17. In de drie hoger besproken gevallen van commercieel draagmoederschap werden steeds *lichte straffen* uitgesproken. In de zaak Baby J. verkregen de draagouders en de moeder van de draagmoeder, veroordeeld tot een gevangenisstraf en boete, de gunst van de veroordeling bij uitstel³⁸.³⁹ Dit was ook het geval voor de draagvader in de zaak M. en M. De wensmoeder verkreeg hier de gunst van veroordeling bij opschorting⁴⁰.⁴¹ In de zaak Baby D. werden de draagmoeder en de Nederlandse wensouders veroordeeld tot een gevangenisstraf met uitstel en de draagvader tot een effectieve geldboete. De Belgische wensouders werden zelfs vrijgesproken.⁴²

Hoewel het steeds ging om ernstige feiten, nl. de verkoop en koop van kinderen en de daarmee gepaard gaande aantasting van de menselijke waardigheid van de kinderen, hadden de rechtbanken en het hof steeds oog voor de omstandigheden waarin deze feiten zich hadden voorgedaan. De draagouders bevonden zich in financiële moeilijkheden en een vurige kindrewens dreef de wensouders. Belangrijker nog was het feit dat de betrokken kinderen niet gebaat zouden zijn met een strenge bestraffing. Het is opmerkelijk dat wensouders minder zwaar worden bestraft dan de draagouders.

Verkoop van een kind lijkt bijgevolg minder verantwoord dan koop omwille van de achterliggende redenen van de betrokkenen. Draagouders handelen (o.m.) vanuit financiële motieven, terwijl de wensouders handelen vanuit een kinderwens, die eigen is aan de meeste mensen.

Hoofdstuk 2. Het Nederlandse verbod op professionele bemiddeling en openbaarmaking van vraag en aanbod inzake draagmoederschap

18. In Nederland voerde de wet van 16 september 1993 tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enige bepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap, artikel 151b in het Wetboek van Strafrecht⁴³ in: 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 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, uit te voeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of geldboete van de vierde categorie (art. 151b, eerste en derde lid Sr.).

Met dezelfde straf wordt gestraft degene die in het openbaar diensten aanbiedt, bestaande uit het teweegbrengen of bevorderen van dergelijke onderhandelingen of afspraak, alsook 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 (art. 151b, tweede lid Sr.).

Draagmoederschap zelf, of het aangaan van een draagmoederschapsovereenkomst, is niet strafbaar.⁴⁴

19. De Nederlandse regering achtte een algeheel verbod op draagmoederschap en op elke bemiddeling niet handhaafbaar, aangezien vaak niet zal kunnen worden aangetoond dat het voornemen om afstand te doen van het kind reeds vóór de zwangerschap bestond. Dergelijk verbod handhaven zou bovendien leiden tot een opsporingsonderzoek dat verregaand in de persoonlijke levenssfeer van de draagmoeder zou ingrijpen. Een commercieel oogmerk achtte men ook moeilijk aan te tonen, aangezien moet worden bewezen dat de ontvangen vergoeding meer dan kostendekkend was.⁴⁵

Om die redenen hield men het in het eerste lid bij de bewoording ‘in de uitoefening van een beroep of een bedrijf’. Men beoogde hiermee te

voorkomen dat commercieel draagmoederschap zich als maatschappelijk verschijnsel gaat ontwikkelen.⁴⁶ Anders dan de titel van de wet laat vermoeden, gaat het om een *verbod op beroeps- of bedrijfsmatige bemiddeling bij draagmoederschap*.⁴⁷ Deze bepaling verzet zich niet tegen elke bemiddeling, zoals bv. door een familielid of vriend(in). De wensouders en draagmoeder blijven ook buiten schot.⁴⁸ De gebruikelijke hulpverlening en advisering van een arts of jurist is evenmin een vorm van bemiddeling.⁴⁹

Het doel van deze strafbaarstelling was onder meer om te voorkomen dat draagmoeders en wensouders elkaar vinden. Draagmoederschap mocht geen normale zaak worden. De gecompliceerde ethische en juridische vraagstukken en de psychologische effecten die voor de draagmoeder en het kind aan draagmoederschap verbonden zijn, waren daarvoor de reden.⁵⁰

20. De *openbaarmaking van vraag en aanbod* die wordt bestraft door artikel 151b, tweede lid Sr. veronderstelt niet dat het strafbare feit wordt gepleegd in uitoefening van een beroep of een bedrijf. De Raad van State vond deze bepaling bijgevolg in strijd met het doel en strekking van het wetsvoorstel, nl. vermijden dat commercieel draagmoederschap zich als een maatschappelijk verschijnsel zou ontwikkelen. Het tweede lid stelt immers openbaarmaking bij zowel commercieel als niet-commercieel draagmoederschap strafbaar.⁵¹

De vraag rees of dit verbod niet strijdig was met artikel 10 Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna EVRM) dat het recht op vrije meningsuiting behelst.⁵² Dit is geen absoluut recht. Een beperking is onder meer mogelijk ter bescherming van de openbare orde, de gezondheid of de goede zeden. Volgens de regering waren deze drie beperkingsgronden aanwezig.⁵³

21. Draagmoederschap kan in Nederland ook aanleiding geven tot illegale opname van pleegkinderen onder de zes maanden (art. 151a Sr. en art. 442a Sr.), illegale opname van een buitenlands kind met oog op adoptie (art. 2 Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (hierna Wobka) j^o art. 28 Wobka), verduistering van staat (art. 236 Sr.), en valsheid in geschrifte (art. 227, eerste lid Sr.) waarvan sprake is door het opzettelijk onzeker maken van de afstamming van het kind.⁵⁴

Zo veroordeelde de rechtbank te Zwolle beide wensouders uit de zaak *Baby J.* wegens valsheid in geschrifte en illegale adoptie van een buitenlands kind. De wensouders stelden dat zij niet wisten dat de adoptie van het Belgische kind in strijd was met de regels van Wobka.⁵⁵ De rechtbank vond dit echter niet aannemelijk. De wensouders hadden immers al ervaring met een adoptieaanvraag. Uit

het internetgedrag van de wensmoeder bleek ook dat zij op de hoogte was van de illegaliteit die draagmoederschap omringt. Het argument dat de Belgische draagmoeder en haar moeder de illegale overdracht afhandelden ging evenmin op. Uit e-mailverkeer bleek dat het initiatief tot het ondernemen van de actie steeds lag bij de Nederlandse wensmoeder. Het leek de rechtbank ongeloofwaardig dat de wensouders geen wetenschap hadden van de illegaliteit en bovendien was er sprake van een vooropgezet plan. De betrokkenen hadden geen besef van de schade die de verschillende belangen leden en van de veroorzaakte ongerustheid. Zij namen achteraf hiervoor ook geen verantwoordelijkheid op. Daarom oordeelde de rechtbank dat de straf vanuit vergeldend oogpunt aanzienlijk moest zijn, maar ook een preventieve werking moest hebben. De rechtbank legde de wensouders een voorwaardelijke celstraf van acht maanden op, een werkstraf van 240 uur en een voorwaardelijke boete van € 1.000, met een proeftijd van twee jaar.⁵⁶

Hoofdstuk 3. Tussenbesluit

22. Enkel Nederland kent een uitdrukkelijke strafrechtelijke bepaling die een bepaalde aspect van draagmoederschap strafbaar stelt, nl. professionele bemiddeling in draagmoederschap. Draagmoederschap op zich is bijgevolg in geen van de buurlanden een strafrechtelijk misdrijf. Niettemin kunnen zowel in Nederland als in België de omstandigheden rond draagmoederschap aanleiding geven tot andere misdrijven, zoals valsheid in geschrifte en het verkrijgen van een illegale adoptie.

23. Het is opmerkelijk dat in beide landen commercieel draagmoederschap waarbij het kind als het ware werd ‘verhandeld’ zelden leidt tot een vervolging⁵⁷ of een (zware) veroordeling, ondanks het feit dat de rechtbanken hun verontwaardiging in sterke woorden uitdrukken.

Titel 5. Gezondheidsrechtelijke aspecten

24. Bij hoogtechnologisch draagmoederschap moeten de draagmoeder en/of wensouders allerlei medische ingrepen of behandelingen ondergaan opdat de draagmoeder zwanger wordt. Hierdoor rijst de vraag welke gezondheidsrechtelijke bepalingen spelen.

Hoofdstuk 1. Toepassing van medisch begeleide voortplantingstechnieken

Afdeling 1. Onduidelijkheid over de toepassing van Belgische wetgeving inzake medisch begeleide voortplanting

25. In België is sinds 27 juli 2007 de wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten (hierna MBV-wet) van kracht.⁵⁸ Deze wet regelt o.m. de toepassing van voortplantingstechnieken zoals IVF en KI, de anonimiteit van donoren, informatieverplichtingen en afstammingsrechtelijke gevolgen.

De MBV-wet regelt draagmoederschap niet. Het werd *buiten beschouwing* gelaten omdat ten tijde van de voorbereiding van de wet meerdere andere wetsvoorstellen de specifieke problematiek van draagmoederschap behandelden.⁵⁹ Geen van deze wetsvoorstellen werd intussen wet. De vraag rijst naar de verhouding tussen de MBV-wet en draagmoederschap, aangezien er bij medisch begeleid draagmoederschap technieken aan te pas komen die uitdrukkelijk geregeld zijn door de MBV-wet.

Er bestaat immers onduidelijkheid over de gevolgen van de vermelding in de voorbereidende werken dat draagmoederschap niet wordt geregeld. Volgens GENICOT en LELEU valt niet *a contrario* af te leiden dat de wet beoogt draagmoederschap te verbieden.⁶⁰ Verder is onduidelijk in welke mate de termen en bepalingen van de wet van toepassing zijn op draagmoederschap.

De bevoegde ministers zonden verwarrende signalen uit over deze kwestie. Zo antwoordde de minister van Sociale zaken en Volksgezondheid op een parlementaire vraag dat er in België nog geen regelgeving rond het draagmoederschap is en dat de wet inzake medisch begeleide voortplanting dit niet kan regelen.⁶¹ Op een andere parlementaire vraag antwoordde de minister van Justitie dat, hoewel de wet het draagmoederschap niet regelt, zij een ruime draagwijdte heeft. Dit zou inhouden dat, indien er bij de uitvoering van een overeenkomst betreffende draagmoederschap een beroep wordt gedaan op een van de medisch begeleide voortplantingsactiviteiten die vallen onder het toepassingsgebied van de wet, ook de regels van de wet moeten worden nageleefd.⁶² Artikel 2, a), 2° MBV-wet geeft inderdaad een brede definitie van 'in vitro fertilisatietechnieken', nl. technieken waarbij op een gegeven ogenblik een eicel en/of een embryo wordt behandeld. Daaronder zou ook kunstmatige inseminatie van een draagmoeder, of IVF en daarop volgende inplanting van een embryo in de baarmoeder van een draagmoeder kunnen worden begrepen. Deze ministeriële antwoorden laten echter de onduidelijkheid over het toepassingsgebied bestaan.

De MBV-wet is m.i. van toepassing op draagmoederschap, maar slechts op beperkte vlakken, omdat, na analyse van de definities in artikel 2, de draagmoeder en wensouders niet kunnen worden beschouwd als donor, ontvanger of wensouder.

Essentieel in de definitie van *donor*, nl. ‘een persoon die gameten of embryo’s afstaat opdat ze in het kader van medisch begeleide voortplanting worden gebruikt bij ontvangers van gameten zonder dat een afstammingsband kan worden vastgesteld tussen het ongeborn kind en de donor’ is m.i. het woord ‘opdat’, wat een dubbele intentie veronderstelt. Een persoon die zijn gameten of embryo’s afstaat kan slechts onder twee voorwaarden als donor in aanmerking komen. Ten eerste moet hij de bedoeling hebben dat zijn gameten of embryo’s (anoniem) worden gebruikt voor medisch begeleide voortplanting bij ontvangers van embryo’s of gameten en ten tweede wenst de donor, ten tijde van de donatie, niet dat er een afstammingsband tussen hem en het ongeborn kind wordt vastgesteld. In de context van draagmoederschap is het uiteindelijke doel van de hele operatie dat de wensouders net wel de juridische ouders worden van dat kind. Er is in dit geval geen splitsing tussen het genetische en het intentionele ouderschap. Aangezien er geen sprake is van donatie, kan de draagmoeder geen *ontvanger van gameten* zijn.

Artikel 2, f) MBV-wet definieert een *wensouder* als ‘elke persoon die heeft besloten om ouder te worden door middel van medisch begeleide voortplanting, ongeacht of dit met zijn eigen gameten of embryo’s gebeurt of niet’. De draagmoeder heeft deze bedoeling niet en is dan ook geen wensouder. Strikt genomen zou men bij draagmoederschap de wensouders wel kunnen beschouwen als wensouders in de zin van de MBV-wet. Zij hebben immers beslist om ouder te worden door middel van medisch begeleide voortplanting. Deze interpretatie stemt echter niet overeen met de achterliggende bedoeling van de MBV-wet: de wensouder is degene die de voortplantingstechniek ondergaat en tegelijkertijd de ouder wenst te worden van het daaruit voortkomende kind. Wensouders bij draagmoederschap krijgen zelf geen medische behandeling, maar wel de draagmoeder.

26. De wet zal door deze interpretatie slechts een beperkte toepassing krijgen, m.n. op het vlak van afname van gameten, af te sluiten overeenkomsten en algemene zaken zoals de bevoegdheid van de centra of de gewetensclausule.

Artikel 22, tweede lid MBV-wet laat enkel anonieme embryodonatie toe. Dit zou een obstakel kunnen vormen voor draagmoederschap waarbij de gameten van de wensouders een embryo vormen, dat vervolgens wordt ingeplant bij de draagmoeder. De Raad van State merkte dit probleem reeds op. Hij vond de anonimiteit van de embryodonoren, nl. de wensouders in het raam van draagmoederschap, ten aanzien van de draagmoeder wel denkbaar, maar in de praktijk weinig waarschijnlijk.⁶³ Men zou dit kunnen omzeilen door de beide wensouders te beschouwen als gametendonoren. Niet-anonieme donatie van gameten is immers toegestaan (art. 57, eerste lid).⁶⁴ Dit idee werd ook reeds geopperd los

van draagmoederschap.⁶⁵ Volgens de hoger verdedigde stelling zijn de wensouders in het raam van de MBV-wet geen donoren waardoor de verplicht anonieme embryodonatie hoe dan ook geen probleem vormt.

De beperkte toepassing impliceert ook dat de correcties op de afstammingsregels uit het Burgerlijk Wetboek in de artikelen 27 en 56 MBV-wet geen toepassing krijgen bij draagmoederschap. Deze bepalingen maken het mogelijk dat wensouders in de zin van de MBV-wet, ondanks het feit dat zij niet de genetische ouders zijn, toch de juridische ouders worden. Artikel 27, eerste lid (inzake embryodonatie) bepaalt immers dat vanaf de implantatie de afstammingsregels als bepaald in het Burgerlijk Wetboek in het voordeel van de wensouder(s), die deze overtallige embryo's heeft (hebben) ontvangen, spelen. Het tweede lid bepaalt dat noch de donor noch de ontvanger van de embryo's of het kind een rechtsvordering kunnen instellen betreffende de afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen. Een gelijkaardige bepaling werd in artikel 56 opgenomen m.b.t. gametendonatie. Overeenkomstig de hoger verdedigde stelling dat er geen sprake is van donatie wanneer de gameten van de wensouders in het raam van draagmoederschap worden gebruikt, zullen deze gronden van niet-ontvankelijkheid niet spelen.⁶⁶ Dit betekent enerzijds dat de afstammingsregels opgenomen in het Burgerlijk Wetboek niet spelen in het voordeel van de wensouder die embryo's of gameten heeft ontvangen, wie dit in het raam van draagmoederschap ook zou mogen zijn. Anderzijds heeft dit tot gevolg dat de wensouders, aangezien zij geen donoren zijn, wel degelijk vorderingen inzake afstamming kunnen instellen: zij kunnen een vordering instellen tot betwisting van het moederschap van de draagmoeder⁶⁷, het eventuele vaderschap van de echtgenoot van de draagmoeder betwisten⁶⁸ of zelfs een vordering tot gerechtelijke vaststelling van hun ouderschap instellen. Een erkenning door de wensvader zal sowieso mogelijk zijn, aangezien de artikelen 27 en 56 enkel een vordering onmogelijk maken, terwijl erkenning een rechtshandeling is.⁶⁹ Zelfs als men de wensouders als donoren zou beschouwen, dan nog kan men verdedigen dat de artikelen 27 en 56 MBV-wet in het raam van draagmoederschap geen uitwerking krijgen. De rechtspraak⁷⁰ en rechtsleer⁷¹ nemen aan dat de MBV-wet enkel correcties aanbrengt op het afstammingsrecht indien er met donormateriaal wordt gewerkt. In die gevallen is er een splitsing tussen het wensouderschap en het genetische ouderschap, waarbij de wet de voorkeur geeft aan het wensouderschap.⁷² Deze splitsing bestaat niet indien medisch begeleide voortplanting wordt toegepast met gameten (eicellen of zaadcellen) afkomstig van het wenskoppel. In die gevallen blijven dan ook de gewone afstammingsregels uit het Burgerlijk Wetboek onverkort van toepassing.

Afdeling 2. Beperkt Nederlands kader met strikte

voorwaarden

27. Nederland kent een beperkt gezondheidsrechtelijk kader voor draagmoederschap. Artikel 2.3 van de bijlage bij het Planningsbesluit in-vitrofertilisatie⁷³ bepaalt dat de toepassing van IVF in combinatie met draagmoederschap geschiedt volgens de in het protocol⁷⁴ gestelde regels, die in overeenstemming dienen te zijn met de Richtlijn ‘Hoogtechnologisch draagmoederschap’ van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie (NVOG) van 1999 en slechts plaatsvindt indien de draagmoeder reeds een of meerdere kinderen heeft.

28. Voorafgaand aan de behandeling dient de verantwoordelijke arts een verklaring op te maken dat voor de behandeling een medische indicatie aanwezig is en voldaan is aan de in de Richtlijn gestelde regels. De richtlijn van de NVOG legt meerdere voorwaarden op⁷⁵:

- er moet sprake zijn van een harde medische indicatie, nl. de afwezigheid of niet naar behoren functioneren van de baarmoeder bij intacte ovaria of ernstige aandoeningen van de wensmoeder waardoor een zwangerschap voor haar levensbedreigend is en daardoor een absolute contra-indicatie voor de zwangerschap bestaat. Draagmoederschap dient te worden beschouwd als een *ultimum remedium*;
- de wensouders zijn de genetische ouders, wat wensparen van hetzelfde geslacht uitsluit;
- de draagmoeder mag niet ouder zijn dan 44 jaar;
- de wensmoeder mag niet ouder zijn dan 40 jaar;
- het gezin van de draagmoeder is bij voorkeur voltooid;
- de draagmoeder moet minstens een eigen kind hebben gebaard;
- de obstetrische voorgeschiedenis van de draagmoeder mag geen ernstige pathologie vermelden. Zij moet een normaal functionerende baarmoeder hebben en gezond zijn;
- de draagmoeder neemt maatregelen tijdens de behandelingscyclus ter voorkoming van een zwangerschap;
- de wensouders, draagmoeder en haar partner moeten een SOA-screening ondergaan;
- er moet een medische, psychologische en juridische

begeleiding plaatsvinden (waaronder een overeenkomst als integraal onderdeel van de behandeling) en

- de behandeling kan worden geweigerd op grond van o.m. het belang van het kind.

Hoofdstuk 2. Behandelingsovereenkomst met de arts

29. Net als bij elke andere medische ingreep, wordt een *behandelingsovereenkomst* afgesloten tussen de draagmoeder en de arts.

30. Aangezien de Nederlandse wetgeving uitdrukkelijk een medische behandeling van draagmoederschap toelaat, mag worden aangenomen dat de behandelingsovereenkomst afgesloten tussen draagmoeder, wensouders en fertiliteitsarts geldig is. Er bestaat alleszins geen discussie over de geldigheid in de Nederlandse rechtspraak of rechtsleer.

31. In België is de discussie er wel. NYS gaat uit van de *ab initio* nietigheid van de behandelingsovereenkomst, die het lot deelt van de absoluut nietige draagmoederschapsovereenkomst.⁷⁶ MASSON stelt dat een onderscheid moet worden gemaakt naargelang de toegepaste techniek. Komt het draagmoederschap tot stand door middel van kunstmatige inseminatie dan zal de overeenkomst met de arts in principe geldig zijn, voor zover zij werd afgesloten afzonderlijk van de overeenkomst tot afstand van het kind. Is er één overeenkomst, dan moet deze in haar geheel als nietig worden beschouwd. De clausules m.b.t. de arts hebben als – ongeoorloofde – oorzaak de afstand van het kind.⁷⁷ In het geval dat in het raam van IVF met embryotransfer een afzonderlijke overeenkomst werd gesloten met de arts, ontsnapt deze overeenkomst toch niet aan de nietigheid. De arts wist immers dat het kind zou worden afgestaan aan de wensouders: er valt niet in te zien waarom de wensouders anders beroep zouden doen op een draagmoeder.⁷⁸

M.i. heeft de behandelingsovereenkomst een *geldig voorwerp*, ongeacht de toegepaste techniek. De verwekking van een kind is niet strijdig met de goede zeden of openbare orde. In de huidige medische praktijk wordt enkel medewerking verleend aan hoogtechnologisch draagmoederschap. Dit veronderstelt medische ingrepen met toepassing van één van de technieken geregeld door de MBV-wet. De overeenkomst zal bijgevolg moeten voldoen aan de bijzondere voorwaarden van deze wet. Daarentegen meen ik dat de behandelingsovereenkomst een *ongeoorloofde oorzaak* heeft. Met deze overeenkomst beoogt de toekomstige draagmoeder een kind te krijgen dat zij zal afstaan aan de wensouders. Zij laat bij zich een kind verwekken met de bedoeling haar recht om het moederschap t.a.v. dit

kind op te eisen terzijde te schuiven. Dit is strijdig met de openbare orde.⁷⁹ De behandelingsovereenkomst zal bijgevolg absoluut nietig zijn. In dat geval bestaat er geen geldig afgesloten overeenkomst. Dit betekent dat er in principe evenmin sprake is van een contractuele aansprakelijkheid, maar wel van een buitencontractuele.⁸⁰

32. Wat de *strafrechtelijke aansprakelijkheid* van de arts betreft, bestaat er eveneens discussie. Volgens NYS en SENAËVE pleegt de arts een inbreuk op de *fysieke integriteit* van de draagmoeder door de toepassing van KI of inplanting van een embryo, wat aanleiding geeft tot het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen. De inbreuk kan niet worden gerechtvaardigd door de toestemming van de draagmoeder.⁸¹ Dat deze inbreuk eerder banaal zou zijn, kan geen afbreuk doen aan het strafrechtelijk sanctioneerbare karakter van de aantasting.⁸²

GULDIX en MASSAGER stellen dat er geen inbreuk wordt gemaakt op de fysieke integriteit van de draagmoeder nu zij tenslotte zelf beslist dat zij zwanger wil worden, waarbij de zwangerschap niet meteen zou kunnen worden gezien als een schending van de fysieke integriteit.⁸³ Volgens NYS maakt niet de zwangerschap de schending van de fysieke integriteit uit, maar wel het inbrengen van de zaadcellen of het embryo.⁸⁴

Deze laatste auteur stelt ook dat de behandeling van de draagmoeder geen therapeutisch of curatief doel heeft.⁸⁵ De draagmoeder zelf is immers perfect in staat om een kind te krijgen op natuurlijke wijze.⁸⁶ Anderen trachten de medische interventie te verantwoorden op grond van de wil van de draagmoeder om aan de problemen van de wensouders tegemoet te komen, naar analogie met orgaan- of beenmergdonatie, waar het aanvaard therapeutisch doel voor de ingreep bij de donor ook bestaat in het willen tegemoetkomen aan de wens van de ontvanger.⁸⁷ Volgens NYS gaat de vergelijking met orgaandonatie echter niet op omdat de inbreuk op de fysieke integriteit van de donor wordt gerechtvaardigd door uitdrukkelijke wettelijke bepalingen.⁸⁸ MASSAGER werpt op dat ook andere MBV-technieken worden toegepast op een vrouw, zonder dat deze de bedoeling hebben haar 'vruchtbaar' te maken. Dat blijkt uit het feit dat deze vrouw telkens beroep moet doen op medisch begeleide voortplanting om een kind te krijgen.⁸⁹

M.i. wordt inderdaad de fysieke integriteit van de draagmoeder geschonden door de embryotransfer, die bij hoogtechnologisch draagmoeder steeds vereist is. Deze inbreuk is echter *verschoonbaar*. De ingreep is immers niet van aard de gezondheid van de draagmoeder aan te tasten en zij stemt er wettelijk mee in.⁹⁰ GALLUS stelt terecht dat indien de draagmoeder met de ingreep instemt uit solidariteit met een onvruchtbaar koppel, het excessief zou zijn om te

overwogen dat deze ingreep disproportioneel is t.a.v. het doel.⁹¹

33. Indien de draagmoeder schade lijdt ten gevolge van de zwangerschap of de bevalling, dan kan de arts zowel strafrechtelijk als burgerrechtelijk aansprakelijk worden gesteld, weliswaar voor zover de andere voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn voldaan.⁹²

Hoofdstuk 3. Tussenbesluit

34. De gezondheidsrechtelijke regeling is wellicht het grootste verschil tussen België en Nederland. In Nederland zijn de grenzen in zekere zin bepaald voor de toepassing van draagmoederschap door artsen. Medisch begeleid draagmoederschap kan er slechts onder strenge voorwaarden. In België is het fenomeen echter omgeven door onzekerheid. Er bestaat discussie over de toepassing van de MBV-wet, de geldigheid van de behandelingsovereenkomst tussen arts en draagmoeder en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de arts. Dit heeft o.m. tot gevolg dat het gezondheidsrechtelijk kader onduidelijk is voor de betrokkenen en elk fertiliteitscentrum zijn eigen voorwaarden bepaalt.

Titel 6. Verbintenisrechtelijke aspecten

Hoofdstuk 1. Inleiding

35. Zoals al gezegd vereist draagmoederschap per definitie een draagmoederschapsovereenkomst tussen de wensouders en de draagmoeder.⁹³ Dit blijkt ook uit de begripsomschrijving: de draagmoeder belooft het kind na de geboorte aan de wensouders af te staan en de wensouders beloven op hun beurt het kind in hun gezin op te voeden.⁹⁴ De verbintenissen van de draagmoeder om *bij zich een foetus te laten ontwikkelen en het kind af te staan* en de verbintenis van de wensouders om *het kind te aanvaarden en in hun gezin op te voeden*, zullen de essentie van draagmoederschap uitmaken. De ene verbintenis bestaat maar omwille van de andere. Traditioneel zijn de draagmoeder en de wensouders de partijen. Het is ook mogelijk dat de eventuele partner van de draagmoeder erbij wordt betrokken.

De overeenkomst kan *schriftelijk of mondeling* zijn. N.a.v. een specifiek geval werd in de Belgische rechtsleer geopperd dat tussen de wensouders en draagmoeder geen overeenkomst werd gesloten.⁹⁵ Dit lijkt m.i. niet mogelijk. Het is wel mogelijk dat de partijen niet over een akte (*instrumentum*) beschikken, niettemin is er een overeenkomst (*negotium*).

De draagmoederschapsovereenkomst lijkt niet te voldoen aan de definitie van een benoemde overeenkomst. Ze kan niet worden gekwalificeerd als een verkoop van een kind, verhuur van de

baarmoeder, bruiklening van de baarmoeder, etc.⁹⁶ Het is een overeenkomst *sui generis*.⁹⁷

36. De draagmoeder kan volgende verbintenissen aangaan:

- bij zich een foetus laten ontwikkelen (hoog- of laagtechnologisch);
- zich onthouden van geslachtsgemeenschap tijdens de periode van verwekking;
- zorgvuldig gedrag vertonen tijdens de zwangerschap;
- abortus plegen op vraag van de wensouders;
- geen band ontwikkelen met het kind;
- het draagmoederschap geheimhouden;
- het kind na de geboorte afstaan aan de wensouders;
- anoniem bevallen in het buitenland;
- toestemming geven tot adoptie;
- toestemming geven tot prenatale erkenning door de wensvader.

Meestal zijn de verbintenissen van de wensouders de volgende:

- doneren van gameten voor de verwekking van het kind;
- het kind opnemen in hun gezin;
- de kosten van de draagmoeder verbonden aan de zwangerschap en bevalling vergoeden;
- stappen ondernemen om de juridische ouders van het kind te worden;
- contact tussen de draagmoeder en het kind toelaten.

37. Het is belangrijk om voor ogen te houden dat een oordeel over de geldigheid van de draagmoederschapsovereenkomst *geen oordeel impliceert over de geoorloofdheid* van draagmoederschap als fenomeen.⁹⁸ Zo zal hieronder blijken dat de draagmoederschapsovereenkomst naar Belgisch en Nederlands recht absoluut nietig is, terwijl het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-

Ethiek – unaniem – altruïstisch draagmoederschap geoorloofd bevond⁹⁹ en de Nederlandse wetgeving uitdrukkelijk hoogtechnologisch draagmoederschap toelaat.

Hoofdstuk 2. Nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst

Afdeling 1. Algemeen

38. Net als elke andere overeenkomst moet de draagmoederschapsovereenkomst voldoen aan de *algemene geldigheidsvoorwaarden*.

39. Zowel de wensouders als de draagmoeder moeten hun *toestemming* geven. In hoofde van deze laatste acht bepaalde Belgische rechtsleer dit problematisch. Door de onvoorzienbare risico's die zouden kunnen gepaard gaan met de zwangerschap en de bevalling en de mogelijke fysiologische en psychologische nasleep ervan, kan volgens sommige auteurs de toestemmingsvereiste in hoofde van de draagmoeder nooit voldaan zijn.¹⁰⁰ Dit bezwaar geldt echter voor elke overeenkomst inzake een medische ingreep die een gezondheidsrisico met zich meebrengt.¹⁰¹ Volgens VERSCHULDEN kan er wel degelijk sprake zijn van een volwaardige toestemming bij draagmoederschap, indien alle partijen hun toestemming op vrije en geïnformeerde wijze hebben gegeven. Bovendien heeft de arts, indien deze erbij wordt betrokken, een informatieplicht.¹⁰² Deze informatieplicht volgt niet enkel uit het aansprakelijkheidsrecht (artikelen 1382-1383BW)¹⁰³ maar ook uit de artikelen 7 en 8 van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt (hierna: Patiëntenrechtenwet).¹⁰⁴ GALLUS wijst echter op de duur van het engagement van de draagmoeder, nl. de duur van de zwangerschap, als belangrijk verschil met andere ingrepen. De draagmoeder kan immers zolang niet afzien van haar beslissing. Zich bedenken zou neerkomen op abortus, wat niet onbepaald mogelijk is. Gedurende de zwangerschap kunnen onzekerheden, die het vrije en geïnformeerde karakter van de toestemming aantasten, gevoelig vergroot zijn.¹⁰⁵

40. Het *voorwerp* van een verbintenis is ongeoorloofd wanneer het strijdig is met de *openbare orde of de goede zeden*. Het is onmogelijk om exhaustieve definities te geven van deze twee begrippen. Het Belgische Hof van Cassatie omschrijft een wet van openbare orde als een wet die raakt aan de essentiële belangen van de Staat of de gemeenschap, of die in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische en morele orde van de maatschappij rust.¹⁰⁶ De openbare orde omvat de goede zeden, die door VAN LEUVEN gedefinieerd worden als een geheel van regels die aanvaard worden door redelijke mensen in een land op een welbepaald

tijdstip.¹⁰⁷ Binnen de grenzen van de goede zeden heeft het individu een zelfbeschikkingsrecht.¹⁰⁸ Een verbintenis heeft een ongeoorloofd voorwerp wanneer de beloofde prestatie tot gevolg heeft dat een ongeoorloofde situatie wordt gecreëerd of instandgehouden.¹⁰⁹ DE PAGE en MASSON stellen heel algemeen dat de draagmoederschapsovereenkomst nietig is, omdat het voorwerp strijdig is met die openbare orde.¹¹⁰ MASSAGER is daarentegen van mening dat het creëren van leven een geoorloofd voorwerp is.¹¹¹

De Nederlandse Hoge Raad voor de Justitie heeft geen definitie bepaald, maar de rechtsleer definieert de openbare orde als het geheel van fundamentele beginselen van de huidige maatschappelijke organisatie, en de goede zeden als de algemeenheid van gedeelde, ongeschreven normen van moraliteit.¹¹² Net als de Belgische rechtsleer, achtten meerdere Nederlandse auteurs de draagmoederschapsovereenkomst nietig van rechtswege wegens strijdigheid met de goede zeden en de openbare orde (art. 3:40, eerste lid Nederlands Burgerlijk Wetboek (hierna NBW)).¹¹³ NIEUWENHUIS¹¹⁴, HEIDA en VAN DER STEUR¹¹⁵ zijn echter van mening dat sinds het Planningsbesluit men niet langer kan oordelen dat de draagmoederschapsovereenkomst strijdig is met de openbare orde en goede zeden, aangezien de wet zelf draagmoederschap toelaat.

Hierna wordt het voorwerp van de verschillende verbintenissen geanalyseerd.

Afdeling 2. Verwekking van het kind en zwangerschap

41. De draagmoederschapsovereenkomst zal vaak vermelden hoe het kind dient te worden *verwekt*. De draagmoeder zal daarbij de verbintenis aangaan om bijvoorbeeld te worden geïnsemineerd of bij haar een embryo te laten inplanten.

Deze verbintenis zal naar Belgisch recht m.i. *in se* geldig zijn, gelet op de MBV-wet die uitdrukkelijk een wettelijk kader biedt voor deze procreatietechnieken. Bovendien gaat de draagmoeder deze verbintenis aan om een zwangerschap te bekomen, wat moeilijk kan worden beschouwd als strijdig met de openbare orde of de goede zeden. De verbintenis kan anderzijds m.i. niet worden afgedwongen *in natura*. Dit zou strijdig zijn met het principe van eerbied voor de fysieke integriteit.¹¹⁶ Volgens ROUVROY maken deze verbintenissen niettemin een schending uit van de persoonlijke vrijheid en zijn de verbintenissen bij gebrek aan een geldig voorwerp, absoluut nietig.¹¹⁷ Hiermee samenhangend zal de overeenkomst tevens vaak bepalen wiens gameten zullen gebruikt worden voor de verwekking. Volgens SENAËVE is de verbintenis om een ei- of zaadcel af te staan, nietig. De naleving ervan kan niet worden afgedwongen *in natura* en de niet-naleving kan geen aanleiding geven tot een schadevergoeding.¹¹⁸ Deze redenering houdt m.i. na invoering van de MBV-wet niet langer stand.

Deze wet laat afstand van gameten of embryo's weliswaar maar toe binnen een bepaalde context, en mits vervulling van strikte voorwaarden en het volgen van een procedure. Niettemin kan men om dezelfde hoger vermelde reden van respect voor de fysieke integriteit de verbintenis niet afdwingen in natura.

Onlosmakelijk verbonden met deze verbintenissen is de verbintenis voor de draagmoeder om *zwanger te zijn voor de wensouders*. Hier verbindt zij zich met haar lichaam. Artikel 1128 BW bepaalt echter dat alleen zaken die in de handel zijn, het voorwerp van een overeenkomst kunnen uitmaken. Zo kan het menselijk lichaam in zijn geheel geen voorwerp zijn.¹¹⁹ Het is onbeschikbaar en onvervreemdbaar.¹²⁰ Dit betekent volgens SENA EVE dat een draagmoederschapsovereenkomst geen voorwerp heeft. Het lichaam kan niet het voorwerp van een rechtshandeling uitmaken en de beperkte uitzonderingen op deze regel zijn niet van toepassing op deze overeenkomst.¹²¹ Volgens anderen heeft de overeenkomst wel een voorwerp, maar is het ongeoorloofd.¹²² De draagmoeder beschikt niet zomaar over één van haar organen, maar over haar biologische voortplantingsmiddelen. Deze zijn zo nauw verbonden met haar vrouw-zijn dat zij beschikt over haar hele lichaam, wat ongeoorloofd zou zijn in de Belgische rechtsorde.¹²³ Dat het lichaam het voorwerp is van een persoonlijkheidsrecht, belet echter niet dat men over zijn lichaam beschikt, maar enkel voor zover de wet en de goede zeden niet worden geschonden.¹²⁴ M.i. worden deze grenzen bij draagmoederschap niet *per se* overschreden.¹²⁵

Dat de draagmoeder zich met haar lichaam verbindt, zorgt volgens sommige Belgische auteurs niet enkel voor een ongeoorloofd voorwerp, maar ook voor een ongeoorloofde oorzaak, nl. wegens schending van het principe van de fysieke integriteit.¹²⁶ M.i. leidt het draagmoederschap inderdaad tot een schending van de fysieke integriteit, maar is deze verschoonbaar. Een vrouw die om altruïstische redenen een kind draagt voor een ander en op deze manier iemand, wiens kinderwens reeds jarenlang onbeantwoord bleef, kan helpen, beschikt niet over haar lichaam op een ongeoorloofde manier. Bovendien kan een zwangerschap niet op dezelfde lijn worden geplaatst met een schending van de fysieke integriteit.¹²⁷ MASSAGER stelt dat artikel 1128 BW en het beginsel van onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam, dat een ruimere draagwijdte heeft, niet volstaan opdat de draagmoederschapsovereenkomst nietig zou zijn. Het beginsel wordt als een algemeen rechtsbeginsel voorgesteld, maar MASSAGER werpt hierbij vragen op aangezien er veel uitzonderingen zijn op dit principe (bijvoorbeeld orgaan- en bloeddonatie, en sinds 2007 ook gameten- en embryodonatie). Bovendien is het de moraal die bepaalt of een uitzondering toegelaten is of niet. Zo werd gametendonatie eerst verworpen op grond van het onbeschikbaarheidsbeginsel maar wordt

deze praktijk ondertussen aanvaard, en sinds 2007 zelfs wettelijk geregeld. De vraag rijst of de afwijzing van draagmoederschap op grond van het onbeschikbaarheidsbeginsel ook niet louter ‘conjunctureel’ is.¹²⁸

42. De draagmoeder kan evenmin naar Nederlands recht in rechte worden gedwongen zich te laten bevruchten. Dit zou in strijd zijn met de goede zeden.¹²⁹ Tegen de afspraak zelf kan geen bezwaar worden geuit maar het recht kan er evenmin positieve gevolgen aan verbinden. Deze verbintenis is absoluut nietig. De wensouders kunnen de nakoming ervan niet vorderen, evenmin als een schadevergoeding. Het zou in strijd zijn met het persoonlijkheidsrecht van de mens om gevolgen te verbinden aan deze verbintenis.¹³⁰ Het zelfbeschikkingsrecht verzet zich tegen een gedwongen bevruchting.¹³¹

Afdeling 3. Zwangerschapsafbreking

43. Bekeken vanuit het Belgische recht is m.i. de verbintenis om op vraag van de wensouders een *abortus* te laten uitvoeren strijdig met de goede zeden. Gedwongen uitvoering zal sowieso niet mogelijk zijn, gelet op het principe van de fysieke integriteit en de Patiëntenrechtenwet die voor een medische ingreep de vrije en geïnformeerde toestemming vereist. Wat dit laatste betreft vereist artikel 350, tweede lid, 2^o, c) Sw. bovendien de vaste wil van de zwangere vrouw.

Kunnen de wensouders een schadevergoeding vorderen van de draagmoeder die, wetende dat het kind zwaar gehandicapt geboren zal worden, geen abortus wou uitvoeren? Deze weigering beantwoordt niet aan de definitie van een fout in de zin van artikel 1382 BW (‘Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden’). De vruchtafdriving weigeren, is niet *per se* strijdig met het gedrag van een normaal voorzichtig en oplettend persoon. Omgekeerd zal de draagmoeder de toestemming van de wensouders niet nodig hebben om abortus uit te voeren. Voor een abortus volstaat de toestemming van de patiënte. De toestemming van haar partner is hiervoor niet nodig.¹³² Naar analogie is ook de toestemming van de wensouders niet nodig. Kan in deze situatie een aansprakelijkheidsvordering door de wensouders worden ingesteld? Indiceert de vereiste van een noodsituatie voor abortus dat een normaal zorgvuldige en omzichtige persoon die in dezelfde omstandigheden verkeert ook de abortus zou plegen, en dat m.a.w. geen fout is begaan in hoofde van de draagmoeder? M.i. sluit inderdaad het een het andere uit. De wensouders dienen er zich van bewust te zijn dat de draagmoeder het recht heeft om beslissingen te nemen over haar zwangerschap in strijd met de wil van de wensouders en de draagmoederschapsovereenkomst.¹³³

44. Net zoals naar Belgisch recht zal de verbintenis van de draagmoeder om te aborteren ook naar Nederlands recht nietig van rechtswege zijn. De zwangere vrouw is degene die beslist of zij de abortus wil en moet die beslissing in vrijwilligheid kunnen nemen. Een schadevergoedingsclaim door de wensouders is niet acceptabel.¹³⁴

Afdeling 4. Afstand van het kind en de ouderlijke rechten

45. Essentieel aan een draagmoederschapsovereenkomst is dat de draagmoeder de verbintenis aangaat om het *kind na de geboorte samen met haar ouderlijke rechten af te staan aan de wensouders*.

46. Deze verbintenis is strijdig met de Belgische openbare orde¹³⁵, en wel om twee redenen. Enerzijds is de verbintenis strijdig met de openbare orde, gelet op het onvervreembare en onbeschikbare karakter van *het recht van een vrouw die een kind baart om het moederschap op te nemen*.¹³⁶ Dit wordt vastgesteld o.g.v. dwingende rechtsregels, met alle consequenties daaraan verbonden, waaronder het ouderlijk gezag.¹³⁷ MASSAGER legt de link met artikel 331^{quater} BW dat bepaalt dat van het vorderingsrecht betreffende afstamming niet kan worden afgezien.¹³⁸ De enige wettelijke manier om van dit recht afstand te nemen is door middel van adoptie, wat een strikt geregelde procedure veronderstelt. De draagmoeder zal niet kunnen worden gedwongen om van haar moederschap afstand te nemen, zolang de wet het *Mater semper certa est*-principe huldigt.¹³⁹ Deze verbintenis is volgens SENAËVE echter niet strijdig met de goede zeden: het is enerzijds aanvaardbaar dat een kinderloos paar een kind wil en anderzijds dat een vrouw het kind dat zij ter wereld heeft gebracht afstaat aan derden.¹⁴⁰ De draagmoederschapsovereenkomst heeft volgens meerdere auteurs ook een ongeoorloofde oorzaak omdat ze strijdig is met het principe van de *onbeschikbaarheid van de staat van de persoon*. De staat van een persoon raakt de grondslagen van de sociale, economische en morele ordening van de samenleving.¹⁴¹ Hij bepaalt de rechtstoestand van een individu tegenover de staat en zijn gezin. Hij dient het algemeen belang en behoort tot de ethische grondslagen waarop onze maatschappelijke ordening is gebaseerd.¹⁴² Het geheel van hoedanigheden en eigenschappen van een persoon waaraan de wet rechtsgevolgen toekent en waardoor zij zijn toestand bepaalt als enkeling, vormt de staat van de persoon.¹⁴³ De staat van de persoon is bijgevolg van openbare orde en daardoor onbeschikbaar, onverjaarbaar en ondeelbaar.¹⁴⁴ De onbeschikbaarheid betekent dat de staat van de persoon geen voorwerp van een overeenkomst tussen individuen kan zijn en buiten de handel is. Een overeenkomst die tot voorwerp of gevolg heeft dat de staat van de persoon, toegekend aan een persoon door de wet, wordt gewijzigd, is absoluut nietig. Het is de wet die de staat van de persoon bepaalt.¹⁴⁵ Particulieren mogen de staat van de persoon niet miskennen, zelfs niet wanneer deze niet overeenstemt met de realiteit.¹⁴⁶ Onbeschikbaarheid betekent echter

niet hetzelfde als onveranderlijkheid. De staat van de persoon kan wel degelijk worden gewijzigd, bijvoorbeeld door adoptie, maar dit moet gebeuren volgens de vormen en onder de voorwaarden door de wet bepaald.¹⁴⁷ De afstammingsband maakt deel uit van de staat van de persoon en is bijgevolg ook van openbare orde en onbeschikbaar. Het is de wetgever die de voorwaarden van een vestiging of doorbreking van een afstammingsband bepaalt en enkel de rechter heeft de macht om deze te wijzigen.¹⁴⁸ De wil alleen kan geen afstammingsband creëren, aangezien zij daarvoor een juridische erkenning nodig heeft.¹⁴⁹ Bijgevolg zal de draagmoederschapsovereenkomst een ongeoorloofde oorzaak hebben, wanneer deze een afstammingsafpraak inhoudt.¹⁵⁰ Dit brengt de absolute nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst met zich mee.

Volgens MASSAGER volstaat het principe van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon echter niet als rechtvaardiging voor de absolute nietigheid van een draagmoederschapsovereenkomst. Het combineert oplossingen waarin de wet voorziet,¹⁵¹ bijvoorbeeld anonieme bevalling, prenatale erkenning door de wensvader en adoptie door de wensmoeder. MASSAGER en VAN GYSEL formuleren nog een ander argument: wanneer het kind werd verwekt met gameten van beide wensouders, heeft de draagmoederschapsovereenkomst net tot doel dat de juridische werkelijkheid in overeenstemming wordt gebracht met de biologische werkelijkheid, door de wensouders aan te merken als de juridische ouders. De vernietiging van de overeenkomst zou net tot gevolg hebben dat de afstamming van de draagmoeder zou triomferen wat niet in overeenstemming zou zijn met de genetische werkelijkheid. Men zou bijgevolg de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon niet kunnen invoeren als grondslag voor de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst.¹⁵²

Anderzijds stelt MONTERO dat deze verbintenis ongeldig is, aangezien het gaat over de *overdracht van een persoon*, nl. het kind.¹⁵³ Een kind kan nooit het voorwerp van een overeenkomst zijn.¹⁵⁴ Deze beschikkingsdaad over de persoon van het kind maakt volgens GALLUS ook altruïstisch draagmoederschap ondeugdelijk.¹⁵⁵ GULDIX betwist de strijdigheid met de openbare orde omdat het contract wordt gesloten vooraleer het kind is verwekt en zelfs een verwekt kind in de juridische betekenis geen persoon is.¹⁵⁶

M.i. betreft draagmoederschap niet de overdracht van een kind, maar wel een overeenkomst waarbij de draagmoeder zich verbindt met haar lichaam teneinde een kind te krijgen voor de wensouders. Dit is niet strijdig met de openbare orde. Niettemin schendt de overeenkomst de openbare orde ingeval zij beoogt het recht van een vrouw die een kind baart om het moederschap op te nemen, terzijde te schuiven, zelfs wanneer de overeenkomst om ideële redenen werd aangegaan.

47. De rechtbank te Haarlem oordeelde uitdrukkelijk dat de draagmoederschapsovereenkomst in strijd is met de wet, nl. de wettelijke regeling omtrent het ouderschap door de afstand van het kind overeen te komen, alsook met de openbare orde aangezien de wettelijke bepalingen omtrent het ouderschap naar hun aard en maatschappelijke functie een fundamentele positie in het familierecht innemen. De verplichting om het kind af te staan is bijgevolg noch afdwingbaar noch verenigbaar met een aanspraak op schadevergoeding wegens de niet-nakoming ervan.¹⁵⁷ Juridisch gezien is de draagmoeder de moeder en iedere moeder heeft het recht haar kind te houden.¹⁵⁸ Het belang van het kind verzet zich tegen de gedwongen afstand.¹⁵⁹

Afdeling 5. Betaling van de draagmoeder

48. De overeenkomst waarbij de draagmoeder *meer dan een onkostenvergoeding* wordt uitbetaald om haar lichaam ter beschikking te stellen, nl. commercieel draagmoederschap, is naar Belgisch recht strijdig met de openbare orde en de goede zeden. Overeenkomsten over het lichaam die ten bezwarende titel worden gesloten met een winstoogmerk, worden immers traditioneel strijdig geacht met de openbare orde en de goede zeden.¹⁶⁰

49. Naar Nederlands recht is de verbintenis van de wensouders om de draagmoeder te betalen niet rechtsgeldig en eventueel strafbaar onder artikel 151b Sr.¹⁶¹ BROEKHUIJSEN-MOLENAAR benadert deze verbintenis als een beloning voor de prestatie die de draagmoeder levert door zwanger te zijn en niet als een koopprijs voor de baby. Volgens de auteur hoeft deze verbintenis echter niet altijd absoluut nietig te zijn, zolang de vergoeding niet de doorslaggevende prikkel is voor de draagmoeder, aangezien zij de verbintenissen vrijwillig moet kunnen aangaan. De zwangerschap kost immers moeite en kosten en de wensouders willen misschien graag hun gevoel van eeuwige dankbaarheid afkopen¹⁶². De auteur biedt echter geen duidelijkheid over welk bedrag in welke omstandigheden een doorslaggevende en dus onaanvaardbare prikkel vormt.

Hoofdstuk 3. Gevolgen van de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst

50. Zolang de betrokken partijen hun afspraken nakomen, hoeft de draagmoederschapsovereenkomst naar Belgisch recht geen problemen van uitvoering op te leveren.¹⁶³ De *absolute nietigheid* van een overeenkomst is immers een sanctie, die door de rechter moet worden uitgesproken. Eventueel kan de mogelijkheid tot nietigverklaring een nadelige invloed hebben op een adoptieverzoek uitgaande van de wensouders.¹⁶⁴ Indien één van de partijen echter niet meer wil doorgaan met het draagmoederschap, vormt het risico op

nietigverklaring van de draagmoederschapsovereenkomst wel een probleem.

Naar Nederlands recht is de absolute nietigheid een sanctie *van rechtswege* en deze moet bijgevolg niet meer worden uitgesproken door de rechter.

Afdeling 1. Volledige *versus* partiële nietigheid

51. De vraag rijst of de draagmoederschapsovereenkomst volledig, dan wel gedeeltelijk nietig is.

Overeenkomstig een arrest d.d. 13 oktober 1960 van het Hof van Cassatie is partiële nietigheid naar Belgisch recht mogelijk.¹⁶⁵ Het Hof wendt daarbij het criterium van de subjectieve ondeelbaarheid aan: wat volgens de partijen ondeelbaar is, is ondeelbaar. Deze ondeelbaarheid dient te worden beoordeeld in functie van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen, de structuur van de rechtshandeling, alsook de bedoeling van de wetgever, die achter de geschonden en met de nietigheid gesanctioneerde norm schuilgaat.¹⁶⁶

In Nederland bepaalt artikel 3:41 NBW expliciet de mogelijkheid van een gedeeltelijke nietigheid: betreft een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling, dan blijft deze voor het overige in stand, voor zover dit, gelet op de inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbreekelijk verband met het nietige deel staat.

52. Hoger werd reeds vermeld dat de draagmoederschapsovereenkomst drie essentiële verbintenissen inhoudt: de zwangerschap van de draagmoeder voor de wensouders, de overdracht van het kind en de ouderlijke rechten aan de wensouders en ten slotte de opname van het kind in het gezin van de wensouders. Er werd aangetoond dat deze verbintenissen nietig zijn. Dit is problematisch aangezien het hele draagmoederschapsgebeuren is opgebouwd rond de overdracht van het kind aan de wensouders. Dit is de essentie van de overeenkomst. Alle andere verbintenissen werden aangegaan om dat resultaat te bekomen. De ongeoorloofde oorzaak van de hoofdverbintenissen tast alle andere verbintenissen aan. M.i. dient naar Belgisch recht dan ook te worden uitgegaan van de *ondeelbaarheid van de overeenkomst*. De hele overeenkomst zal absoluut nietig zijn.¹⁶⁷ LELEU¹⁶⁸ is echter van mening dat afzonderlijke verbintenissen uit de overeenkomst nietig kunnen zijn, maar niet de hele overeenkomst. De geldige verbintenissen zouden dan binnen bepaalde grenzen zelfs het voorwerp kunnen uitmaken van een gedwongen uitvoering.

53. Tussen de Nederlandse auteurs bestaat er eveneens discussie over de volledige of gedeeltelijke nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst.¹⁶⁹ HHIHEIDA verdedigt de

volledige nietigheid en stelt dat aangezien de hoofdverbintenissen van de overeenkomst nietig zijn, ook de afspraken die daar onverbrekkelijk mee verbonden zijn, nietig zijn. Dit heeft dan als gevolg dat uit de overeenkomst geen rechtens afdwingbare verbintenissen voortvloeien.¹⁷⁰

BROEKHUIJSEN-MOLENAAR stelt daarentegen dat de ratio van de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst gelegen is in de ongewenstheid dat nakoming kan worden afgedwongen van onzedelijke prestaties. Het algemeen belang verhindert hierdoor dat de verbintenissen worden afgedwongen. De nietigheid mag volgens de auteur niet verder gaan en de overeenkomst moet voor het overige dan ook als geldig worden beschouwd.¹⁷¹

Afdeling 2. Onafdwingbaarheid en restitutieplicht

54. Ten gevolge van de absolute nietigheid zal de overeenkomst niet voor de Belgische rechter kunnen worden afgedwongen indien één van de partijen weigert haar verbintenissen na te komen.¹⁷² Zelfs in de veronderstelling dat de overeenkomst, of een deel ervan, geldig zou zijn, is het nog onwaarschijnlijk dat de rechter de draagmoeder zou veroordelen op straffe van een dwangsom om de overeenkomst na te komen en het kind aan de wensouders af te geven, of de wensouders zou veroordelen om het kind in hun gezin op te nemen. Op dergelijk moment is immers het belang van het geboren kind determinerend.¹⁷³

Naast de *onafdwingbaarheid*, heeft de nietigheid in België ook tot gevolg dat de partijen moeten worden geplaatst in de toestand waarin zij zich zouden bevinden alsof de overeenkomst nooit was gesloten. Dit legt aan de partijen een *restitutieplicht* op, die in principe *in natura* moet worden uitgevoerd. Indien dit niet mogelijk is, dient ze te gebeuren bij equivalent.¹⁷⁴ Deze verplichting, zowel bij equivalent als *in natura*, is moeilijk uit te voeren: het kind is er nu eenmaal. De geboorte en bestaan van het kind is onomkeerbaar.¹⁷⁵

Voor het nietige gedeelte kan men in Nederland evenmin de nakoming vorderen en is al hetgeen dat op grond van de overeenkomst reeds werd verricht of betaald onverschuldigd, waardoor terugvordering mogelijk is.¹⁷⁶

55. In de eerste plaats kan de draagmoeder naar Belgisch recht *niet worden gedwongen het kind af te staan*. Zij kan daartoe evenmin worden gedwongen door een schadevergoeding te betalen wegens wanprestatie.¹⁷⁷ De draagmoeder heeft hierdoor een bedenkrecht.¹⁷⁸ Dit is volgens sommige auteurs in het belang van het kind.¹⁷⁹

Volgens DIRIX kan iemand op geoorloofde wijze een contractuele aantasting van zijn grondrechten toelaten. Deze aantasting kan echter niet onherroepelijk worden. Vindt de contractant dat de verdere

uitvoering van de overeenkomst ondraaglijk wordt, dan moet deze zijn vrijheid kunnen terugwinnen. Hij heeft als het ware een berouwrecht. Hierdoor blijven grondrechten onvervreemdbaar. Dit berouwrecht kan niet worden beperkt. Zo zal schadevergoeding enkel mogelijk zijn als dit herroepingsrecht op kennelijk onzorgvuldige wijze werd uitgeoefend. Om deze reden kan de nakoming van een draagmoederschapsovereenkomst niet worden gevorderd van de draagmoeder, die vrij moet kunnen beslissen om haar moederschap over te dragen.¹⁸⁰

Indien de wensouders de draagmoeder bepaalde bedragen hebben betaald, rijst de vraag of zij deze kunnen *terugvorderen*, gelet op de adagia '*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*' (indien beide partijen zich even schandelijk hebben gedragen, vindt geen teruggave plaats) en '*nemo auditur turpitudinem allegans*' (niemand wordt gehoord indien hij zich beroept op zijn eigen schandelijk gedrag). Deze adagia kunnen uitzonderingen vormen op de restitutieplicht. Traditioneel wordt aangenomen dat het adagium '*in pari causa*' een facultatief karakter heeft.¹⁸¹ Dit staat in contrast met het verplichtend karakter van het adagium '*nemo auditur*'.¹⁸² Volgens MASSAGER verzetten deze adagia zich tegen elke aanspraak die gegrond is op een nietige draagmoederschapsovereenkomst.¹⁸³ LAMPE stelt daarentegen dat de draagmoeder een terugbetalingsplicht heeft op grond van een vermogensverschuiving zonder oorzaak. De wensouders zouden hierover beschikken, aangezien er geen overeenkomst is.¹⁸⁴ SENAËVE stelt dat de wensouders de terugbetaling van hetgeen zij hebben betaald aan de draagmoeder niet kunnen vorderen wanneer deze weigert haar verbintenissen verder na te komen. *In pari causa* verzet zich hier tegen, maar de auteur wijst erop dat de toepassing ervan facultatief is en de rechter de restitutie enkel moet weigeren als hij denkt dat daarmee het algemeen belang is gediend.¹⁸⁵ Een facultatieve toepassing van de adagia is volgens VERSCHULDEN een bevredigende sanctie, nu zij ruimte laat voor een rechterlijk oordeel op basis van de billijkheid. Dit zorgt anderzijds voor een onzekerheid, maar deze kritiek valt te weerleggen aangezien partijen bij een nietige overeenkomst geen aanspraak kunnen maken op rechtszekerheid.¹⁸⁶ Ik sluit mij bij deze stelling aan.

56. Volgens BROEKHUIJSEN-MOLENAAR kan de draagmoeder naar Nederlands recht niet worden gedwongen het kind af te staan omdat dit in strijd zou zijn met het recht op bescherming van haar persoonlijke levenssfeer en die van het kind.¹⁸⁷ Ingeval zij weigert, staat volgens de auteur geen vordering tot schadevergoeding open voor de wensouders, noch voor reeds gemaakte kosten voor bijvoorbeeld de kinderkamer, noch voor enige emotionele schade, wgens niet verzoenbaar met de principes van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.¹⁸⁸ HEIDA stelt eveneens dat in dat geval de mogelijkheid van een schadevergoeding niet openstaat, bij gebrek aan

rechtsgrond.

Dezelfde auteur stelt evenwel dat wanneer de partijen de nietige overeenkomst uitvoeren en nadien de wensouders op grond van de onverschuldigde betaling de door hen betaalde vergoeding van de draagmoeder terugvorderen, deze vordering niet zal slagen (art. 6:211 NBW). Heeft de draagmoeder geweigerd het kind af te staan en hadden de wensouders het verschuldigde bedrag al betaald, dan zouden zij wel dit bedrag kunnen terugvorderen op grond van de onverschuldigde betaling van de draagmoeder. In deze situatie en indien de wensvader de genetische vader is, zou hij als verwekker van het kind kunnen gehouden zijn tot het betalen van levensonderhoud voor het minderjarige kind (art. 1:394 NBW).¹⁸⁹

57. Op grond van het Belgische recht kunnen de wensouders *niet worden gedwongen om het kind in hun gezin op te nemen*.¹⁹⁰ Deze weigering kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer het kind gehandicapt wordt geboren.

Volgens DIRIX daarentegen kan de draagmoederschapsovereenkomst wel degelijk worden afgedwongen t.a.v. de wensouders. Zij zullen het ouderschap moeten opnemen.¹⁹¹ VERSCHELDEN is het hier niet mee eens. De stelling van DIRIX zou slechts correct zijn indien ervan wordt uitgegaan dat de afstammingsband tussen de draagmoeder en het kind niet vaststaat, de wensmoeder het ouderlijk gezag uitoefent en de wensvader de juridische vader is van het kind. Dergelijke situatie is niet de regel. Bovendien is de verplichte opname van het kind, gelet op het belang van het kind, vanuit maatschappelijk oogpunt niet verdedigbaar. Het kind zal immers ongewenst zijn.¹⁹² Het valt bovendien moeilijk in te zien hoe de wensouders kunnen worden verplicht het ouderschap op te nemen, omdat dit vaak hun vrijwillige en actieve medewerking veronderstelt. Dit zou enkel mogelijk zijn in het geval van een erkenning of vrijwillige gerechtelijke vaststelling van het moeder- en vaderschap. Dit komt verder aan bod.¹⁹³

58. De wensouders kunnen in Nederland evenmin worden gedwongen om het kind te aanvaarden, wat ook niet in het belang van het kind zou zijn.¹⁹⁴ De draagmoeder zou hen wel kunnen aanspreken voor het levensonderhoud van het kind, dat nu door haar moet worden bekostigd (art. 1:394 NBW).¹⁹⁵ Hadden de wensouders de overeenkomst nageleefd dan had de draagmoeder geen kosten gehad, terwijl zij deze ten gevolge van de weigering wel heeft. Deze kosten komen dan volgens BROEKHUIJSEN-MOLENAAR ook in aanmerking voor vergoeding.¹⁹⁶

Hoofdstuk 4. Tussenbesluit

59. De grote meerderheid van de Nederlandse en Belgische

rechtspraak en rechtsleer oordeelt dat de draagmoederschapsovereenkomst nietig is wegens strijdigheid met de openbare orde en dit op verschillende gronden. De nietigheid is van rechtswege of absoluut. Ze kan m.a.w. niet worden bevestigd. Dit hoeft echter niet te betekenen dat draagmoederschap op zich nooit legitiem kan zijn.¹⁹⁷ In beide buurlanden bestaat er evenwel discussie over de vraag of de hele overeenkomst dan wel slechts enkele verbintenissen nietig zijn.

De relatie tussen de draagmoeder en de wensouders zal een *zuivere vertrouwensrelatie* zijn.¹⁹⁸ Nochtans kan de draagmoederschapsovereenkomst een nuttig instrument zijn voor de partijen. Ze kan dienen als een *gentlemen's agreement*, waarin de partijen duidelijk maken wat zij van elkaar verwachten, er zich van bewust zijnde dat deze afspraken niet afdwingbaar zijn. Dit gebeurt ook in de praktijk in de fertiliteitscentra: in het document wordt duidelijk vermeld dat de intentieverklaring geen harde juridische gevolgen kan hebben, maar toch worden de verhoudingen tussen de partijen geëxpliciteerd.

60. De draagmoederschapsovereenkomst is ten gevolge van deze nietigheid *geen adequaat instrument* voor de wensouders en de draagmoeder om hun draagmoederschapproject tot een goed einde te brengen. Hun onderlinge verhoudingen worden wel verduidelijkt maar niet juridisch zeker gesteld. Zij kunnen de bepalingen inzake oorspronkelijke afstamming of adoptie niet zomaar opzij schuiven. Daarom moeten zij vaak inventief omgaan met deze bepalingen.

Titel 7. Afstammingsrechtelijke aspecten

61. Wensouders die beroep doen op een draagmoeder willen dat hun band met het kind ook juridische bescherming krijgt. Zij willen naast de socio-affectieve, en niet zelden ook de genetische, tevens de wettelijke ouders worden. Het vestigen van een afstammingsband is niet enkel in het belang van de wensouders maar ook in dat van het kind. Het is belangrijk dat feit en recht worden verenigd.

Hoofdstuk 1. Oorspronkelijke afstamming

Afdeling 1. Moederschap

62. In Nederland geldt het *Mater semper certa est*-beginsel. Op grond van artikel 1:198, eerste lid, a NBW is de vrouw die van het kind bevallen is de moeder. De *draagmoeder* zal bijgevolg *de juridische moeder* zijn, ongeacht de herkomst van het genetische materiaal en ongeacht de intenties van de draagmoeder en de wensmoeder.¹⁹⁹

63. Op grond van artikel 312, § 1 BW *j*^o artikel 57, 2^o BW is ook naar

Belgisch recht de vrouw die van het kind bevalt de juridische moeder (*Mater est quam gestatio demonstrat*) aangezien haar naam wordt ingeschreven in de geboorteakte. Bijgevolg zal de *draagmoeder de juridische moeder* zijn, op grond van het *Mater semper certa est*-principe, dat in België absoluut is. Het moederschap van de draagmoeder zal *niet succesvol kunnen worden betwist* aangezien nooit kan worden aangetoond dat zij niet is bevallen van het kind (art. 312, § 2 BW).²⁰⁰

Het kan zijn dat, in strijd met artikel 57, 2° BW, de naam van de wensmoeder vermeld staat in de geboorteakte. Dit is het geval bij onderschuiving van het kind. In dat geval kan zowel de vader, het kind, de wensmoeder zelf, als de draagmoeder het moederschap van de wensmoeder betwisten (art. 312, § 2 BW).

64. Naar Belgisch recht is er nog geen procedure tot *betwisting van het moederschap van de wensmoeder* bekend. In de zaak *Baby J.* die hoger al aan bod kwam, werd wel een gelijkaardige procedure naar Nederlands recht gevoerd.²⁰¹

De feiten werden hoger uiteengezet²⁰². De valse aangifte van het kind leidde ertoe dat de wensmoeder in de geboorteakte stond vermeld als de moeder, met als gevolg dat beide wensouders de juridische ouders waren. Na de overhandiging van het kind wenste de draagmoeder echter terug te komen op haar beslissing en stelde zij een vordering tot betwisting van het moederschap van de wensmoeder in. Indirect betwistte zij op deze manier ook het vaderschap van de wensvader, echtgenoot van de moeder.

De Belgische rechter was territoriaal bevoegd, op grond van artikel 61, 1° Belgisch Wetboek Internationaal Privaatrecht (hierna: WIPR), aangezien *Baby J.* zijn gewone verblijfplaats had in België. De Gentse rechter was bevoegd omdat omtrent *Baby J.* reeds een jeugdbeschermingsdossier hangende was bij de Gentse jeugdrechtbank. Op grond van artikel 62, § 1 WIPR was het Nederlandse recht van toepassing: de vordering tot betwisting van het moederschap of vaderschap van een persoon wordt beheerst door het recht van de staat waarvan zij of hij de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind. Beide wensouders hadden de Nederlandse nationaliteit op het ogenblik van de geboorte van *Baby J.*

Overeenkomstig artikel 209 NBW kan een ander iemands afstamming volgens zijn geboorteakte betwisten, indien hij een staat overeenkomstig die akte heeft. Deze bepaling is gelijkaardig aan de Belgische artikelen 312, § 2 (betwisting moederschap dat is vastgesteld op grond van de geboorteakte) en 318, § 1 BW (betwisting vaderschap van de echtgenoot van de moeder), die bepalen dat een vordering tot betwisting niet-ontvankelijk is wanneer het kind bezit van staat heeft

ten aanzien van degene wiens afstamming wordt betwist.²⁰³ *In casu* ontbrak bezit van staat in hoofde van J. ten aanzien van de wensouders, omdat hij slechts korte tijd na de geboorte bij hen verbleef. De rechtbank te Zwolle plaatste het kind onder de voogdij van de jeugdzorg in Zwolle en op dezelfde datum werd het kind bij de wensouders weggehaald. Nadat het kind naar België werd overgebracht, vertrouwde de jeugdrechter te Gent bij beschikking van 23 december 2008 het kind toe aan een pleeggezin, waar het tenminste tot op het ogenblik van dit afstammingsvonnis verbleef. Een staat overeenkomstig de geboorteakte was afwezig waardoor de betwistingsvordering ontvankelijk was. Uit de gegevens van het straf dossier bleek duidelijk dat de draagmoeder diegene was die van het kind bevallen was en dat haar partner de biologische vader was. Hierdoor werd aangetoond dat de Nederlandse wensmoeder niet de biologische moeder was, waardoor de betwistingsvordering gegrond was. Net als in het Belgische recht (art. 315 BW), staat het juridisch vaderschap van de echtgenoot van de moeder naar Nederlands recht (art. 1:199 NBW) enkel en alleen vast door het feit dat hij de echtgenoot was van de moeder op het ogenblik van de geboorte van het kind.²⁰⁴ Omdat de afstamming langs vaderszijde vasthangt aan de afstamming langs moederszijde, heeft de betwisting van het moederschap van de wensmoeder automatisch tot gevolg dat ook het vaderschap van de echtgenoot impliciet mee wordt betwist. Ten gevolge van de succesvolle betwisting van het moederschap van de wensmoeder, is de wensvader niet langer de juridische vader. Een succesvolle betwisting van het moederschap leidt naar Nederlands recht niet tot de automatische vaststelling van het moederschap van de vrouw die betwist. Hierdoor had Baby J. geen moeder of vader meer. Dit is ook zo naar Belgisch recht, waar er – wellicht per vergissing – geen parallel werd getrokken tussen het moederschap en het vaderschap wat betreft de vaststelling van het ouderschap van de betwister (art. 312, § 2 BW en art. 318, § 5 BW). De draagmoeder heeft Baby J. ondertussen erkend.²⁰⁵

In sommige gevallen is het mogelijk dat er *geen juridische moeder* is. Dit kan het geval zijn na anonieme bevalling door de draagmoeder in het buitenland, maar ook doordat na een internationaal privaatrechtelijk conflict een buitenlandse geboorteakte, opgesteld na draagmoederschap, niet werd erkend naar Belgisch of Nederlands recht.²⁰⁶ In dat geval kan de wensmoeder in België het kind *erkennen* (art. 313 BW) of haar moederschap *gerechtelijk laten vaststellen* (art. 314 BW). Deze opties bestaan niet naar Nederlands recht.

Afdeling 2. Vaderschap

65. Indien de draagmoeder in Nederland op het ogenblik van de geboorte *gehuwd is of door een geregistreerd partnerschap verbonden is*, zal op grond van artikel 1:199, a 1 NBW haar echtgenoot

of partner de juridische vader van het kind zijn.

De vader, moeder of het kind kan het *vaderschap ontkennen*. De wensvader, ook al is hij de genetische vader, heeft geen vorderingsmogelijkheid (art. 1:200, 1 NBW). Bij de ontkenning van het vaderschap moet rekening worden gehouden met artikel 1:200, derde lid NBW. Indien de echtgenoot heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, kan zijn vaderschap niet worden ontkend. Deze instemming zal er bij draagmoederschap vaak zijn.

Indien de draagmoeder gehuwd is of verbonden is door een geregistreerd partnerschap met een vrouw en het kind werd verwekt door *kunstmatige donorbevruchting*, waarvan een verklaring ter bevestiging werd afgegeven bij aangifte van de geboorte, dan is haar echtgenote of partner tevens juridisch moeder (art. 1:198, 1, b NBW).²⁰⁷ De wensvader- of moeder heeft geen mogelijkheid tot betwisting van dit moederschap (art. 1:202a, 1 NBW).

Leeft de ongehuwde draagmoeder in een geregistreerd partnerschap *met iemand anders dan de juridische ouder*, dan zullen beide partners toch gezamenlijk het ouderlijk gezag over het kind uitoefenen (art. 1:253sa, eerste lid NBW). Erkent de wensvader het kind na de geboorte, dan blijven de beide partners het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen. In dat geval zal de procedure tot ontheffing uit het ouderlijk gezag moeten worden gevolgd. De wensvader kan na de erkenning verzoeken om als enige het ouderlijk gezag uit te oefenen, met uitsluiting van de draagmoeder (art. 1:253c NBW). Deze werkwijze is ook mogelijk wanneer de draagmoeder in een geregistreerd partnerschap leeft en als enige het ouderlijk gezag uitoefent, doordat de wensvader het kind heeft erkend voor de geboorte.²⁰⁸ Wordt het ouderlijk gezag aan de wensvader toebedeeld (art. 1:253c, eerste lid NBW),²⁰⁹ dan kan de wensmoeder het kind adopteren wanneer zij samen met de wensvader voor minstens één jaar het kind heeft opgevoed en verzorgd, voor zover de wensouders minstens drie jaar samenwoonden op het ogenblik van het verzoekschrift en mits alle andere voorwaarden voor de adoptie zijn voldaan.²¹⁰ Door de adoptie zal de wensmoeder dan ook het ouderlijk gezag uitoefenen.²¹¹

Heeft de draagmoeder *geen geformaliseerde relatie*, dan zal het kind maar één ouder hebben. De draagmoeder zal als enige het ouderlijk gezag uitoefenen. Is er geen juridische vader, dan is het mogelijk dat de wensvader het kind erkent met de toestemming van de draagmoeder (art. 1:204, eerste lid, c NBW). Wanneer de wensvader het kind heeft erkend, zal geen toestemming nodig zijn voor de opname van het kind in het gezin van de wensouders, aangezien de wensvader een juridische ouder zal zijn.²¹²

Indien de wensvader gehuwd is met de wensmoeder zal de erkenning maar geldig zijn wanneer de rechtbank heeft vastgesteld dat het aannemelijk is dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat (art. 1:204, eerste lid, e NBW). Volgens Nederlandse rechtspraak kan er geen sprake zijn van een nauwe persoonlijke betrekking met een ongeboren kind. Dit is pas mogelijk vanaf de geboorte van het kind.²¹³

Naar Nederlands recht kan de wensvader zijn vaderschap niet gerechtelijk laten vaststellen (art. 207, 1 NBW).

66. Is de draagmoeder *ongehuwd* dan zal de wensvader naar Belgisch recht het kind kunnen *erkennen* (art. 319 BW). Dit kan ook prenataal (art. 328, tweede lid BW). De draagmoeder dient als juridische moeder haar toestemming te geven (art. 329bis, § 2, tweede lid BW). Bij de erkenning moet rekening worden gehouden met artikel 321 BW, dat bepaalt dat de vader het kind niet kan erkennen, wanneer uit die erkenning een huwelijksbeletsel zou blijken tussen hem en de moeder waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen. Is de draagmoeder de zus of halfzus van de wensvader dan zal een erkenning niet mogelijk zijn. Desgevallend kan de wensvader ook overgaan tot *gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap* (art. 322 BW). Is er geen juridische moeder, dan kan de wensvader naar Belgisch recht eveneens het kind erkennen of zijn vaderschap gerechtelijk laten vaststellen.

Indien de draagmoeder *gehuwd* is, zal haar echtgenoot op grond van de *vaderschapsregel* de juridische vader zijn (art. 315 BW). De wensvader kan het vaderschap van de echtgenoot betwisten op grond van artikel 318 BW.²¹⁴ Opdat de vordering ontvankelijk zou zijn mag de echtgenoot geen bezit van staat hebben ten aanzien van het kind (art. 318, § 1 BW). Deze absolute niet-ontvankelijkheidsgrond is echter ongrondwettig bevonden door het Grondwettelijk Hof.²¹⁵ De vordering zal gegrond worden verklaard als de wensvader aantoont dat de echtgenoot niet de biologische vader is, wat betekent dat zijn gameten niet mogen zijn aangewend voor de verwekking van het kind, en als het vaderschap van de wensvader komt vast te staan. De betwistingsvordering door de wensvader zal met andere woorden maar gegrond kunnen worden verklaard wanneer de wensvader de genetische vader is van het kind. Indien de vordering succesvol is, komt van rechtswege een afstammingsband tussen het kind en de wensvader tot stand (art. 318, § 5 BW). Er moet rekening worden gehouden met artikel 318, § 4 BW: de wensvader zal het vaderschap van de echtgenoot niet kunnen betwisten wanneer deze laatste de toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind hiervan niet het gevolg kan zijn. De rechtspraak gaat echter soepel om met deze niet-ontvankelijkheidsgrond, zowel in het

geval de echtgenoot zelf²¹⁶ als wanneer de wensvader²¹⁷ de betwistingsvordering instelt. De situatie van draagmoederschap zou geenszins beantwoorden aan de *ratio legis* van het wetsartikel. Deze benadering krijgt echter kritiek in de rechtsleer. De bewoordingen van artikel 318, § 4 BW zijn immers algemeen en bevatten geen uitzondering voor draagmoederschap.²¹⁸

Is de draagmoeder gehuwd met een vrouw, dan speelt sinds 1 januari 2015 de *meemoederschapsregel* (art. 325/2 BW). De wensvader zal dit meemoederschap kunnen betwisten, voor zover het kind geen bezit van staat heeft ten aanzien van de meemoeder. De vordering van de wensvader zal enerzijds maar slagen voor zover de echtgenote niet aantoonbaar dat zij voorafgaand aan de verwekking haar toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind hiervan niet het gevolg kan zijn (art. 325/3, § 3 BW). De opmerkingen bij artikel 318, § 4 BW zijn *mutatis mutandis* van toepassing. Anderzijds zal de wensvader moeten aantonen dat hij de biologische vader is. Slaagt zijn vordering, dan zal hij van rechtswege de juridische vader van het kind zijn (art. 325/3, § 4 BW).

Hoofdstuk 2. Procedure in Nederland voor overdracht van het kind en het ouderlijk gezag naar de wensouders

67. De wensouders zullen vaak het kind moeten adopteren indien zij wensen dat familierechtelijke banden ontstaan. Om deze adoptie te verwezenlijken is in Nederland een bepaalde weg uitgestippeld.²¹⁹ De draag- en wensouders moeten daarvoor hun aanhoudende medewerking verlenen.²²⁰ HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD merkt op dat de instanties die hierbij worden ingeschakeld nauwelijks de mogelijkheid hebben hun medewerking te weigeren gezien het belang van het kind om tot de wensouder(s) in een familierechtelijke betrekking te staan.²²¹ België kent dergelijke procedure niet. Het kind wordt aan de wensouders feitelijk afgestaan, maar zonder verdere juridische stappen blijft de draagmoeder, voor zover zij de juridische ouder is, titularis van het ouderlijk gezag. Om deze reden zullen in sommige gevallen ook de Belgische wensouders het kind wensen te adopteren. Op de adoptieve afstamming wordt later ingegaan.²²² Eerst komt de procedure in Nederland voor de overdracht van het kind en het ouderlijk gezag naar de wensouders aan bod.

68. In de eerste plaats moet het *kind worden overgedragen aan de wensouders*. Volgens BROEKHUIJSEN-MOLENAAR moet bij deze overdracht de Raad voor de Kinderbescherming (hierna de Raad) niet worden betrokken. Dit hoeft enkel wanneer het kind kan worden aangemerkt als een pleegkind. Overeenkomstig artikel 1, eerste lid Pleegkinderenwet²²³ is dit o.m. zo wanneer het een minderjarige betreft die bij anderen dan zijn ouders, voogd of bloed- en

aanverwanten tot en met de derde graad wordt verzorgd en opgevoed. Als een kind een pleegkind is, betekent dit dat degene die ervan de opvoeding en verzorging op zich heeft genomen, de burgemeester en wethouders van de gemeente waar het kind verblijft, binnen een week schriftelijk van deze opnemings in kennis moet stellen. Deze kennisgeving wordt doorverzonden naar de Raad. Na ontvangst van deze kennisgeving, stelt de Raad een onderzoek in naar het pleegkind en het gezin. Het achterwege laten van deze kennisgeving is een strafbaar feit (art. 5-7 en 20 Pleegkinderenwet). Is het pleegkind jonger dan zes maanden en staat het niet onder de voogdij van een rechtspersoon, dan kan het kind maar in het pleeggezin worden opgenomen mits voorafgaandelijke toestemming van de Raad. Indien dit gebeurde zonder toestemming kan het kind voorlopig aan de Raad worden toevertrouwd (art. 1:241, derde lid NBW). BROEKHUIJSEN-MOLENAAR stelt dat het kind bij draagmoederschap niet kan worden aangemerkt als een pleegkind. Het begrip bloedverwanten, in de zin van artikel 1 Pleegkinderenwet, moet volgens de auteur worden begrepen als biologische verwanten. Bijgevolg zal een genetische wensouder een bloedverwant zijn.²²⁴²²⁵ Het kind kan daardoor worden meegenomen door de wensouders zonder dat daarbij de Raad of de burgemeester hoeft te worden betrokken.²²⁶ Volgens anderen moet de kennisgeving wel gebeuren.²²⁷ Deze laatste stelling werd bevestigd door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.²²⁸

69. In het Protocol voor Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen (ASAA) zet de Raad uiteen welke stappen moeten worden ondernomen bij afstand van een kind in het raam van draagmoederschap. De Raad maakt het onderscheid tussen laag- en hoogtechnologisch draagmoederschap.

Indien een meerderjarige zich tot de Raad voor de Kinderbescherming wendt met het voornemen om *laagtechnologische* draagmoeder te worden, verwijst de Raad door naar een instelling voor begeleiding van afstandsouders. Hier kan zij terecht voor informatie over het doen van afstand, de impact daarvan op moeder en kind en over het belang van contact tussen het kind en de biologische ouder(s) als het kind opgroeit bij vervangende ouders. Indien wensouders zich tot de Raad wenden met hun voornemen een kind op te nemen in het eigen gezin met behulp van een draagmoeder, verwijst de Raad hen eveneens door naar een instelling voor begeleiding van afstandsouders. Zij krijgen daar voorlichting over en hulp bij de voorbereiding op het opnemen van een kind van een ander en de impact op een kind van het afgestaan zijn en het belang van een 'open adoptie'. Indien er géén sprake is van genetische verwantschap tussen het kind en de wensouders, zal de standaardprocedure voor afstand worden gevolgd. Dit betekent onder andere dat een kind alleen wordt geplaatst bij wensouder(s)/aspirant-adoptiefouders die de voorlichting van de Stichting Adoptie Voorzieningen hebben gevolgd en die eerder een

gezinsonderzoek hebben ondergaan waaruit gebleken is dat zij geschikt zijn voor het opnemen van een (in Nederland geboren) kind dat voor adoptie in aanmerking komt. Na de geboorte van het kind wordt er een bedenktijd van drie maanden voor de juridische ouder(s) in acht genomen. In het onderzoek zal altijd worden bekeken of het mogelijk is om het kind bij de eigen ouder(s) te laten opgroeien gelet op het recht dat een kind daarop heeft. Indien de wensvader met resultaten van DNA-onderzoek kan aantonen dat het kind genetisch het zijne is, zal in het onderzoek worden bekeken of het in het belang van het kind is dat het opgroeit bij de wensvader en zijn gezin. Daarnaast wordt in het onderzoek onder meer onderzocht of de wensmoeder voldoende is voorgelicht met betrekking tot de draagmoederschapconstructie. Voor wat betreft de draagmoeder wordt gekeken of zij onafhankelijke begeleiding heeft gehad m.b.t. haar voornemen om een kind te dragen, te baren en af te staan voor een ander. Voor zover van toepassing wordt de afstandsprocedure gevolgd.

Bij toepassing van *hoogtechnologisch* draagmoederschap, uitgevoerd en begeleid door het VUmc,²²⁹ kan de Raad volstaan met een beperkt onderzoek dat zich richt op het verzamelen van informatie die nodig is voor het overdragen van het gezag. De wensouders moeten aan de Raad de volgende documenten overleggen:

- een verklaring van het ziekenhuis of IVF-kliniek dat de draagmoeder zwanger is van een kind dat genetisch een volledig eigen kind van de wensouders is. Deze verklaring moet zijn ondertekend en van een officiële stempel van het ziekenhuis of kliniek zijn voorzien;
- een verklaring waaruit blijkt dat voldaan is aan alle wettelijke voorwaarden zoals opgenomen in de NVOG-richtlijn²³⁰ en
- een verklaring dat de betrokkenen aan alle formaliteiten conform het protocol van het ziekenhuis hebben voldaan waaronder het overleggen van een Verklaring Omtrent het Gedrag.

In alle andere gevallen doet de Raad een uitgebreid onderzoek naar de voorgenomen afstand waarbij wordt gekeken of aan alle voorwaarden daarvoor is voldaan. Dat wil zeggen dat er geen geldelijk of ander voordeel genoten wordt/gaat worden van de afstand van het kind, dat onafhankelijke begeleiding heeft plaatsgevonden en dat er een redelijke bedenktijd na de geboorte is voor het voornemen tot afstand. Daarnaast wordt er onderzocht of het in het belang van het kind is dat het bij de wensouder(s) opgroeit. Ook bij dit onderzoek is het van invloed of het kind genetisch verwant is aan ten minste één van de wensouders.

70. Vóór de wijziging van artikel 1:266 NBW zou na de geboorte (en opnemings van het kind in het gezin van de wensouders) een onderzoek worden ingesteld om draagouder(s) uit het gezag te ontheffen en om na te gaan of de wensouders met het gezag moeten worden belast.²³¹ Er zou worden onderzocht of een plaatsing in het gezin van de wensouders in het belang van het kind is en of het nog steeds de wens van wensouder(s) is om het kind als pleegkind op te voeden en na verloop van tijd te adopteren. Daarbij is het wederom van invloed of het kind genetisch verwant is aan ten minste één van de wensouders aan de hand van de overlegde resultaten van een DNA-test of overgelegde (authentieke) ziekenhuisverklaringen inzake verwantschap.

Tevens zou er onderzoek plaatsvinden naar de draagmoeder of -ouders. In dit onderzoek gaat de Raad na of de draagouder(s) er nog steeds achter staan dat zij vrijwillig afstand doen van het kind. Als dat het geval is, vraagt de Raad de draagmoeder een afstandsverklaring te ondertekenen. Daarmee doet zij niet alleen afstand van het kind maar verklaart zij tevens ‘dat geen betaling of vergoeding van enige aard of gunst is gedaan of aangeboden noch gevraagd met het oog op de verkrijging van haar toestemming tot de adoptie van het kind’. Na het onderzoek stuurt de Raad een rekest en rapport naar de rechtbank met een verzoek tot ontheffing van het gezag.²³²

71. De *ontheffing* kon niet worden uitgesproken indien de ouder zich hiertegen verzet.²³³ Hierop zijn echter verschillende uitzonderingen, waaronder deze dat indien na een verzorging en opvoeding met instemming van de ouder – anders dan uit hoofde van een ondertoezichtstelling of een plaatsing onder voorlopige voogdij – van ten minste een jaar in een ander gezin dan het ouderlijke, een voortzetting daarvan noodzakelijk is en van een terugkeer naar de ouder een ernstig nadeel voor het kind moet worden gevreesd (oud art. 1:268, eerste lid en tweede lid, d NBW). In dit laatste geval kon de ontheffing niet enkel worden verzocht door de Raad of het Openbaar Ministerie, maar ook door degene die het kind op het tijdstip van het verzoek ten minste een jaar heeft verzorgd en opgevoed, indien de kinderrechtster een verzoek van de ouders om toestemming tot wijziging in het verblijf van hun kind heeft afgewezen (blokkaderecht). Indien het kind door meer dan een persoon wordt verzorgd en opgevoed, kon het verzoek slechts door dezen gemeenschappelijk worden gedaan. De opvoeders konden in dat geval ook een verzoek indienen om met de voogdij te worden bekleed (oud art. 1:275, derde lid en 299a NBW).²³⁴ In het raam van draagmoederschap, zal deze opvoeding gebeuren door de wensouders, waardoor zij ook om de ontheffing konden verzoeken.

72. De ontheffing was mogelijk wanneer de ouder *ongeschikt of onmachtig is zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen* (oud

art. 1:266 NBW). Bij draagmoederschap zal er in hoofde van de draagmoeder niet echt sprake zijn van ongeschiktheid of onmacht, maar eerder van onwil.²³⁵ Zij zal geen emotionele ouderrelatie met het kind hebben opgebouwd. Er zal geen hechttingsproces op gang gekomen zijn.²³⁶

Het verzoek tot ontheffing werd reeds afgewezen omdat volgens de bevoegde rechter het enkele niet-willen op zichzelf geen onmacht of ongeschiktheid oplevert. De wetgever heeft er immers uitdrukkelijk voor gekozen ouders niet de bevoegdheid te geven zichzelf uit het ouderlijk gezag te doen ontheffen. Bovendien zou het belang van het kind zich tegen de inwilliging van het verzoek verzetten, gelet op het in artikel 7 IVRK vervatte recht om te worden opgevoed door zijn beide ouders. KALKMAN-BOGERD weerlegt dit. De Verdragsstaten bij het IVRK hebben een ruime beleidsvrijheid bij de verwezenlijking van dit recht. Het is ook zo dat het kind weliswaar niet door zijn oorspronkelijke ouders wordt opgevoed, niettemin groeit het op in een gezinsomgeving die waarborgen biedt voor een goede ontplooiing van zijn persoonlijkheid. Het kind is zeer gewenst en kan bovendien genetisch verwant zijn met de wensouders. Volgens de auteur is er van strijdigheid met artikel 7 IVRK dan ook geen sprake.²³⁷ De vonnissen werden uiteindelijk in hoger beroep hervormd. De draagouders werden ontzet uit hun ouderlijk gezag.²³⁸

Volgens sommige kinderrechtters werd deze ontheffingsgrond oneigenlijk gehanteerd bij gebrek aan een geschikte wettelijke bepaling voor draagmoederschap.²³⁹ De maatregel heeft niet tot doel het kind te beschermen tegen opgroeien in een daartoe ongeschikte omgeving, maar wel om de wensouders in staat te stellen het kind te adopteren.²⁴⁰ De staatssecretaris voor Justitie wees deze stelling af, gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden dat met ongeschiktheid of onmacht tot verzorgen en opvoeding niet alleen een algemene ongeschiktheid of onmacht tot verzorgen en opvoeden wordt bedoeld, maar ook een ongeschiktheid of onmacht tot verzorgen en opvoeden van een bepaald kind, welke ongeschiktheid of onmacht kan zijn veroorzaakt door of samenhangen met de bijzondere eigenschappen van dat kind of met de bijzondere omstandigheden waarin het kind zich bevindt ten tijde van het nemen van de beslissing.²⁴¹ Normaal gezien zal bij de draagmoeder de wil om het kind op te voeden ontbreken. Het kind wordt door haar afgewezen. Volgens de staatssecretaris is er bijgevolg ook geen sprake van een oneigenlijke uitleg van de ontheffingsgrond.²⁴²

73. Sinds 1 januari 2015 is op grond van artikel 1:266 NBW geen ontheffing of ontzetting van het ouderlijk gezag meer mogelijk. Het eerste lid voorziet voortaan dat de rechtbank het gezag van een ouder kan beëindigen indien een minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling ernstig wordt bedreigd, en de ouder niet de

verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding, bedoeld in artikel 247, tweede lid, in staat is te dragen binnen een voor de persoon en de ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbaar te achten termijn, of de ouder het gezag misbruikt. Op grond van artikel 1:267 NBW kan de beëindiging van het gezag worden uitgesproken op verzoek van de raad voor de kindbescherming of het openbaar ministerie. Tevens is degene die niet de ouder is en de minderjarige gedurende ten minste een jaar als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt bevoegd tot het doen van het verzoek indien de raad voor de kindbescherming niet tot een verzoek overgaat.

M.i. kan *mutatis mutandis* de rechtspraak inzake het ongeschikt of onmachtig zijn om zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen in het raam van draagmoederschap worden toegepast op het 'niet in staat zijn de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding te dragen'.

Hoofdstuk 3. Adoptieve afstamming

74. Wanneer de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot niet langer het ouderlijk gezag hebben en indien de wensouders het kind ten minste een jaar hebben verzorgd en opgevoed, kan de *adoptie* in Nederland worden uitgesproken (art. 1:228, eerste lid, f en g NBW).²⁴³ Artikel 1:228, derde lid NBW bepaalt dat de voorwaarde van een termijn van één jaar niet geldt, indien het kind wordt geboren binnen de relatie van de moeder met een levensgezel van gelijk geslacht.

De rechtbank van Noord-Nederland oordeelde dat omwille van het feit dat de niet-biologische verwante adoptant in die situatie geen verzorgingstermijn moet afwachten, terwijl in het geval waarbij de rechtbank over een adoptieverzoek na draagmoederschap moest oordelen, de biologische verwante wensmoeder dit wel moest doen, de mogelijkheden van de wensmoeder om familierechtelijke betrekkingen te vestigen tussen haar en het kind, in welke relatie er sprake is van gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM, beperkter zijn dan die van de biologisch niet-verwante adoptante. Dit was volgens de rechtbank niet verenigbaar met artikel 8 j^o 14 EVRM. De rechtbank sprak de adoptie op verzoek van de wensmoeder uit, ook al had zij het kind met de juridische wensvader slechts drie maanden verzorgd.²⁴⁴

Deze adoptieprocedures zijn langdurig en stresserend voor de betrokken partijen en bovendien is de uitkomst ervan niet zeker.²⁴⁵ De zestien kinderen betrokken in een studie van DERMOUT werden echter allemaal succesvol geadopteerd door de wensouders.²⁴⁶

75. De adoptieve afstamming was in het verleden in België vaak een middel om het draagmoederschap juridisch te finaliseren. De adoptie

vult een lacune in de wet in of komt tegemoet aan een hypothese waarin de wet niet heeft voorzien.²⁴⁷ Volle adoptie is in deze context de meest voor de hand liggende keuze. Deze adoptievorm verleent aan het kind en zijn afstammelingen een statuut met dezelfde rechten en verplichtingen als ware het kind geboren uit de wensouder. De volle adoptie zal de staat van de persoon, nl. van het kind, op rechtsgeldige wijze in overeenstemming brengen met de inhoud van de ongeldige draagmoederschapsovereenkomst.²⁴⁸ Het doel van het hele draagmoederschapproject wordt bijgevolg uiteindelijk bereikt. Deze vorm van adoptie heeft ook tot gevolg dat het kind ophoudt tot zijn oorspronkelijke familie te behoren (art. 356-1, tweede lid BW). De adoptie snijdt de banden met de draagmoeder door. Weliswaar blijven er huwelijksbeletselen bestaan tussen de draagmoeder en haar familie en het kind (art. 161 t.e.m. 164 BW).

Tot nu toe zijn er in België enkel nog maar binnenlandse adoptieprocedures na draagmoederschap bekend. Het aantal adoptievonnissen- en arresten na draagmoederschap zijn beperkt.

De persoon ten aanzien van wie de afstamming vaststaat moet *toestemmen* tot de adoptie (art. 348-3 BW). Naargelang de situatie zullen dit de draagmoeder en haar echtgenoot zijn, de draagmoeder en de wensvader of enkel de wensvader. Zij kunnen hun toestemming ten vroegste twee maanden na de geboorte van het kind geven (art. 348-4, eerste lid BW).²⁴⁹ Dit betekent dat het gezin gevormd door de wensouders en het kind enige tijd geen juridische bescherming zal krijgen.

76. In Nederland is bij de adoptie het wensouderschap *geen factor van betekenis*.²⁵⁰

De rechtbank van 's-Gravenhage werd geconfronteerd met het verzoek tot adoptie na internationaal draagmoederschap. Een wenspaar, waarvan de man de Nederlandse en Oostenrijkse nationaliteit had en de vrouw enkel de Oostenrijkse, wenste het kind te adopteren. Dit kind had echter de Britse nationaliteit.²⁵¹ Op grond van artikel 1 Wobka wordt onder een buitenlands kind verstaan een buiten Nederland geboren, de Nederlandse nationaliteit niet bezittende minderjarige in de zin van de Nederlandse wet, die in Nederland met het oog op adoptie in een ander gezin dan het ouderlijke wordt of zal worden verzorgd en opgevoed, in zodanige omstandigheden dat de verzorgers in feite de plaats van de ouders innemen. Dit was *in casu* het geval.

Overeenkomstig artikel 2 Wobka is de opneming in Nederland van een buitenlands kind met het oog op adoptie enkel toegelaten indien van de minister van Justitie een voorafgaande schriftelijke mededeling is verkregen die voor dergelijke opneming de toestemming verleent. De

wensouders beschikten niet over dergelijke beginseltoestemming. De rechtbank was echter van oordeel dat de wet niet van toepassing was aangezien deze enkel een klassieke adoptie voor ogen heeft, nl. een adoptie waarbij het kind zowel biologisch als genetisch volledig afstamt van anderen. *In casu* was het kind echter genetisch afkomstig van de wensouders. Een beginseltoestemming was bijgevolg niet vereist. Anderzijds oordeelde de rechtbank dat aanvullende voorwaarden moeten worden gesteld in het geval van adoptie van een via hoogtechnologisch draagmoederschap in het buitenland geboren kind: de (wettelijke) vereisten die in Nederland worden gesteld aan het op dergelijke wijze verkregen kind moeten ook in het buitenland zijn nageleefd. De rechtbank was van oordeel dat dit in de voorliggende zaak het geval was. De gemeenrechtelijke voorwaarden voor adoptie waren eveneens voldaan en de rechtbank sprak de adoptie uit.

77. In België moet de adoptie gegrond zijn op *wettige redenen* (art. 344-1 BW). In de gepubliceerde rechtspraak vindt men drie strekkingen terug inzake de invloed van de draagmoederschapsovereenkomst op het oordeel of de adoptie op wettige redenen berust. De eerste strekking gaat uit van een *onderlinge afhankelijkheid in negatieve zin*: draagmoederschap is strijdig met de openbare orde, en bijgevolg kan de adoptie die daarop volgt, niet steunen op wettige redenen.²⁵² Een tweede strekking stelt dat de geldigheid van draagmoederschap en de draagmoederschapsovereenkomst wel een invloed hebben op de geldigheid van de adoptie, maar dan in *positieve zin*: draagmoederschap (binnen bepaalde grenzen) is niet strijdig met de openbare orde, en bijgevolg steunt de adoptie die daarop volgt op wettige redenen.²⁵³ Volgens de derde strekking is de adoptie *volledig onafhankelijk* van het draagmoederschap. De rechter moet de instellingsvoorwaarden op zich beoordelen, zonder rekening te houden met het draagmoederschap. Draagmoederschap is geen beoordelingselement.²⁵⁴

De meerderheid van de Belgische rechtsleer is van mening dat het oordeel over de adoptie onafhankelijk van het draagmoederschap moet zijn. Het feit dat een illegitieme handeling aan de oorsprong ligt van de geboorte van het kind, mag in geen enkel geval leiden tot een weigering.²⁵⁵ De rechter moet enkel nagaan of aan de instellingsvoorwaarden is voldaan, zonder het voorgaande draagmoederschap daarbij te betrekken.²⁵⁶ Dit betekent niet dat daardoor de draagmoederschapsovereenkomst als legitiem wordt beschouwd.²⁵⁷ Ook het Openbaar Ministerie bij de jeugdrechtbank te Brussel hangt deze stelling aan en stelt dat het enige probleem de huidige en toekomstige juridische situatie van het kind betreft.²⁵⁸ Volgens ROUVROY is het echter op zijn minst gevaarlijk om zijn goedkeuring te verlenen aan dergelijke afwending van het doel van

adoptie. De wetgever had met de adoptie voor ogen om de situatie van verlaten kinderen en wezen te verhelpen en niet om de gevolgen van draagmoederschap te regelen, waarvan de legitimiteit op zijn minst betwist is.²⁵⁹ Ik sluit mij aan bij de meerderheidstrekking. Door de adoptie afhankelijk te maken van de (on)geoorloofdheid van draagmoederschap, voegt men m.i. een voorwaarde toe die de adoptiewetgeving niet bevat. Bovendien leidt dit tot een schending van artikel 2 IVRK, dat bepaalt dat de bij dit Verdrag aangesloten Staten de rechten in het Verdrag moeten eerbiedigen en waarborgen voor ieder kind onder hun rechtsbevoegdheid zonder discriminatie, ongeacht (o.a.) de geboorte en afkomst van het kind.²⁶⁰ Adoptie na draagmoederschap kan op wettige redenen steunen en in het hoger belang van het kind zijn, want ook in dat geval is het doel ouders geven aan een kind. De draagmoeder heeft immers niet de bedoeling om het kind op te voeden en te verzorgen. Daarom is de adoptie niet strijdig met de openbare orde en komt ze ook niet neer op een afwending van haar doel. Dit belet niet dat de rechter steeds moet nagaan of aan de instellingsvoorwaarden van adoptie is voldaan.²⁶¹ Draagmoederschap op zich hoeft m.i. de adoptie niet te verhinderen, maar mag evenmin tot de automatische uitspraak ervan leiden.

De adoptie kan slechts plaatsvinden *in het hoger belang van het kind en met eerbied voor de fundamentele rechten die het op grond van het internationaal recht toekomen* (art. 344-1 BW). Dit houdt in dat de adoptie van een minderjarige, als maatregel van jeugdbescherming, maar kan plaatsvinden indien vaststaat dat er op termijn geen afdoende opvangmogelijkheden in zijn familiaal milieu meer bestaan (subsidiariteitsprincipe). M.i. is bij adoptie na draagmoederschap wel degelijk voldaan aan de subsidiariteitsvoorwaarde. De draagmoeder wenst het kind niet op te voeden. Het kind heeft bijgevolg geen opvangmogelijkheden in zijn oorspronkelijke familiale omgeving.²⁶²²⁶³ De fundamentele rechten zijn vervat in verschillende internationale verdragen, waaronder het Haags adoptieverdrag, de UVRM, het EVRM en het IVRK. Uit de rechtspraak betreffende adoptie na draagmoederschap blijkt dat deze fundamentele rechten kunnen worden ingeroepen zowel voor²⁶⁴ als tegen²⁶⁵ een uitspraak van adoptie.

Hoofdstuk 4. Tussenbesluit

78. Zowel het Nederlandse als het Belgische oorspronkelijke afstammingsrecht maakt het voor de wensouders vaak niet mogelijk om onmiddellijk vanaf de geboorte de juridische ouders te zijn. Dit gaat pas na omwegen, waarbij vaak de medewerking van de draagmoeder nodig is. Bovendien is het in sommige gevallen onmogelijk gebleken om een juridische afstammingsband met het kind vast te stellen. Het oorspronkelijke afstammingsrecht is *niet aangepast* aan de situatie van draagmoederschap. Wensouders die het

kind willen adopteren, zien zich geconfronteerd met een grote mate van rechtsonzekerheid, ondanks de verregaande, gewenste, gevolgen van adoptie. De draagmoeder moet immers haar volgehouden medewerking verlenen, door middel van haar toestemming tot de adoptie. Noch de bepalingen van het oorspronkelijke afstammingsrecht, noch een verzoek tot adoptie bieden in beide buurlanden aan de wensouders de absolute zekerheid dat hun relatie met het kind juridische bescherming zal krijgen.

Dit is *nefast*, aangezien de kinderwens van de wensouders even eerbaar en oprecht is als deze van hen die minder verregaande medische voortplantingsbegeleiding nodig hebben of als deze van mensen die geen vruchtbaarheidsproblemen hebben. Deze situatie zorgt ervoor dat de wensouders hun geluk proberen te vinden in het buitenland.²⁶⁶

79. In 2011 vond in Nederland een *expertmeeting* rond draagmoederschap plaats. Deskundigen, vanuit hun beroep betrokken bij de verschillende aspecten van draagmoederschap, stelden de vraag of de huidige wijze van overdracht van de juridische ouderschapsrelatie naar de wensouder(s) een niet te ingewikkeld juridisch traject is. Zij geven als mogelijke oplossing dat hoog- en laagtechnologisch draagmoederschap in wet- en regelgeving worden gereguleerd. Hierbij zouden de wensouders na het doorlopen van een procedure met terugwerkende kracht worden geacht de juridische ouders van het kind te zijn. Het ‘Engelse model’ zou hiervoor als inspiratie dienen.²⁶⁷ Een systeem waarbij enkel commercieel draagmoederschap wordt verboden en er verder geen wettelijke regeling is, blijkt niet voor iedereen te volstaan. Bovendien is de werkwijze van ontheffing van het ouderlijk gezag, belasting met voogdij en daaropvolgende adoptie niet steeds succesvol,²⁶⁸ wat leidt tot onnoemelijke spanningen voor wens- en draagouders.²⁶⁹

In de rechtsleer werden ook vragen gesteld bij de huidige werkwijze waarop de afstamming tot stand komt.²⁷⁰ De roep om een *lex specialis* klinkt de laatste jaren steeds luider.²⁷¹ Het huidige systeem leidt immers tot rechtsonzekerheid: enerzijds omwille van het spanningsveld tussen de draagmoeder en de wensouders dat aanleiding kan geven tot conflicten, en dit terwijl het succesvol doorlopen van het hele proces de samenwerking van alle betrokkenen vraagt. Anderzijds is niet met zekerheid te voorspellen wat de rechter zal beslissen en rechterlijke tussenkomst is op verschillende cruciale punten vereist.²⁷² Het blijft ook vreemd dat enerzijds het Planningsbesluit hoogtechnologisch draagmoederschap mogelijk maakt als een vorm van gedoogbeleid en anderzijds de wetgeving zich daaraan niet aanpast.²⁷³

De recent in Nederland ingestelde staatscommissie ‘Herijking

ouderschap' heeft onder meer tot taak de regering te adviseren over de wenselijkheid van wijziging van het Burgerlijk Wetboek en aanverwante wetten in verband met draagmoederschap²⁷⁴. De centrale vraag is of de toename van (internationale) draagmoederschapsconstructies tot een andere wettelijke regeling noopt. Een andere belangrijke vraag in dit verband is met betrekking tot welke personen het kind recht heeft op afstammingskennis. Op grond van vaste jurisprudentie heeft een kind dit recht waar het gaat om biologisch/genetische ouders, maar in geval van draagmoederschap kan de vraag rijzen of dit recht ook betreft de identiteit van de vrouw uit wie het kind is geboren, maar met wie het geen genetische verwantschap heeft. Bij dit onderwerp is met het oog op de openbare orde, die in geding kan komen bij de erkenning van een in het buitenland opgemaakte geboorteakte, waarop de vrouw uit wie het kind is geboren, niet staat vermeld, voorts van belang dat de staatscommissie ingaat op het Nederlandse uitgangspunt dat de vrouw die het kind baart, altijd de juridische ouder van het kind is²⁷⁵.

Titel 8. Internationaalprivaatrechtelijke aspecten

80. Wanneer wensouders naar het buitenland gaan om daar beroep te doen op een draagmoeder, kunnen zij naar aanleiding van de terugkeer naar hun thuisland met het kind, te maken krijgen met problemen van internationaal privaatrecht: het kan zijn dat de erkenning van de buitenlandse geboorteakte wordt geweigerd of er kunnen procedurele problemen opduiken inzake illegale adoptie. Het onderliggende probleem is dat er belangrijke verschillen zijn tussen de internrechtelijke aanpak van draagmoederschap in de verschillende rechtsstelsels.²⁷⁶

Hoofdstuk 1. Afgifte van reisdocumenten

81. *Grensoverschrijdend draagmoederschap* door Belgen komt vrij vaak voor, ondanks de waarschuwingen van overheidswege. De FOD Buitenlandse Zaken raadt op zijn website af in het buitenland een draagmoeder te zoeken en stelt uitdrukkelijk dat er geen enkel rechtsgevolg zal worden toegekend aan buitenlandse documenten uit Oekraïne die in dit kader werden opgemaakt.²⁷⁷ India, Oekraïne en Californië (VSA) zijn populaire bestemmingen voor Belgische wensouders.

Uit de praktijk blijkt dat België op twee manieren met deze situaties wordt geconfronteerd. De eerste situatie (bv. Oekraïne of India) betreft wensouders die in het geboorteland van het kind een *Belgisch paspoort aanvragen* op de Belgische consulaire of diplomatieke post. Dit is enkel mogelijk indien het kind de Belgische nationaliteit heeft, wat een onderzoek naar de afstammingsband van het kind veronderstelt (art. 8 Wetboek van de Belgische Nationaliteit). Dit

betekent dat de Belgische autoriteiten zich moeten buigen over de erkenning van de buitenlandse geboorteakte of gerechtelijke beslissing. Slechts wanneer een afstammingsband tussen het kind en de wensouders is vastgesteld, zal het kind met een Belgisch paspoort kunnen meegaan met de wensouders naar België. De tweede situatie (bv. de staat Californië) betreft wensouders die al met het kind naar België zijn teruggekeerd en die aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van hun gemeente *de overschrijving van de geboorteakte in de registers vragen*. Dit impliceert ook een onderzoek naar de erkenning van de buitenlandse geboorteakte of gerechtelijke beslissing.²⁷⁸

Wanneer de Belgische ambtenaar in de eerste situatie het verzoek om een paspoort afwijst, heeft dit als gevolg dat het kind bijvoorbeeld noch de Indische of Oekraïense, noch de Belgische nationaliteit heeft. Naar Indisch of Oekraïens recht heeft het immers de Belgische wensouders als ouders en dus de Belgische nationaliteit, maar naar Belgisch recht heeft het kind geen afstammingsband met de wensouders. Hierdoor is het kind *staat- en ouderloos* en zal het geen paspoort kunnen verkrijgen. De afwijzing is een gevolg van het feit dat de buitenlandse geboorteakten na draagmoederschap in de regel strijdig zullen zijn met het in België gehanteerde principe van *Mater semper certa est*, aangezien zij de wensouders aanwijzen als de juridische ouders.

Een bekend geval van draagmoederschapstoerisme was de zaak *Samuel*, een kind geboren uit een Oekraïense draagmoeder en met twee wensvaders. Aangezien de Oekraïense draagmoederschapswetgeving niet van toepassing is op homoseksuele wensouders, stonden in de geboorteakte als moeder de draagmoeder en als vader de biologische wensvader vermeld. Na sociaal onderzoek werd vastgesteld dat de (draag)moeder weigerde de opvoeding van Samuel op zich te nemen, waarbij zij conform de Oekraïense wetgeving²⁷⁹ werd ontheven uit haar ouderlijk gezag en het kind bij vonnis werd toegewezen aan de wensvader, tevens biologische vader. Deze laatste vroeg om de overschrijving van de Oekraïense geboorteakte in België en de afgifte van een paspoort aan het kind. De overheid weigerde dit, omdat naar Belgisch recht het vaderschap van de wensvader t.a.v. het kind niet was vastgesteld. De Belgische overheid weigerde de geboorteakte te erkennen gelet op het draagmoederschap dat strijdig is met de openbare orde. Hierop stelde de biologische wensvader een vordering in bij de kortgedingrechter te Brussel. Hij verzocht de Belgische Staat te veroordelen tot afgifte van alle noodzakelijke documenten opdat het kind geldig zou kunnen verblijven bij zijn vader en Oekraïne zou kunnen verlaten. De rechter oordeelde echter dat de afgifte van een paspoort zou neerkomen op het erkennen van de afstammingsband tussen de wensvader en het kind, en zo ook van de Belgische nationaliteit van het kind, aangezien door de Belgische Staat een paspoort enkel mag worden afgeleverd aan een

Belgische onderdaan. Dergelijke beslissing zou bijgevolg declaratief zijn en niet langer een uitspraak bij voorraad zijn. De vordering was niet gegrond.²⁸⁰ Korte tijd later stelde de wensvader een vordering in bij de bodemrechter te Brussel waar hij aanvoerde dat het voor hem onmogelijk was om het Oekraïense vonnis waarbij het kind aan hem werd toegewezen uit te voeren aangezien de Belgische autoriteiten weigerden Samuel als Belg te erkennen en hem een Belgisch paspoort af te leveren. De biologische wensvader had ondertussen, na het vonnis van de kortgedingrechter, het kind erkend voor een Belgische notaris overeenkomstig artikel 329bis, § 3 BW (erkenning van een kind zonder bekende ouder). Gelet op de weigering van de Belgische staat om de biologische wensvader als vader van het kind te erkennen, stelde de wensvader een vordering in teneinde te horen zeggen voor recht dat de geboorteakte geldt als rechtsgeldige authentieke akte waaruit de vaderlijke erkenning van de biologische wensvader van het kind blijkt. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel verklaarde de vordering gegrond, waardoor Samuel met zijn wensouders naar België kon afreizen na drie jaar in Oekraïne te verblijven, waarvan één jaar in een weeshuis.²⁸¹

Een ander geval betreft een arrest van het hof van beroep te Brussel inzake de vordering van een heteroseksueel gehuwd wenspaar om reisdocumenten af te leveren zodanig dat hun kind, geboren in Oekraïne na hoogtechnologisch draagmoederschap, samen met hen kon afreizen naar België. De Belgische ambassade had het afleveren van een paspoort geweigerd, op grond van een vermoeden van draagmoederschap. De wensouders, waarvan enkel de wensvader de genetische ouder was, stelden een vordering in tot erkenning van de Oekraïense geboorteakten. Uit vrees dat deze procedure lang zou duren, stelden zij tegelijkertijd ook een vordering in bij de kortgedingrechter om de Belgische staat te veroordelen tot het afleveren van een paspoort of een *laissez-passer*. In eerste aanleg werd deze vordering afgewezen. Kort hierna keerde de wensvader alleen terug naar België en erkende hij het kind voor een notaris, om daarna opnieuw terug te gaan naar Oekraïne. Nadat zij een kinderopas hadden gevonden, keerden beide wensouders terug naar België, waar ook de wensmoeder het kind erkende a.d.h.v. een notariële akte. De wensouders stelden beroep in tegen de beslissing in eerste aanleg. Het hof stelde vast dat ook al zou de stelling van de Belgische staat dat de Oekraïense geboorteakte nietig is, moeten gevolgd worden, dit enkel de moederlijke erkenning zou verhinderen en niet de vaderlijke. Deze vaderlijke erkenning door de wensvader lijkt de Belgische openbare orde niet ernstig te schenden. Het Belgische recht laat immers toe dat de biologische vader zijn kind erkent, in overeenstemming met artikel 329bis BW. Het hof wees er verder op dat het belangenevenwicht veronderstelde dat enerzijds rekening werd gehouden met de rechten van de betrokkenen, nl. het recht van de wensvader om een gezinsleven met het kind in België te leiden en het recht van het kind

om met de wensvader een duurzame band op te bouwen en te genieten van de affectie waarmee de wensvader hem wenste te omringen. De Belgische Staat had er anderzijds belang bij om bij gebrek aan een toepasselijke interne wet een beslissing ten gronde af te wachten die de vragen van openbare orde oplost. Gelet op de dringende situatie, die onherroepelijke schade aan de band tussen vader en kind zou kunnen hebben veroorzaakt, kon het belang van de Staat niet opwegen tegen dat van de vader en het kind om te worden herenigd. Bovendien was de kans klein dat anderen het moeder- of vaderschap zouden opeisen. Bijgevolg diende de vordering van de wensouders tot het afleveren van een *laissez-passer*, of een ander geschikt administratief document, te worden ingewilligd, zonder prejudiciële erkenning ten gronde wat de vaststelling van de afstamming betreft.²⁸²

De wensouders stelden een procedure in bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en klaagden een schending aan van de artikelen 3 (verbod van foltering), 8 (recht op eerbied voor privé-, familie- en gezinsleven) en 13 (recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel) Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (hierna EVRM). De weigeringen om reisdocumenten af te leveren zou volgens de wensouders voor een effectieve scheiding tussen de wensouders en het kind gezorgd hebben en zij zouden niet beschikt hebben over een effectief rechtsmiddel om deze schending aan te klagen. Omdat de Belgische overheid ondertussen had toegelaten dat het kind naar België kon vertrekken, schrapte het Straatsburgse Hof de klacht betreffende de weigering om reisdocumenten af te leveren van de rol. De klacht betreffende de lange duur van de scheiding tussen wensouders en kind werd niet-ontvankelijk verklaard. Gelet op het gebrek aan een Europese consensus in deze materie, oordeelde het Hof dat België een ruime appreciatiemarge had. Er was geen sprake van een schending van artikel 8 EVRM. Het Europese Verdrag verplicht de Verdragsstaten immers niet om de toegang van kinderen geboren na draagmoederschap tot hun territorium toe te laten, zonder dat de nationale overheden de mogelijkheid hebben gehad om bepaalde juridische controles uit te voeren. De duur van de procedure en de scheiding was evenmin onredelijk lang. Bovendien waren de betrokkenen van de moeilijkheden op de hoogte aangezien zij juridisch advies hadden ingewonnen. Het Hof wees er ook op dat België niet verantwoordelijk was voor de problemen die in Oekraïne ontstonden. Daarnaast was de lange duur van de procedure ook te wijten aan het feit dat het door de wensouders ingediende dossier niet volledig was. De voorliggende zaak gaf evenmin aanleiding tot een schending van artikel 3 EVRM omdat het Hof oordeelde dat de partijen geen afdoende bewijs van een onmenselijke behandeling hadden geleverd.²⁸³

82. In Nederland, waar de internationaalprivaatrechtelijke regels evenmin werden ontwikkeld om met de complexe problematiek van

draagmoederschap om te gaan,²⁸⁴ benadert men deze problematiek op een gelijkaardige wijze als in België.²⁸⁵ Of de buitenlandse geboorteakten kunnen worden erkend, hangt in de eerste plaats af van hoe het ouderschap moet worden *gekwalificeerd*.

Voorafgaand aan de invoering van Boek 10 NBW was de Wet conflictenrecht afstamming²⁸⁶ van toepassing wanneer het ouderschap tot stand kwam uit hoofde van afstamming. Kwam het tot stand na adoptie, dan was de Wet conflictenrecht adoptie²⁸⁷ of het Haags Adoptieverdrag van toepassing. Nadat was uitgemaakt welke bepalingen van toepassing waren, moest worden nagegaan of aan de criteria voor erkenning van het buitenlands gevestigde ouderschap was voldaan. Boek 10 NBW heeft de bepalingen van de Wet conflictenrecht afstamming nagenoeg ongewijzigd overgenomen.²⁸⁸ Artikel 10:100, eerste lid, c NBW bepaalt dat een buitenlands tot stand gekomen onherroepelijke rechterlijke beslissing waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd, in Nederland van rechtswege wordt erkend, tenzij de erkenning van die beslissing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.²⁸⁹ Artikel 10:101, eerste lid NBW bepaalt o.m. dezelfde openbareorde-exceptie voor buitenlands tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd, welke zijn neergelegd in een door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte.²⁹⁰ Dit laatste is het geval bij een geboorteakte na draagmoederschap, alsook bij een vaderlijke erkenning na draagmoederschap.²⁹¹

Het Nederlandse afstammingsrecht kent geen wettelijke regeling waarbij het juridische ouderschap van de draagmoeder wordt overgedragen op de wensouders, waardoor de directe vermelding van de wensouders in de buitenlandse geboorteakte strijdig wordt geacht met de Nederlandse openbare orde.²⁹² De geboorteakte zal niet worden erkend en de wensouders zijn niet de juridische ouders van het kind. De geboorteakte komt niet voor inschrijving in de Nederlandse registers voor de burgerlijke stand in aanmerking. De geboortegegevens van het kind zullen door de rechter opnieuw moeten worden vastgesteld (art. 1:25c NBW).²⁹³ Een Nederlands paspoort zal ten gevolge van de niet-erkenning worden geweigerd,²⁹⁴ waardoor het kind niet naar Nederland kan afreizen. Er zijn al uitspraken waarbij in een spoedprocedure de rechter in het belang van het kind aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken het bevel heeft gegeven om toch een reisdocument voor de reis naar Nederland te verschaffen, o.m. omwille van het gezinsleven, beschermd door artikel 8 EVRM, dat bestond tussen de wensouders en het kind.²⁹⁵ Dit betekent niet dat deze procedure altijd zal slagen.²⁹⁶ Bovendien is daardoor de afstamming van het kind of zijn rechtmatig verblijf in Nederland nog niet geregeld. Het kind verblijft immers slechts op een tijdelijk

reisdocument in Nederland en heeft bovendien geen burgerservicenummers, waardoor het kind niet op de zorgverzekering kan worden bijgeschreven en wensouders geen aanspraak kunnen maken op kinderbijslag, kinderopvangtoeslag of welke regeling dan ook.²⁹⁷ De rechtbank te 's-Gravenhage oordeelde dat het bestaande gezinsleven tussen de wensvader, die tevens de biologische vader was, verantwoordde dat de man werd gelijkgesteld met een verwekker in plaats van met een donor, waardoor het mogelijk was dat zijn vaderschap gerechtelijk werd vastgesteld. De toestemming van de Indische draagmoeder, tevens juridische moeder, werd vermoed.²⁹⁸

Hoofdstuk 2. Erkenning van buitenlandse geboorteakten of rechterlijke beslissingen

83. De erkenning van de geboorteakte wordt beheerst door *nationale wetgeving*, aangezien er geen multilaterale of supranationale instrumenten zijn inzake deze materie.²⁹⁹

84. Indien de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand de overschrijving weigert, omwille van (een vermoeden van) het draagmoederschap, kunnen de wensouders via gerechtelijke weg verzoeken om de erkenning van de buitenlandse geboorteakte. Op grond van artikel 31 WIPR kan in dat geval beroep worden ingesteld bij de familierechtbank van het arrondissement waarin het register wordt gehouden.

Op bv. Californische geboorteakten is artikel 22-26 WIPR (inzake erkenning of de uitvoerbaarverklaring van buitenlandse rechterlijke beslissingen) van toepassing. De procedure van erkenning van rechterlijke beslissingen moet worden gevolgd aangezien de Amerikaanse geboorteakten worden opgemaakt nadat de Californische rechtbanken daartoe de opdracht gaven. De rechtbank legt de redactie op en de opmaak zelf is slechts nog een formaliteit.³⁰⁰

Dit is anders voor bv. Oekraïense en Indische geboorteakten, waar geen rechter in tussenkomt. Op vorderingen tot erkenning van die akten zijn de artikelen 27-28 WIPR (erkenning en uitvoerbare kracht van buitenlandse authentieke akten) van toepassing. De rechtbank moet een *conflictenrechtelijke controle* doorvoeren: er moet worden nagegaan of de authentieke akte ook zou kunnen worden opgemaakt overeenkomstig het recht dat het WIPR als toepasselijk aanwijst. Het toepasselijke recht is het Belgische recht op grond van artikel 62 WIPR. Dit artikel bepaalt dat de vaststelling en de betwisting van het vaderschap of moederschap van een persoon worden beheerst door het recht van de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind of, indien de vaststelling het resultaat is van een vrijwillige handeling, bij het verrichten van die handeling. Aangezien de akte de afstammingsband betreft van wensouders die de Belgische

nationaliteit hebben, zal het Belgische recht van toepassing zijn.

Zowel in het geval van een erkenning van een authentieke akte als van een rechterlijke beslissing moet de bevoegde rechtbank ook nagaan of het resultaat van de erkenning niet *kennelijk onverenigbaar zou zijn met de openbare orde* en of er geen sprake is van *wetsontduiking* (art. 25, §1, 1^o en 3^o WIPR en art. 27, § 1, eerste lid j^o art. 18 en 21 WIPR).

Gelet op het toepasselijke Belgische recht, moet de buitenlandse geboorteakte worden getoetst aan het *Mater semper certa est*-beginsel (art. 312, § 1 BW j^o art. 57, 2^o BW): naar Belgisch recht is de vrouw die van het kind bevalt de juridische moeder van het kind (*Mater est quam gestatio demonstrat*) aangezien haar naam wordt ingeschreven in de geboorteakte. Deze geboorteakten na draagmoederschap zullen in de regel hiermee strijdig zijn, omdat zij de wensouders aanwijzen als de juridische ouders. De rechtspraak laat echter ruimte voor een pragmatische oplossing door de geboorteakte *gedeeltelijk te erkennen, nl. enkel wat betreft het juridische vaderschap van (één van) de wensvader(s)*.³⁰¹

De rechtbanken van eerste aanleg te Luik³⁰² en te Brussel³⁰³ weken hiervan af door de rechterlijke beslissingen, en de geboorteakten die in navolging daarvan werden opgesteld, in hun geheel te erkennen. In beide gevallen waren mannenparen de wensouders. Dit betekent dat de kinderen zonder voorafgaande adoptieprocedure te doorlopen en ondanks het enkelvoudige karakter van het vaderschap toch twee juridische ouders van het mannelijk geslacht hebben.

85. Net als in de Belgische situatie kan het ook zijn dat de wensouders pas met deze problematiek worden geconfronteerd wanneer zij reeds in Nederland zijn en het kind wensen aan te geven bij de ambtenaar Burgerzaken.³⁰⁴

Dit was het geval in een zaak die leidde tot een vonnis van 23 november 2009 van de rechtbank te 's-Gravenhage. Het betrof het verzoek van een wenspaar – waarvan de ene wensouder de Nederlandse nationaliteit had en de andere de Amerikaanse –, tot erkenning van de Californische geboorteakten van de kinderen die werden geboren door draagmoederschap. Zij waren verwekt door middel van een anoniem gedoneerde eicel en zaadcellen van de wensvader. De Superior Court van California stelde een afstammingsrelatie tussen de wensouders en de kinderen vast en droeg op de geboorteakten van de kinderen dienovereenkomstig op te maken. Nadat de wensouders terug naar Nederland waren verhuisd, ontvingen zij het bericht dat de afstamming van de kinderen niet zonder meer kon worden erkend wegens strijd met de Nederlandse openbare orde. De kinderen werden daarom zonder vermelding van de oudergegevens en zonder vermelding van de Nederlandse nationaliteit

in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens ingeschreven. Zij verkregen verblijfsvergunningen van bepaalde tijd.

Het primaire verzoek van de wensouders aan de rechtbank betrof de verklaring om de buitenlandse geboorteakten voor recht te verklaren en ze in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand in te schrijven. In de VSA werden de familierechtelijke betrekkingen tussen de wensouders en de kinderen vastgesteld op grond van afstamming, waardoor de toenmalige Wet conflictenrecht afstamming van toepassing was, en meer bepaald artikel 10. Deze bepaling stelt dat erkenning mogelijk is voor zover de vaststelling van de familierechtelijke betrekkingen is neergelegd in een door een bevoegde instantie *overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte*, er sprake is geweest van *behoorlijke rechtspleging* en ten slotte dat de *erkenning niet strijdig is met de openbare orde*. De discussie betrof dit laatste punt. De rechtbank was van oordeel dat de inschrijving van de Amerikaanse geboorteakten, waarop geen gegevens van de (draag)moeder waren opgenomen, maakt dat de afstamming van een persoon wordt achtergehouden. De kinderen moeten de keuze worden gelaten om op latere leeftijd hun identiteit in te vullen zoals zij dat willen, waarvoor zij toegang moeten hebben tot hun volledige afstammingsgegevens. Hierdoor was de inschrijving van de Amerikaanse geboorteakten volgens de rechtbank in strijd met de Nederlandse openbare orde.

Subsidiair vorderden de wensouders de erkenning van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zoals vastgesteld bij uitspraak van de Superior Court van Californië. Op de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen rechterlijke beslissingen waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld, was artikel 9 Wet conflictenrecht afstamming van toepassing. Dergelijke rechterlijke beslissingen werden overeenkomstig dit artikel erkend tenzij er voor de rechtsmacht van de rechter *kennelijk onvoldoende aanknopng bestond met de rechtssfeer van zijn land*, aan die beslissing *kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan of de erkenning van die beslissing kennelijk in strijd met de openbare orde zou zijn*. Enkel dit laatste stond ter discussie. Volgens de rechtbank was de erkenning van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de wensvader door de Superior Court wel degelijk in strijd met de openbare orde daar deze vaststelling tot stand kwam zonder dat de juridische moeder, nl. de draagmoeder op grond van het *Mater semper certa est*-principe, was komen vast te staan. Hierdoor deed zich de situatie van artikel 1:25c NBW voor: bij gebrek aan geboorteakte kan op verzoek van het Openbaar Ministerie, van een belanghebbende of van de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente 's-Gravenhage, de rechtbank Den Haag de voor het opmaken van een geboorteakte noodzakelijke gegevens vaststellen, indien die persoon rechtmatig verblijft op grond

van artikel 8, onder c en d, van de Vreemdelingenwet 2000. De rechtbank hield de inhoudelijke beoordeling van dit verzoek, ingesteld door de wensouders, echter aan. Zo werd de draagmoeder, die naar Nederlands recht als de juridische moeder en op dit punt als belanghebbende moest worden beschouwd, in de gelegenheid gesteld zich over het verzoek uit te laten.³⁰⁵

Hoofdstuk 3. Belgisch-Nederlandse casussen: Baby D. en Baby J.

86. De twee bekendste gevallen van grensoverschrijdend draagmoederschap in België en Nederland betreffen de zaken Baby D.³⁰⁶ en Baby J.³⁰⁷.

87. Hoger kwam de feitenconstellatie van de zaak *Baby D.* al aan bod, evenals de strafrechtelijke implicaties van deze zaak. Naast strafrechtelijke uitspraken, zijn er ook verschillende vonnissen en arresten op familierechtelijk en internationaalprivaatrechtelijk vlak.

Het kind verbleef sinds zijn geboorte bij de Nederlandse wensouders, die naar Nederlands recht werden aangemerkt als pleegouders. De kinderrechtbank te Utrecht schorste echter de uitoefening van het ouderlijk gezag door de wensouders en plaatste Baby D. onder voorlopige voogdij van de Stichting Bureau Jeugdzorg van Utrecht, op verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming. De jeugdrechtbank te Oudenaarde, die om de verdere behandeling van de zaak had verzocht en wiens verzoek werd ingewilligd, oordeelde dat Baby D. zich in een problematische opvoedingssituatie bevond, omdat zij het voorwerp was geweest van exploitatie en haar verblijf in Nederland op illegale wijze was tot stand gekomen. De jeugdrechtbank legde een afdwingbare, pedagogische, voorlopige maatregel van bewaring, behoeding en opvoeding op: het kind werd geplaatst onder toezicht van de Sociale Dienst van de Vlaamse Gemeenschap bij de jeugdrechtbank. De jeugdkamer van het hof van beroep te Gent vernietigde echter deze beslissing omwille van territoriale onbevoegdheid.³⁰⁸ De partijen werden dientengevolge opnieuw naar de Kinderrechtbank in Utrecht verwezen.³⁰⁹

De Nederlandse wensouders of pleegouders verzochten de Utrechtse rechtbank nadien de draagmoeder en haar partner uit het ouderlijk gezag over Baby D. te ontzetten om dan zelf belast te worden met de gezamenlijke voogdij. Zij vroegen om te verklaren voor recht dat er sprake was van gezinsleven tussen het kind en de pleegouders. De Utrechtse rechtbank oordeelde dat er inderdaad sprake was van gezinsleven, zoals beschermd door artikel 8 EVRM. Het kind had immers nooit andere verzorgers gekend dan de pleegouders.³¹⁰ Het verzoek betreffende ontzetting uit het ouderlijk gezag en de voogdij werd echter niet ingewilligd. Pleegouders konden ingevolge oud artikel

1:270 NBW hierom slechts verzoeken indien er sprake was van een geval waarin gegronde vrees bestaat voor verwaarlozing van de belangen van het kind, doordat de ouder het kind teruggeeft of terugneemt van anderen, die diens verzorging en opvoeding op zich hebben genomen. Volgens de rechtbank was er van dergelijk geval geen sprake. De draagouders hadden die intentie niet. Aangezien de draagouders blijvend het ouderlijk gezag uitoefenden, kon de pleegmoeder niet benoemd worden als voogd over het kind. Nadien werd de Nederlandse wensmoeder door de Amersfoortse kantonrechter alsnog belast met de tijdelijke voogdij over Baby D.³¹¹

Vervolgens verzochten de Belgische wensouders de Utrechtse rechtbank om de ontzetting uit de voogdij van de Nederlandse wensouders en om een omgangsregeling met het kind.³¹² Er werd geoordeeld dat het voor het kind traumatisch zou zijn, indien het werd weggehaald bij de Nederlandse pleegouders. Het kind heeft immers enkel hen gekend als opvoeders en is aan hen gehecht. De rechtbank zag daarom bij de afweging van het belang van het kind onvoldoende redenen om de pleegmoeder uit de tijdelijke voogdij te ontzetten. Het kind werd wel onder toezicht van het Bureau Jeugdzorg gesteld.

De rechtbank weigerde eveneens de omgangsregeling. De Belgische wensouders stelden hiertegen beroep in. Het Amsterdamse gerechtshof weigerde eveneens beide verzoeken.³¹³ Het hof erkende echter wel, anders dan de rechtbank, dat er tussen de Belgische wensvader en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestond. Omgang tussen deze wensvader en het meisje was volgens het hof echter strijdig met de zwaarwegende belangen van het kind. Het was immers nog niet op de hoogte van het feit dat de wensvader de biologische vader was. Er was een traject opgezet, waarbij zij op zorgvuldige wijze en met deskundige hulp op de hoogte zou worden gebracht van haar ontstaansgeschiedenis. Het hof achtte het in het belang van Baby D. dit traject af te ronden alvorens van een omgangsregeling sprake kon zijn. Daarnaast had de wensvader aangegeven dat de omgangsregeling (uitsluitend) tot doel moest hebben het kind voor te bereiden op een blijvende opname ervan in het gezin van de wensvader. Hij toonde hiermee aan zich niet te realiseren dat het kind gehecht was aan het gezin van de pleegouders. Het hof was van oordeel dat alvorens omgang mogelijk was, het in ieder geval nodig was dat het kind omgang aankon en dat de wensvader oog had voor de bestaanswerkelijkheid en de identiteit van het kind binnen het gezin waarin het opgroeit.

Later werd nogmaals een verzoek ingediend door de Belgische wensvader teneinde de Nederlandse wensmoeder uit haar voogdij te ontzetten en hem aan te stellen als voogd. De Utrechtse rechtbank weigerde dit.³¹⁴ Dat tegen de Nederlandse wensouders in België een strafprocedure was gestart, had volgens de rechtbank geen invloed op

het oordeel.

Het Gerechtshof van Amsterdam hervormde het oordeel inzake de omgangsregeling, en verzocht de Raad voor de Kinderbescherming om een onderzoek te doen instellen naar de mogelijkheden om tussen het kind en de Belgische wensvader proefcontacten tot stand te brengen.³¹⁵

88. De feiten van de zaak *Baby J.* werden hoger reeds toegelicht.³¹⁶ Tweemaal rezen vragen van internationaalprivaatrechtelijke aard. De eerste maal gebeurde dit naar aanleiding van de betwisting van het moederschap van de wensmoeder. Dit vonnis kwam hoger reeds aan bod³¹⁷. De tweede keer betrof het de adoptie van het kind in Nederland door de Nederlandse wensouders.

De Wobka bepaalt in artikel 2 dat dergelijke opnemings van een buitenlands kind slechts toegestaan is indien van de minister een zogenaamde beginseltoestemming verkregen is. Deze kan maar worden verleend na een gezinsonderzoek (art. 5 Wobka). Artikel 10 Wobka bepaalt dan dat indien gehandeld is in strijd met artikel 2 de kinderrechtster een stichting, als bedoeld in artikel 1, onder f, van de wet op de jeugdzorg, kan belasten met de voorlopige voogdij over de minderjarige, tenzij dit niet verenigbaar is met het belang van die minderjarige. Volgens de rechtbank Zwolle was er geen sprake van deze laatste uitzonderingssituatie. De rechtbank achtte het aannemelijk dat het risico dat het hechtingsproces van het kind zou worden doorbroken zich niet in die mate zou voordoen dat de maatregel achterwege zou moeten blijven. Het bureau jeugdzorg Overijssel werd bijgevolg belast met de voogdijinstelling.³¹⁸

Hoofdstuk 4. Tussenbesluit

89. Grensoverschrijdend draagmoederschap leidt zowel in België als in Nederland op verschillende niveaus tot problemen. Noch de afgifte van reisdocumenten, noch de erkenning van buitenlandse geboortekten of rechterlijke beslissingen zijn een evidentie.

90. Een *internationale regulering* zou een oplossing kunnen bieden voor de hinkende rechtsverhoudingen.³¹⁹ Internationale regelingen die een uniform recht willen invoeren zonder daarbij zeer oppervlakkig te blijven, lijken echter weinig haalbaar.³²⁰ Om succesvol te zijn, moet een verdrag een balans vinden, wat niet eenvoudig is, gelet op de diversiteit aan aanpakken. Het is ook nodig dat zowel landen die typische draagmoedersbepalingen zijn, vertegenwoordigd zijn, als landen waar wensouders vaak vandaan komen. Het verdrag moet eveneens een zekere neutraliteit en flexibiliteit vertonen wat niet eenvoudig is gelet op het feit dat draagmoederschap een moeilijke, morele kwestie is. Het moeilijkste

punt zal wellicht de kwestie van commercieel draagmoederschap zijn. Typische draagmoederschapsbestemmingen zoals Californië achten deze praktijk legitiem, terwijl andere rechtsstelsels zoals Frankrijk dit in absolute termen verbieden. Wil een verdrag effectief zijn, dan zal het ook moeten van toepassing zijn op commercieel draagmoederschap, aangezien in de overgrote meerderheid van de gevallen draagmoederschap tegen betaling gebeurt, waarbij de vergoeding de kosten overstijgt.

Titel 9. Oproep tot *lex specialis*

91. Het gebrek aan een uitgewerkt wettelijk kader veroorzaakt in beide buurlanden *rechtsonzekerheid* voor alle betrokkenen. Het vormt een bron van onrust zowel voor de wensouders als de draagmoeder. Het is daarbij belangrijk om voor ogen te houden dat draagmoederschap aan populariteit wint en meer en meer zal voorkomen.³²¹ Het is dan ook niet vreemd dat zowel in België³²² als in Nederland³²³ werd opgeroepen om wettelijk in te grijpen.

92. De Belgische en Nederlandse wetgever hebben meerdere beleidsmogelijkheden.³²⁴

In de eerste plaats kan ervoor gekozen worden het fenomeen te *negeren*. Dergelijke houding heeft het Belgische recht tot op heden aangenomen. Dit is echter geen optie meer voor de toekomst, gelet op de vele problemen. Het recht mag niet blind zijn voor het bestaan van draagmoederschap.³²⁵ Draagmoederschap negeren zou bovendien stigmatiserend kunnen werken voor het kind.³²⁶

Ten tweede kan men draagmoederschap of een bepaald aspect ervan, bv. commercieel draagmoederschap, *verbieden*. Dit kan gebeuren door middel van een strafrechtelijke sanctionering en/of de (absolute) nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst. Dit is het geval in Nederland.

Ten derde kan de overheid draagmoederschap *in alle vormen toelaten*. Deze benadering getuigt van een zeer liberale houding en erkent de geldigheid van draagmoederschapsovereenkomsten en commercieel draagmoederschap. Dit betekent echter niet dat draagmoederschap volledig ongeregeld blijft. Californië is een voorbeeld van deze benadering.

Een vierde optie is het *reguleren* van draagmoederschap of bepaalde aspecten ervan, bijvoorbeeld enkel hoogtechnologisch of altruïstisch draagmoederschap. Door bepaalde voorwaarden na te leven, kunnen wensouders een bijzonder voordeel krijgen, bv. de volledige juridische erkenning van hun relatie met het kind. Niet-naleving neemt het voordeel weg, wat overeenstemt met het regime in bv. Israël of Griekenland.

93. Betreffende de juridische erkenning van de wensouder-kindrelatie beschikken de Belgische en Nederlandse wetgever eveneens over meerdere mogelijkheden.

Eenzijds kan de draagmoeder al dan niet de mogelijkheid hebben om zich na de geboorte te *bedenken* en het kind te houden. Anderzijds kan de afstammingsband tussen wensouders en kind worden *vastgesteld* voor de verwekking, na de verwekking maar voor de geboorte en tenslotte na de geboorte. De onderstaande figuur geeft enkele voorbeelden van combinaties.

	Preconceptieve vaststelling	Prenatale vaststelling	Postnatale vaststelling
Zonder postnataal bedenkrech van de draagmoeder	<ul style="list-style-type: none"> - Griekenland (HT) - Zuid-Afrika (HT) 	<ul style="list-style-type: none"> - Californië (VSA) (HT&LT) 	<ul style="list-style-type: none"> - Florida (VSA) (HT)
Met postnataal bedenkrech van de draagmoeder	<ul style="list-style-type: none"> - New Hampshire (VSA) (HT&LT) - Zuid-Afrika (LT) 	<ul style="list-style-type: none"> - Illinois (VSA) (HT) 	<ul style="list-style-type: none"> - Verenigd Koninkrijk (HT&LT) - Florida (VSA) (LT) - Queensland (Aus) (HT&LT) - Israël (HT&LT)

HT = hoogtechnologisch; LT = laagtechnologisch

94. Draagmoederschap is niet enkel een louter juridische kwestie. Het fenomeen kent o.m. ook *medische, psychologische en sociologische aspecten* en de *resultaten van onderzoeken* naar die aspecten moeten worden aangewend. Het belang hiervan moet worden onderstreept omdat ten eerste betreurenswaardige berichten uit de media tot een *verkeerde perceptie* leiden.³²⁷ Het is belangrijk om niet-overwogen wetgeving, zgn. ‘paniekwetgeving’, te vermijden. Drama’s zoals de zaken Baby J. en Baby D. zijn immers uitzonderingen. Disputen zijn niet de regel.³²⁸

Ten tweede ontstaat het risico dat wetgevende instanties zich laten leiden door soms ongenueanceerde voorstellingen in de media en populaire veronderstellingen, die niet gebaseerd zijn op wetenschappelijk onderzoek³²⁹ en de daadwerkelijke ervaringen van betrokkenen.³³⁰ Vaak worden aangenomen waarheden echter *niet ondersteund door de praktijk* en onderzoeken tonen dit aan.³³¹ De meest voorkomende tegenargumenten zijn dat de draagmoeder niet in staat zou zijn om *vrij en geïnformeerd toe te stemmen* met het draagmoederschap en dat het fenomeen in strijd zou zijn met de *menselijke waardigheid* van de draagmoeder en het kind. Nochtans blijkt uit onderzoeken dat de meeste draagmoeders al kinderen hadden en hun gezin vervolledigd hadden, wat hen toelaat tot op zekere hoogte de zwangerschap en bevalling in te schatten. Diezelfde onderzoeken tonen ook aan dat draagmoeders zelden weigeren het kind af te staan³³² en dat de weinige negatieve psychologische gevolgen van de afstand, zoals bv. een postnatale depressie, voor de draagmoeder niet onoverkomelijk zijn.³³³ Uit de Nederlandse studie van DERMOUT blijkt ook dat de betrokken draagmoeders geen last hadden van zware negatieve of schadelijke gevolgen, zelfs wanneer er geen kind was geboren.³³⁴ Er zijn geen data die aantonen dat draagmoeders spijt krijgen van hun beslissing.³³⁵ Deze onderzoeken betroffen steeds gevallen van medisch begeleid draagmoederschap.

Wat de menselijke waardigheid betreft, zijn een aantal elementen belangrijk. Zo hebben de motieven van de wensouders en de draagmoeder een impact op de menswaardigheid. Uit studies blijkt dat wensouders zelden om een andere reden dan een medische of sociale overgaan tot draagmoederschap. Draagmoeders blijken gedreven te zijn door de wil om de wensouders een geschenk te geven of ook om zichzelf te ontwikkelen of omdat ze het zien als een roeping.³³⁶ Zo wees onderzoek naar draagmoederschap in de Belgische fertiliteitscentra uit dat draagmoeders voornamelijk een kinderloos familielid of vriend willen helpen, maar ook dat sommige vrouwen het daarnaast doen om het taboe rond de kinderwens van gelijkslachtige paren te doorbreken. Draagmoeders dragen het kind normaal gezien dus niet omdat zij onder druk zouden staan maar hebben een legitieme reden die m.i. niet mensenwaardig is. Een ander belangrijk element betreft de relatie tussen de draagmoeder en de wensouders. Men werpt soms op dat de wensouders of de bemiddelende instantie de draagmoeder in verregaande mate willen controleren op een zodanige manier dat haar persoonlijke autonomie wordt aangetast en met risico op uitbuiting. Draagmoeders zouden nog louter menselijke broedmachines zijn.³³⁷ Onderzoeken wijzen nochtans uit dat draagmoeders vaak tevreden zijn over hun ervaring.³³⁸ Dit is in verregaande mate afhankelijk van hun relatie met de wensouders.³³⁹ Daarvoor blijkt dat het zeer belangrijk is dat de verwachtingen van de wensouders en de draagmoeder op elkaar afgestemd zijn. Voorafgaande afspraken en screening zijn essentieel.

Belangrijk is dat studies aantonen dat ook wensouders zelden het kind weigeren.³⁴⁰ In de studie van DERMOUT kwam de situatie voor dat een zwaar gehandicapt kind werd geboren. De wensouders namen het kind toch op in hun gezin. Volgens de onderzoekster ligt de verklaring in het intensieve screeningprogramma, dat inging op de hypothese van een gehandicapt kind, en de juridische gevolgen daarvan.³⁴¹ Deze onderzoeken betroffen opnieuw steeds gevallen van medisch begeleid draagmoederschap. De afstand door de draagmoeder zou traumatische gevolgen hebben voor het kind en de draagmoeder, gelet op de prenatale band die ontstaat. Onderzoek toont echter aan dat de draagmoeder al vroeg in de zwangerschap op emotioneel vlak afstand neemt van het kind. De draagmoeders zien het kind niet als het hunne.³⁴² Zoals al gezegd, is de afstand van het kind voor de draagmoeder zelden traumatisch. Evenmin tonen onderzoeken aan dat het draagmoederschap negatieve gevolgen zou hebben voor de psychologische ontwikkeling van het kind dat wordt geboren na draagmoederschap³⁴³ en evenmin voor de al bestaande kinderen van de draagmoeder.³⁴⁴

95. Voor de uitwerking van een (familierechtelijk) statuut voor draagmoederschap is het eveneens onontbeerlijk om *zicht te hebben op de praktijk* van draagmoederschap in België en Nederland. De wetgever moet hiervoor oog hebben, zeker nu uit de medische praktijk blijkt dat deze vorm van begeleid draagmoederschap geen aanleiding geeft tot feitelijke problemen. De draagmoeder en wensouders houden zich aan hun voornemens en er doen zich geen menselijke drama's voor.

96. Ten slotte moeten de wetgevers ook rekening houden met de bestaande *internationale rechtspraak*, zoals de recente Straatsburgse zaken *Mennesson v. Frankrijk* en *Labassee v. Frankrijk*.³⁴⁵ Beide gevallen betroffen een gehuwd wenspaar van hetzelfde geslacht dat kinderen had gekregen door middel van draagmoederschap in de Verenigde Staten. De Franse Staat weigerde telkens de geboorteakten te erkennen, gelet op het ontmoedigingsbeleid in het interne recht.³⁴⁶

Het Straatsburgse Hof stelde vaste dat de niet-erkenning druk zette op het gezinsleven tussen de wensouders en het kind of de kinderen. Niettemin wees het Hof erop dat de wensouders niet hadden aangetoond dat de onmogelijkheid om naar Frans recht de erkenning van een afstammingsband te verkrijgen, hen verhinderde om in Frankrijk hun recht op eerbied voor hun gezinsleven uit te oefenen. De wensouders en het kind of de kinderen konden zich vestigen in Frankrijk en het was niet onmogelijk samen te leven. Gelet op de gevolgen van de niet-erkenning en de ruime appreciatiemarge, bereikte het *Cour de Cassation* door de erkenning te weigeren dan ook een billijk evenwicht tussen de belangen van de verzoekers en deze van de Staat (*Mennesson*, §§ 87-94 en *Labassee*, §§ 66-73). Het Europees

Hof kwam tot een andere conclusie betreffende het recht op eerbied voor het privéleven van de kinderen. Het stelde vast dat er sprake was van rechtsonzekerheid. De niet-erkenning deed een tegenstelling ontstaan tussen de werkelijkheid (opvoeding in Frankrijk in het gezin van de wensouders) en de juridische status (geen erkenning van dat gezin) waardoor de identiteit van de kinderen binnen de Franse samenleving in het gedrang kwam. De onzekerheid over de mogelijkheid voor de kinderen om de Franse nationaliteit te verkrijgen, beïnvloedde evenzeer op negatieve wijze de identiteit van de kinderen. De kinderen kwamen evenmin in aanmerking als erfgenamen wat negatieve gevolgen had voor hun erfrechtelijke aanspraken (*Mennesson*, §§ 96-98 en *Labassee*, §§ 75-77). De Franse Staat ontzegde de kinderen bovendien een juridische band met hun biologische vader. Het Hof achtte het weliswaar begrijpelijk dat Frankrijk wenst burgers te ontmoedigen om zich naar het buitenland te begeven voor een voortplantingstechniek die op het Franse grondgebied niet is toegelaten. Niettemin had de weigering niet enkel gevolgen voor de wensouders maar ook voor de kinderen. Gelet op de ernstige gevolgen voor de identiteit en het recht op eerbied voor het privéleven van de kinderen, overschreed Frankrijk, door de afstammingsbanden niet te erkennen, de grenzen van zijn beoordelingsbevoegdheid. Het Hof besloot tot een schending van artikel 8 EVRM (*Mennesson*, §§ 100-101 en *Labassee*, §§ 79-80).

Het Europese Hof stelde in een ander geval van emigrerend draagmoederschap nogmaals een schending van artikel 8 EVRM vast. In *Paradiso en Campanelli v. Italië*³⁴⁷ moest het Europese Hof oordelen over de beslissing van de Italiaanse overheid om na weigering tot erkenning van de geboorteakten van het kind geboren na draagmoederschap in Rusland, het betrokken kind in een pleeggezin te plaatsen. Deze zaak verschilt van de twee hoger besproken zaken in die zin dat enerzijds geen van de Italiaanse wensouders de genetische ouders waren van het kind en anderzijds dat het kind niet langer een feitelijk gezin vormde met de wensouders. Het kind werd na maandenlang verblijf bij de wensouders verwijderd uit het gezin en enkele maanden later geplaatst bij een pleeggezin. De afwezigheid van een biologische en/of genetische band belette niet dat het Hof de band tussen het kind en de wensouders kwalificeerde als een deel van het gezinsleven van de wensouders, zoals beschermd door artikel 8 EVRM. Er bestond een *de facto* gezinsleven tussen het wenspaar en het kind, ondanks dat het kind slechts zes maanden bij hen had verbleven. Gedurende deze periode hadden de wensouders immers samen met het kind zijn eerste belangrijke stappen van zijn leven doorgemaakt en zich als ouders gedragen (*Paradiso en Campanelli*, § 69). De zaak raakte ook aan het privéleven van de wensvader, aangezien hij via gerechtelijke weg had gepoogd een afstammingsband met het kind vast te stellen (*Paradiso en Campanelli*, § 70). De Italiaanse beslissing om het kind te verwijderen uit het gezin van de

wensouders was in overeenstemming met de wet en beoogde een legitiem doel, nl. het beschermen van de openbare orde (*Paradiso en Campanelli*, §§ 72-73). De maatregel was daarentegen niet noodzakelijk in een democratische samenleving, aangezien de beslissing niet in overeenstemming was met het principe dat telkens een beslissing een kind betreft, het belang van het kind moet primeren (*Paradiso en Campanelli*, § 75). De beslissing was onredelijk en beoogde in de eerste plaats een einde te maken aan een onwettige situatie. Het kind wegnemen uit zijn familiale situatie is echter een verregaande maatregel waarop slechts beroep mag worden gedaan als laatste redmiddel. Opdat dergelijke maatregel verantwoord is, moet ze genomen worden teneinde het kind te beschermen van een onmiddellijk gevaar. Het loutere feit dat het kind een te sterke affectieve band zou opbouwen met de wensouders, indien het bij hen zou mogen blijven, volstond voor het Straatsburgse Hof niet om de verwijdering te rechtvaardigen. Bovendien kreeg het kind pas enkele maanden na zijn opname in het pleeggezin een juridische identiteit, hetgeen impliceert dat het meer dan twee jaar juridisch onbestaande was. Dit laatste is niet verenigbaar met artikel 7 IVRK (*Paradiso en Campanelli*, § 86).

Europese overheden komen door *Menesson*, *Labassee* en *Paradiso en Campanelli* op het vlak van grensoverschrijdend draagmoederschap onder druk te staan. Een weigering om te erkennen omwille van een intern verbod of strikte regeling van draagmoederschap is niet langer mogelijk, aangezien de identiteit van het kind veilig moet worden gesteld. De socio-affectieve realiteit moet kunnen overeenstemmen met zijn juridische status. Uit de zaak *D. e.a. v. België* valt dan weer af te leiden dat de Europese Verdragsstaten de mogelijkheid moeten hebben om de situatie van grensoverschrijdend draagmoederschap te onderzoeken, zolang de redelijke duur niet overschreden is. Zij hebben niet de verplichting om zonder meer een paspoort af te leveren, zodanig dat het betrokken kind naar het land van herkomst van de wensouders zou kunnen afreizen.³⁴⁸

97. Uitgebalanceerde, effectieve wetgeving houdt met al deze factoren rekening. De Belgische en Nederlandse wetgever staan voor een grote uitdaging.

Noten

1 G. Verschelden, *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge: die Keure 2005, p. 19, nr. 35.

2 Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, *Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander*, <http://www.health.fgov.be/>, p. 4; M. Warnock, *A Question of Life, The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Oxford: Blackwell Publishers 1985, p. 43, nr. 8.5.

3 P. Borghs, *Juridische aspecten van homoseksueel ouderschap: Het recht om liefde hebben*, Gent: Mys & Breesch 1998, p. 72, nr. 142; S. De Meuter, 'Het kind en zijn moeder(s): Het moederschap na medisch begeleide voortplanting, inzonderheid draagmoederschap', *TPR* 1990, p. 652, nr. 11.

4 Verschelden 2005, p. 20, nr. 36.

5 A. De Both & P. De Sutter, 'Draagmoederschap: een eeuwenoude voortplantingstechniek in een juridisch niemandsland. Is er nood aan een wettelijk kader?', *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2010, p. 796.

6 Zie paragraaf nr. 20.

7 G. Coene & K. Raes, 'Een vreemde eend in de buik. Draagmoeders of baarvrouwen? De ethiek van het gewilde, niet-uterine ouderschap', in: W. Debeuckelaere, J. Meeusen & H. Willekens (eds.), *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert. Ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gent: Mys & Breesch 2002, pp. 128-129.

8 Zie o.m. Jeugdrrb. Brussel 23 augustus 2012, *Act.dr.fam.* 2013, p. 99, m.nt. N. Gallus. De jeugdrechtbank moest zich uitspreken over een verzoek tot volle adoptie van een minderjarige. Er werd aangegeven dat een draagmoederschapsovereenkomst werd vermoed maar niet kon worden bewezen. De jeugdrechtbank sprak de adoptie uit.

9 X, 'Adviezen van de Nationale Raad: draagmoeder', *Tijdschrift van de Nationale Raad – Orde van Geneesheren* 2010/131, p. 5.

10 Voor een overzicht zie <http://www.belrap.be/Public/Centres.aspx>.

11 Zie K. Denys, I. Stuyver & M. Dhont, 'Hoogtechnologisch draagmoederschap in Vlaanderen: Medische, juridische en ethische aspecten aan de hand van casuïstiek', *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2007, pp. 1021-1029; T. Balthazar, 'De rol van het ethisch comité van het ziekenhuis bij knelpunten rond medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap: een analyse aan de hand van tien jaar casuïstiek binnen het UZ Gent', in G. Verschelden & S. Tack (eds.), *Medisch begeleide voortplanting in juridisch en ethisch perspectief*, Antwerpen: Intersentia 2014, pp. 217-229.

12 Zie C. Autin, 'Gestation pour autrui: expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée', in G. Schamps & J. Sosson (eds.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Brussel: Bruylant 2013, pp. 3-15.

13 Autin 2013, p. 3.

14 M.R. Brunning & M.J. Vonk, 'Het kind in zijn leefomgeving: toenemende erkenning en groeiende overheidsbemoeienis', *TPR* 2013, p. 1126.

15 Zie paragraaf nr. 18 > *et seq.*

16 Zie paragraaf nr. 27 *et seq.*

17 Voor meer informatie, zie: <http://internet-extra.vumc.nl>.

18 S. Dermout, H. van de Wiel, P. Heintz, K. Jansen & W. Ankum, 'Non-commercial surrogacy: an account of patient management in the first Dutch centre for IVF Surrogacy from 1997 to 2004', *Human Reproduction* 2010, pp. 444-445. Voor een schematisch overzicht in een stroomdiagram: S.M. Dermout, 'De eerste logeerpartij: Hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland', Proefschrift ter verkrijging van het doctoraat in de Medische Wetenschappen aan de Rijksuniversiteit Groningen 2001, pp. 250-253.

19 Dermout, van de Wiel, Heintz, Jansen & Ankum 2010, pp. 443-449.

20 Zie brief van Sylvia Dermout: <http://www.draagmoederschap.nl/brief.html>.

21 Zie paragraaf nr. 73 *et seq.*

22 Voor meer informatie, zie <http://www.vumc.nl>.

23 K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W. Schrama & M. Vonk, *Commercieel draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 43.

24 E. Winkel, F.J.M.E. Roumen & S.M. Dermout, 'Draagmoederschap na ivf in het buitenland', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2010, p. 2.

25 Voor meer informatie, zie: <http://www.umcg.nl>.

26 G. Verschelden, *Afstamming (APR)*, Mechelen: Kluwer 2004, pp. 696-697, nr. 1267.

27 Zie Advies Openbaar Ministerie bij Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *JLMB* 1996, p. 1182.

28 E. Guldix, 'De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht', *RW* 1993-94, p. 1107, nr. 12. Specifiek m.b.t. bemiddeling in draagmoederschap: P. Senaeve, 'Juridische

aspecten van het draagmoederschap', *Vl.T.Gez.* 1988, p. 249, nrs. 7-8.

29 Rb. Hasselt (6e A k.) 19 maart 2013, *Juristenkrant* 2013/273, p. 1, weergave G. Verschelden, *Limb.Rechtsl.* 2013, p. 304, m.nt. van de redactie; Antwerpen (16e bis k.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, p. 1774, m.nt. F. Swennen; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, p. 206, m.nt. F. Swennen.

30 Art. 433*quinquies* Strafwetboek (hierna Sw.).

31 Corr. Gent (19e k.) 14 mei 2012, notitienr. GE 42.LA.91920/08/GZ4, onuitg.

32 D. Vandermeersch, 'Les infractions en matière d'adoption', in *Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Brussel: Larcier 2011, p. 346.

33 Corr. Gent (19e k.) 25 november 2013, notitienr. GE 20.LA.98005-08G24, onuitg. Tegen het vonnis van de Gentse correctionele rechtbank werd hoger beroep ingesteld door het O.M.

34 Wet 9 februari 2006 houdende instemming met het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van het kind, inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie, aangenomen te New York op 25 mei 2000, zoals het op 14 november 2000 door de Secretaris-generaal van de Organisatie van de Verenigde Naties is verbeterd, *BS* 27 maart 2006, 17.213, i.w.tr. 6 april 2006.

35 De relatie tussen de draagouders en het Nederlandse wenspaar kan strikt genomen niet worden gekwalificeerd als draagmoederschap. Er was immers geen afspraak vóór de conceptie van het kind. Zie Rb. Utrecht 26 oktober 2005, *T.Vreemd.* 2006, p. 166, m.nt. Th. Kruger, opmerking officier van justitie.

36 Corr. Oudenaarde (3e k.) 12 oktober 2012, onuitg.

37 Gent (jeugd k.) 4 december 2013, *TJK* 2014, p. 80, m.nt. L. Pluym.

38 Een veroordeling bij uitstel betekent dat de rechter de betrokkene veroordeelt en een straf oplegt, maar beslist dat de uitvoering van de straf voor een bepaalde termijn wordt uitgesteld.

39 Corr. Gent (4e k.) 14 mei 2012, notitienr. GE 42.LA.91920/08/GZ4, onuitg. T.a.v. de biologische grootmoeder van het kind werd in hoger beroep de veroordeling bevestigd, maar werd wel de straf verlicht: Gent (4e k.) 12 februari 2013, C/253/13, onuitg.

40 Een veroordeling bij opschorting betekent dat de rechter oordeelt

dat de feiten die de betrokkene ten laste worden gelegd, bewezen zijn, maar dat hij zijn uitspraak van veroordeling voor een bepaalde termijn opschort.

41 Corr. Gent (19e k.) 25 november 2013, notitiernr. GE 20.LA.98005-08G24, onuitg.

42 Gent (jeugdtk.) 4 december 2013, *TJK* 2014, p. 80, m.nt. L. Pluym.

43 Wet 16 september 1993 tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enige bepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap, *Stb.* 1993, 486, i.w.tr. 1 november 1993.

44 M. Schoots, J. van Arkel & S. Dermout, 'Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2004, p. 191.

45 Voor kritische opmerkingen bij deze argumenten: B. Sluyters, 'Draagmoederschap en de strafwetgever', *Delikt en Delikwent* 1992, pp. 687-688.

46 Kamerstukken (Tweede Kamer) 1990-1991, 21968, nr. 3, 2-3.

47 R.E. van Galen-Herrmann, 'Voorgestelde strafbepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1991, p. 114.

48 Sluyters 1992, pp. 688-689.

49 Kamerstukken (Tweede Kamer) 1996-1997, 25000-XVI, nr. 62, p. 14.

50 Kamerstukken (Tweede Kamer) 2009-2010, Brief van de minister van Justitie, 32123-XVI, nr. 30, 2.

51 Kamerstukken (Tweede Kamer) 1990-1991, 21968, B, 1; E. van Blockland, 'Wetsvoorstel tegengaan commercieel draagmoederschap', *Nemesis* 1992/3, pp. 21-22.

52 Sluyters 1992, pp. 692-694.

53 Kamerstukken (Tweede Kamer) 1990-1991, 21968, nr. 4, 4.

54 S.F.M. Wortmann, 'Juridische aspecten van kunstmatige bevruchting en draagmoederschap', *Justitiële verkenningen* 1985/5, pp. 60-61. Voor een uitgebreid overzicht over de strafrechtelijke aspecten: Boele-Woelki, Curry-Sumner, Schrama & Vonk 2012, pp. 15-

35. Over de kwalificatie van gedwongen, commercieel draagmoederschap als mensenhandel zoals gedefinieerd door artikel 273f Sr., zie Nationaal Rapporteur Mensenhandel, *Mensenhandel met het oogmerk van orgaanverwijdering en gedwongen commercieel draagmoederschap*, Den Haag: BNRM 2012, pp. 17-24 (www.nationaalrapporteur.nl) en Kamerstukken (Tweede Kamer) 2014-15, 28638, Brief van de Staatssecretaris van van Veiligheid en Justitie, nr. 129.

55 Zie paragraaf nr. 86.

56 Rb. Zwolle 14 juli 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR1615 (veroordeling wensvader) en Rb. Zwolle 14 juli 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR1608 (veroordeling wensmoeder).

57 Zie Boele-Woelki, Curry-Sumner, Schrama & Vonk 2012, pp. 28-29.

58 Wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007, 38.575, i.w.tr. 27 juli 2007.

59 Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1440/9, 6 en 70.

60 G. Genicot, *Droit médical et biomédical* (Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège), Brussel: Larcier 2010, p. 598; Y.-H. Leleu, 'Du droit au respect de l'intégrité physique à la maîtrise du corps: le droit de la personnalité comme vecteur d'autodétermination', in J.-L. Renchon (ed.), *Les droits de la personnalité*, Brussel: Bruylant 2009, pp. 54-55, nr. 15.

61 *Hand.* Kamer 2010-11, 22 juni 2011, COM 272, 5 (Vr. nr. 5190 S. Becq).

62 *Hand.* Kamer 2010-11, 21 juni 2011, COM 268, 13-14 (Vr. nr. 5163 S. Becq). Zie ook H. Nys & T. Wuyts, 'De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten', *RW* 2007-08, p. 763, nr. 6.

63 Adv. RvS nr. 39.474/AV, 39.475/AV, 39.476/AV, 39.477/AV, 39.478/AV en 39.525/AV, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-417/3, p. 90, nr. 177.

64 G. Verschelden, 'Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België', *TPR* 2011, p. 1472, nr. 82.

65 Verslag namens de commissie voor de sociale aangelegenheden,

Parl.St. Senaat 2005-06, nr. 3-1440/9, 120; P. Herbots, 'Medisch begeleide voortplanting', *NJW* 2008, p. 338, nr. 7; T. Wuyts, 'De afstamming na medisch begeleide voortplanting', in P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2007, pp. 351-352, nr. 580.

66 In diezelfde zin: A.-C. Van Gysel, *Précis de droit de la famille*, Brussel: Bruylant 2009, pp. 408-409; N. Massager, *Droit familial de l'enfance*, Brussel: Bruylant 2009, p. 52.

67 J. Sosson, 'Le droit de la filiation nouveau est arrivé! (deuxième partie)', *JT* 2007, p. 391, nr. 19.

68 Voor een concreet voorbeeld, zie paragraaf nr. 67.

69 Nys & Wuyts 2007-08, p. 771, nr. 78.

70 Brussel (3e k.) 29 mei 2012, *T.Fam.* 2013, p. 201, m.nt. U. Cerulus.

71 P. Senaeve, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven – Den Haag: Acco 2013, pp. 255-256, nrs. 807-808; Verschelden 2011, p. 1472, nr. 82; Nys & Wuyts 2007-08, p. 771, nr. 76.

72 Senaeve, 2013, p. 256, nr. 809; Verschelden 2011, p. 1472, nr. 82; Nys & Wuyts 2007-08, p. 771, nr. 77.

73 Planningsbesluit in-vitrofertilisatie van 1 april 1998, *Stcrt.* 1998, nr. 95, 14, i.w.tr. 27 mei 1998.

74 Het bestuur van een instelling waar buiten het menselijk lichaam embryo's tot stand worden gebracht of anderszins handelingen met embryo's worden verricht, stelt na advies van de commissie die ingevolge de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen is belast met het beoordelen van onderzoeksvoorstellen voor medisch-wetenschappelijk onderzoek in de instelling, een protocol vast betreffende handelingen met geslachtscellen en embryo's (art. 2 Wet 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's, *Stb.* 2002, 338, i.w.tr. 1 september 2002). Toepassing van in-vitrofertilisatie vindt plaats met inachtneming van dit protocol (art. 7.1 Bijlage Planningsbesluit in-vitrofertilisatie).

75 NVOG, Richtlijn Hoog-technologisch draagmoederschap, nr. 18, januari 1999.

76 H. Nys, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen (APR)*, Mechelen: Story-Scientia 2005, pp. 222-223, nr. 483. Zie paragraaf nr.

35 *et seq.*

77 H. De Page & J.-P. Masson, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les Personnes*, Brussel: Bruylant 1990, pp. 933-934, nr. 967 en vn. 1.

78 De Page & Masson 1990, p. 936, nr. 972 en vn. 4.

79 Zie paragraaf nr. 43.

80 Zie Th. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen: Maklu 1997, p. 93.

81 Nys 2005, pp. 222-223, nr. 484.

82 Senaeve 1988, p. 251, nr. 12.

83 N. Massager, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel: Bruylant 1997, p. 862, nr. 391; Guldix 1993-94, p. 1107, nr. 11.

84 Nys 2005, pp. 222-223, nr. 484.

85 Nys 2005, pp. 222-223, nr. 484.

86 M.-F. Lampe, 'Procréation assistée – Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon – Status de l'enfant à naître', *RTDF* 1986, p. 159-160, nr. 22, b-1.

87 Verschelden 2004, p. 707, nr. 1280; A. De Wolf, 'Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken', in K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen – Groningen: Intersentia 1999, p. 95; Massager 1997, p. 813, nr. 358.

88 Nys 2005, pp. 222-223, nr. 484.

89 Massager 1997, p. 813, nr. 358.

90 Zie Cass. (2e k.) 6 januari 1998, *RTDF* 2000, p. 203, m.nt. G. Genicot, *RW* 1998-99, 290, m.nt. en *RDPC* 1999, 562, m.nt. A. De Nauw; H. Vandenberghe, 'Medische aansprakelijkheid', in H. Vandenberghe (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge: die Keure 2004, p. 9, nr. 15.

91 N. Gallus, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel: Larcier 2009, p. 359, nr. 341.

92 Verschelden 2004, p. 708, nr. 1280; N. Denies, 'Génétique et

procréation assistées en Belgique: état du droit et des pratiques', in M.-Th. Meulders-Klein, R. Deech & P. Vlaardingerbroek (eds.), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, Den Haag – Londen – New York: Kluwer Law International 2002, p. 215.

93 Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, *Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander*, <http://www.health.fgov.be/>, 4; Warnock 1985, p. 43, nr. 8.5.

94 Borghs, 1998, p. 72, nr. 142.

95 I. Martens, 'Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.', *TJK* 2006, p. 7, nr. 5.

96 B.M. Knoppers & S. Le Bris, 'Maternité de substitution', in G. Hottois & M.-H. Parizeau (eds.), *Les mots de la bioéthique*, Brussel: de Boeck-Wesmael 1993, pp. 265-266. Zie ook J.-L. Baudouin & C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme: de quel droit? Etude juridique et éthique des procréations artificielles*, Parijs: Presse universitaire de France 1987, pp. 116-117.

97 Massager 1997, p. 1997, 850, nr. 384.

98 Zie Massager 1997, pp. 819-820, nr. 364.

99 Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, *Advies nr. 30 van 5 juli 2004 betreffende zwangerschap-voor-een-ander*, <http://www.health.fgov.be/>.

100 Lampe 1986, p. 162, nr. 22, c-4; J. Rubellin-Devichi, 'Congélation d'embryons, Fécondation *in vitro*. Mère de substitution. Point de vue d'un juriste', in H. Nyssen (ed.), *Génétique, procréation et droit*, Arles: Actes Sud 1985, p. 314, nr. 13.

101 Verschelden 2004, p. 699-700, nr. 1271; Massager 1997, pp. 850-852, nr. 385.

102 Verschelden 2004, p. 699-700, nr. 1271.

103 A. Van Oevelen & A. De Boeck, 'De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam', in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 314, nr. 13.

104 Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, *BS* 26 september 2002, 43.719, i.w.tr. 6 oktober 2002.

105 Gallus 2009, p. 360, nr. 341.

106 Cass. (1e k.) 14 januari 1954, *RCJB* 1954, p. 252.

107 N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten: Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2009, pp. 368-369, nr. 631.

108 E. Dirix, ‘Grondrechten en overeenkomsten’, in K. Rimanque (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1982, p. 79.

109 I. Claeys, ‘Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging’, in Orde van Advocaten Kortrijk (ed.), *Sancties en nietigheden*, Brussel: Larcier 2003, p. 274, nr. 9.

110 De Page & Masson 1990, p. 933, nr. 967 en 935, nr. 971.

111 Massager 1997, p. 857, nr. 388.

112 J. Smits, ‘Inhoud en werking van de overeenkomst in België en Nederland: een overzicht’, in J. Smits & S. Stijns (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 2005, p. 19.

113 C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 283; Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 190; M. Freudenthal, ‘The Dutch Law of Child Recognition and its Application to Extramarital Procreation’, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1993, p. 357; J.H.B. Van der Meer, *Nieuw leven, ander recht. In vitro fertilisatie: ethische, medische en juridische aspecten rond bevruchtingstechnieken*, Brielle: Prins 1986, pp. 38-39; X, ‘Rapport van de Werkgroep studie problematiek rond de bevruchting en afstamming, uitgebracht door de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht (1985)’, in W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, M.J.A. van Mourik & W.C.J. Robert (eds.), *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 18; Wortmann 1985, p. 60; A. Heida, ‘Juridische perikelen rond het draagmoederschap’, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1984, p. 650; E. Loeb & J.C. van Straaten, ‘Voortplanting van de mens anno 1984’, *Nederlands Juristenblad* 1984, p. 1029. Zie voor een genuanceerde visie: A. Broekhuijsen-Molenaar, ‘Goorloofdheid van draagmoederschap naar Nederlands (wenselijk) recht’, in K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen – Groningen: Intersentia 1999, pp. 34-37; A.M.L. Broekhuijsen-

Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer: Kluwer 1991, p. 154 *et seq.*

114 J.H. Nieuwenhuis, 'Promises, promises. Over contracten en andere afspraken', *NJB* 2001, p. 1797.

115 A. Heida & A. van der Steur, 'Draagmoederschap: tussen strafrechtelijk verbod en wettelijke regeling', *Nemesis* 2001, p. 212.

116 Nys 2005, pp. 222-223, nr.484.

117 A. Rouvroy, 'Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées', *JT* 1997, p. 774.

118 P. Senaeve, 'Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven', *RW* 1985-86, p. 628-629, nr. 8-11.

119 Van Oevelen & De Boeck 1996, pp. 341-342, nr. 69.

120 A. Van Oevelen, B. Cattoir, A. Colpaert, M. Van Loon, R. Vinckx & L. Van Valkenborgh, 'De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden: algemene beginselen en een grondslagenonderzoek', *TPR* 2011, pp. 1388-1389, nr. 50.

121 Senaeve 1988, p. 250, nr. 10.

122 Gallus 2009, p. 358, nr. 340; Nys 2005, pp. 222, nr. 483; Rouvroy 1997, p. 774.

123 Van Oevelen, Cattoir, Colpaert, Van Loon, Vinckx & Van Valkenborgh 2011, pp. 1388-1389, nr. 50.

124 C. Trouet, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal: recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 57, nr. 84.

125 Zie ook Antwerpen (16e bis k.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, p. 1774, m.nt. F. Swennen en Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, p. 206, m.nt. F. Swennen.

126 Nys 2005, pp. 222, nr. 483; Senaeve 1988, p. 250, nr. 10. De auteur nuanceert zijn standpunt in een latere publicatie: 'Het is niet relevant de nietigheid van dergelijke overeenkomsten te steunen op de schending van de fysieke integriteit van de betrokken vrouw. Immers, de fysieke integriteit van het lichaam is niet absoluut onaantastbaar, en dus niet alle schendingen ervan kunnen als ongeoorloofd bestempeld worden, zodat – uitzonderlijk – overeenkomsten die deze

schending tot voorwerp of tot gevolg hebben, wel als geldig kunnen worden beschouwd' (P. Senaeve, 'Overeenkomsten tussen en met samenlevende personen andere dan echtgenoten', in M. Storme, Y. Merchiers & J. Herbots (eds.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen: Kluwer 1990, pp. 419-420, nr. 9).

127 In dezelfde zin: Guldix 1993-94, p. 1106, nr. 11.

128 Massager 1997, pp. 852-853, nr. 386. Zie ook N. Gallus, 'La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel', in G. Schamps & J. Sosson (eds.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Brussel: Bruylant 2013, p. 182, nr. 10; G. Genicot, 'Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle: plaidoyer pour un droit neutre et libéré', in G. Schamps & J. Sosson (eds.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Brussel: Bruylant 2013, pp. 158-161, nrs. 9-10.

129 Heida 1984, p. 652.

130 Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 160.

131 Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 190.

132 Th. Vansweevelt, "Abortus", *Postal Memorialis* 2011, A 50/44.

133 F. Shenfield, G. Pennings, J. Cohen, P. Devroey, G. de Wert & B. Tarlatzis, 'ESHRE Task Force on Ethics and Law 10: Surrogacy', *Human Reproduction* 2005, p. 2707.

134 Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 190; Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 162.

135 Verschelden 2004, p. 701, nr. 1274.

136 Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Brussel: Larcier 2010, p. 144, nr. 119; N. Massager, 'L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître', in *10 années d'application assistée sur la filiation de l'enfant à naître*, I, Luik: Editions du Jeune Barreau de Liège 1997, pp. 220-221, nrs. 75-77; Massager 1997, pp. 870-871, nr. 394.

137 Van Gysel 2009, p. 409; Verschelden 2004, p. 701, nr. 1273.

138 Massager 1997, p. 868, nr. 393; Massager 1997, p. 220, nr. 75.

139 Guldix 1993-94, p. 1107, nr. 11.

140 Senaeve 1985-86, p. 638, nr. 31.

141 W. Delva, *Personen- en familierecht*, Gent: E. Story-Scientia 1982, p. 92.

142 Van Oevelen, Cattoir, Colpaert, Van Loon, Vinckx & Van Valkenborgh 2011, pp. 1387, nr. 49.

143 Delva 1982, p. 91.

144 Van Gysel 2009, p. 100.

145 Delva 1982, p. 91.

146 Van Gysel 2009, p. 101.

147 Van Gysel 2009, p. 101-102.

148 J.-L. Renchon, 'Le droit belge de la personne et de la famille: de l'indisponibilité à l'autodétermination?', *European Review of Private Law* 2007, pp. 401-402, nr. 63.

149 N. Gallus, 'La place de la convention dans le droit de la filiation', in E. Alofs, K. Byttebier, A. Michielsens & A.-L. Verbeke (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen: Intersentia 2013, p. 227.

150 Gallus 2009, p. 363, nr. 345; Verschelden 2005, p. 50-51, nrs. 90-91; Verschelden 2004, p. 701, nr. 1274; Rouvroy 1997, p. 774; Van Oevelen & De Boeck 1996, pp. 341-342, nr. 69; A. Heyvaert, 'De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987', *Vl.T.Gez.* 1988, p. 233, nr. 15 en 17.

151 Massager 1997, p. 860, nr. 390.

152 A.-C. Van Gysel & N. Massager, 'Les limites de l'autonomie de la volonté et droit des personnes', in *L'ordre public: concept et applications*, Brussel: Bruylant 1995, pp.210-211. Zie ook Genicot 2013, p. 173.

153 E. Montero, 'L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse' (m.nt. onder Jeugdrrb. Brussel 4 juni 1996), *T. Gez.* 1997-98, p. 127, nr. 8.

154 Jeugdrrb. Antwerpen (7e k.) 11 oktober 2007, *RW* 2007-08, p. 1777, m.nt.; Rouvroy 1997, p. 774.

155 Gallus 2009, p. 362-363, nr. 344.

156 Guldix 1993-94, p. 1106, nr. 11.

157 Rb. Haarlem 19 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BZ6541.

158 Heida 1984, p. 652.

159 Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 190.

160 Verschelden 2004, p. 702, nr. 1275; J. Velaers, 'Het menselijk lichaam en de grondrechten', in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen: Maklu 1996, p. 190, nr. 97; Senaeve 1988, p. 250, nr. 10; Senaeve 1985-86, p. 638, nr. 31.

161 Heida 1984, p. 652.

162 Broekhuijsen-Molenaar 1991, pp. 160-162.

163 J.B.M. Vranken, 'Contractualisering en draagmoederschap', *TPR* 1997, p. 1753.

164 Zie paragraaf nr. 71 *et seq.*

165 Cass. (1e k.) 13 oktober 1960, *Pas.* 1961, I, p. 160.

166 Claeys 2003, p. 308, nr. 57.

167 Zie ook De Wolf 1999, p. 97; De Page & Masson 1990, p. 935.

168 Leleu 2010, pp. 143-144, nr. 119 en 55, nr. 31.

169 X 1986, pp. 63-64; Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 190.

170 A. Heida, 'Draagmoederschap', in J.K.M. Gevers & H.J.J. Leenen (eds.), *Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid*, Deventer: Kluwer 1986, p. 43.

171 Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 156. Zie ook Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 190; Vranken 1997, p. 1758.

172 Gallus 2009, p. 366, nr. 348; Nys 2005, p. 222, nr. 483; Massager 1997, p. 869, nr. 394; Senaeve 1988, p. 250-251, nr. 11; M.T. Meulders-Klein, 'Le Droit de l'Enfant face au Droit à l'Enfant et les Procréations médicalement assistées', in *Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel: Interuniversitair Centrum voor Rechtsvergelijking 1987, p. 162; Lampe 1986, p. 162, nr. 22, c-5.

173 Vranken 1997, p. 1758.

174 W. Geldhof, 'In pari causa: een waardevol adagium', *TBBR* 2001, p. 520.

175 Vranken 1997, p. 1753.

176 Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 190.

177 Jeugdrrb. Namen (17e k.) 7 januari 2011, *Act.dr.fam.* 2013, p. 96, m.nt. N. Gallus; Verschelden 2004, p. 704, nr. 1278; Van Oevelen & De Boeck 1996, pp. 350, nr. 78; Senaeve 1988, p. 251, nr. 11; Lampe 1986, p. 163, nr. 22, c-8; Senaeve 1985-86, p. 638.

178 Massager 1997, p. 869, nr. 394.

179 J. Dalq-Depoorter, 'L'enfant de qui?', in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein: Droit comparé des personnes et de la famille*, Brussel: Bruylant 1998, p. 127; Massager 1997, p. 869, nr. 394.

180 E. Dirix, 'Overeenkomsten en menselijke waardigheid', *RW* 1989-90, pp. 686-687.

181 J. Baeck, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 169 en de verwijzingen aldaar.

182 Geldhof 2001, p. 523.

183 Massager 1997, p. 221, nr. 76; Massager 1997, p. 870, nr. 394.

184 Lampe 1986, p. 163, nr. 22, c-8.

185 Senaeve 1988, p. 251, nr. 11.

186 Verschelden 2004, p. 704-705, nr. 1279.

187 Voor een genuanceerde visie zie C. Mak, 'Baas in eigen buik? De rechtsgeldigheid en nakoming van draagmoederschapsovereenkomsten in het licht van grondrechten', in J.H. de Graaf, C. Mak & F.K. van Wijk, *Rechten van het kind en ouderlijke verantwoordelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 35, met verwijzing naar Nieuwenhuis 2001, p. 1798.

188 Broekhuijsen-Molenaar 1991, pp. 156 en 158-159.

189 Heida 1984, p. 653.

190 Verschelden 2004, p. 705, nr. 1279; Van Oevelen & De Boeck 1996, pp. 350, nr. 78; Senaeve 1988, p. 251, nr. 11.

191 DIRIX 1989-90, pp. 686-687.

192 Verschelden 2004, p. 706, nr. 1279.

193 Zie paragraaf nr. 64 *et seq.* en 67 *et seq.*

194 Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 190; Heida 1984, p. 652.

195 Broekhuijsen-Molenaar 1991, pp. 157-158; Heida 1984, p. 653.

196 Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 157.

197 Van Gysel 2009, p. 409.

198 Herbots 2008, p. 340, nr. 21.

199 M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 179; Asser 2010, pp. 282-283; J.H.M. Ter Haar & W.D. Kolkman, *Personen- en familierecht en erfrecht in een notendop*, Zutphen: Walburg Pers 2014, p. 14-15; A.E. Henstra, *Van afstammingsrecht naar ouderschapsrecht: een beschouwing over de positie van sociale en biologische ouders in het familierecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 65.

200 Gallus 2009, p. 390-391, nr. 369; Leleu 2010, p. 34, nr. 623; Verschelden 2004, p. 719, nr. 1304. Zie ook Jeugdrb. Brussel (12e k.) 6 mei 2009, *RTDF* 2011, p. 172, adv. Openbaar Ministerie, m.nt. J. Sosson en *JLMB* 2009, p. 1083.

201 Rb. Gent (3e k.) 24 december 2009, *Tijdschrift@ipr.be* 2010/4, p. 133, m.nt. J. Verhellen.

202 Zie paragraaf nr. 14.

203 Deze ontvankelijkheidsvoorwaarde is niet langer evident sinds het arrest van het Grondwettelijk Hof van 3 februari 2011. In dit arrest oordeelde het Hof dat artikel 318, § 1 BW de artikelen 22 Gw. en 8 EVRM schendt “in zoverre de vordering tot betwisting van vaderschap niet ontvankelijk is indien het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de echtgenoot van de moeder”. In deze zaak wou de echtgenoot van de moeder zijn eigen vaderschap betwisten (GwH nr. 20/2011, 3 februari 2011, *Juristenkrant* 2011/224, p. 1, weergave G. Verschelden, *Act.dr.fam.* 2011, p. 75, m.nt. N. Gallus en *T. Fam.* 2011, p. 61, m.nt. T. Wuyts). Het Hof kwam tot hetzelfde oordeel in zaken waarin een betwistingsvordering was ingesteld door de beweerde biologische vader (GwH 7 november 2013, nr. 147/2013, *Act.dr.fam.* 2014, p. 66, *A.GrwH.* 2013, p. 2717, *RTDF* 2014, p. 385 en *RW* 2013-14, p. 679;

GwH 9 juli 2013, nr. 105/2013, *JLMB* 2013, p. 1349, m.nt. N. Gallus, *Act.dr.fam.* 2013, p. 143, *RTDF* 2013, p. 1044 en *T.Fam.* 2013, p. 220, m.nt. T. Wuyts).

204 Zie paragraaf nr. 66.

205 Zie J. Verhellen, 'Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR', *TPR* 2011, p. 1548, nr. 56.

206 Zie paragraaf nr. 83 *et seq.*

207 Ingevoegd door de wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Stb.* 2013, 480, i.w.tr. 1 april 2014.

208 M. Vonk, *Children and their parents: A comparative study of the legal position of children with regard to their international and biological parents in English and Dutch law*, Antwerpen: Intersentia 2007, pp. 143-144.

209 Bv. Rb. 's-Gravenhage 1 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO7387.

210 Bv. Rb. 's-Gravenhage 1 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO7387.

211 Vonk 2007, pp. 142-143.

212 Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 189.

213 Rb. Assen 15 juni 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AY7247.

214 G. Verschelden, *Handboek Belgisch Familierecht (Gandaius)*, Brugge: die Keure 2010, pp. 93-94, nr. 215.

215 Zie voetnoot 200.

216 Rb. Gent (3e k.) 31 mei 2001, *TBBR* 2002, p. 27, m.nt. G. Verschelden. Voor kritische opmerkingen, zie G. Verschelden, 'De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot na kunstmatige inseminatie' (m.nt. onder Rb. Gent 31 mei 2001), *TBBR* 2002, pp. 35-37, nr. 27-30.

217 Rb. Hasselt (6e A k.) 19 maart 2013, *Juristenkrant* 2013/273, p. 1, weergave G. Verschelden en *Limb.Rechtsl.* 2013, p. 304, m.nt. van de redactie.

218 J. SOSSON, 'Mère porteuse mariée: danger?' (noot onder Rb. Dindant (1e k.) 6 februari 2014), *RTDF* 2014, p. 635; Verschelden 2004, p. 204, 727, nr. 1323; *Massager* 1997, p. 232, nr. 89; *Massager* 1997, p. 950, nr. 419.

219 Zie Kamerstukken (Tweede Kamer) 1996-1997, 25000-XVI, nr. 62, p. 13. Voor een schematisch overzicht zie Boele-Woelki, Curry-Sumner, Schrama & Vonk 2012, pp. 72-74 en I. Curry-Sumner & M. Vonk, 'National and International Surrogacy: An Odyssey', in B. Atkin (ed.), *The International Survey of Family Law*, Bristol: Jordan Publishing Limited 2011, p. 265.

220 L.E. Kalkman-Bogerd, 'Kunstmatige voortplanting en draagmoederschap', *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 1996, p. 197.

221 W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, *Ouderschap, anders geregeld?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 3.

222 Zie paragraaf nr. 74.

223 Wet 21 december 1951, houdende voorzieningen betreffende het toezicht op de verzorging en opvoeding van pleegkinderen, *Stb.* 1951, 595, i.w.tr. 1 juni 1953.

224 Broekhuijsen-Molenaar 1991, pp. 172-173 (maar zie Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 40).

225 *Anders*: W.M. Schrama, 'De zaak Baby Donna en de betekenis van bloedverwantschap: de spagaat tussen familievorm en familiefunctie', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2008, pp. 573-578.

226 Zie ook Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 189.

227 S.C.A van Vlijmen & J.H. van der Tol, 'Draagmoederschap in opkomst: specifieke wet- en regelgeving noodzakelijk?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2012, p. 163; P. Vlaardingerbroek, 'Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie', *Ars Aequi* 2003, p. 174; Wortmann 1985, p. 57; X 1986, p. 16; Heida 1984, p. 650.

228 Kamerstukken (Tweede Kamer) 2007-2008, Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 31200, XVI, nr. 154, 1.

229 Zie paragraaf nr. 6.

230 Zie paragraaf nr. 25.

231 Zie ook Rb. Haarlem 6 november 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:5285: De wensvader verzocht als enige met het ouderlijk gezag te worden belast, op grond van artikel 1-253c, eerste lid NBW. De juridische moeder was een Indische draagmoeder die schriftelijk had verklaard afstand te doen van al haar rechten en verplichtingen t.a.v. het kind. De rechtbank was van oordeel dat het in het belang van de minderjarige was dat de wensvader, die hem sinds zijn geboorte heeft verzorgd en opgevoed, beslissingen kon nemen over de minderjarige, zonder dat daarbij eerst toestemming moest worden verkregen van een in India wonende en daardoor moeilijk bereikbare draagmoeder, die bovendien nooit de intentie had gehad als moeder voor de minderjarige te zorgen. Hierdoor was uitoefening van gezamenlijk gezag niet mogelijk, en zou de minderjarige klem of verloren raken wanneer belangrijke beslissingen over hem dienden te worden genomen en de man niet in staat was toestemming van de draagmoeder voor deze beslissingen te verkrijgen.

232 Raad voor de Kinderbescherming, *Protocol ASAA: Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen*, Ministerie van Justitie, november 2013, www.kinderbescherming.nl, 12-16.

233 Dit zou anders op gespannen voet staan met artikel 9 IVRK: L.E. Kalkman-Bogerd, 'Ontheffing en draagmoederschap', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1998, p. 202.

234 In een bepaalde zaak werd de voogdij, ondanks het verzoek van de wensouders om daarmee te worden belast, toevertrouwd aan het Bureau Jeugdzorg: Rb. Rotterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0238.

235 Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 173.

236 Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998, p. 4951, nr. 865; Arr.-Rb. Amsterdam 26 april 1995, *Nederlandse Jurisprudentie* 1995, p. 2803, nr. 589; Rb. Noord-Nederland 11 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5503; Rb. Limburg 10 juni 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:4014; Rb. 's-Hertogenbosch 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR5334; Rb. Alkmaar 29 oktober 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG8903; Rb. Arnhem 20 februari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC8012.

237 Kalkman-Bogerd 1998, p. 201. Het is opmerkelijk dat fundamentele rechten enkel worden ingeroepen door de rechtbanken om de overdracht van ouderlijk gezag te weigeren, zie Ch. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 268.

238 Rb. Utrecht 18 juni 1997, *Nederlandse Jurisprudentie kort* 1997, p. 59 (vonnis hervormd door Hof Amsterdam 19 februari 1998, *Nederlandse Jurisprudentie kort* 1998, 32). Zie ook Rb. Rotterdam 23 maart 1998, *Nederlandse Jurisprudentie kort* 1998, p. 33 (vonnis hervormd door Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998, 865, zie voetnoot 229). Volgens Schoots, van Arkel en Dermout was deze hervorming terecht: Schoots, van Arkel & Dermout 2004, p. 192.

239 Zie Kamerstukken (Tweede Kamer) 1994-1995, Vraag van Dittrich over het draagmoederschap, 1267. Zie ook Rb. Rotterdam 8 februari 2007, LJN BA0238. Anders: Hof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998, p. 4951, nr. 865.

240 Rb. Utrecht 18 juni 1997, *Nederlandse Jurisprudentie kort* 1997, p. 59.

241 Hoge Raad 29 juni 1984, *Nederlandse Jurisprudentie* 1984, p. 2752, nr. 767, conclusie Advocaat-Generaal.

242 Kamerstukken (Tweede Kamer) 1994-1995, Antwoord op vraag van Dittrich over het draagmoederschap, 1267-1268; X, 'Adoptie na draagmoederschap: speciale regeling is volgens staatssecretaris Schmitz onwenselijk', *Nederlands Juristenblad* 1995, pp. 575-576.

243 Rb. Arnhem 19 mei 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI5039.

244 Rb. Noord-Nederland 11 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5503.

245 Vonk 2007, p. 145.

246 Dermout, van de Wiel, Heintz, Jansen & W. Ankum 2010, p. 447.

247 Advies Openbaar Ministerie bij Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *JLMB* 1996, p. 1182.

248 Verschelden 2004, p. 712, nr. 1287.

249 Deze algemene termijn is immers ook van toepassing op 'leenmoeders': Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door mevr. Delruelle-Ghobert bij ontwerp van wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en de adoptie – bepalingen betreffende de adoptie, *Parl.St.* Senaat, 1985-86, nr. 256 (24 april 1986), 68.

250 Henstra 2002, p. 66. Zie ook Kamerstukken II 1996-97, 24 649, nr. 6, p. 27: "Als het gaat om adoptie van het kind van een

draagmoeder zal de toetsing door de rechter op zichzelf geen andere behoeven te zijn dan in andere gevallen van adoptie”.

251 Rb. 's-Gravenhage 11 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB9844 en Rb. 's Gravenhage 10 december 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BC5651.

252 Jeugdrb. Antwerpen (7e k.) 11 oktober 2007, *RW* 2007-08, p. 1777, m.nt., hervormd door Antwerpen (16e bis k.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, p. 1774, m.nt. F. Swennen; Gent (15e k.) 16 januari 1989, *TGR* 1989, p. 52.

253 Antwerpen (16e bis k.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, p. 1774, m.nt. F. Swennen; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, p. 206, m.nt. F. Swennen.

254 Jeugdrb. Gent (27e k.) 13 juni 2012, nr. RV 590/2011, onuitg.; Jeugdrb. Namen (17e k.) 7 januari 2011, *Act.dr.fam.* 2013, p. 96, m.nt. N. Gallus; Jeugdrb. Antwerpen (7e k.) 22 april 2010, *T.Fam.* 2012, p. 43, m.nt. L. Pluym; Jeugdrb. Brussel (12e k.) 6 mei 2009, *RTDF* 2011, p. 172, advies Openbaar Ministerie, m.nt. J. Sosson en *JLMB* 2009, p. 1083; Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T. Gez.* 1997-98, p. 124, m.nt. E. Montero en *JLMB* 1996, p. 1182, advies Openbaar Ministerie.

255 *Massager* 1997, p. 240, nr. 97.

256 N. Gallus, 'L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse' (m.nt. onder Jeugdrb. Namen 7 januari 2011 en Jeugdrb. Brussel 23 augustus 2012), *Act.dr.fam.* 2013, p. 101; Gallus 2009, p. 367, nr. 348; F. Swennen, 'Adoptie na draagmoederschap revisited' (m.nt. onder Antwerpen 14 januari 2008), *RW* 2007-08, p. 1776, nr. 5; Wuyts 2007, p. 370, nr. 601; M.-N. Veys, 'Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap', *TBBR* 2006, p. 409, nr. 33; Verschelden 2004, p. 713, nr. 1290; De Wolf 1999, p. 122; Montero 1997-98, p. 127, nr. 10; *Massager* 1997, pp. 954-955, nr. 423; X. Dijon & J.-P. Masson, noot onder Cass. 31 mei 1991 en Parijs 15 juni 1990, *JT* 1991, p. 771.

257 Verschelden 2004, p. 714, nr. 1290.

258 Advies Openbaar Ministerie bij Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *JLMB* 1996, p. 1182.

259 Rouvroy 1997, p. 774.

260 Zie ook *Massager* 1997, pp. 889-890, nr. 402.

261 Senaeve 1988, p. 258, nr. 32.

262 In diezelfde zin: Massager 1997, p. 954, nr. 423. Zie ook Jeugdrb. Brugge (21e k.) 19 januari 2012, *TJK* 2012, p. 260, m.nt. L. Pluym, hervormd door Gent (jeugdtk.) 30 april 2012, *TBBR* 2012, p. 372, m.nt. G. Verschelden en *TJK* 2012, p. 261, m.nt. L. Pluym; Jeugdrb. Antwerpen (7e k.) 22 april 2010, *T.Fam.* 2012, p. 43, m.nt. L. Pluym; Jeugdrb. Brussel (12e k.) 6 mei 2009, *RTDF* 2011, p. 172, advies Openbaar Ministerie, m.nt. J. Sosson en *JLMB* 2009, p. 1083; Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T.Gez.* 1997-98, p. 124, m.nt. E. Montero en *JLMB* 1996, p. 1182, advies Openbaar Ministerie.

263 Anders: Jeugdrb. Antwerpen (7e k.) 11 oktober 2007, *RW* 2007-08, p. 1777, m.nt., hervormd door Antwerpen (16e bis k.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, p. 1774, m.nt. F. Swennen.

264 Jeugdrb. Hoei (11e k.) 22 december 2011, *RTDF* 2012, p. 403. Uit de noot van de redactie bleek dat het ging om een gewone adoptie na draagmoederschap. Expliciet: Jeugdrb. Brugge (21e k.) 19 januari 2012, *TJK* 2012, p. 260, m.nt. L. Pluym, hervormd door Gent (jeugdtk.) 30 april 2012, *TJK* 2012, p. 261, m.nt. L. Pluym en *TBBR* 2012, p. 372, m.nt. G. Verschelden; Jeugdrb. Brussel (13e k.) 4 augustus 2011, nr. 41/2009/13B, onuitg.; Jeugdrb. Namen (17e k.) 7 januari 2011, *Act.dr.fam.* 2013, p. 96, m.nt. N. Gallus; Jeugdrb. Antwerpen (7e k.) 22 april 2010, *T.Fam.* 2012, p. 43, m.nt. L. Pluym; Jeugdrb. Brussel (12e k.) 6 mei 2009, *RTDF* 2011, p. 174, advies Openbaar Ministerie, m.nt. J. Sosson en *JLMB* 2009, p. 1083; Antwerpen (16e bis k.) 14 januari 2008, *RW* 2007-08, p. 1774, m.nt. F. Swennen; Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-02, p. 206, m.nt. F. Swennen; Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T.Gez.* 1997-98, p. 124, m.nt. E. Montero.

265 Gent (jeugdtk.) 30 april 2012, *TBBR* 2012, p. 372, m.nt. G. Verschelden en *TJK* 2012, p. 261, m.nt. L. Pluym.

266 *Guldix* 1993-94, p. 1120, nr. 71.

267 Bijlage bij Kamerstukken (Tweede Kamer) 2009-2010, Brief van de minister van Justitie, 32123-XVI, nr. 30, 2-3.

268 Zie paragraaf nr. 63; *Vlaardingerbroek* 2003, p. 174.

269 *Dermout* 2001, p. 240.

270 M. van den Berg & C. Buijssen, 'Hoogtechnologisch draagmoederschap. De techniek staat voor niets, nu het recht nog!', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 726; J.M.T. van den Hoeven-Oud & J.K. Moltmaker, 'Het afstammingsrecht in Nederland', *TPR* 1989, p. 1497.

271 van Vlijmen & van der Tol 2012, p. 163.

272 Boele-Woelki, Curry-Sumner, Schrama & Vonk 2012, pp. 77-78.

273 Dermout 2001, p. 238.

274 Artikel 2, c Regeling van 28 april 2014, nr. 512296, *Stcrt.*, 2014, 12556.

275 Toelichting bij Regeling van 28 april 2014, nr. 512296, *Stcrt.*, 2014, 12556.

276 Zie A.V.M. Struycken, 'Surrogacy, a New Way to Become a Mother? An New PIL Issue', in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger & S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag: Boom Uitgevers 2010, p. 362.

277 <http://www.diplomatie.be/>.

278 J. Verhellen, "Draagmoederschap: het internationaal privaatrecht uitgedaagd", *Tijdschrift@ipr.be* 2010/4, p. 166.

279 Op grond van artikel 164 Oekraïens Familiewetboek: '*Grounds for deprivation of parental rights*'.

280 KG Brussel 4 februari 2010, nr. 09/1694/C, onuitg.

281 Rb. Brussel 15 februari 2011, *Tijdschrift@ipr.be* 2011/1, p. 125. Voorafgaand aan dit vonnis, maar na het instellen van de vordering die daartoe aanleiding gaf, stelde de wensvader opnieuw een vordering in bij de kortgedingrechter te Brussel, omwille van een gewijzigde omstandigheid, nl. dat het kind was geplaatst in een instelling. Dit was het gevolg van een mislukte poging van de wensouders om het kind uit Oekraïne te krijgen. Een vriendin had a.d.h.v. een paspoort van een ander kind gepoogd het kind voorbij de Oekraïense grenzen te smokkelen maar werd gearresteerd vooraleer dat lukte. De kortgedingrechter zag niet in waarom de bodemrechter geen vonnis zou kunnen hebben geveld binnen een korte termijn en verklaarde de vordering niet gegrond (KG Brussel 9 juli 2010, nr. 10/830/C, onuitg.).

282 Brussel (3e k.) 31 juli 2013, *Tijdschrift@ipr.be* 2013/4, p. 49 en *T.Vreemd.* 2013, pp. 126-127.

283 EHRM 8 juli 2014, nr. 29176/13, D. e.a./België (ontvankelijkheidsbeslissing).

284 Curry-Sumner & Vonk 2011, p. 279.

285 Zie Kamerstukken (Tweede Kamer) 2011-2012, Brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, 33 000-VI, nr. 69, 3-4. Uitgebreid over draagmoederschap en Nederlands internationaal privaatrecht en vreemdelingenrecht: Boele-Woelki, Curry-Sumner, Schrama & Vonk 2012, pp. 167-221. Zie ook Curry-Sumner & Vonk 2011, pp. 259-280.

286 Wet 14 maart 2002 houdende regeling van het conflictenrecht inzake de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming, *Stb.* 2002, 153, opgeheven op 1 december 2012 door Boek 10 NBW.

287 Wet 3 juli 2003 houdende regeling van het conflictenrecht inzake adoptie en de erkenning van buitenlandse adopties, *Stb.* 2003, 283, opgeheven op 1 december 2012 door Boek 10 NBW.

288 K.J. Saarloos, 'Art. 92-102 Boek 10 BW: Afstamming', in P. Vlas (ed.), *Hoofdlijnen Boek 10 BW (Internationaal privaatrecht)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 85.

289 Zie Curry-Sumner & Vonk 2011, pp. 278-279.

290 Uitgebreid hierover: Curry-Sumner & Vonk 2011, pp. 272-278; K.J. Saarloos & J.H. van Berkel, 'From Russia with love: ouderschap na draagmoederschap en de Wet conflictenrecht afstamming', *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2008, pp. 117-124.

291 Zie Rb. Den Haag 13 augustus 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12313, waarin de rechtbank moest oordelen of een buitenlandse geboorteakte van een kind geboren na draagmoederschap in de Filippijnen en waarin de gehuwde wensvader als juridische vader stond vermeld na een vaderlijke erkenning ter plaatse, kon worden ingeschreven in de geboorteregisters van de gemeente 's-Gravenhage. Overeenkomstig artikel 1:204, eerste lid, e NBW is een erkenning door een gehuwde man nietig, tenzij kan worden aangetoond dat tussen man en kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat. Dit was volgens de rechtbank voldoende aangetoond, waardoor de erkenning niet strijdig was met de Nederlandse openbare orde en de inschrijving werd bevolen.

292 Zie voor een genuanceerde visie hierop: Saarloos & van Berkel 2008, pp. 122-123.

293 van Vlijmen & van der Tol 2012, p. 162.

294 Zie Rb. Haarlem 28 november 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY4231.

295 Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 9 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BP3764; Voorzieningenrechter Rb. Haarlem 10 januari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP0426.

296 van Vlijmen & van der Tol 2012, p. 163.

297 van Vlijmen & van der Tol 2012, p. 163.

298 Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU3627.

299 D. Gruenbaum, 'Foreign Surrogate Motherhood: Mater semper certa erat', *American Journal of Comparative Law* 2012, pp. 490-491.

300 Zie P. Wautelet, 'Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontière' (m.nt. onder Luik 6 september 2010), *JLMB* 2011, p. 58.

301 Luik (1e k.) 6 september 2010, *RTDF* 2010, p. 1134, m.nt. C. Henricot, S. Saroléa & J. Sosson, *Act.dr.fam.* 2011, p. 159, *JT* 2010, p. 634, m.nt., *JLMB* 2011, p. 52, m.nt. P. Wautelet, *TJK* 2011, p. 149 en *T.Vreemd.* 2011, p. 117, m.nt. K. Vanvoorden; Rb. Nijvel 6 april 2011, *RTDF* 2011, p. 695, m.nt. C. Henricot; Rb. Brussel (12e k.) 18 december 2012, *Tijdschrift@ipr.be* 2013/2, p. 64, m.nt. Th. Kruger & B. Mallentjer; Rb. Brussel (7e k.) 15 februari 2011, *Tijdschrift@ipr.be* 2011/1, p. 125; Rb. Antwerpen 19 december 2008, *Tijdschrift@ipr.be* 2010/4, p. 140, m.nt. J. Verhellen.

302 Rb. Luik (3e k.) 15 maart 2013, *Act.dr.fam.* 2013, p. 93 en *RTDF* 2013, p. 714, m.nt. C. Henricot.

303 Rb. Brussel (7e k.) 13 mei 2014, nr. 2012/5418/B, onuitg.

304 Curry-Sumner & Vonk 2011, p. 270-271.

305 Rb. 's-Gravenhage 23 november 2009, FA RK 09-317, onuitg., aangehaald door K. Boele-Woelki, 'Wie zijn de juridische ouders naar Nederlands recht bij een internationaal draagmoederschap?', in S. Rutten & K. Saarloos (eds.), *Van afstamming tot nationaliteit: opstellen aangeboden aan professor mr. G.R. de Groot ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht aan de Universiteit Maastricht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 9. Voor een kritische opmerking, zie K.J. Saarloos, *European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage*, Maastricht: Océ Business Services 2010, p. 239.

306 Zie paragraaf nr. 16.

307 Zie paragraaf nr. 14.

308 Gent 5 september 2005, *T.Vreemd.* 2006, p. 163, *TJK* 2006, p. 24 en *EJ* 2005, p. 183, m.nt. S. Roeland.

309 Voor een bespreking, zie: I. Verdonck, 'Jeugdbescherming in grensoverschrijdend perspectief', *TJK* 2006, pp. 27-31.

310 Rb. Utrecht 26 oktober 2005, *T.Vreemd.* 2006, p. 166, m.nt. Th. Kruger.

311 Na een eerste afwijzing van dit verzoek: Kanton rb. Utrecht 2 november 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU5513.

312 Rb. Utrecht 7 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD1068. Zie ook Rb. Utrecht 24 oktober 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB6360.

313 Gerechtshof Amsterdam 25 november 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG5157.

314 Rb. Utrecht 10 juni 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI9334.

315 Gerechtshof Amsterdam 2 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL5721.

316 Zie paragraaf nr. 14.

317 Zie paragraaf nr. 65.

318 Rb. Zwolle 27 november 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BG5827.

319 R. Wagner, 'Abstammungsfragen bei Leihmutterchaften in internationalen Sachverhalten', *Das Standesamt* 2012, p. 298; S.B. Green, 'Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law', *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society* 2009, pp. 107-109.

320 T. Lin, 'Born Lost: Stateless Children in International Surrogacy Arrangements', *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 2013, pp. 548 en 567-568; Ch.P. Jr. Kindregan & D. White, 'International Fertility Tourism: The Potential for Stateless Children in Cross-Border Commercial Surrogacy Arrangements', *Suffolk Transnational Law Review* 2013, pp. 622-624; K. Brugger, 'International Law in the Gestational Surrogacy Debate', *Fordham International Law Journal* 2012, pp. 681-686; P. Thorn, T. Wischmann & E. Blyth, 'Cross-border reproductive services –

suggestions for ethically based minimum standards of care in Europe', *Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynecology* 2012, p. 2; E. Blyth & A. Farrand, 'Reproductive tourism – a price worth paying for reproductive autonomy?', *Critical Social Policy* 2005, p. 104; G. Pennings, 'Reproductive tourism as moral pluralism in motion', *Journal of Medical Ethics* 2002, p. 339.

321 K. Trimmings & P. Beaumont, 'International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level', *Journal of Private International Law* 2011, p. 628.

322 Verschelden 2011, p. 1497, nr. 130; E. de Kezel, "Draagmoederschap", *Juristenkrant* 2011/226, p. 5; G. Verschelden, 'Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten', *T.Fam.* 2010, pp. 69-70; De Both & De Sutter 2010, p. 799; Verhellen 2010, p. 171; F. Swennen, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen – Cambridge: Intersentia 2014, p. 342; M. Temmerman, P. De Sutter, L. Stevens, L. Valcke & B. Bauwelinck, "Draagmoederschap durven regelen", *Samenleving en politiek* 2011, pp. 50-59; H. Jacobs, "Draagmoederschap", *T.Fam.* 2009, pp. 41-42; Gallus 2009, p. 372, nr. 353; P. De Hert & P. Herbots, "Wettelijke regeling van draagmoederschap dringt zich op", *Juristenkrant* 2008/179, pp. 10-11; Kinderrechtencommissariaat, *Advies Draagmoederschap*, 6 mei 2008, www.kinderrechtencoalitie.be, 9.

323 Zie paragraaf nr. 78.

324 B.M. Dickens, 'Surrogate Motherhood: Legal and Legislative Issues', in A. Milunsky & G.J. Annas (eds.), *Genetics and the Law III*, New York: Plenum Press 1985, pp. 193-196.

325 Gallus 2009, p. 372, nr. 353.

326 Gezondheidsraad, *Advies inzake kunstmatige voortplanting, in het bijzonder in vitro-fertilisatie, kunstmatige inseminatie met donorzaad en draagmoederschap*, Nr. 26, 's-Gravenhage, Gezondheidsraad, 1986, 92.

327 De Both & De Sutter 2010, p. 799.

328 Zie J. Harris, *The Value of Life. An Introduction to Medical Ethics*, Londen: Routledge 1985, p. 141.

329 Zie J. Millbank, 'From Alice and Evelyn to Isabella: Exploring the Narratives and Norms of 'New' Surrogacy in Australia', *Griffith Law Review* 2012, p. 105; J. Millbank, 'The New Surrogacy Parentage Laws

in Australia: Cautious Regulation or '25 Brick Walls'?', *Melbourne University Law Review* 2011, p. 169.

330 Autin 2013, p. 4.

331 Uitgebreid over de hiaat tussen theoretisch en empirisch onderzoek: L. Peng, 'Surrogate Mothers: An Exploration of the Empirical and the Normative', *Journal of Gender, Social Policy and the Law* 2013, pp. 555-582; A. Campbell, 'Law's Suppositions about Surrogacy Against the Backdrop of Social Science', *Ottawa Law Review* 2011-12, pp. 29-26; K. Busby & D. Vun, 'Revisiting The Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers', *Canadian Journal of Family Law* 2010, pp. 13-93.

332 E. Teman, 'The social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood', *Social Science and Medicine* 2008, p. 1104.

333 S. Imrie & V. Jadva, 'The long-term experiences of surrogates: relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements', *Reproductive BioMedicine Online* 2014, p. 431; O.B.A. van den Akker, 'A longitudinal pre-pregnancy to post-delivery comparison of genetic and gestational surrogate and intended mothers: Confidence and genealogy', *Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynecology* 2005, p. 281; V. Jadva, C. Murray, E. Lycett, F. MacCallum & S. Golombok, 'Surrogacy: the experiences of surrogate mothers', *Human Reproduction* 2003, pp. 2200-2201; O. van den Akker, 'Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy', *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 2003, pp. 152-153; V. Söderström-Anttila, T. Blomqvist, T. Foudila, M. Hippeläinen, H. Kurunmäki, R. Siegberg, M. Tulppala, M. Tuomi-Nikula, S. Vilks & O. Hovatta, 'Experience of in vitro fertilization surrogacy in Finland', *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica* 2002, p. 750; O.B.A. van den Akker, 'Organizational selection and assessment of women entering a surrogacy agreement in the UK', *Human Reproduction* 1999, pp. 264-265; H. Hanafin, *Surrogate Parenting: Reassessing Human Bonding*, Presentation at the annual meeting of the American Psychological Association, New York, 1987, <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/313.pdf>. Over het ontstaan van de verkeerde veronderstelling dat draagmoeders spijt hebben van hun beslissing en soms het kind willen houden: Teman 2008, pp. 1104-1105.

334 Dermout, van de Wiel, Heintz, Jansen & W. Ankum 2010, pp. 445-447.

335 Zie Z. Berend, 'The social context for surrogates' motivations and

satisfaction', *Reproductive Biomedicine Online* 2014, p. 399.

336 Jadva, Murray, Lycett, MacCallum & Golombok 2003, p. 2197; H. Ragoné, *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, Boulder: Westview Press 1994, p. 55. Voor andere motieven zie: Busby & Vun 2010, pp. 55-59.

337 Zie G. Corea, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Londen: The Women's Press 1988, p. 327.

338 Imrie & Jadva 2014, pp. 424-435; J.C. Ciccarelli & L.J. Beckman, 'Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy', *Journal of Social Issues* 2006, pp. 31-32.

339 Busby & Vun 2010, pp. 60-65.

340 Söderström-Anttila, Blomqvist, Foudila, Hippeläinen, Kurunmäki, Sieberg, Tulppala, Tuomi-Nikula, Vilska & Hovatta 2002, p. 750.

341 Dermout, van de Wiel, Heintz, Jansen & W. Ankum 2010, p. 445.

342 O.B.A. van den Akker, 'Psychosocial aspects of surrogate motherhood', *Human Reproduction* 2007, p. 56; R.J. Edelman, 'Surrogacy: the psychological issue', *Journal of reproductive and infant psychology* 2004, p. 130.

343 Humbyrd vond geen enkel bewijs dat kinderen geboren na draagmoederschap nadelige fysieke of psychologische gevolgen door het draagmoederschap ervaren: C. Humbyrd, 'Fair Trade International Surrogacy', *Developing World Bioethics* 2009, p. 113. Zie ook S. Golombok, F. MacCallum, C. Murray, E. Lycett & V. Jadva, 'Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2', *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 2006, pp. 213-222. Zie ook de getuigenis van een kind verwekt door endofamiliaal, hoogtechnologisch draagmoederschap: M. Kirkman, 'Sister-to-sister gestational 'surrogacy' 13 years on: a narrative of parenthood', *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 2002, pp. 143-145.

344 V. Jadva & S. Imrie, 'Children of surrogate mothers: psychological well-being, family relationships and experiences of surrogacy', *Human Reproduction* 2014, pp. 90-96. De onderzoekers formuleren weliswaar enkele opmerkingen bij de resultaten.

345 EHRM 26 juni 2014, nr. 65192/11, Mennesson e.a./Frankrijk en EHRM 26 juni 2014, nr. 65941/11, Labassee e.a./Frankrijk.

346 Artikel 16-7 *Code civil* bepaalt de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst, een bepaling die van openbare orde is (art. 16-9 *Code civil*). Artikel 227-12, derde lid *Code pénal* bestraft bemiddeling in draagmoederschap.

347 EHRM 27 januari 2015, nr. 25358/12, Paradiso en Campanelli/Italië.

348 EHRM 8 juli 2014, nr. 29176/13, D. e.a./België (ontvankelijkheidsbeslissing).