

‘Draagmoederschap in de wet geregeld?’

‘Op welke wijze kan het juridisch vacuüm van het bestaande recht omtrent de overdracht van een kind van draagmoeder (en partner) naar wensouders – middels de adoptieregeling – doorbroken en vervangen worden door een gebruiksvriendelijke regeling die het juridisch ouderschap al voor de geboorte van het kind neerlegt bij de wensouders’.

Universiteit: Universiteit van Tilburg
Faculteit: Rechtswetenschappen
Opleiding: Rechtsgeleerdheid
Accentprogramma: Privaatrecht

Datum: 05-03-2013
Auteur: Irene Colen
Studentnummer: 246577
Afstudeerbegeleider: mevrouw mr. V.M. Smits



Bijbel: Genesis 16:2

Zo zeide Sarai tot Abram:

Zie toch, de Heere heeft mij toegesloten,

dat ik niet bare;

ga toch in tot mijn dienstmaagd,

misschien zal ik uit haar gebouwd worden.

En Abram hoorde naar de stem van Sarai.

Scriptie geschreven ter afronding van de

Master Rechtsgeleerdheid

accent Privaatrecht

Te verdedigen ten overstaan van de

Examencommissie van de Universiteit van Tilburg

Mr. V.M. Smits

Prof. Mr. P. Vlaardingerbroek

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie ‘Draagmoederschap, in de wet geregeld?’, waarin de onderzoeksvraag naar de overdracht van het juridische ouderschap van draag- naar wensouders centraal staat. Deze scriptie is geschreven in het kader van de Master Rechtsgeleerdheid accent Privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg.

Mijn interesse voor het draagmoederschap werd gewekt tijdens een college afstammingsrecht gegeven door prof. Vlaardingerbroek. In een van zijn laatste colleges van deze course werd het draagmoederschap besproken. Het draagmoederschap werd voorgesteld als een mooie constructie die wensouders - ondanks het feit dat de wensmoeder niet in staat is om een zwangerschap uit te dragen - in staat stelt hun kindwens alsnog te vervullen.

Als snel bleek echter dat deze, op het eerste gezicht positief ogende constructie, veel juridische maar ook psychologische en ethische haken en ogen heeft. Daarbij wordt deze problematiek van het draagmoederschap nog eens versterkt door het ontbreken van een wettelijke regeling. Vooral bij de overdracht van het juridische ouderschap van draag- naar wensouders, doen zich veel problemen voor en komt de complexiteit van draagmoederschapsconstructies aan het licht. Deze complexiteit, alsmede mijn drang voor het aangaan van uitdagingen hebben aanleiding gegeven tot het doen van een uitgebreid onderzoek dat uiteindelijk heeft geresulteerd in deze scriptie.

Ik wil van de gelegenheid gebruik maken om mijn begeleidster mevrouw V.M. Smits te bedanken voor haar goede begeleiding, kritische blik en natuurlijk voor de fijne samenwerking. Verder wil ik professor Vlaardingerbroek bedanken voor de plaats die hij inneemt in de examencommissie.

Tot slot wil ik mijn ouders, familie en vrienden bedanken die mij gedurende heel mijn studie onvoorwaardelijk hebben gesteund.

Irene Colen

Tilburg, maart 2013

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	4
Inhoudsopgave.....	5
Lijst met afkortingen	7
Inleiding	8
Probleemstelling.....	8
Doelstelling.....	8
Centrale vraagstelling.....	9
Theoretisch kader	9
Onderzoeksmethodiek	9
Maatschappelijke en Wetenschappelijke relevantie van de onderzoeksvraag.....	10
Opbouw.....	10
Hoofdstuk 1. Geschiedenis en definities.....	11
§ 1.1 Inleiding.....	11
§ 1.2 Geschiedenis draagmoederschap.....	11
§ 1.3 Definities	14
§ 1.3.1 Draagmoederschap	14
§ 1.3.1.1 Soorten Draagmoederschap.....	14
- Altruïstisch/ideeel Draagmoederschap.....	14
- Commercieel Draagmoederschap.....	14
§ 1.3.1.2 Vormen Draagmoederschap	15
- Hoog-technologisch Draagmoederschap.....	15
- Laag-technologisch Draagmoederschap	15
§ 1.3.2 Familierechtelijke betrekkingen	15
§ 1.3.3 Juridisch ouderschap.....	16
§ 1.3.3.1 Moeder/Vader	16
- Juridisch moederschap	16
- Juridisch vaderschap	16
§ 1.4 Conclusie	17

Hoofdstuk 2. De verkrijging van juridisch ouderschap door wensouders anno 2013.....	18
§ 2.1 Inleiding.....	18
§ 2.2 Problematiek met betrekking tot de overdracht van het kind.....	18
§ 2.3 Twee verschillende situaties met drie verschillende oplossingen.....	20
§ 2.3.1 Situatie 1: Draagmoeder ongehuwd	20
- Erkenning	21
- Gerechtelijke vaststelling vaderschap	22
- Overdracht van gezag aan wensvader en adoptie door wensmoeder.....	23
§ 2.3.2 Situatie 2: Draagmoeder gehuwd	24
- Ontkenning vaderschap draagvader.....	24
- Afstand; ontheffing van gezag.....	25
- Adoptie.....	27
§ 2.4 De verkrijging van het juridisch ouderschap bij draagmoeders uit het buitenland.....	30
§ 2.5 De rol van de rechter en de Raad voor de Kinderbescherming	33
§ 2.6 Conclusie	35
Hoofdstuk 3. Het draagmoederschapscontract.....	36
§ 3.1 Inleiding.....	36
§ 3.2 Het draagmoederschapscontract.....	36
§ 3.3 De valkuilen; nietige bedingen en de rechtsgeldigheid van het draagmoederschapscontract.....	38
§ 3.4 Conclusie	42
Hoofdstuk 4. Op welke manier krijgt het draagmoederschap vorm in Engeland?	43
§ 4.1 Inleiding.....	43
§ 4.2 Het draagmoederschap in Engeland.....	43
§ 4.3 The Parental Order, adoptie en residence order	44
§ 4.4 Parental Order toepasbaar in Nederland?.....	47
§ 4.5 Conclusie	48
Hoofdstuk 5. Eindconclusie en aanbevelingen.....	49
§ 5.1 Conclusie	49
§ 5.2 Aanbevelingen	51
Bronvermelding	54
Bijlage.....	59

Lijst met afkortingen

AA	Ars Aequi
art.	Artikel
ART	Assisted Reproductive Technology
ASAA	Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen
BW	Burgerlijk Wetboek
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens
FIOM	Stichting Ambulante FIOM
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Act
HR	Hoge Raad
IVF	In Vitro Fertilisatie
Jo.	Juncto
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
PKW	Pleegkinderenwet
Raad	Raad voor de Kinderbescherming
Rb.	Rechtbank
SAA	Surrogacy Arrangements Act
Sr	Wetboek van Strafrecht
UCERF	Utrecht Centre for European Research into Family Law
VUmc	VU university medical center

Inleiding

Probleemstelling

Helaas is het krijgen van kinderen niet voor iedereen vanzelfsprekend. In de gevallen waarin koppels - ondanks de bestaande alternatieve voortplantingstechnieken - geen kinderen kunnen krijgen, zou het draagmoederschap een uitkomst kunnen bieden. Draagmoederschap wordt namelijk veelal gebruikt in de situatie waarin de wensmoeder niet fysiek in staat is om een vrucht tot ontwikkeling te brengen en/of een kind te baren.

Draagmoederschap wordt hierdoor omschreven als: 'het fenomeen waarbij een vrouw (de draagmoeder) in haar baarmoeder een vrucht tot ontwikkeling laat komen en een kind baart met de bedoeling dit aan de wensouder(s) af te geven'.¹

Enerzijds is draagmoederschap een mooie manier om alsnog een kindje te krijgen, maar anderzijds zitten hier veel juridische haken en ogen aan!

Helaas vindt het draagmoederschap in Nederland nauwelijks weerspiegeling in de wet. Het draagmoederschap is in het kader van het verbod op commercieel draagmoederschap slechts terug te vinden in het Wetboek van Strafrecht. Het Burgerlijk Wetboek blijft echter nog altijd zwijgen over dit fenomeen. De mogelijkheden die het recht biedt om het juridische ouderschap van draag- naar wensouders over te laten gaan zijn helaas niet toegesneden op de draagmoederschaps-constructie. Hierdoor steken gekunstelde procedures rond de verkrijging van het juridische ouderschap door de wensouders, de kop op. Het lijkt mij om deze reden uiterst zinvol om de mogelijkheden van een passend wettelijk kader te bekijken, die de overdracht van het juridische ouderschap sneller en makkelijker laat verlopen.²

Doelstelling

In dit onderzoek staan meerdere onderzoeksdoelen centraal. Allereerst zal aan de hand van een literatuuronderzoek een helder beeld worden verkregen van de huidige stand van zaken omtrent het draagmoederschap. Vervolgens worden de problemen die hiermee samenhangen, zorgvuldig uitgekristalliseerd. Aan de hand van verschillende uitspraken van rechters, de standpunten die de Raad voor de Kinderbescherming inneemt en de verschillende denkwijzen uit de literatuur, wordt gezien hoe zij omgaan met de juridische problematiek van het draagmoederschap. Het uiteindelijke doel van dit onderzoek is, om te komen tot een voorstel die de overdracht van het juridische ouderschap zal vergemakkelijken. Om tot een dergelijk voorstel te komen zal er tevens een rechtsvergelijking met Engeland plaatsvinden. Het onderzoek zal vooral beschrijvend, evaluerend en uiteindelijk probleemoplossend van aard zijn.

¹ Verschelden 2004, p. 696.

² Vonk 2011, p. 67.

Centrale vraagstelling

In dit onderzoek staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

‘Op welke wijze kan het juridisch vacuüm van het bestaande recht omtrent de overdracht van een kind van draagmoeder (en partner) naar wensouders - middels de adoptieregeling – doorbroken en vervangen worden door een gebruiksvriendelijke regeling die het juridisch ouderschap al voor de geboorte van het kind neerlegt bij de wensouders’.

Theoretisch kader

Het theoretisch kader omvat de volgende gebieden:

- *Privaatrecht:* Het privaatrecht is van toepassing op het draagmoederschap, omdat het de verhoudingen tussen personen onderling regelt. In dit geval zal het de verhouding tussen de draag- en de wensouders betreffen.
- *Verbindenissenrecht/contractenrecht:* Het contractenrecht maakt deel uit van het verbindenissenrecht. Het contractenrecht is in dit verband van belang omdat de draag- en wensouders onderling afspraken kunnen maken en deze afspraken in een draagmoederschapscontract vast kunnen leggen.
- *Personen-en familierecht:* Het Personen- en Familierecht is een onderdeel van het burgerlijk recht dat zich bezighoudt met onder andere afstamming, geboorte, huwelijk- en echtscheiding en andere zaken in verband met de hoedanigheid, familiebetrekkingen en bevoegdheden van personen die in een juridische verhouding tot elkaar staan. Het draagmoederschap vindt hierin haar plaats omdat het specifiek is toegespitst op de juridische afstammingsrelatie.
- *Het afstammingsrecht:* Het afstammingsrecht regelt welke ouders bij welke kinderen horen. Het creëert een netwerk van familierelaties waarvan iedereen in beginsel deel uitmaakt.³

Onderzoeksmethodiek

1. Wat is de huidige stand van zaken omtrent het draagmoederschap?
 - Aan de hand van een literatuurstudie komt de huidige stand van zaken omtrent de verkrijging van het juridisch ouderschap door de wensouders naar voren.
2. Welke problemen levert de huidige stand van zaken met betrekking tot het draagmoederschap op? En hoe staan de rechter en de Raad voor de Kinderbescherming hier tegenover?
 - Hierbij wordt concreet ingegaan op de juridische problemen die op dit moment uit draagmoederschapsconstructies voortvloeien. Deze problemen worden allereerst beoordeeld in het licht van de maatschappelijke discussie die daaromtrent gaande is. Voorts wordt aan de hand van jurisprudentie met daarin de ingenomen standpunten van de Raad voor de Kinderbescherming, gezien hoe zij omgaan met het juridisch ouderschap in geval van draagmoederschap en welke criteria zij hanteren om tot een wenselijke overdracht te komen. Tot slot zal ook aandacht besteed worden aan de huidige opinie binnen de rechtswetenschappelijke literatuur en de daaruit voortvloeiende mogelijke oplossingen om deze problematiek te omzeilen.

³ Vonk 2010, p. 63.

3. Op welke manier krijgt het draagmoederschap vorm in het buitenland?
 - Hierbij zal aan de hand van een literatuurstudie een rechtsvergelijkend onderzoek worden uitgevoerd met Engeland. In Engeland is 20 jaar geleden namelijk een regeling in het leven geroepen die de overdracht van ouderschap in geval van draagmoederschap mogelijk maakt.⁴ Met deze rechtsvergelijking zal worden gezien of een dergelijke regeling ook in Nederland uitkomst voor de problematiek kan bieden.

Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie van de onderzoeksvraag

Maatschappelijke relevantie

Men hoeft tegenwoordig niet lang te zoeken om de volgende krantenkoppen tegen te komen:

- **'Maak regels rond draagmoederschap helderder'**⁵
- **Regels rond draagmoederschap te onduidelijk!**⁶

Het draagmoederschap is tegenwoordig vaak onderwerp van discussie in Nederland. Door de problemen die zich in de praktijk voordoen, wordt de schreeuw om het draagmoederschap wettelijk te regelen steeds luider. Het gaat hier met name om regels die de overdracht van het juridisch ouderschap naar de wensouders beheersen.

Wetenschappelijke relevantie

Dit komt neer op de vraag op welke wijze het onderzoek/de scriptie theoretisch, methodisch of qua resultaten van belang is voor verdere theorievorming of voor het ontwikkelen van wetenschappelijke inzichten, verklaringen of verduidelijkingen.⁷

Dit onderzoek vindt zijn wetenschappelijke relevantie in het feit dat bij het ontwerpen van een voorstel om de overdracht van het juridische ouderschap te vergemakkelijken aansluiting wordt gezocht bij de mening hierover in de literatuur, rechtspraak en bij de Raad voor de Kinderbescherming.

Opbouw

Om tot de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag te komen, behandel ik achtereenvolgens de volgende onderwerpen:

Een begin wordt gemaakt met de geschiedenis en begripsvorming in hoofdstuk 1. De geschiedenis van het draagmoederschap en de definities van de belangrijkste begrippen die met het draagmoederschap verband houden, komen hierin aan de orde.

Vervolgens zal in hoofdstuk 2 ingegaan worden op het draagmoederschap in haar huidige context, die vooral betrekking zal hebben op de overdracht van het kind. Hier wordt ingegaan op de problemen die de huidige toepassing met zich meebrengt en de manier waarop de rechter en de Raad voor de Kinderbescherming hiermee omgaan. Naast deze gesignaleerde problemen, komen oplossingen aan bod die in het verloop der jaren naar aanleiding van deze knelpunten in de literatuur zijn ontwikkeld.

Voorts wordt in hoofdstuk 3 het zwaar omstreden draagmoederschapscontract behandeld.

Hoofdstuk 4 bevat een rechtsvergelijkend onderzoek met Engeland. Tot slot zal geëindigd worden met de eindconclusie en daarmee samenhangende aanbevelingen in hoofdstuk 5.

⁴ Vonk 2011, p. 67.

⁵ *Trouw* 3 november 2011, p. 1.

⁶ *De Telegraaf* 3 november 2011, p. 1.

⁷ Van den Heuvel 2009, p. 11.

Hoofdstuk 1.

Geschiedenis en definities

§ 1.1 Inleiding

Om het fenomeen draagmoederschap beter in de hedendaagse context te kunnen plaatsen, wordt in § 1.2 van dit hoofdstuk eerst haar ontstaansgeschiedenis uiteengezet. Om een beter beeld te kunnen vormen van de juridische problematiek, volgt in § 1.3 een bespreking van de belangrijkste begrippen die nauw met deze problematiek samenhangen. Een start zal worden gemaakt met het begrip draagmoederschap, waarna zal worden ingegaan op de soorten en vormen hiervan, de familierechtelijke betrekking die ontstaat en het juridische ouderschap zelf. Tot slot zal geëindigd worden met een conclusie in § 1.4.

§ 1.2 Geschiedenis draagmoederschap

Door de ontwikkelingen die in het buitenland hebben plaatsvonden en deels door de ontwikkelingen in de technologie, is het draagmoederschap de laatste jaren steeds sterker in de belangstelling komen te staan. Een belangrijke ontwikkeling in het buitenland is de commercialisering van het draagmoederschap in de Verenigde Staten geweest. In de VS is het in veel staten legaal om tegen betaling een kind voor een ander te baren. Veel mensen maken hier dankbaar gebruik van, waardoor deze commerciële voortplantingsindustrie alleen maar groter wordt. Het niet zelf kunnen krijgen van kinderen als reden voor draagmoederschap staat al lang niet meer op nummer één. Er bestaan tegenwoordig talloze redenen om met behulp van een draagmoeder een kind te krijgen. Denk hierbij aan beroemdheden die geen tijd hebben om zwanger te zijn wegens hun carrière, of mensen die op oudere leeftijd nog besluiten om kinderen te krijgen. Bekende voorbeelden van mensen die gebruik hebben gemaakt van draagmoeders zijn Nicole Kidman en Keith Urban die hun tweede dochter Little Faith op 28 december 2010 verwelkomden. Little Faith werd geboren via een draagmoeder en is hun biologische kind. Of Sarah Jessica Parker en Matthew Broderick die met behulp van een draagmoeder op 22 juni 2009 ouders zijn geworden van twee gezonde dochters.⁸

Verder zien we door de ontwikkeling van de technologie dat de natuurlijke methode plaats heeft gemaakt voor een medische methode. Hierbij wordt gedoeld op de mogelijkheid om het moederschap en de genetische verwantschap niet meer samen te laten vallen. De draagmoeder kan nu door middel van de IVF-techniek een kind dragen dat voor 100% genetisch afkomstig is van beiden wensouders.

In de jaren '70, -'80 en begin jaren '90 kwam het draagmoederschap door deze ontwikkelingen ook steeds meer in Nederland in de belangstelling te staan. In de jaren 70 is in Nederland een wetsvoorstel - gebaseerd op het rapport van de commissie Wiarda (26 februari 1971) - ingediend waarin het afstand doen van ouderrechten zou worden geregeld. Dit voorstel had ten doel de positie van de minderjarige moeder te versterken. Dit werd beoogd door de moeder een keuze te laten om het kind zelf op te voeden met de verkrijging van een meerderjarigheidsverklaring, danwel af te staan, door het in het leven roepen van een afstandsverklaring.⁹ Dit voorstel had tot gevolg dat ook de draagmoeder op een eenvoudigere wijze afstand zou kunnen doen van haar ouderrechten, waardoor de wensouders sneller het ouderschap en het gezag over het kind zouden kunnen verkrijgen. Helaas heeft dit wetsvoorstel jaren stilgelegen en

⁸ <www.biobattle.nl>

⁹ Kok 2007, p. 105

kwam het pas begin jaren 90 weer aan de orde in verband met de strafbaarstelling van bepaalde aspecten van het draagmoederschap. De minister overwoog vervolgens dat er geen behoefte was aan een dergelijke vereenvoudigde regeling inzake de afstandsprocedure. In de Memorie van Toelichting bij de strafbaarstelling is daarom ook niet ingegaan op de betekenis die dit zou kunnen hebben voor draagmoederschap.¹⁰ In de parlementaire geschiedenis van het oorspronkelijke wetsvoorstel tot verkorting van de afstandsprocedure zijn echter wel argumenten te vinden.¹¹ De minister noemt als reden om af te zien van deze verkorte procedure, de bevordering van het verschijnen van het draagmoederschap.¹²

In de jaren 1994 en 1995 laaide de discussie omtrent het draagmoederschap opnieuw op, omdat de ontheffingsgrond uit art. 1:266 BW inzake het ouderlijk gezag, oneigenlijk zou worden toegepast. Dit oneigenlijke gebruik komt op het volgende neer. In beginsel is ontheffing van het gezag een kinderbeschermingsmaatregel die kan worden ingesteld ter voorkoming van onveilige opvoedsituaties. De rechter zal hierbij na moeten gaan of er is voldaan aan een wettelijke norm die de ontheffing rechtvaardigt. Om de ontheffing uit het gezag te rechtvaardigen, zal de rechter na moeten gaan of sprake is van een situatie waarin ouders ongeschikt of onmachtig zijn tot de verzorging en opvoeding van het kind. Dit is veelal moeilijk aan te tonen in een draagmoederschapsconstructie, gezien het feit dat de draagouders vaak zelf kinderen hebben die zij van een goede opvoeding hebben kunnen voorzien.¹³ De rechters pleiten voor verandering, maar na Kamervragen bleek dat de staatssecretaris van Justitie niets zag in een aanpassing.¹⁴ Hieruit volgt in mijn opinie dat de ontheffingsgrond zoals deze op dit moment is geformuleerd in geval van draagmoederschap oneigenlijk zal moet worden gebruikt. Bij de toepassing van de ontheffingsgrond uit artikel 1:266 BW in draagmoederschapsconstructies wordt zijn functie als kinderbeschermingsmaatregel volledig ondermijnd, waardoor dit artikel in mijn ogen niet geschikt is om in draagmoederschapsituaties te worden toegepast.

Toen uit onderzoek bleek dat de belangstelling voor het draagmoederschap beperkt was, werd in 1997 het Planningsbesluit IVF zodanig aangepast dat het werd toegestaan in combinatie met draagmoederschap. In maart 1997 werd het hoogtechnologisch draagmoederschap - dat het draagmoederschap met genetisch materiaal van beiden wensouders inhoudt - onder strikte redenen toegestaan,¹⁵ omdat uit onderzoek bleek dat de kans op identiteitsproblemen van een kind bij hoogtechnologisch draagmoederschap klein is.¹⁶ De belangrijkste voorwaarden voor het hoogtechnologisch draagmoederschap waren onder andere dat het moet gaan om ideëel draagmoederschap en dat het plaats vindt onder strikte voorwaarden, zoals de gezondheidstoestand en maximum leeftijd van de draag- en wensmoeder.¹⁷

Uit de hiervoor geschetste situatie blijkt dat de wetgever zeer terughoudend is met betrekking tot de regulering van het draagmoederschap. Op dit moment wordt het ideëel/altruïstisch draagmoederschap in Nederland onder strenge voorwaarden getolereerd.¹⁸ Commercieel draagmoederschap is sinds 1 november 1993 in zijn geheel verboden in Nederland.¹⁹ Vooralsnog is er niets geregeld omtrent het

10 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 51.

11 Kamerstukken II 1991-1992, 14 167 nr. 11

12 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 51.

13 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 68.

14 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 51.

15 Schoots, Van Arkel & Dermout 2004, p. 191.

16 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 51.

17 Schoots, Van Arkel & Dermout 2004, p. 191.

18 Vonk 2011, p. 65.

19 Vlaardingerbroek 2003, p. 172.

ideeel/ altruïstisch draagmoederschap en is er nog geen rechtsfiguur in het leven geroepen om de overdracht van het kind van draagmoeder naar wensouders te faciliteren.

Opvallend is, dat het onderwerp draagmoederschap de laatste jaren steeds vaker in de belangstelling is komen te staan. In een brief van 4 november 2009 is de toenmalige Minister van Justitie ingegaan op het te voeren beleid ten aanzien van het draagmoederschap. Het onderzoek naar de aard en omvang van het commercieel draagmoederschap en de illegale opnemings van kinderen heeft geresulteerd in een rapport (UCERF) Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen.²⁰

Verder is er op 31 maart 2011 nog een expertmeeting geweest om samen met deskundigen van gedachten te wisselen. In deze expertmeeting zijn een aantal mogelijke oplossingen naar voren gekomen. Allereerst wordt als mogelijkheid de regulering van hoog- en laagtechnologisch draagmoederschap aangedragen. Voorts biedt de regeling in het Engelse model misschien een oplossing voor de regulering in Nederland. Uiteindelijk is in deze meeting geen duidelijke lijn naar voren gekomen waaruit bepaald beleid geformuleerd kon worden.²¹ Als reactie hierop heeft Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, F. Teeven, een brief aan de tweede kamer gericht met een aantal voorgestelde in te voeren maatregelen. In deze brief heeft de heer F. Teeven onder andere voorgesteld om het draagmoederschap in het buitenland te accepteren en met betrekking tot het draagmoederschap aansluiting te zoeken bij artikel 7 IVRK. Voorts is volgens hem beraadslaging over de strenge eisen van hoogtechnologisch draagmoederschap nodig en zal van overheidswege voorlichting over het draagmoederschap moeten worden gegeven. Tot slot zal moeten worden bezien hoe het handhavingsbeleid kan worden verscherpt en op welke wijze de omvang van commercieel draagmoederschap en de illegale opnemings van buitenlandse kinderen inzichtelijker kan worden gemaakt.²² Tot slot heeft in april 2012 in het kader van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht nog een bespreking plaatsgevonden over de mogelijkheid en wenselijkheid van een mondiaal verdrag op het gebied van draagmoederschap. Het permanent bureau heeft tijdens deze bespreking het mandaat gekregen om de aard, omvang en problemen inzake het draagmoederschap te verzamelen. Dit onderzoek en het opstellen van een verdrag zal echter veel tijd in beslag nemen, waardoor het wenselijk is om eerder maatregelen inzake deze problematiek te nemen.²³

Mijn inziens is het toestaan van hoogtechnologisch draagmoederschap in 1997 (weliswaar onder strenge voorwaarden en alleen in de altruïstische sfeer) een goede ontwikkeling voor Nederland geweest. Praktijken die zich rond het commercieel draagmoederschap voordoen zoals onder andere in Amerika, keur ik ten zeerste af! Vanuit moreel oogpunt verafschuw ik de gang van zaken waarbij kinderen voor veel geld gekocht worden van de draagmoeder die louter als broedmachine fungeert. Nederland heeft er goed aangedaan om deze praktijken in 1993 in Nederland uit te bannen. Voorts ben ik tevreden met de ontwikkelingen die zich de afgelopen jaren hebben voorgedaan op het gebied van draagmoederschap. Het draagmoederschap is meerdere malen in de politiek aan bod gekomen waaruit onderzoeken zijn voortgevloeid ter bepaling van het nieuwe beleid. Verder worden deze ontwikkelingen in mijn ogen gestimuleerd doordat het draagmoederschap in 2012 naar internationaal niveau is getild. We zijn er nog lang niet, maar gezien de huidige ontwikkelingen van afgelopen jaar, zie ik potentie in de ontwikkeling van draagmoederschapswetgeving in de komende jaren.

²⁰ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011

²¹ Bijlage bij Kamerstuk 33000-VI nr. 69

²² Kamerstuk 33000-VI nr. 69

²³ Kamerstuk 33000-VI nr. 69

§ 1.3 Definities

§ 1.3.1 Draagmoederschap

Het draagmoederschap als zodanig wordt nauwelijks in de wet beschreven. De term draagmoeder wordt alleen in het kader van de strafbepaling (het verbod op commercieel draagmoederschap) in de strafwet genoemd. In artikel 151b 3^e lid van het wetboek van strafrecht, vinden we de volgende omschrijving van een draagmoeder terug:

'Als draagmoeder wordt aangemerkt de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen'.²⁴

Naast deze vaste wettelijke definitie van een draagmoeder, wordt het draagmoederschap in de literatuur op verschillende manieren beschreven. Veelal wordt het draagmoederschap omschreven als het fenomeen waarbij een vrouw (de draagmoeder) in haar baarmoeder een vrucht tot ontwikkeling laat komen en een kind baart met de bedoeling dit aan de wensouder(s) af te geven.²⁵ Het draagmoederschap wordt veelal gebruikt in de situatie waarin de wensmoeder niet fysiek in staat is om een kind te baren. Als wensouders worden aangemerkt de meerderjarigen die met hulp van een draagmoeder een kind in het eigen gezin op willen nemen.²⁶ De opzet is dat de draagmoeder de intentie heeft om het kind na de geboorte direct af te staan aan de wensouders. Het draagmoederschap is hierdoor een methode om biologische kinderen te krijgen, voor personen die hier fysiek niet toe in staat zijn of de last van een zwangerschap niet op zich kunnen nemen.²⁷

Hierbij verdient het de opmerking dat het draagmoederschap géén bijzondere voortplantingstechniek is.²⁸ Draagmoederschap wordt echter wel dikwijls in één adem genoemd met de kunstmatige bevruchtingstechnieken, omdat voor de bevruchting van de draagmoeder hiervan veelal gebruik wordt gemaakt.²⁹

§ 1.3.1.1 Soorten draagmoederschap

Altruïstisch/ideëel draagmoederschap

Er zijn twee soorten draagmoederschap te onderscheiden. Ten eerste het altruïstisch draagmoederschap (ideëel draagmoederschap). Deze vorm van draagmoederschap zien we vaak terug bij familie of vrienden die de rol van draagmoeder op zich nemen. Het gaat hierbij om een dienst, waarbij bijvoorbeeld een zus een kind baart voor een andere niet-vruchtbare zus. Veelal worden alleen de kosten vergoed die gerelateerd zijn aan de zwangerschap. Dit is anders dan bij het commerciële draagmoederschap, waarbij ook de kosten van pijn en inspanning worden vergoed.³⁰

²⁴ Art. 151b lid 3 WvS.

²⁵ Verschelden 2004, p. 696.

²⁶ Protocol ASAA 2009, p. 10.

²⁷ Wils 1988-89, p. 9.

²⁸ Vlaardingerbroek 2011, p. 271.

²⁹ Vlaardingerbroek 2003, p. 171.

³⁰ <www.freya.nl> (zoek op *brochure draagmoederschapsovereenkomst*)

Commercieel draagmoederschap

Onder commercieel draagmoederschap wordt verstaan: een vrouw die tegen een honorarium haar baarmoeder beschikbaar stelt aan vrouwen die zelf geen kind kunnen of willen baren.³¹

Het commercieel draagmoederschap is in Nederland verboden, dit in tegenstelling tot de VS waar principes als rent-a-womb heel normaal zijn. Amerikaanse vrouwen bieden vaak onder de kop 'baarmoeder te huur' op internet hun diensten aan. In deze dienst gaan grote bedragen om die kunnen oplopen tot wel 100.000 dollar per zwangerschap.

In Nederland komt het verbod op commercieel draagmoederschap tot uitdrukking in de artikelen 151 b en 151 c Wetboek van Strafrecht, waarin het bemiddelen en adverteren rondom het draagmoederschap strafbaar wordt gesteld.³² Daarentegen wordt het *zijn* van een draagmoeder niet strafbaar gesteld.³³ De wetgever heeft deze bepaling in de wet opgenomen met het oog op voorkoming van het scheppen van een klimaat waarin commercieel draagmoederschap zich als maatschappelijk verschijnsel kan ontwikkelen.

§ 1.3.1.2 Vormen draagmoederschap

Veelal worden binnen het draagmoederschap twee vormen onderscheiden, waarbij het verschil is gelegen in de totstandkoming van de zwangerschap:

Hoog-technologisch draagmoederschap

We spreken van hoog-technologisch draagmoederschap indien de draagmoeder zwanger wordt met behulp van een eicel en zaadcel van de wensouders.³⁴ Door middel van follikelaspiratie worden bij de wensmoeder de eicellen weggezogen, om deze vervolgens in het laboratorium door het zaad van de eigen partner te bevruchten (IVF = reageerbuisbevruchting).³⁵ Het kind wordt hierbij voor 100% genetisch gevormd door de wensouders. Deze vorm van draagmoederschap wordt hoog-technologisch genoemd omdat medisch ingrijpen hierbij noodzakelijk is!³⁶

Laag-technologisch draagmoederschap

Indien de draagmoeder geïnsemineerd wordt met het zaad van de wensvader (of een donor) en zelf haar eigen eicel levert, spreken we van laag-technologisch draagmoederschap.³⁷ Vaak is de wensmoeder in deze situatie onvruchtbaar, waardoor het alleen mogelijk is om het genetisch materiaal van de wensvader in combinatie met het genetisch materiaal van de draagmoeder te gebruiken.³⁸ Deze vorm van draagmoederschap wordt laag-technologisch genoemd, omdat deze procedure eventueel ook kan geschieden zonder IVF of arts.³⁹

§ 1.3.2 Familierechtelijke betrekking

De familierechtelijke relatie is uiterst belangrijk om de rechten en plichten die daaruit voortvloeien als ouder en kind geldend te kunnen maken. Uit artikel 1:197 lid 1 BW vloeit voort dat een kind, zijn ouders en hun bloedverwanten in familierechtelijke verhouding tot elkaar staan. Deze bepaling maakt duidelijk

31 W.L.J.M. Duijst 2009 P.79.

32 <www.freya.nl>(zoek op brochure 11 draagmoederschap)

33 Bijlage bij Kamerstuk 33000-VI nr. 69

34 Leenen 2007, p. 123.

35 Schoots 2004, p. 191.

36 Vlaardingerbroek 2003, p. 107.

37 Leenen 2007, P. 123.

38 Vlaardingerbroek 2003, p. 107.

39 Schoots 2004, p. 191.

tussen wie een juridische afstammingsband bestaat. Uit het artikel blijkt een bepaalde wederkerigheid. Het kind staat niet alleen maar in juridische verhouding tussen zijn of haar ouders en bloedverwanten, maar deze bloedverwanten staan omgekeerd ook in familierechtelijke betrekking tot het kind.⁴⁰

§ 1.3.3 Juridische ouders

§ 1.3.3.1 Moeder/Vader

Juridische moeder

In Nederland geldt het juridische principe “mater semper certa est” (de moeder is altijd zeker).⁴¹ Dit principe is uiteengezet in artikel 1:198 BW, waarin staat opgenomen: ‘Moeder van een kind is de vrouw uit wie het kind is geboren of die het kind heeft geadopteerd’.⁴² Dit principe geldt ook, indien het genetisch materiaal niet afkomstig is van de moeder die het kind heeft gebaard. Deze situatie doet zich voor bij het hoogtechnologisch draagmoederschap, waarbij de ei- en zaadcel van de wensouders in de baarmoeder van de draagmoeder worden geplaatst. Ondanks het feit dat het genetisch materiaal volledig afkomstig is van de wensouders, vormen de zwangerschap en de geboorte uit de draagmoeder voldoende grondslag voor de opvatting dat het moederschap van de draagmoeder een rechtsfeit is.⁴³

Als logisch gevolg vloeit hieruit voort dat in het geval van een draagmoederschapsconstructie, de draagmoeder automatisch als juridische moeder van het kind is aan te merken.

Juridische vader

Indien de draagmoeder is gehuwd, wordt haar partner automatisch juridisch vader van het kind (zelfs indien voor de verwekking sperma is gebruikt van de wensvader). Dit is verwoord in artikel 1:199 sub a BW dat aangeeft dat het juridisch vaderschap ontstaat bij de man die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, is gehuwd.⁴⁴ Dit wordt ook wel de ‘fictie van vaderschap’ of het ‘rechtsvermoeden vaderschap’ genoemd.⁴⁵ Om deze echtgenoot in geval van een draagmoederschapsconstructie het juridische vaderschap te ontnemen, zal hij het kind ingevolge artikel 1:200 BW moeten ontkennen. Ingevolge artikel 1:200 lid 1 BW kan het kind door deze echtgenoot worden ontkend indien hij niet de biologische vader is.⁴⁶ Echter uit het derde lid van dit artikel blijkt dat: ‘De vader of moeder het in artikel 199, onder a en b, bedoelde vaderschap niet kunnen ontkennen, indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad’.⁴⁷ Omdat de ‘draagvader’ veelal instemt met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg heeft, is het daarom in draagmoederschapsituaties vrij lastig om het kind dat geboren wordt uit een gehuwde draagmoeder, over te dragen aan de wensouders. De mogelijkheid tot afstand gevolgd door adoptie kunnen hier eventueel een uitkomst bieden. Deze opties zullen in hoofdstuk 2 uitgebreid aanbod komen.

40 Zie het commentaar op art. 1:197 BW.

41 Protocol ASAA, p. 9.

42 Art. 1:198 BW.

43 Zie het commentaar op art. 1:198 BW.

44 Art. 1:199 lid 1 sub a BW.

45 Zie het commentaar op art. 1:199 BW.

46 Art. 1:200 lid 1 BW.

47 Art. 1:200 lid 3 BW.

§ 1.4 Conclusie

Het draagmoederschap is een oud verschijnsel met actuele inhoud. Door ontwikkelingen in het buitenland en in de stand van de techniek, heeft het draagmoederschap een belangrijke plaats in onze hedendaagse samenleving verkregen. Om dit verschijnsel niet te bevorderen heeft de overheid zich jaren lang vrij terughoudend ten opzichte van dit onderwerp opgesteld. Dit resulteerde op 1 november 1993 tot een verbod op het commercieel draagmoederschap. Toen echter uit onderzoek bleek dat de belangstelling voor het draagmoederschap meeviel, is in maart 1997 hoogtechnologisch draagmoederschap onder strikte voorwaarden toegestaan.

Het draagmoederschap wordt ook wel omschreven als: ‘het fenomeen waarbij een vrouw (de draagmoeder) in haar baarmoeder een vrucht tot ontwikkeling laat komen en een kind baart met de bedoeling dit aan de wensouder(s) af te geven’. Ondanks het feit dat het draagmoederschap de schijn wekt een mooie oplossing te bieden voor hen die via de natuurlijke weg geen kinderen kunnen krijgen, maar deze wel wensen, zitten aan deze mooie constructie veel juridische haken en ogen.

De onderzoeksvraag focust zich vooral op de knelpunten die zich bij de juridische overdracht van het kind van draag- naar wensouders voordoen. Om deze knelpunten en mogelijke oplossingen inzichtelijk te krijgen zijn de kernbegrippen in § 1.3 uitgebreid besproken.

In hoofdstuk twee zal nader worden ingegaan op de ingewikkelde problematiek omtrent de juridische overdracht in draagmoederschapsconstructies waardeze belangrijke begrippen zich tot verhouden.

Hoofdstuk 2.

De verkrijging van juridisch ouderschap door wensouders anno 2013

§ 2.1 Inleiding

Mede door de toegenomen onvruchtbaarheid en de grote kinderwens van ouders, zijn alternatieve voortplantingstechnieken een steeds grotere rol in onze samenleving gaan spelen.⁴⁸ Ook door het feit dat de interlandelijke adoptie van een kind aan steeds meer regels en onderzoeken, zoals leeftijd, toelaten medische zorg, onderzoek gezinsleven e.d. is onderworpen en uiteindelijk vaak veel problemen oplevert, kiezen ouders er tegenwoordig sneller voor om een 'eigen' baby te krijgen.⁴⁹ Het draagmoederschap lijkt hiervoor uitermate geschikt, omdat men in geval van hoogtechnologisch draagmoederschap door middel van IVF bij de draagmoeder een kind kan creëren dat voor 100% bestaat uit het genetisch materiaal van de wensouders.

Als we de 'draagmoederschapsconstructie' echter onder de loep nemen, blijkt al snel dat deze figuur is onderhevig aan veel verschillende juridische leerstukken met hoge eisen, die de toepassing hiervan sterk bemoeilijken. In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op het grootste probleem, namelijk de juridische overdracht van het kind van de draag- naar de wensouders. Hoe deze juridische overdracht verloopt, hangt af van het feit of de draagmoeder wel of niet gehuwd is. Indien sprake is van een ongehuwde draagmoeder, loopt de procedure veel gemakkelijker en kan de wensvader het ouderschap primair (meteen bij de geboorte) verkrijgen.⁵⁰ Bij een gehuwde draagmoeder, moet een lange moeilijke weg bewandeld worden.

§ 2.2 Problematiek met betrekking tot de overdracht van het kind

Zoals we reeds in hoofdstuk 1 hebben kunnen zien is het in draagmoederschapsconstructies de bedoeling dat de draagmoeder het kind na de geboorte feitelijk overdraagt aan de wensouders. Het moment van de feitelijke overdracht van het kind wordt veelal door de draag- en wensouders gezamenlijk overeengekomen, maar het komt echter ook voor dat de draagmoeder dit moment aan de hand van haar gevoel zelf bepaald.

In tegenstelling tot de feitelijke overdracht verloopt de juridische overdracht in praktijk vaak niet zo soepel en duurt het zeker een jaar voordat de wensouders uiteindelijk het juridisch ouderschap over hun kind verkrijgen. De reden hiervoor is dat er geen specifieke juridische procedure bestaat waarmee de draagmoeder het kind kan overdragen aan de wensouders en deze laatstgenoemden het juridisch ouderschap verkrijgen.⁵¹ Tot op heden zijn al deze gevallen helaas aangewezen op de bestaande rechtsfiguren zoals adoptie, alsmede het doen van afstand van ouderschapsrechten. Deze huidige situatie is naar mijn mening vrij onwenselijk, omdat het enerzijds heel gemakkelijk is om een kind feitelijk aan een ander af te staan, maar anderzijds het bijna onmogelijk is om vervolgens na afgifte van het kind de juridische situatie overeen te laten komen met de feitelijke situatie.

⁴⁸ Vlaardingerbroek 2003, p. 171.

⁴⁹ Vlaardingerbroek 2003, p. 171.

⁵⁰ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 52.

⁵¹ Vonk 2011, p. 65.

Een goed voorbeeld van deze onwenselijkheid kan worden gevonden in de Baby Donna zaak. De geboorte van baby Donna mondt uit in een jarenlange strijd over de voogdij. Donna werd op 26 februari 2005 geboren in België. Zowel Donna als haar (draag)ouders hebben een Belgische nationaliteit. Donna's ouders zijn een draagmoederschapsovereenkomst aangegaan met een koppel uit België. Hierin werd afgesproken dat Donna's moeder geïnsemineerd zou worden met het zaad van de wensvader. Na de geboorte zou Donna volgens afspraak afgegeven worden aan de wensouders. Tot deze afgifte is het echter nooit gekomen. Voordat Donna ter wereld kwam, kregen de twee koppels ruzie. Donna's moeder (de draagmoeder) is vervolgens via internet in contact gekomen met een Nederlands echtpaar dat al jaren een grote kinderwens had. Middels een draagmoederschapsovereenkomst tussen de ouders en het Nederlandse echtpaar werd overeengekomen dat Donna na haar geboorte aan hen zou worden afgegeven. Het Nederlandse echtpaar heeft daartoe informatie ingewonnen over adoptie, contact opgenomen met de Raad voor de Kinderbescherming en meldde bij de burgemeester van hun gemeente dat zij graag een kind in hun gezin wilde opnemen, deze wilde adopteren en het gezag over het kind wilde verkrijgen. Het Nederlandse echtpaar is bij Donna's geboorte aanwezig geweest en hebben haar na een paar dagen mee naar Nederland genomen. Sinds die tijd hebben zij Donna verzorgd en opgevoed. Wat het begin leek van een mooi sprookje voor het Nederlandse echtpaar, begon in werkelijkheid met een langlopende juridische strijd omtrent het juridische ouderschap van Donna. In 2009 heeft de rechtbank te Utrecht uiteindelijk bepaald dat Donna bij haar Nederlandse pleegouders mag verblijven.⁵²

In een zeer recent artikel van mr. S.C.A. van Vlijmen en mr. J.H. van der Tol, wordt opgemerkt dat er veel onduidelijkheid bestaat rondom het draagmoederschap. Omdat er geen wetgeving bestaat omtrent het onderwerp, moet men het doen met de jurisprudentie. Maar ook uit de jurisprudentie blijkt dat partijen over het algemeen vaak geen idee hebben welke wegen zij moeten bewandelen om de juridische gevolgen van het draagmoederschap te regelen. Verder zijn de precieze vereisten waar men aan moet voldoen om het juridisch ouderschap te verkrijgen ook vrij onduidelijk, wat zorgt voor veel rechtsonzekerheid.⁵³ Van Vlijmen en van der Tol zijn van mening dat er binnen afzienbare tijd een juridisch kader voor draagmoederschapzaken moet worden geschapen. Het creëren van specifieke wet- en regelgeving zal meer rust brengen voor draag- en wensouders en daarbij zullen zij beter in staat zijn de rechtsgevolgen van een dergelijke constructie te overzien. Door middel van verplichte voorlichting omtrent deze problematiek aan zowel de draag- als de wensouders zouden langlopende procedures, onzekerheid en spanningen tussen de partijen volgens het duo voor een groot deel worden voorkomen.⁵⁴

Machteld Vonk heeft in haar artikel 'De logeerbuik: draagmoederschap in Nederland', de juridische status van het draagmoederschap in Nederland in kaart gebracht. Zij concludeert daarbij dat de overheid nu op het punt is gekomen een keuze te maken voor het al dan wel of niet reguleren van het draagmoederschap waarbij zij proactief op moeten gaan treden. Vonk merkt daarbij op dat we er met de keuze voor regulering van het draagmoederschap, door het creëren van een passend juridisch kader, nog lang niet zijn. Er zullen veel vragen rijzen die niet alleen juridisch zijn, maar ook psychologische en ethische componenten bevatten.⁵⁵

Voorts adviseert Vranken dat er wel degelijk regels moeten komen omtrent het draagmoederschap. Dit omdat draag- en wensouders voordat ze aan de draagmoederschapconstructie beginnen, op de hoogte

⁵² Rechtbank Utrecht 10 juni 2009, L/JN BI7284

⁵³ Van Vlijmen en van der Tol 2012, p. 164

⁵⁴ Van Vlijmen en van der Tol 2012, p. 166

⁵⁵ Vonk 2011, p. 70.

moeten zijn van hetgeen toelaatbaar is, welke grenzen daarbij in acht moeten worden genomen en de gevolgen die deze met zich meebrengen.⁵⁶

Hieruit volgt dat het draagmoederschap moet worden ondergebracht in een passend juridisch kader. In de volgende paragrafen zal duidelijk worden waarom.

§ 2.3 Twee verschillende situaties met drie verschillende oplossingen

De juridische overdracht van het kind van draag- naar wensouders, wordt sterk beheerst door een aantal factoren. Het gaat hierbij vooral om de juridische positie van de draagmoeder, haar eventuele partner en de positie van de wensouders.⁵⁷ Om te beginnen, de belangrijkste factor, de relationele status van de draagmoeder, met name of zij ten tijde van de geboorte van het kind gehuwd is of niet. Dit heeft grote invloed op de rechtspositie van de wensvader en werkt door in de rechtspositie van de wensmoeder. Ten tweede is het van belang of de wensouders gehuwd zijn of niet en tot slot moet worden gekeken of de wensouders de genetische ouders van het kind zijn, en/of vader verwekker of donor is.⁵⁸ In het schema, opgenomen in bijlage 1, zijn de verschillende mogelijkheden met betrekking tot de verschillende juridische posities van draag- en wensouders op een duidelijke manier zichtbaar. Deze mogelijkheden zullen in § 2.3.1 en § 2.3.2 uitgebreid worden besproken.

Bij de overdracht van het kind wordt voorts een onderscheid gemaakt tussen primaire en secundaire verkrijging. Bij de primaire verkrijging wordt het juridisch ouderschap direct verkregen. Deze vorm van verkrijging staat alleen open voor de wensvader indien de draagmoeder ongehuwd is. De tweede vorm, de secundaire verkrijging, is de verkrijging waarbij de wensouders pas in tweede instantie juridische ouders worden, nadat het kind in eerste instantie een andere juridische ouder heeft gehad.⁵⁹ Dit laat zien dat de primaire verkrijging van het juridische ouderschap vrij lastig te realiseren is. Mijn inziens druist de secundaire verkrijging van het juridische ouderschap in tegen de belangen van het kind. Om aan deze belangen van het kind tegemoet te komen dient er mijn inziens een regeling te worden ontworpen die het juridische ouderschap alvorens de geboorte neerlegt bij de wensouders van het kind.

In de volgende twee subparagrafen zullen de moeilijkheden die zich voordoen bij de juridische overdracht van het kind, nauwkeurig worden uiteengezet. Deze problematiek zal worden besproken aan de hand van de relationele status van de draagmoeder. Voorts zal de betrokkenheid en taak van de rechter bij elke situatie nauwkeurig uiteengezet worden, evenals de betrokkenheid van de Raad voor de Kinderbescherming (§2.4). Tot slot zijn er in de literatuur verschillende auteurs geweest die - alvorens deze problematiek geheel in kaart te hebben gebracht - getracht hebben met mogelijke oplossingen te komen. Deze oplossingen zullen tevens bij de bijbehorende problematiek aanbod komen.

§ 2.3.1 Situatie 1: Draagmoeder ongehuwd

In het geval dat de draagmoeder ongehuwd is, loopt de procedure het makkelijkst. In Nederland geldt het 'mater semper certa est-beginsel', hetgeen betekent dat de vrouw die het kind baart, als de juridische moeder geldt.⁶⁰ Het pasgeboren kind zal in deze situatie bij de geboorte alleen in juridische verhouding tot

⁵⁶ Vranken 1997, p. 1760

⁵⁷ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 62.

⁵⁸ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 62.

⁵⁹ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 63.

⁶⁰ Art. 1:198 BW.

de draagmoeder staan.⁶¹ Uit het afstammingsrecht komt het uitgangspunt naar voren, dat een kind maar twee juridische ouders kan hebben.⁶² Omdat het kind in deze eerste situatie alleen een juridische moeder heeft, bestaat voor de wensvader de mogelijkheid om het juridische vaderschap op zich te nemen. Dit juridische vaderschap zoals bedoeld in artikel 1:199 lid 1 BW kan op twee verschillende wijzen worden vastgesteld, te weten door de erkenning⁶³ en de gerechtelijke vaststelling vaderschap.⁶⁴

Erkenning

De erkenning van een kind staat omschreven in afdeling 3 titel 11 (afstamming) van boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. De erkenning kan geschieden bij een akte van erkenning of bij notariële akte en treedt in werking vanaf het moment dat deze is gedaan.⁶⁵

Bij de erkenning kan er een onderscheid worden gemaakt tussen prenatale erkenning (erkenning voor de geboorte) en postnatale erkenning (erkenning na de geboorte).⁶⁶

De prenatale erkenning is mogelijk op grond van artikel 1:2 BW: een kind waarvan een vrouw zwanger is, wordt reeds als geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert.⁶⁷

De prenatale erkenning geniet de voorkeur, in verband met het erfrecht.⁶⁸

Door middel van deze rechtsfiguur, verkrijgt de wensvader voor de geboorte van het kind, primair het juridisch ouderschap/vaderschap.⁶⁹ Met deze verkrijging van het juridische vaderschap zijn echter nog niet alle rechten verkregen. De wensvader is door de erkenning nog geen wettelijk vertegenwoordiger van het kind geworden.

Om tevens wettelijk vertegenwoordiger van het kind te worden zal hij een verzoek omtrent de verkrijging van het ouderlijk gezag over het kind, bij de rechter aan moeten vragen, waarna indien aan alle voorwaarden is voldaan een aantekening in het gezagsregister wordt gemaakt.

Na de verkrijging van het ouderlijk gezag door de wensvader, wordt deze in staat gesteld mee te beslissen over de opvoeding, verzorging en de beheering van het vermogen van het kind.⁷⁰ Voor de erkenning is niet vereist dat de wensvader de biologische vader is van het kind,⁷¹ dus ook indien de wensouders gebruik hebben gemaakt van een spermadonor, kan de wensvader het kind erkennen. Ten opzichte van de 'gewone' erkenning maakt de prenatale erkenning het tevens voor de wensvader mogelijk om zijn kind meteen na de geboorte op te nemen in zijn gezin zonder voorafgaande toestemming of melding daarvan aan de Raad voor de Kinderbescherming.⁷²

De prenatale erkenning lijkt een vrij eenvoudig instrument met veel voordelen, maar helaas bestaan ook hier valkuilen. De prenatale erkenning wordt namelijk een stuk lastiger indien de wensvader gehuwd is met de wensmoeder.

Artikel 1:204 lid 1 sub e stelt namelijk dat de erkenning nietig is indien zij is gedaan: door een op het tijdstip van de erkenning met een andere vrouw gehuwde man, tenzij de rechtbank heeft vastgesteld dat aannemelijk is dat tussen de man en de moeder een band bestaat of heeft bestaan die in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen of dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke

61 Art. 1:197 BW.

62 Dit vloeit o.a. voort uit Art. 1:1:204 lid 1 sub f

63 Art. 1:199 lid 1 sub c BW.

64 Art. 1:199 lid 1 sub d BW.

65 Art. 1:203 BW.

66 Art. 1:203 lid 2 BW

67 Groot 2001, p. 667.

68 Verschelden 2004, P. 248-249

69 Art. 1:199 sub c BW

70 <www.rijksoverheid.nl> (zoek op onderwerp: aangifte geboorte, erkenning en gezag)

71 Art. 1:204 BW.

72 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 74.

betrekking bestaat.⁷³ Het vereiste van 'een nauwe persoonlijke betrekking' dat in de wet wordt gesteld, is in de rechtspraak vaak aan bod gekomen. Het lijkt veelal onmogelijk om als getrouwde man deze weg tot de verkrijging van het juridische vaderschap te bewandelen, maar op 24 oktober 2000 kwam de rechtbank van Almelo met een uitspraak waarin de prenatale erkenning wel werd toegestaan. Omdat middels een vaderschapsonderzoek was vast komen te staan dat de erkenner de biologische vader was, bestond mitsdien tussen hem en het kind een persoonlijke betrekking. Dit mede omdat het de wens was van de draagmoeder om het kind te laten opgroeien bij de wensouders, door wie het kind zou worden opgevoed en verzorgd.⁷⁴ Echter wordt het verzoek tot erkenning in deze situatie, door de meeste rechters - zoals recent nog gebeurde in uitspraken van de Rechtbank Maastricht en Breda - afgewezen, omdat niet blijkt dat de man in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat.⁷⁵ Deze moeilijkheid bij de prenatale erkenning, leidt daarom vaak tot het doen van een 'gewone' erkenning na de geboorte van het kind, waarbij het vereiste van 'een nauwe persoonlijke betrekking' makkelijker aantoonbaar is. Verder eist de wet in artikel 1:204 lid 1 onder c dat de draagmoeder schriftelijke toestemming voor de erkenning geeft.

Hieruit kan geconcludeerd worden dat het leerstuk van de erkenning in geval van draagmoederschap door sub e van artikel 204 niet geheel tegemoet wordt gekomen aan de belangen van het kind. Een kind heeft er mijn inziens namelijk ten alle tijden belang bij om erkend te worden door zijn (biologische) vader die hem of haar wenst op te voeden. De feitelijke werkelijkheid zal in het belang van het kind z.s.m. overeen dienen te komen met de juridische werkelijkheid.

Gerechtelijke vaststelling vaderschap

Een andere manier om als wensvader in familierechtelijke betrekking tot het kind te komen staan is de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Deze rechtsfiguur wordt veelal gebruikt door de moeder van een kind of het kind zelf om het vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen van een man die niet vrijwillig wil erkennen.⁷⁶

De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt geregeld in afdeling 4 van titel 11 (afstamming) en in het bijzonder in artikel 1:207 BW. Het vaderschap kan worden vastgesteld indien de man verwekker is van het kind, of als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met de daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. De gerechtelijke vaststelling gebeurt altijd door de moeder of het kind zelf, door een verzoek in te dienen bij de rechtbank.⁷⁷ Net zoals we reeds bij de erkenning zagen, kan de vaststelling van het vaderschap niet geschieden indien het kind reeds twee (juridische) ouders heeft.⁷⁸ Als we goed kijken naar deze constructie, stuiten we echter hier weer op een probleem. Veelal is het in draagmoederschapsconstructies niet zo dat de wensvader de 'verwekker' van het kind is en evenmin levensgezel is die heeft ingestemd met een daad die leidde tot verwekking van een kind.⁷⁹ Onder 'verwekking' wordt verstaan geslachtsgemeenschap. Hierbij geldt bijvoorbeeld een spermadonor niet als verwekker volgens een uitspraak van het Hof Amsterdam op 22 november 2001. Verder is bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap de relatie met de moeder of met het kind, anders dan bij de erkenning, niet van belang.⁸⁰

Ondanks deze problematiek is het niet uitgesloten om het vaderschap van de wensvader succesvol gerechtelijk te laten vaststellen. Een aantal jaar geleden zijn aan de rechtbank Den Haag dergelijke zaken

⁷³ Art. 1:203 lid 1 sub e BW.

⁷⁴ Rechtbank Almelo 24 oktober 2000, *FJR* 2001, 18.

⁷⁵ Rechtbank Maastricht 6 december 2011, *RFR* 2012, 36. en Rechtbank Breda 30 juni 2011, *LJN*: BR1712.

⁷⁶ Vlaardingerbroek 2011, p.246.

⁷⁷ Art. 1:207 lid 1 BW.

⁷⁸ Art. 1:207 lid 2 BW.

⁷⁹ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 71.

⁸⁰ Vlaardingerbroek 2011, p. 247.

voorgelegd, die vervolgens de wensvaders gelijk stelde aan de verwekker, omdat niet-ontvankelijkverklaring van dit verzoek in de lijn van de jurisprudentie van het EHRM strijd zou opleveren met artikel 8 EVRM. Ingevolge dit artikel heeft de wensvader (biologische vader) recht op family life met zijn kind, ongeacht de wijze waarop de draagmoeder zwanger is geworden.⁸¹ De moeilijkheid die hier de kop op steekt kan vooral worden gevonden in de genetische verwantschap met de wensvader.

Dit zijn twee manieren om het juridische vaderschap te krijgen, ieder met eigen voor- en nadelen. Een voordeel van de gerechtelijke vaststelling vaderschap ten opzichte van de erkenning is, dat de gerechtelijke vaststelling vaderschap terugwerkende kracht bezit, en bij de erkenning het juridische vaderschap pas ten tijde van de erkenning ontstaat.⁸² Verder bestaat er, zoals reeds is opgemerkt een verschil in het vereiste van 'de nauwe persoonlijke betrekking' met het kind. Indien de wensvader gehuwd is, zal hij deze persoonlijke betrekking bij de rechter aan moeten tonen. Bij de gerechtelijke vaststelling vaderschap, kan het vaderschap ook worden vastgesteld, indien een dergelijke persoonlijke betrekking niet bestaat.⁸³ Tot slot bestaat er nog een verschil met betrekking tot het verwekkerschap.

Overdracht van gezag aan wensvader en adoptie door de wensmoeder

Na de erkenning of de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap staat het kind in familierechtelijke betrekking tot de wensvader en de draagmoeder. Om de draagmoeder buiten te sluiten en als wensvader het eenhoofdig gezag te verkrijgen, moet er een procedure ex artikel 1:253c BW bij de rechter gestart worden. Bij de wijziging van eenhoofdig gezag wordt als maatstaf 'het belang van het kind' gehanteerd. In een zaak van het gerechtshof in Den Haag werd het in het belang van het kind geacht om de wensvader met eenhoofdig gezag te belasten, om de feitelijke situatie in overeenstemming te brengen met de juridische. De raad achtte dit in het belang van de minderjarige wenselijk, omdat deze bij de wensouders woonde en zij zorg droegen voor de opvoeding en verzorging. Verder oefende de draagmoeder haar feitelijk gezag niet uit en was zij ook niet van plan hiertoe over te gaan.⁸⁴

Mijn inziens vraagt het belang van het kind erom de feitelijke situatie zoveel mogelijk overeen te laten komen met de juridische situatie.

Indien de rechter het verzoek om gezag over het kind van de wensvader toewijst, kan de wensmoeder overgaan tot adoptie van het kind. Ook hiervoor gelden weer allerlei regels met allerlei vereisten (ik noem alleen de vereisten die met betrekking tot het draagmoederschap van belang zijn). Titel 12 van boek 1 bevat alle regels omtrent de adoptie. De adoptie geschiedt door een uitspraak van de rechtbank, in dit geval door één persoon (wensmoeder middels partner-adoptie).⁸⁵ De eerste moeilijkheid komt al snel om de hoek kijken: het verzoek kan alleen worden gedaan indien de wensvader en -moeder ten minste drie jaren voorafgaand aan de indiening van het adoptieverzoek hebben samengeleefd.⁸⁶ Verder kan de wensmoeder het kind pas adopteren nadat ze het kind een jaar heeft verzorgd.⁸⁷ Indien de wensmoeder aan alle vereisten heeft voldaan, kan zij pas worden aangemerkt als juridische moeder van het kind, en wordt de familierechtelijke betrekking tussen kind en draagmoeder verbroken.⁸⁸ In Nederland kan de wensmoeder alleen door de tussenkomst van de rechter juridisch ouderschap verkrijgen.⁸⁹ Bij de

⁸¹ Rechtbank Den Haag 14 september 2009, *LJN* BK1197, Rechtbank Den Haag 21 juni 2010, *LJN* BN1309

⁸² Art. 203 lid 2 BW.

⁸³ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 71.

⁸⁴ Hof Den Haag 10 februari 2010, *LJN* BL8563.

⁸⁵ Art. 1:227 lid 1 BW.

⁸⁶ Art. 1:277 lid 2 BW.

⁸⁷ Art. 1:288 lid 1 sub f BW.

⁸⁸ Berg 2004, p. 725.

⁸⁹ Vlaardingerbroek 2003, p.174.

beslissingen die de rechter moet maken over het gezag en de adoptie kan de rechter zich laten adviseren door de Raad voor de Kinderbescherming.⁹⁰ In het kwaliteitskader en protocollen 2009 staan beleidsregels van de Raad voor de Kinderbescherming ten aanzien van het draagmoederschap. Het bevat een algemeen kader/leidraad bij de behandeling van zaken door de Raad voor de Kinderbescherming.⁹¹ Uit het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat de wensvader m.b.t. het kind een sterkere juridische positie verkrijgt dan de wensmoeder. Met het oog op het creëren van toekomstige wetgeving, lijkt het me raadzaam om deze zwakkere positie van de wensmoeder kritisch onder de loep te nemen. Evenals bij de wensvader zal ook de juridische verhouding tussen wensmoeder en kind z.s.m. overeen moeten stemmen met de al reeds bestaande feitelijke situatie tussen beiden.

§ 2.3.2 Situatie 2: Draagmoeder is gehuwd

Dit is de meest complexe situatie. Zoals we uit het schema kunnen afleiden, kan de overdracht van het kind op twee verschillende manieren geschieden. Enerzijds door ontkenning vaderschap door de echtgenoot van de draagmoeder, om vervolgens als wensvader en moeder het zelfde traject te doorlopen als genoemd in situatie 1. Anderzijds kan de draagmoeder – en vader uit haar gezag ontheven worden, gevolgd door de adoptie van het kind door de wensouders. Beide wegen zullen hieronder uiteengezet worden.

Ontkenning vaderschap draagvader

Indien de draagmoeder gehuwd is, wordt haar partner ingevolge artikel 1:199 sub a BW automatisch juridisch vader van dit kind. Dit vaderschap ontstaat op grond van sub a van artikel 1:199 BW en kan worden ontkend door de vader, moeder of het kind zelf.⁹² De leden 2 en 3 van artikel 1:200 BW omtrent de ontkenning van het vaderschap, maken hier echter een uitzondering op. De ontkenning van het vaderschap is niet mogelijk indien de man voor het huwelijk kennis heeft gedragen van de zwangerschap, of indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad.⁹³ In beginsel kan niet-biologisch vaderschap, ontstaan uit een formele relatie, niet worden ontkend, omdat er vanuit gegaan wordt - vooral in het geval van een draagmoederschapsconstructie - dat de echtgenoot van de draagmoeder veelal op de hoogte is van de zwangerschap en hiermee heeft ingestemd.⁹⁴ Dit maakt het vrij lastig voor de echtgenoot om het vaderschap te ontkennen en daarmee het juridische vaderschap te verliezen. Echter is er recentelijk (in 2010) een dergelijke zaak aan de rechtbank Den Haag voorgelegd.⁹⁵ Namens het kind is een procedure tot ontkenning van het vaderschap van de draagvader ingediend en toegewezen, omdat de draagvader niet de biologische vader was.⁹⁶ Hieruit kan voor zover mogelijk, worden afgeleid dat bij genetisch verwantschap van de wensouders en consensus tussen alle betrokkenen de kans redelijk groot is, dat een dergelijk verzoek zal worden toegewezen.⁹⁷ Indien een dergelijke ontkenning niet slaagt, zullen de wensouders de familierechtelijke betrekking alleen nog maar kunnen verkrijgen door afstand en adoptie.⁹⁸

Enerzijds acht ik deze constructie in normale situaties zeer wenselijk en volledig in het belang van het kind. Anderzijds zorgt deze gang van zaken er in draagmoederschapsituaties voor de nodige problemen

90 Vlaardingerbroek 2003, p. 174.

91 Kwaliteitskader 2009

92 Artikel 1:200 lid 1 BW.

93 Artikel 1:200 lid 2 en 3 BW.

94 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 70.

95 Rechtbank Den Haag 21 juni 2010, L/N BN1309

96 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 70.

97 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 70.

98 Vlaardingerbroek 2011, p. 271.

die haaks op de belangen van het kind staan. De uitspraak die in 2010 door de rechtbank Den Haag is gedaan, behoort mijn inziens dan ook navolging te verkrijgen.

Afstand; ontheffing van gezag

Omdat de weg tot de ontkenning van het vaderschap zo moeilijk is te bewandelen, zullen de draag- en wensouders veelal gebruik moeten maken van de constructie afstand gevolgd door adoptie. Het begrip afstand houdt in dat de ouders (draagouders) die op grond van hun ouderlijke gezag de plicht hebben het kind op te voeden en te verzorgen (art. 1:247), afstand doen van deze plicht.⁹⁹

Indien een kind binnen het huwelijk geboren wordt, oefenen de draagmoeder en haar partner van rechtswege het gezag over het kind uit.¹⁰⁰ Om voor de wensouders de weg naar adoptie vrij te maken zullen de draagouders eerst uit het gezag moeten worden ontheven.¹⁰¹ De draagouders en wensouders moeten dit verzoek neerleggen bij de Raad voor de Kinderbescherming, die dit verzoek vervolgens indient bij de rechter.¹⁰² Tijdens de behandeling van het heffingsverzoek kunnen de wensouders tevens een gezamenlijk verzoek tot benoeming als voogd, indienen.¹⁰³

De rechter kan de draagouders vervolgens op grond van artikel 1:266 BW ontheffen uit hun ouderlijke gezag. De rechtsgrond voor de ontheffing ligt in de ongeschiktheid of onmacht van de ouders om de plicht tot verzorging of opvoeding van het kind te vervullen.¹⁰⁴ Deze ongeschiktheid en onmachtigheid zal in draagmoederschapsconstructies veelal moeilijk aan te tonen zijn, in verband met een van de voorwaarden voor draagmoederschap, die inhoudt dat de draagmoeder zelf een of meerdere levende kinderen ter wereld moet hebben gebracht en opgevoed.¹⁰⁵

Dit heeft geleid tot veel discussie in de literatuur over het oneigenlijk gebruik van de ontheffing. In 1995 heeft de Staatssecretaris voor Justitie daarom onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 1984¹⁰⁶ beslist dat: de bijzondere omstandigheden waarin een kind zich bevindt in geval van een draagmoederschapsconstructie, kunnen resulteren in onmacht en ongeschiktheid van de draagmoeder (en vader).¹⁰⁷ In dit arrest werd nader invulling gegeven aan de begrippen onmacht en ongeschiktheid. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn in geval de ouder ziek is en hierdoor niet in staat is om voor het kind te zorgen. Tevens kunnen zich situaties voordoen waarin een ouder niet in staat is een buitengewoon lastig kind op te voeden. De ongeschiktheid en onmachtigheid tot het verzorgen en opvoeden, kan hierdoor betrekking hebben op een bepaald kind, of samenhangen met bijzondere eigenschappen of bijzondere omstandigheden waarin dat kind zich ten tijden van de beslissing bevindt.¹⁰⁸

Of de onwil om een kind te verzorgen ook tot onmacht en ongeschiktheid kan leiden, is omstreden! De rechtbank in Utrecht¹⁰⁹ oordeelde, dat het enkele niet-willen niet tot onmacht of ongeschiktheid van de (draag)ouders kan leiden. De draagouders kunnen zichzelf niet zomaar uit het gezag van artikel 1:266 BW ontheffen. Voor de toepassing van de fictie van onmacht en ongeschiktheid van ouders in geval van draagmoederschapsconstructies, is volgens de Utrechtse rechtbank alleen plaats indien er een breed maatschappelijk draagvlak voor het draagmoederschap zou zijn, ten aanzien waarvan de wetgeving voor ontheffing in het kader daarvan achterloopt. Gezien het feit dat het draagmoederschap in de strafwet strafbaar wordt gesteld, is een dergelijk draagvlak niet aanwezig. Indien de rechtbank de ontheffing op

⁹⁹ Protocol ASAA 2009, p. 5.

¹⁰⁰ Art. 1:251 lid 1 BW.

¹⁰¹ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 68.

¹⁰² Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 68.

¹⁰³ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 69; Art. 1:275 lid 2 jo art. 282 BW.

¹⁰⁴ Vlaardingerbroek 2011, p. 435.

¹⁰⁵ Berg 2004, p. 725. en Kamerstukken II 1996/97, 25000 XVI, nr 51

¹⁰⁶ HR 29 juni 1984, NJ 1984, 767

¹⁰⁷ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 68.

¹⁰⁸ Kalkman-Bogerd 1998, p. 198

¹⁰⁹ Rechtbank Utrecht 18 juni 1997, NJ kort 1997, 59

basis van onmacht en ongeschiktheid toch toe zou wijzen, zou de rechter de ontheffingsregeling oneigenlijk gebruiken. Tot slot overweegt de rechtbank, dat het in principe niet in het belang van het kind is om weggegeven te worden.¹¹⁰ In beroep van deze zaak, kwam het Hof Amsterdam tot een andere uitkomst.¹¹¹ In aansluiting op de uitspraak van de Hoge Raad op 29 juni 1984, oordeelde het Hof dat er sprake was van een bijzondere omstandigheid die de draagouders onmachtig dan wel ongeschikt maken tot het opvoeden en verzorgen van het kind. Omdat zij dit kind ter wereld hebben gebracht vanuit het oogpunt het kind na de geboorte af te staan, hebben zij tijdens de zwangerschap geen ouder-kind relatie met het kind opgebouwd en wensen het kind daarom ook niet als zodanig op te voeden. Het terugkeren van het kind naar de draagouders, zou het kind gegeven de omstandigheden dan ook ernstig nadeel op kunnen leveren. Voorts is volgens het Hof van oneigenlijk gebruik van de maatregel tot ontheffing, geen sprake. Artikel 1:266 BW mag niet zodanig beperkt worden uitgelegd dat de ouders in dergelijke situaties geen ontheffingsverzoek meer in kunnen dienen. Tot slot is het hechttingsproces van het kind met de pleegouders al in werking getreden, gezien het feit het kind zich al vanaf het de geboorte bij de pleegouders bevindt. Een ongestoorde voortzetting van de opvoedingssituaties is daarmee in het belang van het kind.¹¹²

De rechtbank van Rotterdam¹¹³ heeft evenals de rechtbank te Utrecht een soortgelijk verzoek tot ontheffing uit het ouderlijk gezag, afgewezen. Het verzoek werd afgewezen omdat wederom niet voldaan zou worden aan het criterium van de onmacht en ongeschiktheid. In dit criterium ligt volgens de Rotterdamse rechtbank besloten dat er bij de ouders een natuurlijke wil aanwezig is om hun eigen kind op te voeden en te verzorgen, maar dat in sommige gevallen het vermogen om het kind op te voeden te gering wordt geacht om de opvoeding nog aan hen over te laten. Het voor de verwekking maken van een afspraak over het niet opvoeden van het kind door de draagouders, sluit volgens de Rotterdamse rechtbank niet aan bij deze interpretatie. Voorts wordt nog gewezen op artikel 1:247 BW die de plicht van de ouders inhoudt hun kind te verzorgen en op te voeden. Tot slot worden de artikelen 7 en 8 van het Verdrag inzake de rechten van het kind aangehaald, die de rechten van het kind inhouden om zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.¹¹⁴ In hoger beroep werd dit ontheffingsverzoek wederom door het Hof toegewezen. Het vonnis werd op privaatrechtelijke grond herroepen en gesteld werd dat artikel 1:266 BW gewoon toegepast diende te worden. Beslist werd dat de voogdij door de wensmoeder en haar echtgenoot gezamenlijk zou worden uitgeoefend.¹¹⁵

We zien inmiddels dat er een vaste lijn in de lagere rechtspraak is ontstaan die ontheffing op grond van draagmoederschap aanneemt.¹¹⁶ De Hoge Raad heeft zich hierover helaas recentelijk niet meer uitgesproken.¹¹⁷ Maar naar alle waarschijnlijkheid zal de Hoge Raad instemmen met deze vaste lijn in de lagere rechtspraak, gezien zijn gewezen arrest in 1984.¹¹⁸ In het kader van het draagmoederschap met al haar onduidelijkheden zal een dergelijke uitspraak van de Hoge Raad zeer wenselijk zijn.

¹¹⁰ Kalkman-Bogerd 1998, p. 198

¹¹¹ Hof Amsterdam 19 februari 1998, *NJ kort 1998*, 32.

¹¹² Kalkman-Bogerd 1998, p. 199.

¹¹³ Rechtbank Rotterdam 23 maart 1998, *NJ kort 1998*, 33

¹¹⁴ Kalman-Bogerd 1998, p. 198 en p. 199

¹¹⁵ Hof Den Haag 21 augustus 1998, *NJ 1998*, 865

¹¹⁶ Toewijzing: Hof Den Haag 21 augustus 1998, *NJ 1998*, 865; Rb. Arnhem 20 februari 2008, LJN: BC8012 (beide wensouders genetisch verwant, wensouders als voogd benoemd); Rb. Alkmaar 29 oktober 2008, LJN: BG8903 (beide wensouders genetisch verwant, wensouders als voogd benoemd); Rb. Arnhem 19 mei 2009 LJN BI5039 (beide wensouders genetisch verwant). Afwijzing: Rb. Rotterdam 8 februari 2007, LJN: BA0238 (wensvader biologisch verwant, wensmoeder niet, draagmoeder wel; voogdij naar een stichting; rechtbank vindt het oneigenlijk gebruik van de procedure); Rb. Utrecht 18 juni 1997 (niet gepubliceerd), in hoger beroep vernietigd door Hof Amsterdam 19 februari 1998, *NJ kort 1998*, 32.

¹¹⁷ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 68.

¹¹⁸ HR 29 juni 1984, *NJ 1984*, 767.

Adoptie

Indien de draagouders uit hun gezag ontheven zijn en de wensouders tot gezamenlijke voogden zijn benoemd, kunnen de wensouders de adoptieprocedure instellen om in familierechtelijke betrekking tot het kind te komen staan.

Het adoptieverzoek kan door beide wensouders, net zoals in geval van een ongehuwde draagmoeder, worden ingesteld op grond van de artikelen 1:227 en 1:228 BW. Weer gelden de vereisten van drie jaar samenwoning van de wensouders en de gezamenlijke verzorging en opvoeding van het kind van een jaar.¹¹⁹ De rechter kan het verzoek ook hier alleen maar toewijzen indien dit in het belang is van het kind en deze niets meer te verwachten heeft van de juridische ouders (draagouders).¹²⁰ Door de adoptie ontstaat familierechtelijke betrekkingen tussen wensouders en kind in de zin van artikel 1:197 BW, en worden de juridische banden met de draagouders verbroken.¹²¹

Concluderend kan gesteld worden dan de rechter in de adoptieprocedure ten alle tijden het belang van het kind voorop stelt. Mijn inziens is dit een zeer wenselijke benadering en zal het belang van het kind in elke situatie ten alle tijden dienen te prevaleren.

Echter door alle strenge vereisten waaraan een adoptieprocedure moet voldoen, worden dit meestal langlopende kwesties waarbij het belangrijkste belang van het kind om z.s.m. de juiste juridische ouders op zijn of haar geboorteakte te laten registreren, vergeten.

Schoots, van Arkel en Dermout hebben in hun artikel 'Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?' getracht een oplossing te bieden voor de huidige problematiek omtrent de overdracht van het kind van draag- naar wensouders. In hun voorstel geven zij de voorkeur aan een versnelde adoptieprocedure.¹²² Om dit te realiseren, pleiten zij voor de opnemng van een nieuwe sub h in artikel 1:228 BW die betrekking heeft op de voorwaarden voor adoptie. Sub h zou de volgende inhoud moeten krijgen:

(h) Het onder f en g bepaalde, is niet van toepassing in geval van hoogtechnologisch en half of laagtechnologisch draagmoederschap met daaraan voorafgaand medische en psycho-diagnostische screening in het daartoe door de Minister aangewezen landelijk intake- en expertisecentrum voor hoogtechnologisch draagmoederschap.¹²³

Door de toevoeging van sub h worden sub f en g die eisen stellen aan de opvoeding en verzorgingstermijn van het kind en het gezag van de ouders, buiten spel gezet.¹²⁴

Het verdient de opmerking dat de voorstellen van Schoots e.a. toezien op beiden vormen van draagmoederschap. Zowel voor hoog- als laagtechnologisch draagmoederschap, moet een dergelijke versnelde adoptieprocedure doorlopen kunnen worden. Dit in afwijking van het voorstel van collega's van den Berg en Buijsen, die in hun artikel 'hoogtechnologisch draagmoederschap' een vernieuwend voorstel doen waarbij gebruik wordt gemaakt van de Amerikaanse doctrine over moederschap.¹²⁵

Van den Berg en Buijsen stellen in hun voorstel het belang van het kind centraal. Zij pleiten voor een snelle en soepele procedure die erop gericht is het kind vanaf de geboorte bij zijn genetische ouders op te laten

119 Art. 1:277 lid 2 jo art. 1:288 sub f BW.

120 Art. 1:277 lid 3 BW.

121 Schoots 2004, p. 189.

122 Schoots 2004, p.192.

123 Schoots 2004, p. 193.

124 Art. 1:228 lid 1 sub f en g BW

125 Van den berg en Buijsen 2004, 726.

groeien en er van rechtswege een familierechtelijke betrekking ontstaat tussen kind en genetische ouders en deze dan ook gezag over hun kind uit kunnen oefenen.¹²⁶

In de Amerikaanse doctrine wordt een onderscheid gemaakt tussen 4 theorieën over moederschap. Van den Berg en Buijsen concluderen dat het belang van het kind het beste centraal kan staan in een combinatie tussen theorie 1 en 2, aangevuld met theorie 4 indien er een conflict is. Volgens de eerste theorie is de juridische moeder de vrouw die het kind op wil gaan voeden, de wensouder. De tweede theorie gaat uit van een koppeling van genetische verwantschap aan het juridisch moederschap en tot slot gaat theorie 4 uit van een belangenafweging door de rechter bij de beoordeling van het juridisch moederschap.¹²⁷ Op deze manier kan in geval van hoogtechnologisch draagmoederschap het juridisch ouderschap bij de geboorte worden neergelegd bij de wensouders, omdat zij het kind opvoeden en veelal genetisch verwant zijn aan het kind. Indien er conflicten ontstaan omtrent het afstaan of de opnemings van het kind, kan de rechter via de vierde theorie altijd nog tussen beiden komen en ieders belangen op zorgvuldige wijzen afwegen.

Om dit voorstel in Nederland te kunnen realiseren is er volgens Van den Berg en Buijsen behoefte aan een wijziging in de artikelen 1:198 en 1:99 BW omtrent het juridisch moeder- en vaderschap.

Aan artikel 1:198 BW zal een extra lid moeten worden toegevoegd waarin de uitzondering op de hoofdregel: de moeder van het kind is de vrouw uit wie het kind is geboren of die het kind heeft geadopteerd. Het lid zou op de volgende wijze kunnen worden geformuleerd:

In geval er sprake is van draagmoederschap waarbij het genetisch materiaal afkomstig is van de wensmoeder en deze heeft aangegeven ouder te willen zijn, wordt deze laatste als moeder van het kind aangemerkt.¹²⁸

Ook artikel 1:198 BW omtrent het juridisch vaderschap moet volgens de twee ook op de schop. Het artikel zou op de volgende wijze vorm moeten krijgen:

Vader van een kind is de man:

- a. Die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de moeder van het kind is gehuwd (niet zijnde de vrouw die het kind heeft geadopteerd in de zin van 1:198 sub c BW), tenzij onderdeel b geldt;*
- b. Wiens huwelijk met de moeder (niet zijnde de vrouw die het kind heeft geadopteerd in de zin van 1:198 sub c BW), binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind door zijn dood is ontbonden, zelfs indien (-) de vader van het kind;*
- c. Die het kind heeft erkend;*
- d. Wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld; of die het kind heeft geadopteerd.¹²⁹*

Door deze wijzigingen staan de wensouders van rechtswege in familierechtelijke betrekking tot hun kind en worden zij belast met het gezag over hun kind.¹³⁰

De regeling lijkt vrij waterdicht, maar onder het mom voorkomen is beter dan genezen introduceren van den Berg en Buijsen nog een aantal randvoorwaarden die mogelijke problemen uit kunnen bannen. Allereerst zijn zij voor een screening van partijen door een medische specialist op het gebied van IVF die

126 Van den Berg en Buijsen 2004, 726.

127 Van den Berg en Buijsen 2004, 726.

128 Van den Berg en Buijsen 2004, p. 727.

129 Van den Berg en Buijsen 2004, p. 727.

130 Art. 1:245 BW.

de door de minister gestelde criteria hanteert. Bij de screening wordt o.a. gekeken naar de leeftijd van de wensmoeder die maximaal 40 jaar mag bedragen, voorts worden de wensouders gescreend op hepatitis B en C, HIV, lues, Chlamydia trachomatis en gonorrhoe. Verder dient de draagmoeder de leeftijd van 44 jaar nog niet te hebben bereikt en bij voorkeur een voltooid gezin te hebben. Ook wordt in de medische screening de obstetrische (verloskundige) voorgeschiedenis bekeken, die geen zodanig ernstige pathologie mag vermelden. De draagmoeder dient verder gezond te zijn, geen ziekte te hebben, een normaal functionerende uterus te hebben en zij zal tevens samen met haar partner een SOA-screening moeten ondergaan.¹³¹

Verder zouden partijen verplicht moeten worden tot het afleggen van een intentieverklaring tegenover een notaris waarbij ze hun intenties aan elkaar duidelijk maken. Een intentieverklaring is helaas geen harde toezegging en daarmee ook niet geheel juridisch bindend, maar het geeft partijen wel een goed beeld van wat ze van elkaar kunnen verwachten.

Voorts doen ze er ook verstandig aan andere afspraken bijvoorbeeld omtrent de leefwijze van de draagmoeder, schriftelijk vast te leggen.

Tot slot is het verstandig om bij een succesvol verlopen IVF-behandeling, de draag- en wensouders te registreren in een systeem overeenkomstig de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.¹³² Hierdoor is het bewijs dat er sprake is geweest van draagmoederschap altijd voorhanden en kan het kind ten alle tijden nagaan wie zijn of haar draagmoeder was.

In het belang van de juridische overdracht, willen van den Berg en Buijsen tevens een systeem invoeren waarbij partijen uiterlijk voor de 5^e maand van de zwangerschap ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand een verklaring af moeten leggen dat er sprake is van hoog-technologisch draagmoederschap waarbij wensouders meteen na de geboorte van het kind het juridisch ouderschap verkrijgen.¹³³

Mochten er nog meer problemen omtrent de afstand/opname van het kind ontstaan, dan zal het in die gevallen aan de rechter zijn om de keuze te maken die het meest in het belang van het kind is. Hierbij is er voor de rechter geen ontsnappen aan om kwaliteitseisen aan de ouders te gaan stellen die in het belang van het kind zijn. In deze belangenafweging dient de rechter in het kader van de kwaliteitseisen te kijken naar de intentie van partijen en de genetische afkomst van het kind. De Raad voor de Kinderbescherming krijgt hierin een adviserende rol.¹³⁴

Op 10 oktober 2001 is het proefschrift 'De eerste logeerpartij: Hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland' van dr. S.M. Dermout verschenen. Hierin geeft zij advies tot wetsverandering voor ideëel hoog- en laag technologisch draagmoederschap.

In geval van hoogtechnologisch draagmoederschap ziet zij twee mogelijkheden om het ideëel draagmoederschap in de wet te regelen. De minst ingrijpende verandering is die van de aanpassing van de interpretatie van het 'mater semper certa est' principe. Waarbij dit principe zodanig geïnterpreteerd wordt dat de wensmoeder als juridische moeder dient te worden gezien. Men komt via deze weg niet toe aan adoptie, omdat het juridisch moederschap meteen bij de geboorte bij de wensmoeder ligt.¹³⁵ Indien men niet af wil stappen van de interpretatie van dit principe, zou een vervroegde adoptieprocedure wellicht een oplossing kunnen bieden. De adoptie zou al ingesteld kunnen worden zodra IVF tot een bevruchting heeft geleid.¹³⁶ In geval van half/laagtechnologisch draagmoederschap, pleit Dermout voor

131 NVOG Richtlijn Hoogtechnologisch Draagmoederschap 1999, p.5

132 Van den Berg en Buijsen 2004, p. 727.

133 Van den Berg en Buijsen 2004, p. 728.

134 Van den Berg en Buijsen 2004, p. 729.

135 Dermout 2001, p.16

136 Dermout 2001, p.16

het behoud van de bedenktijd van de draagmoeder. Dit omdat de draagmoeder in deze gevallen de biologische en genetische moeder van het kind is. Een normale adoptieprocedure zou hier wel op zijn plaats zijn. Verder zal goede voorlichting het ontstaan van eventuele problemen moeten verminderen en zal er onderzoek verricht moeten worden waarbij de Raad voor de Kinderbescherming controleert of adoptie na de geboorte van het wenskind wel plaats kan vinden.¹³⁷

De verschillende auteurs komen met vernieuwende ideeën die zeker de moeite waard zijn om in overweging te nemen. Ik kan mij vooral vinden in de verplicht in te stellen screening van draag- en wensouders voorafgaand aan de bevruchting van de draagmoeder. Voorts sluit ik me aan bij de Amerikaanse doctrine en de interpretatie van het ‘mater semper certa est’ principe. Het is in mijn opinie namelijk wenselijk om het juridische ouderschap al voor de geboorte van het kind neer te leggen bij de wensouders. Verder verdient de weg naar de rechter in geval van conflict tevens mijn aanbeveling. Tot slot is het opvallend dat geen enkele auteur met enig woord rept over het juridische ouderschap in geval van wensouders met hetzelfde geslacht. Het lijkt me anno 2013 wenselijk om ook voor deze groep een regeling te scheppen waarbij het juridische ouderschap alvorens de geboorte van zeker een van de twee wensouders komt vast te staan. Zeker in het licht van het wetsvoorstel DUO moederschap, lijkt mij dit voorstel zeer acceptabel.

§ 2.4 De verkrijging van het juridisch ouderschap bij draagmoeders uit het buitenland

Het hoogtechnologisch draagmoederschap is in Nederland streng ingekaderd. Omdat uiteindelijk in geval van hoogtechnologisch draagmoederschap door de strenge eisen maar een beperkt aantal stellen in aanmerking komen voor een behandeling bij het VUmc, zoeken velen wensouders hun draagmoeder in het buitenland. Zij reizen veelal af naar landen waaronder India en Oekraïne waar het draagmoederschap al dan niet wettelijk geregeld is. Veelal worden de juridische gevolgen hiervan niet overzien en leidt dit tot lastige procedures.¹³⁸

India

In India bestaat er geen wetgeving die het draagmoeder specifiek regelt, echter is er wel een richtlijn die toeziet op draagmoederschapsconstitucties.¹³⁹ Deze richtlijn (ART-richtlijn) is niet gebaseerd op regelgeving en daarom niet rechtens afdwingbaar.¹⁴⁰ Hierdoor is niet geheel duidelijk in hoeverre deze regels worden nageleefd.

Voor de wensouders is vooral van belang in hoeverre zij volgens het Indiase recht als juridische ouders kunnen worden aangemerkt. Op grond van bepaling 3.5.4. van de ART-richtlijn wordt allereerst bepaald dat Laag-technologisch draagmoederschap verboden is in India.¹⁴¹ Hieruit vloeit voort dat de donoren van de ei- en zaadcel alleen de wensouders of anoniem mogen zijn.

In het bekende Balaz-arrest¹⁴² is bepaald dat indien het genetisch materiaal van de wensvader wordt gebruikt in combinatie met een eicel van een anonieme donor, de wensvader als juridische vader aan wordt gemerkt en de draagmoeder juridisch moeder van het kind wordt. Het kind zal het Indiase staatsburgerschap verkrijgen doordat zijn of haar moeder de Indiase nationaliteit bezit. De (Nederlandse)

¹³⁷ Dermout 2001, p.17

¹³⁸ <www.Rijksoverheid.nl> (brochure aangifte geboorte, erkenning en gezag)

¹³⁹ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 145.

¹⁴⁰ ART-richtlijn <http://icmr.nic.in/art/art_clinics.htm>

¹⁴¹ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 147.

¹⁴² Supreme Court Gujarat, AIR 2010 Gujarat 21(Balaz)

partner van de wensvader wordt dus niet de juridische ouder, daartoe zal het kind door de wensmoeder geadopteerd moeten worden.¹⁴³

Omdat zoals eerder aangegeven de ART-richtlijn geen wettelijke basis heeft, zal er veel gezag toegekend worden aan de Balaz-zaak. In het rapport van UCERF worden daarom de volgende conclusies getrokken met betrekking tot de juridische status van een kind dat geboren is uit een Indiase draagmoeder: "als het kind wordt verwekt met het gebruik van genetisch materiaal afkomstig van de wensvader en een anonieme

eiceldonor, dan zijn de wensvader en de draagmoeder de juridische ouders van het kind. Indien het kind wordt verwekt met het genetische materiaal van beide wensouders is de status van de wensmoeder onduidelijk. De juridische status van een kind is onduidelijk als het kind wordt geboren met behulp van het genetische materiaal van de wensmoeder en een anonieme zaaddonor. Als het kind wordt verwekt met het gebruik van genetisch materiaal afkomstig van anonieme donoren en genetisch niet verwant is aan de wensouders dan worden de wensouders waarschijnlijk niet aangemerkt als de juridische ouders van het kind."¹⁴⁴

De rechtbank 's-Gravenhage heeft in een soortgelijke situatie tevens aansluiting gezocht bij de Balaz-zaak.¹⁴⁵ Hierin was sprake van hoogtechnologisch draagmoederschap waarbij het ging om een minderjarige verwekt uit de zaadcellen van de wensvader en een eikel van een onbekende vrouw (anonieme donor). Op de Indiase geboorteakte van de minderjarige staan de wensouders als juridische vader en moeder van de minderjarige. De wensouders verzoeken daarom de ambtenaar om de Indiase geboorteakte in te schrijven. Dit verzoek wordt door de rechtbank echter afgewezen gelet op de strijdigheid met artikel 1:198 BW en daarmee de openbare orde. Naar Nederlands recht is namelijk de moeder van een kind de vrouw uit wie het kind is geboren of die het heeft geadopteerd. De rechtbank oordeelt dat deze regel een beginsel weergeeft van juridische en sociale aard die in de Nederlandse samenleving als fundamenteel wordt beschouwd. Het feit dat de draagmoeder in dit geval ook niet genetisch verwant is aan het kind verandert daar niets aan. De rechtbank oordeelt dat zolang de Nederlandse wetgeving geen andere mogelijkheden biedt, de wensmoeder het kind dient te adopteren om zich als juridische moeder te kunnen laten registreren in de registers van de burgerlijke stand. De inschrijving van de Indiase geboorteakte wordt daarom afgewezen. Wel wordt het juridische vaderschap van de wensvader vastgesteld en tevens worden beiden verzoekers belast met de tijdelijke voogdij. Tot slot is het van belang dat indien een kind in het buitenland wordt geboren, er met het oog op het reizen naar Nederland, een verklaring van Nederlanderschap moet worden afgegeven door de Nederlandse ambassade of het Nederlandse consulaat. Ook deze procedures gaan niet zonder slag of stoot. De rechtbank in Haarlem heeft zich hier meerdere malen mee bezig moeten houden.¹⁴⁶ In deze uitspraken werd na zorgvuldige overwegingen van de rechtbank uiteindelijk het Nederlanderschap verkregen.

Oekraïne

In Oekraïne bestaat geen uniforme regeling die het draagmoederschap regelt. Op dit moment wordt het draagmoederschap beheerst door verschillende bepalingen uit het Oekraïense wetboek.¹⁴⁷ Het wettelijke systeem bevat een reeks van bepalingen die specifieke aspecten van het draagmoederschap regelen. Wederom is ook in Oekraïne alleen het hoogtechnologisch draagmoederschap bij wet geregeld.¹⁴⁸ Het materiële Oekraïense familierecht bepaald expliciet de juridische status van de wensouders van een kind dat middels ART (Assisted Reproductive Technology) wordt geboren uit een draagmoeder. Uit artikel

¹⁴³ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 148.

¹⁴⁴ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 149.

¹⁴⁵ Rechtbank 's-Gravenhage 24 oktober 2011, L/JN BU3627

¹⁴⁶ Rechtbank Haarlem 28 november 2012, L/JN BY4231 en Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem 10 januari 2011, L/JN BP0426

¹⁴⁷ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 154.

¹⁴⁸ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 155.

123 lid 2 van het Oekraïense wetboek van familierecht vloeit voort dat 'de situatie waarin een embryo afkomstig is van de wensouders en met behulp van ART wordt geïmplant in het lichaam van een vrouw die niet genetisch verwant is aan het embryo, zijn de wensouders de juridische ouders van het kind'.¹⁴⁹ De wensouders zullen vanaf de geboorte geregistreerd staan als juridische ouders van het kind en zij worden tevens vermeld op het geboortecertificaat van het kind. Hier vloeit uit voort dat er geen extra wettelijke vereisten of formaliteiten zoals adoptie zullen gelden. Dit heeft tot gevolg dat de draagmoeder het kind na hoogtechnologisch draagmoederschap niet kan houden en af moet geven aan de wensouders.¹⁵⁰

Omdat in Nederland wederom de draagmoeder in dergelijke gevallen als juridische ouder geldt, acht de Nederlandse overheid deze geboortekanten in strijd met de Nederlandse openbare orde. Hieruit vloeit voort dat het kind niet te Nederlandse nationaliteit zal verkrijgen. Het kind verkrijgt echter ook de Oekraïense nationaliteit niet. Het Oekraïense nationaliteitsrecht gaat namelijk uit van het grondbeginsel het *ius sanguinis* dat nationaliteit door afstamming (biologische verwantschap) inhoudt. Omdat de draagmoeder door de Oekraïense autoriteiten niet als de juridische moeder van het kind wordt gezien kan het kind aan haar niet de Oekraïense nationaliteit ontlenuen. Het kind wordt dan min of meer staatloos. Dit leidt tot veel problemen.

In 2010 heeft zich een draagmoederschapszaak in Nederland met Oekraïense draagmoeder voorgedaan. Ook in deze zaak stelde de staat zich evenals in het geval van de Indiase draagmoeder op het standpunt dat de oekraïense geboortekanten in Nederland niet kunnen worden erkend wegens strijd met artikel 1:198 BW en daarmee de Nederlandse openbare orde. De voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage oordeelde echter in haar uitspraak¹⁵¹ dat de wensvader de kinderen op grond van artikel 1:204 lid 1 sub e BW kan erkennen, waarna hij vervolgens de rechter kan verzoeken op grond van artikel 1:253c BW hem met het gezag over de kinderen te belasten. Na een jaar feitelijke verzorging kan de wensmoeder vervolgens, op grond van artikel 1:228 BW, de kinderen als partner adopteren. Door de erkenning zullen de kinderen de Nederlandse nationaliteit verkrijgen, worden zij toegelaten tot Nederland en zullen zij hier mogen blijven. Op grond van artikel 8 EVRM wordt bepaald dat een ieder recht heeft op family-life. Door de voorzieningenrechter is geconstateerd dat er family-life bestaat tussen wensvader en kinderen, dit doordat de kinderen sinds hun geboorte door de wensvader (en moeder) zijn verzorgd. Dit family-life dient naar mening van de voorzieningenrechter in het belang van de wensvader, maar ook de kinderen gerespecteerd te worden.

De staat komt tot de conclusie dat de kinderen in principe niet op grond van de wet in aanmerking komen voor een nooddocument. Maar gezien de hiervoor geschetste humanitaire noodzaak valt voor de voorzieningenrechter niet in te zien waarom een dergelijk nooddocument niet afgegeven zou kunnen worden.

Opvallend is dat de wensvader met gebruikmaking van een draagmoeder uit India meer zekerheid verkrijgt omtrent zijn juridische vaderschap dan het geval zou zijn bij het gebruik van een NL draagmoeder. De wensvader wordt namelijk meteen bij de geboorte van het kind primair als juridische vader van het kind aangemerkt. In Oekraïne verkrijgt de wensvader het juridisch vaderschap, maar dient hij het kind in Nederland nogmaals te erkennen. Het juridische ouderschap voor de wensmoeder levert evenals bij gebruikmaking van een Nederlandse draagmoeder echter wel de nodige problemen op.

¹⁴⁹ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 160.

¹⁵⁰ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 160.

¹⁵¹ Rechtbank 's-Gravenhage 9 november 2010, L/N BP3764

§ 2.5 De rol van de Raad voor de Kinderbescherming

De Raad voor de Kinderbescherming speelt een belangrijke rol in draagmoederschapszaken. De Raad vervult met name een belangrijke rol bij de opnemings van een kind in het pleeggezin, bij de ontheffing van het gezag en tevens bij de adoptieprocedure.¹⁵²

In het kwaliteitskader en protocollen 2009 zijn beleidsregels opgenomen met betrekking tot de werkwijzen van de Raad voor de Kinderbescherming.

In hoofdstuk 3 van het protocol ASAA (afstand, screening, afstamming en adoptie) 2009 zijn regels opgenomen die betrekking hebben op het draagmoederschap.¹⁵³

Afstand en opnemings kind

Allereerst kan De Raad draag- en wensouders doorverwijzen naar de FIOM en de Stichting Adoptie Voorzieningen voor voorlichting en voorbereiding voor het opnemen en afstaan van een kind.¹⁵⁴ Voor de opnemings door de wensouders van het kind dat uit de draagmoeder geboren wordt, geldt dat bij kinderen jonger dan 6 maanden aan de wensouders schriftelijk toestemming moet worden verleend door de Raad.¹⁵⁵ Indien wensouders niet in het bezit zijn van een dergelijke verklaring, levert dat een strafbaar feit op ingevolge artikel 442a van het Wetboek van Strafrecht. Tevens dienen de ouders binnen een week na opnemings van een kind de afdeling bevolking van de gemeente waar het (pleeg)kind verblijft daarvan schriftelijk in kennis te stellen, waarna deze gemeente op zijn beurt de melding doorgeeft aan de Raad.¹⁵⁶ Wanneer de Raad het verzoek om toestemming van opnemings ontvangt, stelt de Raad een onderzoek in, om te kijken of de opnemings in het belang van het kind is dat het in het gezin van de wensouders wordt opgenomen. In dit onderzoek wordt tevens gekeken of aan alle voorwaarden voor de voorgenomen afstand is voldaan. Deze voorwaarden houden onder meer in: dat er geen geldelijk of ander voordeel genoten wordt door de afstand van het kind, dat er onafhankelijke counseling heeft plaatsgevonden over haar voornemen om afstand te doen en de gevolgen die het doen van afstand kan hebben. Tot slot geldt de voorwaarde dat de draagmoeder na de geboorte een redelijke bedenktijd van 3 maanden¹⁵⁷ heeft gehad voor het voornemen tot afstand.¹⁵⁸

Prof. P. Vlaardingerbroek concludeert in zijn artikel 'Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie' dat partijen beiden goed op de hoogte moeten zijn van de eventuele al dan niet juridische problemen die zich kunnen voordoen. Partijen kunnen daarom de afspraken die zij onderling maken het best bespreken met een psycho-sociaal deskundige en een juriste. Verder schrijft hij de Raad voor de Kinderbescherming in dezen een belangrijke taak toe. De raad kan de draag- en wensouders voorzien van begeleiding en informatie en kan tegelijkertijd waken voor het prevaleren van de belangen van het kind. De vraag of de afspraken die gemaakt worden uiteindelijk afdwingbaar zijn, wordt ontkennend beantwoord. Naar zijn mening kan de afstand en opname van een kind niet afdwingbaar worden indien partijen dat niet wensen. Indien dergelijke situaties zich voordoen, moet de Raad ervoor waken dat gehandeld dient te worden in het belang van het kind.¹⁵⁹

¹⁵² Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 73.

¹⁵³ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 73.

¹⁵⁴ Protocol ASAA 2009 p.13.

¹⁵⁵ Artikel 1:241 lid 3 BW.

¹⁵⁶ Protocol ASAA 2009 p. 13.

¹⁵⁷ Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2

¹⁵⁸ Protocol ASAA 2009, p. 15 en 16.

¹⁵⁹ Vlaardingerbroek 2003, p. 178

Ontheffing van gezag

Indien aan alle voorwaarden tot het doen van afstand is voldaan, kan tot ontheffing van gezag worden overgegaan.¹⁶⁰ De Raad voor de Kinderbescherming verzoekt namens de draag- en wensouders een voorlopige gezagsvoorziening¹⁶¹ bij de rechtbank en, indien deze afstand van blijvende aard is, een definitieve gezagsvoorziening.¹⁶²

Adoptieprocedure

De belangrijkste taak die voor de Raad is weggelegd, bevindt zich echter op het gebied van de adoptie. Omdat het in praktijk weinig voorkomt dat ouders een kind uit Nederland adopteren is hiervoor geen aparte procedure in het leven geroepen. Bij de adoptie van een Nederlands kind zal daarom de procedure van de adoptie van een buitenlands kind moeten worden doorlopen. De taken en werkwijzen met betrekking tot deze procedure zijn neergelegd in hoofdstuk 5 van Protocol ASAA.¹⁶³

In opdracht van de Centrale autoriteit van het Ministerie van Justitie onderzoekt de Raad of de adoptiefouders (wensouders) geschikt zijn om het kind in hun gezin op te nemen. De Raad zal op basis van een gezinsonderzoek een Rapport met advies uitbrengen aan de Minister van Justitie. Met het gezinsonderzoek zal inzicht worden verkregen in de geschiktheid van de adoptiefouders voor het opvoeden van het kind. Aan de hand van de verhouding van de beschermende, tegenover de risicofactoren, waarbij het belang van het kind centraal staat, zal worden gezien of uiteindelijk aan de Minister positief of negatief zal worden geadviseerd.¹⁶⁴

Auteurs Schoots e.a. pleiten in geval van draagmoederschap voor de opzet van een landelijk expertise- en intakecentrum waarbij voor de Raad voor de Kinderbescherming een belangrijke rol is weggelegd. Het landelijk expertise- en intakecentrum zal worden belast met de uitvoering van de psycho-diagnostische screening. Met deze screening kunnen eventuele risico's die zich voor kunnen doen bij de overdracht van het kind geheel worden geëlimineerd. Tevens zal de verkorting van de adoptieprocedure worden gerechtvaardigd door de screening, omdat de wachttijd van één jaar die bedoeld is om een bestendige ouder-kind relatie te onderzoeken, kan worden ondervangen door de screening voorafgaand aan de conceptie. De Raad zou heel dit proces kunnen coördineren om vervolgens de rechter in de adoptieprocedure van een goed advies te kunnen voorzien. Indien sub h aan artikel 1:228 lid 1 BW wordt toegevoegd, de screening zoals eerder omschreven voor de conceptie wordt uitgevoerd en het in het belang van het kind geacht wordt, kan een verkorte adoptieprocedure worden doorlopen. Door de invoering van deze verkorte adoptieprocedure kan volgens Schoots e.a. de schriftelijke toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming ex artikel 1:241 BW lid 3 jo. artikel 442a Sr, waarin het verbod van zonder voorafgaande toestemming van de Raad opnemen van een pleegkind vastligt, vervallen.¹⁶⁵ Een onderzoek door de Raad met lange wachttijden worden op deze manier ontweken.¹⁶⁶

Hieruit volgt dat de Raad nauw betrokken is en een grote rol speelt in draagmoederschapsconstructies. Het lijkt mij dan ook uiterst zinvol om de Raad daarom mede in alle toekomstige procedures - die verband houden met het draagmoederschap - te betrekken. Met het oog op de toekomst zie ik bijvoorbeeld al een belangrijke rol weggelegd voor de raad op het gebied van de psychologisch en medische screening van draag- en wensouders.

¹⁶⁰ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 74.

¹⁶¹ Artikel 1:241 lid 3 BW

¹⁶² Protocol ASAA 2009, p. 5.

¹⁶³ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 74.

¹⁶⁴ Protocol ASAA 2009, p. 21.

¹⁶⁵ Art. 1:241 lid 3 BW jo. Art. 442a Sr.

¹⁶⁶ Schoots 2004, p. 193

§ 2.6 Conclusie

Het draagmoederschap is op dit moment onderhevig aan veel verschillende juridische leerstukken die niet zijn toegesneden op het draagmoederschap. Dit resulteert in een zeer complex systeem dat de verkrijging van het juridisch ouderschap over het kind door de wensouders moet regelen. Veel verschillende auteurs zoals Van Vlijmen, Van der Tol, Machteld Vonk en ook Professor Vranken pleiten er in de literatuur dan ook voor om het draagmoederschap wettelijk te regelen.

De weg die bewandeld moet worden om het juridische ouderschap over het kind uiteindelijk te verkrijgen, hangt sterk af van de relationele status van de draagmoeder. Tevens is het relevant of de wensouders al dan niet zijn gehuwd en is het tot slot van belang wie de genetische ouders van het kind zijn.

In de situatie dat de draagmoeder ongehuwd is, verloopt de procedure het makkelijkst. Door het 'mater semper certa est-beginsel' wordt de draagmoeder als juridische moeder van het kind aangemerkt. De wensvader kan dan middels erkenning of gerechtelijke vaststelling vaderschap de juridische vader van het kind worden.

Indien de draagmoeder gehuwd is, wordt de constructie een stuk lastiger. De draagvader zal met de geboorte van het kind door zijn huwelijk met de draagmoeder van rechtswege de juridische vader van het kind worden. Om van dit juridische vaderschap te ontkomen zal hij een verzoek tot ontkenning van het vaderschap bij de rechter moeten indienen. Deze ontkenning is vaak erg lastig omdat de ontkenningsgronden in draagmoederschapssituaties veelal niet opgaan.

Veelal zullen de draag- en wensouders daarom de weg van afstand en adoptie moeten bewandelen, waarbij de Raad voor de Kinderbescherming een grote rol speelt. Door het doen van afstand kunnen de draagouders afstand doen van hun ouderschapsrechten waarna de wensouders het kind kunnen adopteren. De afstand van ouderschapsrechten die de ontheffing van het gezag inhouden worden echter niet heel makkelijk toegewezen. Vooral het criterium onmacht en ongeschiktheid vormt een groot probleem. Hierover is echter na jaren lange jurisprudentie een vaste lijn in de lagere rechtspraak naar voren gekomen die ontheffing in geval van draagmoederschap aanneemt. Indien de ontheffing van het gezag van de draagouders uiteindelijk is geslaagd, kan tot adoptie worden overgegaan. Dit is een langlopende procedure, waaraan wederom veel vereisten zijn verbonden. In de literatuur zijn daarom door ondermeer de auteurs Schoots, van Arkel en Dermout voorstellen gekomen tot een versnelde adoptieprocedure. Andere auteurs zoals Berg en Buijsen vinden naar aanleiding van de Amerikaanse doctrine de oplossing in een andere interpretatie van het begrip 'juridisch moederschap'.

Zoals u ziet zijn de bovenstaande mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt om het juridische ouderschap over te dragen van draagmoeder (en partner) naar wensouders niet toegesneden op de draagmoederschapconstructie.¹⁶⁷ Dit levert omslachtige tijdrovende procedures op die veel onzekerheid met zich mee brengen.

Dit brengt ons automatisch bij de vraag of er eventueel nog andere mogelijkheden zijn om deze complexe, langslappende procedures omtrent de overdracht uit te bannen. Als er geen wettelijke bepalingen zijn, dan misschien maar eigen bepalingen creëren? In hoofdstuk 3 zal daarom worden ingegaan op het maken van afspraken omtrent het draagmoederschap en in het bijzonder de overdracht van het kind middels een draagmoederschapscontract.

¹⁶⁷ Vonk 2011, p. 67.

Hoofdstuk 3.

Het draagmoederschapscontract

§ 3.1 Inleiding

Zoals reeds uit de voorgaande hoofdstukken is gebleken, is het draagmoederschap op geen enkele manier gereguleerd in boek 1 van het burgerlijk wetboek. Om de draagmoederschapsconstructie toch enigszins te reguleren, kiezen de draag- en wensouders er veelal voor om een draagmoederschapscontract op te stellen. Het draagmoederschapscontract is door de partijen volledig vrij in te vullen en kan ondermeer afspraken bevatten omtrent de verwekking, de leefwijze, medische zorg, kosten enz.

In dit hoofdstuk zal nader worden ingegaan op de afspraken die in een dergelijk contract worden vastgelegd. We zullen zien dat het draagmoederschapscontract, dat in eerste instantie de schijn wekt, een goede oplossing te zijn voor alle problemen die eventueel op zouden kunnen treden tussen de draag- en wensouders, door zijn vele valkuilen slechts een zwak instrument is.

Om tot deze conclusie te kunnen komen, zullen de volgende onderwerpen in dit hoofdstuk achtereenvolgens aan bod komen: § 3.2 staat in het teken van het draagmoederschapscontract zelf. De valkuilen van dit contract, samen met de omstreden geldigheid van bepaalde aspecten in het contract zullen worden behandeld in § 3.3, waarna we eindigen met een conclusie in § 3.4.

§ 3.2 Het draagmoederschapscontract

Veelal zullen de draagouders samen met de wensouders afspraken maken over de gang van zaken tijdens de zwangerschap, rondom de geboorte en daarna. Al deze afspraken zullen vervolgens worden vastgelegd in een contract: het draagmoederschapscontract.¹⁶⁸

Het draagmoederschapscontract heeft dezelfde werking als een 'gewoon' contract of overeenkomst en valt hierdoor onder het 'normale' contractenrecht.¹⁶⁹ Het contractenrecht wordt beheerst door 3 beginselen, te weten de contractsvrijheid, de vormvrijheid en de verbindende kracht van de overeenkomst. Deze beginselen leiden ertoe dat iedere gesloten overeenkomst, rechtens als verbindend zal worden aangemerkt tussen de personen die deze overeenkomst gesloten hebben.¹⁷⁰

De contractsvrijheid houdt in principe in dat het draag- en wensouders vrijstaat een overeenkomst met elkaar te sluiten, met de inhoud en dus de afspraken die zij wensen omtrent het draagmoederschap en het kind (partijautonomie).¹⁷¹ Aan dit principe van de contractsvrijheid zijn echter twee beperkingen gesteld. Ten eerste, is het strafrecht hierbij van belang. Indien het strafrecht bepaalde muren opwerpt, kunnen deze niet door de contractsvrijheid worden afgebroken. In het geval van een draagmoederschapscontract zien we dat het zijn van een draagmoeder of wensouder niet strafbaar wordt gesteld, maar dat het alleen verboden is om dit openbaar (commercieel) te maken.¹⁷² Het maken van bepaalde afspraken tussen draag- en wensouders laat de contractsvrijheid in dit geval onverlet. Een tweede belemmering is die van het contractenrecht zelf. Het contractenrecht stelt namelijk zelf grenzen aan de inhoud van een

¹⁶⁸ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 58.

¹⁶⁹ Verschelden 2004, p. 699.

¹⁷⁰ Hijma 2007, p. 14.

¹⁷¹ Hijma 2007, p. 14.

¹⁷² Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 58.

overeenkomst.¹⁷³ Uit artikel 3:40 BW vloeit namelijk de nietigheid van een contract voort indien de inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Hoe deze beperking wordt gezien in het licht van de draagmoederschapscontracten, wordt in §3.3 nader uiteengezet.

De vormvrijheid is neergelegd in artikel 3:37 lid 1 BW.¹⁷⁴ Hieruit blijkt dat afspraken zowel mondeling, als schriftelijk gemaakt kunnen worden.¹⁷⁵ Ondanks deze mogelijkheid van het doen van 'bindende' (mondelinge) uitspraken, zullen partijen er toch goed aan doen, het een en ander op papier te zetten.

Het laatste beginsel is dat van de verbindende kracht, '*pacta sunt servanda*', (artikel 6:248 BW), waarin het principe 'belofte maakt schuld', uit de aloude maatschappelijke regel, doorklinkt.¹⁷⁶

In het 'normale' contractenrecht is dit een eerlijke, aanvaardbare regel, maar als het gaat om draagmoederschapscontracten wordt dit principe zwaar omstreden.¹⁷⁷ De reden van deze heftig omstreden verbindende kracht ligt vooral in het feit dat de draagmoederschapscontracten zich kenmerken door de sterk moreel geladen materie.¹⁷⁸

De inhoud van het draagmoederschapscontract wordt, zoals reeds is gebleken, beheerst door de contractsvrijheid en is dus vrij in te vullen door de draag- en wensouders tezamen. Veelal nemen zij de volgende zaken op in het contract:

Voor de draagmoeder komen meestal de volgende zaken aanbod:

- De wijze waarop het kind verwekt gaat worden;¹⁷⁹
- De leefstijl gedurende de zwangerschap, m.b.t. roken/alcohol- en/of drugsgebruik;¹⁸⁰
- Het verlenen van medewerking aan de gezagswijziging en adoptie van het kind;¹⁸¹
- De controleafspraken door verloskundige of gynaecoloog;¹⁸²
- Het geven van een naam, gekozen door de wensouders;¹⁸³
- In geval van een onvolwaardige vrucht, de vrucht laten aborteren;¹⁸⁴
- Het niet verrichten van zware arbeid of sporten tijdens de zwangerschap;¹⁸⁵
- Het niet hebben van geslachtsgemeenschap 4 weken voor en na de inseminatie of implantatie van het embryo;¹⁸⁶
- Het afstaan van het kind na de geboorte aan de wensouders;¹⁸⁷
- Het meewerken aan de wijziging van de achternaam van het kind.¹⁸⁸

173 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 58.

174 Hijma 2007, p.15.

175 Art. 37 lid 1 boek 3 BW.

176 Hijma 2007, p. 16.

177 Vranken 1997, p. 1753

178 Vranken 1997, p. 1753

179 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 59.

180 Vlaardingerbroek 2003, p. 175.

181 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 59.

182 Vlaardingerbroek 2003, p. 175.

183 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 59.

184 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 59.

185 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 59.

186 Vlaardingerbroek 2003, p. 175.

187 Vlaardingerbroek 2003, p. 175.

188 Vlaardingerbroek 2003, p. 175.

Voor de wensouders kunnen de volgende verplichtingen op worden genomen in een contract:

- In tegenstelling tot het afgeven door de draagouders, het opnemen van het kind na de geboorte, (ook in geval het kind gehandicapt is) en hier juridisch ook stappen voor ondernemen;¹⁸⁹
- Het dragen van de kosten die met de zwangerschap gemoeid zijn, zoals kleding, schoeisel, medische kosten, alsmede de juridische kosten;¹⁹⁰
- Het eventueel voldoen van een honorarium aan de draagmoeder;¹⁹¹
- Het afsluiten van een risicoverzekering voor de draagmoeder;¹⁹²
- Het opnemen van een erfstelling, in beide testamenten, zodat het kind meteen na de geboorte van de wensouders erft;¹⁹³
- Juridische stappen ondernemen om een adoptieprocedure in gang te kunnen zetten.¹⁹⁴

Op het eerste gezicht lijkt het draagmoederschapscontract bij uitstek de beste manier te zijn om alle problemen die zich tussen draag- en wensouders voor kunnen doen, te reguleren. Maar helaas zijn er ook hier weer heel veel mitsen en maren. In de volgende paragrafen zal duidelijk worden op welke punten het contract tekort schiet.

§ 3.3 De valkuilen; nietige bedingen en de rechtsgeldigheid van het draagmoederschapscontract

Zoals uit het bovenstaande blijkt, kunnen draag- en wensouders over ongeveer elk aspect van het draagmoederschap afspraken maken. Indien beiden partijen (draag- en wensouders) zich aan deze afspraken houden en hun contract vrijwillig nakomen, is er niets aan de hand en biedt het draagmoederschapscontract een goede uitkomst. Helaas komt het in de praktijk vaak voor dat deze vrijwillige naleving niet altijd even soepel verloopt. Hierdoor dient zich al gauw de vraag aan of deze gemaakte afspraken rechtskracht hebben, en dus niet in strijd zijn met dwingendrechtelijke bepalingen of ingaan tegen de grondwet/ fundamentele rechten van de mens.¹⁹⁵ Een niet-afdwingbare bepaling kan naast de dwingendrechtelijke bepalingen en rechten van de mens, ook in het geding zijn indien er sprake is van strijdigheid met openbare orde of goede zeden.¹⁹⁶ Het feit dat er zoveel onduidelijkheid is omtrent de gevolgen en geldigheid van draagmoederschapscontracten, is te danken aan het ontmoedigingsbeleid van de overheid, ontstaan door de maatschappelijke onwenselijkheid van dit verschijnsel.

De geldigheid van het draagmoederschapscontract is daarom - waarschijnlijk mede door zijn sterk moreel geladen materie – zwaar omstreden. Hieronder worden de vier vormen van nietige afspraken tezamen met deze zwaar omstreden geldigheid besproken.¹⁹⁷ Al snel zal duidelijk worden dat de auteurs in de literatuur er vaak verschillende denkwijze op nahouden.

189 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 59.

190 Vlaardingerbroek 2003, p. 175.

191 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 59.

192 Vlaardingerbroek 2003, p. 175.

193 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 59.

194 Vlaardingerbroek 2003, p. 175.

195 Vlaardingerbroek 2003, p. 175.

196 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 59.

197 Vranken 1997, p. 1753.

Dwingende bepalingen

Een afspraak tussen draag- en wensouders die in strijd is met dwingendrechtelijke bepalingen is nietig. In verband met het draagmoederschap doel ik hierbij vooral op de bepalingen opgesteld in boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, die veelal bestaan uit dwingend recht. In het geval van een draagmoederschapscontract zullen vooral de bepalingen omtrent de verkrijging van juridische ouderschap, gezag, voogdij en adoptie hierbij van belang zijn. In de literatuur wordt vrijwel unaniem aanvaard, dat het afstaan van een kind en de verplichte opname van een kind nietig is wegens strijd met de wet (artikel 3:40 lid 2 BW). Afspraken omtrent het afstaan en het opnemen van het kind worden op grond van artikel 3:40 lid 2 BW tevens als nietig beschouwd.¹⁹⁸ De ratio die bij deze nietigheid wordt vereist is de ongewenstheid van het afdwingen van nakoming van onzedelijke prestaties. Het draagmoederschap kan slechts geëffectueerd worden middels de juridische weg die wij in het voorgaande hoofdstuk uitgebreid behandeld hebben.¹⁹⁹

Nieuwenhuis staat met zijn theorie lijnrecht op de heersende leer.²⁰⁰ Hij maakt een vergelijking tussen de contractualisering en het geboorteprocess. Volgens hem groeit de contractuele gebondenheid naarmate er zich steeds meer feiten hebben voorgedaan die het leven van de draag- en wensouders ingrijpend raken. In het geval dat er nog geen enkele uitvoering aan afspraken is gegeven, is dat onvoldoende reden om aan die afspraken enige status toe te kennen. Wanneer echter een begin is gemaakt met de uitvoering van de afspraak die heeft geleid tot een zwangerschap van de draagmoeder, verandert de zaak zodanig dat de draagmoeder niet meer op bepaalde afspraken terug kan komen. Het kind wordt volgens Nieuwenhuijsen op dat moment als 'reeds geboren' aangemerkt indien zijn belang dat vordert (artikel 1:2 BW). Dit impliceert dat de ongeboren vrucht volgens Nieuwenhuizen in tegenstelling tot de denkwijzen van het Europese Hof, als rechtssubject aangemerkt kan worden. Het EHRM heeft zich op het standpunt gesteld dat artikel 2 EVRM geen grond vormt voor de ontkenning van een ongeborene als subject van mensenrechten.²⁰¹ Echter verdient dit ongeboren kind als potentieel persoon wel bescherming op basis van de menselijke waardigheid.²⁰² Ook de situatie waarin het kind inmiddels opgroeit bij de wensouders, maakt dat de draagmoeder niet meer op eerdere afspraken terug kan komen.²⁰³

Afspraken tussen draag- en wensouders kunnen naast de dwingende bepalingen uit boek 1 BW ook door hun afwijking op grond van elders in de wet te vinden bepalingen nietig worden verklaard. (hieronder vindt u een opsomming van de meest belangrijke bepalingen m.b.t. dit onderwerp).

- Het al reeds aan bod gekomen artikel 151b in het wetboek van strafrecht, dat het bemiddelen en adverteren bij draagmoederschap verbiedt.²⁰⁴
- Artikel 236 van het Wetboek van strafrecht inzake de verduistering van staat.²⁰⁵
- Artikel 442a, wederom uit het Wetboek van Strafrecht: Hij, die zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming een kind beneden de leeftijd van 6 maanden, hetwelk niet onder de voogdij van een rechtspersoon staat, als pleegkind opneemt, wordt gestraft met een hechtenis van ten hoogste drie weken.²⁰⁶

198 Vlaardingerbroek 2003, p. 176.

199 Vlaardingerbroek 2003, p. 176.

200 Nieuwenhuis 2001, p. 1795-1799.

201 EHRM 8 juli 2004, NJ 2006, 52, m.nt. E.A. Alkema (*Vo. t. Frankrijk*) r.o. 80.

202 EHRM 8 juli 2004, NJ 2006, 52, m.nt. E.A. Alkema (*Vo. t. Frankrijk*) r.o. 84.

203 Vlaardingerbroek 2003, p. 177.

204 Art. 151b WvS.

205 <www.freya.nl> (zoek op *brochure standpunt draagmoederschap 08-08-2006*): Hij die door enige handeling opzettelijk een anders afstamming onzeker maakt, wordt, als schuldig aan verduistering van staat, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar.

206 Art. 442a WvS.

- Artikel 5 van de pleegkinderenwet die de wensouders verplicht binnen een week schriftelijk kennis te geven aan de burgemeester en wethouders van de opneming van hun pleegkind.²⁰⁷
- Artikel 7 van de pleegkinderenwet dat bepaald dat de raad onderzoek instelt naar het gezin waarin het pleegkind wordt verzorgd en opgevoed.²⁰⁸
- Verder kunnen de wensouders op basis van de gezondheidsrechtelijke wetgeving, de draagouders niet verplichten de zwangerschap uit te dragen of af te breken.²⁰⁹

Grondwet en andere fundamentele rechten van de mens

Het verdient geen uitleg dat grondrechten, als hoogste rechtsvorm, niet aan de kant kunnen worden gezet door simpelweg een contract op te stellen. Maar welke grondrechten zijn nu in het geding als het gaat om een draagmoederzaak? Allereerst kan de contractsvrijheid om een draagmoederschapsovereenkomst aan te gaan in conflict komen met de persoonlijke levenssfeer van de moeder en het kind.²¹⁰

Hieronder volgt een overzicht van andere conflicterende rechten die betrekking kunnen hebben op de draag- en wensouders.²¹¹

- Het recht op voortplanting, het recht om een gezin te stichten en het gelijkheidsbeginsel: Deze rechten zijn niet als zodanig terug te vinden in de grondwet of het EVRM, maar in artikel 8 EVRM wordt het recht op respect voor familie- gezinsleven geformuleerd en in 12 EVRM staat vermeld dat mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht hebben een gezin te stichten. In artikel 1 van de grondwet en artikel 14 van het EVRM wordt de gelijke behandeling vastgelegd. Dit artikel verzet zich tegen het maken van onderscheid in mensen die zich wel en niet voort mogen planten. Het recht op het stichten van een gezin wordt ook teruggevonden in artikel 23 lid 2 IVBPR. Tot slot geeft het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind in artikel 9 tevens het recht op gezinsleven.
- Voorts is het zelfbeschikkingsrecht in draagmoederschapssituaties van belang. Dit recht behelst de onaantastbaarheid van het lichaam van de draagmoeder en de met haar lichaam verbonden vrucht. Dit recht is als zodanig in artikel 11 van de (grond)wet terug te vinden.²¹²
In geval van hoogtechnologisch draagmoederschap waarbij het genetisch materiaal waarmee de embryo wordt gevormd afkomstig is van beiden wensouders ligt de beslissingsbevoegdheid over deze embryo mijn inziens volledig bij deze wensouders. Deze beslissingsbevoegdheid over het embryo is persoonsgebonden aan degene waarvan het genetische materiaal afkomstig is. Hiermee hangt samen dat de embryo niet zozeer moet worden gezien als eigendom van de wensouders, maar als zaak waar alleen de wensouders zeggenschap over hebben. Het gaat hierbij dus om persoonsgebonden zeggenschap.²¹³
In Nederland bestaat echter voor de zwangere vrouw (de draagmoeder) tot het moment dat de foetus levensvatbaar is (24 weken) vrijwel een absoluut zelfbeschikkingsrecht. Hieruit volgt mijn inziens dat de draagmoeder ondanks de persoonlijke zeggenschap over de embryo van de wensouders door haar sterke zelfbeschikkingsrecht de eerste 24 weken de volledige zeggenschap over de embryo heeft.
- Tot slot is het recht om eigen kinderen zelf te verzorgen en op te voeden van belang. Dit recht is te herleiden uit artikel 1:245 jo 1:247 BW. Het opvoedingsrecht van ouders valt tevens onder artikel 8 EVRM dat het recht op bescherming van het gezinsleven inhoudt.

²⁰⁷ Art. 5 lid 1 Pleegkinderenwet.

²⁰⁸ Hammerstein-Schoonderwoerd 1986, p. 17

²⁰⁹ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opneming van kinderen' (WODC) 2011, p. 60.

²¹⁰ Boele-Woelki 1999, p. 36

²¹¹ Vranken 1997, p. 1757.

²¹² Van Dijk 1997, p.153

²¹³ Leenen 207, p. 135 en 136

Uit de grondwet vloeien geen bezwaren tegen het draagmoederschap voort. De knelpunten die hierbij echter bestaan zijn, dat de grondwettelijke bescherming niet absoluut is en de draag- en wensouders zich veelal kunnen beroepen op dezelfde grondrechten. Gezien het feit dat er geen algemene voorrangregels bestaan tussen de verschillende grondrechten, stuiten we op een botsing tussen de grondrechten van draag- en wensouders en natuurlijk het kind.²¹⁴ Indien dergelijke grondrechten in het geding zijn zal de rechter een zorgvuldige afweging moeten maken.

Openbare orde en goede zeden

In de heersende leer over draagmoederschapscontracten komt ook vaak naar voren dat bepaalde aspecten van het contract in strijd zouden kunnen zijn met de openbare orde en goede zeden.²¹⁵ De sanctie op de strijdigheid met openbare orde en goede zeden is neergelegd in artikel 3:40 lid 1 BW. Contracten kunnen onder andere als strijdig met de goede zeden worden aangemerkt indien:

- Gecontracteerd wordt op gebieden waarop men vrij behoort te zijn, waarbij het gaat om de ongeoorloofdheid van de inhoud. Hijma zegt in zijn dissertatie: 'nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen' hierover dat nietige overeenkomsten binden tot wat de goeder trouw met zich meebrengt.²¹⁶
- Gevaar van exploitatie van de draagmoeder ontstaat;
- De weg naar babyhandel, wat tegen de menselijke waardigheid indruist, open komt te staan.²¹⁷

Volgens van Mourik en Nuytinck is het draagmoederschapscontract nietig, omdat het strijdigheid oplevert met artikel 3:40 BW. Het contract dat afspraken bevat over het afstaan en aanvaarden van het kind, zou volgens hen in strijd zijn met de goede zeden en openbare orde.²¹⁸ Van Broekhuijsen-Molenaar komt tot een iets mildere conclusie. Zij stelt dat afspraken omtrent het afstaan en aanvaarden van het kind, vastgelegd in een contract, wel geldig zijn, maar niet kunnen worden afgedwongen.²¹⁹

Afspraken die betrekking hebben op bijvoorbeeld de kostenvergoeding of het honorarium van de draagmoeder zijn volgens Broekhuijsen-Molenaar wel afdwingbaar.²²⁰ Opvallend in haar dissertatie is, dat zij stelt dat niet-afdwingbare afspraken (afstaan en aanvaarden) wel tot schadevergoedingsaanspraken kunnen leiden. Zij ziet de schadevergoedingsaanspraken als preventief instrument om het draagmoederschap niet te stimuleren.²²¹

De Boer redeneert ongeveer hetzelfde als Broekhuijsen-Molenaar. Ook hij vindt dat afspraken omtrent het ouderschap en gezag niet thuishoren in een overeenkomst. Desalniettemin mogen nevenafspraken zoals kostenvergoeding ed. hierdoor niet met nietigheid bedreigd worden.²²² Het onlangs in 2009 ingevoerde ouderschapsplan dat afspraken tussen ouders omtrent zorg, opvoeding en de kosten van het kind/de kinderen omvat, zouden volgens deze redenering als zijnde nevenafspraken niet met de nietigheid bedreigd worden.

214 Vranken 1997, p.1757.

215 Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 154.

216 Hijma 1988, p. 87 e.v.

217 Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 154.

218 Henstra 2002, p. 65.

219 Henstra 2002, p. 65.

220 Broekhuijsen 1991, p. 288.

221 Broekhuijsen 1991, p. 289.

222 Asser- de Boer 2002, p. 501.

Ten slotte vinden de auteurs Heida en Van der Steur dat het draagmoederschapscontract niet nietig is. Zij ontlenen dit aan het feit dat de minister heeft aangegeven dat het draagmoederschap in sommige gevallen gekwalificeerd kan worden als een verantwoorde vorm van medische hulpverlening. Door deze kwalificatie kan daarom geen sprake meer zijn van strijdigheid met de goede zeden en de openbare orde.²²³

Zoals blijkt, zijn er veel valkuilen en veel verschillende visies op het ongeldig zijn van het draagmoederschapscontract. Ingevolge het beginsel van de contractsvrijheid zijn de draag- en wensouders vrij om dergelijke bepalingen op te nemen in hun contract, maar deze bepalingen zouden als gevolg van de nietigheid, niet rechtens afdwingbaar en daarmee ongeldig zijn. Er zijn echter auteurs zoals Nieuwenhuis die denken en stellen dat de visie van ongeldigheid, gelet op alle ontwikkelingen in de huidige samenleving, niet langer houdbaar is.²²⁴

Het voorgaande laat zien dat middels het draagmoederschapscontract in principe alles geregeld kan worden, maar sommige afspraken niet afdwongen kunnen worden. Problemen met het draagmoederschapscontract doen zich vooral voor op het gebied van de zwaar moreel geladen materie van het doen van afstand en de opname van een kind. Mijn inziens is dit dermate belangrijke materie die onderhevig is aan zowel ethische, psychologische, morele als juridische aspecten die niet zomaar middels een contract geregeld kunnen worden. Na zorgvuldige overweging brengt dit mij wederom tot de conclusie het draagmoederschap een wettelijke grondslag te geven.

§ 3.4 Conclusie

Het draagmoederschapscontract waarmee men in eerste instantie een machtig middel mee denkt in handen te hebben, blijkt na een grondige analyse slechts een zwak instrument. Het contractenrecht, en daarmee ook het draagmoederschapscontract, wordt beheerst door 3 beginselen. Het beginsel van de vormvrijheid levert opzichzelf weinig problemen op. Echter op de andere twee beginselen die van de contractvrijheid en vooral die van de verbindende kracht, loopt het vaak mis. In principe zijn de draag- en wensouders vrij om afspraken te maken over elk aspect van het draagmoederschap. Bij een juiste vrijwillige nakoming is hier niets aan de hand, alhoewel er auteurs zijn in de literatuur die evenals ikzelf van mening zijn dat bepalingen omtrent de afstand en opname van een kind niet mogen worden opgenomen in een dergelijk contract. Maar indien een van beiden partijen het contract niet meer vrijwillig wil naleven, komt al snel het beginsel van de verbindende kracht in beeld. Hierbij gaat het om de rechtskracht van bepaalde afspraken die al dan niet in strijd zijn met dwingendrechtelijke bepalingen, ingaan tegen de grondwet of fundamentele rechten van de mens, de openbare orde of de goede zeden.

²²³ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 62.

²²⁴ Vlijmen 2012, p. 161.

Hoofdstuk 4. Op welke manier krijgt het draagmoederschap vorm in Engeland?

§ 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de manier waarop het draagmoederschap vorm heeft gekregen in Engeland uiteengezet. De reden waarom de keuze op Engeland is gevallen is de overeenkomstigheid die het draagmoederschap in Engeland heeft met het draagmoederschap in Nederland. Overeenkomstig is bijvoorbeeld het feit dat ook in Engeland alleen altruïstisch draagmoederschap is toegestaan en er een strafrechtelijk verbod op commercieel draagmoederschap geldt. Ook vloeit uit de opgestelde wettelijke bepalingen omtrent het draagmoederschap voort dat de regeling omtrent de overdracht alleen kan worden toegepast indien er sprake is van genetisch verwantschap met minstens een van de wensouders. Naast deze overeenkomsten is er echter een cruciaal verschil: Engeland heeft het draagmoederschap wél wettelijk geregeld. In dit hoofdstuk wordt in § 4.2 ingegaan op het draagmoederschap in Engeland, gevolgd door de Engelse mogelijkheden: De Parental Order, Adoptieprocedure en de Residence Order in § 4.3, waarna in § 4.4 de toepasbaarheid van het rechtsinstrument 'parental order' in Nederland aan bod komt, om vervolgens af te sluiten met een conclusie in § 4.5 .

§ 4.2 Het draagmoederschap in Engeland

In Engeland kampt men met dezelfde tweeslachtigheid als in Nederland. Enerzijds wil men een verbod op het draagmoederschap wegens de inbreuk die dit kan maken op het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, anderzijds ziet men dat het draagmoederschap een uiterst gewild instrument is, waardoor een verbod kan uitlopen op illegale, ongewilde praktijken.²²⁵ Maar ondanks deze tweeslachtigheid is in Engeland uiteindelijk gekozen om het draagmoederschap op enige wijze te regelen. De eerste commissie die zich met het draagmoederschap in Engeland heeft beziggehouden is de Warnock Committee. Deze commissie werd ingesteld om zich te buigen over de problematiek met betrekking tot verschillende vormen van voortplanting.²²⁶ In 1984 bleek uit een onderzoek van de commissie dat de meerderheid van deze commissie, net zoals in Nederland, tegen regulering van het draagmoederschap was omdat men bang was dat dit het verschijnsel zou bevorderen. Deze bevordering werd als bezwaarlijk gezien omdat de angst op de uitbuiting van vrouwen bestond.²²⁷

De uiting van deze zorgen heeft een jaar later geleid tot de Surrogacy Arrangements Act (1985), waarin het commercieel draagmoederschap – net zoals in Nederland – strafbaar is gesteld.²²⁸

In artikel 2 lid 1 van de Surrogacy Arrangements Act (hierna: SAA 1985) wordt de bemiddeling van het draagmoederschap vanuit een commercieel oogpunt strafbaar gesteld.²²⁹ Voorts is in artikel 3 SAA 1985 het publiceren van advertenties omtrent het aangaan van draagmoederschaps-contracten, advertenties waarin gevraagd wordt naar een draagmoeder of advertenties waarin men zich aanbiedt als draagmoeder,

225 Heida en Van der Steur 2001, p. 213.

226 Forder 1999, p. 45.

227 Vonk 2011, p. 67.

228 Vonk 2011, p. 68.

229 Art. 2 lid 1 SAA 1985, voor wettekst zie < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>>

strafbaar gesteld.²³⁰ Deze artikelen komen overeen met de artikelen 151b en 151c van het Wetboek van Strafrecht in Nederland. Een opmerkelijk verschil met Nederland is echter wel, dat in geval van het aanbieden van advertenties in kranten en/of tijdschriften, naar Engels recht alleen de uitgever strafbaar gesteld kan worden, terwijl in Nederland ook de draag- en wensouders strafbaar gesteld kunnen worden.²³¹

Vijf jaar na de invoering van de SAA 1985 (1990) heeft het draagmoederschap ook een plek gekregen in de Human Fertilisation and Embryology Act. In deze Act is het draagmoederschap onder toezicht van een authority gesteld en is bepaald dat het draagmoederschap niet juridisch afdwingbaar is. De meest interessante bepaling uit deze Act in het kader van de centrale onderzoeksvraag, is die omtrent het verkrijgen van juridisch ouderschap door (gehuwde) wensouders.²³² De act bevat een specifieke bepaling die de overdracht van ouderschap in het geval van een draagmoederconstructie regelt: de 'parental order'.²³³ Deze parental order is opgenomen in de secties 54 en 55 van de Human Fertilisation and Embryology Act.²³⁴ Bij deze parental order is in 2010 een 'explanatory memorandum' bijgevoegd. In 2008 is deze Human Fertilisation and Embryology Act gewijzigd waardoor ook ongehuwde paren en paren van hetzelfde geslacht, in aanmerking komen voor de parental order.²³⁵

§ 4.3 The Parental Order, adoptie en residence order

Het 'mater semper certa est beginsel' (de moeder is altijd zeker) geldt net zoals in Nederland ook in het Engelse common law recht. In artikel 33 HFEA 2008 staat 'the meaning of mother' omschreven:

'The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child'.²³⁶

Uit deze engelse wetstekst 'the meaning of mother' vloeit voort dat als moeder van het kind kan worden aangemerkt: 'de moeder die als gevolg van kunstmatige inseminatie of IVF zwanger is geworden, deze vrucht tot ontwikkeling heeft gebracht en het kind vervolgens heeft geboord, waarbij er geen andere vrouw als moeder van het kind kan worden aangemerkt.

Doordat ook in het Engelse recht de draagmoeder als juridische moeder wordt aangemerkt, is het dus zaak, om als wensouders die gebruik maken van een draagmoederschapsconstructie, stappen te ondernemen waardoor het juridisch ouderschap uiteindelijk bij hen komt te liggen, in plaats van bij de draagouder(s).

Deze overdracht van juridisch ouderschap kan zoals al geconcludeerd is in § 4.2 worden bewerkstelligd door de aanvraag van een parental order.

Parental order

In het Explanatory memorandum wordt de parental order als volgt omschreven:

'A parental order is an order made by a court providing for a child to be treated as the lawful child of the applicants for the order following the birth of a child by a surrogate'.²³⁷

²³⁰ Art. 3 lid 1 SAA 1985

²³¹ Art. 3 lid 2 SAA

²³² Heida en Van der Steur 2001, p. 213.

²³³ Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen' (WODC) 2011, p. 235.

²³⁴ Voor informatie over de HFEA 2008 en de wettekst zie

<[²³⁵ Heida en Van der Steur 2001, p. 213.](http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Legislation/Actsandbills/DH_080211.></p></div><div data-bbox=)

²³⁶ Art. 33 HFEA 2008

Met de invoering van deze parental order is voor de wensouders een constructie in het leven geroepen die het mogelijk maakt om het juridisch ouderschap te verkrijgen over het kind, dat is geboren uit een draagmoeder.

De parental order kan na de geboorte van een kind door de wensouders aan de rechter worden verzocht.²³⁸ Aan de toewijzing van deze parental order zijn echter wel een aantal strenge vereisten verbonden.

Allereerst komen alleen paren in aanmerking voor de parental order. De wensouders moeten getrouwd zijn, een civil partnership zijn aangegaan, of langdurig met elkaar samenleven.²³⁹ Alleenstaande wensouders zullen de weg van de adoptie of residence order moeten bewandelen.²⁴⁰

Om in aanmerking te komen voor de parental order moet voorts sprake zijn van een zwangerschap die door kunstmatige inseminatie of IVF-techniek tot stand is gekomen, waarbij het genetisch materiaal van ten minste één van beide wensouders is gebruikt.²⁴¹ Bestaat er geen genetische band, dan kan het juridisch ouderschap alleen middels de adoptieregeling bewerkstelligd worden.²⁴² Verder is het van essentieel belang dat de draagmoeder bij totstandkoming van de zwangerschap het oogmerk heeft het kind na de geboorte af te staan aan de wensouders.²⁴³ Een regel van geheel andere aard is die van het domicile. Om als wensouders de parental order aan te kunnen vragen moeten zij hun domicile (woonplaats/vestigingsplaats) in het Verenigd Koninkrijk hebben.²⁴⁴ Voor wettige kinderen geldt dat zij het domicile van hun vader hebben, voor onwettige het domicile van hun moeder.²⁴⁵ Voor de aanvraag van de parental order moet het kind op het moment dat de aanvraag wordt ingediend bij de wensouders wonen.²⁴⁶ Veelal wordt het kind na de geboorte direct door de draagmoeder feitelijk overgedragen aan de wensouders. De aanvraag moet hierbij binnen 6 maanden na de geboorte van het kind geschieden.²⁴⁷ De draagmoeder moet op zijn vroegst 6 weken na de geboorte haar volledige en onvoorwaardelijke instemming geven voor de juridische overdracht. De rechter moet hierbij overtuigd zijn dat draagmoeder (en partner) geen bezwaar hebben tegen het verlenen van de parental order aan de wensouders.²⁴⁸ Het ontbreken van de instemming leidt tot een afwijzing van de parental order.²⁴⁹ Indien de draagmoeder(s) heeft (hebben) ingestemd met de overdracht van het kind, kan de rechter het verzoek alleen toewijzen indien dit in het belang van het kind is. Bij deze afweging of het verzoek in het belang van het kind is, moet de rechter de zogeheten 'welfare checklist' betrekken.²⁵⁰ Deze welfare checklist is terug te vinden in het adoptierecht.²⁵¹ Helaas zijn de effecten die deze checklist heeft op het al dan wel of niet toewijzen van de parental order nog niet duidelijk.²⁵² De rechter moet er verder in het kader van het verbod op commercieel draagmoederschap van overtuigd zijn dat er niet méér aan de draagmoeder is betaald dan een redelijke vergoeding voor de gemaakte kosten die verband houden met de zwangerschap.²⁵³

237 2.1 Explanatory memorandum 2010

238 Vonk 2011, p. 68.

239 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 238.

240 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 239.

241 Vonk 2011, p. 68.

242 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 241 en 242.

243 Vonk 2011, p. 68

244 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 239.

245 Rapport 'De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief' (WODC) 2009, p. 102

246 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 239.

247 Vonk 2011, p. 68

248 Vonk 2011, p. 68.

249 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 239.

250 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 239.

251 Art. 1 Adoption and Children Act 2002. Voor wettekst zie <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38>>

252 Vonk 2011, p.68

253 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 235.

Ingevolge de Births and Deaths Registration Act 1953 moeten alle geboorten in Engeland worden geregistreerd.²⁵⁴ Deze registratie moet plaatsvinden binnen 42 dagen na de geboorte van het kind.²⁵⁵ Omdat de draagmoeder op haar vroegst 6 weken na de geboorte van het kind in mag stemmen met de overdracht van het kind aan de wensouders, worden zij en haar eventuele partner op zijn minst 42 dagen als juridische ouders van het kind aangemerkt. Dit heeft tot gevolg dat de draagouders aangifte moeten doen van de geboorte, waardoor zij als ouders van het kind op de geboorteakte worden vermeld. Indien het verzoek om een parental order later door de rechter aan de wensouders wordt toegewezen waardoor zij het juridisch ouderschap over het kind verkrijgen, vindt een herregistratie op de geboorteakte plaats. Bij deze herregistratie wordt een nieuwe geboorteakte gemaakt waarop de nieuwe juridische ouders (wensouders) staan vermeld.²⁵⁶

Indien het aanvragen van een parental order niet mogelijk is omdat de wensouders niet voldoen aan alle vereisten, zijn de wensouders zoals ik al eerder aangaf aangewezen op een adoptieprocedure of de aanvraag van een residence order.

Adoptieprocedure

Helaas bestaat er ook in Engeland geen specifieke adoptieprocedure voor kinderen die vallen binnen de draagmoederschapsconstructie.²⁵⁷ Verder zijn ook aan deze procedure veel vereisten verbonden. Met een adoptie kunnen de wensouders in tegenstelling tot de residence order en overeenkomstig de parental order een juridisch ouderschap bewerkstelligen. De adoptie kan aangevraagd worden door gehuwde en ongehuwde paren van gelijk en van verschillend geslacht. Ook hierbij is weer het domicile belangrijk. Met adoptie kan alleen maar akkoord worden gegaan indien wensouders hun domicile in het Verenigd Koninkrijk hebben. Indien een van de wensouders de biologische ouder is, kan het verzoek tot adoptie worden ingediend na de 10^e week dat het kind bij de wensouders woont. Evenals bij de parental order is het gebruikelijk dat het kind na de geboorte feitelijk door de draagmoeder wordt overgedragen aan de wensouders. Voorts moet de rechter overtuigd zijn van de geschiktheid van de wensouders en moet(en) de draagouder(s) toestemming geven voor de adoptie. Tot slot mag het belang van het kind ook hier niet ontbreken en is bij afweging van belangen de welfare checklist van grote waarde.²⁵⁸

Residence Order

De residence order regelt de plaats waar een kind woont en niet tot wie het kind juridisch in verhouding staat.²⁵⁹ Bij de toewijzing van een dergelijke order staat 'het belang van het kind' voorop.²⁶⁰ De residence act duurt veelal voort tot de 16-jarige leeftijd van een kind, tenzij er buitengewone omstandigheden zijn die verlenging rechtvaardigen. Voor de duur van de residence order, kunnen wensouders echter wel het ouderlijk gezag verkrijgen, maar het verdient de opmerking dat het hier slechts gaat om beperkte rechten over het kind.²⁶¹ Concluderend kan worden gesteld dat het bij de residence order om een tijdelijke oplossing gaat, waarbij de wensouders het gezag over het kind verkrijgen zonder dat er juridisch ouderschap ontstaat.²⁶²

254 Art. 1 Births and Deaths Registration Act 1953. Voor wettekst zie

< <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/1-2/20> >

255 Art. 2 Births and Deaths Registration Act 1953.

256 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 241.

257 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 241.

258 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 239.

259 Art. 8 Children Act 1989

260 Art. 1 Children Act 1989

261 Art. 12 Children Act 1989

262 Rapport 'Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen' (WODC) 2011, p. 240.

§ 4.4 Parental Order toepasbaar in Nederland?

Ondanks het feit dat de Parental Order in Engeland in eerste instantie een goede wettelijke regeling voor de overdracht van het kind bij draagmoederschap lijkt te zijn, is ook deze niet onomstreden.²⁶³ Net zoals in Nederland neemt de overdracht via de Parental order veel tijd in beslag en zijn de draagmoeder (en partner) in beginsel na de geboorte de juridische ouder(s) van het kind. Afgezien van de tijdrovendheid en het juridische ouderschap dat aan de kant van de draagouder(s) bij deze methode ontstaat, stuiten we ook hier op een belangrijk, reeds in Nederland gesignaleerd probleem. De Parental Order als regeling is alleen maar toepasbaar in gevallen waarbij geen conflict is. Bijvoorbeeld in geval van het ontstaan van een conflict waarbij de draagmoeder het kind niet meer af wil staan, zullen de wensouders hier niet veel meer tegenin kunnen brengen.²⁶⁴ Deze machteloosheid van wensouders bleek onder andere uit de zaak beschreven in *The Guardian* (21 januari 2011), waaruit naar voren kwam: *A surrogate mother who changed her mind can keep de baby.*²⁶⁵

De problemen die in Nederland met betrekking tot de overdracht van het kind van draagouder(s) naar wensouders zijn gesignaleerd worden deels door de Parental Order opgelost. De rechtsonzekerheid en onduidelijkheid die in Nederland heerst, doordat het draagmoederschap niet wettelijk geregeld is, wordt in Engeland wel ondervangen. In Nederland weten wensouders niet waar zij aan toe zijn en kan de overdracht van het kind na de geboorte alsnog mislopen doordat de Raad voor de Kinderbescherming de overdracht bijvoorbeeld niet toestaat en hierover een negatief advies geeft aan de rechter. In Engeland is door de komst van de Parental Order duidelijkheid gekomen. De voorwaarden waaraan wensouders moeten voldoen zijn allemaal in sections 54 en 55 van de Human Fertilisation and Embryology Act terug te vinden. Voorts is ook uitleg gegeven aan het begrip 'overdracht in het belang van het kind'. Op deze manier kunnen wensouders aan de hand van de welfare checklist nagaan of de Parental Order waarom zij verzoeken aan hun kan worden toegewezen, omdat dit in het belang van het kind is. Het tweede probleem dat zich in Nederland m.b.t. het draagmoederschap voordoet, is de overdracht van het kind dat onderhevig is aan een conflict tussen de draag- en wensouders. Hiermee wordt vooral gedoeld op conflicten die ontstaan op het gebied van het afstaan en het aannemen van het kind. Indien er op dit vlak onenigheid tussen de draag- en wensouders is, kan de overdracht niet meer bewerkstelligd worden. Helaas biedt de Engelse Parental Order in deze situaties ook geen uitkomst, doordat deze regeling uitgaat van overeenstemming tussen de partijen.

Geconcludeerd kan worden dat de Parental Order in de vorm zoals deze nu is, voor Nederland geen waterdichte oplossing biedt. De regeling schept weliswaar extra duidelijkheid en rechtszekerheid, maar schiet op veel vlakken tekort. De parental order is net zoals alle juridische leerstukken die in Nederland betrokken zijn bij de draagmoederschapsconstructies, onderworpen aan complexe regelgeving en veel vereisten. Hiermee is het alles behalve eenvoudig om het juridische ouderschap middels de parental order te verkrijgen. Indien men niet aan de gestelde vereisten kan weten te voldoen, kan de weg van de adoptieprocedure en de residence order nog worden bewandeld, maar ook deze zijn onderworpen aan vereisten. Met de invoering van de Parental order in Nederland zullen er ondanks de duidelijkheid die deze order schept, alsnog langlopende complexe procedures bestaan. Voorts is het zo dat in geval van conflict de order weinig inspraak heeft, hetgeen we voor Nederland juist duidelijk willen hebben. Mijn inziens kan hieruit niet anders voortvloeien, dat we vooralsnog onderzoek moeten gaan naar een passende wettelijke regeling voor het draagmoederschap in Nederland.

²⁶³ Vonk 2011, p.68.

²⁶⁴ Vonk 2011, p.69.

²⁶⁵ Vonk 2011, p. 69

§ 4.5 Conclusie

Na een uitgebreid onderzoek naar het draagmoederschap in Engeland, kan geconcludeerd worden dat in Engeland gekampt wordt met dezelfde tweeslachtigheid als in Nederland. Uiteindelijk heeft Engeland er ondanks deze tweeslachtigheid voor gekozen het draagmoederschap wettelijk te regelen. De belangrijkste bepaling die verband houdt met de juridische overdracht van het kind van draag- naar wensouder is de parental order, die in 1990 voor het eerst een plaats gekregen heeft in de Human Fertilisation and Embryology Act. Met deze parental order is voor de wensouders een constructie in het leven geroepen die het mogelijk maakt om het juridisch ouderschap te verkrijgen over het kind, dat is geboren uit een draagmoeder. Deze parental order moet na de geboorte van het kind aan de rechter verzocht worden, waarbij de toewijzing afhankelijk is van hele strenge eisen. Indien de wensouders niet aan deze eisen kunnen voldoen, zullen zij de weg van de adoptie of residence order moeten bewandelen. Het stelsel van de Parental Order zou enerzijds in verband met het probleem van rechtsonzekerheid en onduidelijkheid dat zich in Nederland voordoet een uitkomst kunnen bieden. Anderzijds schiet ook het Engelse recht op een cruciaal punt tekort. De Parental Order is gebaseerd wederzijdse overeenstemming, waardoor ook deze niet is opgewassen tegen situaties die conflicten met zich meebrengen. In het volgende hoofdstuk wordt daarom gepoogd opzoek een oplossing te vinden voor dit probleem.

Hoofdstuk 5. Eindconclusie en aanbevelingen

§ 6.1 Conclusie

In deze scriptie staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

‘Op welke wijze kan het juridisch vacuüm van het bestaande recht omtrent de overdracht van een kind van draagmoeder (en partner) naar wensouders - middels de adoptieregeling – doorbroken en vervangen worden door een gebruiksvriendelijke regeling die het juridisch ouderschap al voor de geboorte van het kind neerlegt bij de wensouders’.

Het draagmoederschap is een oud verschijnsel met actuele inhoud. Door de ontwikkelingen van het draagmoederschap in het buitenland en in de techniek (bijvoorbeeld de mogelijkheid tot IVF), heeft het draagmoederschap een belangrijke plaats in onze hedendaagse samenleving verkregen. De overheid heeft zich jaren lang vrij terughoudend ten opzichte van dit onderwerp opgesteld. Zij hebben er alles aan willen doen om dit verschijnsel niet te bevorderen. Er is daarom op 1 november 1993 een verbod ingesteld op het commercieel draagmoederschap. Toen uit onderzoek bleek dat de belangstelling voor het draagmoederschap meeviel, is in maart 1997 hoogtechnologisch draagmoederschap onder strikte voorwaarden toegestaan.

Het draagmoederschap wordt ook wel omschreven als: ‘het fenomeen waarbij een vrouw (de draagmoeder) in haar baarmoeder een vrucht tot ontwikkeling laat komen en een kind baart met de bedoeling dit aan de wensouder(s) af te geven’. Het draagmoederschap vormt een mooie oplossing voor hen die via de natuurlijke weg geen kinderen kunnen krijgen, maar deze wel wensen. Echter, zitten aan deze mooie constructie veel juridische haken en ogen, waarbij de onderzoeksvraag zich vooral focust op de knelpunten bij de juridische overdracht van het kind van draag- naar wensouders.

Het draagmoederschap is op dit moment onderhevig aan veel verschillende juridische leerstukken die niet zijn toegesneden op het draagmoederschap. Dit resulteert in een zeer complex systeem dat de verkrijging van het juridisch ouderschap over het kind door de wensouders moet regelen. Veel verschillende auteurs zoals Van Vlijmen, Van der Tol, Machteld Vonk en ook Professor Vranken pleiten er in de literatuur dan ook voor om het draagmoederschap wettelijk te regelen.

De weg die bewandeld moet worden om het juridische ouderschap over het kind uiteindelijk te verkrijgen, hangt sterk af van de relationele status van de draagmoeder. Tevens is het relevant of de wensouders al dan niet zijn gehuwd en is het tot slot van belang wie de genetische ouders van het kind zijn.

In de situatie dat de draagmoeder ongehuwd is, verloopt de procedure het makkelijkst. Door het ‘mater semper certa est-beginsel’ wordt de draagmoeder als juridische moeder van het kind aangemerkt. De wensvader kan dan middels erkenning of gerechtelijke vaststelling vaderschap de juridische vader van het kind worden. Indien de wensvader uiteindelijk bestempeld wordt als juridische vader van het kind, kan hij het eenhoofdig gezag over het kind bij de rechtbank verzoeken. Door de toewijzing van dit verzoek wordt de draagmoeder buiten spel gezet, met als gevolg dat de wensmoeder het kind uiteindelijk kan adopteren. Indien de draagmoeder gehuwd is, wordt de constructie een stuk lastiger. De draagvader zal met de geboorte van het kind door zijn huwelijk met de draagmoeder van rechtswege de juridische vader van het kind worden. Om van dit juridische vaderschap te ontkomen zal hij een verzoek tot ontkenning van het vaderschap bij de rechter moeten indienen. Deze ontkenning is vaak erg lastig omdat de

ontkenningsgronden in draagmoederschapssituaties veelal niet opgaan. Veelal zullen de draag- en wensouders daarom de weg van afstand en adoptie moeten bewandelen, waarbij de Raad voor de Kinderbescherming een grote rol speelt. Indien de ontheffing van het gezag van de draagouders uiteindelijk is geslaagd, kan tot adoptie worden overgegaan. Dit is een langlopende procedure, waaraan wederom veel vereisten zijn verbonden. In de literatuur zijn daarom door ondermeer de auteurs Schoots, van Arkel en Dermout voorstellen gekomen tot een versnelde adoptieprocedure. Andere auteurs zoals Berg en Buijsen vinden naar aanleiding van de Amerikaanse doctrine de oplossing in een andere interpretatie van het begrip 'juridisch moederschap'.

Omdat het Nederlandse recht op dit moment niet is toegesneden op draagmoederschapconstructies, levert dit omslachtige en tijdrovende procedures op die veel onzekerheid met zich meebrengen.

Omdat er geen wettelijke regeling is, zal er naar andere mogelijkheden moeten worden gekeken. Een van die mogelijkheden wordt gezien in het draagmoederschapscontract.

Het draagmoederschapscontract waarmee men in eerste instantie een machtig middel mee denkt in handen te hebben, blijkt na een grondige analyse slechts een zwak instrument.

Het contractenrecht en daarmee ook het draagmoederschapscontract wordt beheerst door 3 beginselen.

Het beginsel van de vormvrijheid levert opzichzelf weinig problemen op. Echter op de andere twee beginselen die van de contractvrijheid en vooral die van de verbindende kracht, loopt het vaak mis. In principe zijn de draag- en wensouders vrij om afspraken te maken over elk aspect van het draagmoederschap. Bij een juiste vrijwillige nakoming is hier niets aan de hand, alhoewel er auteurs zijn in de literatuur die van mening zijn dat bepalingen omtrent de afstand en opname van een kind niet mogen worden opgenomen in een dergelijk contract. Maar indien een van beiden partijen het contract niet meer vrijwillig wil naleven, komt al snel het beginsel van de verbindende kracht in beeld. Hierbij gaat het om de rechtskracht van bepaalde afspraken die al dan niet in strijd zijn met dwingendrechtelijke bepalingen, ingaan tegen de grondwet of fundamentele rechten van de mens, de openbare orde of de goede zeden.

Het draagmoederschapscontract geeft op dit moment even veel of beter gezegd even weinig zekerheid voor de draag- en wensouders als de huidige wettelijke stand van zaken.

Daarom heeft er een rechtsvergelijkend onderzoek plaatsgevonden met Engeland, om te bezien of het Engelse rechtstelsel oplossingen voor Nederland kan bieden.

Na een uitgebreid onderzoek naar het draagmoederschap in Engeland, kan geconcludeerd worden dat in Engeland gekampt wordt met dezelfde tweeslachtigheid als in Nederland. Uiteindelijk heeft Engeland er ondanks deze tweeslachtigheid voor gekozen het draagmoederschap wettelijk te regelen. De belangrijkste bepaling die verband houdt met de juridische overdracht van het kind van draag- naar wensouder is de parental order, die in 1990 voor het eerst een plaats gekregen heeft in de Human Fertilisation and Embryology Act. Met deze parental order is voor de wensouders een constructie in het leven geroepen die het mogelijk maakt om het juridisch ouderschap te verkrijgen over het kind, dat is geboren uit een draagmoeder. Deze parental order moet na de geboorte van het kind aan de rechter verzocht worden, waarbij de toewijzing afhankelijk is van hele strenge eisen. Indien de wensouders niet aan deze eisen kunnen voldoen, zullen zij de weg van de adoptie of residence order moeten bewandelen. Het stelsel van de Parental Order zou enerzijds in verband met het probleem van rechtsonzekerheid en onduidelijkheid dat zich in Nederland voordoet een uitkomst kunnen bieden. Anderzijds schiet ook het Engelse recht op een cruciaal punt tekort. De Parental Order is gebaseerd wederzijdse overeenstemming, waardoor ook deze niet is opgewassen tegen situaties die conflicten met zich meebrengen.

Omdat de parental order ook geen volledige oplossing biedt voor de problemen die zich in Nederland met betrekking tot de overdracht in draagmoederschapssituaties voordoen, en uit het bovenstaande uit alles blijkt dat Nederland wel degelijk toe is aan een specifieke wettelijke regeling die de juridische overdracht van een kind in draagmoederschapssituaties regelt, wordt in de volgende paragraaf getracht om een aantal aanbevelingen te geven voor een eventuele wettelijke regeling.

§ 6.2 Aanbevelingen

Mede door de sterk moreel geladen materie is het draagmoederschap tot op heden niet wettelijk geregeld. Bij de regulering van het draagmoederschap spelen niet alleen juridische, maar ook psychologische en ethische aspecten een belangrijke rol. Ondanks deze hoge moeilijkheidsgraad tot regulering is het gezien de knelpunten die zich voordoen in de huidige situatie, zaak om middels regelgeving duidelijkheid te scheppen omtrent de juridische gevolgen die het draagmoederschap met zich meebrengen.

Met de verschillende standpunten vanuit de literatuur, rechter, de Raad en vanuit rechtsvergelijkend perspectief in ogenschouw nemende, ben ik van mening dat de overdracht in draagmoederschapconstructies op de volgende wijze geregeld dient te worden:

Ik ben er voorstander van om draag- en wensouders voorafgaand aan de IVF behandeling, verplicht te coachen en voorlichting te geven. Hierdoor verkrijgen zij een juist en volledig beeld van wat hen te wachten staat. De Raad voor de Kinderbescherming zal deze taken gezien de huidige functie die de Raad op dit moment vervult, op zich kunnen nemen.

Verder lijkt het mij verstandig om de draag- en wensouders alvorens zij aan de IVF behandeling beginnen, tevens te onderwerpen aan een uitgebreide psychologische en medische screening wederom uitgevoerd onder leiding van de Raad. Middels de psychologische screening zullen draag- en wensouders attent worden gemaakt op eventuele situaties die zich voor kunnen doen, waarna gekeken wordt of zij in staat zijn hiermee om te kunnen gaan en zo op grond van een weloverwogen keuze de verbintenis met elkaar aan kunnen gaan. De medische screening zal worden uitgevoerd door een medische specialist op het gebied van IVF. Hierbij zullen de wensouders gescreend worden op o.a. hepatitis B en C, HIV, lues, Chlamydia trachomatis en gonorrhoe. Ook zal hierbij heel formeel, de maximale leeftijdsgrens van 40 van de wensmoeder worden gecontroleerd. Verder dient de draagmoeder de leeftijd van 44 jaar nog niet te hebben bereikt en bij voorkeur een voltooid gezin te hebben. Verder wordt in de medische screening de obstetrische voorgeschiedenis bekeken, die geen zodanig ernstige pathologie mag vermelden. De draagmoeder dient verder gezond te zijn, geen ziekte te hebben, een normaal functionerende uterus te hebben en zij zal tevens samen met haar partner een SOA-screening moeten ondergaan.

Door deze vroege 'interventie' door de Raad in de vorm van voorlichting, begeleiding en screening worden eventuele problemen al in een vroeg stadium opgespoord en geëlimineerd. Voorts kan de Raad er op deze manier ook voor waken dat alle juiste procedures worden doorlopen om de juridische overdracht van het kind zo soepel mogelijk te laten verlopen.

Bij de ontwikkeling van nieuwe wetgeving zal een onderscheid moeten worden gemaakt tussen hoog- en laagtechnologisch draagmoederschap. Ik ben van mening dat het in het belang van het kind is dat de genetische werkelijkheid zoveel mogelijk overeen komt met de juridische werkelijkheid.

Hoogtechnologisch draagmoederschap

In geval van hoogtechnologisch draagmoederschap, zou ik een wetsbepaling in het leven willen roepen die het juridisch ouderschap al voor de geboorte van het kind neerlegt bij de wensouders.

Allereerst moet het bij hoogtechnologisch draagmoederschap gaan om een situatie waarbij de draagmoeder middels IVF zwanger wordt en een vrucht tot ontwikkeling brengt die is ontstaan uit het genetisch materiaal, afkomstig van beide wensouders, waarbij de draagmoeder het voornemen had een kind te baren ten behoeve van deze wensouders die het ouderlijk gezag over dat kind willen verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van het kind op zich willen nemen.

Vanuit erfrechtelijk oogpunt acht ik het wenselijk om de wensouders al voor de geboorte van het kind als juridische ouders van het kind te laten gelden. In verband met het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder en de daarmee samenhangende grens van 24 weken voor het ondergaan van abortus, zal dit juridische ouderschap vanaf de 24^e week van de zwangerschap van rechtswege kunnen ontstaan. Om dit embryologische juridische ouderschap te kunnen rechtvaardigen, heb ik me een mening gevormd omtrent het eigendomsvraagstuk dat betrekking heeft op de ongeboren vrucht. Hierover is in de literatuur heel wat gediscussieerd. Zelf ben ik van mening dat beiden wensouders alvorens het embryo zich bij de draagmoeder heeft ingenesteld, hierover volledig beslissingsbevoegd zijn. Deze beslissingsbevoegdheid over het embryo is persoonsgebonden aan degene waarvan het genetische materiaal afkomstig is. Hiermee hangt samen dat het embryo niet zozeer moet worden gezien als eigendom van de wensouders, maar als zaak waar alleen de wensouders zeggenschap over hebben. Het gaat hierbij dus om persoonsgebonden zeggenschap.

Op basis van deze beslissingsbevoegdheid/persoonsgebonden zeggenschap van de wensouders, wordt het ontstaan van het juridische ouderschap van de wensouders voor de geboorte van het kind gerechtvaardigd. Dit echter wel met het in acht genomen zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder tot 24 weken.

Bij de verkrijging van het juridische ouderschap en gezag in geval van hoogtechnologisch draagmoederschap, tracht ik zoveel mogelijk aansluiting te vinden bij de huidige regelgeving daaromtrent. Ik acht het daarom wenselijk om in navolging van het huidige recht, onderscheidingen te maken in gehuwde, geregistreerde en wensouders zonder formele relatie.

Ingeval de wensouders met elkaar gehuwd zijn, zullen zij beiden van rechtswege het juridische ouderschap na de 24^e week over het kind verkrijgen. Tevens zullen zij hiermee samenvallend het gezamenlijk het ouderlijk gezag verkrijgen. Ingeval de wensouders een geregistreerd partnerschap met elkaar zijn aangegaan, ontstaat voor de wensmoeder het juridische moederschap na de 24^e week van de zwangerschap. De wensvader zal zijn kind net zoals in normale situaties, na de geboorte moeten erkennen. Het knelpunt waarbij de draagvader als gevolg van zijn huwelijk met de draagmoeder, juridische vader wordt van het kind, wordt door het juridische moederschap van de wensmoeder volledig ondervangen. De wensvader kan hierdoor probleemloos zijn kind na de geboorte erkennen. Echter het gezamenlijk ouderlijk gezag ontstaat wel van rechtswege voor de wensvader. Indien de wensouders niet gehuwd zijn en tevens geen geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, zal alleen de wensmoeder na de 24^e week het juridische moederschap over het kind verkrijgen, alsmede het gezag over het kind. De wensvader zal het kind moeten erkennen en tevens een verzoek bij de rechtbank in moeten dienen om gezamenlijk met de wensmoeder het gezag uit te oefenen.

Indien de situatie van lesbisch wensouderschap zich voordoet, waarbij een embryo bij de draagmoeder wordt ingeplant, ontstaan uit een eicel van een van de wensmoeders en een zaadcel van een onbekende zaaddonor, kunnen beiden wensmoeders indien zij zijn gehuwd voor de geboorte het juridische moederschap verkrijgen. Indien zij niet zijn gehuwd kan de wensmoeder die geen eicel heeft geleverd het kind erkennen. In het licht van het wetsvoorstel DUO moederschap, acht ik dit voorstel zeer wenselijk. De weg zou naar mijn mening in principe ook voor homoseksuele paren bewandeld kunnen worden, indien sprake is van een eiceldonatie.

Laagtechnologisch draagmoederschap

Van laagtechnologisch draagmoederschap is sprake indien de draagmoeder geïnsemineerd is met het zaad van de wensvader (of donor) en het voornemen heeft een kind te baren ten behoeve van de wensouders die het ouderlijk gezag over dat kind willen verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van het kind op zich willen nemen.

Hierbij zal de procedure in de vorm van extra rechten ten aanzien van de draagmoeder, anders moeten worden weergegeven. De draagmoeder is in dit geval namelijk ook de genetische moeder van het kind, omdat zij haar eicel levert. De persoonsgebonden zeggenschap over het kind binnen het eigendomsvraagstuk, waarin ik bij het hoogtechnologische draagmoederschap mijn rechtvaardiging voor het ontstane embryologische wensouderschap vond, ligt nu iets anders. Deze persoonsgebonden zeggenschap valt nu in principe aan de kant van de draagmoeder en eventueel de wensvader. Het zou daarom makkelijk zijn om te denken dat in geval van laagtechnologisch draagmoederschap, alle rechten opeens aan de draagmoeder toekomen.

Ik ben van mening dat dat niet perse de meest juiste oplossing is. Omdat de draagmoeder het voornemen heeft gehad een kind te baren ten behoeve van de wensouders, die hebben aangegeven dat kind duurzaam te verzorgen en op te voeden, verspeelt zij hiermee naar mijn mening haar oorspronkelijke recht op het juridische ouderschap. Ik stel daarom voor om ook in de situatie van laagtechnologisch draagmoederschap, mede in het kader van de erfrechtelijke bepalingen het juridische ouderschap na de 24^e week van de zwangerschap, bij de wensouders neer te leggen.

Ik ben echter wel van mening dat in het geval de draagmoeder het kind om dringende redenen niet meer aan de wensouders wil afstaan, de rechter over het juridische ouderschap zal moeten beslissen. Dit is enerzijds ten opzichte van de draagmoeder een heftige regeling, maar anderzijds hecht ik er met het oog op de rechtszekerheid veel waarde aan dat het doel waarmee de zwangerschap tot stand is gekomen in eerste instantie ook wordt bereikt. Maar door de nuancering die een escape naar de rechter voor de draagmoeder inbouwt, vormt dit naar mijn mening een acceptabele regeling.

Door de invoering van deze regels wordt het juridisch ouderschap in beginsel meteen bij de geboorte van het kind neergelegd bij de wensouders. Langdurige procedures kunnen op deze manier worden voorkomen en in het geval van laagtechnologisch draagmoederschap waarbij de draagmoeder genetisch verwant is aan het kind, heeft zij nog altijd de mogelijkheid om zelf het juridische ouderschap te verkrijgen. In deze gevallen zal de rechter moeten bepalen of het in het belang van het kind is om door de draagmoeder of wensouders opgevoed te worden. Met het oog op de huidige jurisprudentie, verwacht ik dat het aan de kant van de draagmoeder positiever zal uitpakken dan aan de kant van de wensouders.

Ik denk echter dat dergelijke problemen door de voorlichting en coaching nog weinig zullen voorkomen. Draag- en wensouders worden door de Raad van te voren goed voorgelicht over alle mogelijke problemen die zich voor kunnen doen en worden gewezen op het geldende wettelijke kader. Voorts zorgen de psychologische testen ervoor dat er niet aan een draagmoederschapsconstructie wordt begonnen door koppels waarbij de stichting veel problemen verwacht.

Tot slot kan naast deze wettelijke regeling het draagmoederschapscontract dienst doen als overeenkomst om bepaalde zaken omtrent de leefwijze, het kostenplaatje, de ziekenhuisbehandelingen enz. in op te nemen. Het lijkt mij aan te bevelen dat dit contract door de Raad met de draag- en wensouders wordt besproken, zodat het vrij is van bepalingen die in strijd zijn met de wet, openbare orde of goede zeden opleveren en hierdoor middels het gewone contractenrecht kan worden afgedwongen bij de rechter.

Ondanks het feit dat je niet elke uitzondering kan bespreken en kan reguleren, verwacht ik dat met de regulering van de besproken vraagstukken een groot deel van de onduidelijkheid en daarmee de rechtsonzekerheid verholpen kan worden. In geval van laagtechnologisch draagmoederschap, zal de onzekerheid helaas altijd blijven bestaan. Mijn inziens is dit logisch omdat het niet aan de wetgever is om een starre norm vast te stellen. Partijen zijn in dat geval aangewezen op de rechter, die door in zijn afweging het belang van het kind centraal te stellen, een keuze zal maken.

Bronvermelding

Literatuurlijst

Asser- de Boer 2002

C. Asser en J. de Boer, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, deel 1, Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Verschelden 2004

G. Verschelden, *Afstamming*, Deventer: Kluwer 2004.

Van den Heuvel 2009

H. van den Heuvel, *Hoe schrijf ik een scriptie of these?*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2009.

Broekhuijsen-Molenaar 1991

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1991.

Vlaardingerbroek e.a. 2011

P. Vlaardingerbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2008.

W.L.J.M. Duijst 2009

W.L.J.M. Duijst, *Gezondheidsstrafrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Hijma 2007

J. Hijma, 'Rechtshandeling en Overeenkomst', Deventer: Kluwer, 2007.

Leenen 2007

H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht, Deel I rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007.

Henstra

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.

Berg 2004

M. van den Berg (e.a.), 'Hoogtechnologisch draagmoederschap', *NJB* 2004, p. 724-728

Schoots 2004

M. Schoots e.a., 'Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?', *FJR* 2004-7/8, p. 189-194.

Vlaardingerbroek 2003

P. Vlaardingerbroek, 'Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie', *AA* 2003, p. 171-178.

Groot 2001

G.R. de Groot, 'Privaatrecht actueel. Prenatale erkenningen en nationaliteitsrecht', *WPNR* 2001, p. 667-669

Hammerstein-Schoonderwoerd 1986

W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, *Bijzondere wijzen van voortplanting, draagmoederschap en de juridische problematiek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986

Dermout 2001

S.M. Dermout, *Samenvatting proefschrift 'de eerste logeerpartij: Hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland*, Groningen: Groningen university 2001

Vranken 1997

J.B.M. Vranken, 'Contractualisering en draagmoederschap', *Tijdschrift voor privaatrecht* 1997, p. 1747-1757.

Nieuwenhuis 2001

J.H. Nieuwenhuis, 'Promises, promises, Over contracten en andere afspraken', *NJB* 2001, p. 1795-1799.

Heida & van der Steur 2001

A. Heida & A. van der Steur, 'Draagmoederschap, tussen strafrechtelijk verbod en wettelijke regeling', *NEMESIS* 2001, p. 209-214

Vonk 2011

M. Vonk, 'De logeerbuik: draagmoederschap in Nederland, Actuele ontwikkelingen in het familierecht', *Ars Aequi Libri* 2011, p. 63-72.

Forder 1999

C. Forder, '(On)geoorloofdheid van draagmoederschap naar Engels recht', in: Boele-Woelki, *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap naar rechtsvergelijkend perspectief*, Groningen: Intersentia 1999, p. 45- 67.

Boele-Woelki 1999

K. Boele-Woelki, '(On)geoorloofdheid van draagmoederschap naar Nederlands (wenselijk) recht' in: Boele-Woelki, *(On)geoorloofdheid van draagmoederschap naar rechtsvergelijkend perspectief*, Groningen: Intersentia 1999, p. 33-44.

Vlijmen 2012

S.C.A. van Vlijmen en J.H. van der Tol, 'Draagmoederschap in opkomst: specifieke wet- en regelgeving noodzakelijk?', *FJR* 2012, p. 160-166

Wils 1988-89

W. WILS, 'Draagmoederschap: een vergelijkende studie vanuit het recht van de Verenigde Staten van Amerika', *Jura Falc.* 1988-89, (9) 13-14.

Kok 2007

J. Kok, 'Afstand van ouderrechten', *FJR* 2007, 42, p. 105

Vonk 2010

M. Vonk, 'De autonomie van het kind in het afstammingsrecht', *FJR* 2010, p. 63-76.

Van Dijk 1997

I. van Dijk, 'Huur en verhuur van baarmoederruimte is verlies van zelfbeschikkingsrecht', *Recht uit het hart* 1997, p. 153.

Hijma 1988

J. Hijma, 'Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen', dissertatie Leiden 1988, p. 87 e.v.

Rapport WODC 2011

Prof. dr. Katharina Boele-Woelki, Dr. Ian Curry-Sumner, Dr. Wendy Schrama, Dr. Machteld Vonk, *Draagmoederschap en illegale opnemng van kinderen*, Utrecht: Universiteit Utrecht - Molengraaff Instituut voor Privaatrecht 2011.

Rapport WODC 2009

Prof. dr. Katharina Boele-Woelki, Dr. Ian Curry-Sumner, Dr. Wendy Schrama, *De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*, Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum 2009.

Protocol ASAA 2009

Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen 2009, Raad voor de Kinderbescherming, www.kinderbescherming.nl (zoek op *kwaliteitskader en protocollen*).

Kwaliteitskader 2009

Kwaliteitskader en Protocollen, 'Beleidsregels met betrekking tot de werkwijze van de Raad voor de Kinderbescherming', 2009.

NVOG Richtlijn Hoogtechnologisch Draagmoederschap 1999

Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie 'richtlijn 18 Hoog-technologisch draagmoederschap', 1999.

Regelgeving en parlementaire stukken**Wetboek van strafrecht**

Artikel 151b lid 3 Wetboek van Strafrecht

Artikel 442a Wetboek van Strafrecht

Burgerlijk wetboek

- Artikel 1:197 Burgerlijk Wetboek
- Artikel 1:3 lid 1 Burgerlijk Wetboek
- Artikel 1:198 Burgerlijk Wetboek
- Artikel 1:199 lid 1 sub a Burgerlijk Wetboek
- Artikel 1:200 lid 1 Burgerlijk Wetboek
- Artikel 1:200 lid 3 Burgerlijk Wetboek
- Artikel 1:203 Burgerlijk Wetboek
- Artikel 1:251 lid 1 Burgerlijk Wetboek

- Artikel 1:241 lid 3 Burgerlijk Wetboek
- Artikel 1:275 lid 2 Burgerlijk Wetboek
- Artikel 282 Burgerlijk Wetboek
- Artikel 1:227 Burgerlijk Wetboek
- Artikel 228 Burgerlijk Wetboek

Pleegkinderenwet

- Artikel 1 Pleegkinderenwet
- Artikel 5 Pleegkinderenwet

Tekst en Commentaar, personen- en Familierecht

Commentaar op artikel 1:197 , artikel 1:198 en artikel 1:199 Burgerlijk Wetboek

Parlementaire behandeling

- Kamerstukken II 1996/97, 25000 XVI, nr 51
- Kamerstukken II 2009/10, 32123 XVI, nr. 30
- Kamerstukken II 1991-1992, 14 167 nr. 11
- Kamerstukken II 1987/88, 20 706, nr. 2
- Bijlage bij Kamerstuk 33000-VI nr. 69
- Bijlage bij Kamerstuk 32500-VI nr. 83

Jurisprudentie

Rechtbank

- Rechtbank 's Hertogenbosch 18 augustus 2011, *AR* 2011, 2494.
- Rechtbank Maastricht 6 december 2011, *RFR* 2012, 36
- Rechtbank Breda 30 juni 2011, *LJN*: BR1712
- Rechtbank Almelo 24 oktober 2000, *FJR* 2001, 18.
- Rechtbank Den Haag 21 juni 2010, *LJN* BN1309
- Rechtbank Den Haag 14 september 2009, *LJN* BK1197.
- Rechtbank Utrecht 26 oktober 2005, *RFR* 2005, 139
- Rechtbank Utrecht 18 juni 1997, *NJ kort* 1997, 59
- Rechtbank Rotterdam 23 maart 1998, *NJ kort* 1998, 33
- Rechtbank Arnhem 20 februari 2008, *LJN*: BC8012
- Rechtbank Alkmaar 29 oktober 2008, *LJN*: BG8903
- Rechtbank Arnhem 19 mei 2009 *LJN* B15039
- Rechtbank Rotterdam 8 februari 2007, *LJN*: BA0238
- Rechtbank Utrecht 18 juni 1997 (niet gepubliceerd)
- Rechtbank 's-Gravenhage 24 oktober 2011, *LJN* BU3627
- Rechtbank 's-Gravenhage 9 november 2010, *LJN* BP3764
- Rechtbank Haarlem 28 november 2012, *LJN* BY4231
- Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem 10 januari 2011, *LJN* BP0426
- Rechtbank Utrecht 10 juni 2009, *LJN* B17284

Gerechtshoven

- Gerechtshof Den Haag 10 februari 2010, *LJN* BL8563.
- Gerechtshof Amsterdam 22 november 2001, *NJ Kort* 2002, nr. 7.
- Hof Den Haag 21 augustus 1998, *NJ* 1998, 865.
- Hof Amsterdam 19 februari 1998, *NJ kort* 1998, 32.

Hoge Raad

- Hoge Raad 29 juni 1984, *NJ* 1984,767.

EHRM

- EHRM 8 juli 2004, *NJ* 2006, 52, m.nt. E.A. Alkema (*Vo. t. Frankrijk*) r.o. 84.en 80

Overig

- Supreme Court Gujarat, AIR 2010 Gurjarat 21(Balaz)

Elektronische bronnen

ART-richtlijn Draagmoederschap India

<http://icmr.nic.in/art/art_clinics.htm>

Wetstekst en info Human Fertilisation and Embryology Act

< http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Legislation/Actsandbills/DH_080211. >

Explanatory memorandum parental order regulation 2010

<http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2010/9780111491355/pdfs/ukdsiem_9780111491355_en.pdf>

Wetstekst SAA 1985

< <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> >

Wetstekst Children Act 1989

< <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents> >

Wetstekst Adoption and Children Act 2002

< <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38> >

Wetstekst Births and Deaths Registration Act 1953

< <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/1-2/20> >

Overig

< www.Freya.nl >

<www.biobattle.nl>

<www.Rijksoverheid.nl > (brochure aangifte geboorte, erkenning en gezag)

Bijlage

Bijlage 1: Figuur behorend bij §2.3 overdracht juridisch ouderschap van draagmoeder naar wensouders.



