

Draagmoederschap in opkomst: specifieke wet- en regelgeving noodzakelijk?

56

Het draagmoederschap is zowel nationaal als internationaal in opkomst. Er is geen allesomvattende wet- en regelgeving op dit gebied. In deze bijdrage zullen de verschillende mogelijkheden tot draagmoederschap worden beschreven, alsmede de strafrechtelijke bepalingen die er zijn. Tevens zal uiteen worden gezet waarom het van belang is dat er eenduidige wet- en regelgeving voor draagmoederschapszaken komt. Tot slot wordt stilgestaan bij de aandacht die er is vanuit de politiek en de aanbevelingen van de staatssecretaris.

1. Inleiding

“Baarmoeder gevraagd”

“... om dit te (kunnen) realiseren zijn we op zoek naar een draagmoeder/eiceldonor. (...) Ben je bereid om ons kindje 9 maanden vol liefde in je buik te dragen of voor dit plan een eicel af te staan?”

“Alles is bespreekbaar”.

Zomaar een greep uit oproepen voor een draagmoeder die op internet te vinden zijn. Er is op dit moment een grote vraag naar draagmoeders. De toename van de vraag naar draagmoeders komt mede door het internet en de globaliserende werking die daarvan uitgaat. Ook voortschrijdende medische voortplantingstechnieken bieden nieuwe mogelijkheden tot het krijgen van een (deels) genetisch eigen kind. Het aantal stellen dat problemen ondervindt bij het krijgen van kinderen op natuurlijke wijze lijkt te stijgen. Daarnaast is er een daling waarneembaar in het aantal kinderen dat kan worden geadopteerd. Niet alleen in Nederland is de vraag groot. Ook wereldwijd is er steeds meer vraag naar draagmoeders. Dat komt onder meer omdat wensouders in Nederland vaak niet in aanmerking komen voor het draagmoederschapstraject.

Afgezien van het feit dat de toename van de vraag naar draagmoeders medische of wellicht ethische vraagstukken oproept, heeft de keuze voor het krijgen van een kind door middel van draagmoederschap ook vergaande juridische gevolgen. Een van de grootste valkuilen is dat de wensouders naar Nederlands recht niet zonder meer na de geboorte van het kind de juridische ouders van het kind zijn. Er bestaan grote verschillen in wetgeving op dit punt in de

diverse landen. Dit zorgt voor grote problemen als het kind eenmaal geboren is.

Uit de praktijk blijkt dat wensouders uitwijken naar landen als India, de Oekraïne en de Verenigde Staten. Gelet op de steeds grotere vraag en het steeds grotere aanbod, zijn er bureaus gevestigd in deze landen die bemiddelen tussen wens- en draagouders. Daarnaast verzorgen deze bureaus ook de gehele begeleiding en het papierwerk om met de kinderen naar Nederland te kunnen reizen. Althans, dat wordt de wensouders van tevoren voorgehouden. Vaak nietsvermoedend reizen de wensouders naar het betreffende land om aanwezig te zijn tijdens de bevalling. Na de geboorte van het kind gaan de wensouders ervan uit dat zij met het kind naar Nederland kunnen reizen om aldaar hun gezin te starten. In het land waar het kind is geboren is immers toegezegd dat dit allemaal geen probleem moet zijn. De praktijk wijst het tegendeel uit. Op het moment dat het kind eenmaal is geboren hebben de wensouders nog een lange weg te gaan voordat het juridisch ouderschap is geregeld. Voor hen breekt een zeer onzekere periode aan. Vaak zijn er talloze juridische procedures nodig om de feitelijke dan wel de biologische situatie in overeenstemming te brengen met de juridische en de kosten van juridische bijstand kunnen zeer hoog oplopen. Wensouders hebben hier vooraf vaak niet bij stilgestaan.

In het onderstaande zal nader ingegaan worden op het begrip draagmoederschap, de huidige wet- en regelgeving, de verschillende mogelijkheden en de juridische consequenties.

2. Draagmoederschap

Hieronder zal kort worden ingegaan op wat in de wet onder ‘draagmoederschap’ wordt verstaan en de verschillende mogelijkheden op dit gebied. Ook wordt stilgestaan bij de afspraken die in het kader van een draagmoederschap vastgelegd kunnen worden in een draagmoederschapscontract.

2.1 Wat wordt verstaan onder het begrip ‘draagmoeder’?

In artikel 151b lid 3 in het Wetboek van Strafrecht (Sr) wordt het begrip draagmoeder als volgt omschreven:

“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”.

¹ Mr. S.C.A. van Vlijmen en mr. J.H. van der Tol zijn werkzaam als advocaat bij De Boorder Schoots Familierechtadvocaten, Mediators en Collaborative Divorce Lawyers te Naarden en Amsterdam.

2.2 Commercieel draagmoederschap

Het feit dat het begrip 'draagmoederschap' is opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, betekent niet dat er een rechtstreeks en algeheel verbod op draagmoederschap bestaat. In 1993 zijn een aantal strafrechtelijke bepalingen in de wet opgenomen waarmee een preventieve werking werd nagestreefd. Het betreft een verbod op beroeps- en bedrijfsmatige bemiddeling bij draagmoederschap, een verbod om voor deze bemiddeling te adverteren en een verbod op het openbaar maken van een bereidheid om draagmoeder te worden c.q. beschikbaarheid als draagmoeder (art. 151b Sr). Het is daarentegen niet verboden om draagmoeder te zijn of om een draagmoederscontract overeen te komen. Wel is van belang dat er geen sprake mag zijn van een winstoogmerk bij draagmoederschap.

Kortom, het openbaar aanbieden als draagmoeder en in het openbaar zoeken naar een draagmoeder is door de wetgever strafbaar gesteld. Het gaat om elke openbaarmaking. Bij 'openbaar maken' kan worden gedacht aan het plaatsen van een advertentie in kranten en/of tijdschriften dan wel via het internet. Toenmalig minister Hirsch Ballin heeft destijds in de Tweede Kamer gesteld dat deze strafbaarstelling in het leven is geroepen om 'het commercieel draagmoederschap tegen te gaan, dat de hardste verschijningsvorm is van een verzakelijkt moederschap, een moederschap dat de vrouw reduceert tot de rol van baarmoeder'².

Het is in Nederland dus mogelijk om draagmoeder te zijn voor wensouders die zelf geen kinderen kunnen krijgen. Welke mogelijkheden tot draagmoederschap zijn er?

2.3 Verschillende vormen van draagmoederschap

Er bestaan twee vormen van draagmoederschap: laag- en hoogtechnologisch draagmoederschap.

Laagtechnologisch draagmoederschap

Bij laagtechnologisch draagmoederschap wordt de draagmoeder geïnsemineerd met zaad van de wensvader of een donor. De zwangerschap kan ook op natuurlijke wijze tot stand worden gebracht. In deze gevallen stelt de draagmoeder haar eicel ter beschikking. Het gevolg hiervan is dat de draagmoeder altijd de genetische moeder is.

Hoogtechnologisch draagmoederschap

In het geval van hoogtechnologisch draagmoederschap komt er eerst een buitenbaarmoederlijke bevruchting tot stand door middel van IVF. De bevruchte embryo wordt vervolgens teruggeplaatst bij de draagmoeder. Het genetisch materiaal kan afkomstig zijn van de wensouders, de draagmoeder of van derden. Gevolg hiervan is dat het kind genetisch geheel, ten dele of niet verwant kan zijn aan de wensouders.³

2.4 Draagmoederscontract

In alle gevallen van het draagmoederschap is het belangrijk om duidelijke afspraken te maken. Veel wens- en draagouders stellen gezamenlijk een draagmoederscontract op. Het contract is vormvrij en er kunnen diverse afspraken worden vastgelegd. De draagmoeder kan zich onder meer verbinden om het kind te laten verwekken volgens de gemaakte afspraken met de wensouders; het kind aan de wensouders af te staan binnen een bepaalde termijn na de geboorte; tijdens de zwangerschap gezond te leven en controles te ondergaan door de verloskundige. De wensouders kunnen zich onder meer verbinden om aan de draagmoeder een onkostenvergoeding te voldoen; het kind na de geboorte in hun gezin op te nemen en het aangaan van een verzekering ten behoeve van de draagmoeder. De onkostenvergoeding die partijen overeenkomen mag uitsluitend zien op kosten die de draagmoeder maakt. Er mag in geen geval sprake zijn van een betaling voor het zijn van draagmoeder.

Een draagmoederscontract is in de praktijk moeilijk afdwingbaar. Afspraken met betrekking tot afstamming en gezag kunnen niet voor de rechter worden afdwongen. Indien de draagmoeder het kind na de geboorte niet wenst af te staan aan de wensouders, dan kan zij hier niet toe worden verplicht. In de literatuur bestaat er consensus dat de verbintenis die de draagmoeder op zich neemt om het kind na de geboorte af te staan aan de wensouders wegens strijd met de goede zeden in rechte niet afdwingbaar is.⁴ Omgekeerd is ook de verplichting van de wensouders om het kind in hun gezin op te nemen niet afdwingbaar.⁵ Dit komt in de praktijk overigens nauwelijks voor. Er zijn auteurs die hier anders over denken en stellen dat deze visie gelet op alle ontwikkelingen niet langer houdbaar is.⁶

3. Mogelijkheden in Nederland

In Nederland kan het VU Medisch Centrum (VUmc) in Amsterdam als enig ziekenhuis wensouders met een kinders wens bijstaan. Er worden strenge eisen gesteld om in aanmerking te kunnen komen voor het behandeltraject. Zo moet het kind genetisch gezien volledig af kunnen stammen van de wensouders. De wensmoeder zal een eicel moeten kunnen leveren en de wensvader de zaadcel. Daarnaast moeten de wensouders zelf zorg dragen voor een draagmoeder. Vaak is dit een (schoon)zus of een goede vriendin. Het VUmc helpt niet bij het vinden van een draagmoeder. Dit is immers strafbaar. Voorts zijn er leeftijdsgrenzen verbonden aan het traject.⁷ Jaarlijks komen er slechts een aantal paren in aanmerking voor een behandeling bij

² *Handelingen II* 17 februari 1993, p. 50-3700.

³ Protocol ASAA: 'Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen', Raad voor de Kinderbescherming november 2008, p. 10 e.v.

⁴ P. Vlaardingerbroek, 'Mens en Maatschappij: draagmoederschap: een gecompliceerde constructie', *Ars Aequi* 2003, p. 171-178 voor een overzicht.

⁵ M. Schoots, J. van Arkel & S. Dermout, 'Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?', *FJR* 2004/76, p. 189 e.v.

⁶ Zie bijv. J. Nieuwenhuis, 'Promises, promises', *NJB* 2001/37, p. 1795-1799.

⁷ Richtlijn Hoog-technologisch draagmoederschap opgesteld door de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, januari 1999.

het VUmc en de afgelopen jaren zijn er maar een paar kinderen geboren met tussenkomst van het VUmc.⁸

Het is uiteraard ook mogelijk voor wens- en draagouders om met behulp van zelfinseminatie een zwangerschap tot stand te laten brengen. Tussenkomst van een arts is dan niet noodzakelijk.

4. Mogelijkheden in het buitenland

Omdat de mogelijkheden voor een door het ziekenhuis begeleid draagmoederschapstraject in Nederland beperkt zijn, zoeken veel wensouders hun toevlucht tot het buitenland. In diverse landen bestaan er draagmoederschapsklinieken waar wensouders complete trajecten wordt aangeboden. De klinieken bemiddelen tussen de wens- en draagouders en zij stellen veelal het draagmoederschapscontract op. Vervolgens begeleiden de klinieken de (totstandkoming van de) zwangerschap. De wensouders dienen een vergoeding te betalen voor de diensten van de kliniek. Een gedeelte van deze vergoeding zal ten goede komen aan de draagmoeder. De hoogte van deze vergoeding ligt in landen als India en de Oekraïne aanzienlijk lager dan in bijvoorbeeld de Verenigde Staten. De substantieel lagere kosten vormen voor wensouders een overweging om uit te wijken naar dit soort landen. In Nederland zijn dergelijke klinieken verboden, omdat de bemiddeling tussen wens- en draagouders wordt aangemerkt als commercieel draagmoederschap.

4.1 Knelpunten

Uit de praktijk blijkt dat veel wensouders op het moment dat zij zich wenden tot een buitenlandse kliniek, wordt voorgehouden dat het aangeboden traject volledig in overeenstemming met de wet is. Wat de klinieken er niet bij vertellen is dat het traject wellicht in overeenstemming is met de geldende wetgeving in het betreffende land, maar dat deze wet vaak afwijkt van de Nederlandse wetgeving. Dit is een belangrijk knelpunt met grote juridische gevolgen.

4.1.1 *Erkenning buitenlandse geboorteakte*

In onder andere de Oekraïne is het mogelijk om als wensouders op de geboorteakte als (juridisch) ouders vermeld te worden. Dit is het gevolg van het feit dat naar Oekraïns recht de ouders van wie het kind genetisch afstamt de juridische ouders van het kind zijn. De draagmoeder wordt dan niet als moeder op de geboorteakte vermeld. Wel wordt er in de registers van de burgerlijke stand aldaar een aantekening gemaakt dat er sprake is geweest van draagmoederschap. Een dergelijke geboorteakte wordt in strijd geacht met de Nederlandse openbare orde.⁹ Het is niet geheel duidelijk of deze strijd met de Nederlandse openbare orde wordt gezocht in schending van het 'mater semper certa

est'-beginsel (naar Nederlands recht is de moeder van het kind de vrouw uit wie het kind is geboren of die het heeft geadopteerd (art. 1:198 BW)) of dat dit ziet op schending van status- en afstammingsvoorlichting (het recht van het kind om te weten van wie het afstamt). De beantwoording van deze vraag is belangrijk gelet op de verschillende manieren waarop het buitenland omgaat met draagmoederschap. In de Tweede Kamer heeft de Minister van Justitie gesteld dat draagmoederschap strijdig is met de openbare orde omdat de *mater certa semper est*-regel wordt geschonden.¹⁰ De reden voor handhaving van deze regel lijkt de schending van het recht op afstammingsvoorlichting te zijn. In art. 7 lid 1 IVRK (Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind) is het recht neergelegd om voor zover mogelijk de ouders te kennen en door hen te worden verzorgd en opgevoed.

Een geboorteakte die in strijd wordt geacht met de Nederlandse openbare orde zal in Nederland niet worden erkend. De wensouders zijn naar Nederlands recht niet de juridisch ouders van het kind. Nu de geboorteakte in dit soort gevallen niet voor inschrijving in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand in aanmerking komt doet zich de situatie voor als bedoeld in art. 1:25c BW. De geboortegegevens van de minderjarige zullen door de rechter opnieuw moeten worden vastgesteld.

4.1.2 *Erkenning door gehuwde wensvader*

Als de wensouders getrouwd zijn dan levert dit een volgend knelpunt op. Een getrouwde man kan naar Nederlands recht niet zonder rechterlijke tussenkomst een kind van een andere vrouw dan zijn echtgenote erkennen (art. 1:204 lid 1 onder e BW). Alvorens een kind te kunnen erkennen zal de wensvader voor recht moeten laten verklaren dat er ofwel sprake is van 'family life' tussen hem en het kind, ofwel dat de relatie tussen hem en de moeder van het kind op één lijn valt te stellen met een huwelijk. Op het moment dat de gehuwde wensvader het kind in het buitenland heeft erkend en hij op de in dat land opgemaakte geboorteakte als juridisch vader staat vermeld, zal de geboorteakte niet in Nederland worden erkend. Ook de erkenning door de man zal moeten worden getoetst om in Nederland te kunnen worden erkend.

4.1.3 *Afreizen naar Nederland*

Op het moment dat er in het buitenland een geboorteakte is afgegeven die in strijd is met de Nederlandse openbare orde, dan levert dit voor de wensouders direct al een probleem op bij het afreizen naar Nederland. De wensouders moeten zich in het betreffende land tot de Nederlandse ambassade wenden met het verzoek om reisdocumenten voor het kind af te geven. Op het moment dat de ambassade de geldigheid van de geboorteakte niet kan vaststellen, zal er geweigerd worden om de benodigde reisdocumenten te verschaffen. De wensouders zitten dan vast in het land met een pasgeboren baby en kunnen het land niet verlaten. De

8 Zie patiëntenfolder van het VUmc met informatie over het draagmoederschap: www.vumc.nl/afdelingen/IVF-centrum/225948/1382267.

9 Art. 1:198 jo. 1:20b lid 1 en 1:20c jo. 10:100 lid 1 onder c en 10:101 lid 1 BW.

10 *Kamerstukken II 2001/02, 26 675, nr. 6, p. 19.*

wensouders hebben vaak zelf ook een beperkt reisvisum dat afloopt. In het ergste geval zullen de wensouders het land zelf moeten verlaten en kunnen zij het kind niet meenemen. Een mogelijke oplossing voor dit probleem is het starten van een kortgedingprocedure in Nederland tegen de Nederlandse Staat om op die manier de afgifte van een nooddocument af te dwingen. Een dergelijke procedure is reeds een aantal maal met succes gevoerd.¹¹ Het is echter niet gezegd dat deze procedure altijd zal slagen. Om precedentwerking te voorkomen zullen rechters terughoudend zijn.

4.1.4 Praktische problemen

Ook indien de reisdocumenten voor het kind uiteindelijk worden afgegeven, dan hebben de wensouders nog een lange weg te gaan tot het juridisch ouderschap naar Nederlands recht geregeld zal zijn. Daarnaast stuiten zij op allerlei praktische problemen. Het kind verblijft slechts op een tijdelijk reisdocument in Nederland. De geboorteakte kan vaak niet worden ingeschreven en het kind heeft geen burgerservicenummer. Dit heeft tot gevolg dat het kind niet op de zorgverzekering kan worden bijgeschreven en wensouders kunnen geen aanspraak maken op kinderbijslag, kinderopvangtoeslag of welke regeling dan ook. Uit de praktijk blijkt dat veel wensouders hier vooraf nooit bij hebben stilgestaan.

5. Wet- en regelgeving op dit moment

Op draagmoederschapszaken zijn de algemene wettelijke bepalingen van toepassing. Het betreft verschillende rechtsgebieden, die uiteenlopen van het afstammings- en adoptierecht, het gezagsrecht tot het jeugdbeschermingsrecht en de Pleegkinderenwet. Het betreft dwingend recht en de onderwerpen staan niet ter vrije bepalingen van de betrokken partijen. De roep om een *lex specialis* voor het draagmoederschap is de afgelopen jaren steeds groter geworden.

Een gevolg van het feit dat er geen specifieke wet- en regelgeving bestaat voor draagmoederschapsgevallen is dat er vele hobbels genomen moeten worden voordat de wensouders de juridische ouders van het kind zijn. In het onderstaande zal een korte schets gegeven worden van de wet- en regelgeving op dit moment en het traject dat kan worden gevolgd op de weg naar het juridisch ouderschap.

5.1 *Mater semper certa est*

In Nederland kennen wij het beginsel '*mater semper certa est*'. Dit betekent dat de moeder van een kind de vrouw is uit wie het kind wordt geboren (art. 1:198 BW). Dit artikel is van openbare orde. De draagmoeder is dan ook altijd de juridisch moeder van het kind en moet op de geboorteakte worden vermeld.

5.2 *Opnemen kind in gezin*

Op het moment dat het kind is geboren en overgedragen aan de wensouders dan kunnen zij het kind opnemen in hun gezin. Indien de wensouders niet tot en met de derde graad bloed- of aanverwant van het kind zijn, dienen zij voorafgaand aan de opneming toestemming te verkrijgen van de Raad voor de Kinderbescherming (hierna 'de Raad'). Na de opneming van het kind in hun gezin dienen de wensouders hiervan melding te maken bij de gemeente. De gemeente zal dit doorgeven aan de Raad en zij zal vervolgens onderzoek bij de wensouders doen.

5.3 *Ontheffing draagmoeder uit gezag*

De opneming van het kind in het gezin betekent nog niet dat er sprake is van juridisch ouderschap. De Raad (of het Openbaar Ministerie) kan na onderzoek beslissen dat de draagmoeder en eventueel haar echtgenoot uit het gezag moeten worden ontheven. Indien er sprake is van een buitenlandse draagmoeder blijkt uit de praktijk dat het onderzoek van de Raad langer duurt. Zij moeten immers vaststellen dat de draagmoeder niet ongewild het kind heeft afgestaan of dat er sprake is van kinderhandel. Ook onderzoekt de Raad of er sprake is van commercieel draagmoederschap.

Het verzoek tot ontheffing van het gezag zal altijd moeten worden beoordeeld door de rechter. Gelijktijdig met de behandeling van het verzoek tot ontheffing kunnen de wensouders vragen om met de (tijdelijke) voogdij over het kind te worden belast. Dit kan de rechter ook toewijzen aan een derde, zoals Bureau Jeugdzorg. In de praktijk komt dit zo nu en dan voor.

5.4 *Adoptie door wensouders*

Zodra de wensouders een jaar gezamenlijk voor het kind hebben gezorgd en ten minste drie jaar lang samen hebben geleefd, kunnen zij de rechter verzoeken om het kind te adopteren.

5.5 *Erkenning*

5.5.1 *Geen van partijen is gehuwd*

Indien de wensouders en de draagmoeder niet gehuwd zijn, is het mogelijk voor de wensvader om het kind (voor of na de geboorte) met toestemming van de draagmoeder te erkennen. De erkenning kan eenvoudig bij de gemeente plaatsvinden. De wensmoeder kan pas juridisch moeder van het kind worden nadat de adoptie door de rechter is toegewezen.

5.5.2 *Draagmoeder gehuwd, wensouders niet*

Indien de draagmoeder gehuwd is dan bestaat er de mogelijkheid om een procedure te starten waarbij de gegroundverklaring van de ontkenning van het door het huwelijk ontstane vaderschap van de draagvader wordt verzocht. De mogelijkheden in de wet (art. 1:200 BW) daartoe zijn beperkt. Er zal moeten worden aangetoond dat de echtgenoot

11 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 november 2010, L/JN BP3764, RFR 2011/63 en Rb. Haarlem (vzr.) 10 januari 2011, L/JN BP0426.

van de draagmoeder niet heeft ingestemd met het draagmoederschap. Deze situatie zal weinig voorkomen.

5.5.3 *Draagmoeder niet gehuwd, wensouders wel*

Ook indien de draagmoeder niet gehuwd is, maar de wensouders wel dan is er een mogelijkheid om het kind te kunnen erkennen. Op grond van art. 1:204 lid 1 onder e BW kan de getrouwde wensvader de rechtbank verzoeken om het kind te kunnen erkennen. In draagmoederschapszaken zal er met name een beroep worden gedaan op het bestaan van 'family life' tussen wensvader en kind.

Verwijzen naar hetgeen opgenomen onder 4.1.2.

5.6 *Gerechtelijke vaststelling vaderschap*

Op verzoek van de moeder dan wel het kind (vertegenwoordigd door een bijzonder curator ex art. 1:212 BW) kan worden verzocht het vaderschap van de wensvader gerechtelijk te laten vaststellen (art. 1:207 BW). Gerechtelijke vaststelling heeft terugwerkende kracht tot aan de geboorte, in tegenstelling tot erkenning. Voorwaarde voor toewijzing van het verzoek is dat het verwekkerschap van de man (in casu de wensvader) vaststaat. Op het moment dat er sprake is geweest van een totstandkoming van de zwangerschap anders dan door geslachtsgemeenschap dan is de wensvader in juridische zin geen verwekker maar enkel biologisch vader. Uit de jurisprudentie blijkt dat rechtbanken in die gevallen aanleiding zien om aanknopingspunten te zoeken bij de jurisprudentie betreffende art. 1:204 lid 3 BW (vervangende toestemming erkenning) op grond van het bepaalde in art. 8 EVRM. Dit artikel beschermt onder meer het recht op een eigen identiteit en hieronder valt het recht op het hebben van toegang tot afstammingsgegevens. In de rechtspraak van het EHRM wordt geen onderscheid gemaakt tussen enerzijds de biologisch vader/verwekker en anderzijds de biologisch vader/donor. Voldoende is bloedverwantschap in combinatie met concrete omstandigheden benodigd voor het bestaan van een gezinsleven. De rechtbank zal aldus moeten vaststellen of er sprake is van 'family life' tussen de wensvader en het kind voordat de wensvader als biologische vader via gerechtelijke vaststelling vaderschap juridisch ouder kan worden.

5.7 *Gezag*

Naar Nederlands recht oefent de (ongehuwde) draagmoeder na de geboorte van het kind het ouderlijk gezag uit (art. 1:253b BW). Op het moment dat de wensvader de juridisch vader is dan kan hij bij de rechtbank een verzoek indienen om te worden belast met het eenhoofdig gezag over het kind (art. 1:253c BW).

5.8 *Buitenlandse draagmoederschapszaken*

In aanvulling op het voorgaande kan het zijn dat in het geval dat gebruik is gemaakt van een buitenlandse draagmoeder er nog meer juridische procedures moeten worden gevolgd. Zoals hierboven omschreven zullen onder meer de geboortegergegevens van een kind ex art. 1:25c BW opnieuw door de rechter moeten worden vastgesteld indien er

sprake is van een buitenlandse geboorteakte die in strijd is met de Nederlandse openbare orde.

Daarnaast komen er bij buitenlandse draagmoederschapszaken ook internationaal privaatrechtelijke aspecten kijken. Zo is Boek 10 BW (nieuw) van toepassing. Uit art. 10:100 lid 1 onder c jo. 10:101 lid 1 BW volgt dat in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd, welke zijn neergelegd in een door de bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke opgemaakte akte, worden erkend, tenzij deze niet is voorafgegaan door een zorgvuldig onderzoek of behoorlijke rechtspleging, dan wel indien de erkenning in strijd zou zijn met de openbare orde. Art. 10:95, 10:96 en 10:97 BW geven regels voor de beantwoording van de vraag of er familierechtelijke betrekkingen zijn ontstaan tussen de man en het kind door erkenning respectievelijk gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Uitkomst van het internationaal recht kan onder omstandigheden zijn dat bijvoorbeeld het Indiase recht van toepassing is op de erkenning die in India is gedaan door de wensvader. In India zijn er meerdere rechtsstelsels van toepassing (onder andere afhankelijk van de deelstaat en geloofsovertuiging), waardoor het voor de Nederlandse rechter vaak moeilijk is om vast te stellen welk gevolg de erkenning in India heeft. Een advies over de inhoud van het toepasselijke recht is dan noodzakelijk.

6. *De praktijk*

Met regelmaat wordt er geprocedeerd in draagmoederschapszaken. Zoals hiervoor omschreven zijn er in deze procedures vaak diverse hobbels te nemen. Uit de jurisprudentie blijkt dat ook voor advocaten het vaak nog onduidelijk is via welke weg onder meer het juridisch ouderschap kan worden bewerkstelligd. Vaak gaat men voor meerdere ankers liggen, in de hoop dat de rechter uiteindelijk de zaak tot een goed einde zal brengen. Een analyse van de jurisprudentie gaat de strekking van dit artikel te buiten. Volstaan zal daarom worden met een verwijzing naar een aantal recente uitspraken.¹² In grote lijnen valt uit deze uitspraken op te maken dat voor alle betrokken partijen onduidelijk is welke weg gevolgd zal moeten worden om alle juridische gevolgen van het draagmoederschap te regelen. Er zullen talloze vragen moeten worden beantwoord. Wat is bijvoorbeeld de status van een buitenlandse geboorteakte of een in het buitenland verrichte erkenning? Moet de weg van de gerechtelijke vaststelling vaderschap worden gevolgd of kan worden volstaan met erkenning? Op welke manier kan het ouderlijk gezag voor de wensouders wor-

¹² Rb. 's-Gravenhage 18 januari 2012, *LJN* BV2597; Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2011, *JPF* 2012/13; Rb. 's-Hertogenbosch 18 augustus 2011, *JPF* 2011/158; Hof 's-Gravenhage 13 april 2011, *JPF* 2011/136; Rb. Haarlem (vzr.) 10 januari 2011, *LJN* BP0426; Hof 's-Gravenhage 1 december 2010, *JPF* 2011/33; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 9 november 2010, *JPF* 2012/12; Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, *LJN* BN1309; Hof 's-Gravenhage 10 februari 2010, *LJN* BL8563; Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, *JPF* 2011/36; Rb. Arnhem 19 mei 2009, *LJN* BI5039.

den geregeld? Uit de jurisprudentie blijkt tevens dat een biologisch vader/donor door rechtbanken steeds vaker gelijk wordt gesteld met een biologisch vader/verwekker op grond van art. 8 ERVM en de jurisprudentie van het EHRM. Naar Nederlands recht wordt er echter nog altijd onderscheid gemaakt tussen deze begrippen. Dit zorgt voor rechtsonzekerheid en maakt dat er in procedures voor wordt gekozen om alle verschillende mogelijkheden in het verzoek op te nemen. De procedure wordt hierdoor onoverzichtelijk en de uitkomst is onzeker.

7. Aandacht in de politiek

Ook vanuit de politiek is er sinds enige tijd aandacht voor draagmoederschap. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, Fred Teeven, heeft dit onderwerp de afgelopen periode serieus opgepakt. Medio december 2011 heeft Teeven een brief aan de Tweede Kamer gestuurd waarin hij een voorzet geeft voor het maken van beleid op dit gebied.¹³ Voorafgaand aan dit advies is er tussen april 2010 en januari 2011 door het UCERF¹⁴ in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie een onderzoek uitgevoerd,¹⁵ hetgeen heeft geresulteerd in het rapport *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen*. Er is onderzocht of het Nederlandse beleid en de wetgeving op de verschillende terreinen voldoet om het doel van het voorkomen van commercieel draagmoederschap en illegale opname van kinderen, te waarborgen. Meer specifiek was het onderzoek erop gericht om informatie aan de overheid te verstrekken om te kunnen beoordelen of wijziging van het Nederlandse beleid of wetgeving wenselijk is.

Een belangrijke conclusie van het rapport luidt dat zowel het Nederlandse materiële recht alsook het Nederlandse internationale privaatrecht geen eenduidige antwoorden geeft op vragen die naar aanleiding van draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen ontstaan. Dit leidt tot onduidelijkheid over de juridische positie van het kind dat wordt geboren na draagmoederschap en tot onzekerheid over de juridische positie van wensouders en draagouders. De afspraken die partijen maken over het draagmoederschapstraject en de overdracht van het kind kunnen niet in rechte worden afgedwongen en het is niet voorspelbaar hoe de rechter zal oordelen als de afgifte van een kind wordt geweigerd. Ook met betrekking tot de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen ouderschap door middel van draagmoederschap bestaat over een aantal vragen onduidelijkheid. De rechtsonzekerheid die het Nederlandse recht kenmerkt wordt enerzijds veroorzaakt door het ontmoedigingsbeleid aangaande draagmoederschap, terwijl anderzijds voor een beperkte groep wel mogelijkheden bestaan om via draagmoederschap een gezin te stichten, zonder dat

daar rekening mee is gehouden in het afstammings- of adoptierecht.¹⁶

De in het onderzoek geconstateerde rechtsonzekerheid blijkt ook uit de praktijk. Wens- en draagouders weten vaak niet wat op het gebied van draagmoederschap wel en niet is toegestaan. Het is voor hen praktisch ondoenlijk om dit te achterhalen, zonder tussenkomst van een deskundige op dit gebied. De onzekerheid over de juridische positie van wens- en draagouders en de onduidelijkheid over de juridische positie van het kind leidt tot een zeer onwenselijke situatie. Er zullen meerdere gerechtelijke procedures gevoerd moeten worden, zonder dat de uitkomst hiervan vooraf valt te voorspellen.

Aan de hand van het UCERF-rapport heeft staatssecretaris Teeven in voornoemde brief van 16 december 2011 aan de Tweede Kamer een aantal maatregelen voorgesteld op het gebied van draagmoederschap. Hij wijst daarbij op de noodzaak en de wenselijkheid om op korte termijn maatregelen te treffen om de gesignaleerde knelpunten op te lossen. Voor april 2012 staat op de agenda van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht dat er zal worden gesproken over de mogelijkheid en de wenselijkheid van een mondiaal verdrag op het terrein van draagmoederschap. De eventuele totstandkoming van een dergelijk verdrag zal echter nog lange tijd duren. In afwachting daarvan stelt Teeven de volgende maatregelen voor:

- draagmoederschap in het buitenland wordt door Nederland geaccepteerd wanneer ten minste één wensouder genetisch verwant is met het kind en de andere genetische ouder bekend is;
- in zaken van internationaal draagmoederschap zal worden aangesloten bij art. 7 IVRK: een kind heeft, voor zover mogelijk, recht zijn of haar ouders te kennen. Dat betekent dat in geval van eicel- of zaaddonatie de donor bekend moet zijn;
- bij de toetsing van de openbare orde zal geen oordeel worden gegeven over de onkostenvergoeding die buitenlandse draagmoeders ontvangen en de medische kosten die de organisaties in rekening brengen;
- de Minister van VWS zal zich beraden over de vereisten die door de medische beroepsgroep voor het toepassen van hoogtechnologisch draagmoederschap zijn bepaald;
- er zal van overheidswege voorlichting worden gegeven over internationaal draagmoederschap; en
- in overleg met het Openbaar Ministerie zal worden bezien in hoeverre aanscherping van het handhavingsbeleid ten aanzien van draagmoederschap mogelijk en wenselijk is.

Het is nog niet bekend wanneer het inhoudelijke debat over de aanbevelingen in de Tweede Kamer zal plaatsvinden.

¹³ Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 69.

¹⁴ UCERF: Utrecht Centre for European Research into Family Law.

¹⁵ Zie brief Minister van Justitie aan Tweede Kamer van 4 november 2009 (Kamerstukken II 2009/10, 32 123 XVI).

¹⁶ Rapport UCERF, *Draagmoederschap en illegale opnemings van kinderen* 2011 WCOD, p. 300.

8. Conclusie

Zoals uit het voorgaande blijkt is het voor alle betrokken partijen van belang dat er binnen afzienbare termijn duidelijkheid komt over eventuele toekomstige wet- en regelgeving op het gebied van draagmoederschap. Op dit moment is het juridisch traject erg onzeker, hetgeen veel spanningen en hoge kosten voor de wensouders met zich brengt. Om dit te ondervangen zullen er naar onze mening duidelijke kaders moeten worden geschapen voor draagmoederschapszaken. Het is de afgelopen jaren duidelijk geworden dat draagmoederschap onderdeel uitmaakt van onze samenleving. Het door de overheid gevoerde ontmoedigingsbeleid zal hier naar alle waarschijnlijkheid weinig verandering in aanbrengen. Door het creëren van een specifieke wet- en regelgeving op het gebied van draagmoederschap is het voor wens- en draagouders mogelijk om zich vooraf te laten informeren over de juridische gevolgen van draagmoederschap. Op die manier kunnen langdurige gerechtelijke procedures met een onzekere uitkomst worden vermeden. Ook kunnen wensouders een weloverwogen keuze maken om via draagmoederschap een kind te krijgen. Er zal een einde gemaakt moeten worden aan de thans bestaande rechtsonzekerheid.

Het is een grote stap voorwaarts dat er zowel nationaal als internationaal (politieke) aandacht is voor het probleem. Het wachten is nu op de uitkomst van de Haagse Conferentie en de inhoudelijke bespreking in de Tweede Kamer van de door Teeven voorgestelde maatregelen. Daarna zal duidelijk worden of en op welke termijn er zal worden gewerkt aan specifieke wet- en regelgeving. Wij wachten de uitkomst met belangstelling af.