NILG FAMILIE & RECHT 4

Commercieel draagmoederschap en illegale opneming van kinderen

Katharina Boele-Woelki • Ian Curry-Sumner • Wendy Schrama • Machteld Vonk

Boom Juridische uitgevers

Commercieel draagmoederschap en illegale opneming van kinderen

Katharina Boele-Woelki
Ian Curry-Sumner
Wendy Schrama
Machteld Vonk

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2012

Redactie reeks Familie & Recht
Prof.mr.dr. Mascha Antokolskaia, Vrije Universiteit Amsterdam
Prof.dr. Katharina Boele-Woelki, Universiteit Utrecht
Prof.mr.dr. Leon Verstappen, Rijksuniversiteit Groningen

De reeks Familie & Recht is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebeid van het familierecht in het kader van de Aliantie Familie & Recht. De Aliantie beoogt de bestudering van het nationale, internationale en vergelijkende familierecht vanuit mono- en multidisciplinaire perspectief te bevorderen. Zij maakt deel uit van het *Netherlands Institute for Law and Governance* (NILG).

www.nilg.nl

© 2012 K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, W. Schrama en M. Vonk / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-587-3
NUR 822

www.bju.nl

VOORWOORD

Dit boek bevat het rapport *Draagmoederschap en illegale adoptie van kinderen* dat in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC) is geschreven door onderzoekers van UCERF. Aanleiding voor het onderzoek was een aantal incidenten dat de afgelopen jaren aan het licht kwam, waarbij sprake was van commercieel draagmoederschap en/of illegale opneming. Deze incidenten hebben diverse keren tot vragen in de Tweede Kamer geleid. De minister van Justitie heeft in reactie hierop toegezegd onderzoek te laten doen naar de aard en omvang van commercieel draagmoederschap en illegale opneming, zodat inzichtelijk wordt wat zich afspeelt op dit terrein in landen waar meer mogelijk is dan in Nederland en wat de gevolgen hiervan zijn bij terugkeer van de wensouders in Nederland.

Het door UCERF uitgevoerde onderzoek is op 1 maart 2011 aan de Tweede Kamer aangeboden. Op instigatie van de Staatssecretaris is vervolgens eind maart 2011 een expertmeeting georganiseerd waar deskundigen uit verschillende organisaties en instanties aan hebben deelgenomen. Het verslag van de expertmeeting, evenals de reactie van de Staatssecretaris op het rapport zijn op 1 november 2011 naar de Tweede Kamer gezonden. In zijn reactie van 16 december 2011 op het rapport wil de Staatssecretaris inzicht geven in de richting die hij ten aanzien van nieuw beleid rondom draagmoederschap wil inslaan. De reactie bevat dan ook een ruwe schets van de voorgestelde maatregelen om problemen rondom draagmoederschap te beperken en de rechten van kinderen die uit een draagmoeder worden geboren beter te beschermen. Een aantal maatregelen betreft draagmoederschapsconstructies die in het buitenland plaats vinden, maar er is ook aandacht voor nationale gevallen van draagmoederschap.

Met betrekking tot grensoverschrijdende draagmoederschappen stelt de Staatssecretaris voor dit soort constructies te accepteren zolang ten minste een van de wensouders genetisch verwant is aan het kind. Waar echter geen van beide wensouders genetisch verwant is aan het kind zal adoptie plaats moeten vinden. Bovendien zal ook in grensoverschrijdende gevallen rekening moeten worden gehouden met de Nederlandse wetgeving met betrekking tot donorgegevens. Dit betekent dat de identiteit van een eicel- en/of spermadonor voor het kind te achterhalen moet zijn. De Staatssecretaris gaat in de reactie verder niet in op de vraag hoe een dergelijke eis kan worden gehandhaafd en wat de gevolgen zijn wanneer deze gegevens niet voor het kind te achterhalen zijn. Dat zal later moeten blijken. Ook over de regeling met betrekking tot het verstrekken van reisdocumenten aan kinderen die via draagmoederschap zijn geboren is nader overleg met de betreffende ministers noodzakelijk. Met betrekking tot de strenge eisen die in Nederland aan hoogtechnologisch draagmoederschap worden gesteld, kondigt de Staatssecretaris aan dat de minister van VWS de voorwaarden voor hoogtechnologisch draagmoederschap

zoals die door de beroepsgroep zijn opgesteld onder de loep zal nemen en haar reactie hierop in de eerste maanden van 2012 naar de Tweede Kamer zal sturen.

Naast deze inhoudelijke maatregelen, zal meer aandacht worden besteed aan voorlichting over de gevolgen van het krijgen van een kind via draagmoederschap. De verwachting is dat de betrokkenen hierdoor beter op de hoogte zullen zijn van de valkuilen en de rechter minder vaak met zaken die in strijd zijn met het Nederlandse beleid zal worden geconfronteerd. Daarnaast zal in samenspraak met het OM worden gekeken of strengere handhaving van het draagmoederschapsbeleid noodzakelijk is.

Het is duidelijk dat het onderwerp *draagmoederschap en illegale opneming van kinderen* op de agenda van de Tweede Kamer blijft staan en dat er ruimte lijkt te zijn voor een open blik waarbij het vinden van oplossingen voor problemen omtrent draagmoederschap die zich nu voordoen, breder wordt gedragen. Daarbij is het onderhavige boek van nut. Het geeft onder andere inzicht hoe in andere landen met het fenomeen draagmoederschap wordt omgegaan.

Aan de totstandkoming van dit rapport hebben naast de auteurs meegewerkt: dr. Richard Blauwhoff, dr. Christine Budzikiewicz, Trix Ditvoorst, dr. Olga Cherednychenko, Leon Dijkman, LL.B, Jessica Dorsey, LL.M, dr. Aristides N. Hatzis, Dominic Hockley, BA (Cantab), dr. Christina Jeppesen-de Boer, mr. Evelien de Kezel, mr. Rozemarein Leen, dr. Tarunabh Khaitan, Jane Stoll en Diederik Wolters Rückert, LL.M. Zonder hen had het rapport niet tot stand kunnen komen.

Machteld Vonk

Utrecht, januari 2012

INHOUDSOPGAVE

DEEL I INLEIDING **1**

1 Aanleiding voor het onderzoek **1**

2 Structuur **3**

3 Methoden van onderzoek **5**

4 Kernsituaties **10**

5 Ten slotte **14**

DEEL II BLIK OP NEDERLAND: WAT KAN HIER TE LANDE? **15**

1 Doelstellingen **15**

2 De strafrechtelijke aspecten van draagmoederschap **15**
2.1 Inleiding 15
2.2 Schets van de ontwikkelingen 15
2.3 Verbod op (het bevorderen van) het illegaal opnemen van pleegkinderen onder de zes maanden 17
2.4 Draagmoederschap 19
2.5 Andere strafrechtelijke bepalingen 25
2.6 Jurisprudentie strafrecht 28
2.7 Overzicht van de strafbepalingen met bijbehorende strafmaten 33
2.8 Afsluiting 34

3 Privaatrechtelijke aspecten van draagmoederschap **35**
3.1 Inleiding 35
3.2 Schets van de ontwikkelingen 36
3.3 Het recht van het kind op kennis omtrent zijn ontstaansgeschiedenis 39
3.4 Hoogtechnologisch draagmoederschap met eigen genetisch materiaal van de wensouders 41
3.5 De rol van een draagmoederschapscontract 45

3.6 Overgang van het kind van het gezin van de draagmoeder naar het gezin van de wensouders: de juridische positie van de betrokkenen ten aanzien van het kind 49
3.7 Conflict tussen draagmoeder en wensouders 63
3.8 Valse geboorteaangifte 74
3.9 Afsluiting 77

4 Omvang van het probleem in Nederland 79

DEEL III: NAAR HET BUITENLAND 81

1 Inleiding 81
1.1 Methoden van onderzoek fenomeenstudie 81
1.2 Methoden van onderzoek landenrapporten 82

2 Fenomeenstudie 83
2.1 Griekenland: Crete Fertility Centre Medical Ltd. 85
2.2 India: Surrogacy India 89
2.3 Oekraïne: International Surrogate Motherhood Centre – La Vita Felice 96
2.4 Verenigde Staten: Simple Surrogacy, LLC 104
2.5 Verenigde Staten: Growing Generations 108
2.6 Israël: The Surrogacy Center In Israel 115
2.7 Gebruik van fora 117

3 Landenrapporten 122
3.1 Californië 122
3.2 Griekenland 136
3.3 India 145
3.4 Oekraïne 155

DEEL IV TERUGKEER NAAR NEDERLAND: INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT EN VREEMDELINGENRECHT 167

1 Inleiding 167
1.1 Introductie 167
1.2 Geboorteaktes 170
1.3 Andere bescheiden 171
1.4 Plan van behandeling 171

2 Bevestiging van beoogde afstammingsrelatie 172
2.1 Inleiding 172
2.2 Vreemdelingenrecht 173
2.3 Rechtsfeiten en rechtshandelingen 176

2.4 Buitenlandse rechterlijke beslissingen 190

3 Erkenning van het ouderschap door adoptie 192
3.1 Inleiding 192
3.2 Vreemdelingenrecht 193
3.3 Definities 196
3.4 Plan van behandeling 199
3.5 Adopties conform HAV 199
3.6 Ouders hebben gewone verblijfplaats binnen Nederland 200
3.7 Ouders hebben gewone verblijfplaats buiten Nederland 202
3.8 Gevolgen van strijdigheid met Wobka of Wcad 204

4 Vaststelling van het pleegouderschap over het kind 211
4.1 Inleiding 211
4.2 Vreemdelingenrecht 212
4.3 Definitie Pleegkind 214
4.4 Privaatrechtelijke situatie 215
4.5 Grensvlakken tussen adoptie en pleegouderschap 215

5 Overzicht van de relevante wetgeving ingeval van opneming van een buitenlands kind 219

6 Omvang van het probleem 221

DEEL V EUROPESE LANDEN 223

1 België 223
1.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht 223
1.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie 223
1.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht 223
1.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen 223
1.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap 224
1.6 Status draagmoederschapscontract 225
1.7 Juridisch ouderschap wensouders 225
1.8 Registratie bij geboorte 227
1.9 Adoptie 229
1.10 Relevantie genetische verwantschap 229
1.11 Illegale opneming van kind 230
1.12 Recente rechtsontwikkelingen 230

2 Duitsland 231
2.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht 231
2.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie 233
2.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht 233
2.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen 236

2.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap 236
2.6 Status draagmoederschapscontract 237
2.7 Juridisch ouderschap wensouders 239
2.8 Registratie bij geboorte 240
2.9 Adoptie 241
2.10 Relevantie genetische verwantschap 242
2.11 Illegale opneming van kind 242
2.12 Recente rechtsontwikkelingen 243

3 Engeland 243
3.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht 243
3.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie 244
3.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht 255
3.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen 245
3.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap 246
3.6 Status draagmoederschapscontract 247
3.7 Juridisch ouderschap wensouders 247
3.8 Registratie bij geboorte 249
3.9 Adoptie 250
3.10 Relevantie genetische verwantschap 250
3.11 Illegale opneming van kind 251
3.12 Recente rechtsontwikkelingen 252

4 Frankrijk 254
4.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht 254
4.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie 254
4.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht 255
4.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen 257
4.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap 257
4.6 Status draagmoederschapscontract 258
4.7 Juridisch ouderschap wensouders 258
4.8 Registratie bij geboorte 258
4.9 Adoptie 258
4.10 Relevantie genetische verwantschap 259
4.11 Illegale opneming van kind 259
4.12 Recente rechtsontwikkelingen 259

5 Noorwegen 260
5.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht 260
5.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie 261
5.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht 262
5.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen 263
5.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap 263
5.6 Status draagmoederschapscontract 263
5.7 Juridisch ouderschap wensouders 264

5.8 Registratie bij geboorte 265
5.9 Adoptie 265
5.10 Relevantie genetische verwantschap 267
5.11 Illegale opneming van kind 267
5.12 Recente rechtsontwikkelingen 268

6 Polen 270
6.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht 270
6.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie 271
6.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht 272
6.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen 272
6.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap 272
6.6 Status draagmoederschapscontract 273
6.7 Juridisch ouderschap wensouders 273
6.8 Registratie bij geboorte 274
6.9 Adoptie 275
6.10 Relevantie genetische verwantschap 275
6.11 Illegale opneming van kind 276
6.12 Recente rechtsontwikkelingen 276

7 Spanje 277
7.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht 277
7.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie 278
7.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht 280
7.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen 281
7.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap 281
7.6 Status draagmoederschapscontract 281
7.7 Juridisch ouderschap wensouders 282
7.8 Registratie bij geboorte 282
7.9 Adoptie 282
7.10 Relevantie genetische verwantschap 282
7.11 Illegale opneming van kind 283
7.12 Recente rechtsontwikkelingen 283

8 Zweden 284
8.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht 284
8.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie 285
8.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht 286
8.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen 287
8.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap 287
8.6 Status draagmoederschapscontract 287
8.7 Juridisch ouderschap wensouders 288
8.8 Registratie bij geboorte 289
8.9 Adoptie 290
8.10 Relevantie genetische verwantschap 291

8.11 Illegale opneming van kind 291
8.12 Recente rechtsontwikkelingen 291

DEEL VI VERGELIJKENDE TABELLEN 293

1 Wettelijke regelingen, beleid en jurisprudentie ten opzichte van draagmoederschap 293

2 Strafrechtelijke bepalingen 295

3 Status van draagmoederschapscontracten 298

4 Toekenning ouderschap aan de wensouders 300

5 Geboorteregistratie 302

DEEL VII SAMENVATTING VAN HET ONDERZOEK 305

1 Inleiding 305

2 Opbouw van het onderzoeksrapport 307

3 Omvang van het probleem 307

4 Bevindingen per deel 309

5 Conclusie 314

RESEARCH SUMMARY 317

1 Introduction 317

2 Structure of the research rapport 319

3 Scope of the problem 319

4 Conclusions per section 320

5 Conclusion 325

LEDEN VAN DE BEGELEIDINGSCOMMISSIE 329

BEGRIPPENLIJST 331

GEBRUIKTE AFKORTINGEN **333**

LITERATUUR **335**

DEEL I: INLEIDING

1 AANLEIDING VOOR HET ONDERZOEK

De aandacht voor commercieel draagmoederschap en illegale opneming van een kind in Nederland neemt toe. Van de mogelijkheden die het internet biedt gaat in dit opzicht een globaliserende werking uit, in die zin dat vraag en aanbod naar kinderen gemakkelijker op elkaar kunnen worden afgestemd.[1] Daarnaast bieden voortschrijdende medische voortplantingstechnieken mogelijkheden om toch een (deels) genetisch eigen kind te krijgen, bijvoorbeeld met behulp van hoogtechnologisch draagmoederschap.[2] Bij de Centrale Autoriteit voor Interlandelijke Adoptie en de Raad voor de Kinderbescherming is een aantal zaken bekend van commercieel draagmoederschap en van illegale opneming van een buitenlands kind, al dan niet na draagmoederschap. In de media wordt ook regelmatig over deze onderwerpen bericht.[3] Daarnaast trekken Belgische zaken in dit verband in Nederland de aandacht.[4] Dit heeft ertoe geleid dat hierover in de Tweede Kamer diverse keren Kamervragen zijn gesteld.[5] De minister van Justitie heeft in reactie hierop aan de Tweede Kamer toegezegd onderzoek te laten doen naar de aard en omvang van commercieel draagmoederschap en illegale opneming, zodat inzichtelijk wordt wat zich afspeelt op dit terrein in landen waar meer mogelijk is dan in Nederland. Het onderzoek is verricht in opdracht van het WODC op verzoek van de directie Justitieel Jeugdbeleid.

De ratio die aan het Nederlandse recht ten grondslag ligt is dat commercieel draagmoederschap en de illegale opneming van buitenlandse kinderen onwenselijk zijn. Diverse maatregelen zijn in het leven geroepen om beide verschijnselen tegen te gaan, zowel in strafrechtelijk opzicht[6] als in het kader van het vreemdelingenrecht. Het belang van het kind speelt daarbij een belangrijke rol, zowel op microniveau (het kind in een individueel geval) als op

---

1 Voor de periode vóór het veelvuldige gebruik van internet zie Boele-Woelki & Oderkerk 1999.

2 Dermout 2001.

3 M. Veerman, 'Nederlandse draagmoeders verdienen grof geld aan het illegaal afstaan van kinderen', *Nieuwe Revu* 2008; 'Kindje kopen', *Goedele* 2010; J. Müller, 'Moeder: onbekend', *NRC Handelsblad* 4 oktober 2008, p. Z06; Z. Brand Frank, 'Google_Baby', uitgezonden bij NOVA Nederland 3, 17 november 2009; F. van Wiggen, 'Baby's op bestelling', *Opzij* 2009-november, p. 64-65.

4 Rb. Zwolle 27 november 2008, *LJN* BG5827 en Rb. Gent 24 december 2009 (*Baby Jayden*), Rb. Utrecht 24 oktober 2007, *LJN* BB6360 en Hof Amsterdam 25 november 2008, *LJN* BG5157 (*Baby Donna*).

5 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 XVI, nr. 154; *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 1225, 1226 en 1227; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30.

6 Art. 151 onder b en c, 225, 236, 278, 279 en 442a Sr.

macroniveau (voorkomen van onwenselijke commercialisering van baby- en kinderhandel met het oog op gezinsvorming). Ook de belangen van de draagmoeder zijn bij dit beleid relevant. De minister van Justitie wijst in dit verband op de gecompliceerde ethische en juridische vraagstukken en psychologische effecten voor moeder en kind.[7] De bescherming van het kind is ook in het geding door het illegaal opnemen van een kind (uit het buitenland) in Nederland, dus het naar Nederland halen van een kind in strijd met de daarvoor speciaal ontworpen rechtsregels en procedures. Illegale opneming kan een vervolgstap zijn na commercieel draagmoederschap; een kind komt naar Nederland, nadat wensouders die in Nederland wonen een kind in het buitenland hebben "besteld". Daarnaast kan ook zonder commercieel draagmoederschap sprake zijn van het illegaal opnemen van een kind in Nederland. In deze gevallen worden juridische normen overtreden en ontbreken transparantie en zorgvuldigheid in de adoptieprocedure, met alle gevolgen van dien in eerste instantie voor kinderen, maar ook voor de betrokken (biologische en wens-) ouders. Daarnaast is het internationale juridische kader van belang, zoals artikel 7 lid 1 IVRK waarin het recht van het kind op afstammingsvoorlichting en het recht om door zijn of haar ouders te worden verzorgd is neergelegd. Ook het daarbij behorende Facultatief Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie is in deze context relevant. Nederland heeft in dit opzicht dus internationale verplichtingen.

De doelstelling van dit onderzoek moet worden gezien tegen de achtergrond van het streven van de Nederlandse wetgever om een aantal manieren waarop wensouders in Nederland een kind kunnen krijgen, te ontmoedigen. Het gaat daarbij om juridisch complexe kwesties. De vraag is of met het oog op de actuele ontwikkelingen het Nederlandse beleid en de wetgeving op de verschillende terreinen voldoen om het doel van het voorkomen van commercieel draagmoederschap en illegale opname van kinderen, te waarborgen. Om die vraag te kunnen beantwoorden is het nodig om meer inzicht te verkrijgen in de aard van deze (inter)nationale ontwikkelingen en de gevolgen daarvan voor Nederland.

Meer specifiek is dit onderzoek erop gericht om informatie te verstrekken om te bezien of wijziging van Nederlands beleid of wetgeving wenselijk is waar het gaat om het voorkomen van commercieel draagmoederschap en de illegale opneming van buitenlandse kinderen.

Daarbij zijn vier rechtsgebieden relevant:

1. het nationale Nederlandse familie- en contractenrecht;
2. het internationale familierecht, vooral de Wobka en de regelgeving inzake adoptie (HAV, de Wcad), en de Wca;

[7] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30.

3. het Nederlandse strafrecht, waarin bepaald handelen in dit opzicht met strafrechtelijke sancties wordt bedreigd;
4. het Nederlandse vreemdelingenrecht.

Het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie (WODC) vroeg om een vergelijkend onderzoek naar de ervaringen in andere landen. De volgende vragen komen in dit onderzoek aan bod:

- Wat is de aard (en omvang) van commercieel draagmoederschap, illegale opneming van (buitenlandse) kinderen en de combinatie van commercieel draagmoederschap en illegale opneming?
- Met welke landen heeft Nederland daarbij te maken en hoe is de juridische vormgeving ten aanzien van deze onderwerpen in die landen?
- In hoeverre is er conformiteit met Nederlandse wetgeving en in welke situaties kunnen er in Nederland problemen ontstaan als gevolg van ruimere wetgeving in die landen?
- Zijn er andere Europese landen met vergelijkbare problemen, en hoe lossen zij deze op?

Deze onderzoeksvragen kunnen in twee categorieën worden onderverdeeld. *Ten eerste* de vraag naar de ruimere mogelijkheden voor draagmoederschap en andere manieren om een kind uit het buitenland naar Nederland te brengen dan het Nederlandse recht kent. Dit kan zien op feitelijke situaties (veel aanbod) of juridische mogelijkheden (ruimere normstelling) of een combinatie van beide. Indien sprake is van ruimere mogelijkheden in het buitenland ligt het in de lijn der verwachting dat wensouders uit Nederland daarvan gebruik maken. In dat geval rijst de vraag of het tegengaan van deze ontwikkelingen binnen de Nederlandse rechtsorde mogelijk is met het bestaande instrumentarium.

Ten tweede zijn er Europese landen die net als Nederland worden geconfronteerd met internationaal draagmoederschap en illegale opneming van kinderen. Te onderzoeken valt hoe in die landen wordt omgegaan met de problemen die daaruit voortvloeien. In een aantal landen zijn recentelijk maatregelen genomen of in voorbereiding die trachten commercieel draagmoederschap tegen te gaan. Deze maatregelen kunnen mogelijkerwijs tot inspiratie dienen bij het opstellen van nieuwe wetgeving en beleid in Nederland.

2 STRUCTUUR

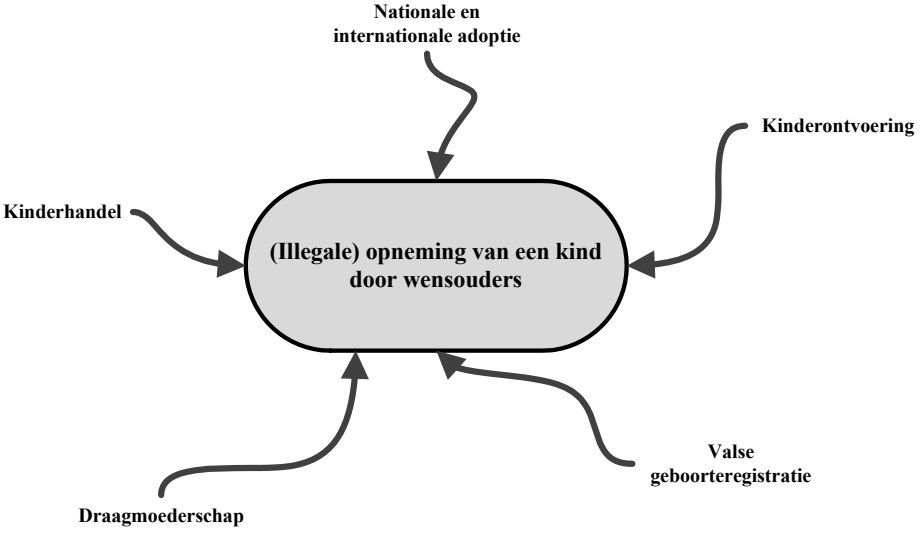
Draagmoederschap en illegale opneming van een kind is een complexe materie en de scheidslijnen tussen het ene en het andere zijn niet duidelijk te trekken.

Bij *draagmoederschap* gaat het om de situatie waarin vóór de geboorte afspraken tussen wensouders en draagmoeder gemaakt zijn over de conceptie van het kind en de afstand na de geboorte. Draagmoederschap is te onderscheiden in *commercieel draagmoederschap* waarbij betaling voor het dragen en baren van het kind een essentieel kenmerk is en *altruïstisch draagmoederschap*, waarbij weliswaar afspraken over vergoeding van kosten kunnen worden gemaakt, maar waarbij voor het dragen en baren van het kind geen financiële vergoeding aan de draagmoeder door de wensouders wordt betaald. Daarnaast zijn grensgevallen denkbaar, waarbij het aankomt op een kwalificatie van de afspraken die zijn gemaakt om te kunnen beoordelen of het om commercieel of niet-commercieel draagmoederschap gaat.

Illegale opneming van een kind in Nederland kan in het verlengde liggen van een draagmoederschap maar kan zich ook buiten een draagmoederschapsconstructie voordoen, bijvoorbeeld indien een kind met het oog op adoptie of pleegouderschap naar Nederland wordt gebracht zonder dat de regels van de Wobka, de Wca, de Wcad of de vreemdelingenrechtelijke regelgeving die daarvoor gelden in acht zijn genomen.

Ter verduidelijking van de verschillende wegen die wensouders zouden kunnen gebruiken, zijn in onderstaande tekening de situaties van opname/komst van een buitenlands kind in/naar Nederland weergegeven.

Schema 1: Opname komst buitenlands kind in/naar Nederland



Het verloop van een draagmoederschap is bepalend voor de opbouw van het onderzoeksrapport waarbij een chronologische volgorde is aangehouden. Eerst wordt voor de wensouders de situatie in Nederland in kaart gebracht: welke rechtspositie hebben zij naar Nederlands recht? Vervolgens wordt het perspectief verplaatst naar landen waar wensouders naar toe zouden kunnen gaan omdat volgens het daar geldende recht draagmoederschap is toegestaan. Daarbij wordt aandacht besteed aan de positie van alle betrokkenen: wensouders, draagmoeders en kinderen. Ten slotte volgt het onderzoek de kinderen die naar Nederland komen. De centrale vraag is of de in het buitenland verkregen rechtspositie in Nederland wordt erkend. Ook in andere Europese landen doet zich het fenomeen draagmoederschap en illegale opneming van kinderen voor. De benaderingen en oplossing die elders worden gehanteerd kunnen voor de vraag of wijziging van wet en beleid in Nederland nodig en wenselijk is tot inspiratie dienen. In vergelijkende tabellen wordt zichtbaar hoe verschillend de antwoorden zijn.

Indachtig het verloop van een draagmoederschap waarbij wensouders naar het buitenland gaan en de vraag hoe in Nederland in de toekomst hiermee moet worden omgegaan is het onderzoek als volgt ingedeeld:

Deel I:	Inleiding
Deel II:	Blik op Nederland: wat kan hier te lande?
Deel III:	Naar het buitenland: welke mogelijkheden bestaan in andere landen?
Deel IV:	Terugkeer: hoe komt het kind naar Nederland en welke status heeft het hier?
Deel V:	Welke oplossingen bieden andere Europese landen?
Deel VI:	Vergelijkende tabellen
Deel VII:	Samenvatting van het onderzoek

3 METHODEN VAN ONDERZOEK

Hieronder wordt per deel uiteengezet welke onderzoeksvragen worden gesteld en welke methoden worden gebruikt. In de verschillende stadia van het onderzoek worden in totaal twaalf buitenlandse rechtsstelsels voor verschillende doeleinden betrokken:

1. Vier buitenlandse rechtsstelsels (geselecteerd op basis van de fenomeenstudie) waar draagmoederschap op grote schaal plaatsvindt en waar vooral Nederlandse wensouders naar toe gaan.

2. Acht Europese rechtsstelsels die voor Nederland ten aanzien van de bestrijding van commercieel draagmoederschap en illegale opneming van kinderen als inspiratiebron kunnen dienen.

Deel I: Inleiding
De achtergrond en aanleiding van het onderzoek worden in dit deel belicht. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de definitie van de termen *commercieel en altruïstisch draagmoederschap* en *illegale opneming van kinderen*. De probleemstelling wordt uitgewerkt en de opbouw van de studie wordt uitgelegd. Om inzicht te krijgen in de verschillende facetten van de problematiek is in de beginfase van het onderzoek op 31 mei 2010 door het onderzoeksteam een 'Expertmeeting draagmoederschap' georganiseerd. Deze vond plaats op het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Vertegenwoordigers van verschillende organisaties die in de praktijk met draagmoederschap in aanraking komen, waren voor deze bijeenkomst uitgenodigd. Het voornaamste doel van deze bijeenkomst was om inzicht te krijgen in de ervaring van de verschillende experts met draagmoederschap en in het bijzonder de verschillende vormen van draagmoederschap en andere vormen van illegale opneming, de omvang van dit fenomeen, (inter)nationale ontwikkelingen en de consequenties daarvan voor Nederland. Aan deze expertmeeting namen vertegenwoordigers van de volgende organisaties deel:[8] de Centrale Autoriteit voor Interlandelijke Adoptie; een vertegenwoordiger van de advocatuur; Defence for Children; de IND; de Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken; het Landelijk Bureau van de Raad voor de Kinderbescherming en het VU Medisch Centrum in Amsterdam.

Deel II: Blik op Nederland: wat kan hier te lande?
In dit deel is de rechtspositie van wensouders het vertrekpunt: wat is hun rechtspositie binnen het Nederlandse recht? Het gaat dus om het Nederlandse materiële recht en de hoofdvraag wordt beantwoord wanneer draagmoederschap is toegestaan, waar de grenzen liggen tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap en hoe de verschillende rechtsgebieden die een rol spelen bij het draagmoederschap en illegale opneming met elkaar samenhangen.

Het gaat daarbij om een analyse van:

- het Nederlandse materiële familierecht in het Burgerlijk Wetboek;
- het jeugdbeschermingsrecht;
- het gezondheidsrecht;

[8] Nederlandse vergunninghouders die internationale adopties bemiddelen hebben niet op de uitnodiging gereageerd.

- het contractenrecht;
- het strafrecht.

Daarnaast is een belangrijk doel van dit deel om de onderlinge samenhang tussen de rechtsgebieden overzichtelijk te presenteren, zodat een geïntegreerd overzicht bestaat van de rechtspositie van de betrokken personen (kind, draagmoeder, wensouders) en de mogelijkheden van de Staat om te interveniëren dan wel de legale routes van knelpunten te ontdoen.

Deel III: Naar het buitenland
Aangezien er maar beperkte mogelijkheden zijn voor draagmoederschap in Nederland, nemen sommige paren hun toevlucht tot het buitenland. In dit deel komt eerst de vraag aan de orde welke informatie Nederlandse paren kunnen vinden over draagmoederschap in het buitenland. Dit onderdeel is gebaseerd op een inventariserende fenomeenstudie waarbij gebruik is gemaakt van een tweetal onderzoeksmethodes:

1. een internetsearch naar de inhoud van websites waar draagmoederschap wordt aangeboden en naar fora waar over draagmoederschap wordt gecommuniceerd;
2. interviews met zeven professionele actoren in Nederland.

Mede op basis van de fenomeenstudie is een viertal landen geselecteerd waar draagmoederschap, ook voor paren die uit het buitenland komen, mogelijk is. Deze landen zijn: Californië, Griekenland, India en Oekraïne. Wetgeving en praktijk in deze vier landen worden uitgebreid besproken. Aandacht wordt besteed aan de voorwaarden van het ter plaatse geldende recht. Het doel van dit deel is om beter zicht te krijgen (anders dan het globale overzicht uit de fenomeenstudie) op de procedures, voorwaarden die in het buitenland gelden. Daarnaast gaat het om de vraag wanneer draagmoederschap in overeenstemming is met de materiële regelgeving in de buitenlandse rechtsstelsels. Deze informatie is van belang om helder te krijgen wanneer het voor Nederlandse wensouders aantrekkelijk is om naar dit land te gaan, bijvoorbeeld omdat commercieel draagmoederschap aldaar onder bepaalde voorwaarden is toegestaan.

De volgende onderzoeksvragen werden voor elk rechtsstelsel beantwoord door juridische deskundigen afkomstig uit de jurisdictie:

1. Is er een wettelijke regeling voor draagmoederschap in het *civiele recht?* Zo ja, beschrijf de wettelijke regeling, geef aan wat er geregeld

is, waar de regeling te vinden is en sinds wanneer. Geef ook aan of er een onderscheid gemaakt wordt tussen verschillende vormen van draagmoederschap, bijvoorbeeld commercieel versus altruïstisch en hoogtechnologisch (waarbij het genetische materiaal al dan niet afkomstig is van beide wensouders) versus laagtechnologisch (waarbij de eicel al dan niet afkomstig is van de draagmoeder).

2. Zijn er mogelijkheden of beperkingen in de jurisprudentie gecreëerd voor (commercieel) draagmoederschap en de overdracht van juridisch ouderschap na (commercieel) draagmoederschap?
3. Is er een wettelijke regeling rond draagmoederschap in het strafrecht? Wat is strafbaar en welke sancties zijn daaraan verbonden? Wordt hierbij onderscheid gemaakt tussen verschillende vormen van draagmoederschap, bijvoorbeeld tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap? Wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen de draagmoeder, bemiddelaar, wensouders?
4. Wordt er daadwerkelijk vervolgd door de betreffende justitiële instantie en vinden veroordelingen door de rechterlijke macht plaats bij overtreding van de strafrechtelijke normen?
5. Wat zijn de gevolgen van commercieel draagmoederschap dat zich binnen de grenzen van uw jurisdictie afspeelt? Is de opneming van het kind in het gezin van de wensouders per definitie illegaal?
6. Wat is de status van een draagmoederschapscontract (met winstoogmerk)? Is deze afdwingbaar?
7. Hoe worden de wensouders juridisch ouders naar het interne materieel familierecht?
8. Hoe vindt de registratie van de wensouders op de geboorteakte/latere akte plaats? Loopt deze route via een administratieve instantie of de burgerlijke stand, via de rechter of via beide?
9. Indien adoptie nodig is om juridisch ouder te worden, zijn er dan verschillen met adoptie van kinderen die niet via draagmoederschap verwekt zijn? Maakt het daarbij uit of het om commercieel of altruïstisch draagmoederschap gaat?
10. Wat is de relevantie van genetische verwantschap van een of beide wensouders met het kind?
11. In Nederland komt het voor dat na een illegale opneming (in relatie tot draagmoederschap of los daarvan) de pleegouders bij de Nederlandse rechter een adoptieverzoek indienen of vragen met de voogdij te worden belast. Het kind is dan in de regel al langere tijd in Nederland. De rechter wordt dan in feite voor een *fait accompli* geplaatst. Vaak spreekt hij de adoptie uit of belast hij de pleegouders met de voogdij met een beroep op artikel 3 IVRK. Het belang van het kind als individu

staat daarbij voorop. Het gebeurt dat het OM in een dergelijk geval overgaat tot strafvervolging van de ouders ter fine van normhandhaving. Het gaat dan om het belang van het kind als groep bij preventie. Hoe gaat men hiermee om in de te onderzoeken landen?

12. Doen zich momenteel specifieke rechtsontwikkelingen voor terzake van draagmoederschap of illegale opneming (in relatie tot draagmoederschap of los daarvan)? Zijn er bijvoorbeeld belangrijke uitspraken, wetsvoorstellen of een discussie in de literatuur over draagmoederschap?

Bij de analyse van de vier rechtsstelsels is zowel de *law in the books* (wettelijke regelingen, literatuur)[9] als de *law in action* (jurisprudentie)[10] in acht genomen.

Deel IV: Terugkeer naar Nederland: internationaal privaatrecht en vreemdelingenrecht

In dit deel wordt onderzocht hoe naar Nederlands recht wordt omgegaan met buitenlandse draagmoederschapsconstructies die conform de plaatselijke regels tot stand zijn gekomen. Dit is de volgende stap waarbij de wensouders uit Nederland, die naar het buitenland zijn gegaan, met een in het buitenland geboren kind naar Nederland komen. In dit deel wordt zowel het vreemdelingenrecht als het internationaal privaatrecht integraal besproken. Voor het internationaal privaatrechtelijke perspectief moeten twee situaties worden onderscheiden:

1. De afstammingsrelatie tussen het kind en de wensouders is tot stand gekomen in Nederland.
2. De afstammingsrelatie tussen het kind en de wensouders is tot stand gekomen in het buitenland.

Voor beide situaties gelden andere regels van internationaal privaatrecht. Het gaat om het HAV, de Wobka, de Wca en de Wcad. Bij de bespreking van deze regelgeving zijn de vier eerder genoemde landen (Californië, Griekenland, India en Oekraïne) als uitgangspunt genomen. Bovendien is in dit hoofdstuk ook de informatie die uit de interviews is verkregen verwerkt. Er zijn in het kader van dit onderzoek interviews gehouden met de volgende personen:

---

9 De totstandkoming van de regelgeving, de parlementaire geschiedenis, voor zover relevant met betrekking tot de onderzoeksvragen en studie van literatuur.

10 Analyse van jurisprudentie om vast te stellen hoe de relevante rechtsregels worden toegepast.

- Eric Gubbels, Dienst Persoons- en Geo-informatie, gemeente Amsterdam;
- Vera Kidjan, Everaert Advocaten;
- Janneke Kouwenhoven, ministerie van Justitie: Centrale Autoriteit voor Interlandelijke Adoptie;
- Henk Kokken, ambtenaar van de burgerlijke stand, gemeente 's-Gravenhage;
- Medewerkers van de IND;
- Laura Bosch, Defence for Children;
- Jeanette van Duffelen en Madelon de Vries, Raad voor de Kinderbescherming.

Deel V: Europese landen: welke oplossingen bieden andere Europese landen?
In dit deel wordt de houding van het recht ten opzichte van commerciële en altruïstisch draagmoederschap in een achttal Europese landen besproken, te weten: België, Duitsland, Engeland, Frankrijk, Noorwegen, Polen, Spanje en Zweden. Deze overzichten verstrekken informatie hoe in deze landen wordt omgegaan met het fenomeen draagmoederschap en illegale opneming van kinderen. De landenrapporten zijn opgesteld aan de hand van dezelfde vragenlijst die voor de eerder genoemde vier rechtsstelsels is gebruikt.

Deel VI: Vergelijkende tabellen
Dit deel bevat een vijftal vergelijkende tabellen waarin de belangrijkste aspecten van de in Deel V gestelde onderzoeksvragen zijn verwerkt. Op deze wijze is het mogelijk om in een oogopslag te zien welke houding de wetgever, de rechterlijke macht en het beleid inneemt ten aanzien van draagmoederschap en illegale opneming van kinderen.

Deel VII: Samenvatting van het onderzoek
Dit deel bevat een samenvatting van het onderzoek, alsmede een aantal vervolg onderzoeksvragen.

4 KERNSITUATIES

Omdat uit bestudering van literatuur en jurisprudentie blijkt dat verschillende begrippen van de bij draagmoederschap betrokken personen worden gebruikt, is het noodzakelijk de terminologie te uniformeren. Het begrippenkader dat in het schema wordt geïntroduceerd gaat uit van het al dan niet bestaan van genetisch verwantschap tussen het kind en de ouders die het kind willen opvoeden. Deze terminologie wordt in alle delen van het onderzoek gebruikt. Vier verschillende hoofdsituaties zijn te onderscheiden:

1. Man en vrouw zijn beide genetisch verwant met het kind.
2. Alleen de vrouw is genetisch verwant met het kind.
3. Alleen de man is genetisch verwant met het kind.
4. Geen van beide zijn genetisch verwant met het kind.

Daarnaast wordt verder onderscheid gemaakt op grond van de vraag wie het kind baart en of de barende moeder genetisch verwant is met het kind. Daarbij is het van belang te onderkennen dat hoogtechnologisch draagmoederschap niet alleen de situatie beslaat waarbij de wensouders genetisch verwant zijn met het kind. Ook indien de wensouders geen van beide genetisch verwant zijn met het kind, kan sprake zijn van hoogtechnologisch draagmoederschap, namelijk wanneer gebruik is gemaakt van een donoreicel. Vervolgens worden in het schema alle partijen genoemd die bij een draagmoederschapstraject betrokken kunnen zijn. Op deze wijze omvat het schema alle denkbare mogelijkheden. Door de sekseneutrale benadering is ook ruimte voor paren van gelijk geslacht. Ter verduidelijking van het schema worden hieronder de vier verschillende hoofdsituaties kort uitgewerkt.

Kernsituatie 1: man en vrouw genetisch verwant
In deze situatie zijn beide opvoedende ouders genetisch verwant met het kind. Baart de vrouw het kind zelf, dan is er geen derde partij bij het ontstaan van het kind betrokken. Zo komen nog altijd verreweg de meeste kinderen ter wereld. Baart de vrouw het kind niet zelf, dan is sprake van hoogtechnologisch draagmoederschap met het genetisch materiaal van de wensouders, zoals dit bijvoorbeeld aan het VU Medisch Centrum in Amsterdam plaatsvindt. Zij zijn dan genetische wensouder. De draagmoeder is dan een niet-genetische draagmoeder, omdat zij niet de eicel levert voor het kind dat zij baart.

Kernsituatie 2: alleen de vrouw is genetisch verwant met het kind
Ook in deze situatie wordt onderscheid gemaakt op grond van de vraag of de vrouw het kind zelf baart of niet. Baart de vrouw het kind zelf en is zij genetisch verwant met het kind, dan is zij genetisch moeder. Haar partner (man of vrouw) is een *niet-genetische wensouder*. De derde die bij het ontstaan van het kind is betrokken, de man die het sperma heeft geleverd, is de *donorman*. De termen *vader* en *moeder* zijn gereserveerd voor de man en vrouw die een genetisch kind voor zichzelf krijgen.[11] Kijken we vervolgens naar de situatie waarin de vrouw het kind niet zelf baart maar wel het genetische materiaal levert, dan komen we de volgende vier actoren tegen. Ten eerste de vrouw die het kind wel baart: de

[11] Zie hiervoor de situatie waarin zowel de man en de vrouw genetisch verwant zijn met het kind en de vrouw het kind baart.

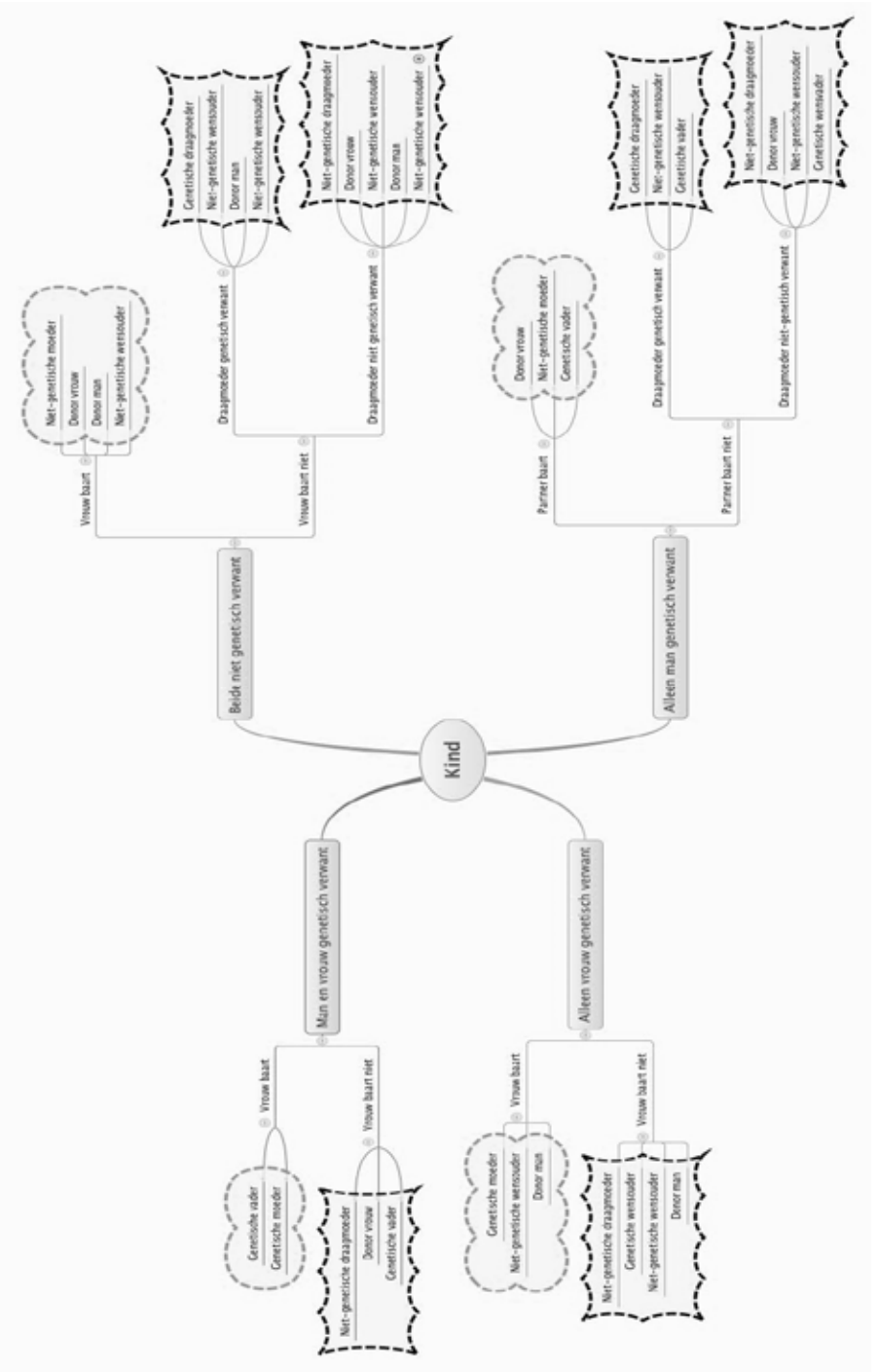
draagmoeder. Zij is een *niet-genetisch draagmoeder* omdat ze niet zelf de eicel heeft geleverd. De vrouw die de eicel levert is een *genetische wensouder*¸ de mannelijke of vrouwelijke partner van de wensmoeder is een *niet-genetische wensouder* en de man die het sperma heeft geleverd is de *donorman*. In dit geval is er ook sprake van hoogtechnologisch draagmoederschap, omdat de eicel waaruit het kind ontstaat niet afkomstig is van de draagmoeder en een IVF-procedure noodzakelijk is.

Kernsituatie 3: alleen de man is genetisch verwant met het kind
Wanneer alleen de man genetisch verwant is met het kind, is niet noodzakelijkerwijs gebruik gemaakt van een draagmoeder. Wanneer de vrouw die het kind wil gaan opvoeden het kind zelf baart, maar niet genetisch verwant is met het kind, is gebruik gemaakt van een eiceldonor.

Baart de vrouw het kind niet zelf, dan is gebruik gemaakt van een draagmoeder. De draagmoeder is genetisch verwant met het kind wanneer zij ook de eicel levert waaruit het kind ontstaat (laagtechnologisch draagmoederschap). Wordt gebruik gemaakt van een donoreicel, dan is de draagmoeder niet genetisch verwant met het kind (hoogtechnologisch draagmoederschap). In dat geval zijn (in ieder geval) vier partijen die bij de conceptie van het kind zijn betrokken: de niet-genetische draagmoeder; de vrouw die de eicel levert; de niet-genetische wensmoeder en genetische wensvader.

Kernsituatie 4: geen van beide zijn genetisch verwant met het kind
Duidelijk is dat de situatie waarin zowel de vrouw als de man niet genetisch verwant is met het kind, het meest complex is. Baart de vrouw het kind zelf dan is gebruik gemaakt van een eiceldonor en een spermadonor. Baart de vrouw het kind niet zelf, dan moet onderscheid gemaakt worden op grond van een al dan niet bestaande genetische verwantschap van de draagmoeder met het kind. Is de draagmoeder genetisch verwant met het kind (laagtechnologisch draagmoederschap), dan zijn (in ieder geval) vier partijen bij het ontstaan van het kind betrokken: de genetische draagmoeder, twee niet-genetische wensouders en een zaaddonor. Is de draagmoeder niet genetisch verwant met het kind (hoogtechnologisch draagmoederschap), dan zijn (in ieder geval) vijf partijen betrokken bij het ontstaan van het kind: de niet-genetische draagmoeder, twee niet-genetische wensouders, een eiceldonor en een spermadonor.

Figuur 1: Kernsituaties genetische verwantschap met kind



5 TEN SLOTTE

Voor u ligt een lijvig rapport dat veel informatie bevat over het Nederlandse recht en een twaalftal buitenlandse rechtstelsels. Door de gebruikte indeling volgt de lezer de weg van een Nederlands paar dat graag een kind wil en deze wens via draagmoederschap of illegale opneming gaat verwezenlijken. Wanneer blijkt dat zij hun wens in Nederland niet in vervulling kunnen laten gaan, richten zij hun blik op het buitenland. Waar komen zij terecht? Wat gebeurt daar en wat zijn de juridische gevolgen van draagmoederschap in dat land? Als zij vervolgens terugkeren naar Nederland blijken heel wat obstakels te bestaan. Kunnen zij de wettige ouders worden van het kind? Al deze vragen, en nog vele andere, komen in dit onderzoek aan de orde.

DEEL II: BLIK OP NEDERLAND: WAT KAN HIER TE LANDE?

1 DOELSTELLINGEN

In dit deel is de rechtspositie van wensouders naar Nederlands recht het vertrekpunt. Daarbij komen de volgende vragen aan de orde: wanneer is draagmoederschap toegestaan, waar liggen de grenzen tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap en hoe hangen de verschillende rechtsgebieden die een rol spelen bij het draagmoederschap en illegale opneming met elkaar samen? Het gaat daarbij om een analyse van enerzijds het strafrecht en anderzijds het materiële familierecht, het jeugdbeschermingsrecht, het gezondheidsrecht en het contractenrecht.

2 DE STRAFRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DRAAGMOEDERSCHAP

2.1 Inleiding

In dit gedeelte staan strafrechtelijke aspecten van draagmoederschap naar Nederlands recht centraal. Eerst wordt een korte schets van de ontwikkelingen op dit vlak gegeven om de achtergrond van het wetgevingsbeleid ter zake van draagmoederschap voor het voetlicht te brengen (§ 2.2). Onderzocht wordt welke strafbare feiten in het kader van draagmoederschap en daarop volgende illegale opneming relevant zijn en wat de delictsomschrijving van deze strafbare feiten is. Drie perspectieven zijn daarbij te onderscheiden: 1. De strafbaarstelling van de illegale opneming van pleegkinderen onder de zes maanden (§ 2.3); 2. De strafbaarstelling van bemiddeling en openbaarmaking bij draagmoederschap (§ 2.4) en 3. De strafbaarstelling van andere gedragingen, die relevant kunnen zijn bij draagmoederschap (§ 2.5). Bij de specifieke bepalingen gericht op het tegengaan van draagmoederschap wordt ingegaan op de internationale dimensie. Tenslotte wordt de stand van zaken in het strafrecht onderzocht (§ 2.6). Het geheel wordt besloten met een samenvatting (§ 2.7).

2.2 Schets van de ontwikkelingen

Bij het tegengaan van draagmoederschap kan een onderscheid gemaakt worden tussen twee typen strafrechtelijke maatregelen. Enerzijds betreft het de repressieve maatregelen uit artikel 151a Sr en artikel 442a Sr in combinatie met artikel 1:242 lid 3 BW. Deze maatregelen zijn in 1956 met de adoptiewetgeving ingevoerd[1] en hebben tot doel om illegale opneming van een kind jonger dan zes

[1] Wet van 26 januari 1956, *Stb.* 1956, 42 (Adoptiewet).

maanden tegen te gaan. Verder bevat de PKW ook een aantal relevante strafbepalingen die onder het eerste type maatregelen vallen.[2] Aan de andere kant staan artikel 151b en 151c Sr die beogen de mogelijkheid te geven om in te grijpen vóórdat de negatieve effecten van draagmoederschap *de facto* zijn ingetreden. Deze bepalingen zijn in 1993 in het Wetboek geïntroduceerd in aanvulling op de reeds bestaande maatregelen en met het specifieke doel om draagmoederschap tegen te gaan. Uit de parlementaire geschiedenis uit die periode is op te maken, dat het algemene uitgangspunt van het strafrechtelijke wetgevingsbeleid is dat draagmoederschap een onwenselijk verschijnsel is, dat het verwerven van ouderschap langs deze weg ontmoedigd moet worden en dat commercieel draagmoederschap moet worden tegengegaan.[3] Draagmoederschap werd door de regering aangemerkt als een ongewenst verschijnsel vanwege de daaraan verbonden risico's. De regering wees in dit verband op het risico van emotionele problemen op de langere termijn voor de draagmoeder, een verhoogd risico op een identiteitsprobleem voor het kind, een verstoord hechtingsproces, de kans op teleurstelling bij de wensouders en de moeilijke opbouw van een ouder-kind relatie met het kind.[4] Daarom werd het beleid erop gericht om draagmoederschap en het verkrijgen van ouderschap via deze route, te ontmoedigen.[5] De toen reeds bestaande mogelijkheden om draagmoederschap af te remmen werden niet als voldoende gezien om uitwassen te voorkomen en zo nodig krachtig te bestrijden. Daarbij is van belang dat deze bepalingen slechts voorzien in de mogelijkheid tot justitieel optreden achteraf, nadat de gevolgen, namelijk draagmoederschap met alle negatieve aspecten van dien, zijn ingetreden.[6] Specifieke verbodsbepalingen voor draagmoederschap die de mogelijkheid geven om in een eerder stadium op te treden werden noodzakelijk geacht. Een direct en algeheel verbod op draagmoederschap en op iedere vorm van bemiddeling werd echter als niet-handhaafbaar aangemerkt, omdat vaak niet aangetoond kan worden dat het voornemen afstand te doen van het kind reeds vóór de zwangerschap bestond. Een dergelijke benadering zou ook een onderzoek vergen naar de voornemens van de betrokkenen en dat zou te diep ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van de draagmoeder. Met de in 1993 ingevoerde strafrechtelijke regelgeving wordt de generaal preventieve werking nagestreefd door middel van drie strafbare feiten, die in onderlinge samenhang functioneren: 1. Een verbod op beroeps- en bedrijfsmatige *bemiddeling* bij draagmoederschap; 2. Een verbod om voor deze bemiddeling te *adverteren*;

---

2 Wet van 21 december 1951, *Stb.* 1951, 595 (PKW).

3 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, nr. 5, p. 3.

4 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, nr. 3, p. 1-2. Zie ook de notitie 'Kunstmatige bevruchting en draagmoederschap', *Kamerstukken II* 1987/88, 20 706 nr. 2, p. 30 e.v.

5 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, nr. 3, p. 2.

6 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, nr. 3, p. 8.

3. Een verbod op het *openbaar maken* van een bereidheid om draagmoeder te worden c.q. beschikbaarheid als draagmoeder.

Hierna worden eerst de bepalingen ter zake van illegale opneming van kinderen besproken, terwijl daarna de specifiek op het draagmoederschap toegesneden regelingen aan de orde komen.

2.3 Verbod op (het bevorderen van) het illegaal opnemen van pleegkinderen onder de zes maanden

Twee bepalingen binnen het strafrecht hebben tot doel tegen te gaan dat jonge kinderen onder de zes maanden zonder de vereiste toestemming worden opgenomen in een pleeggezin. Het gaat om artikel 151a Sr, waarin het bevorderen dat een kind illegaal wordt opgenomen, strafbaar is gesteld als misdrijf, en om artikel 442a Sr, waarin het zonder de vereiste toestemming opnemen van een dergelijk kind als pleegkind strafbaar is gesteld.

Met deze in 1956 ingevoerde bepalingen[7] beoogt de wetgever tegen te gaan het langs onderhandse wegen (gedwongen) afstaan en opnemen van pleegkinderen. Daarbij werd met name gedacht aan het geval dat de moeder ten tijde van de bevalling in een psychisch labiele toestand verkeert en onder druk overijld haar kind afstaat. Blijkens de memorie van toelichting dient het kind behoudens zeer buitengewone gevallen tenminste enige maanden bij de moeder te blijven.[8]

> Artikel 151a Sr
> Hij die uit winstbejag opzettelijk bevordert dat een kind beneden de leeftijd van zes maanden hetwelk niet onder voogdij van een rechtspersoon staat, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming, als pleegkind wordt opgenomen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.

> Artikel 442a Sr
> Hij die zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming een kind beneden de leeftijd van zes maanden hetwelk niet onder voogdij van een rechtspersoon staat als pleegkind opneemt, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste drie weken of geldboete van de tweede categorie.

---

7 Dit artikel werd ingevoegd bij de Wet van 26 januari 1956, *Stb.* 1956, 42 (Adoptiewet).

8 *Kamerstukken II* 1953/54, 3 530, nr. 3, p. 8. Waarom de grens bij zes maanden is getrokken, is daar niet gemotiveerd.

Zowel degene die uit winstbejag dergelijk illegaal handelen bevordert als degene die het kind opneemt, zijn strafbaar. Wel is er een verschil, in die zin dat het delict uit winstbejag, dat valt onder artikel 151a Sr, een misdrijf is, waaraan een aanzienlijk zwaardere sanctie is verbonden dan aan de overtreding inzake artikel 442a Sr. Om een kind jonger dan zes maanden op te nemen in een pleeggezin is voorafgaande, schriftelijke toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming nodig (art. 1:241 lid 3 BW).[9] Aangenomen kan worden dat de peildatum de leeftijd van het kind is op het moment dat het in het gezin wordt opgenomen. Kinderen die onder voogdij van een rechtspersoon staan, vallen buiten de reikwijdte van de bepaling.[10]

De wetgever heeft bij artikel 151a Sr het oog op tussenpersonen die bewerkstelligen dat moeders zeer jonge kinderen aan derden afstaan.[11] Ziet het ook op de moeder zelf als zij als draagmoeder uit winstbejag handelt? Met andere woorden, geldt dit ook als het gaat om het eigen kind? In de literatuur is hier weinig over te vinden. Een enkele auteur gaat expliciet in op deze vraag en neemt aan dat deze bepaling ook op de moeder zelf kan worden toegepast.[12] Aan de andere kant valt te bepleiten dat, gelet op de ratio van de bepaling om moeders te beschermen tegen overijlde afstandsbeslissingen, zij buiten de doelgroep vallen. Er is op dit punt geen relevante jurisprudentie gewezen.

Een vraag die in de literatuur wordt opgeworpen, is of een uit het buitenland afkomstig kind ook onder de reikwijdte van de bepaling valt te scharen. In de literatuur wordt aangenomen dat het, ook al heeft de wetgever aan Nederlandse verhoudingen gedacht, toch ruimer kan worden uitgelegd, gelet op de ratio van de bepaling. Wel zal het dan moeten gaan om opneming in een pleeggezin in Nederland, en zullen essentiële bevorderende activiteiten (mede) in Nederland moeten zijn geschied.[13]

---

9 Art. 1:241 BW:
(...)
2. Indien dit ter voorkoming van ernstig gevaar voor de zedelijke of geestelijke belangen of voor de gezondheid van zulk een minderjarige dringend en onverwijld noodzakelijk is, kan de kinderrechter een stichting als bedoeld in artikel 1 onder f, van de Wet op de jeugdzorg, belasten met de voorlopige voogdij over de minderjarige. De Raad voor de Kinderbescherming wendt zich in dit geval binnen zes weken tot de rechter teneinde een voorziening in het gezag over deze minderjarige te verkrijgen.
3. De in het tweede lid bedoelde maatregel kan eveneens worden getroffen indien een minderjarige, de leeftijd van zes maanden nog niet bereikt hebbende en niet staande onder voogdij van een rechtspersoon, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming als pleegkind is opgenomen.
(...)

10 Machielse (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 5 Sr, aant. 1.

11 Fokkens (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 151a Sr, aant. 1a.

12 Duijst-Heester 2009, p. 80.

13 Fokkens (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 151a Sr, aant. 5.

Is een kind onder de zes maanden toch zonder de vereiste toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming afgestaan, dan heeft de raad de bevoegdheid op grond van artikel 1:241 lid 3 BW om direct in te grijpen in het belang van het kind en de rechter om voorlopige voogdij over het kind te verzoeken.[14] Dit is geen maatregel met een strafrechtelijk karakter, maar een civielrechtelijk instrument dat in samenhang met het strafrecht erop gericht is te voorkomen dat het kind in een gezags- of voogdijvacuüm terecht komt.

Wanneer het kind dat in het gezin wordt opgenomen ouder is dan zes maanden bestaat er voor de wensouders een meldingsplicht bij B&W van de gemeente waar het kind verblijft.[15] Wordt een dergelijke melding niet gedaan, dan zijn de wensouders strafbaar en kan een geldboete van de tweede categorie worden opgelegd.[16]

2.4 Draagmoederschap

Commercieel draagmoederschap is op zichzelf niet verboden en het is ook niet strafrechtelijk gesanctioneerd om een draagmoederschapscontract aan te gaan. Een aantal handelingen die in het kader van (commercieel) draagmoederschap kunnen worden verricht, zijn wel strafbaar.

2.4.1 Openbaar maken of bemiddelen

De wettekst luidt als volgt:

Artikel 151b Sr

1. Degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk teweegbrengt of bevordert dat een draagmoeder of een vrouw die draagmoeder wenst te worden, rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt ten einde het voornemen, bedoeld in het derde lid, uit te voeren, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft:
   (a) degene die in het openbaar diensten aanbiedt, bestaande uit het teweegbrengen of bevorderen van onderhandelingen of een afspraak als bedoeld in het eerste lid;
   (b) degene die openbaar maakt dat een vrouw draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, dan wel dat een vrouw die draagmoeder wenst te worden of als zodanig beschikbaar is, wordt gezocht.

---

14 Doek (*GS Personen- en familierecht*), art. 1:241 BW, aant. 4; Asser/De Boer 1* 2010, nr. 804.
15 Art. 5 lid 1 PKW.
16 Art. 20 lid 1 PKW.

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

Dit artikel is ingevoegd bij de Wet van 16 september 1993, *Stb.* 1993, 486 strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap en is in werking getreden op 1 november 1993.

De bepaling strekt ertoe de *beroeps- en bedrijfsmatige* bemiddeling ten behoeve van (potentiële) draagmoeders strafbaar te stellen. Deze strafbaarstelling is in het leven geroepen om – aldus minister Hirsch Ballin in de Tweede Kamer – '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'.[17] Strafbaar is gesteld het bemiddelen ten behoeve van een vrouw die draagmoeder wenst te worden en ten behoeve van de vrouw die reeds draagmoeder is geworden. Dit geldt ook voor de draagmoeder zelf.[18]

In lid 3 wordt het begrip draagmoeder nader omschreven: het gaat om een vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die hetzij de ouderlijke macht wil verwerven, hetzij de verzorging en opvoeding van het kind op zich wil nemen. De minister geeft aan dat een rechtstreeks en totaal verbod van draagmoederschap en van bemiddeling niet te handhaven is.[19] Dit geldt ook voor een verbod van commercieel draagmoederschap, waarbij bewezen zou moeten worden dat de ontvangen vergoeding meer dan kostendekkend is. Hier is dus bewust van afgezien. Het begrip 'in de uitoefening van een beroep of bedrijf' omvat elke bemiddeling ter zake van draagmoederschap die wordt verricht met een winstoogmerk. Daarnaast geldt op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad dat ook bij afwezigheid van een winstoogmerk sprake kan zijn van de uitoefening van een bedrijf dat bedrijfsmatig bemiddelt mits de bemiddeling geregeld en stelselmatig wordt verricht.[20] Dat impliceert dus dat incidentele bemiddeling zonder winstoogmerk niet strafbaar gesteld is.

In artikel 151b lid 2 onder a Sr wordt strafbaar gesteld het in het openbaar aanbieden van diensten, bestaande uit het teweegbrengen of bevorderen van dergelijke onderhandelingen of afspraken inzake het draagmoederschap. Of de draagmoeder zelf een meer dan kostendekkende vergoeding krijgt, is niet relevant.

---

17 *Handelingen II* 1992/93, 50, p. 3700.
18 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, A, p. 1.
19 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 nr. 3 en nr. 5, p. 2.
20 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 nr. 5, p. 2.

In artikel 151b lid 2 onder b Sr wordt strafbaar gesteld het openbaar maken van de wens van een vrouw om draagmoeder te worden en het openbaar maken dat een wensmoeder wordt gezocht.[21] Dit verbod richt zich tot de vrouw bij wie de bereidheid aanwezig is, maar ook tot derden die willen bemiddelen en tot de wensouders. Het ziet op alle gevallen van draagmoederschap, dus ook die waarin van commerciële aspecten geen sprake is. Het gaat dus om elke openbaarmaking. Er geldt geen beroeps- of bedrijfseis.[22]

Onder 'openbaar maken' wordt volgens de parlementaire geschiedenis verstaan het in het openbaar bekend maken opdat een publiek van geïnteresseerden wordt bereikt.[23] Gedacht kan worden aan uitgevers van kranten en tijdschriften.[24] Hoewel de parlementaire geschiedenis hier niet op in gaat en er in de literatuur geen aandacht aan wordt besteed, ligt het, gelet op de ratio van de bepaling, voor de hand om aan te nemen dat ook het openbaar maken via websites, zowel algemeen toegankelijke sites als voor een beperkter publiek toegankelijke fora onder de verbodsbepalingen vallen.

Volgens de memorie van toelichting is het doel van deze strafbaarstelling te voorkomen dat een klimaat ontstaat waarin het verschijnsel commercieel draagmoederschap zich kan ontwikkelen.[25] Het maakt daarbij niet uit of de draagmoeder in kwestie al dan niet een commercieel motief heeft.[26] De Raad van State heeft in reactie op het wetsvoorstel aangegeven dat het algehele verbod op het openbaar maken niet overeenstemt met het doel commercieel draagmoederschap tegen te gaan. De minister geeft evenwel in het nader rapport aan dat elke openbaarmaking, ook bij ideëel draagmoederschap, onder de reikwijdte van de bepaling valt. Het gaat er om een klimaat te voorkomen waarin commercieel draagmoederschap tot bloei kan komen en in dat verband kan worden aangenomen dat dergelijke openbaarmakingen een ontwikkeling in die richting zouden bevorderen.[27] Door bekendmakingen in het openbaar van

---

21 In een niet-gepubliceerde uitspraak van de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage van 9 november 2010, met betrekking tot een draagmoeder uit Oekraïne, stelt de Staat dat de Nederlandse wensmoeder strafbaar is op grond van art. 151b Sr. De rechter gaat hier niet op in, maar van strafbaarheid zou alleen sprake kunnen zijn als de wensmoeder zelf actief op internet heeft laten weten op zoek te zijn naar een draagmoeder.

22 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, B, p. 1-2; Fokkens (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 5 Sr, aant. 5.

23 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, nr. 3, p. 6.

24 Duijst 2009, p. 81. Vervolging vindt niet plaats indien de uitgever in de advertentie de naam en woonplaats van de adverteerder plaatst of deze gegevens verstrekt aan het OM indien een gerechtelijk vooronderzoek wordt opgestart.

25 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 B, p. 1-2:

26 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 nr. 3, p. 6-7.

27 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 B, p. 1-3. Vgl. De Ruiter 1993, p. 91, die erop wijst dat de regering hier ongenuanceerd uitgaat van het verkeerde van draagmoederschap en die verwijst naar Sluyters 1992, p. 688, waar Sluyters in aanvulling op de motivering aanvoert dat het een groot goed is dat mensen zelf kunnen beslissen over hun

vraag of aanbod worden potentiële draagmoeders immers in de gelegenheid gesteld contact te zoeken buiten de eigen familie- en vriendenkring. Aangenomen mag worden, nog steeds volgens de minister, dat onder die omstandigheden veelal sprake zal zijn van commercieel draagmoederschap. Uiteindelijk zou dit tot een markt voor commercieel draagmoederschap kunnen leiden.[28]

De geldboete voor openbaarmaking bedraagt maximaal 19.000 euro.[29]

Formeel valt onder artikel 151b Sr ook een ziekenhuis dat draagmoederschap bewerkstelligt. Het is echter de bedoeling geweest van de regering om het draagmoederschap zeer beperkt te gedogen. Indien de arts hoogtechnologisch draagmoederschap wil toepassen, moet de behandeling in het ziekenhuis plaatsvinden dat een vergunning heeft op grond van artikel 2 Wet op bijzondere medische verrichtingen. Een arts die buiten een dergelijk centrum meewerkt aan hoogtechnologisch draagmoederschap is op grond van verschillende bepalingen strafbaar. Ex artikel 151b lid 1 Sr kan hem worden verweten dat hij meewerkt aan draagmoederschap of dit bevordert. Ook 151b lid 2 onder a Sr is van toepassing, omdat strafbaar is degene die onderhandelt of afspraken teweegbrengt over draagmoederschap. Indien een advocaat een contract opstelt of onderhandelt over de inhoud van het contract in het verband van hoogtechnologisch draagmoederschap is dit vermoedelijk niet strafbaar gelet op het gedoogbeleid.[30]

Artikel 151c Sr

1. Degene die in de uitoefening van een beroep of bedrijf opzettelijk teweegbrengt of bevordert dat een vrouw rechtstreeks of middellijk met een ander onderhandelt of een afspraak maakt in verband met de wens van die vrouw de verzorging en opvoeding van haar kind duurzaam aan een ander over te laten, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.
2. Onverminderd het bepaalde in artikel 151b, eerste lid, is het eerste lid niet van toepassing
   (a) indien het in dat lid bedoelde teweegbrengen of bevorderen geschiedt door de Raad voor de Kinderbescherming of een door de raad daartoe aangewezen rechtspersoon;

nakomelingen; dat is een zwaarwegend belang waar in beginsel geen strafrechtelijke sanctie getroffen worden voor de draagmoeder en wensouders. Dit argument geldt niet voor derden.

28 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, nr. 5, p. 4.

29 Art. 23 lid 4 Sr.

30 Duijst 2009, p. 80-81.

(b) indien het in dat lid bedoelde teweegbrengen of bevorderen een verwijzing betreft naar een organisatie als bedoeld onder a.

Het kan onder omstandigheden lastig zijn om te bewijzen dat sprake is van draagmoederschap, waarbij *voorafgaand* aan de zwangerschap afspraken zijn gemaakt. Daarom regelt artikel 151c Sr dat ook strafbaar is het bemiddelen bij het afstand doen van een kind, bijvoorbeeld bij een ongewenste zwangerschap. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat dit bemiddelen alleen is toegestaan indien dit geschiedt door de Raad voor de Kinderbescherming of een door de raad aangewezen rechtspersoon.[31] Het gaat om bemiddeling tijdens of na de zwangerschap ten aanzien van een vrouw die de wens te kennen heeft gegeven de verzorging en opvoeding van haar kind duurzaam aan een ander over te laten, maar die niet draagmoeder is of is geweest. Als het wel om een bemiddeling bij een draagmoeder gaat, dan geldt artikel 151b Sr, als de hulpverlener dit weet. Gaat het om bemiddeling vóór de zwangerschap (wanneer per definitie sprake is van draagmoederschap), dan geldt artikel 151b lid 1 Sr.

Een geldboete uit de derde categorie bedraagt maximaal 7.600 euro.[32]

In artikel 151c lid 2 onder a Sr is bepaald dat de strafbaarstelling niet van toepassing is als de Raad voor de Kinderbescherming of een door de raad daartoe aangewezen rechtspersoon (Stichting Ambulante FIOM) de bemiddelaar is.[33] Dat geldt ook als een arts naar een dergelijke organisatie verwijst, die in dat geval kan bemiddelen. De arts begaat in dat geval geen strafbaar feit.[34]

Met de uitdrukking 'onverminderd het bepaalde in artikel 151b, eerste lid' is bedoeld dat de uitzondering van het tweede lid uitsluitend geldt voor bemiddeling ter zake van draagmoederschap. Dat betekent dat ook de Raad voor de Kinderbescherming of een door hem aangewezen organisatie (Stichting Ambulante FIOM) in geval van draagmoederschap niet mag bemiddelen.[35]

Het strafmaximum van artikel 151c Sr is wat de gevangenisstraf betreft de helft lager dan het strafmaximum van artikel 151b Sr. Wanneer iemand bemiddelt inzake een draagmoeder, doch aanvoert gedacht te hebben met een ongewenste zwangerschap te maken te hebben, zal dit feit, zo zijn verweer

31 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 nr. 3, p. 7-8 en nr. 5, p. 7.

32 Art. 23 lid 4 Sr.

33 *Kamerstukken II* 1992/93, 21 968, nr. 11, ingevoegd bij amendement, met als doel de raad of door de raad aangewezen instantie een exclusieve bevoegdheid te geven te bemiddelen bij ideëel draagmoederschap. Gelet op het feit dat dit niet verboden is, moet de mogelijkheid voor een weloverwogen bemiddeling en begeleiding bestaan door de raad.

34 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 nr. 3, p. 8.

35 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 nr. 3, p. 7; Fokkens (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 151c Sr, aant. 4.

wordt geaccepteerd, derhalve onder artikel 151c Sr gerubriceerd kunnen worden.[36]

Recent heeft de minister aangegeven dat er momenteel overleg plaats vindt tussen het OM, de raad en ambtenaren van Justitie over de handhaving van de artikelen 151b en 151c Sr en de toekomstige afhandeling door het OM van aangiftes inzake illegale opneming door de raad.[37]

2.4.2 De reikwijdte van de artikelen 151b en 151c Sr

In het algemene deel van het strafrecht zijn bepalingen opgenomen over de reikwijdte van de strafbaarstelling naar Nederlands recht. In ieder geval gelden de bepalingen inzake het draagmoederschap voor een ieder die zich in Nederland bevindt, ongeacht diens nationaliteit of vestigingsplaats (art. 2 Sr). Daarnaast kunnen bepaalde delicten uit het Wetboek ook van toepassing zijn wanneer het betreffende delict zich in het buitenland voordoet, maar dit geldt uitsluitend voor een aantal limitatief opgesomde misdrijven in artikel 4 Sr, waarvan de artikelen 151b en 151c Sr geen deel uitmaken. In artikel 5 lid 1 Sr is de Nederlandse strafwet van toepassing verklaard op de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een feit dat door de Nederlandse strafwet als misdrijf wordt beschouwd en waarop door de wet van het land waar het is begaan straf is gesteld. Het is niet van belang tot welke categorie strafbare feiten het feit naar het vreemde land wordt gerekend (bijvoorbeeld misdrijf of overtreding) en hoe het daar wordt gekwalificeerd. Het gaat er om, of het feit, zoals het in concreto is gepleegd, over en weer onder een strafbepaling valt en naar Nederlands recht een misdrijf is.[38]

Bij de totstandkoming van de specifiek op draagmoederschap gerichte bepalingen is expliciet de vraag aan de orde gekomen in hoeverre het wenselijk zou zijn om deze delicten een wijder toepassingsbereik te geven. Opneming in artikel 4 Sr, dat extraterritoriale rechtsmacht vestigt, was niet aan de orde, want dat geschiedt alleen als een internationaal verdrag deze verplichting aan de Nederlandse wetgever oplegt. Ook in artikel 5 Sr werd het niet opgenomen, nu het daar gaat om een door een Nederlander buiten Nederland begaan feit, hetgeen slechts wordt overwogen bij feiten die een groot Nederlands belang raken dat een Nederlander ook buiten Nederland heeft te eerbiedigen en het anderzijds van dien aard is dat het door de vreemde staat (soms) niet tot delict naar het vreemde recht wordt bestempeld. De Nederlandse rechter heeft evenwel wel rechtsmacht over deze strafbare feiten als die door een Nederlander buiten Nederland zijn begaan, voor zover deze feiten in het land waar zij zijn begaan,

36 Fokkens (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 151c Sr, aant. 5.
37 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30.
38 Fokkens (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 5 Sr, aant. 9.

strafbaar zijn gesteld.[39] Dit kan dus een grond vormen voor vervolging, als draagmoederschap in het land waar de handelingen zich hebben voorgedaan strafbaar is gesteld.

In de memorie van toelichting wordt in dit verband opgemerkt dat hieronder ook valt het in de Nederlandse pers adverteren door een buiten Nederland verblijvende (rechts)persoon. Deze maakt zich immers in Nederland schuldig aan een strafbaar feit. Indien de bekendmaking is opgenomen in een Nederlands tijdschrift en de publicatie dus hier te lande haar uitwerking heeft, wordt het openbaar maken ingevolge artikel 2 Sr overeenkomstig de gangbare opvattingen omtrent de gelding van het materieelrechtelijke territorialiteitsbeginsel, geacht in Nederland te zijn begaan.[40]

In verband met nieuwe middelen tot openbaarmaking blijkt uit de brief van de Minister van Justitie inzake draagmoederschap en illegale opneming van 4 november 2009 in dit verband het volgende: 'De relevante strafbepalingen zijn in de wet opgenomen in een tijd dat van algemeen gebruik van internet nog geen sprake was. Dat neemt niet weg dat het verbod op het plaatsen van oproepen en advertenties evenzeer geldt als deze de vraag naar en het aanbod van draagmoederschap op het internet betreffen. Het verbod is in beginsel eveneens van toepassing op de internetprovider/webbeheerder die weet dat strafbare gedragingen via door hem gehoste websites plaatsvinden.'[41]

2.5 Andere strafrechtelijke bepalingen

2.5.1 Verduistering van staat en valsheid in geschrifte

Van belang in de context van draagmoederschap is ook het verduisteren van staat. Dit zou zich kunnen voordoen indien de wensouders niet de biologische moeder en haar echtgenoot aangeven als de ouders van het kind wanneer zij een geboorteaangifte doen.

Artikel 236 Sr

1. Hij die door enige handeling opzettelijk eens anders afstamming onzeker maakt, wordt, als schuldig aan verduistering van staat, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Ontzetting van de in artikel 28, eerste lid, onder 1°, 2° en 4°, vermelde rechten kan worden uitgesproken.
3. Vervolging heeft niet plaats dan nadat een verzoek tot inroeping of tot betwisting van staat is gedaan en de burgerlijke rechter daarop een

[39] *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 nr. 3, p. 4-5.
[40] *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 nr. 5, p. 6.
[41] *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30.

> eindbeslissing heeft gegeven. Indien het verzoek echter door het stilzitten van partijen onvoldoende voortgang vindt, kan vervolging ook plaats hebben nadat de burgerlijke rechter heeft beslist dat er een begin van bewijs is.

Het onzeker maken van iemands afstamming wordt in de memorie van toelichting nader omschreven als het verduisteren van kennis van iemands geboorte uit een bepaalde vrouw op een bepaald tijdstip. In de literatuur wordt ervoor gepleit om de bepaling ook toe te passen voor de vaderlijke afstamming. Het wegmaken van een huwelijksakte bijvoorbeeld waardoor het vaderschap wettelijk onzeker wordt, gaat geheel buiten de moederlijke afstamming om en zal toch zeker ook wel onder verduistering van staat vallen. Overigens kunnen alle mogelijke handelingen zoals de onderschuiving van een kind, het roven en elders, bijvoorbeeld als vondeling weder doen verschijnen, met of zonder verwisseling met een ander kind, alsook valsheid ten aanzien van enige akte van de burgerlijke stand, het misdrijf opleveren.[42] In elk geval moet een persoon het object van het misdrijf zijn. Waar geen afstamming is, kan geen afstamming onzeker worden.[43]

De vraag is of de term zich ook uitstrekt tot verduistering van staat in geval het niet om het ontstaan van een familierechtelijke band gaat die via afstamming ontstaat, maar via adoptie, nu adoptie naar het systeem van Boek 1 BW niet onder de term afstamming valt. Op dit punt is in de literatuur de opvatting te vinden dat de term afstamming, onder verwijzing naar de bepalingen van Titel 11 van Boek 1 BW, in ruime zin moet worden opgevat, gezien de ratio hier wezenlijk dezelfde is.[44]

De vervolging wegens verduistering van staat is afhankelijk van een beslissing van de burgerlijke rechter waarbij hetzij definitief is geoordeeld over het gedane verzoek tot inroeping of betwisting van staat, hetzij is geoordeeld dat een begin van bewijs aanwezig is.[45] Dit kan een belemmering vormen bij een veroordeling (zie hierna § 2.5.3).[46]

De geldboete bedraagt maximaal 19.000 euro.[47]

---

42 Machielse (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 236 Sr, aant. 2.
43 Machielse (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 236 Sr, aant. 2.
44 Machielse (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 236 Sr, aant. 2.
45 Machielse (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 236 Sr, aant. 3.
46 Holtrust 1986, p. 774-777. In dit artikel wordt melding gemaakt van de Werkgroep Studieproblematiek rond bevruchting en afstamming, Bijzondere wijzen van voortplanting, Draagmoederschap en de juridische problematiek, Vereniging voor Familie- en jeugdrecht, 1985, die aanbevelingen doet en die een zeer terughoudende houding ten aanzien van draagmoederschap aanneemt; strafbaarstelling is niet zinvol en regulering geeft de schijn van legitimatie.
47 Art. 23 lid 4 Sr.

Vervolgens dient ook artikel 225 Sr vermeld te worden, dat handelt over de strafbaarheid van valsheid in geschrifte. Dit kan een rol spelen bij draagmoederschap, waar het bijvoorbeeld betreft het doen van een valse geboorteaangifte of het gebruikmaken van een dergelijke vervalste akte.

Artikel 225 Sr

1. Hij die een geschrift dat bestemd is om tot bewijs van enig feit te dienen, valselijk opmaakt of vervalst, met het oogmerk om het als echt en onvervalst te gebruiken of door anderen te doen gebruiken, wordt als schuldig aan valsheid in geschrift gestraft, met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie.
2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die opzettelijk gebruik maakt van het valse of vervalste geschrift als ware het echt en onvervalst dan wel opzettelijk zodanig geschrift aflevert of voorhanden heeft, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat dit geschrift bestemd is voor zodanig gebruik.

(...)

Een geboorteakte valt onder deze bepaling; het is een geschrift, dat voldoet aan de voorwaarden die door de Hoge Raad zijn gesteld aan het criterium 'bestemd is om tot bewijs te dienen'.[48] Het kan hier ook gaan om de zogenoemde intellectuele valsheid, waarbij niet de herkomst van het geschrift zelf in twijfel getrokken kan worden, maar de inhoud in strijd is met de waarheid.[49] Bij authentieke akten kan de ambtenaar alleen wanneer hij optreedt als verslaggever van wat door hem verricht of waargenomen is, zich aan valsheid schuldig maken door onjuist weergeven (relateren) daarvan. Als hij evenwel bijvoorbeeld de naam van de wensmoeder, zoals die aan hem wordt meegedeeld door de aangever, opneemt, dan is de ambtenaar niet strafbaar, zelfs niet als hij zich ervan bewust is geweest. Deze handeling kan strafrechtelijk worden toegerekend aan degenen die de onware opgaven hebben gedaan. Strafbaar is de dader van een valsheid pas wanneer hij bij zijn handeling het oog heeft op een bepaald gebruik van het stuk. Voor bewezenverklaring van dat oogmerk is beslissend of de verdachte de bedoeling had het desbetreffende geschrift te gebruiken of te doen gebruiken. Een daadwerkelijk gebruik is niet nodig. Het betreft diens oogmerk om het als echt en onvervalst te gebruiken of door anderen te doen gebruiken.[50]

48 Van Dorst (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 225 Sr, aant. 3.
49 Van Dorst (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 225 Sr, aant. 4.
50 Van Dorst (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 225 Sr, aant. 5.

Artikel 226 Sr bevat de strafmaat indien sprake is van valsheid in geschrifte in een authentieke akte, die zwaarder is dan in andere gevallen: een gevangenisstraf van ten hoogste zeven jaren of een geldboete van de vijfde categorie, indien zij gepleegd is in authentieke akten.[51] Onder het begrip authentieke akte valt ook een geboorteakte.[52]

Kort vermeld wordt hier nog dat ook artikel 228 Sr relevant kan zijn; deze bepaling bedreigt een arts of een verloskundige met strafbaarheid indien zij opzettelijk een valse verklaring afgeven over een geboorte.

2.5.2 Onttrekken aan het wettig gezag

Artikel 279 Sr

1. Hij die opzettelijk een minderjarige onttrekt aan het wettig over hem gesteld gezag of aan het opzicht van degene die dit desbevoegd over hem uitoefent, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt opgelegd indien list, geweld of bedreiging met geweld is gebezigd, of indien de minderjarige beneden de twaalf jaren oud is.

Deze bepaling wordt voornamelijk gebruikt in verband met het onttrekken aan het gezag van kinderen die weglopen van huis. Daarnaast is er recent een nieuwe toepassing bijgekomen in het kader van scheidingsconflicten over kinderen waar de ene ex-partner zonder toestemming van de andere ex-partner het kind onttrekt aan het gezag van de ander. In de literatuur is weinig te vinden over de toepassing in draagmoederschapszaken. In de rechtspraak is wel geprobeerd dit artikel toe te passen. Complicerende factoren kunnen daarbij zijn dat de wensouders de juridische ouders zijn en daarmee vermoed worden het gezag uit te oefenen, of dat de draagmoeder het kind vrijwillig heeft toevertrouwd aan de wensouders, zodat ook niet voldaan is aan het onttrekken aan het gezag.[53]

2.6 Jurisprudentie strafrecht

Er zijn slechts weinig zaken waarin de rechter op grond van het strafrecht aspecten van het draagmoederschap krijgt voorgelegd.[54] Ook is er weinig

---

51 Van Dorst (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 226 Sr, aant. 2.

52 Vgl. HR 21 mei 1957, *NJ* 1957, 483; zie verder Van Dorst (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 226 Sr, aant. 2.

53 Zie Rb. Leeuwarden 29 september 2009, *LJN* BJ8794.

54 In de databanken zijn welgeteld twee uitspraken te vinden. In de strafrechtelijke literatuur wordt geen melding van relevante jurisprudentie gemaakt.

jurisprudentie over de strafrechtelijke aspecten van illegale adoptie.[55] Uit de civielrechtelijke jurisprudentie blijkt in bepaalde gevallen van strafbare feiten, maar niet duidelijk wordt of daar ook vervolging heeft plaatsgevonden.[56] Op basis van de civielrechtelijke procedure is niet zonder meer te achterhalen of en waarom het OM niet tot strafvervolging over gaat.

2.6.1 Enkele relevante uitspraken

Hierna worden enkele relevante uitspraken besproken, om een beeld te geven van de toepassing van de bepalingen in de praktijk. Ook in de literatuur wordt een enkele keer melding gemaakt van strafrechtelijke vervolging, evenwel zonder bronvermelding van de vindplaats, omdat deze zaken niet gepubliceerd zijn.[57]

In de zaak die leidde tot een uitspraak van de Hoge Raad in 2000, hadden de wensouders een valse geboorteaangifte gedaan van een kind dat vervolgens in de Filippijnen werd opgehaald.[58] Via een tip bij de politie werd bekend dat het om een illegale opneming in het gezin ging. Op vordering van de officier van justitie werd de geboorteakte doorgehaald, maar verder is in deze zaak niet te achterhalen of strafrechtelijke sancties zijn opgelegd.

In de zaak *Baby Donna* is naar Belgisch recht onderzocht of strafrechtelijke vervolging gepast was wegens een onterende behandeling van het kind.[59] De Nederlandse autoriteiten hebben, naar aanleiding van aangifte van de biologische vader, getracht de pleegouders te vervolgen wegens illegale opneming. Zij hadden geen toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming, noch van het Ministerie van Justitie om het kind op te nemen in hun gezin. Illegale adoptie is echter een overtreding en kent een

---

55 Rb. Zwolle 10 februari 2010, *LJN* BL4061, waar de vrouw, die in Sri Lanka via vervalste toestemmingsbrieven de indruk wekte, dat zij toestemming voor adoptie had; er volgt een veroordeling tot een gevangenisstraf van 189 dagen, waarvan 90 voorwaardelijk, met een proeftijd van twee jaar en een werkstraf van 240 uren wegens onder meer het medeplegen van valsheid in geschrifte en dat te gebruiken om op een illegale manier een baby uit Sri Lanka te adopteren. Vgl. HR 1 december 2000, *LJN* AA8715 waar uit de feiten in de civiele zaak blijkt dat de officier van justitie om doorhaling van de valse geboorteaangifte heeft verzocht.

56 Rb. Groningen 20 juli 2004, *LJN* AQ8757.

57 Parketnummer 06/060091-96; Heida & Van der Steur 2001, p. 210 maakt melding van een veroordeling van een draagmoeder door de politierechter Zutphen, omdat ze in het maandblad *Opzij* geadverteerd had als draagmoeder; tegen haar is een oriënterend strafrechtelijk onderzoek door het OM ingesteld, maar er is geen strafrechtelijke vervolging ingesteld, omdat de vrouw geen strafbare feiten had gepleegd; Vlaardingerbroek 2003, p. 172, noot 6. Zie ook Sutorius & Kersten 1997, p. 1117, noot 2.

58 HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 317, m.nt. De Boer.

59 Zie in dat verband nog de procedure die hier in Nederland op volgt: HR 19 december 2006, *LJN* AZ4640 die zich concentreert op een algemeen strafvorderlijk thema, namelijk of wensouders die geen klaagschrift hebben ingediend, ontvankelijk zijn.

verjaringstermijn van twee jaar. Op het moment dat de Belgische vader, in juli 2007, aangifte deed, was de overtreding al verjaard. Het Openbaar Ministerie concludeert dat de Nederlandse pleegouders, met het opnemen van Donna, zich niet aan andere strafbare feiten hebben schuldig gemaakt, bijvoorbeeld mensenhandel door de wensouders. Naar het oordeel van het OM is hiervan geen sprake omdat de pleegouders niet hebben gehandeld met het oogmerk om het kind uit te buiten.[60]

In een zaak in 2005 beoordeeld door de Rechtbank Almelo hadden een man en vrouw in Turkije een baby van een ander opgehaald en naar Nederland gebracht om op te voeden alsof het hun eigen kind betrof. Zij lieten het kind inschrijven in de GBA als hun eigen kind op basis van een vals Turks document. De officier van justitie heeft de verdachte diverse strafbare feiten ten laste gelegd. Wat mensenroof (art. 278 Sr) betreft oordeelt de rechtbank dat het kind niet onder de macht van een ander is gebracht, terwijl ook niet is voldaan aan in hulpeloze toestand brengen. Voor het onttrekken aan het wettig gezag (art. 279 lid 1 en lid 2 Sr) is volgens de rechtbank vereist dat ten minste vaststaat wie dat gezag uitoefent; in casu is volstrekt onduidelijk hoe de verdachte aan het kind is gekomen en wie de biologische moeder is. Voor wat betreft het gebruik van de valse geboorteakte (art. 225 lid 2 Sr) acht de rechtbank wel wettig bewezen dat dit feit is begaan, nu dit is gebruikt ten opzichte van de ambtenaar van de GBA, terwijl daarop in strijd met de waarheid de verdachte en de vrouw als vader en moeder stonden geregistreerd. Bovendien is een geboorteakte een geschrift dat bestemd is om tot bewijs van bepaalde feiten te dienen. Voor het laten opmaken van een valse akte/bewijs van inschrijving in de GBA, hetgeen ook een geschrift is dat bedoeld is om tot bewijs van bepaalde feiten te dienen, komt de rechtbank ook tot een bewezenverklaring van artikel 225 lid 1 Sr.

Bij het bepalen van de strafmaat voor deze misdrijven weegt de rechter expliciet mee dat de verdachten willens en wetens buiten alle officiële procedures om een kind naar Nederland hebben gehaald, waardoor het toezicht door de daarvoor in het leven geroepen instanties wordt omzeild. Daarnaast is volgens de rechtbank bepaald niet uit te sluiten dat een en ander is geschied buiten medeweten van belanghebbenden om en wellicht zelfs tegen de wil van een of beide ouders. Door deze manier van handelen is het kind onvindbaar voor zijn ouders. De verdachten hebben primair uit eigen belang gehandeld en te weinig oog gehad voor de belangen van de biologische ouders en het kind. De verdachten hebben de werkelijke identiteit aan het kind ontnomen, hetgeen de rechtbank hen zwaar aanrekent. Ook worden de bestanden van de GBA zo vervuild. Gelet op de ernst van de feiten en ter norminprenting en normhandhaving is een onvoorwaardelijke gevangenisstraf op zijn plaats, maar

[60] Bericht van 16 januari 2009 op de site van het Openbaar Ministerie: http://www.om.nl/algemene_onderdelen/uitgebreid_zoeken/@149896/nederlandse/.

de rechtbank acht een combinatie van een taakstraf en een voorwaardelijke gevangenisstraf het meest gerechtvaardigd.

2.6.2 Een recente casus: Hof Leeuwarden 8 april 2010

In een recente zaak ter beoordeling voorgelegd aan de Rechtbank Leeuwarden[61] komt evenzeer een aantal van de delicten aan de orde.[62] Op basis van de uitspraak worden de feiten niet geheel helder, maar in ieder geval stonden een vrouw (verdachte) en een man (medeverdachte) op de Filippijnse geboorteakte van het kind geregistreerd als de juridische ouders van een kind. De biologische moeder van het kind is ruim een jaar na de geboorte overleden en het kind is bij de verdachten c.q. familieleden in de Filippijnen gebleven en is daarna op bijna anderhalfjarige leeftijd naar Nederland overgebracht. De verdachte en medeverdachte hebben op de Nederlandse ambassade in de Filippijnen verzocht om een machtiging tot voorlopig verblijf voor het kind in Nederland. Vaststaat dat zij niet de biologische ouders van het kind zijn en dat het kind door de biologische moeder vrijwillig is toevertrouwd aan de verdachten c.q. de familieleden van de verdachte.

De officier van justitie heeft een aantal strafbare feiten in de tenlastelegging opgenomen, maar daarbij doen zich problemen voor, deels vanwege de bewijslevering, deels vanwege de tenlastelegging.

Wat de mensenroof betreft (art. 278 Sr) doet zich het probleem voor dat het kind ten behoeve van henzelf naar Nederland wordt gebracht, terwijl dit delict vereist dat het voor een ander is. De mogelijkheid bij deze bepaling ter zake van het in hulpeloze toestand brengen van het kind kon niet bewezen worden.

Onttrekking aan het wettig gezag (art. 279 Sr) kon niet bewezen worden, omdat primair aannemelijk is dat de verdachten het gezag hebben, en aangenomen dat dit niet zo zou zijn, dan nog is de zorg voor het kind door de biologische moeder (en na haar overlijden de familieleden) aan de verdachten toevertrouwd.

Verduistering van staat (art. 236 Sr) vereist dat er een civiele procedure is begonnen omtrent de staat van het kind, wat in casu niet het geval was, hetgeen tot niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie leidde. Het valselijk opmaken van een geboorteakte (art. 225 Sr) kon niet bewezen worden, omdat in de tenlastelegging een periode en pleegplaats in Nederland zijn genoemd, terwijl deze feiten in de Filippijnen plaats hadden gevonden. Ter zake van het gebruik maken van de akte (ook art. 225 Sr) was in de tenlastelegging Leeuwarden als pleegplaats opgenomen, hetgeen alleen bewijsbaar was ten aanzien van het

---

61 Rb. Leeuwarden 29 september 2009, *LJN* BJ8794.

62 Dit vonnis heeft zelfs, na publicatie in de media, geleid tot Kamervragen: *Aanhangsel Handelingen II* 2009/10, nr. 583.

overleggen van de valse akte aan de ambtenaar van de burgerlijke stand in Leeuwarden (en dus niet in de Filippijnen). Evenwel geldt hierbij als extra eis dat het geschrift gebruikt moest worden als echt en onvervalst, hetgeen niet ten laste was gelegd, zodat het bewezenverklaarde geen strafbaar feit opleverde.

De officier van justitie gaat in hoger beroep bij het Hof Leeuwarden, waar twee punten centraal staan.[63] Voor wat betreft het onttrekken aan het wettig gezag overweegt het hof dat de verdachte en haar medeverdachte als juridisch ouders zijn opgenomen in het geboorteregister, en dat de verdachte heeft verklaard het kind buiten de officiële adoptieprocedures om, gekregen te hebben van de moeder, die ruim een jaar na de geboorte van het kind is overleden. Het wettig gezag is niet overgedragen of toegekend aan de verdachte en de medeverdachte. Op basis hiervan kan het hof niet vaststellen wie het gezag heeft, zodat vrijspraak volgt.

Het tweede punt gaat over de valsheid in geschrifte ten aanzien van de geboorteakte en het gebruik maken van die akte. Het hof komt tot een bewezenverklaring op grond van de gewijzigde tenlastelegging, waarin is opgenomen het oogmerk om de akte als echt en onvervalst te gebruiken.

Wat betreft de strafmaat merkt het hof het volgende op:

> ‘Door zo te handelen heeft verdachte het vertrouwen dat instanties in het maatschappelijk verkeer aan de juistheid van bepaalde geschriften moeten kunnen stellen op ernstige wijze geschaad. Daarnaast is het vertrouwen dat staten onderling moeten kunnen hebben in het functioneren van elkaars organen en diensten (mede) door verdachte op het spel gezet. Verdachte en haar mededader hebben een minderjarig kind, buiten de officiële adoptieprocedure om, vanuit de Filippijnen naar Nederland gebracht. Ook al zijn de bedoelingen van verdachte goed geweest, het adopteren van kinderen is terecht onderworpen aan strenge regels, gecodificeerd in verschillende verdragen, in zowel de Filippijnen als in Nederland. Deze (vaak langdurige) officiële adoptieprocedures zijn omgeven met waarborgen ter bescherming van de belangen van voor adoptie beschikbare kinderen. Uitgangspunt is dat kinderen − zo maar enigszins mogelijk − opgroeien binnen hun eigen familie, en in hun eigen land en cultuur. Verdachte en haar mededader hebben met hun illegale actie bewerkstelligd dat het kind niet alleen haar geboorteland heeft verlaten, maar vervolgens door de Stichting Jeugdzorg Friesland bij pleegouders moest worden ondergebracht. In beginsel rechtvaardigt een en ander mede uit een oogpunt van algemene preventie oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf.’

[63] Hof Leeuwarden 8 april 2010, *LJN* BM0463 en BM0459 voor de medeverdachte.

Het hof legt een gevangenisstraf op voor de duur van zes maanden, voorwaardelijk, met een proeftijd van twee jaar en een onvoorwaardelijke werkstraf van 180 uren.

2.7 Overzicht van de strafbepalingen met bijbehorende strafmaten

De tabel hierna geeft een overzicht van de voor draagmoederschap en illegale opneming van kinderen relevante strafbepalingen met de daarbij behorende strafmaten.

Tabel 1: Overzicht strafbepalingen

Strafbepaling	Maximale geldboete	Maximale gevangenisstraf
Art. 151a Sr illegaal bemiddelen opnemen pleegkind	3e categorie 7.600 euro	6 maanden
Art. 442a Sr illegaal opnemen kind jonger dan 6 maanden	2e categorie 3.800 euro	3 weken
Art. 151b Sr bemiddelen en openbaar maken wens tot draagmoederschap	4e categorie 19.000 euro	1 jaar
Art. 151c Sr bemiddelen en bevorderen afstand kind	3e categorie 7.600 euro	6 maanden
Art. 236 Sr verduistering van staat	4e categorie 19.000 euro	5 jaren
Art. 225 Sr valsheid in geschrifte	5e categorie 76.000 euro	5 jaren
Art. 228 Sr valse verklaring omtrent geboorte door arts of verpleegkundige	4e categorie 19.000 euro	3 jaren
Art. 278 Sr mensenroof (grensoverschrijdend)	5e categorie 76.000 euro	12 jaren
Art. 279 onttrekking aan het gezag	4e categorie 19.000 euro	6 jaren
Art. 20 PKW opneming kind zonder melding BW (art. 5 PKW)	2e categorie 3.800 euro	in geval van recidive binnen 2 jaar kan gevangenisstraf worden opgelegd (2 maanden)

2.8 Afsluiting

In dit deel is de ontwikkeling van het strafrecht in relatie tot draagmoederschap aan de orde gekomen. Het strafrechtelijke beleid is gericht op het ontmoedigen van draagmoederschap, door het bemiddelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en het openbaar maken van aanbod en vraag naar draagmoederschap strafbaar te stellen. Daarnaast zijn andere relevante bepalingen in de strafwet onderzocht die niet primair met het oog op draagmoederschap in de wet zijn

opgenomen, maar die daarbij zijdelings wel een rol kunnen spelen. Niet na te gaan is binnen de context van dit onderzoek in hoeverre daadwerkelijk vervolging plaatsvindt en hoe groot de kans is dat dergelijke strafbare feiten aan het licht komen. Een analyse van de juridische databanken waarin rechterlijke uitspraken zijn opgenomen, laat zien dat er nauwelijks jurisprudentie is. Dat geldt zowel voor draagmoederschap als illegale adoptie. Welke conclusie hieruit kan worden afgeleid, is niet vast te stellen, omdat hiervoor uiteenlopende verklaringen zijn.

3 PRIVAATRECHTELIJKE ASPECTEN VAN DRAAGMOEDERSCHAP

3.1 Inleiding

Er is geen *lex specialis* voor het draagmoederschap in het civiele recht; niet in het familierecht, dat geregeld is in Boek 1 BW, en ook niet in het contractenrecht, dat in de Boeken 3, 6 en 7 BW is neergelegd.[64] De algemene wettelijke regelingen zijn van toepassing. Het betreft verschillende rechtsgebieden, die uiteenlopen van het afstammings- en adoptierecht om de overdracht van het ouderschap te realiseren, het gezagsrecht en het jeugdbeschermingsrecht voor de ontheffing van de juridisch ouder(s) van het gezag en de PKW voor de opneming van het kind in het gezin van de wensouders. Deze regelingen zijn alle van dwingend recht en betreffen onderwerpen die niet ter vrije bepaling van de betrokkenen staan.[65] In deze wetgeving heeft het draagmoederschap, of dat nu hoogtechnologisch[66] is of niet, geen plaats gekregen. Het voorgaande impliceert dat de regels die ontworpen zijn met het oog op de situatie dat twee ouders een kind krijgen en opvoeden, gelden voor een veel complexere situatie, terwijl er weinig mogelijkheden zijn om daar rekening mee te houden. Het houdt tevens in dat een bespreking van het draagmoederschap in een materiële context niet eenvoudig is vanwege de vele aspecten die een rol spelen. In dit onderdeel wordt de rechtspositie van de betrokkenen in kaart gebracht, waarbij de rechtspositie van de wensouders het uitgangspunt vormt. Het vertrekpunt is de juridische situatie die geldt als wensouders binnen de Nederlandse rechtsorde opteren voor draagmoederschap om hun kinderwens te vervullen.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Hierna wordt eerst een korte geschiedenis van het wetgevingsbeleid geschetst om een beeld te geven van de ontwikkelingen en om het wetgevingsbeleid ten aanzien van draagmoederschap

---

64 Dit gedeelte is mede gebaseerd op: Vonk 2010, p. 131-144.

65 Asser/De Boer 1* 2010, nr. 696.

66 Onder hoogtechnologisch draagmoederschap wordt alleen verstaan draagmoederschap met twee genetische wensouders. Zie verder § 3.4 *infra*.

te duiden (§ 3.2). Vervolgens wordt ingegaan op het recht van het kind om kennis te nemen van zijn ontstaansgeschiedenis (§ 3.3). Hoogtechnologisch draagmoederschap wordt afzonderlijk behandeld, om een duidelijk beeld te geven van de gang van zaken. Het is belangrijk hier alvast op te merken dat in Nederland in beginsel alleen hoogtechnologisch draagmoederschap wordt uitgevoerd waarbij *beide* wensouders genetisch verwant zijn aan het kind.[67] Waar in dit hoofdstuk over hoogtechnologisch draagmoederschap wordt gesproken, zal het dan ook altijd draagmoederschap met twee genetische wensouders betreffen (§ 3.4). De rol die een draagmoederschapscontract kan vervullen, komt in § 3.5 aan de orde, waarna in § 3.6 wordt ingegaan op de juridische positie die de betrokken partijen ten opzichte van het kind innemen. Essentieel daarbij is het onderscheid tussen het geval dat alle betrokkenen het samen eens zijn en blijven, het consensusmodel en de situatie waarin er een conflict is ontstaan tussen de draag- en wensouders (§ 3.7). Vervolgens wordt aandacht besteed aan een illegale route die bij draagmoederschap gevolgd kan worden, namelijk het doen van een valse geboorteaangifte (§ 3.8). Het geheel eindigt met een afsluiting (§ 3.9).

Twee opmerkingen moeten nog worden gemaakt. In de eerste plaats dient bedacht te worden dat dit deel alleen ziet op intern Nederlandse gevallen. Indien sprake is van grensoverschrijdende handelingen, komt het Nederlandse internationale privaatrecht aan de orde, dat bespreking krijgt in Deel IV. In de tweede plaats wordt er in de navolgende bespreking vanuit gegaan dat het om twee wensouders gaat (en niet om één).

3.2 Schets van de ontwikkelingen

In de jaren zeventig is een wetsvoorstel ingediend waarin het afstand doen van ouderrechten zou worden geregeld. De context van dit wetsvoorstel was een andere dan bij draagmoederschap; oorspronkelijk werd beoogd om ongehuwde moeders via een kortere procedure die sneller zekerheid bood afstand van hun ouderrechten te kunnen laten doen; [68] in een later stadium van het wetsvoorstel werd dit uitgebreid tot alle ouders.[69] Dat zou betekenen dat ook een draagmoeder op eenvoudige wijze afstand zou kunnen doen van haar ouderrechten, hetgeen de procedure tot verkrijging van het ouderschap en gezag door de wensouders zou bekorten. Het wetsvoorstel heeft jarenlang stil gelegen.

---

67 Richtlijn 18 van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie inzake hoogtechnologisch draagmoederschap.

68 *Kamerstukken II* 1976/77, 14 167, nr. 3, p. 1 (Wijziging in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, strekkende tot invoering ten behoeve van minderjarige moeders van de mogelijkheid tot meerderjarigverklaring en ten behoeve van moeders van niet-erkende onwettige kinderen van de mogelijkheid tot het doen van afstand van ouderrechten).

69 *Kamerstukken II* 1979/80, 14 167, nr. 7, p. 4-11.

Pas bij de behandeling van het wetsvoorstel tot strafbaarstelling van bepaalde handelingen inzake draagmoederschap in het begin van de jaren negentig kwam het weer aan de orde. De minister overwoog toen in het debat over de strafbaarstelling dat de huidige praktijk waarbij het FIOM een belangrijke rol speelt, niet aangetoond had dat er behoefte was aan een dergelijke vereenvoudigde regeling inzake afstand.[70]

In de memorie van toelichting bij de strafbaarstelling is niet ingegaan op de betekenis die dit zou kunnen hebben voor draagmoederschap; de argumenten die genoemd worden om het plan geen doorgang te laten vinden hebben betrekking op ouders die niet bewust voor de zwangerschap hebben gekozen. Argumenten in de context van het draagmoederschap worden niet genoemd. Die worden wel genoemd in de parlementaire geschiedenis van het oorspronkelijke wetsvoorstel tot verkorting van de afstandsprocedure. De minister noemt daar expliciet als reden om af te zien van de versoepeling van doen van afstand van ouderrechten de vrees dat het verschijnsel draagmoederschap door een formele afstandsprocedure zou kunnen worden bevorderd. Bij de inzichten omtrent draagmoederschap past de grootste terughoudendheid ten aanzien van maatregelen die het ongewenste verschijnsel zouden kunnen aanmoedigen, aldus de minister.[71]

Bij de totstandkoming van de strafrechtelijke verbodsbepalingen is door de regering naar aanleiding van vragen van de Tweede Kamer expliciet aangegeven dat verruiming van de mogelijkheden van adoptie door wensouders onverenigbaar is met het streven van de wetgever tot ontmoediging, zelfs al zullen niet altijd problemen ontstaan.[72] In de literatuur wordt daar wel voor gepleit.[73]

De wetgeving bleef ongewijzigd. In de jaren 1994 en 1995 laaide de discussie weer op, omdat kinderrechters bij de Tweede Kamer aandacht vroegen voor de gezagsproblematiek in geval van draagmoederschap.[74] De ontheffingsgrond van artikel 1:266 BW (zie hierna in § 3.6.2) werd volgens de rechters oneigenlijk toegepast in draagmoederschapsgevallen. De wetgever werd gevraagd op dit punt met een maatwerk oplossing te komen. Na Kamervragen

---

70 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 nr. 3, p. 3-4.

71 *Kamerstukken II* 1991/92, 14 167 nr. 15, p. 2 en 4.

72 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968 nr. 5, p. 7-8.

73 Asser/De Boer 1* 2010, nr. 696, die meent dat het belang van het kind ermee gediend is dat het direct kan opgroeien bij zijn genetische ouders; Van den Berg & Buijssen 2004, die vanuit het belang van het kind menen dat de huidige route via adoptie niet voldoende waarborgen biedt, met name niet indien er een conflict ontstaat tussen draagouders en wensouders, en pleiten voor een aanpassing van het afstammingsrecht in die zin dat de genetische wensmoeder en wensvader van rechtswege ouder worden en het gezag verkrijgen.

74 Sutorius & Kersten 1997, p. 1118.

liet de Staatssecretaris van Justitie weten niets te zien in het standpunt, de noodzaak tot aanpassing was niet gebleken en daarmee bleef alles bij het oude.[75] Na succesvol lobbyen door belangengroeperingen en nadat was gebleken dat de belangstelling mee viel, werd het Planningsbesluit in-vitrofertilisatie in 1997 zodanig aangepast dat IVF in combinatie met draagmoederschap werd toegestaan.[76] De Gezondheidsraad had gerapporteerd dat de kans op identiteitsproblemen van het kind bij hoogtechnologisch draagmoederschap vermoedelijk kleiner is, omdat het kind genetisch afstamt van de wensouders. De raad meende ook dat in het algemeen een terughoudende opstelling passend is, maar adviseerde ook het adoptierecht aan te passen en de hele procedure te versoepelen.[77] De minister meende dat ideëel draagmoederschap onder strikte voorwaarden een verantwoorde vorm van hulpverlening is voor vrouwen die zelf geen kinderen kunnen dragen.[78] In de richtlijn van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie inzake hoogtechnologisch draagmoederschap wordt gewezen op het ontbreken van betrouwbare wetenschappelijke kennis over de fysieke, psychologische en emotionele gevolgen van draagmoederschap.[79] De benadering van de Nederlandse wetgever kenmerkt zich daarmee door terughoudendheid.[80]

Hoogtechnologisch draagmoederschap is gereguleerd in het Planningsbesluit in-vitrofertilisatie[81] waarin bepaalde regels zijn opgenomen, die deze vorm van draagmoederschap onder strikte voorwaarden toestaan. In de periode 1997-2004 werd hoogtechnologisch draagmoederschap (met een eicel van de wensmoeder en sperma van de wensvader) toegepast in het eerste landelijke expertise centrum.[82] Dat centrum moest in 2004 noodgedwongen zijn deuren sluiten vanwege geldgebrek.[83] Mede op basis van de positieve uitkomsten van de pilot in het eerste centrum , besloot het VU Medisch Centrum in Amsterdam in 2006 een nieuw landelijke expertisecentrum op te richten waar hoogtechnologisch draagmoederschap wordt toegepast Het afstammings- en

75 *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, nr. 622.

76 *Stcrt.* 1998, 95. Zie over de geschiedenis ook Heida & Van der Steur 2001; Kalkman-Bogerd 1998.

77 Gezondheidsraad, *Advies inzake het planningsbesluit IVF, in-vitrofertilisatie*, Den Haag 10 februari 1997. Directe plaatsing in het gezin van de wensouders, drie maanden bedenktijd voor de draagmoeder na de geboorte zo snel mogelijke adoptie na die drie maanden.

78 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 000 XVI, nr. 51, p. 2.

79 Richtlijn nr. 18, januari 1999.

80 Tigchelaar 2001 die bezwaren in kaart brengt tegen bepaalde commerciële lichaamspraktijken, die kunnen leiden tot een gerechtvaardigde juridische beperking van de lichamelijke autonomie van een individu en die suggesties doet voor een zorgvuldige argumentatie in dit spanningsveld. Vgl. Klijnsma 2008.

81 Planningsbesluit in-vitrofertilisatie, *Stcrt.* 1998, 95.

82 Dermout 2001.

83 Winkel, Roumen & Dermout 2010, p. 1562. Zie ook Vonk 2010, p. 132.

adoptierecht is niet aan deze ontwikkeling aangepast. Wel bestaat inmiddels voor hoogtechnologisch draagmoederschap de mogelijkheid om de route naar overdracht van het ouderschap op basis van beleid en afspraken met de Raad voor de Kinderbescherming enigszins te versnellen tot een jaar na de geboorte.
Kort samenvattend is het wetgevingsbeleid te kenschetsen als consistent in de doelstelling draagmoederschap te ontmoedigen en de overdracht van ouderschap van de draagouders naar de wensouders niet te faciliteren.[84] Sinds de jaren tachtig is er in dit opzicht, ondanks gewijzigde maatschappelijke opvattingen (zoals de acceptatie van hoogtechnologisch draagmoederschap en de toegenomen ongewenste kinderloosheid), geen verandering in het wetgevingsbeleid opgetreden.[85]

3.3 Het recht van het kind op kennis omtrent zijn ontstaansgeschiedenis

Een aspect dat van belang is voor het kind dat uit een draagmoederschapsconstructie is geboren, is het recht zijn ontstaansgeschiedenis te kennen. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen statusvoorlichting enerzijds en kennis over wie de genetische en biologische ouders zijn anderzijds. Statusvoorlichting betreft voorlichting omtrent het feit dat het kind niet uit de juridische moeder is geboren maar uit een draagmoeder. Kennis omtrent de genetisch en biologische afstamming betreft zowel de vraag wie de zaadcel en de eicel heeft geleverd, als de vraag uit wie het kind is geboren. Het mag duidelijk zijn dat deze vraag pas gesteld kan worden als het kind weet heeft van zijn ontstaansgeschiedenis. Er bestaat voor wensouders geen wettelijke plicht om hun kinderen voor te lichten over hun ontstaansgeschiedenis. Hebben kinderen eenmaal weet van het feit dat er een andere genetisch of biologische ouder bij hun ontstaan betrokken is geweest, dan is er wel een recht om gegevens omtrent deze persoon te achterhalen (zij het niet absoluut). Deze beide aspecten worden hieronder nader uitgewerkt.

In artikel 7 lid 1 IVRK is het recht neergelegd om voor zover mogelijk de ouders te kennen en door hen verzorgd te worden. Artikel 8 IVRK legt het recht neer op bescherming van de eigen identiteit, waaronder ook het behoud van de familierelaties van het kind wordt begrepen.[86] Artikel 8 EVRM behelst onder het recht op *private life* ook recht op toegang tot afstammingsgegevens. De reikwijdte van dit recht is evenwel niet geheel helder en afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

---

84 Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 26.

85 Bijv. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 XVI, nr. 154; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30.

86 Blauwhoff 2009a, p. 153-154. Zie uitgebreid: Blauwhoff 2009b.

heeft zich hier verschillende keren over gebogen.[87] Het recht op afstammingsvoorlichting geldt niet als een absoluut recht, maar moet telkens worden afgewogen ten opzichte van andere belangen. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in het bijzonder de *Jäggi*-zaak,[88] blijkt dat de leeftijd en de beweegredenen van de verzoekende partij om zekerheid over diens biologische afstamming te verkrijgen, mede zullen bepalen of het recht op afstammingsvoorlichting zwaarder weegt dan andere belangen.[89] Het is niet helder wat in de Nederlandse context precies voortvloeit uit het recht op afstammingskennis in draagmoederschapszaken.[90] Aannemelijk is dat het kind voorgelicht dient te worden over het feit dat zijn juridische ouders niet de biologisch ouders zijn en over de wijze waarop het tot stand is gekomen. In de jurisprudentie wordt artikel 7 IVRK zo geïnterpreteerd dat het ziet op de genetisch verwante wensouders,[91] maar ook op genetische draagouders.[92] Het inkleuren en uitwerken van deze rechten is in geval van draagmoederschap waar tenminste één van de wensouders een genetisch ouder is, bepaald niet eenvoudig.[93]

Op grond van de WDKB zijn instellingen verplicht om donorgegevens over te dragen aan de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting vanaf het moment dat de bevruchting heeft geleid tot de geboorte van een kind. Voor uiteenlopende soorten (afstammings)informatie gelden aparte regels. Afgezien van de verstrekking van medische gegevens, die te allen tijde kunnen worden verstrekt op verzoek van de huisarts aan het donorkind, is de verstrekking van de informatie *leeftijdsgebonden.*

Fysieke en sociale donorgegevens waarmee de identiteit van de donor niet kan worden achterhaald worden op verzoek van de ouder(s) van het kind dat jonger is dan twaalf jaar verstrekt aan de ouders en aan het kind dat ouder is dan twaalf jaar. Persoonsidentificerende gegevens worden op verzoek van een kind dat de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, aan hem verstrekt, maar onder de voorwaarde dat de donor met deze verstrekking schriftelijk heeft ingestemd. Heeft de donor niet ingestemd, dan maakt de Stichting een afweging tussen de belangen van het kind enerzijds en de belangen van de donor anderzijds. Slechts bij *zwaarwegende belangen* van de donor, bijvoorbeeld wanneer hij inmiddels een eigen gezin heeft, kan besloten worden de identiteitsgegevens niet prijs te

87 EHRM *Gaskin vs. het Verenigd Koninkrijk*, no.10454/83, 7 juli 1989; EHRM *Odièvre vs. Frankrijk,* no.42326/98, 13 februari 2003; EHRM *Jäggi vs. Zwitserland,* no.58757/00*,* 13 juli 2006.

88 EHRM *Jäggi vs. Zwitserland*, no.58757/00, 13 juli 2006.

89 Blauwhoff 2009a, p. 153-155.

90 Blauwhoff 2009b, p. 324-329.

91 Rb. Rotterdam 11 december 2007, *LJN* BB9844.

92 Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, *LJN* AR3391; Rb. Groningen 20 juli 2004, *LJN* AQ8757.

93 Vonk 2008, p. 130-131.

geven. Indien een kind inzage wenst in de donorgegevens, maar de donor onvindbaar of overleden blijkt te zijn, dan wordt op grond van artikel 3 lid 3 WDKB aan de naaste verwanten van de donor instemming gevraagd met de verstrekking van die gegevens. Stemt de familie niet in, dan volgt een belangenafweging door de Stichting.[94] Het knelpunt is dat een kind niet per definitie weet dat het niet afstamt van zijn juridische ouders, zodat het in dat geval ook geen stappen kan nemen om daar achter te komen.[95]

Het is afhankelijk van de situatie of het kind weet of kan weten dat het via draagmoederschap ter wereld is gekomen.[96] Gaat het om gevallen binnen de Nederlandse rechtsorde, dan is altijd adoptie vereist voordat de wensouders juridisch ouders kunnen worden. De adoptie wordt aangetekend op de geboorteakte als een latere vermelding.[97] Dat betekent dat raadpleging door het kind van de geboorteakte (door een afschrift/uittreksel aan te vragen ex artikel 1:23b BW) de identiteit van de oorspronkelijk juridisch ouders onthult. Maar als de ouders niets vertellen zal het kind eerst een aanleiding of aanwijzing moeten hebben dat zijn juridische ouders niet de biologische ouders zijn. In de literatuur wordt dienaangaande een aantal algemene suggesties gedaan om dit recht beter te kunnen effectueren, zoals het versturen van een brief door de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting aan het kind en het creëren van een zelfstandige procedure, los van het afstammingsrecht, waarin de relevante afstammingsgegevens aan het licht komen.[98]

3.4 Hoogtechnologisch draagmoederschap met eigen genetisch materiaal van de wensouders

Bij hoogtechnologisch draagmoederschap met genetisch materiaal van de wensouders worden door middel van follikelaspiratie bij de wensmoeder eicellen weggezogen. Deze worden bevrucht met het zaad van haar eigen partner in het laboratorium, een reageerbuisbevruchting (IVF). Als er een embryo ontstaat, wordt dit geplaatst bij de draagmoeder.[99] Het kind is een 100% genetisch eigen kind van de wensouders. De richtlijn die de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie inzake hoogtechnologisch draagmoederschap heeft opgesteld formuleert nadere voorwaarden en beperkingen aan deze vorm van medische hulpverlening. Iedere kliniek die

---

94 Blauwhoff 2009a, p. 156-157.

95 Blauwhoff 2009b, p. 400 die de wet ineffectief oordeelt.

96 Vgl. Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, *LJN* BK1197 voor een geval van anonieme geboorte in Frankrijk, waardoor de gegevens van de draagmoeder niet op de Franse geboorteakte waren vermeld, doch wel bekend waren. In het licht van art. 7 en.8 IVRK wijst de rechtbank inschrijving van de Franse akte in de registers af.

97 Art. 1:20 BW. Zie Asser/De Boer 1* 2010, nr. 74.

98 Blauwhoff 2009b, p. 399-401.

99 De Embryowet geeft regels omtrent gameten en embryo's.

hoogtechnologisch draagmoederschap toepast (op het moment één in Nederland), dient een protocol op te stellen, waarin een aantal aspecten neergelegd moet zijn. De draagmoeder (gehuwd of niet) dient een eigen kind gebaard te hebben en bij voorkeur een voltooid gezin. De zwangerschap(pen) dienen zonder complicaties verlopen te zijn. Er dient een medische grond te zijn voor draagmoederschap, bijvoorbeeld omdat de wensmoeder geen (functionerende) baarmoeder meer heeft.[100] Daarnaast gelden andere voorwaarden, zoals leeftijdsgrenzen, dient er een vast traject gevolgd te worden waarin sprake is van goede voorlichting en counseling van alle betrokkenen op de medische, psychologische en juridische aspecten van draagmoederschap. Gezien het feit dat beide wensouders genetisch materiaal voor het kind moeten leveren, komen alleen paren van verschillend geslacht in aanmerking voor deze vorm van draagmoederschap.

Uit een analyse van gegevens van het eerste landelijke expertisecentrum komt naar voren dat in de periode 1997-2004 door ruim 500 stellen informatie is aangevraagd over hoogtechnologisch draagmoederschap. Van hen zijn 202 paren gescreend, en kregen 35 paren een IVF-behandeling, die leidde tot de geboorte van 16 kinderen bij 13 vrouwen.[101] Sinds 2006 wordt hoogtechnologisch draagmoederschap toegepast in het VU Medisch Centrum in Amsterdam.[102] In de medische literatuur zijn uitgebreide beschrijvingen van de procedure die daarbij wordt gevolgd te vinden.[103]

Aan het VU Medisch Centrum worden niet meer dan 10 gevallen van hoogtechnologisch draagmoederschap per jaar begeleid. Alleen altruïstisch draagmoederschap is toegelaten waarbij strenge eisen worden gesteld aan de wensouders en de draagmoeder.

Specifieke voorwaarden die aan de wensmoeder worden gesteld:

- De wensmoeder heeft geen of een niet-functionerende baarmoeder of een zwangerschap zou haar leven in gevaar brengen.[104]
- De wensmoeder is bij de start van de IVF-behandeling niet ouder dan 40 jaar.

---

100 Richtlijn 18 van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie inzake hoogtechnologisch draagmoederschap.

101 Winkel, Roumen & Dermout 2010, p. 1562; Dermout e.a. 2010.

102 De informatie hierna is gebaseerd op de gegevens afkomstig uit een expert meeting, gehouden op 31 mei 2010 in Utrecht waarbij experts van verschillende instanties bevraagd werden op hun ervaringen met draagmoederschap en illegale opneming. Aanwezig was namens het Medisch Centrum van de Vrije Universiteit Amsterdam de heer R. Schats.

103 Dermout e.a. 2010, p. 443-449.

104 Zie voor specifieke eisen m.b.t. de gezondheid van de wensmoeder richtlijn 18 van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, onder 3.1.

De draagmoeder moet om te kunnen deelnemen aan het programma:[105]

- niet ouder zijn dan veertig jaar;
- in goede gezondheid verkeren;
- geen verwachte complicaties m.b.t. volgende zwangerschap genereren;
- een eigen gezin 'voltooid' hebben;
- een sterke persoonlijkheid bezitten;
- zelf een sterke eigen wil hebben tot dienstverlening aan de wensouders die doorgaans in nauwe familieband staan ten opzichte van de draagmoeder;
- geen lichaamseigen materiaal inzetten bij de verwekking;
- in staat en bereid zijn het kind af te staan bij geboorte;
- er wordt niet vereist dat de draagmoeder (nog) gehuwd is, wel dat ze al (een of meerdere) eigen kinderen heeft gebaard.

De nadruk wordt gelegd op de psychologische counseling van alle betrokken partijen vooraf en tijdens de zwangerschap van de draagmoeder. Het maximum aantal IVF-behandelingen per betrokkene in het VU Medisch Centrum is vastgesteld op drie.[106]

Om een en ander tot een goed eind te brengen zijn er tussen het VU Medisch Centrum sluitende afspraken gemaakt met het landelijke bureau van de Raad voor de Kinderbescherming op grond waarvan de raad na de geboorte via een verkort onderzoek de mogelijkheid geeft aan de wensouders om het kind na de geboorte in het gezin op te nemen zodat later tot adoptie van het kind over kan worden gegaan. De draagmoeder moet onder andere na de geboorte voor de gezagsoverdracht verklaren dat zij niet in staat is om het kind op te voeden en ervoor te zorgen. De raad heeft onder meer als vereiste gesteld dat de wensouders voor de IVF-procedure een verklaring omtrent het gedrag aan het ziekenhuis overleggen. Dit om te voorkomen dat de raad in de gezag- en adoptieprocedure geconfronteerd wordt met een strafblad ten aanzien van mishandeling en/of misbruik. De raad heeft voor het volgen van de verkorte procedure ook als voorwaarde gesteld dat er enkel eigen genetisch materiaal van de wensouders wordt gebruikt, zodat de adoptie er louter toe strekt de genetische realiteit te doen overeenstemmen met de wettige realiteit. Als de draagmoeder niet getrouwd is kan de wensvader het kind ook meteen erkennen (indien deze laatste niet gehuwd is met een andere vrouw – in casu de wensmoeder).

---

105 Vgl. richtlijn 18 van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie inzake hoogtechnologisch draagmoederschap. Zie Dermout e.a., p. 444 e.v. over de voorwaarden die in het eerste centrum werden gesteld aan draagmoeders en wensouders.

106 Vgl. Winkel, Roumen & Dermout 2010, p. 1562.

Door de wettelijke vereisten voor adoptie neemt de gehele procedure (het afstaan van het kind na de bevalling door de draagmoeder en adoptie van het kind door de wensouders, tevens genetische ouders), in verband met de wettelijke verplichting het kind een jaar te hebben verzorgd alvorens een adoptieverzoek kan worden ingediend, minimaal een jaar in beslag.[107]

Het VU Medisch Centrum krijgt ongeveer twintig verzoeken per jaar en gaat in totaal over tot ongeveer tien behandelingen per jaar. Er wordt bij voorkeur gebruik gemaakt van draagmoeders die de wensouders al dan niet via familiale banden kennen. Slechte ervaringen werden opgedaan met vrouwen die hun diensten als draagmoeder aanboden via internet en waarvan de motivatie onduidelijk bleef. Zij kwamen niet door de screening heen.[108]

Het VU Medisch Centrum behandelt enkel verzoeken van partijen die alle de Nederlandse nationaliteit hebben én woonachtig zijn in Nederland. Buitenlandse verzoekers worden afgewezen zonder doorverwijzing naar andere buitenlandse ziekenhuizen of regelingen die mogelijkerwijs wel een oplossing zouden bieden voor deze verzoekers.[109]

De Raad voor de Kinderbescherming en het VU Medisch Centrum gaan ervan uit vanwege de strenge *screening* en de intensieve *counseling* vooraf aan en tijdens de zwangerschap, dat de draagmoeder het kind probleemloos zal afstaan en de wensouders in alle gevallen het kind zullen opnemen in hun gezin ondanks wijziging in hun persoonlijke omstandigheden (bijvoorbeeld na scheiding of omwille van een handicap). Hoe te handelen indien de draagmoeder geen verklaring van afstand doet of de wensouders weigeren het kind te adopteren is niet vastgelegd. Dergelijke gevallen hebben zich nog niet voorgedaan. Sinds 2006 zijn er via hoogtechnologisch draagmoederschap in het VU Medisch Centrum drie kinderen geboren en twee kinderen worden binnenkort geboren. In die gevallen zijn geen juridische problemen ontstaan. Er is geen conflict gerezen tussen de draagmoeder en de wensouders.[110]

De resultaten van het eerste Expertisecentrum zijn in dit opzicht ook positief; van de zestien gevallen die in een periode van zeven jaar succesvol het hele traject doorliepen, werd de adoptie in alle gevallen na een jaar uitgesproken.[111]

---

107 Door de vereiste verzorgingstermijn van één jaar bij adoptie door twee personen of door de partner van een ouder, zou het ook niet sneller kunnen (art. 1:228 lid 1 onder f BW).

108 Vgl. het geval beschreven in Winkel, Roumen & Dermout 2010, p. 1562, waar de draagmoeder weigerde mee te werken aan psychologische *screening*, waarna zij in België via hoogtechnologisch draagmoederschap zwanger werd voor wensouders die via internet contact hadden gelegd.

109 Expert-meeting-verslag.

110 Dermout e.a. 2010, p. 445, waar melding wordt gemaakt van de geboorte van een gehandicapt kind na hoogtechnologisch draagmoederschap, hetgeen niet tot problemen leidde.

111 Dermout e.a. 2010, p. 445.

Niet alle paren met een kinderwens zullen kunnen voldoen aan de eisen die in Nederland aan hoogtechnologisch draagmoederschap worden gesteld, zoals het inzetten van eigen genetisch materiaal van beide wensouders en het zelf aanbrengen van de draagmoeder die aan strenge eisen moet voldoen. Het aantal verzoeken dat bij het VU Medisch Centrum wordt ingediend en ingewilligd is zeer beperkt. Het is mogelijk dat paren, die niet in aanmerking komen voor deze vorm van draagmoederschap, een andere uitweg zoeken en vinden, hetzij in het buitenland, hetzij door een vorm van laagtechnologisch draagmoederschap.

3.5 De rol van een draagmoederschapscontract

Wanneer de wensouders via hun eigen netwerk of door contacten via het internet een vrouw hebben gevonden die draagmoeder wil zijn, zullen zij over het algemeen met haar afspraken maken over het draagmoederschap. Mogelijk worden die afspraken neergelegd in een contract. Een contract is overeenkomstig de regels van het contractenrecht een meerzijdige rechtshandeling, waarbij beide contractspartijen zich verbinden om bepaalde verbintenissen op zich te nemen.[112]

In het algemeen geldt het beginsel van de contractsvrijheid, waaraan de partijautonomie ten grondslag ligt. Alle mogelijke overeenkomsten kunnen worden gesloten, maar de vrijheid is niet geheel onbegrensd. De eerste vraag die gesteld kan worden is of het strafrecht belemmeringen opwerpt ten aanzien van het sluiten van een contract over draagmoederschap. Op zichzelf is het zijn van draagmoeder of wensouders niet strafbaar gesteld; het is alleen verboden om een dergelijke wens om draagmoeder te zijn of te zoeken openbaar te maken. Maar zelfs als de ouders deze regels overschrijden, en bijvoorbeeld via internet naar een draagmoeder hebben gezocht, dan nog heeft dat in beginsel geen invloed op het contract dat deze partijen sluiten. Hooguit is sprake van strafbaarheid (als het ooit na een conflict of om een andere reden aan het licht komt), maar dat laat de contractsvrijheid onverlet.

Een tweede beperking van de contractsvrijheid ligt in het contractenrecht zelf. Dat stelt namelijk grenzen aan de inhoud van een overeenkomst, onder meer door het vereiste dat contracten niet in strijd met de wet, openbare orde of de goede zeden mogen zijn (art. 3:40 BW). Er is aldus sprake van inperking van het zelfbeschikkingsrecht. Welke betekenis deze beperking heeft voor draagmoederschapscontracten waar enerzijds een beroep wordt gedaan op de contractsvrijheid en anderzijds mensen-/grondrechten van het kind en de draagmoeder worden geschonden wordt in het navolgende onderzocht.

Om na te gaan wat vanuit artikel 3:40 BW is toegestaan, is het van belang vast te stellen wat tot de inhoud van een contract mag behoren. Een of

[112] Broekhuijsen-Molenaar 1991.

meerdere van de volgende aspecten van draagmoederschap zullen worden vastgelegd in een draagmoederschapscontract:[113]

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;
- mee te werken aan de gezagswijziging en de adoptie van het kind;
- het kind na de geboorte de voornamen te geven die de wensouders hebben gekozen;
- zich te laten aborteren als binnen tien weken blijkt dat zij zwanger is van een onvolwaardige vrucht;
- tijdens de zwangerschap gezond te leven (geen alcohol, drugs, roken, zware arbeid/sporten);
- Controles te ondergaan door de verloskundige/gynaecoloog.

De verbintenissen die de wensouders op zich kunnen nemen, zien op:

- het opnemen van het kind na de geboorte (ook als het gehandicapt is) en stappen ondernemen om juridisch ouder te worden;
- het voldoen van de kosten van de zwangerschap;
- het voldoen van een honorarium aan de draagmoeder;
- het aangaan van een risicoverzekering ten behoeve van de draagmoeder;
- het opnemen van een erfstelling in hun beider testamenten op grond waarvan het kind als erfgenaam optreedt bij overlijden van de wensouders.

Het feit dat een contract kan worden aangegaan, betekent nog niet dat het ook in rechte afdwingbaar is indien niet wordt nagekomen door een van de partijen. Er kan sprake zijn van strijdigheid met de openbare orde, goede zeden of de wet.[114]

Zolang het contract vrijwillig wordt nagekomen en er geen rechtsregels uit Boek 1 BW en de Pleegkinderenwet worden geschonden door het handelen van partijen, zullen er in beginsel geen problemen met het contract ontstaan. Dit betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat het traject de gewenste uitkomst heeft. Afspraken over het overdragen van afstamming en afspraken met betrekking tot het gezag hebben geen rechtsgevolg; immers beide

[113] Heida & Van der Steur 2001, p. 211; De Ruiter 1993, p. 82; Vlaardingerbroek 2003, p. 175.
[114] Art. 3:40 BW.

rechtsgebieden staan niet ter vrije bepaling van partijen en regelingen met betrekking tot afstamming en gezag zijn van dwingend recht. Willen partijen wijzigingen brengen in de afstamming van of het gezag over het kind, dan kan dit alleen via de rechter.

Wanneer partijen zich niet aan het contract houden en naar de rechter gaan om het contract af te dwingen, ontstaan er zeker problemen. Afspraken met betrekking tot afstamming en gezag kunnen niet voor de rechter worden afgedwongen. Ook de bepalingen van de Pleegkinderenwet kunnen niet 'weggecontracteerd' worden. Een verbintenis dienaangaande zou als strijdig met de wet, nietig zijn. Dit betekent dat het rechtsgevolg niet intreedt wegens strijd met dwingend recht, ook als geen beroep op de nietigheid wordt gedaan door een van de contractspartijen. Echter, wanneer de betreffende dwingende wetsbepaling uitsluitend strekt tot bescherming van een der contractspartijen, zou slechts sprake zijn van vernietigbaarheid.[115] Het is dus steeds de vraag of de betreffende wetsbepaling uitsluitend strekt tot bescherming van een van de contractpartijen, draagouders en wensmoeder, of ook strekt tot bescherming van het kind. Strekt de bepaling ook of uitsluitend tot bescherming van het kind, dat geen partij is bij het contract, dan zou toch tot nietigheid moeten worden geconcludeerd. Ook op basis van gezondheidsrechtelijke wetgeving[116] zijn bepaalde afspraken in strijd met de wet en dus wegens nietigheid niet-afdwingbaar. Zo kunnen de wensouders de draagmoeder niet verplichten de zwangerschap uit te dragen of af te breken.[117] Daarnaast zijn bedingen die de persoonlijke levenssfeer van de draagmoeder te zeer beknotten in strijd met de wet; hier is dus een mensenrechtelijk aspect de grond voor nietigheid.[118] Er is consensus in de literatuur 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.[119] Omgekeerd is ook de verplichting van de wensouders om het kind op te nemen, niet afdwingbaar.[120] Er zijn echter ook auteurs die stellen dat deze visie niet langer houdbaar is, gezien het feit dat draagmoederschap door de wetgever onder bepaalde omstandigheden wordt toegestaan.[121]

In de literatuur bestaat geen overeenstemming over de grenzen van wat verder toelaatbaar is.[122] Als de wensouders extra kosten moeten maken voor de verzorging en opvoeding van het gehandicapte kind, kan de draagmoeder niet

115 Art. 3:40 lid 2 BW.
116 Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst, Wet afbreking zwangerschap.
117 Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 29.
118 De Ruiter 1993, p. 84-85.
119 Zie Vlaardingerbroek 2003 voor een overzicht.
120 Schoots, Van Arkel & Dermout 2004, p. 189 e.v.
121 Zie bijv. Nieuwenhuis 2001.
122 Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 34.

voor deze kosten worden aangesproken.[123] De wensouders besluiten immers in vrijheid tot het aanvaarden van het kind, zij kunnen hiertoe niet worden gedwongen. Indien de wensouders besluiten het kind niet te aanvaarden, blijft de mogelijkheid van de draagmoeder om hen aan te spreken voor de (extra) kosten van opvoeding en verzorging bestaan.[124]

Indien de overeenkomst (gedeeltelijk) nietig is, kan − behalve voor het niet-nietige deel − geen nakoming worden gevorderd en is al hetgeen dat reeds op grond van de overeenkomst werd verricht of betaald onverschuldigd. In dit geval is terugvordering mogelijk ex artikel 6:203 BW.[125] De aard van de overeenkomst zal met zich meebrengen dat terugbetaling van de waarde van de geleverde prestatie niet altijd mogelijk is. Een redelijke oplossing biedt artikel 6:211 BW dat ongedaanmaking uitsluit, voor zover dit in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.[126]

Dat betekent dus dat de rol van een contract ter regeling van de rechtsverhoudingen enerzijds beperkt is, omdat de essentiële verplichtingen niet in rechte afdwingbaar zijn, maar aan de andere kant betekent dat niet dat er aan een contract geen enkele betekenis kan worden gehecht.[127] Zo geldt het bijvoorbeeld voor hoogtechnologisch draagmoederschap als een voorwaarde om het traject in te gaan. Daarnaast geeft het de rechter die in geval van een conflict te oordelen heeft over deze complexe zaken een beeld van de oorspronkelijke intentie van de betrokken partijen, maar dat heeft niet tot gevolg dat daarmee vast staat dat het door de wensouders beoogde rechtsgevolg wordt bereikt. Dat hangt namelijk af van de vraag of het contract vrijwillig wordt nagekomen en of de rechter zijn medewerking verleent aan het overdragen van de status van ouder aan de wensouder. Daarbij spelen uiteenlopende factoren een rol.

Over de betekenis en gevolgen van draagmoederschapscontracten bestaan in de literatuur uiteenlopende opvattingen. Nieuwenhuis pleit ervoor om de afspraak een kind af te staan en de medewerking te verlenen aan het verkrijgen van gezag door de wensouders in rechte afdwingbaar te maken. Hij doet dit naar aanleiding van een geval van hoogtechnologisch draagmoederschap met genetisch materiaal van de wensouders. De contractuele gebondenheid groeit volgens hem naarmate zich meer feiten hebben voorgedaan die het leven van de betrokkenen ingrijpend raken. Als het kind is afgestaan door de draagmoeder komt er een moment waarop zij niet meer van gedachten

---

123 Al wordt door Broekuijsen-Molenaar 1991, p. 155-156 verdedigd dat als dit het gevolg is van levensgedrag van de draagmoeder dat in strijd met het contract, dat dan de kosten voor extra behandeling als schadevergoeding van de draagmoeder gevorderd zou kunnen worden.

124 Schoots, Van Arkel & Dermout 2004.

125 Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 34.

126 Schoots, Van Arkel & Dermout 2004.

127 Vonk 2008, p. 129.

kan veranderen. Een rechterlijk oordeel dat de draagmoeder is gehouden aan haar oorspronkelijke toezegging verdient dan volgens Nieuwenhuis serieuze overweging.[128]

Broekhuijsen-Molenaar stelt in haar dissertatie dat de ratio van de nietigheid is dat geen nakoming van de verbintenissen die zijn overeengekomen kan worden gevorderd door de contractspartijen. Het algemeen belang speelt hier een rol. Dat impliceert dat het contract wel geldig kan zijn voor wat betreft de schadevergoeding die op grond van wanprestatie gevorderd kan worden, net als de kostenvergoeding en het honorarium. Op dit punt bestaat geen eenstemmigheid.[129]

Heida en Van der Steur menen dat een draagmoederschapscontract niet nietig is, gelet op het feit dat de minister zelf heeft aangegeven dat draagmoederschap in uitzonderlijke gevallen een verantwoorde vorm van medische hulpverlening is. Van strijdigheid met de goede zeden en de openbare orde is geen sprake meer.[130] Ze zijn van mening dat een vordering wegens wanprestatie doordat de draagmoeder het kind niet afstaat toewijsbaar kan zijn. Vranken meent dat een toetsing van een draagmoederschapscontract door de rechter voorafgaand aan het draagmoederschap een oplossing kan bieden.[131] De Ruiter neemt aan dat een vordering tot levensonderhoud jegens de wensouders te ver voert.[132]

In de rechtspraak wordt soms wel betekenis gehecht aan draagmoederschapscontracten als blauwdruk van de intenties van de partijen voor de conceptie van het kind.[133]

3.6 Overgang van het kind van het gezin van de draagmoeder naar het gezin van de wensouders: de juridische positie van de betrokkenen ten aanzien van het kind

3.6.1 Relevante factoren

De juridische positie van de draagmoeder, haar partner en de wensouders is afhankelijk van een aantal factoren.[134] In de eerste plaats is de relationele status van de draagmoeder van belang: is zij op het moment van de geboorte van kind

[128] Nieuwenhuis 2001.
[129] De Ruiter 1993, p. 85-87.
[130] Heida & Van der Steur 2001, p. 212 en 214, waar wordt gewezen op het tweeslachtige karakter van het wetgevingsbeleid met name met betrekking tot hoogtechnologisch draagmoederschap; zij pleiten voor een wettelijke regeling van het onderhoudsplicht van de wensouders die weigeren een kind op te nemen en voor een aanpassing van het adoptierecht.
[131] Vranken 1997, p. 1751-1761.
[132] De Ruiter 1993, p. 86.
[133] Vonk 2008, p. 117-134.
[134] Schoots, Van Arkel & Dermout 2004, p. 189 e.v.

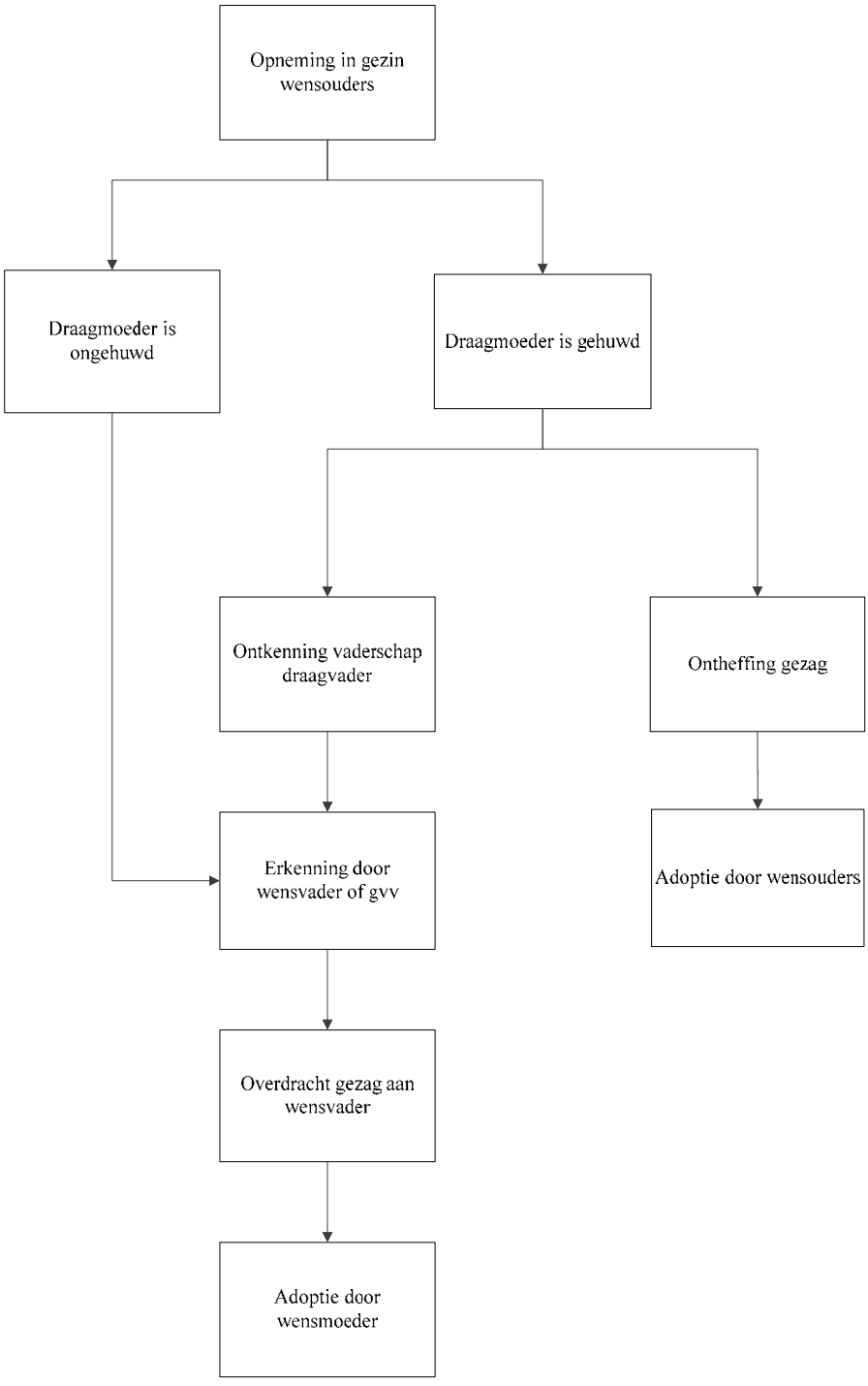
gehuwd of niet? Dit verschil heeft een bijzonder grote impact op de rechtspositie van de wensvader en indirect ook op die van de wensmoeder. In de tweede plaats is van belang of de wensvader gehuwd is of niet. Ten derde is van belang of de wensouders genetische ouders van het kind zijn en voor de vader meer specifiek of hij een verwekker (niet waarschijnlijk) of donor is.

In de praktijk is van groot belang het onderscheid tussen de situatie dat de vier betrokken partijen het eens zijn en blijven met elkaar (het consensusmodel). In dat geval is namelijk de te volgen route een andere dan bij conflicten. Daarom wordt ook het geval besproken waarin op enig moment een conflict tussen een of meerdere betrokken partijen ontstaat (conflictmodel). § 3.6 betreft de situatie waar er consensus is en blijft bestaan tussen de betrokken partijen en § 3.7 de situatie waarin er op enig moment conflicten ontstaan tussen de betrokken partijen.

Hierna wordt een onderscheid gemaakt tussen verkrijging van het ouderschap op twee wijzen: een *primaire verkrijging van het ouderschap* met bijbehorende rechtspositie (gezag, naamrecht, erfrecht etc.), en een s*ecundaire verkrijging van ouderschap*, waarbij de wensouders pas in tweede instantie juridisch ouder kunnen worden, nadat het kind aanvankelijk een andere juridische ouder heeft gehad.

De overgang van het ene gezin naar het andere wordt aan de hand van het onderstaande schema besproken. Aangezien er geen conflict is tussen de wensouders en de draagouders wordt ervan uitgegaan dat het kind in ieder geval in het gezin van de wensouders wordt opgenomen na de geboorte. Hoe de juridische overdracht van het ouderschap vervolgens verloopt, hangt af van de vraag of de draagmoeder al dan niet gehuwd is. Draagmoederschap met een ongehuwde draagmoeder leidt veel eenvoudiger tot het gewenste rechtsgevolg, namelijk een primaire verkrijging van het ouderschap, en biedt daardoor voor de wensouders meer rechtszekerheid.

Figuur 1: Stroomschema overgang kind van draagmoeder naar wensouders



3.6.2 De wensmoeder: alleen secundaire verkrijging van het moederschap

Een primaire verkrijging van het juridisch ouderschap door de wensmoeder in geval sprake is van draagmoederschap is niet mogelijk, tenzij een valse geboorteaangifte wordt gedaan (zie § 3.7 *infra*). Daarbij is de vraag of het kind genetisch verwant is met de wensmoeder niet relevant. Evenmin ter zake doet of de wensmoeder gehuwd is of niet. De moeder uit wie het kind wordt geboren is namelijk de juridische moeder van het kind, ook als sprake is van eiceldonatie (art. 1:198 BW) of wanneer de eicel afkomstig is van de wensmoeder. De wet biedt geen mogelijkheden tot ontkenning van het moederschap, zodat de enige manier waarop een wensmoeder juridisch ouder van het kind kan worden, adoptie is (secundaire verkrijging van het ouderschap) nadat de draagouders afstand hebben gedaan van het kind. De juridische ouders kunnen afstand doen van hun kind en het met hun toestemming laten opgroeien in het gezin van de wensouders. De wensouders moeten wel een melding doen aan B&W inzake de opname en, indien het kind jonger dan zes maanden is, voorafgaand aan de opname toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming verzoeken. De wensmoeder kan vervolgens een verzoek indienen om het kind te adopteren. Afhankelijk van de positie van de wensvader (via erkenning vader geworden of niet), gaat het om partneradoptie of gezamenlijke adoptie. De wensouders dienen gedurende drie jaar voorafgaand aan het verzoek met elkaar te hebben samengeleefd en dienen het kind ten minste één jaar verzorgd en opgevoed te hebben.[135]

3.6.3 Opnemen van een kind in het gezin van de wensouders

In alle gevallen van draagmoederschap, of het nu om een genetisch eigen kind gaat of niet, en of de draagmoeder dan wel wensvader gehuwd zijn of niet, is het voor het ontstaan van de zwangerschap de bedoeling dat het kind van het gezin van de draagmoeder op enig moment over gaat naar de wensouders; dat betekent dus dat de juridisch ouders op enig moment afstand doen van het kind. Hier wordt de relevante regelgeving besproken om een goed beeld van de situatie te schetsen.

Er is geen specifieke wettelijke regeling inzake het afstand doen van een kind. Het begrip ‘afstand’ heeft betrekking op het niet willen of kunnen nemen van de opvoedverantwoordelijkheid die ouders krachtens de wet hebben. De juridische ouders kunnen afstand doen van hun kind en het met hun toestemming laten opgroeien in het gezin van de wensouders. In dat geval is sprake van pleegzorg.

Pleegzorg kan worden onderscheiden in een vrijwillige en justitiële plaatsing. Een vrijwillige plaatsing is een plaatsing van een kind bij anderen dan

[135] Art. 1:227 en 1:228 BW.

de ouders met instemming van de ouders die het gezag hebben.[136] De ouder heeft het gezag over het kind, maar verzet zich niet tegen of stemt in met de plaatsing in een ander gezin. Informele plaatsingen van kinderen door ouders vallen niet onder de Wet op de jeugdzorg. De PKW is dan van toepassing, die tot doel heeft om toezicht te houden op het uit het ouderlijk huis plaatsen van een kind als daar geen andere controle op wordt gehouden.[137] De wet ziet niet op plaatsingen binnen de familie, waartoe gerekend worden bloed- en aanverwanten van het kind tot en met de derde graad.[138] Dit onderscheid kan relevant zijn bij draagmoederschap binnen de familie. In dat geval kan de plaatsing namelijk plaatsvinden zonder toestemming of toezicht. Er zijn evenwel plannen tot aanpassing van de wet in dit opzicht, zodat ook plaatsingen binnen de familie binnen de reikwijdte van de wet vallen.[139]

Onder de plaatsing in de zin van de PKW kan de plaatsing van een kind na een draagmoederzwangerschap bij de wensouder vallen.[140] Vervolgens moet een onderscheid gemaakt worden tussen kinderen die op het moment van plaatsing in het nieuwe gezin jonger zijn dan zes maanden en de groep die ouder is. Het eerste zal vermoedelijk aanmerkelijk vaker het geval zijn dan het tweede. Zoals beschreven in § 2.3 in het strafrechtelijke deel, heeft de Raad voor de Kinderbescherming voorafgaand aan de plaatsing een toezichthoudende taak op grond van het Wetboek van Strafrecht (art. 442a Sr). De raad dient voor deze zeer jonge kinderen voorafgaand aan de plaatsing toestemming te verlenen voor de opneming in het gezin van de wensouders. De raad verricht hiertoe onderzoek. Artikel 1:241 lid 3 BW geeft de raad de bevoegdheid om in te grijpen, indien de vereiste toestemming ontbreekt. De raad kan in dat geval vragen het kind onder voorlopige voogdij te plaatsen. De raad onderzoekt of het in het belang van het kind is dat het in het gezin van de wensouders wordt opgenomen. Daarbij maakt de raad op grond van het protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen (ASAA) een onderscheid tussen het

---

136 Bij vrijwillige plaatsing door ouders bij een ander, verkrijgt deze ander na één jaar een blokkaderecht. Dit betekent dat de ouders het kind niet meer zomaar na dat jaar kunnen terugkrijgen (art. 1:253s lid 1 BW).

137 Punselie 2006, p. 26-27.

138 Art. 1 lid 1 PKW bepaalt dat onder een pleegkind o.a. wordt verstaan een minderjarige die bij anderen dan zijn ouders, voogd of bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad wordt verzorgd en opgevoed. Onder bloedverwant kan niet worden verstaan een wensvader die genetisch verwant is aan het kind, zoals bepleit door Broekhuijsen-Molenaar in haar dissertatie (Broekhuijsen-Molenaar 1991, p. 87); het juridisch bloedverwantschap is beslissend. Vgl. Schrama 2008.

139 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 015 nr. 3, p. 43-44 (Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de jeugdzorg en de Pleegkinderenwet in verband met herziening van de maatregelen van kinderbescherming), waarbij ook plaatsing binnen de familiekring onder het bereik van de wet gebracht wordt.

140 Punselie 2006, p. 27.

geval dat een van de wensouders genetisch verwant is en de situatie dat genetische verwantschap ontbreekt. In dat laatste geval zal de gewone procedure met betrekking tot afstand gevolgd worden. Dit betekent o.a. dat een kind alleen geplaatst wordt bij aspirant-adoptiefouders die de voorbereiding van de Stichting Adoptievoorzieningen hebben gevolgd en die eerder een gezinsonderzoek hebben ondergaan waaruit gebleken is dat zij geschikt zijn voor het opnemen van een in Nederland geboren adoptiekind. Er wordt een bedenktijd voor de biologische ouder in acht genomen van drie maanden. In het onderzoek zal ook bekeken worden of het mogelijk is om het kind bij de eigen ouder(s) op te laten groeien.

Blijkt uit DNA-onderzoek dat het kind genetisch het kind van de wensvader is, dan wordt onderzocht of het in het belang van het kind is dat het opgroeit bij de vader en zijn gezin of bij de biologische moeder en haar eventuele gezin. In het onderzoek wordt onder meer bekeken of de wensmoeder is voorgelicht over het worden van adoptiefmoeder voor een kind van een ander. Voor wat betreft de biologische moeder wordt gekeken of zij onafhankelijke counseling heeft gehad over haar voornemen om afstand te doen. Voor zover van toepassing wordt de procedure met betrekking tot afstand gevolgd.[141]

Dat wil niet zeggen dat voor de kinderen ouder dan zes maanden geen toezicht geldt. Artikel 5 PKW bepaalt namelijk dat de wensouders verplicht zijn melding te maken bij B&W van de gemeente waar het kind verblijft van het opnemen van een kind in hun gezin; dit geldt ongeacht de leeftijd van het kind en ook indien eerder al toestemming aan de raad is gevraagd en verkregen. Het niet voldoen aan dit voorschrift is in de PKW strafbaar gesteld.[142] De melding hoort door B&W doorgestuurd te worden aan de raad voor de Kinderbescherming.[143] De raad dient vervolgens een onderzoek in te stellen naar het kind en het pleeggezin. Een onderzoek in het pleeggezin vindt niet plaats, tenzij er een redelijk vermoeden bestaat dat er sprake is van misstanden of de dreiging daarvan. Op dit punt staan wetswijzigingen op stapel; de bevoegdheden van de raad tot het doen van onderzoek worden uitgebreid.[144] Als het belang van het kind dit vordert, kan de raad bepalen dat het kind niet in het pleeggezin mag blijven.[145] Overtreding van een dergelijk verbod van de raad is strafbaar.[146]
Punselie signaleert in haar dissertatie dat de PKW in de praktijk nauwelijks wordt toegepast. Zij stelt dat van een systematisch toezicht van de raad op de

141 Raad voor de Kinderbescherming 2009.
142 Art. 20 lid 1 PKW; maximumstraf: boete uit de tweede categorie.
143 Art. 6 PKW.
144 Art. 7 PKW. Ook hier staan wijzigingen op stapel, zie *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 015 nr. 3, p. 43-44; de raad krijgt meer mogelijkheden tot het doen van onderzoek.
145 Art. 10 PKW.
146 Art. 20 en 21 PKW.

naleving van de PKW geen sprake lijkt.[147] Ook wordt de suggestie gedaan dat nader onderzocht moet worden wat er feitelijk gebeurt als een pleeggezin melding doet van opname van een pleegkind. Betwijfeld wordt namelijk of meldingen wel aan komen.[148]

3.6.4 Draagmoeder is gehuwd

De positie van de wensvader is onder meer afhankelijk van de vraag of de draagmoeder op het moment van de geboorte van het kind gehuwd[149] is met een andere man.[150] Is dat het geval, dan wordt de echtgenoot van de draagmoeder van rechtswege als juridische vader aangemerkt.[151] Het is niet mogelijk om van dit rechtsgevolg door het maken van contractuele afspraken af te wijken; het afstammingsrecht staat immers niet ter vrije bepaling van partijen. Beide gehuwde ouders, de draagmoeder en haar echtgenoot, hebben ook gezamenlijk gezag van rechtswege.[152] De draagmoeder en haar echtgenoot zullen allereerst van het gezag moeten worden ontheven om de weg vrij te maken voor adoptie door de wensouders.

3.6.4.1 Ontheffing van het gezag

De volgende stap die in dit traject gezet wordt, is, afhankelijk van de uitgangssituatie, dat de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot[153] worden ontheven van het gezag. Dit kan niet bij contract worden geregeld, nu het gezagsrecht niet ter vrije bepaling van partijen staat. Een verzoek hiertoe kan worden ingediend bij de rechter door de Raad voor de Kinderbescherming of het Openbaar Ministerie op basis van een verzoek van de draagmoeder en de wensouders.[154] De betrokken draag- en wensouders hebben zelf geen rechtsingang, maar zij kunnen hun situatie wel informeel aan de raad voorleggen; normaal gesproken bestaan er al voorafgaand aan de geboorte contacten tussen de raad en de betrokken ouders of tenminste als het kind is opgenomen in het gezin.

---

147 Punselie 2006, p. 27-28.

148 Punselie 2006, p. 27-28.

149 Daaronder valt niet het geval dat de draagmoeder een geregistreerd partnerschap is aangegaan, ook al is dit een formele relatie; nu de vaderschapspresumptie van art. 1:199 onder a BW alleen voor het huwelijk geldt.

150 De situatie dat de draagmoeder met een andere vrouw is gehuwd is aangegaan, wordt hier buiten beschouwing gelaten.

151 Art. 1:199 onder a BW.

152 Art. 1:251 BW.

153 Dit geldt ook indien de draagmoeder een geregistreerd partnerschap heeft, nu dat leidt tot gezag van rechtswege (art. 1:253sa BW). Het geldt niet indien de draagmoeder niet in een formele relatie is verbonden, omdat er dan van rechtswege geen gezamenlijk gezag ontstaat; alleen de draagmoeder heeft ex art. 1:253b BW het gezag.

154 Art. 1:266 BW. Zie ook Vonk 2007a, p. 140-141.

Er is dus altijd rechterlijke tussenkomst nodig om de ontheffing van het gezag te realiseren, waarbij de raad de rol van verzoeker heeft. De rechter dient na te gaan of voldaan is aan de wettelijke norm voor ontheffing. Ontheffing is een maatregel van kinderbescherming, die erop gericht is om kinderen te beschermen tegen zeer onveilige opvoedsituaties. Hiertoe dient te blijken dat de ouder(s) ongeschikt of onmachtig is (zijn) tot verzorging en opvoeding van het kind. In het verleden is hier discussie over geweest, omdat het door kinderrechters en in de literatuur als een oneigenlijk gebruik van de ontheffing werd gezien. De Staatssecretaris van Justitie heeft in 1995 aangegeven dat de bijzondere omstandigheden waarin het kind van de draagmoeder zich ten tijde van de beslissing tot ontheffing bevindt, kunnen resulteren in het ongeschikt of onmachtig zijn van de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot om nog langer het gezag over dit kind uit te oefenen.[155] Deze bijzondere omstandigheden zullen gelegen kunnen zijn in het absolute ontbreken van de wil voor het kind te zorgen in combinatie met de uitdrukkelijke wens de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding aan een ander over te laten. Het kind wordt immers door de draagmoeder en haar eventuele echtgenoot volledig afgewezen.[156] Inmiddels is een vaste lijn in de lagere rechtspraak dat een ontheffing wordt uitgesproken.[157] De Hoge Raad heeft op dit punt nog geen uitspraak gedaan. Tegelijk met een verzoek tot ontheffing kunnen de wensouders een verzoek doen om tot voogd benoemd te worden. De wensouders worden dan in de regel als gezamenlijke voogden benoemd.[158]

3.6.4.2 Adoptie

Adoptie is oorspronkelijk bedoeld als een maatregel om kinderen te beschermen; de voorwaarden zijn strikt en rechterlijke tussenkomst is vereist. Gelet op het

---

155 Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 1984, *NJ* 1984, 767, waar de Hoge Raad aannam dat met 'onmacht' en 'ongeschiktheid' niet alleen bedoeld is een in de persoon van de ouder gelegen algemene ongeschiktheid. Het kan ook betrekking hebben op de ongeschiktheid/onmacht tot verzorging en opvoeding van één bepaald kind die kan zijn veroorzaakt door of kan samenhangen met de bijzondere eigenschappen van dat kind of met de bijzondere omstandigheden waarin het kind zich bevindt ten tijde van de te nemen beslissing.

156 *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, nr. 622.

157 Toewijzing: Hof 's-Gravenhage 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, *NJkort* 1998, 32. Zie over deze problematiek ook Kalkman-Bogerd 1998, p. 198-203.

158 Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 40.

vergaande en definitieve karakter van adoptie – de familierechtelijke banden met de oorspronkelijke ouders worden definitief verbroken en vervangen door banden met de adoptiefouders – zijn veel waarborgen in de wet neergelegd die er op gericht zijn de belangen van het kind, de juridische ouders en de adoptiefouders zo goed mogelijk te behartigen. Adoptie is niet aan de relatievorm van de adoptiefouders verbonden; of zij gehuwd, geregistreerde partners of informeel samenleven, is niet relevant. Gezamenlijke adoptie is alleen mogelijk door twee aspirant-adoptiefouders die voorafgaand aan het adoptieverzoek gedurende ten minste drie jaar hebben samengewoond. Daarnaast dient het kind een jaar door de wensouders gezamenlijk te zijn verzorgd en opgevoed. Dat betekent dat een verzoek tot adoptie door wensouders niet eerder dan een jaar nadat het kind in hun gezin is opgenomen, kan worden ingediend. De rechter kan adoptie alleen toewijzen, indien het in het kennelijk belang van het kind is, geadopteerd te worden en het kind van zijn juridische ouders niets meer te verwachten heeft als ouder. De Raad voor de Kinderbescherming speelt hierbij een belangrijke rol door een gezinsonderzoek te doen (zie hierna onder de werkwijze van de raad). De juridische ouders mogen niet langer het gezag hebben en dat betekent dus dat het verzoek tot ontheffing van het gezag door de rechter moet zijn toegewezen. De ouder(s) mag/mogen het verzoek tot adoptie niet tegenspreken. Als zij zich niet kunnen vinden in de adoptie, kan namelijk aan de tegenspraak slechts onder bijzondere omstandigheden voorbij worden gegaan. In dit verband is dan vooral relevant de situatie waarin de oorspronkelijk juridische ouder en het kind niet of nauwelijks in gezinsverband hebben samengeleefd; wanneer het kind na de geboorte vrijwel direct aan de wensouders is afgestaan zou hieraan voldaan kunnen zijn. Ten slotte geldt als algemene voorwaarde dat de adoptanten ten minste 18 jaar ouder moeten zijn dan het kind.[159]

Door de adoptie ontstaan familierechtelijke betrekkingen tussen het kind, de wensouders en hun bloedverwanten. De familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en de draagmoeder, haar eventuele echtgenoot en hun bloedverwanten worden verbroken.[160] Dit staat niet in de weg aan omgang tussen de oorspronkelijke ouders en het kind.[161]

3.6.4.3 Is ontkenning van het huwelijksvaderschap mogelijk?

Hierboven is de standaardroute beschreven voor de overdracht van ouderschap wanneer de draagmoeder gehuwd is. Omdat het kind bij geboorte al twee ouders heeft, kan dit alleen via ontheffing van het gezag gevolgd door adoptie. Maar

[159] Art. 1:227 en 228 BW. Er geldt nog een aantal andere algemene voorwaarden, maar die zijn in deze context niet relevant.

[160] Art. 1:229 BW.

[161] Art. 1:229 lid 4 BW.

zijn er mogelijkheden om aan het vaderschap van de echtgenoot van de draagmoeder te ontkomen, zodat de weg vrij wordt gemaakt voor de wensvader om het kind te erkennen? Niet-biologisch vaderschap gebaseerd op een formele relatie met de draagmoeder kan in beginsel niet worden ontkend. Aangenomen kan worden dat de echtgenoot van de draagmoeder heeft ingestemd met de behandeling, zodat ontkenning door hem niet mogelijk is.[162] Opmerking verdient dat de biologische wensvader die het sperma heeft geleverd ook geen mogelijkheid heeft om een ontkenningsprocedure te starten.

Een verzoek tot ontkenning van het vaderschap na draagmoederschap is recentelijk aan de Rechtbank 's-Gravenhage voorgelegd.[163] Het gaat in deze procedure om laagtechnologisch draagmoederschap, waarbij de draagmoeder en de wensmoeder zussen zijn, die beiden zijn gehuwd. De minderjarige is verwekt door middel van zelfinseminatie met het zaad van de wensvader. Namens de minderjarige is een verzoek ingediend tot ontkenning van het vaderschap van de draagvader. De bijzondere curator voert ter onderbouwing van het verzoek aan dat het in het belang van de minderjarige moet worden geacht dat de juridische situatie in overeenstemming wordt gebracht met de feitelijke. De minderjarige is met toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming direct na haar geboorte opgenomen in het gezin van de wensouders. Het verzoek is toegewezen, op de grond dat de draagvader niet de biologische vader is. De rechtbank stelt kortweg dat het kind ontvankelijk is en wijst het verzoek toe, nu vast staat dat de juridische vader niet de biologische vader is.

Of die redenering ook door andere rechters gevolgd zal worden, is niet met zekerheid vast te stellen, maar wel blijkt hieruit dat consensus tussen alle betrokkenen in ieder geval een belangrijke voorwaarde is voor toekenning van het verzoek tot ontkenning van het vaderschap door de man die met de draagmoeder is gehuwd. Voor zover kan worden nagegaan in de gepubliceerde jurisprudentie[164] en in de literatuur, is een dergelijk verzoek niet vaak op deze wijze aan de rechter voorgelegd. Aannemelijk lijkt wel dat een relevante factor is, aangenomen dat de rechter tot ontvankelijkheid zou oordelen, of een of beide wensouders genetisch verwant zijn aan het kind. Bij genetische verwantschap en consensus tussen alle betrokkenen lijkt de kans groot dat het verzoek wordt toegewezen.

Na een geslaagde ontkenning zou de weg open liggen voor erkenning; waarbij eventueel de rechter nog zou moeten nagaan of, als de wensvader

---

162 Art. 1:200 lid 3 BW.

163 Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, *LJN* BN1309.

164 In de zaak die leidde tot de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage 10 februari 2010, *LJN* BL8563 was sprake van een gehuwde draagmoeder. Het huwelijkse vaderschap van haar echtgenoot werd succesvol ontkend, maar uit de uitspraak blijkt niet via welke route dat is gegaan.

gehuwd is, er voldaan is aan een nauwe persoonlijke betrekking met het kind.[165] De draagmoeder dient hiervoor wel toestemming te geven. Niet vereist voor een erkenning is dat de wensvader/erkenner de biologische vader of verwekker is.

De andere optie is een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap ex artikel 1:207 BW die namens het kind via een bijzonder curator wordt ingediend. Het voordeel van een gerechtelijke vaststelling boven erkenning is dat een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap terugwerkende kracht heeft tot aan de geboorte van het kind. Het kind is in dat geval altijd het kind van de wensvader geweest.[166] Bij een erkenning is de wensvader pas juridisch vader vanaf het moment van de erkenning. Een tweede verschil is dat wanneer de wensvader gehuwd is met de wensmoeder, erkenning van het kind van een andere vrouw dan zijn echtgenote pas mogelijk is als er een nauwe persoonlijke betrekking tussen de wensvader en het kind bestaat.[167] Het laten vaststellen van het vaderschap van de wensvader door de rechter is ook mogelijk als zo'n band niet bestaat.

De voorwaarde voor een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is dat de wensvader de verwekker is (veelal niet het geval) of als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad. Daar zal in de regel ook geen sprake van zijn. Toch is het op grond van recente jurisprudentie niet uitgesloten dat deze route succesvol kan zijn.

Interessant is dat in de zojuist besproken zaak die aan de Rechtbank 's-Gravenhage[168] is voorgelegd na de succesvolle ontkenning van het vaderschap van de draagvader, een verzoek werd gedaan namens de minderjarige tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de wensvader. Ook dat verzoek is toegewezen. Naar het oordeel van de rechtbank zou het niet-ontvankelijk verklaren van de minderjarige op de grond dat de man niet de verwekker is, maar slechts de biologische vader, in de lijn van de jurisprudentie van het EHRM strijd opleveren met artikel 8 EVRM. Ingevolge dit artikel heeft de biologische vader die *family life* heeft met zijn kind, ongeacht de wijze waarop de zwangerschap is ontstaan, recht op bescherming van dit *family life*. Nu de wensvader de biologische vader is van de minderjarige en *family life* heeft met de minderjarige, is de wensvader in dit geval gelijk gesteld met de verwekker, zodat de minderjarige ontvankelijk is in haar verzoek. Ook in een andere zaak is deze route succesvol doorlopen.[169]

Gesteld dat ook deze stap wordt gezet, dan is de wensvader juridisch vader geworden, maar dat leidt nog niet automatisch tot het verkrijgen van

165 Art. 1:204 lid 1 onder e BW.
166 Art.1:207 lid 5 BW.
167 Art. 1:204 lid 1 onder e BW.
168 Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, *LJN* BN1309.
169 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, *LJN* BK1197.

gezag over het kind. Het juridisch vaderschap is de toegangspoort naar het gezag over het kind. De wensvader kan in dat geval een verzoek indienen tot het verkrijgen van eenhoofdig gezag ex artikel 1:253c BW. De draagmoeder heeft in deze gevallen, na een succesvolle 'ontoudering' van haar echtgenoot, het eenhoofdig gezag. Het criterium is of de rechter een gezagswisseling van de draagmoeder naar de wensvader in het belang van het kind wenselijk oordeelt.[170] De draagmoeder heeft dan, als de rechter dit verzoek zou toekennen, niet langer het gezag. Het is niet op voorhand duidelijk of de rechter een dergelijk verzoek zal toekennen. Op 1 december 2010 heeft het Hof 's-Gravenhage in een geval van laagtechnologisch draagmoederschap een verzoek tot gezagswisseling van draagmoeder naar wensvader en een verzoek tot adoptie door de wensmoeder toegewezen. Het hof had bij dit verzoek eerder aangegeven niet te kunnen beslissen zonder een uitgebreid onderzoek door de raad naar de wenselijkheid van de gezagswisseling en de adoptie.[171] In het rapport naar aanleiding van het onderzoek gaf de raad aan het in dit geval wenselijk te vinden om de juridische werkelijkheid in overeenstemming te brengen met de sociale werkelijkheid en adviseerde beide verzoeken toe te wijzen.[172]

3.6.5 Draagmoeder is ongehuwd

Als de draagmoeder niet gehuwd is,[173] is zij de enige juridische ouder en heeft ze het eenhoofdig gezag over het kind.[174] In dat geval is er voor de wensvader een veel eenvoudigere, snellere, goedkopere en met meer zekerheid omgeven route, namelijk die van (prenatale) erkenning. Daarvoor is de toestemming van de draagmoeder nodig.

Voor een erkenning is, zolang partijen het eens zijn, niet vereist dat de wensvader de biologische vader is. De erkenning kan reeds prenataal plaatsvinden. De wensvader is dan op het moment van de geboorte de juridische

---

170 Art. 1:253c lid 3 BW.

171 Hof 's-Gravenhage 10 februari 2010, *LJN* BL8563, waar de rechtbank dit verzoek in eerste instantie samen met het adoptieverzoek van de wensmoeder afwijst; het hof komt tot de conclusie dat de Raad voor de Kinderbescherming eerst een uitgebreid onderzoek dient uit te voeren naar de draagmoeder en haar partner en naar de vraag of het in belang van het kind is dat het in het gezin van de wensouders wordt opgenomen. Eerst moet er meer informatie zijn om de gezagsbeslissing en het adoptieverzoek te kunnen beoordelen.

172 Hof 's-Gravenhage 1 december 2010, *LJN* BO7387.

173 Voor de draagmoeder die een geregistreerd partnerschap heeft, geldt in beginsel dat de wensvader het kind kan erkennen, nu het geregistreerd partnerschap geen automatische afstammingsgevolgen heeft voor de mannelijke partner. Als wordt erkend voor de geboorte, dan verkrijgt de geregistreerde partner van de draagmoeder niet van rechtswege het gezamenlijk gezag met de draagmoeder; een gevolg dat anders wel zou intreden: art. 1:253sa BW. Wordt na de geboorte erkend, dan moeten beide geregistreerde partners van het gezag ontheven worden. Zie Vonk 2010, p. 137.

174 Art. 1:253b BW.

ouder van het kind en kan het opnemen in zijn gezin, zonder dat dit gemeld hoeft te worden en zonder voorafgaande toestemming van de raad. Van een strafbaar feit is dan ook geen sprake.

Van belang hierbij is wel of de wensvader gehuwd is: is dat het geval, dan kan hij alleen erkennen met toestemming van de rechter, die vaststelt dat de wensvader een nauwe persoonlijke betrekking heeft met het kind.[175] Dat betekent dat een prenatale erkenning niet altijd mogelijk zal zijn; omdat het kind nog niet geboren is, kan er vermoedelijk geen sprake zijn van een nauwe persoonlijke betrekking.[176] Na de geboorte kan dit wel.[177]

Als de vader het eenhoofdig gezag wil verkrijgen, dient hij daartoe een verzoek in te dienen bij de rechter ex artikel 1:253c BW. De rechter kan dit toewijzen, indien hem dit in het belang van het kind wenselijk voorkomt. Er is nauwelijks rechtspraak gepubliceerd waaruit blijkt hoe invulling aan dit criterium wordt gegeven, en gevallen die specifiek betrekking hebben op draagmoederschap zijn schaars. In een zaak die voor het Hof 's-Gravenhage speelde begin 2010 oordeelde het hof onvoldoende inzicht te hebben in de mogelijkheden die de draagmoeder en de wensvader, die het kind erkend had, aan de minderjarige konden bieden. Het hof verzocht de raad rapport en advies uit te brengen over de vraag wie het beste met het gezag over de minderjarige kon worden belast en daarbij ook te betrekken de uitkomsten van het onderzoek met betrekking tot de adoptie.[178]

Als de wensvader het kind heeft erkend en eenhoofdig gezag heeft verkregen op grond van artikel 1:253c, kan de wensmoeder het kind na een jaar verzorging adopteren. Het is daarvoor wel vereist dat de vader en de wensmoeder voorafgaand aan het verzoek drie jaren hebben samengeleefd.

3.6.6 De werkwijze van de raad bij draagmoederschap

De Raad voor de Kinderbescherming speelt een belangrijke rol in draagmoederschapszaken. Op diverse momenten heeft de raad een rol; bij het doen van afstand, bij de opneming van het kind in het pleeggezin, bij de ontheffing van het gezag van de juridische ouders en bij adoptie. In het Protocol ASAA opgesteld in 2009 geeft de Raad voor de Kinderbescherming in aanvulling op het algemene kwaliteitskader nadere regels over het doen van

---

175 Art. 1:204 lid 1 onder e BW.

176 Van een band met de moeder (art. 1:204 lid 1 onder e BW) is geen sprake, de enige mogelijkheid is een nauwe persoonlijke betrekking met het kind.

177 Rb. Assen 15 juni 2006, *LJN* AY7247 waarin de rechter in het kader van een draagmoederschapssituatie oordeelt dat van een nauwe persoonlijke betrekking met een ongeboren kind geen sprake kan zijn; de wensvader wil het kind erkennen, maar is gehuwd en stuit dus op de beperkende voorwaarde van art. 1:204 lid 1 onder e BW.

178 Hof 's-Gravenhage 10 februari 2010, *LJN* BL8563.

afstand van een kind, de *screening* van een adoptief- of pleeggezin, de adoptie en de procedure rond afstammingsvragen.[179]

In hoofdstuk 3 van dit protocol zijn regels opgenomen over draagmoederschap. Als de wensouders in strijd met artikel 442a Sr en artikel 1:241 lid 3 BW niet voorafgaand aan de opneming toestemming hebben gevraagd om het kind op te nemen, wordt in beginsel aangifte van dat strafbare feit gedaan door de raad. Blijkt dat sprake is van door het strafrecht verboden handelingen als bemiddeling in beroep of bedrijf, of het openbaar maken van vraag of aanbod, dan zal de raad in beginsel aangifte doen. Dat uitgangspunt geldt ook als de draagmoeder in het buitenland woont of bevalt.[180]

Zolang het kind nog niet is geboren worden de wensouders of draagouders die zich tot de raad wenden, doorverwezen naar FIOM voor voorlichting en voorbereiding. Wanneer de wensouders een verzoek indienen om het kind op te nemen, voert de raad een onderzoek uit met als doel vast te stellen of het in het belang van het kind is dat het in het gezin zal worden opgenomen. Daarbij is relevant of een of beide wensouders genetisch aan het kind verwant zijn (zie hierboven). Is daarvan geen sprake, dan gelden de standaardregels voor afstand en adoptie. De aspirant-adoptiefouders moeten de voorbereiding bij de SAV gevolgd hebben, Het gezinsonderzoek moet een positieve uitkomst hebben en de biologische ouders hebben een bedenktijd van drie maanden. Onderzocht wordt ook of het kind bij de biologische ouders kan opgroeien.[181] Blijkt uit DNA-onderzoek dat het kind een genetisch kind van de wensvader is, dan wordt in het gezinsonderzoek nagegaan of geadviseerd kan worden dat het in het belang van het kind zal zijn dat het gaat opgroeien bij de biologische vader of bij de biologische moeder.

Gaat het om hoogtechnologisch draagmoederschap, dan gaat de raad ervan uit dat de voorlichting, voorbereiding en begeleiding van alle betrokkenen onder verantwoordelijkheid van het ziekenhuis zijn verricht. De wensouders moeten een aantal documenten aan de raad overleggen, waaronder een verklaring van het ziekenhuis dat de draagmoeder zwanger is van een kind dat genetisch een eigen kind van beide wensouders is. Daarnaast dient een verklaring overgelegd te worden dat aan alle wettelijke voorwaarden uit de richtlijn hoogtechnologisch draagmoederschap is voldaan; en een verklaring dat de betrokkenen alle formaliteiten van het ziekenhuisprotocol hebben vervuld. Is hieraan voldaan, dan kan de raad met een beperkt onderzoek volstaan. Is dat niet het geval dan gelden de normale voorwaarden; dat er geen geldelijk of ander voordeel genoten wordt door de afstand van het kind, dat onafhankelijke

179 Raad voor de Kinderbescherming 2009, p. 3.
180 Raad voor de Kinderbescherming 2009, p. 11-12.
181 Raad voor de Kinderbescherming 2009, p. 14.

advisering heeft plaatsgevonden en dat er een redelijke bedenktijd is na de geboorte.[182]

Is aan alle voorwaarden voldaan, dan zal de raad een verzoek indienen tot ontheffing van de juridische ouders uit het gezag. De gang van zaken bij adoptie (dus los van draagmoederschap) staat beschreven in hoofdstuk 5 van het Protocol.

3.7 Conflict tussen draagmoeder en wensouders

Omdat het relevant is na te gaan welke rol een al dan niet bestaande genetische band tussen wensouders en kind speelt bij het toekennen van ouderschap in geval van conflict tussen draagmoeder en wensouders, is in deze paragraaf voor een andere indeling gekozen. Hier worden drie situaties onderscheiden:

1. Beide ouders zijn genetisch verwant aan het kind;
2. Alleen de wensvader is genetisch verwant aan het kind;
3. Geen van beide wensouders is verwant aan het kind.

In alle drie gevallen is van belang wanneer het conflict ontstaat. Hoe later het conflict ontstaat en hoe verder het traject is, hoe groter de mogelijkheden zijn voor de wensouders om te proberen een rechtspositie jegens het kind te krijgen. De relevante jurisprudentie wordt uitgebreid besproken om goed inzicht in de praktijk te krijgen. Uit het feit dat er jurisprudentie is, blijkt in ieder geval dat de situatie dat er geschillen ontstaan tussen draag- en wensouders daadwerkelijk voorkomen, al is het niet mogelijk dit cijfermatig te onderbouwen.

3.7.1 Beide wensouders zijn genetisch verwant

Bij hoogtechnologisch draagmoederschap waarbij het kind geboren wordt uit de eicel van de wensmoeder en sperma van de wensvader, wordt aangenomen dat de kans op conflicten kleiner is, gelet op de uitgebreide *screening*, *counseling* en begeleiding van het hele proces (§ 3.4). De draagmoeder draagt en baart het kind, maar is niet genetisch verwant aan het kind. Zelfs onder deze condities zijn problemen niet geheel uit te sluiten, ook al lijken de betrokken instanties daar niet vanuit te gaan. De vraag rijst dan wat de rechtspositie van de betrokkenen is. Hierbij is van belang op welk moment de problemen rijzen en de relationele status van de draagmoeder[183] en de wensvader.

3.7.1.1 Draagmoeder is gehuwd en er is een conflict

Als de problemen zich meteen na de geboorte voordoen en de draagmoeder het kind niet wenst af te staan, ontstaat een juridisch ingewikkelde situatie. Het

[182] Raad voor de Kinderbescherming 2009, p. 15-16.
[183] Hetzelfde geldt ook voor een draagmoeder in een geregistreerd partnerschap.

draagmoederschapscontract is niet in rechte afdwingbaar. Het gaat hier om twee genetische wensouders, en een draagmoeder die het kind heeft gebaard. Ingevolge artikel 7 IVRK heeft het kind er recht op om op te groeien bij zijn ouders. Maar wie die ouders zijn komt niet eenduidig uit de rechtspraak naar voren (zie hiervoor § 3.3).

Aangezien een kind geboren uit een gehuwde draagmoeder van rechtswege al twee ouders heeft, is het voor de wensvader niet mogelijk om via erkenning of gerechtelijke vaststelling juridisch vader te worden. In geval van conflict lijkt ontkenning vaderschap via een bijzonder curator ook geen reële optie. Wellicht is het niet uitgesloten, dat een rechter op grond van de genetische verwantschap tussen wensouders en kind tot een ander oordeel komt, maar dit heeft tot op heden nog geen rol van betekenis in de rechtspraak gespeeld.

De vraag is of de wensouders een beroep kunnen doen op artikel 8 EVRM; de wensouders hebben beide een genetische band met het kind en de vraag rijst of sprake kan zijn van *family life*, ook al is het kind niet opgenomen in het gezin van de wensouders. De intentie om *family life* te hebben is er wel, maar wordt geblokkeerd door de draagmoeder. Hoe dit gewaardeerd wordt door de rechter en wat hieruit voort zou vloeien (zou dat een inbreuk op het recht op *family life* van de moeder bestaande uit het afgeven van het kind kunnen inhouden?) is niet duidelijk. Er zijn geen conflicten voorgelegd aan de rechter. Het lijkt erop dat zolang de draagmoeder, die juridisch moeder is, het kind niet afstaat en indien de wensvader er niet in slaagt juridisch vaderschap te verkrijgen, het voor de wensouders moeilijk is de juridische werkelijkheid in overeenstemming te brengen met de genetische werkelijkheid. Ook de bedoelingen van partijen, al dan niet voor de conceptie van het kind in een contract neergelegd, lijken nauwelijks een rol te spelen bij het toekennen van juridisch ouderschap.[184]

Ontstaat het conflict nadat het kind is opgenomen in het gezin van de wensouders, dan ligt de situatie mogelijk anders. Beide wensouders hebben dan *family life* met het kind, net als de draagouders. Hoe deze rechten tegen elkaar moeten worden afgewogen is moeilijk te bepalen. Relevant is de duur van het verblijf in het gezin van de wensouders. De draagmoeder is de juridische moeder, alle afspraken ten spijt. Een juridische moeder kan haar toestemming om het kind in een ander gezin op te laten groeien intrekken, indien het kind niet langer dan een jaar in dat gezin verblijft. Hoe een rechter om zou gaan met een verzoek van de juridische ouders tot afgifte van het kind, binnen een periode van een jaar, is niet duidelijk.

Als het kind langer dan een jaar bij de wensfamilie verblijft, hebben de wensouders de mogelijkheid van het blokkaderecht gebruik te maken.[185] Dat

[184] Vonk 2008, p. 131.
[185] Art. 1:253s BW.

houdt in dat er slechts een wijziging in het verblijf van het kind kan worden gebracht met instemming van de wensouders. De draagouders kunnen bij een weigering de rechter verzoeken om vervangende toestemming om het kind uit het gezin te halen. Het verzoek wordt volgens de wettelijke bepaling door de rechter slechts afgewezen, indien gegronde vrees bestaat dat de belangen van het kind bij een inwilliging van het verzoek zouden worden verwaarloosd.[186] De Raad voor de Kinderbescherming zal hier uiteindelijk op basis van onderzoek moeten bezien en adviseren wat in het belang is van het kind. Hoe de rechter deze bepaling uitlegt in geval van genetische verwantschap met beide ouders in combinatie met het verblijf in hun gezin is de vraag, maar dit zijn wel aanknopingspunten die in de richting van de wensouders wijzen.

3.7.1.2 Draagmoeder is ongehuwd en er is een conflict

Ontstaat het conflict tussen de draagmoeder en de wensouders al voordat de wensvader het kind heeft kunnen erkennen, dan kan de wensvader geen vervangende toestemming voor erkenning vragen. Dat zou alleen kunnen als hij de verwekker van het kind was, waarvan in de regel geen sprake zal zijn bij draagmoederschap.[187] Of ingeval er *family life* bestaat tussen de wensvader en het kind er sprake kan zijn van schending van artikel 8 EVRM, zoals eerder voor de bekende donor is aangenomen, is vatbaar voor discussie.[188] In ieder geval is een dergelijk verzoek tot op heden niet aan de rechter voorgelegd, zodat niet helder is wat de mogelijkheden zijn.

In de literatuur wordt erop gewezen dat de draagmoeder wellicht misbruik maakt van haar bevoegdheid toestemming te verlenen, wanneer tussen de draagmoeder en wensouder(s) een draagmoederschapscontract is gesloten en sprake is van biologisch vaderschap.[189] Hoe zich dat verhoudt tot het feit dat alleen de verwekker een rechtsingang heeft, is niet duidelijk. Of een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap via een bijzondere curator zinvol is, is twijfelachtig. Gelet op de conflictsituatie ligt deze route niet voor de hand. Bovendien vallen de wensouders in beginsel niet onder de groep van personen die een verzoek tot benoeming van een bijzondere curator kunnen indienen. Ook adoptie is geen begaanbare weg als het kind niet is opgenomen in het gezin van de wensouders. Kort samengevat betekent dit dat wanneer de draagmoeder het kind na de geboorte niet afstaat, de wensvader, ook al is hij de biologische vader, weinig mogelijkheden heeft om daar wat aan te doen.

Als de draagmoeder niet gehuwd is en de wensvader het kind prenataal erkend heeft, dan zijn er twee juridische ouders die bepaalde rechten en plichten

186 Art. 1:253s lid 2 BW.
187 Art. 1:204 lid 3 BW.
188 HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386.
189 De Ruiter 1993, p. 82.

ten opzichte van het kind hebben. Beide juridische ouders hebben ook *family life* met het kind; of de wensmoeder die de eicel heeft geleverd ook *family life* heeft, is de vraag, zonder bijkomende feiten vermoedelijk niet of niet direct. Als het kind na de geboorte niet is afgestaan aan de wensouders, rijst de vraag of dit kan worden afgedwongen door de wensouders. Het feit dat de wensvader hier juridisch ouder is (in tegenstelling tot de situatie van een gehuwde draagmoeder) maakt de positie van de wensouders sterker. Of de rechter hier kan en zal beslissen dat het kind moet worden afgestaan aan de wensouders, is onduidelijk. De botsende mensenrechten die tegen elkaar afgewogen moeten worden, maken een beslissing niet eenvoudig. De ultieme vraag is of er een dermate vergaande inbreuk gemaakt mag worden op het fundamentele recht van de draagmoeder op het recht op *family life* met het kind dat zij gebaard heeft om recht te doen aan het belang van het kind om in het gezin van zijn beide wensouders op te groeien. Ook het recht op *family life* van de wensvader moet hierin op een of andere manier worden meegewogen. Op dit punt ontbreekt jurisprudentie.

Als het kind een bepaalde periode in het gezin van de wensouders heeft geleefd, en dan wordt opgeëist door de draagmoeder, ontstaat een ingewikkelde juridische situatie, die mede afhankelijk is van de vraag of de juridische wensvader het gezag over het kind heeft gekregen. Heeft hij het gezag verkregen, dan bepaalt hij in beginsel waar het verblijf van het kind is. De instemming van de draagmoeder om in het gezin van de wensouders op te groeien, is dan niet nodig. Heeft de wensvader het gezag niet, dan geldt hetgeen hiervoor is opgemerkt, met dien verstande dat het feit dat de wensvader juridisch vader is, wel een belangrijke rol kan spelen in de afweging. Over dit aspect ontbreekt jurisprudentie.

3.7.2 Wensvader is genetisch verwant, wensmoeder niet[190]

3.7.2.1 Draagmoeder is gehuwd en er is een conflict

In beginsel geldt hier hetzelfde als voor de situatie dat beide wensouders genetisch verwant zijn aan het kind. Indien het vaderschap van de echtgenoot van de draagmoeder niet is ontkend, kunnen de wensouders alleen via adoptie juridisch ouder worden.

Ontstaat het geschil wanneer het kind al is opgenomen in het gezin van de wensouders, dan geldt hetgeen hiervoor is opgemerkt voor twee genetische ouders (§ 3.7.1), met dien verstande dat de afweging tussen een biologische, juridische moeder enerzijds en een biologische niet-juridische vader anders kan

[190] Als de moeder de genetische verwante ouder is, heeft zij, gelet op de *mater certa semper est*-regel geen mogelijkheid tot een primaire verkrijging van het ouderschap. Altijd is een adoptie nodig. Dat betekent dat de risico's in dit geval groter zijn; mochten er spanningen rijzen tussen de betrokkenen, dan is de kans groot dat het gewenste eindresultaat niet wordt bereikt.

uitvallen dan indien de draagmoeder niet genetisch verwant is en de wensouders beide wel. Ook hier spelen de feiten en omstandigheden van het geval een belangrijke rol om te bepalen wat in het belang van het kind is. In de literatuur is de vraag opgeworpen of de biologische moeder niet dichter bij het kind staat dan de biologische vader.[191]

In een zaak bij de Rechtbank Rotterdam,[192] waar nog geen echte conflicten waren, maar wel dreigden, verzocht de Raad voor de Kinderbescherming om de draagouders van het gezag te ontheffen en de voogdij op te dragen aan de wensouders. De wensvader was de biologische vader, maar niet de juridische vader. Na de geboorte is het kind opgenomen door de wensouders. Er bestaan spanningen tussen beide families en de biologische wensvader heeft een lichte verstandelijke handicap. De raad sluit niet uit dat de wensvader mogelijk in de toekomst niet de zorg kan bieden die nodig is. De raad verzoekt primair om de wensouders met de voogdij te belasten en het kind onder toezicht te stellen en subsidiair om de voogdij aan een externe voogd op te dragen. De rechtbank oordeelt dat artikel 7 IVRK niet gerespecteerd is doordat het kind niet wordt opgevoed door zijn moeder, waar hij in beginsel wel recht op heeft.[193] Bovendien brengt de handelwijze mee dat het kind in de huidige opvoedingssituatie niet door beide biologische ouders wordt opgevoed, omdat alleen de wensvader biologisch ouder is. De rechtbank is derhalve van oordeel dat deze handelswijze, hoezeer daarmee beoogd wordt in het maatschappelijk probleem van kinderloosheid te voorzien, in strijd kan komen met het recht van het kind en derhalve in beginsel moet worden afgekeurd. Ook vanuit het belang van het kind valt niet goed in te zien welk eigen belang een kind erbij zou kunnen hebben om na de geboorte overgeplaatst en (deels) als kind van een ander dan de biologische ouders te gaan opgroeien. Aangezien het kind echter al reeds geruime tijd in het gezin verblijft, is overplaatsing thans niet meer in het belang van het kind. De rechtbank ontheft de draagouders niet, omdat deze procedure in dit geval oneigenlijk zou zijn. De William Schrikker Stichting krijgt de voogdij en de ondertoezichtstelling wordt afgewezen.

3.7.2.2 Draagmoeder is ongehuwd en er is een conflict

Wanneer de draagmoeder ongehuwd is, heeft het kind niet van rechtswege een tweede juridische ouder. De vraag die dan rijst is of de wensvader de mogelijkheid heeft om het kind zonder medewerking van de draagmoeder te erkennen. Zoals in 3.7.1.2 is besproken, draait het daarbij om het feit dat de wensvader zeer waarschijnlijk het kind niet op natuurlijke wijze heeft verwekt

[191] Holtrust 1986, p. 776.

[192] Rb. Rotterdam 8 februari 2007, *LJN* BA0238.

[193] Hoe art. 7 IVRK zich verhoudt tot de biologische vader met *family life*, wordt door de rechtbank niet besproken. Evenmin is helder hoe de rechtbank de situatie voor zich ziet dat het kind wel door beide biologische ouders wordt opgevoed.

en daardoor niet ontvankelijk is in een verzoek tot vervangende toestemming tot erkenning. Met betrekking tot een conflict dat na de erkenning ontstaat en de consequenties daarvan voor de wensouders, zie 3.7.1.2 en 3.7.2.1.

3.7.3 Geen van de wensouders is genetisch verwant

3.7.3.1 Draagmoeder is gehuwd en er is een conflict

Ook in dit geval hangt de rechtspositie van de betrokkenen af van het moment waarop onenigheid tussen betrokkenen zich voordoet. Op zichzelf is het, zolang er nog geen conflict is, mogelijk dat de niet-biologische wensvader de juridische vader kan worden, al ligt een ontkenning van het huwelijkse vaderschap hier anders dan bij genetische verwantschap van de wensvader. Als de draagvader zelf de genetische vader is, dan is een ontkenning niet mogelijk.[194] Is gebruik gemaakt van een derde-donor, dan kan het mogelijk wel, maar de rechter zal terughoudender staan tegenover een ontkenning van het vaderschap namens het kind, juist omdat er geen genetische verwantschap is met de wensvader en de adoptieroute wellicht meer voor de hand ligt. Voorbeelden uit de praktijk zijn er niet.

In 2004 moest de Rechtbank Groningen beoordelen of de wensouders het kind dat de draagouders voor hen hadden gekregen moesten teruggeven aan de draagouders.[195] Het kind was het genetische en biologische kind van de draagouders, maar was na de geboorte in de registers ingeschreven als een kind van de wensouders. Het kind was vier weken na de geboorte afgestaan en is op het moment dat de rechtbank, na advisering door de Raad voor de Kinderbescherming, op het verzoek beslist, veertien maanden in het wensgezin. De draagouders hebben na vijf maanden voor het eerst om teruggave van het kind gevraagd.

Als uitgangspunt neemt de rechtbank dat het kind in beginsel het recht heeft om bij de eigen biologische ouders op te groeien. Overwogen wordt dat het wettelijk systeem zo is ingericht dat in beginsel een wettelijke voorkeur voor de eigen biologische ouders geldt. Expliciet wordt het blokkaderecht vermeld en het uitgangspunt dat de rechter het kind in beginsel aan de biologische ouders dient toe te wijzen. Toch volgt daarna een aantal overwegingen die er op lijken te wijzen dat de rechtbank nog ruimte ziet om rekening te houden met de bijzondere situatie. Overwogen wordt dat de wettelijke bepalingen niet zonder meer bepalend zijn voor deze situatie, nu er niet aan kan worden voorbijgegaan dat door partijen gezamenlijk is meegewerkt aan de voorbereiding van een

---

194 Tenzij zich de uitzonderlijke situatie zou voordoen dat de draagmoeder op eigen houtje opereert en de draagvader heeft bedrogen omtrent het verwekkerschap van het kind: art. 1:200 lid 4 BW.

195 Rb. Groningen 20 juli 2004, *LJN* AQ8757.

schijnconstructie, die nu leidt tot een verzoek tot correctie van de valse geboorteakte. Deze bijzondere aspecten en de intentie van de betrokken partijen moeten worden meegenomen. Uiteindelijk concludeert de rechtbank evenwel dat het kind onder het gezag van de juridische ouders staat. In casu zal, mede gelet op de rapportage van de raad, waaruit blijkt dat het kind een normale ontwikkeling vertoont en dat de feitelijke hechting aan de wensouders nog niet van doorslaggevende betekenis is, de wisseling van opvoeders vermoedelijk geen te grote impact op het kind hebben. De wensouders moeten het kind afgeven aan de biologische ouders en de rechtbank gelast de verbetering van de geboorteakte.

De wensouders gaan in hoger beroep bij het Hof Leeuwarden.[196] Argumenten om aan het wettelijk systeem te ontkomen door een beroep te doen op het door de juridische ouders doen van afstand van het gezag slagen niet. Het wettelijk systeem laat daartoe geen ruimte; het wettelijk stelsel en het internationale recht zijn gebaseerd op het uitgangspunt van biologische ouders als opvoeders, zowel in het belang van het kind als de biologische ouders. Alleen in uitzonderingssituaties is dat anders. De vraag is of het belang van het kind zich verzet tegen verzorging en opvoeding door de biologische ouders. Na advisering door diverse deskundigen komt het hof tot de conclusie dat het kind kan worden overgeplaatst naar de biologische ouders, omdat het risico voor de ontwikkeling van het kind bij overplaatsing uit een gezin waar het veilig gehecht is zich niet verzet tegen het overplaatsen naar de biologische ouders, enerzijds omdat er ook risico's verbonden zijn aan het niet opgroeien bij het niet-biologische gezin en anderzijds vanwege het recht om bij de biologische ouders op te groeien.

Van genetische verwantschap met een van de wensouders was evenmin sprake in een zaak die speelde bij de Rechtbank Haarlem.[197] Een draagmoeder die gehuwd is met de wensvader (voor het verkrijgen van een verblijfsvergunning) krijgt staande dit huwelijk een kind, waarvan de wensvader de juridische vader is, maar niet de biologische. Het kind is kort na de geboorte afgestaan aan de wensmoeder, die op dat moment de LAT-partner van de wensvader is. De wensvader heeft het gezag samen met de juridische moeder. De wensouders willen nu, mede vanwege de snel verslechterende gezondheid van de wensvader, gezamenlijk het gezag over het kind verkrijgen, waarvoor zij al veertien jaar zorgen. De juridische moeder heeft verzocht om samen met haar nieuwe echtgenoot met het gezag belast te worden.

De rechtbank oordeelt dat de juridische moeder ontvankelijk is in haar verzoek ex artikel 1:253o BW, nu sprake is van gewijzigde omstandigheden.[198]

---

196 Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, *LJN* AR3391.
197 Rb. Haarlem 11 september 2007, *LJN* BB4411.
198 Gelegen in de verslechterde gezondheid van de wensvader.

Aan het ouderschap van de juridische moeder komt evenwel, gelet op de afspraken over het draagmoederschap, een andere betekenis toe dan gebruikelijk. Duidelijk is dat de juridische moeder geen feitelijke verantwoordelijkheid heeft voor het kind en dat ook niet wil. De rechtbank acht het niet reëel aan de juridische positie van de moeder als gezagsdrager overwegende betekenis toe te kennen, omdat deze, inherent aan het draagmoederschap, van begin af aan niet in overeenstemming is geweest met de feitelijke situatie.

Het verzoek van de wensouders wordt toegewezen ex artikel 1:253t BW, waarbij een rol speelt dat het kind dat inmiddels 15 jaar is, op de hoogte is van het draagmoederschap en contact heeft met zijn juridische moeder en daar gelet op zijn leeftijd ook zelf keuzes in kan maken. Gelet op de verslechterde gezondheid van de wensvader, is het in het belang van het kind dat de wensmoeder met het gezag wordt belast.

3.7.3.2 Draagmoeder is ongehuwd en er is een conflict

Als de wensvader het kind prenataal erkend heeft,[199] kan de draagmoeder in geval ze zich later bedenkt, het vaderschap van de wensvader niet aantasten. De regels inzake een vernietiging van de erkenning kennen als grondslag dat de wensvader niet de biologische vader is. Dat is hier het geval. Evenwel heeft de moeder alleen de mogelijkheid om dit te realiseren als zij haar toestemming voor de erkenning heeft gegeven onder invloed van dwaling, bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden.[200] Niet uitgesloten is dat daarvan sprake kan zijn, maar daarvan moet wel bewijs geleverd worden; in een normaal geval van draagmoederschap lijkt dat niet aan de orde. Er geldt een termijn van een jaar voor het indienen van een dergelijk verzoek na het ophouden van de externe invloedsfactor. Als de wensvader juridisch vader is, ontstaat een dilemma, omdat besloten zal moeten worden waar het kind het beste kan opgroeien. Gegeven het uitgangspunt van het wettelijk systeem dat verondersteld wordt dat het in het belang is van het kind wanneer het bij zijn biologische ouders opgroeit, lijkt de situatie voor de wensouders slecht te zijn. Ook hier geldt dat van belang is wanneer het conflict rijst; als het kind al erg lang in het gezin van de wensouders is, dan kan het belang van het kind mogelijk anders liggen dan wanneer dat niet zo is.

Komt het voordat het juridisch vaderschap rond is tot een conflict en geeft de draagmoeder de vader geen toestemming voor erkenning, dan kan de wensvader de rechter niet vragen om vervangende toestemming tot erkenning. Immers, een dergelijk verzoek kan alleen worden gedaan op de grond dat de

---

199 Hetgeen alleen kan indien de wensvader niet gehuwd is, omdat anders art. 1:204 lid 1 onder e BW een hindernis vormt.

200 Art. 1:205 lid 1 onder c BW.

wensvader de verwekker van het kind is, hetgeen bij een niet-genetische wensvader niet aan de orde is.[201] Ook een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is niet mogelijk, net zo min als adoptie (vanwege het conflict). In dat geval hebben de wensouders geen mogelijkheid om afgifte van het kind gerealiseerd te krijgen.

3.7.4 Samenvatting

Samenvattend leert deze paragraaf dat voor het bepalen van de positie van het kind en de betrokken ouders van belang is (1) wanneer het conflict rijst, (2) of de draagmoeder gehuwd is en (3) eventueel welke genetische verwantschap er tussen de betrokkenen en het kind bestaat.

Conflicten tussen twee genetische wensouders en een niet-genetische draagmoeder zijn tot op heden niet aan de rechter voorgelegd, maar het feit dat het om twee genetisch verwante ouders gaat, legt vermoedelijk wel gewicht in de schaal. Aan de andere kant is het, wanneer de draagmoeder het kind niet wenst af te staan, maar de vraag of het recht het instrument biedt om haar daartoe te dwingen. Afdwingbaarheid zou een grote inbreuk op haar mensenrechten maken, die buitengewoon moeilijk te rechtvaardigen is. Is het kind reeds opgenomen in het wensoudergezin, dan ligt de situatie anders. Het is dan de draagmoeder die afgifte van het kind vraagt. De omstandigheden van het geval zullen vermoedelijk beslissend zijn, waarbij een grote rol speelt of de wensvader juridisch vader is en of hij het gezag heeft. Daarnaast dient te worden vastgesteld wat in het belang van het kind is.

Naarmate de banden via genetische verwantschap met de wensouders minder sterk zijn, valt de afweging van de belangen anders uit. De mogelijkheden om het ouderschap en het gezag te verwerven zijn in conflictsituaties beperkt. Of een kind van de wensouders terug naar de draagouders moet, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De juridische positie van de wensvader, de duur van het verblijf, de leeftijd en ontwikkeling van het kind zijn relevante factoren.

Al met al is het verkrijgen van ouderschap door de wensouders in geval van conflict met bijzonder veel onzekerheden en risico's omgeven, die niet juridisch weg te poetsen zijn. Wel kan een prenatale erkenning bij een ongehuwde draagmoeder door een ongehuwde wensvader de rechtspositie van de wensvader aanmerkelijk verbeteren. Maar zelfs dan is het in geval er een conflict ontstaat maar de vraag wat de rechter uiteindelijk zal beslissen met het oog op het belang van het kind.

Hieronder volgen twee tabellen waarin de beschreven situaties met betrekking tot een conflict tussen draagouders en wensouders kort zijn weergegeven.

---

[201] Art. 1:204 lid 3 BW.

Tabel 2*:* Conflict ontstaan *voor* opneming kind in wensgezin

	Draagouders zijn juridische ouders	**Draagmoeder en wensvader zijn juridische ouders**
Beide wensouders genetisch verwant	Als draagouders het kind niet willen afstaan, maken de wensouders weinig kans op overdracht van ouderschap. Het is nog onduidelijk of genetische verwantschap hier een rol speelt.	Zeer waarschijnlijk heeft de draagmoeder het gezag hetgeen betekent dat zij bepaalt waar het kind woont. Overdracht naar gezin van wensouders onwaarschijnlijk.
Alleen wensvader genetisch verwant	Overdracht kind lijkt niet mogelijk zonder medewerking juridische ouders.	Draagmoeder is biologisch en genetisch moeder. Overdracht van het kind onwaarschijnlijk.
Alleen wensmoeder genetisch verwant	Overdracht kind lijkt niet mogelijk zonder medewerking juridische ouders.	Draagmoeder is biologisch en wensmoeder is genetisch moeder. Of verwantschap wensmoeder met kind een rol speelt bij overdracht naar wensgezin tegen de wil van draagmoeder is niet duidelijk.
Geen van beide wensouders genetisch verwant	Overdracht kind niet mogelijk zonder medewerking juridische ouders.	Draagmoeder is biologisch en genetisch moeder. Overdracht van het kind onwaarschijnlijk.

Tabel 3: Conflict ontstaat *na* opneming kind in wensgezin

	Draagouders zijn juridische ouders	**Draagmoeder en wensvader zijn juridische ouders**
Beide wensouders genetisch verwant	In beginsel kunnen de juridische ouders het kind terughalen. Adoptie is moeilijk indien juridische ouders niet instemmen. De vraag is of de combinatie van genetische verwantschap met de wensouders plus verblijf in het wensgezin er toe leidt dat er *family life* bestaat tussen wensouders en kind? En zo ja, hoe zich dit verhoudt tot het *family life* tussen draagouders en kind?	Heeft de wensvader alleen het gezag verkregen, dan bepaalt hij in beginsel waar het kind woont. Adoptie door de wensmoeder blijft echter moeilijk, als draagmoeder niet instemt. Onduidelijk is nog wat in deze context zwaarder weegt, de genetische verwantschap plus zorgrelatie tussen wensmoeder en kind of het baren van het kind door de draagmoeder?
Alleen wensvader genetisch verwant	In beginsel kunnen de juridische ouders het kind terughalen. Adoptie is moeilijk indien juridische ouders niet instemmen. De vraag is of de combinatie van genetische verwantschap met de wensvader plus verblijf in het wensgezin er toe leidt dat er *family life* bestaat tussen wensvader en kind? En zo ja, hoe zich dit verhoudt tot het *family life* tussen draagouders en kind?	Heeft de wensvader alleen het gezag verkregen, dan bepaalt hij in beginsel waar het kind woont. Adoptie door de wensmoeder blijft echter moeilijk, als draagmoeder niet instemt.

vervolg	**Draagouders zijn juridische ouders**	**Draagmoeder en wensvader zijn juridische ouders**
Alleen wensmoeder genetisch verwant	In beginsel kunnen de juridische ouders het kind terughalen. Adoptie is moeilijk indien juridische ouders niet instemmen. De vraag is of de combinatie van genetische verwantschap met de wensmoeder plus verblijf in het wensgezin er toe leidt dat er *family life* bestaat tussen wensmoeder en kind? En zo ja, hoe zich dit verhoudt tot het *family life* tussen draagouders en kind?	Heeft de wensvader alleen het gezag verkregen, dan bepaalt hij in beginsel waar het kind woont. Adoptie door de wensmoeder blijft echter moeilijk, als draagmoeder niet instemt. Onduidelijk is nog wat in deze context zwaarder weegt, de genetische verwantschap plus zorgrelatie tussen wensmoeder en kind of het baren van het kind door de draagmoeder?
Geen van beide wensouders genetisch verwant	In beginsel kunnen de juridische ouders het kind terughalen. Het is zeer waarschijnlijk dat de draagouders een sterker recht hebben om het kind op te voeden dan de wensouders.	Heeft de wensvader alleen het gezag verkregen, dan bepaalt hij in beginsel waar het kind woont. Adoptie door de wensmoeder blijft echter moeilijk, als draagmoeder niet instemt.

3.8 Valse geboorteaangifte

Door het samenspel van verschillende bepalingen uit het privaat- en het strafrecht zijn bepaalde routes illegaal; dat wil zeggen in strijd met het geldende recht. Een van deze routes is een valse geboorteaangifte, waarbij de wensouders het kind, geboren na een draagmoederschapsconstructie of na een ongecontroleerde afstand, bij de geboorteaangifte aangeven als een eigen biologisch kind. De wensouders nemen het kind direct na de geboorte op in hun

gezin, zonder dat daarvoor de vereiste goedkeuring aan de Raad voor de Kinderbescherming wordt gevraagd.

Welke mogelijkheden biedt het huidige recht om deze route te bemoeilijken? Op grond van artikel 1:19e BW is de moeder bevoegd aangifte van de geboorte te doen en is de vader daartoe verplicht. Uit lid 8 van dit artikel volgt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand zich een door de arts of de verloskundige die bij het ter wereld komen van het kind tegenwoordig was, opgemaakte verklaring *kan* doen overleggen dat het kind uit de als moeder opgegeven persoon is geboren.[202]

Uit de literatuur wordt niet duidelijk wanneer de ambtenaar een dergelijke verklaring vraagt, maar als uitgangspunt geldt dat de ambtenaar dat in de regel niet doet.[203] In het wetsvoorstel Wet elektronische dienstverlening burgerlijke stand is op verzoek van de raad en het OM opgenomen dat bij een digitale geboorteaangifte een verklaring van een arts of verloskundige moet worden overlegd.[204] Op grond van artikel 18 lid 2 is de ambtenaar bevoegd zich alle door de wet vereiste bescheiden te doen tonen en andere bescheiden die hij voor het opmaken van de akte noodzakelijk acht. Er zijn voorbeelden waarin de ambtenaar om extra documenten inzake de geboorte heeft gevraagd, bijvoorbeeld in de situatie waarin in eerste instantie de grootouders proberen aangifte te doen, terwijl vanuit het ziekenhuis gemeld werd aan de burgerlijke stand dat er sprake was van een 'problematische aangifte'. Later bleek op basis van de medische documenten dat er geprobeerd was een valse aangifte te doen met een Nederlandse vrouw als moeder, in plaats van de illegaal in Nederland verblijvende, minderjarige moeder.[205] Uit het interview met een expert op dit terrein wordt een ander voorbeeld gegeven, namelijk van een vrouw die aangifte deed van de geboorte van een kind als het hare, terwijl de desbetreffende ambtenaar op basis van eigen informatie (ze woonden in hetzelfde dorp) had waargenomen dat de vrouw niet zwanger was geweest. In dat geval bleek sprake van illegale opneming van het kind, al dan niet na een draagmoederschapsconstructie.

Als de ambtenaar in ernstige twijfel verkeert over de identiteit van de moeder, moet hij de officier van justitie op de hoogte stellen, zodat hij de zaak onderzoekt en de geboorteakte kan laten opmaken krachtens diens bevel en conform zijn aanwijzingen.[206] In de jurisprudentie is een voorbeeld, buiten de

---

202 Was er geen arts of verloskundige aanwezig, dan kan de ambtenaar van de burgerlijke stand ook door een zodanige hulpverlener later opgemaakte verklaring doen overleggen.

203 Plasschaert 2002, p. 576-577 wordt alleen opgemerkt dat het ter beoordeling van de ambtenaar is, maar wordt niet aangegeven wanneer daarvan sprake kan zijn. Kampers, Evers & Vat 2006, p. 264-265.

204 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 444 nr. 2.

205 Van der Sommen 2003, p. 454.

206 Art. 1:19 e lid 9 BW jo. art. 1:19b BW.

context van draagmoederschap, waarin een zwangere vrouw zich met een ziekenhuispasje van een andere vrouw laat inschrijven, waarna het kind onder de naam van de andere vrouw wordt ingeschreven. Acht jaar later doet de biologische moeder aangifte en beveelt de rechter na een DNA-test het opmaken van een nieuwe geboorteakte.[207] Indien er geen conflict ontstaat, komt niet snel aan het licht dat sprake is van een illegale route. Komt het wel tot een conflict, omdat de draagmoeder en haar partner het kind terug willen, dan wordt alsnog helder dat de regels zijn geschonden, zowel het strafrecht (verduistering van staat/valse geboorteaangifte), het jeugdbeschermingsrecht (kinderen onder zes maanden mogen niet zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de raad in een ander gezin opgenomen worden), als het afstammings- en gezagsrecht.

Weigert de ambtenaar een akte op te maken dan verstrekt hij aan de aangever een weigeringsbesluit.[208] Het Openbaar Ministerie is in dergelijke gevallen dus op de hoogte van de situatie en zou tot vervolging kunnen overgaan wegens valsheid in geschrifte en het verduisteren van staat (zie § 2.5.1). Als sprake is van verduistering van staat en de wensouders als juridisch ouders op de geboorteakte zijn geregistreerd, kunnen de primaire ouders vragen om doorhaling van de akte.[209] Strafrechtelijke vervolging voor schending van het strafrecht staat in beginsel los van het privaatrecht. Indien een veroordeling volgt, wat, gelet op het ontbreken van gepubliceerde jurisprudentie, niet veel voor lijkt te komen, dienen de wensouders de opgelegde straf te dragen. Dat heeft geen directe implicaties voor de rechtsbetrekking tot het kind, maar indirect kan dit dat wel hebben, omdat de ambtenaar de gegevens van de wensouders op de geboorteakte kan doorhalen op last van belanghebbenden, waaronder de eigenlijke ouders,[210] en subsidiair het Openbaar Ministerie.[211] Onder omstandigheden lijkt niet uitgesloten dat het bezit van staat van het kind als kind van de wensouders hieraan in de weg staat, maar voorbeelden zijn hiervan in de jurisprudentie niet te vinden.[212]

Bij de totstandkoming van het huidige artikel 1:19e BW werd overwogen om de afgifte van de verklaring van de betrokken arts of verpleegkundige bij iedere geboorteaangifte verplicht te stellen, ter voorkoming

---

207 Rb. Haarlem 5 oktober 2010, *LJN* BO1656.
208 Plasschaert 2000, p. 361.
209 Art. 1:24 lid 1 BW.
210 Art. 1:24 lid 1 BW. Zie Asser/De Boer 1* 2010, nr. 85.
211 Art. 1:24 lid 1 BW. Zie Asser/De Boer 1* 2010, nr. 85.
212 Art. 1:24 lid 1 BW. Zie Asser/De Boer 1* 2010, nr. 85 en 751 e.v. over de wisselwerking tussen art. 1:24 BW en de inroeping c.q. betwisting van staat: 'Indien een register een onvolkomenheid bevat moet de rechter, behoudens art. 209 (bescherming van bezit van staat), het herstel daarvan bevelen.'

van fraude.[213] Daar is vanaf gezien, omdat geen overeenstemming bereikt kon worden met de medische beroepsgroepen over de vergoeding voor deze verklaring. Daarnaast gaven die beroepsgroepen aan dat zij dan een taak zouden krijgen in het kader van opsporing en handhaving in gevallen waarin zij over de identiteit van de moeder twijfel hadden; dat zou ten koste kunnen gaan van het belang van laagdrempelige toegang tot begeleiding bij de bevalling.[214]

In het kader van het voornemen van de regering tot elektronische aangifte, meent de Raad van State dat de medische verklaring die bij de elektronische aangifte van een geboorte moet worden verstrekt en die nu al bij de aangifte in persoon door de ambtenaar van de burgerlijke stand kan worden gevraagd, in feite dezelfde functies vervult, en adviseert daarom te kiezen voor een uniforme wijze van bevestigen/verklaren. De regering wijst er in reactie op dat de medische geboortebevestiging in beide gevallen weliswaar een vergelijkbare functie vervult (bewijs van het bestaan van een afstammingsrelatie tussen moeder en kind), maar dat het bij de elektronische aangifte daarnaast ook gaat om het voorkomen en bestrijden van identiteitsfraude. Deze waarborgen spelen niet, althans niet in die mate, bij de traditionele aangifte in persoon. Een *quick scan* bij enkele grote gemeenten bevestigt dit laatste. In de betrokken gemeenten wordt op jaarbasis door de ambtenaar van de burgerlijke stand bij de aangifte in persoon, opgeteld, hooguit enkele tientallen malen om een medische geboorteverklaring verzocht, en dan vooral in specifieke omstandigheden, zoals bij een tardieve aangifte. Van enige noodzaak tot invoering van een verplichte medische verklaring ook bij de aangifte in persoon is dan ook niet gebleken.[215]

Het ziet er dan in dit stadium ook naar uit dat deze plannen de mogelijkheden om de valse geboorteaangifte in geval van draagmoederschap tegen te gaan, niet in dit wetsvoorstel gevonden worden. Of een digitale aangifte de hindernis om een valse aangifte te doen verlaagt, is niet vast te stellen.

3.9 Afsluiting

De rechtspositie van een kind dat geboren wordt na draagmoederschap is onzeker en afhankelijk van een groot aantal factoren dat met het

---

213 Art. VI onder C Wet van 14 oktober 1993 tot herziening van Titel 4 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en wijziging van enige andere bepalingen van Boek 1 van dat Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Strafvordering, *Stb.* 1993, 555, biedt de mogelijkheid dat op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip in het huidige achtste en negende lid van art. 1:19e BW, de afgifte van een door de arts of verloskundige die bij de geboorte tegenwoordig was opgemaakte verklaring, alsnog verplicht wordt gesteld.

214 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 444 nr. 4, p. 4 (Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de vereenvoudiging van en de invoering van een elektronische dienstverlening bij de burgerlijke stand (Wet elektronische dienstverlening burgerlijke stand)).

215 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 444 nr. 4, p. 4.

draagmoederschap op zichzelf niets te maken heeft. Wensouders die draagmoederschap overwegen binnen de Nederlandse rechtssfeer lopen aanzienlijke risico's. Enerzijds worden deze veroorzaakt doordat er een spanningsveld bestaat tussen de draagouders en de wensouders. Het afstaan van een kind kan gevolgen hebben die ook na voorlichting en begeleiding niet voorzien waren door de draagmoeder. Dit spanningsveld leidt tot conflicten en het succesvol doorlopen van het hele traject vereist samenwerking tot het ouderschap daadwerkelijk is overgegaan naar de wensouders. Bij conflicten is, enigszins afhankelijk van de vraag in welke stadium van het traject het conflict zich manifesteert, een reële kans aanwezig dat het door de wensouders, op wier initiatief het kind is ontstaan, gewenste doel niet wordt behaald. Een tweede verklaring voor de rechtsonzekerheid is dat op voorhand niet met zekerheid te voorspellen is wat een rechter zal beslissen. Op verschillende cruciale punten is rechterlijke tussenkomst vereist; maar er is geen vaste lijn in de jurisprudentie. Ook in gevallen waarin sprake is van consensus tussen de betrokken ouders is dus niet op voorhand met zekerheid te bepalen of de wensouders juridische ouders met gezag zullen worden.

Van verschillende kanten in de doctrine wordt gewezen op de risico's van een ontmoedigend beleid ten opzichte van draagmoederschap, dat ertoe leidt dat wensouders uitwijken naar het buitenland. Er wordt in dit verband specifiek melding gemaakt van de kans dat paren naar België gaan. Er wordt dan ook gepleit voor het maken van afspraken op internationaal niveau[216] en het verkorten van de overgangsperiode van een jaar voordat adoptie mogelijk is in gevallen van hoogtechnologisch draagmoederschap waarbij het genetisch materiaal van beide wensouders is gebruikt. In de eerder beschreven pilot waar sprake was van 16 kinderen die via hoogtechnologisch draagmoederschap zijn geboren, kwamen alle adopties na ongeveer een jaar tot stand. Deze periode leverde, zo blijkt uit de pilot, de betrokken ouders veel stress op. Adoptie zou dan ook direct na de geboorte mogelijk moeten zijn in deze gevallen.[217]

In de literatuur wordt er ook op gewezen dat sprake is van leemtes in de wetgeving, bijvoorbeeld wanneer de wensouders het kind niet willen opnemen, omdat het ernstig gehandicapt is. In dat geval is de positie van het kind jegens degenen die procreatieve verantwoordelijkheid dragen, slecht. Er geldt bijvoorbeeld geen onderhoudsplicht, waarvoor wel wordt gepleit.[218]

Een aanpassing van het adoptierecht is wel onder ogen gezien, maar afgewezen door de regering. Bij de totstandkoming van de strafrechtelijke

---

216 Winkel, Roumen & Dermout 2010, p. 1564; Dermout e.a. 2010.

217 Dermout e.a. 2010, p. 448.

218 Heida & Van der Steur 2001, p. 212; Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 35; De Ruiter 1993, p. 77 (wensouders die beiden genetisch verwant zijn met het kind zouden van rechtswege ouders moeten worden; daarmee zou de rechtspositie van het kind in een keer goed geregeld zijn).

verbodsbepalingen is naar aanleiding van vragen in de Tweede Kamer expliciet aangegeven dat een wijziging van het familierecht die strekt tot een verruiming van de mogelijkheden van adoptie door wensouders onverenigbaar is met het streven van de wetgever tot ontmoediging ervan, zelfs al zullen niet altijd problemen ontstaan.[219] In de literatuur wordt daar echter wel voor gepleit.[220] Ook wordt door verschillende auteurs beargumenteerd dat de oplossing niet in het adoptierecht, maar in het afstammingsrecht gevonden moet worden.[221] Over de wijze waarop bestaat geen eenstemmigheid, maar in zijn algemeenheid kan wel gesignaleerd worden dat de huidige wettelijke regeling, met name in geval van twee genetische wensouders, als niet wenselijk wordt aangemerkt.

4 OMVANG VAN HET PROBLEEM IN NEDERLAND

Het is moeilijk aan te geven hoeveel gevallen van draagmoederschap, valse aangifte van geboorte en illegale opneming zich jaarlijks in Nederland voor doen, maar uit de in dit hoofdstuk beschreven jurisprudentie blijkt wel dat alle drie deze fenomenen in Nederland voor komen. Met betrekking tot draagmoederschap blijkt dat zowel hoogtechnologisch als laagtechnologisch draagmoederschap in Nederland plaatsvindt. De cijfers met betrekking tot deze fenomenen die te achterhalen zijn, betreffen hoogtechnologisch draagmoederschap. Uit een analyse van gegevens van het eerste landelijke expertisecentrum komt naar voren dat in de periode 1997-2004 door ruim 500 stellen informatie is aangevraagd over hoogtechnologisch draagmoederschap. Van hen zijn 202 paren gescreend, en kregen 35 paren een IVF-behandeling, die leidde tot de geboorte van 16 kinderen bij 13 vrouwen.[222] Verder is bekend dat het in 2006

---

219 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 968, nr. 5, p. 7-8.

220 Asser/De Boer 1* 2010, nr. 696, die meent dat het belang van het kind ermee gediend is dat het direct kan opgroeien bij zijn genetische ouders. Van den Berg & Buijssen 2004, p. 724-728 die vanuit het belang van het kind menen dat de huidige route via adoptie niet voldoende waarborgen biedt, met name niet indien er een conflict ontstaat tussen draagouders en wensouders, en pleiten voor een aanpassing van het afstammingsrecht in die zin dat de genetische wensmoeder en wensvader van rechtswege ouder worden en het gezag verkrijgen. Broekhuijsen-Molenaar 1999, p. 34 (regeling van ontheffing aanpassen door een specifieke voorziening te treffen; rechterlijke controle vooraf waarna de wensouders van rechtswege de ouders kunnen worden; wijziging afstammingsrecht door een ontkenning van het moederschap; vereenvoudigde adoptieprocedure). Vgl. Van Dijk 1997, p. 153 (voor versnellen van adoptieprocedure). De Ruiter 1993, p. 97-101 (bij volledige genetische verwantschap een wijziging in het afstammingsrecht waardoor de wensouders van rechtswege de juridisch ouders zijn; bij wellicht een versnelde adoptieprocedure bij genetische verwantschap met de moeder). Vonk 2007a, p. 276-277, die pleit voor een equivalent van een uit het Engelse recht stammende *parental order*, die kan leiden tot juridisch ouderschap. Anders: Kalkman-Bogerd 1998, p. 202 (aanpassing van het afstammingsrecht niet nodig).

221 Zie de literatuur in de vorige noot vermeld.

222 Winkel, Roumen & Dermout 2010, p. 1562; Dermout e.a. 2010.

opgerichte centrum voor hoogtechnologisch draagmoederschap aan het VU Medisch Centrum jaarlijks tien paren in behandeling neemt. Op 31 mei 2010 waren er drie kinderen via het VU Medisch Centrum geboren en zouden er nog twee kinderen binnen afzienbare tijd geboren worden.

DEEL III: NAAR HET BUITENLAND

1 INLEIDING

Uit Deel II blijkt dat in Nederland buitengewoon strenge eisen worden gesteld aan paren die in aanmerking willen komen voor hoogtechnologisch draagmoederschap. Er worden uiteindelijk heel weinig kinderen met tussenkomst van het draagmoederschapscentrum van het VU Medisch Centrum geboren. Op grond van afspraken met het ministerie van Justitie is hun rechtspositie ten opzichte van de wensouders goed en effectief geregeld. Daarbij wordt gebruik gemaakt van bestaande instituten in het Nederlandse recht waarop minimale uitzonderingen zijn gecreëerd. In het algemeen echter is het Nederlandse recht en het beleid erop gericht om draagmoederschap te ontmoedigen. Maar regelmatig worden de Raad voor de Kinderbescherming, de ambtenaar van de burgerlijke stand en de rechter geconfronteerd met draagmoederschappen die zich in het buitenland hebben voorgedaan. Voordat in Deel IV wordt nagegaan welke antwoorden hierop worden gegeven, wordt in dit deel onderzocht hoe wensouders in het buitenland terecht kunnen komen en waar zij, gezien de wetgeving die in het buitenland geldt, naartoe zouden kunnen gaan.

Deel III bestaat uit twee delen: een fenomeenstudie (§ 2) die erop gericht is inzicht te krijgen in landen waar Nederlandse wensouders naartoe zouden kunnen gaan en een viertal landenrapporten (§ 3) die erop gericht zijn inzicht te krijgen in de relevante wetgeving indien in Nederland wonende ouders draagmoederschapsconstructies in deze landen ondergaan. De fenomeenstudie is wederom onderverdeeld in twee delen: ten eerste wordt een beeld geschetst van de informatie die in Nederland via internet kan worden verkregen van commerciële aanbieders (zie § 2.1 t/m 2.6), en ten tweede wordt nagegaan welke rol fora in het zoeken en vinden van een draagmoeder vervullen (zie § 2.7).

1.1 Methoden van onderzoek fenomeenstudie

De belangrijkste methode die in het fenomeenonderzoek is gehanteerd, is een verkennende internetsearch. Enerzijds is de praktijk van commerciële aanbieders in kaart gebracht en anderzijds is de wetgeving, literatuur en, voor zover belangrijk, ook rechtspraak in de verschillende landen onderzocht die relevant lijken te zijn voor de praktijk van het draagmoederschap én voor zover deze toegankelijk is via internet. Aan de hand van zoektermen zijn via

zoekmachines op internet verschillende websites van commerciële aanbieders naar voren gekomen. De volgende zoektermen werden gebruikt:

Draagmoederschap	Egg donation
Wensouder(s)	Sperm donation
Surrogate mother	Embryo donation
Surrogate motherhood	Reproduction law
Surrogacy	Life factory
Surrogate agreement	Mère porteuse
Surrogacy agency	Mère de naissance
Surrogate services	Mère gestante
Surrogate centers	Gestation pour autrui
Surrogacy solutions	Gestation pour le compte d'autrui
Surrogate assisted parenting	Gestatrice
Surrogate parenting	Candidats acquéreurs
Intended parents	Procréation artificielle
Commissioning parents	

Opvallend is dat een aantal dezelfde websites bij verschillende zoektermen naar voren komt en dat deze websites ook telkens bovenaan de lijst met zoekresultaten staan. Het zijn deze websites van commerciële aanbieders die voor het fenomeenonderzoek nader zijn bestudeerd en waarvan de informatie is opgenomen in dit fenomeenonderzoek.

Vervolgens dient te worden opgemerkt dat de plaats waar het internet wordt geraadpleegd bepalend is voor het aanbod dat potentiële wensouders vinden. Buiten Nederland (met België hebben de onderzoekers ervaring) komen in sommige gevallen andere websites bovenaan te staan dan bij het gebruik van het internet via een Nederlandse provider.

Ten slotte dient een voorbehoud te worden gemaakt inzake de volledigheid en de actualiteit van de gepresenteerde gegevens. Het geschetste beeld is noodzakelijkerwijs beperkt tot die informatie die redelijkerwijs via een internetsearch te achterhalen valt (in het Engels, Frans en het Nederlands) en is (nog) niet getoetst via onderzoek van de juridische bronnen in de verschillende besproken landen. De informatie kan derhalve onnauwkeurigheden of onvolledigheden bevatten. Getracht werd om de meest actuele en relevante gegevens te achterhalen.

1.2 Methoden van onderzoek landenrapporten

Voor de landenrapporten werden experts uit de betreffende landen (Californië, Griekenland, India en Oekraïne) benaderd die aan de hand van een vragenlijst informatie hebben verstrekt over hun rechtsstelsel waarbij vooral primaire

bronnen toegankelijk werden gemaakt, waarbij wetgeving, rechtspraak en doctrine zijn te onderscheiden.

2 FENOMEENSTUDIE

Dit deel bevat een overzicht van gegevens die wensouders, die in Nederland via internet zoeken, kunnen verkrijgen van commerciële aanbieders. In de inleiding is aangegeven welke zoektermen zijn gebruikt om deze informatie te vinden via een search via de Google-zoekmachine.

Op basis van de twintig zoektermen zijn de eerste twee pagina's van links voor elke zoekterm uitgeprint. Voor elke zoekterm heeft dit geleid tot twintig links (d.w.z. 400 links in totaal). Deze links werden onderzocht met het doel commerciële klinieken te vinden. Deze klinieken werden vervolgens per land gerangschikt. Hieronder wordt een overzicht van de gevonden klinieken gegeven. Soms betreft het ook een webpagina waarin een overzicht van verschillende klinieken wordt gegeven (bijvoorbeeld *Global Doctors* uit India).

Tabel 1: overzicht klinieken

VERENIGDE STATEN	INDIA
Creating Families (MD/CA) www.creatingfamilies.com Building Families (CA) www.buildingfamiliesinc.com Simple Surrogacy (TX) www.simplesurrogacy.com *Growing Generations* (CA) www.growinggenerations.com Fertility Miracles (CA) www.fertility-miracles.com Creative Conception (CA) www.creativeconceptioninc.com Surrogate Mothers (IN) www.surrogatemothers.com Illinois Surrogacy (IL)	India Surrogacy Clinic www.medicaltourismco.com Global Doctor Options www.globaldoctoroptions.com Surrogacy India www.delhi-ivf.com/surogacy.html
	GRIEKENLAND
	EmBio www.ivf-embryo.gr Fertility Centre www.fertilitycenter-crete.gr
	RUSLAND
	Sparta www.surmama-spb.com

www.parentingpartners.net Intended Parents (NJ) www.intendedparents.com Circle Surrogacy www.circlesurrogacy.com *vervolg* Surrogate Parenting Services (CA) www.surrogateparenting.com Conceptual Options (CA) www.conceptualoptions.com Worldwide Surrogacy (CT) www.assistedreproductionlaw.com	**CYPRUS**
	Cyprus IVF Center www.cyprus.com
	OEKRAïNE
	Surrogacy Ukraine www.surrogacy-ukraine.com BioTexCom www.surrogate-mother.org
	CANADA
	Canadian Surrogacy Options www.canadiansurrogacyoptions.com

Het is opvallend dat een aantal klinieken steeds terugkeert ongeacht welke zoektermen worden gebruikt. Andere klinieken zijn slechts te vinden met het gebruik van specifieke zoektermen. Aangezien de onderzoekers geen informatie hebben met betrekking tot de zoektermen die door wensouders in Nederland worden gebruikt, werd voor het hierna volgende overzicht met specifieke informatie over een aantal aspecten op een willekeurige basis een selectie gemaakt uit bovengenoemde klinieken. Aangezien vele klinieken in de Verenigde Staten zijn gevestigd, zijn twee Amerikaanse klinieken gekozen. Vooral gelet op de recente publiciteit rondom de film *Google_Baby* werd ook gekeken naar een kliniek die in het bijzonder gespecialiseerd is in draagmoederschap tussen de Verenigde Staten en Israël. Dit heeft geleid tot de volgende selectie:

1. Griekenland: Crete Fertility Centre Medical Ltd.
2. India: Surrogacy India
3. Oekraïne: La Vita Felice
4. Verenigde Staten: Simple Surrogacy
5. Verenigde Staten: Growing Generations
6. Israël: The Surrogacy Center In Israel

Hoewel zoveel mogelijk is geprobeerd te achterhalen welke organisaties het meest worden gebruikt door in Nederland wonende wensouders, is het niet mogelijk gebleken hier informatie over te vinden. De onderzochte klinieken

zijn derhalve niet noodzakelijkerwijs representatief voor het gehele aanbod van buitenlandse klinieken.

Het onderstaand overzicht verstrekt informatie over de volgende aspecten, die in het kader van dit onderzoek relevant zijn:

1. Algemene indruk
2. Organisatie van de instelling
3. Behandelingen
4. Profiel van de wensouders
5. Profiel van de draagmoeder
6. Juridische informatie
7. Traject
8. Kosten
9. Geschillen tussen betrokkenen

Bepaalde informatie is direct afkomstig van de websites en als zodanig in een kader geplaatst.[1] In bijlage II is de verkregen informatie verkort in een vergelijkende tabel gezet om een helder overzicht te geven.

2.1 Griekenland: Crete Fertility Centre Medical Ltd.

Website: http://www.fertilitycrete.gr/
Land van vestiging: Griekenland
Jaar van oprichting: 1992
Adres: 56, Arch. Makariou & Sof. Venizelou Str. 712 02 Heraklion, Kreta

2.1.1 Algemene indruk

De website is voorzien van veel foto's en bewegende beelden, wat het geheel rommelig maakt. Op de website staan logo's van verschillende sponsoren en verwante websites vermeld. Er is ook de mogelijkheid om op *Facebook* lid te worden van de *Crete Fertility Centre Group*.

De website is beschikbaar in het Engels, Grieks en Italiaans.

Naast informatie over de verschillende trajecten wordt verwezen naar publicaties over vruchtbaarheidsbehandelingen. Tevens is er vanaf de homepage de mogelijkheid om foto's te bekijken van de kliniek, het verloop van een traject en de kinderen die met behulp van het *Crete Fertility Centre* ter

[1] Het Engels dat op de websites wordt gebruikt is niet gecorrigeerd.

wereld zijn gekomen. Er wordt niet vermeld hoeveel kinderen reeds ter wereld zijn gekomen door draagmoederschap.
Er wordt ook aandacht besteed aan de omgeving van Heraklion en er worden tips gegeven over plaatselijke bezienswaardigheden.

Het *Crete Fertility Centre* is niet alleen gericht op draagmoederschap, maar biedt allerlei soorten vruchtbaarheidsbehandelingen aan. De informatie over draagmoederschap is beperkt. Aangegeven wordt welke vormen te onderscheiden zijn en wat altruïstisch draagmoederschap inhoudt.

2.1.2 Organisatie van de instelling

De kliniek wordt geleid door Dr. Fraidakis Salutation, *MD, PhD Consultant in Obstetrics – Gynaecology Reproductive Endocrinology and Surgery*, zijn foto en Curriculum Vitae zijn op de website gepubliceerd. Dr. Fraidakis Salutation is lid van de volgende verenigingen:

- European Society of Human Reproduction and Embryology (E.S.H.R.E.)
- American Society for Reproduction Medicine (A.S.R.M.)
- European Society of Gynaecological Endoscopy (E.S.G.E.)
- Greek Society of Fertility & Infertility
- Greek Society of Gynaecological Endoscopy
- Greek Society of Obstetrics & Gynecology.

De kliniek is ISO-gecertificeerd. Er wordt niet aangegeven wat een dergelijk certificaat inhoudt.

2.1.3 Behandelingen

Zowel *traditional* als *gestational* draagmoederschap is mogelijk. De instelling richt zich op de volgende behandelingen:

Sperm Diagram – Semen Analysis, Sperm Swim up – Percoll, IUI Intra uterine insemination, Ovulation Induction, IVF In Vitro Fertilization, ICSI Intra-cytoplasmic sperm injection, TESA – TESE ICSIPGD Preimplantation Genetic Diagnosis, Egg Donation, Embryo Cryopreservation, Oocyte Cryopreservation (Vitrification) – Oocyte BankOocyte Vitrification, Sperm Cryopreservation – Sperm Bank, Surrogacy Mother.

2.1.4 Profiel van de wensouders

Hierover wordt weinig informatie gegeven. Vrouwen mogen niet ouder zijn dan 50 jaar. Ook homoseksuele stellen en alleenstaande vrouwen kunnen bij het *Crete Fertility Centre* terecht.

> Donor sperm will, for example, be used if the 'commissioning couple' is both female and where the child is commissioned by a single woman.

2.1.5 Profiel van de draagmoeder

Hierover wordt op de website geen informatie gegeven.

2.1.6 Juridische informatie

Gedetailleerde juridische informatie ontbreekt. Wel wordt aangegeven dat het Griekse recht meer mogelijkheden biedt voor wensouders dan het recht in India, Italië, andere EU-landen en de Verenigde Staten.

> Recent Greek legislation assists couples to realize their dream of having a baby, using egg or sperm donation, until the age of 50 for women and without age limit for men, in contrast to other European countries such as France. In addition, there is favourable legislation for couples considering host surrogacy as a treatment option, in contrast to countries such as India.
> Fertility regulations vary from country to country in the E.U. In UK legislation permits single women and gay/ same-sex couples (male and female) parenthood and access to ART technology in both public and private sector. This has led to an increase in demand for these services.
>
> On the other hand, Italy legislated against single and gay parenthood in 2004 also being very restrictive to un-married couples, requiring a comprehensive series of medical examinations, to prove the couple to be infertile. In addition, embryo freezing, sperm donation and egg donation as well as surrogacy are forbidden by law.
>
> In the United States of America, medical insurance companies and state law demand that couples follow a lengthy bureaucratic process before agreement to undertake treatment can be reached. Individual State laws differ, for example, in California, state law

> does not require insurance companies to include fertility treatments in their contracts, while in Connecticut, women over 40, are not covered by insurance companies.
>
> Our 17 years of experience has shown that a lot of couples, motivated by their strong wish to have a baby, while hindered by restrictive legislation in their own country, seek in Third World countries exposing themselves to avoidable risks because of inconsistency and clarity in standards of health acre and hygiene as well as failure to conceive. Lack of a robust and transparent ART legal framework has been known to complicate the experience many couples have had abroad in unfamiliar cultures and societies.

2.1.7 Traject

Over de vormen van draagmoederschap wordt de volgende uitleg gegeven:

> In traditional surrogacy (also known as the Straight method) the surrogate is pregnant with her own biological child, but this child was conceived with the intention of relinquishing the child to be raised by others such as the biological father and possibly his spouse or partner, either male or female.
> In gestational surrogacy (aka the Host method) the surrogate becomes pregnant via embryo transfer with a child of which she is not the biological mother. She may have made an arrangement to relinquish it to the biological mother or father to raise, or to a parent who is unrelated to the child (e. g. because the child was conceived using egg donation, sperm donation or is the result of a donated embryo). The surrogate mother may be called the gestational carrier.

2.1.8 Kosten

Hierover wordt geen informatie gegeven.

2.1.9 Geschillen tussen betrokkenen

Hierover wordt geen informatie gegeven.

2.2 India: Surrogacy India

Website: http://surrogacyindia.com/
Land van vestiging: India (Mumbai), tevens gevestigd in het Verenigd Koninkrijk (Leeds).
Jaar van oprichting: niet vermeld
Adres: niet vermeld.

2.2.1 Algemene indruk

De website heeft een eenvoudige vormgeving en is overzichtelijk. De tekst is enkel in het Engels beschikbaar. De website vermeldt geen adres of telefoonnummer van het centrum. Contact kan alleen door middel van e-mail worden gelegd: possible@surrogacyindia.com. Uit het menu [contact] blijkt wel dat er een vestiging in Leeds (VK) is, maar niet wordt aangegeven welke rol deze vestiging speelt.

2.2.2 Organisatie van de instelling

Surrogacy India presenteert zichzelf als de enige echte draagmoederschap-agentuur van India. Hoewel het jaar van oprichting niet bekend is, wordt wel aangegeven dat de instelling meer dan 14 jaar ervaring heeft. Bij *Surrogacy India* werken specialisten die ervaringen hebben in het verlenen van medische zorg aan zowel nationale als internationale patiënten. De instelling geeft aan dat er ook kritiek bestaat op draagmoederschap, maar *Surrogacy India* doet er alles aan om de wensouders zo zorgvuldig mogelijk te informeren en om het gehele proces goed te laten verlopen. *Surrogacy India* benadrukt voorts dat een goed verloop van het traject voorop staat. Een zorgvuldige behandeling kan met zich meebrengen dat het traject meer tijd kost. Niet wordt vermeld hoeveel kinderen er reeds ter wereld zijn gekomen door draagmoederschap, bemiddeld door *Surrogacy India*.

Bij *Surrogacy India* zijn personen werkzaam in de volgende functies, de namen en/of foto's van concrete personen worden niet vermeld:

Medical Administrator, Fertility specialist, Medical Legal experts, Psychiatrists, Surrogate recruiters, surrogate parents care takers, and PR executive.

2.2.3 Behandelingen

Surrogacy India richt zich zowel op draagmoederschap (naturel surrogacy en gestational surrogacy) als op het aanbieden van donormateriaal. De volgende behandelingen zijn mogelijk: *IVF, ICSI, Frozen embryo transfer, Assisted hatching, blastocyst culture*.

Aangegeven wordt wanneer er voor *natural surrogacy* kan worden gekozen en wanneer voor *gestational surrogacy*. Daarbij wordt vermeld:

> *Surrogacy India does not advocate or promote Traditional Surrogacy.*

2.2.4 Profiel van de wensouders

Surrogacy India werkt met wensouders van over de hele wereld. Het centrum vraagt de wensouders bij bepaalde onderdelen van de behandeling aanwezig te zijn. Gemiddeld reizen wensouders twee keer af naar Mumbai. Het centrum geeft aan vertalers en tolken in dienst te hebben om taalbarrières te doorbreken. Of homoseksuele stellen of alleenstaanden ook van de diensten van deze agentuur gebruik kunnen maken wordt niet expliciet vermeld.

2.2.5 Profiel van de draagmoeder

Surrogacy India geeft aan dat enkel draagmoeders worden geselecteerd die in goede gezondheid zijn, die eerder zwanger zijn geweest en die vrij zijn van seksueel overdraagbare ziekten. Daarbij is van groot belang dat de draagmoeder de wensouders wil helpen bij hun wens een kind te krijgen. Een draagmoeder die door *Surrogacy India* geselecteerd wil worden dient:

- tussen de 21 en 35 jaar te zijn;
- de wens te hebben om kinderloze stellen te helpen;
- een positieve benadering te hebben;
- zelf probleemloos te zijn bevallen van een kind en dit kind ook zelf te hebben opgevoed;
- in goede gezondheid te zijn;
- bereid te zijn lichamelijke en psychische tests te ondergaan;
- het bewustzijn te hebben welke gevaren verslavingen (roken en alcohol) met zich meebrengen;
- de steun te hebben van haar man of partner die de gevolgen van draagmoederschap begrijpt en bereid is mee te werken indien nodig;
- bewust te zijn van de wens van de wensouders en niet voortijdig met de behandeling te stoppen.

De draagmoeder wordt een aparte accommodatie aangeboden waar zij gedurende de zwangerschap zal worden bijgestaan door een hulpverlener. De draagmoeder zal financieel, juridisch en medisch door het centrum worden bijgestaan.

2.2.6 Juridische informatie

Surrogacy India verwijst op haar website naar de richtlijnen voor *Art Clinics* in India.[2] De richtlijnen geven aan hoe een kliniek dient te handelen en aan welke eisen een kliniek dient te voldoen. Ten aanzien van de geboorte van het kind is het volgende opgenomen:

> **Legitimacy of the child born through ART**
> A child born through ART shall be presumed to be the legitimate child of the couple, born within wedlock, with consent of both the spouses, and with all the attendant rights of parentage, support and inheritance. Sperm/oocyte donors shall have no parental right or duties in relation to the child, and their anonymity shall be protected except in regard to what is mentioned under item 3.12.3.

2.2.7 Traject

Kort en bondig wordt een overzicht gegeven van de stappen waaruit het draagmoederschapstraject bestaat.

Duidelijk wordt aangegeven dat de behandeling alleen kan worden gestart als de wensouders volledig op de hoogte zijn van alle onderdelen van de behandeling en ook inzicht hebben in de medische en juridische implicaties:

> We do not advocate you to undergo any infertility program till we are confident that you have understood our Surrogacy / Egg Donation programs in India in reference to medical and legal perspective.

> **GETTING STARTED**
>
> **Assessment**: Please forward your and your partner's detailed history, investigation reports, surgeries performed, any previous treatment taken, etc. (Assessment form).
>
> **Screening**: You need to under go a specific tests to prepare yourself for the program (Genetic couple screening tests).
>
> **Surrogate Selection**: It is totally your prerogative in choosing the surrogate for your baby. Our associate partner will advertise in the

[2] Http://www.icmr.nic.in/art/Chapter_3.pdf.

local newspaper for surrogate requirement on your behalf. Your assessment, screening and selection process will roughly take about 2-5 weeks.

Down Regulation: Along with the surrogate, you too are started on birth control pills to coordinate the cycles. GnRH analogues will be added in the later half (day 18) of the birth control pills and will continue till one day prior to ovum pick up.

Stimulation: You will be started on hormonal treatment (Inj. Gonadotropin) to stimulate your ovaries lasting 11-13 days under medical supervision.

Monitoring: You need to undergo baseline sonography and blood test to confirm the down regulation. Ultrasound guided follicular monitoring will be done by our doctor team.

Your flight: You need to be with us now. Pack your bags to be here latest by day 6 of stimulation. It will be around 4-6 weeks post surrogate selection.

Semen Freezing: A semen sample of your partner will be taken (to be frozen) as a back up.

Ovum Pick-up: Around day 13, ultrasound guided ovum pick will be done under general anaesthesia. You need to get admitted in the hospital for one day.

Semen Sample: On the same day, your partner needs to provide the semen sample, as fresh sperms always give better fertilization rate.

Fertilisation/Embryology: IVF/ICSI procedure will be performed in the lab. Fertilisation is checked the next day. The embryos thus formed are incubated further, till the embryo transfer into the surrogate on day 3 / 5.

Flight back: All what is expected from you in your first trip ends here. You are ready
to leave back for your home. Your total stay in India could be as short as 8-10 days.

DURING NINE MONTHS

Information: All the below mentioned reports and information will be mailed to you on regular basis. This is how you keep in touch with your baby about your baby's growth through us.

Obstetric care: the surrogate will be regularly examined by our obstetrician at Institutional level, once every 4 weeks and once every 2 weeks during first two trimesters and last trimester respectively. Routine ultrasound monitoring will be done to assess the fetal growth.

Investigations: routine tests like CBC, urine, HIV and blood sugar will be performed at monthly intervals, till term.

Malformation: triple marker tests to rule out any genetic anomaly will be carried out at our lab. Along with, malformation scans will also be done in the first and second trimester.

Immunizations: required antenatal vaccinations will be given to the surrogate.

Supplements: Iron, calcium, protein supplements will be provided to the surrogate to ensure a healthy carrier.

Planning: The delivery can be planned to ensure that you are part of the birthing process of your baby.

Admission: The surrogate will be admitted in the hospital for the delivery and decision will be taken regarding the mode of delivery.

Care: on birth of the baby, the baby will be handed over directly to you. The baby will be taken care by you, paediatrcian and our nursing staff

Stem Cell: Cord blood can be collected and stored during the time of delivery. This could further be transported to your country on request.

Immunizations: all required immunizations will be provided to the baby as per the Global immunization schedule and any specific requirement of the country.

Discharge papers: Details of the delivery and records related to baby's admission will be handed over to the genetic papers for their future reference.

Birth Certificate: The birth certificate (as per present ICMR guidelines) will be on your (genetic couple) name. This will facilitate you in the immigration process.

DNA ID check: We opt to send baby's and your samples to International DNA laboratory to validate the parentage of the child. This takes around 3 weeks for the receipt of the reports. Alternative option could be amniocentesis, an interventional procedure performed during the first trimester, which is not routinely performed.

Tickets: We will assist you with booking of your return tickets for bon voyage.

Ook voor de potentiële draagmoeder is het verloop van de behandeling uiteengezet:

Locating surrogates
Be it online search, or our select associates or advertisements in paper, we keep increasing our pool with new surrogates from different areas.

Educating surrogates for the surrogacy program
This is the vital link, where we brief our surrogates in all perspective about our program with possible complications involved.

Investigating Surrogate
She undergoes through a set of investigations as advised, to rule-in for our surrogacy program.

Psychological evaluation
Is she mentally fit to make this program successful through her commitment and obligation. Something our psychologists/ psychiatrist will evaluate for us.

Fertility evaluation
She will be referred to a Fertility specialist to evaluate the hormonal status and the healthy uterine cavity.

Back ground check
Simultaneous background check will be performed for validating the information, the surrogate has provided.

Legal proceedings
Making her understand and thoroughly assisting her in legal proceedings required while signing the contract with our Intended parents.

Medical insurance coverage
If she does not have any medical coverage, we give them the required medical benefits.

Assisting in nutritional and medications requirement
We not only procure the medications and give them under supervision but also ensure that their required nutritional requirements are met during their efforts.

Continuous monitoring (antenatal care)
Our staff will continuously monitor the surrogates at the accommodation provided by us close to the hospital where they will be registered.

Delivery planning
The delivery will be well planned under guidance and in an institution with experienced obstetrician.

Financial operation
We ensure the financial support extended by intended parents towards the surrogate is well explained and signed off in a manner satisfying to both parties.

2.2.8 Kosten

De totale kosten van het krijgen van een kind via draagmoederschap worden niet vermeld. Wel wordt aangegeven dat de vergoeding die een draagmoeder ontvangt doorgaans tussen de 100.000 Rs. en 200.000 Rs. ligt. Dat is omgerekend tussen 1.800 en 3.600 euro. Alle anderen kosten die door *Surrogacy India* worden gemaakt en in rekening worden gebracht zijn niet aangegeven.

2.2.9 Geschillen tussen betrokkenen

Hierover is geen informatie te vinden.

2.3 Oekraïne: International Surrogate Motherhood Centre – La Vita Felice

Website: http://www.surrogate-mother.ru
Land van vestiging: Oekraïne
Jaar van oprichting: onbekend
Adres: Str. Pushkinskaya, 79/1, left sector, 2 floor, office No. 6, Kharkov, 61024

2.3.1 Algemene indruk

De website is kleurrijk en bevat een zeer uitgebreid keuzemenu. De sponsoren die met hun logo op de website staan vermeld maken het geheel wat onoverzichtelijk.

De website is in de volgende talen beschikbaar: Engels, Roemeens, Duits, Frans, Tsjechisch, Pools, Italiaans en Spaans.

De website beschrijft 'de geschiedenis van het draagmoederschap'. Ook wordt aangegeven hoe naar een draagmoeder kan worden gezocht. Allereerst kan men in familie- en vriendenkring nagaan of iemand draagmoeder wil zijn. Ook kan worden gezocht in de 'massa media' zoals kranten en internet, maar dit kan tot veel problemen leiden. *The Surrogate Motherhood Centre* adviseert dan ook een professioneel draagmoederschapscentrum in te schakelen. Het Centrum kan ook doorverwijzen naar andere centra (in Oekraïne, Rusland, West-Europa, de Verenigde Staten, Israël en Canada).

> The specialists of the surrogacy motherhood Center will provide you with legal support, present a reliable information on all the aspects of the surrogacy motherhood program, control organizational problems, psychological state of the program

> participants, propose choice of potential surrogate mothers and create comfortable and reliable conditions for infertility treatment by extracorporeal fertilization and gestational surrogacy motherhood methods.

Ten aanzien van de draagmoeder wordt aangegeven dat er ook voor haar voordelen bestaan bij het draagmoederschap, maar dat als *top priority* geldt dat zij kinderloze stellen wil helpen. Als voordeel wordt erop gewezen dat de draagmoeder zich kan veroorloven om thuis te blijven en tijd kan doorbrengen met haar kinderen. De vergoeding is een eerlijke compensatie en is op te vatten als bewijs van dankbaarheid voor haar inzet. De draagmoeders staan niet met hun naam en/of foto op de website vermeld.

Ook 'veelgestelde vragen' vormen een onderdeel van de beschikbare informatie. De stellers van deze vragen zijn met hun namen vermeld. Het centrum geeft een enkele keer kort en bondig uitleg, maar meestal wordt verzocht de vraag te specificeren en per e-mail te stellen.

Op de website wordt onder het kopje *The birth of a child in the family* aangegeven hoe de ouders zich mentaal kunnen voorbereiden op de geboorte en opvoeding van het kind. Onder het kopje *Science and surrogate motherhood* staan verwijzigen naar wetenschappelijke artikelen en andere publicaties over draagmoederschap. Het centrum geeft tenslotte ook als missie aan het lage geboortecijfer in de Oekraïne tegen te gaan en de onvruchtbaarheid te willen verhelpen. Het is mogelijk om geld te doneren om *The Surrogacy Motherhood Centre* te helpen de missie te vervullen

2.3.2 Organisatie van de instelling

Het *Surrogacy Motherhood Centre* geeft aan dat alle activiteiten zijn goedgekeurd door het ministerie van Justitie van Oekraïne:

> All the activities of the Surrogacy agency are approved by the Ministry of Justice of Ukraine, Administration of Justice in Kharkov Region and State Committee of Ukraine for Regulatory Policy and Entrepreneurship, Ministry of Health of Ukraine.

Alle werknemers staan met hun naam en foto vermeld op de website. De staf bestaat uit de volgende functies:

> Director of Surrogate Motherhood Center, Deputy Director and Personnel Administrator, Attorney at Surrogate Motherhood Center, another Attorney at Surrogate Motherhood Center, Public Relations Expert, Interpreter of English, Administrator for

Pregnancy Maintenance and Correspondence with Patients under Programs in Progress, Administrator of Programs on Preparation of Surrogate Mothers for Participation in Programs, Translation Department Manager, Interpreter of German, Psychologist at Surrogate Motherhood Center, Expert in Field of Applied Psychology, Psychological Diagnostics and Consultancy, Psychologist at Surrogate Motherhood Center, Expert in Field of Applied Psychology, Psychological Diagnostics and Consultancy, Accountant, Manager, Insurance agent, driver.

Het centrum biedt ook de volgende aanvullende diensten aan:

- Selection of surrogate mothers basing on psychological, medical, legal, age, ethnic, religious, financial and individual criteria; forming surrogate mothers database and giving it to the customers.
- Full range of the required legal services, help in preparation contracts and documents agreed with Ministry of Foreign Affairs of Ukraine, Ministry of Justice of Ukraine, embassies, civil registry offices, migratory service.
- Psychological diagnostics of surrogate mothers, psychological advice and support during the entire program realization.
- Translation of documentation in foreign languages, official legalization of translations.
- Qualified medical supervision – care and control of a surrogate mother during the entire pregnancy period.
- Railway- and air tickets reservations, meetings in airport and railway stations, booking rooms in hotels and other accommodation places.
- Continuous monitoring of all program participants, protection of interest of each participant, provision of strict observance of undertaken contract obligations.

Niet is vermeld hoeveel kinderen al door bemiddeling bij draagmoederschap van het *Surrogacy Motherhood Centre* ter wereld zijn gekomen.

2.3.3 Behandelingen

De wensouders dienen een contract te sluiten met het *Surrogate Motherhood Centre*, waarna de wensouders een draagmoeder kunnen kiezen. Zie ook onder.

2.3.4 Profiel van de wensouders

Aan de wensouders, die op de website als *genetic parents* worden aangeduid, wordt geen leeftijdsgrens gesteld. Ook niet indien de wensmoeder ervoor kiest om donoreicellen bij zichzelf te laten implanteren. Het *Surrogate Motherhood Centre* helpt ook homoseksuele wensouders en alleenstaanden die een kinderwens hebben.

2.3.5 Profiel van de draagmoeder

De draagmoeder dient tussen de 18 en 35 jaar te zijn en heeft bijvoorkeur al één of meerdere kinderen van zichzelf. Indien de vrouw getrouwd is, dient haar man bij notariële akte zijn toestemming te geven. Voorts dient de draagmoeder moreel en psychisch stabiel te zijn en geen crimineel verleden te hebben. Daarbij accepteert het *Surrogate Motherhood Centre* alleen draagmoeders uit Kharkov, Oekraïne.

2.3.6 Juridische informatie

Onder het kopje Legal support wordt kort het Oekraïense recht inzake draagmoederschap weergegeven.

> Under the new Family Code of Ukraine the genetic father and mother must be recognized as the parents of a child having been born. The full responsibility and care of a baby that was born as a result of materialization of the surrogate motherhood program are imposed upon them. In this case, the surrogate mother may not be entitled to claim her motherhood.

De exacte juridische procedure wordt niet uitgelegd, er wordt enkel verwezen naar de juridische afdeling van het centrum, dat de wensouders van juridisch advies zal voorzien en zal helpen met de afhandeling van de juridische administratie.

2.3.7 Traject

Het te volgen traject wordt opgedeeld in twee fasen:

Surrogate motherhood program. Stage 1

- The Surrogate Motherhood Center shall provide for the database of the surrogate mothers, which contains the data on candidates of surrogate mothers and oocyte donors (photographs and general data). This database will enable genetic parents to choose candidacies they may find acceptable.
- Basing on the interview and psychological testing results, the psychologist of the Center will draw a conclusion as to admission of a particular surrogate mother to the surrogate motherhood program.
- The surrogate motherhood center will carry out, on its account, the comprehensive medical examination of surrogate mother and oocyte donor candidates in order to see whether they are fit for participation in the surrogate motherhoodprogram under the medical aspect. The work on preparation of a surrogate mother for the program may not be initiated without a prior approval of her candidacy by the genetic parents. Considering that this procedure is quite costly, while the results of certain analyses become no longer valid some days later, it appears unnecessary to conduct a thorough medical examination beforehand.

Surrogate motherhood program. Stage 2

- The Legal Department of the surrogate motherhood center will assist the parties in entering into the contract with their wishes being taken into account and as prescribed by all relevant legislative regulations of Ukraine.
- The surrogate motherhood center will help the parties to choose a clinic and prepare all essential documents.
- The parties will be assisted by the personnel of the surrogate motherhood center solving the matters of accommodation, catering and medical observation of the surrogate mother during her pregnancy period (curators' services).
- The surrogate motherhood center will exercise control over the program and its overall maintenance till the time of the delivery and registration of proper documents for a child.
- The Legal Department of the surrogate motherhood center will assist genetic parents in registering.

2.3.8 Kosten

De prijslijst is erg gedetailleerd. De prijzen kunnen per land of regio volgens de ter plaatse geldende munteenheid worden weergegeven.

The price-list of the prices under the surrogate motherhood program

- **2850 EUR** - to be paid under the Contract to be signed with the Center for selection of a surrogate mother from the database and her preparation for the Program (the services to be provided under this Contract are as follows: comprehensive medical examination of a surrogate mother at the Clinic – Human Reproduction Center, preparation of the documents such as the psychologist opinion, no criminal record certificate, statement of the surrogate mother's husband authorizing her participation in the surrogate motherhood program, etc., legal support of the program till the date of conclusion of the contract between the surrogate mother and genetic parents (Customers);
- **6000 EUR** - to be paid as the compensation due to the surrogate mother for the whole period of pregnancy (10 % of this amount shall be paid at the time of confirmation of the fact of pregnancy, while the remaining 90 % shall be paid 10 days before the expected birth date); **1000 EUR** - bonus to be paid to a surrogate mother;
- **250 EUR X 9=2250 EUR** - to be paid monthly as the allowance (the so called 'food money') due to the surrogate mother during 9 months of her pregnancy;
- **1000 EUR** - cost of maternity clothes for a surrogate mother for the whole pregnancy period;
- **2526 EUR** - one attempt of IVF or ICSI procedure (if a genetic mother makes use of her own genetic matter), the ovulation stimulation madicines should be paid for separately;
- **4939 EUR** - one attempt of procedure IVF, cost of service of the donor Ovum and full cost of services of clinic, including all necessary medicines for stimulation of the ovum donor and preparation of surrogate mother's endometrial;
- **4090 EUR** - medical supervision during pregnancy – cost of services of clinic and all necessary analyses; cost of sorts in clinic; – medic cines during pregnancy (a standard package

of medicines, unforeseen circumstances are not taken into account (discounted)); Since 3 weeks of pregnancy till a birth of the child, including childbirth.

- **400 EUR** - to be paid for execution of the insurance policy to insure the life of the surrogate mother during the delivery;
- **1200 EUR** - to be paid for legal execution of essential registration documents, including the child birth certificate, traveling and other documents to be submitted to the embassy by the genetic parents in person;
- **700 EUR** - cost of indemnification of the donor;
- **700 EUR** - cost of services of the center including medical inspection and support up to a puncture Ovum donor;
- **450 EUR** - Cost of service of the curator – support and the control over a course of pregnancy during 9 months, (full or partial):
- The partial control - hourly visiting of substitute mother, the control over performance of treaty obligations, a feed(meal), support to the doctor, cost – **12,5 EUR** for one business hour;
- The full control is a round-the-clock residing together with substitute mum, performance of all homework, support to the doctor and the full report on the done job, cost – **25 EUR** in day, (Granting of separate habitation);
- **150 EUR** - Cost of a demountable apartment a month.

Medical services to be paid for separately:

- **about 2526 EUR** - one attempt of IVF or ICSI procedure (if a genetic mother makes use of her own genetic matter), the ovulation stimulation madicines should be paid for separately;
- **about 4939 EUR** - to be paid under the IVF program contract, covering the following services: one attempt of the IVF or ICSI procedure, ovum donor services and full clinic services, including all necessary medicines used for stimulation of the ovum donor and preparation of surrogate mother's endometrium;
- **about 4090 EUR** - to be paid under the contract for medical maintenance and supervision during the whole pregnancy period: the cost of the clinic services and all necessary medical tests, cost of the delivery at the maternity hospital,

> medicines to be used in the course of pregnancy (standard package of medicines, excluding force-majeure circumstances).

Drie verschillende pakketten worden aangeboden:

> **'Economical' package deal – 2850EUR:**
>
> Presentation of candidature of surrogate mother from database of surrogate motherhood center, including the medical inspection of surrogate mother stipulated by the medical law of Ukraine.
>
> **'Complex – 1' package deal – 15150 EUR:**
> The package deal 'Complex – 1', includes all services of a package 'Economical', plus time work of the curator on maintenance of the control and coordination of the program, (Without participation of the donor of egg).
>
> **'Complex – 2' package deal – 16550 EUR:**
> The package deal 'Complex -2', includes all services of a package 'Complex -1', plus time work of the curator on maintenance of the control and coordination of the program, (With participation of the donor of egg).

Aan de betaling aan de draagmoeder wordt als volgt vorm gegeven:

> Pursuant to the contract, the genetic parents shall undertake to effect payment in favor of the surrogate mother for her services, food and, if necessary, accommodation, as well as for her medical observation to be carried out by medical expert personnel and the delivery. In turn, the surrogate mother shall enter into commitment to carry to term, give birth to, and deliver a newly-born child to its genetic parents in the manner prescribed by law and as provided for by the contract.

2.3.9 Geschillen tussen betrokkenen

Hierover is geen informatie te vinden.

2.4 Verenigde Staten: Simple Surrogacy, LLC

Website: http://www.simplesurrogacy.com/
Land van vestiging: Verenigde Staten van Amerika
Jaar van oprichting: 2002
Adres: 4925 Greenville Avenue, Second Floor, Dallas, TX 75206

2.4.1 Algemene indruk

De website is overzichtelijk en professioneel vormgegeven.

De website is met behulp van *Google translate* beschikbaar in de volgende talen: Afrikaans, Albanees, Arabisch, Armeens, Azeri, Baskisch, Wit-Russisch, Bulgaars, Catalaans, Chinees, Kroatisch, Tsjechisch, Deens, Nederlands, Lets, Filippijns, Fins, Frans, Geörgisch, Duits, Grieks, Hebreeuws, Hindi, Hongaars, IIslands, Indonesisch, Iers, Italiaans, Estisch, Japans, Koreaans, Macedonisch, Maltees, Noors, Pools, Portugees, Romeens, Russisch, Servisch, Sloveens, Spaans, Swahili, Zweeds, Thais, Turks, Oekraïens, Vietnamees, Welsh, Yiddish. De Nederlandse versie is zeer gebrekkig.

Vanuit het hoofdmenu kan een keuze worden gemaakt om meer informatie te verkrijgen gericht op de wensouders, de draagmoeder en meer specifiek informatie over eiceldonatie.

De toon voor potentiële wensouders is vriendelijk en begripvol en het verlenen van goede en snelle service lijkt voorop te staan. Op de website staan tevens (positieve) reacties van wensouders en draagmoeders. De draagmoeders staan niet met naam en/of foto op de website vermeld.

2.4.2 Organisatie van de instelling

Bij *Simple Surrogacy* zijn ouders werkzaam die door draagmoederschap een kind hebben gekregen, huidige en voormalige draagmoeders, eiceldonateurs en adviseurs. De staf van de instelling bestaat uit de volgende functies:

Executive program director, executive director of finance and contracts, senior surrogate support coordinator, foreign relations liaison, senior intended parent coordinator, assistant surrogate support coordinator, senior intended parent coordinator, associate attorney, associate counselor, associate psychologist, associate counselor.

Alle werknemers staan met hun naam en foto vermeld op de website.

Simple Surrogacy is lid van de volgende verenigingen: *RESOLVE (The National Infertility Association)* en de *American Fertility Association*. Voorts geeft *Simple Surrogacy* aan alle richtlijnen te volgen van de *Surrogacy and Reproductive Medicine Community*.

In 2002 zijn via *Simple Surrogacy* 10 kinderen ter wereld gekomen. Dit liep in 2009 op tot 22 kinderen.

2.4.3 Behandelingen

Simple Surrogacy verzorgt draagmoederschap (*traditional en gestational*) en eiceldonatie.

2.4.4 Profiel van de wensouders

Zowel Amerikaanse als buitenlandse wensouders kunnen van de diensten van *Simple Surrogacy* gebruik maken.

Aan wensouders worden de volgende eisen gesteld:

- beho(o)r(t)en eerlijk en oprecht te zijn;
- heeft/hebben geen crimineel verleden;
- is/zijn financieel daadkrachtig;
- heeft/hebben respect voor de tijd en toewijding van de draagmoeder;
- is/zijn tussen de 21 en 60 jaar oud;
- bevindt/bevinden zich in een stabiele leefsituatie;
- heeft/hebben de steun van zijn of haar partner indien van toepassing;
- is/zijn niet werkzaam in de publieke service;
- is/zijn bereid een psychologische test te ondergaan;
- gaat/gaan akkoord met de algemene voorwaarden.

Simple Surrogacy wijdt een apart kopje aan homoseksuele paren en alleenstaanden. Het centrum is ook bereid hen te helpen en het personeel heeft ook ervaring met deze categorie wensouders.

2.4.5 Profiel van de draagmoeders en eiceldonoren

Vrouwen die graag draagmoeder willen zijn kunnen via de website een aanmeldingsformulier invullen en deze samen met twee recente foto's opsturen. Voor *traditional surrogacy* dienen zij ook een kinderfoto van zichzelf op te sturen. Verder stelt *Simple Surrogacy* de volgende eisen aan een draagmoeder:

- Zij dient Amerikaans staatsburger te zijn of te beschikken over een permanente verblijfsvergunning.

- Zij is tussen de 21 en de 40 jaar (voor *traditional surrogates* dient de draagmoeder onder de 37 jaar te zijn).
- Zij dient reeds bevallen te zijn van een kind van haar zelf.
- Zij dient een ongecompliceerde zwangerschap en bevalling te hebben doorlopen en afgerond.
- Haar BMI dient onder de 33 te zijn.
- Zij dient zich in een stabiele levenssituatie te bevinden.
- Zij heeft de steun van haar man of partner indien van toepassing.
- Zij mag niet werkzaam zijn in de publieke dienst.
- Zij is bereid om medicatie middels een injectie toegediend te krijgen.
- Zij rookt niet, is ook niet blootgesteld aan de rook van anderen en gebruikt geen illegale drugs.
- Zij zal geen drank gebruiken gedurende de zwangerschap.
- Zij zal niet seksueel actief zijn gedurende de zwangerschap.
- Zij heeft geen seksueel overdraagbare ziekten, noch psychische problemen.
- Zij beschikt over een betrouwbaar vervoersmiddel om naar doktersafspraken te komen.
- Zij heeft geen tatoeages of piercings laten zetten gedurende de afgelopen twaalf maanden.
- Zij geniet van zwanger zijn en is gemotiveerd om anderen te helpen hun gezin uit te breiden.

Simple Surrogacy geeft aan de draagmoeder ook juridisch bij te staan en voor het meest gunstige contract te zorgen.

2.4.6 Juridische informatie

In geruststellende bewoordingen wordt zeer beperkte informatie verstrekt.

> Simple Legal: We'll coordinate the legal process and find the best attorneys for you for the best rates possible. We will simplify what could be a complex legal process by negotiating between parties before contract drafting.

Met betrekking tot de vraag wat de procedure is als draagmoederschap niet legaal is in het land van de wensouders antwoordt *Simple Surrogacy*:

> Some states are hostile to Surrogacy. Others are not. As long as your Surrogate resides in a Surrogate friendly state a Birth Order or the third party adoption can take place within its jurisdiction, there is no disputing your legal claim. We will advise you of the

> state laws regarding surrogacy arrangements before matching you with a surrogate through our program.

2.4.7 Traject

Iedere wensouder wordt begeleid door een coördinator. Deze coördinator is 24/7 telefonisch bereikbaar op een direct nummer. Het verloop van het traject wordt als volgt samengevat:

> After the Intended Parents contract with Simple Surrogacy, we provide Surrogate profiles to them based on their needs. They choose a Surrogate and that Surrogate will review their profile and decide if she would like to speak to them. Simple Surrogacy will arrange a phone conversation between all parties to make sure they are compatible. An in-person meeting can also be arranged if desired. We also conduct a background check on all parties. After the IP's and Surrogate decide they would like to work together, we will contact legal representation on their behalf and guide them through drafting a contract between them. We will also open an escrow account on their behalf, and the IP's will sign a escrow management agreement. After the contract is drafted, the money will be deposited into escrow and the medical process will begin.

De medische behandelingen worden gedetaillieerd besproken op de website.

2.4.8 Kosten

Simple Surrogacy lijkt voordelige prijzen aan te bieden zodat het voor iedere wensouder mogelijk is van draagmoederschap gebruik te maken.

> Simple Surrogacy has one of the lowest fees in the industry. We are dedicated to helping those couple who cannot afford the normal exuberant agency fees. We believe that it doesn't take a lot of money to provide our services, just a lot of heart and devotion.

Er zijn drie programma's mogelijk. Tevens biedt *Simple Surrogacy* een speciaal hulpprogramma aan voor minder draagkrachtige wensouders en is er een korting voor wensouders die eerder gebruik hebben gemaakt van de service van *Simple Surrogacy*. De kosten zijn als volgt:

> Gestational Surrogacy Full Service: Agency fee $10,750 (include Surrogate Contracts and Reviews in Texas for $2,000 additional).
> Traditional Surrogacy Full Service: Agency fee $12,750.
> Surrogacy Matching Sercive: $ 5,500 (Traditonal Surrogcay Matching, add $2,000.

De betalingen aan de draagmoeder worden via een *escrow* geregeld, zodat de draagmoeder het vastgestelde bedrag op tijd ontvangt. Doorgaans wordt de moeder op de eerste van iedere maand betaald, zodra de zwangerschap is vastgesteld door een bloedtest en nadat een hartslag van de foetus is vastgesteld. *Simple Surrogacy* beheert de rekening voor de draagmoeder en informeert de draagmoeder maandelijks over activiteiten met betrekking tot de stand van zaken.

2.4.9 Geschillen tussen betrokkenen

Aan de mogelijkheid dat tussen de wensouders en de draagmoeder problemen kunnen ontstaan wordt kort aandacht besteed:

> We also act as a resource between the Intended parents and Surrogates to solve any conflicts before they become problems.

Op de vraag wat de gevolgen zijn als de draagmoeder/eiceldonateur zich bedenkt, antwoordt *Simple Surrogacy*:

> Unfortunately, there are situations where a Surrogate or Egg Donor changes her mind before contracts are signed. (although due to our intense screening process we have reduced the chances of this occurring) If this happens to you, Simple Surrogacy will re-match you immediately at no additional charge.

2.5 Verenigde Staten: Growing Generations

Website: http://www.growinggenerations.com
Land van vestiging: Verenigde Staten van Amerika
Jaar van oprichting: 1996
Adres: 5670 Wilshire Boulevard, Suite 1330, Los Angeles, CA 90036

2.5.1 Algemene indruk

De website is zeer overzichtelijk. Alle informatie is gerangschikt naar onderwerp. De informatie is opgesplitst tussen informatie voor wensouders en informatie voor draagmoeders. Naast een algemene beschrijving over *Growing Generations* en de informatie die over draagmoederschap wordt gegeven is er ook informatie opgenomen over sperma- en eiceldonatie.

2.5.2 Organisatie van de instelling

Growing Generations geeft aan dat de instelling de eerste bemiddelaar in de Verenigde Staten was, die specifiek homoseksuele wensouders wil helpen. Tegenwoordig richt *Growing Generations* zich ook op paren van verschillend geslacht en alleenstaanden.

Growing Generations is de enige instelling die online donorvideos op de website heeft opgenomen. Hoewel *Growing Generations* iedere wensouder los van seksuele geaardheid wil helpen, lijkt de informatie vooral gericht op homoseksuele stellen:

> Growing Generations' surrogates are caring, committed individuals, who all feel a passionate desire to work with members of the gay and lesbian community in building families of choice.

Ook HIV besmette mannen kunnen voor draagmoederschap en eiceldonatie bij *Growing Generations* terecht, met uitzondering van HIV besmette mannen uit de Staat New York.

Growing Generations heeft bijna 1500 cliënten vanuit 28 verschillende landen.

Via *Twitter* worden korte berichten op de website geplaatst. Uit één van de Twitter-berichten blijkt dat *Growing Generations* op 2 juni 2010 de geboorte vierde van het 880ste kind dat met behulp van *Growing Generations* ter wereld is gekomen.

De instelling heeft een vestiging in Los Angeles, een vestiging in New York en twee vestigingen in Wheeling (West Virginia). De oprichters en eigenaren van *Growing Generations* staan samen met de leidinggevenden van de instelling op de website vermeld met naam, foto en een beknopte CV.

Op de website wordt door *Growing Generations* verwezen naar specialisten die niet bij *Growing Generations* werkzaam zijn: IVF klinieken, psychologen, advocaten, hulpverleners gespecialiseerd in genetische vraagstukken, een reisorganisatie en verschillende vruchtbaarheidscentra.

Growing Generations heeft op de website tevens vermeld dat de instelling vanuit ideologisch oogpunt – onder andere financiële – diensten

aanbiedt aan de organisaties: *American Fertility Association, Family Equality Council, Fertile Hope, GLAD (Equal Justice Under Law) en Guess Who Multimedia (A children's Multimedia Company)*.

Growing Generations geeft aan anders te zijn dan andere draagmoederschapbemiddelaars. Vertrouwen staat voorop. *Growing Generations* raadt wensouders aan de aanbieders te vergelijken en bij iedere instelling de volgende vragen te stellen:

1. How long have they been in business?
2. How many clients have they assisted?
3. Do they screen their surrogates medically and psychologically before matching them with clients?
4. Have they been sued by clients or surrogates?
5. Are the prices they quote estimates of what their clients actually pay?
6. What type of insurance do they use for their surrogates?
7. Have they had parental judgments or adoptions denied or delayed?
8. What services do they provide?
9. How many staff do they have?
10. Are they financially stable?

Growing Generations geeft zelf op alle vragen antwoord.

2.5.3 Behandelingen

Alleen *gestational* draagmoederschap is mogelijk:

> As you embark on the journey of creating your family, you will find that Growing Generations' Gestational Surrogacy Program has been designed to expertly guide you through all phases of the process, instilling you with the confidence that your specialized needs are being met consistently and purposefully.

2.5.4 Profiel van de wensouders

Hier is geen specifieke informatie over opgenomen. Wel wordt duidelijk aangegeven dat ook homoseksuele wensouders en alleenstaanden bij *Growing Generations* terecht kunnen.

2.5.5 Profiel van de draagmoeder

Op de website wordt het belang van draagmoeders beschreven. Niet alleen kan draagmoederschap de kinderwens van wensouders uit laten komen, er zijn ook voordelen voor de draagmoeder:

> But, what you can provide for your own family is equally important. Your family will see the amazing contribution you have made to others while receiving a generous compensation package that can change the future for you and your loved ones. This compensation package includes $25,000 in compensation and allowances, health and life insurance, as well as expenses related to the surrogacy. While surrogacy provides so much more than just
> monetary compensation, many of our surrogates have used the proceeds to greatly improve the quality of life for their family including starting a business, buying a home, or opening a college fund for their children.

Enkele draagmoeders staan met naam en foto op de website vermeld en beschrijven hun ervaring met draagmoederschap.

De volgende eisen worden aan een draagmoeder gesteld:

- Zij dient al bevallen te zijn van een kind van zichzelf, niet als draagmoeder.
- Zij heeft geen complicaties gehad tijdens haar zwangerschap.
- Zij is financieel draagkrachtig en ontvangt geen financiële hulp van de overheid.
- Zij beschikt over betrouwbaar vervoer en kan naar Los Angeles, dan wel een andere locatie komen voor onderzoek en medische behandelingen.
- Zij dient in één van een aantal bepaalde staten van de Verenigde Staten te wonen en Amerikaans staatsburger te zijn, dan wel over een permanente verblijfsvergunning te beschikken.
- Zij dient een goede lengte-gewichtsverhouding te hebben. Het BMI mag niet boven de 35 zijn.
- Zij dient bereid te zijn het kind te laten aborteren indien de wensouders dat, in geval van genetische complicaties, wensen. Tevens dient zij bereid te zijn het aantal foetussen te verminderen in geval er meer foetussen zijn dan een tweeling.

Voorts wordt over de geselecteerde draagmoeders geschreven:

> All of our surrogates are fully screened medically, psychologically, financially and criminally prior to admission to our program. We meet all of our surrogate candidates, in-person, regardless of where they live. This screening process takes approximately 2-4 months, and only about 1 in 10 of our surrogate applicants makes it through the screening to become a surrogate in our program.

Vrouwen die geïnteresseerd zijn om als draagmoeder te fungeren kunnen zich via de website aanmelden. Zij moeten daarvoor tevens de volgende vragen beantwoorden:

- Do you receive any of the following?
- AFDC, Cash Aide, Food Stamps, Housing Aide, or other governmental help?
- Do you smoke or use tobacco in any form?
- Have you ever given birth before?
- Have you ever had gastric bypass surgery?
- How did you hear about our program?
- How many sexual partners have you had in the last year?
- Have you delivered 6 or more pregnancies?
- Do you have any history of Placenta Previa?
- Have you ever been diagnosed with a Toxemia?
- Have you ever been diagnosed with a Pre-Eclampsia?
- Do you have any history of Pregnancy-Induced Hypertension?
- How many c sections have you had?
- What is your level of interest in becoming a surrogate?
- Do you have your high school diploma or GED?
- Have you or your partner ever been convicted of a felony?
- Have you ever attempted suicide?
- Have you ever been diagnosed with high blood pressure?
- Have you ever been diagnosed with Diabetes (not gestational)?
- Have you ever been diagnosed with an incompetent cervix?
- Have you ever been diagnosed with Syphilis?

2.5.6 Juridische informatie

Tussen de *veelgestelde vragen voor draagmoeders* staat tevens de vraag of een contract wordt gesloten en of de draagmoeder wordt bijgestaan door de

advocaat. Ook wordt gevraagd hoe de juridische procedure na de geboorte zal verlopen. *Growing Generations* antwoordt:

> You will have your own personal attorney that represents you through the surrogacy contract phase. The contract outlines all of the rights and responsibilities of the parties and is designed as a blueprint for how your surrogacy process will work including the compensation and benefits package. Your attorney will personally discuss the aspects of the contract with you.
> We work in several different states to the process in which your parental rights are terminated and the intended parents are named the legal parents of the child vary. Sometimes this occurs prior to the delivery of the child and other times immediately after delivery. Our staff will walk you through the legal process prior to your acceptance of a match with a potential intended parent.

Tevens is opgenomen:

> Some agencies work in states where surrogacy is not legal, or the climate for surrogacy is uncertain. This has caused cases where intended parents have had difficulty obtaining parental rights for their children, or the surrogacy has been contested. Our company only works in states where we have a proven track record of obtaining parental judgments and second-parent adoptions. We have never had a case where the intended parents have not been named as the sole parents of the child in a timely and efficient manner.

2.5.7 Traject

Growing Generations benadrukt dat de instelling ieder onderdeel van draagmoederschap, van het begin tot aan de geboorte, zal begeleiden. Het programma begint met een intakegesprek dat op het kantoor kan plaatsvinden, dan wel over *Skype* gevoerd kan worden. Het traject bestaat uit de volgende stappen:

> 1. Introductory consultation
> 2. A visit to the lab (within 1 week)
> 3. Retainer agreement (before, after, during consult)
> 4. Profile & photo's (access available within 24 hours)
> 5. Screening and surrogate selection process (2-8 months depending on surrogate state)

6. Medical screening of intended parent(s) (2 weeks)
7. Legal agreement (7 days to submit, 60 days to process)
8. Trust account (14 days to submit, 10 days to process)
9. Medical protocol (45-50 days)
10. Pregnancy (16-30 weeks)
11. Parental rights (10-24 weeks)
12. Birth

2.5.8 Kosten

Het volgende is over kosten opgenomen:

> Surrogacy costs associated with the *Growing Generations*' Surrogacy Program generally range between $115,000 and $165,000, which encompasses estimated costs for all aspects of the
> process. These estimated costs include medical and psychological screening, legal documentation and proceedings, surrogate fees, medications, insurance, etc.
> Our goal is to give you an accurate view of all costs associated with the surrogacy process. We encourage you to compare our cost sheet to other agency's cost sheets, as many leave out costs that you will inevitably incur.

Daarnaast kan aan de hand van een keuzemenu een prijsindicatie worden gegeven:

- Woonachtig buiten de VS > beschikt niet over ingevroren embryo's > *gestational draagmoederschap* > onbekende eiceldonor = $ 169.200.00.
- Woonachtig buiten de VS > beschikt niet over ingevroren embryo's > *gestational draagmoederschap* > bekende eiceldonor = $ 149.300.
- Woonachtig in de VS > beschikt niet over ingevroren embryo's > *gestational draagmoederschap* > onbekende eiceldonor = $ 142.030.
- Woonachtig in de VS > beschikt niet over ingevroren embryo's > *gestational draagmoederschap* > bekende eiceldonor = $ 122.680.
- Woonachtig buiten de VS > beschikt niet over ingevroren embryo's = $ 132.010.
- Woonachtig buiten de VS > beschikt over ingevroren embryo's = $ 106.140.

Over hetgeen een draagmoeder kan verdienen is het volgende opgenomen:

> Our compensation for a first-time surrogate includes $22,000 in surrogacy compensation, $5,000 in additional fees and allowances, health and life insurance, and all surrogacy related expenses. Second-time surrogates receive $25,000 plus all of the above benefits. Third-time surrogates receive $30,000 plus all of the about benefits.

Een formulier waarin de exacte vergoedingen voor een draagmoeder worden beschreven kan als PDF-bestand vanaf de website worden gedownload.

2.5.9 Geschillen tussen betrokkenen
Hierover is geen informatie opgenomen.

2.6 Israël: The Surrogacy Center In Israel

Website: http://surrogacyisrael.com/
Land van vestiging: Verenigde Staten van Amerika
Jaar van oprichting: onbekend
Adres: 27882 Forbes Road, Laguna Niguel, Ca. 92677
surrogacyinformation@yahoo.com

2.6.1 Algemene indruk
De website is zeer overzichtelijk en heeft een stijlvol uiterlijk. De informatie is alleen in het Engels beschikbaar.

Aangegeven wordt dat de website is ontworpen voor het geven van algemene informatie. Er is inhoudelijk dan ook maar weinig informatie beschikbaar. De teksten zijn kort en bondig. Bij de veelgestelde vragen zijn enkel drie vragen opgenomen. Deze vragen en antwoorden zijn in dit overzicht verwerkt.

Voorts is een uitsluitingclausule opgenomen:

> The information is presented at this site or any email communication from this site should not be construed to be formal legal advice nor the formation of a lawyer/client relationship.

2.6.2 Organisatie van de instelling
Het centrum is erop gericht om traditionele en niet-traditionele stellen uit Israël, alsook alleenstaanden te begeleiden bij draagmoederschap dat in de

Verenigde Staten plaatsvindt.

2.6.3 Behandelingen

Het centrum biedt zowel *traditional* als *gestational* draagmoederschap aan. Daarover is de volgende informatie te vinden:

> In Traditional Surrogacy, the surrogate mother uses her eggs. The intended father can either use his sperm or donor sperm can be used. The IVF physician will perform artificial inseminations using either fresh sperm or frozen sperm. Traditional surrogacy is less expensive then gestational surrogacy.
>
> In Gestational Surrogacy, the intended parents either use their egg and sperm, or donor egg, donor sperm, or donor egg and donor sperm. The IVF physician will use in-vitro-fertilization to create embryos and implant them into the uterus of the surrogate mother.

2.6.4 Profiel van de wensouders

Hierover wordt alleen aangegeven dat het *Surrogacy Center* ook werkt met homoseksuele stellen en alleenstaanden als wensouders.

2.6.5 Profiel van de draagmoeder

Een draagmoeder dient aan de volgende vereisten te voldoen:

- Zij dient tussen de 21 en 40 jaar oud te zijn.
- Zij heeft op zijn minst één kind.
- Ze is gezond en rookt niet.
- Haar lengte en gewicht zijn in porportie met elkaar.
- Ze is loyaal, heeft verantwoordelijkheidsgevoel en is betrouwbaar.
- Ze is gemotiveerd om een kind voor de wensouders te dragen.
- Ze bevindt zich in een stabiele levenssituatie.
- Ze is bereid om medicatie via injecties toegediend te krijgen.

2.6.6 Juridische informatie

Over de exacte juridische gang van zaken wordt nauwelijks informatie verschaft. Wel wordt op de vraag of de namen van de wensouders op het geboortecertificaat bijgeschreven kunnen worden het volgende geantwoord:

> Yes, we will obtain a pre-birth order which is a court order that states that you and your partner's name will both be on the baby's birth certificate.

Niet wordt aangegeven of dit verzoek wordt ingediend bij een rechter in de Verenigde Staten of Israël.

2.6.7 Traject

Het centrum geeft aan dat het proces van draagmoederschap in totaal tussen de 12 en 18 maanden inneemt. De hoofdlijnen van het traject zien er als volgt uit:

> 1. Application
> 2. Surrogacy Matching
> 3. Surrogate medical testing (medical, psychological)
> 4. Intended parent(s) medical testing
> 5. Surrogacy Contract and Egg Donor Contract if needed
> 6. Coordinating trip to USA
> 7. Embryo Transfer
> 8. Pre-Birth Order or getting your names on your baby's birth certificate
> 9. Coordinating delivery of baby/babies and passports back home
>
> The cost for your surrogacy journey will range from $85,000-$110,000, depending on the type of surrogacy you choose, whether you work with an egg donor, and the number if IVF procedures needed. This fee includes the agency fee, medical fees, legal fees, surrogate mother compensation, and health insurance.

2.6.8 Kosten

Er is geen informatie bekend over de exacte prijzen. Wel wordt aangegeven wat een draagmoeder voor haar verdiensten kan ontvangen. De draagmoeder die voor het eerst een kind draagt voor wensouders zal tussen de $ 18.000 en $ 20.000 ontvangen plus een extra honorarium. Een ervaren draagmoeder zal tussen de $ 22.000 en $ 30.000 ontvangen, plus een extra honorarium.

2.6.9 Geschillen tussen betrokkenen

Hierover wordt geen informatie gegeven.

2.7 Gebruik van fora

Naast de gegevens die wensouders, die in Nederland via internet zoeken, kunnen verkrijgen van commerciële aanbieders (zie Deel III, § 2.1 t/m 2.6),

wordt in dit onderdeel nagegaan welke rol fora in dit opzicht vervullen. Aan de hand van onderstaande zoektermen is via de zoekmachine Google gezocht naar fora over draagmoederschap. De websites die Google als resultaten opgaf zijn per zoekterm vermeld. De fora waar daadwerkelijk informatie op gevonden is worden hieronder beschreven. Zoektermen via Google:

- draagmoeder forum
- draagmoeder gezocht
- draagmoeder worden

2.7.1 Zoekterm: draagmoeder forum

Met gebruik van de term 'draagmoeder forum' zijn de volgende fora gevonden:

- http://www.IVFmoeders.nl/showthread.php?t=9148
- http://eurolac.messageboard.nl/viewtopic.php?t=2661
- http://bravo.messageboard.eu/34155/viewforum.php?f=36
- http://forum.baby-wens.nl/viewforum.php?f=73
- http://forum.zappybaby.be/viewtopic.php?f=35&t=217676
- http://www.lotgenotenforum.nl/forum/oude-berichten/530-draagmoederschap.html
- http://www.stilverlangen.com/viewforum.php?f=27
- http://www.peuteren.nl/zwanger/draagmoeder.php
- http://www.zwangerschapsforum.nl/index.php?module=pagesetter&func=viewpub&tid=8&pid=240

Hierna volgt een korte uiteenzetting van de beschikbare informatie over deze fora.

2.7.1.1 Ivfmoeders.nl

Gebruikersnaam: MotherGoose + ww: September

Er wordt verwezen naar de oproep van Mw. Dr. Jyotsna A. Gupta om ervaring met eiceldonatie te delen. Oorspronkelijk bericht werd geplaatst op Freya.nl.
Verder wordt er veel gesproken over eiceldonatie en verschillende vruchtbaarheidsbehandelingen, maar behoudens genoemde oproep, niet over draagmoederschap. Wel is er een bericht te vinden dat op altruïstisch draagmoederschap lijkt te duiden. Berichten van een 'IVF-vader' geven een goede indruk van de manier waarop twee mannen via draagmoederschap een kind proberen te krijgen.

2.7.1.2 Eurolac.messageboard.nl

Er wordt voornamelijk commentaar gegeven op commercieel draagmoederschap naar aanleiding van de film *Google_Baby* en de column van Derk Sauer in *Het Parool* van 12 januari 2008.

2.7.1.3 Bravo MessageBoard

Op dit forum zijn geen berichten geplaatst over draagmoederschap, wel over eiceldonatie.

2.7.1.4 Forum baby-wens.nl

Er wordt gesproken over draagmoederschap, maar uitsluitend altruïstisch draagmoederschap. Bij de introductie van het onderwerp wordt aangegeven dat commercieel draagmoederschap uit den boze is en zelfs strafbaar.

2.7.1.5 ZappyBaby Forum

Een vrouw in België biedt zichzelf in 2008 aan als draagmoeder en vraagt daarvoor een financiële vergoeding. Het gaat duidelijk om commercieel draagmoederschap. Over haar motieven zijn kritische reacties te vinden. Commercieel draagmoederschap heeft kort voordat haar bericht werd geplaatst voor veel maatschappelijke opschudding gezorgd naar aanleiding van een soortgelijke aanbieding.

2.7.1.6 Stil Verlangen.nl

Gebruikersnaam: MotherGoose + ww: September

Veel berichten worden geplaatst door wensouders die op zoek zijn naar een draagmoeder. Op het forum zijn voornamelijk eerste oproepen te vinden, waar geen reactie op wordt gegeven. Er kan worden vermoed dat via privé-berichten op de website wordt geantwoord. Een enkele keer wordt een e-mailadres gegeven.

2.7.2 Zoekterm: draagmoeder gezocht

Met gebruik van de term ‘draagmoeder gezocht’ zijn de volgende fora gevonden:

- http://books.dreambook.com/draagmoeder/gastboek.html
- http://forum.viva.nl/forum/Gevraagd/draagmoeder_gezocht/list_messages/40920/0
- http://pub29.bravenet.com/forum/static/show.php?usernum=2476229170&frmid=245&msgid=0
- http://www.wijwetenalles.nl/e15525092-re-draagmoeder-gezocht.html
- http://9maand.be/forum/archief/topics/50

- http://www.zwangerschapspagina.nl/zwangerschap/199863-draagmoeder-gezocht.html
- http://www.babybytes.nl/answers/1274682846
- http://vruchtbaarheid.startpagina.nl/prikbord/list.php?3272

Hierna volgt een korte uiteenzetting van de beschikbare informatie over deze fora.

2.7.2.1 Dreambook

Vraag en aanbod. Over prijzen wordt niet duidelijk gesproken, ook reageren mensen weinig direct op elkaars berichten. Het is denkbaar dat per e-mail of privé bericht wordt gereageerd op de geplaatste berichten.

2.7.2.2 Bravenet.com

Introductie:

> "Draagmoederschap forum
>
> *Hoi, hier kun je mee praten of je vragen stellen over draagmoederschap. Let op!! Het is verboden hier te koppelen etc, deze reacties moeten wij verwijderen!!*"

Op het forum, worden net als op de andere fora, draagmoeders gezocht en zijn er vrouwen die zich aanbieden als draagmoeder. Er wordt wel gevraagd om een vergoeding, maar uit de berichten van de draagmoeders kan veelal worden afgeleid dat zij dit om altruïstische beweegredenen doen.

2.7.2.3 Wijwetenalles.nl

Wensouders die naar een draagmoeder op zoek zijn plaatsen hier een bericht. Ook een enkele draagmoeder dia haar diensten aanbiedt omdat ze zelf een compleet gezin heeft en uit altruïstisch oogpunt draagmoeder zou willen zijn.

2.7.2.4 9maanden.be

Op dit forum spreken vrouwen over het wel of niet aangaan van draagmoederschap vanuit altruïstisch oogpunt. De meeste vrouwen overwegen enkel draagmoeder voor hun (schoon)zus te zijn, maar een paar vrouwen zouden graag draagmoeder zijn om zich nuttig te maken en er emotionele voldoening uit te halen.

Er is ook een bericht geplaatst door wensouders die graag informatie zouden hebben over draagmoeders via een internationaal agentschap. Hier heeft niemand op gereageerd. Vanuit waarschijnlijk de beheerder van de

website is een bericht gestuurd om mensen te waarschuwen om op internet te zoeken naar draagmoeders. Ze beschrijft dat de website met name is bedoeld om informatie uit te wisselen en om contact te zoeken met lotgenoten. Bemiddeling is niet gewenst.

2.7.2.5 Babybytes

Op het forum wordt door een vrouw gezocht naar een draagmoeder. Er zijn geen draagmoeders die zich aanmelden. Andere vrouwen geven wel advies of geven blijk van medeleven. Als tip wordt verwezen naar de website Freya.

2.7.2.6 Zwangerschapspagina

Op dit forum heeft één vrouw een oproep geplaatst voor het vinden van een draagmoeder. Enkele vrouwen hebben gereageerd, maar meer uit medeleven. Er is geen vrouw die zich als draagmoeder aanbiedt.

2.7.2.7 Vruchtbaarheid.startpagina.nl

Op dit forum wordt voornamelijk verzocht om informatie uit te wisselen Twee berichten geplaatst door wensouders die graag informatie willen van mensen die eerder met draagmoederschap in aanraking zijn geweest: beide stellen blijken in de familiaire sfeer een draagmoeder te hebben gevonden. Opvallend is dat ook twee alleenstaande mannen afzonderlijk van elkaar informeren naar de mogelijkheid voor draagmoederschap.

2.7.3 Zoekterm: draagmoeder worden

Met gebruik van de term ‘draagmoeder worden’ zijn de volgende fora gevonden:

- http://www.peuteren.nl/zwanger/draagmoeder.php
- http://www.kinderwens.nl/therapyOptions/AssistedReproduction/surrogacy/index.asp?C=18352404186622685185
- http://www.vrouwenarts.nl/pagina/left/kinderwens/draagmoederschap
- http://www.zwangerstraks.nl/donor.php
- http://mens-en-gezondheid.infonu.nl/zwangerschap/22962-draagmoederschap-in-nederland.html

- http://www.kindjeopkomst.nl/html/zwangerworden/draagmoeder_001.htm
- http://www.freya.nl/web_algemeen/frstand13.php
- http://www.oeiikgroei.nl/zwangerschapinfo.asp?id=525

Bovenstaande websites zijn geen fora waar informatie wordt uitgewisseld of oproepen worden gedaan. De websites bieden enkel informatie over het draagmoederschap.

2.7.4 Conclusie

De fora kenmerken zich door de vraag naar een draagmoeder door wensouders. Het gaat om heteroseksuele paren, paren van gelijk geslacht en alleenstaande mannen. Ook zijn er vrouwen die zichzelf als draagmoeder aanbieden. Deze draagmoeders geven doorgaans aan dat zij al een compleet gezin hebben of geen kinderwens, maar toch graag een zwangerschap willen meemaken of wensouders gelukkig willen maken. Op een enkele keer na wordt niet over geld gesproken, anders dan een 'redelijke vergoeding'. Het heeft er de schijn van dat het grotendeels om altruïstisch draagmoederschap gaat. Met zekerheid kan dit niet worden gesteld, omdat de mogelijkheid bestaat dat wensouders en potentiële draagmoeders over prijsafspraken en andere details via privé-berichten of e-mail communiceren. Concrete afspraken tussen partijen zijn op de fora namelijk niet terug te vinden.

Er wordt op een enkel bericht na niet verwezen naar professionele agentschappen die draagmoederschap aanbieden. Men lijkt zich bewust van het feit dat commercieel draagmoederschap bij wet is verboden.

De berichten over draagmoederschap worden op sommige fora geplaatst op een speciaal aan draagmoederschap gewijd topic, op andere fora komen de berichten op de algemene pagina terecht. De meeste websites vereisen registratie voor het plaatsen van een bericht.

3 LANDENRAPPORTEN

Uit het fenomeenonderzoek komt naar voren dat een aantal landen voor wensouders 'aantrekkelijk' is, omdat draagmoederschap daar is toegestaan. Het juridische kader dat in Californië, Griekenland, India en de Oekraïne geldt wordt in het navolgende nader belicht.

3.1 Californië

3.1.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

In Californië is duidelijkheid omtrent de juridische positie van de betrokken volwassenen en kinderen bij een draagmoederschapstraject eerder te vinden in de rechtspraak dan in de wet. Californië heeft weliswaar een *Civil Code*, maar volgens de *common law*-traditie heeft de Amerikaanse rechter de taak het recht te vormen en verder te ontwikkelen daar waar de wettelijke regeling onvolledig is en nader moet worden ingevuld. Dit betekent dat wanneer een

wettelijke regeling niet op een feitelijke situatie van toepassing is, de rechter gebruik maakt van bestaande jurisprudentie en beleidsoverwegingen om tot een beslissing te komen. In de context van draagmoederschap legt de *Supreme Court* van Californië het als volgt uit: "Courts must construe statutes in factual settings not contemplated by the enacting legislature."[3]

In de *California Family Code* (CFC) wordt slechts in één wettelijke bepaling naar draagmoederschap verwezen.[4] Verder bevat de CFC geen bijzondere regelingen met betrekking tot de juridische gevolgen van draagmoederschap. Vragen die rijzen als gevolg van een draagmoederschap-constructie worden opgelost binnen de bestaande regelingen over ouder-kind relaties in de CFC. Deze regelingen komen grotendeels voort uit de *Uniform Parentage Act 1973* (UPA) die in 1975 werd goedgekeurd door de Californische wetgever en in de CFC is geïncorporeerd.[5] Het doel van de UPA was het opheffen van het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen en het definiëren van ouderlijke rechten en verantwoordelijkheden.[6] De belangrijkste overweging achter deze modelwet was om ervoor te zorgen dat, voor zover mogelijk, ieder kind twee juridische ouders heeft die verantwoordelijk zijn voor de verzorging en opvoeding van het kind. Dit zou enerzijds ten goede komen aan het kind en anderzijds ervoor zorgen dat de

---

3 *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84, 851 P.2d 776, p. 779 (Cal. 1993). Zie verder *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410, 72 Cal. Rptr. 2d 280, p. 293 (Cal. Ct. App. 1998), de appelrechter bevestigt deze stelling in *Rodriquez v. Bethlehem Steel Corp.* 12 Cal. 3d 382, 394, 525 P2d 669 (Cal. 1974): "In the common law system the primary instruments of evolution are the courts, adjudicating on a regular basis the rich variety of individual cases brought before them", maar vervolgt door erop te wijzen dat de wetgever op dit terrein wetgevend zou moeten optreden: "Courts can continue to make decisions on an ad hoc basis … looking to the imperfectly designed Uniform Parentage Act and a growing body of case law for guidance in the light of applicable family law principles. Or the Legislature can act to impose a broader order which (…) would bring some predictability to those who seek to make use of artificial reproductive techniques."

4 De tekst van § 7648.9 CFC (West 2005) luidt als volgt: 'This article does not establish a basis for setting aside or vacating a judgment establishing paternity with regard to a child conceived by artificial insemination pursuant to Section 7613 or a child conceived pursuant to a surrogacy agreement.'

5 Zie § 7600-7730 CFC (West 2005). De UPA is een niet-bindende modelwet opgesteld door de *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL). Deze modelwet kan in een wetsvoorstel worden opgenomen en zodoende worden aangenomen door de wetgever van een Staat. Elke Staat kan de modelwet geheel of gedeeltelijk in zijn eigen wetgeving overnemen, zodat tot op zekere hoogte uniformiteit tussen de verschillende jurisdicties in de Verenigde Staten ontstaat. Californië heeft de versie uit 1973 aangenomen, evenals de meeste wijzigingen van 2002, met uitzondering van de wijzigingen in art. 8 die betrekking hebben op draagmoederschap.

6 *Johnson v. Calvert, supra* noot 3.

Staat in minder gevallen financieel zou moeten bijspringen.[7] De in 1975 ingevoerde UPA is nog altijd de enige wetgeving in Californië die bepalingen over juridische ouder-kind relaties bevat. De wetgever kon op dat moment de huidige ontwikkelingen in voortplantingstechnieken niet voorzien. Mede daarom hebben rechters de UPA extensief geïnterpreteerd zodat ook beoogde en sociale relaties tussen kinderen en hun ouders onder deze bepalingen beschermd kunnen worden.[8]

3.1.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

De rechtspraak heeft de juridische parameters gedefinieerd die van toepassing zijn op het draagmoederschap. Hieronder volgen korte samenvattingen van de belangrijkste drie uitspraken alsmede een analyse hoe deze beslissingen hebben bijgedragen aan het huidige juridische kader voor het toekennen van ouderschap bij draagmoederschap. Daarna worden latere beslissingen in het licht van deze drie uitspraken uiteengezet.

Johnson v. Calvert (Cal. 1993)[9]
Hoogtechnologisch draagmoederschap met genetisch materiaal van de wensouders

Dit is een baanbrekend arrest over 'intentioneel ouderschap'. De feiten zijn als volgt: een bevruchte eicel die het genetische materiaal bevat van de heer en mevrouw Calvert, de wensouders, wordt geïmplanteerd in mevrouw Johnson, de draagmoeder. Partijen hebben een overeenkomst getekend waarin staat dat de Calverts mevrouw Johnson $ 10.000 zullen betalen en een levensverzekering voor haar zullen afsluiten in ruil voor het dragen van het kind en het afstand doen van alle ouderlijke rechten bij de geboorte van het kind.[10] Tijdens de zwangerschap verslechtert de relatie tussen de wensouders en de draagmoeder en beide partijen dienen bij de rechter een verzoek in tot het vaststellen van het juridische ouderschap van het ongeboren kind.[11] De *Supreme Court* stelt dat "although the Act recognizes both genetic consanguinity and giving birth as means of establishing a mother and child relationship, when the two means do not coincide in one woman, she who intended to procreate the child – that is, she who intended to bring about the

7 Wald 2005.
8 *Johnson v. Calvert, supra* noot 3.
9 *Johnson v. Calvert*, *California Supreme Court*, 20 mei 1993, 5 Cal. 4th 84, 851 P.2d 776.
10 *Id.*, p. 778.
11 *Id.*, p. 779.

birth of a child that she intended to raise as her own – is the natural mother under California law."[12]

De rechter maakt hierbij gebruik van de wetsgeschiedenis van de UPA. Uit de overwegingen die betrekking hebben op de 'ouder-kind relatie' volgt dat deze juridische relatie twee soorten ouders omvat, namelijk de 'natuurlijke' ouder en de 'adoptief' ouder.[13] Hoewel de wet in 1975 niet is geschreven met het oog op draagmoederschap, constateert de rechter dat deze overwegingen nog steeds van toepassing zijn op alle beslissingen inzake het ouderschap "including the rare case in which a child's maternity is in issue."[14] De rechter stelt dat er twee gronden zijn voor juridisch moederschap: genetische verwantschap met het kind en het baren van het kind. Deze conclusies worden ondersteund door twee overwegingen uit de CFC.[15] Beide vrouwen kunnen dus als juridische moeder van het kind worden gezien: Johnson omdat ze is bevallen van het kind en Calvert omdat haar genetisch materiaal heeft bijgedragen aan het creëren van het kind. De vraag is dan wie van deze twee vrouwen wordt gezien als de natuurlijke moeder, met het gevolg dat zij rechten aan de CFC kan ontlenen.[16] Omdat de CFC geen antwoord geeft op de vraag welke soort moeder door de wetgever wordt gezien als de natuurlijke moeder, heeft de rechter besloten om een '*tie-breaking*' techniek toe te passen en wel met het oog op de openbare orde die bepaalt dat een kind slechts één natuurlijke moeder kan hebben. Op grond van de partijbedoelingen in de draagmoederschapsovereenkomst stelt de rechter vast dat zonder de handelingen van het echtpaar Calvert (de intentie gericht op de geboorte van een kind en de stappen die zijn ondernomen om de IVF mogelijk te maken) het kind niet zou bestaan.[17] Toen de overeenkomst werd gesloten was het de bedoeling van beide partijen dat Johnson het genetische kind van de Calverts zou baren om daarna door de Calverts te worden opgevoed; het was niet de bedoeling van partijen dat de Calverts hun genetisch materiaal zouden donoren aan Johnson. De rechter oordeelt op grond van deze feiten dat mevrouw

---

12 *Id.*, p. 782.

13 *Id.*, p. 779.

14 *Id.*

15 De rechter verwijst naar *Civ. Code* § 7003, waarbij wordt opgemerkt dat het baren van een kind tot een juridische ouder-kind relatie *kan* leiden. Ook al wordt in de wet niet verder gespecificeerd hoe moederschap kan worden vastgesteld, toch citeert de rechter *Civ. Code* § 7015 en stelt dat "insofar as practicable, provisions applicable to the father and child relationship apply in an action to determine the existence or nonexistence of a mother and child relationship." Vervolgens worden deze bepalingen onder de loep genomen (*Civ. Code* § 7004 en 7006, over de status van een biologische vader in een huwelijk; *Evid. Code* § 890-897, over de *Uniform Act on Blood Tests* om vaderschap vast te stellen).

16 *Johnson v. Calvert, supra* noot 3, p. 782.

17 *Id.* Zie hierover ook Spivack 2010, p. 103.

Calvert de natuurlijke moeder is van het kind en dat mevrouw Johnson geen rechten heeft ten aanzien van dit kind.[18]

Uit deze uitspraak zijn drie basisbeginselen afgeleid die door rechters in daaropvolgende uitspraken zijn toegepast. *Ten eerste* erkent de rechter dat wanneer de wetgeving beperkt is, het aan de rechter is om nieuwe onderwerpen in het familierecht te ontwikkelen op basis van bestaande regelingen van de UPA. *Ten tweede*, vond de rechter dat de UPA een sekseneutrale toepassing vereist, zelfs in die gevallen waarin een regeling specifiek verwijst naar een bepaald geslacht. Zo stelde de rechter dat CFC § 7650, de bepaling inzake vader-kind relaties, ook moet gelden voor het vaststellen van moeder-kind relaties. *Ten derde*, heeft de rechter een benadering voor het vaststellen van ouderschap op basis van intenties ontwikkeld die nog steeds wordt gebruikt in Californië.[19]

In re Marriage of Moschetta (Cal. App. 1994)[20]
Traditioneel draagmoederschap met eicel van de draagmoeder en zaad van de wensvader

Deze uitspraak betreft een 'traditionele' draagmoederschapsovereenkomst. De afspraak was dat mevrouw Jordan zou worden bevrucht met het sperma van de heer Moschetta om vervolgens de baby te dragen en het kind na de geboorte over te dragen aan de heer en mevrouw Moschetta. Mevrouw Jordan zou afstand doen van haar ouderlijke rechten en het echtpaar Moschetta vervolgens ondersteunen bij de adoptie van het kind, dit alles tegen een vergoeding van $ 10.000. In de loop van de zwangerschap krijgen de Moschettas huwelijksproblemen. Jordan begint hierdoor te twijfelen of zij het kind nog wel wil afstaan aan de Moschettas. Na de geboorte van het kind en een verklaring van de Moschettas dat zij bij elkaar blijven, staat Jordan het kind af aan het echtpaar. Binnen zeven maanden wordt het huwelijk echter ontbonden en wordt de kwestie van het juridisch ouderschap aan de rechter voorgelegd. Bij het proces in eerste aanleg is de uitspraak in *Johnson* nog niet gewezen.[21]

De rechter in hoger beroep beoordeelde deze zaak in het licht van de UPA en de uitspraak in de zaak *Johnson v. Calvert* waarbij het intentioneel ouderschap doorslaggevend was voor de vraag wie de natuurlijke moeder was van het kind. De feitelijke situatie in deze zaak is echter anders, want in *Johnson v. Calvert* was de wensmoeder de genetische moeder. In dit geval was de wensmoeder, mevrouw Moschetta, *niet* de genetische moeder van het kind.

---

18 *Johnson v. Calvert, supra* noot 3, p. 782.
19 Wald 2005.
20 *In re Marriage of Moschetta,* 25 Cal. App. 4th 1218, 30 Cal. Rptr. 2d 893 (Cal. App. 1994).
21 *Id.*, p. 894-895.

Omdat beide gronden voor moederschap (geboorte en genetische band) hier in *een* vrouw waren verenigd (mevrouw Jordan) kon de intentie van partijen hier geen uitweg bieden. Aan de vraag wat de intentie was van partijen toen de overeenkomst werd gesloten, komt men slechts toe als er een keuze moet worden gemaakt tussen meerdere personen die aanspraak kunnen maken op het juridisch ouderschap. De rechter oordeelde dat naleving van een traditionele draagmoederschapsovereenkomst in dit geval "would be fundamentally incompatible with the rationale and analysis employed in Johnson v. Calvert".[22]

Ook wordt in deze zaak ingegaan op de vraag of de wensmoeder op basis van het draagmoederschapscontract als ouder zou moeten worden gezien. De *Court of Appeal* stelt dat uit *Johnson v. Calvert* niet voortkomt dat een draagmoederschap afdwingbaar is, maar slechts dat een draagmoederschap-overeenkomst *an sich* niet in strijd is met de openbare orde en dat de overeenkomst kan worden gebruikt als blauwdruk voor het vaststellen wat de bedoelingen van partijen waren.[23] De natuurlijke ouders waren daarom in dit geval de heer Moschetta en mevrouw Jordan. De heer Moschetta en mevrouw Jordan kregen gezamenlijk het gezag over het kind. Uiteindelijk heeft de heer Moschetta Californië met het kind verlaten en heeft het kind geen contact meer met de wensmoeder of de draagmoeder.[24]

In re Marriage of Buzzanca (Cal. App. 1998)[25]
Hoogtechnologisch draagmoederschap met genetisch materiaal van een eiceldonor en een zaaddonor

Deze uitspraak heeft betrekking op een draagmoederschapstraject, waarbij noch de wensouders noch de draagmoeder en haar partner de genetische ouders zijn van het kind. Een echtpaar heeft een draagmoeder in de arm genomen om met behulp van een donoreicel en donorzaad een kind voor hen te dragen en te baren. Tijdens de zwangerschap gaan de wensouders uit elkaar en de wensvader stelt geen enkele verantwoordelijkheid te hebben ten opzichte van het kind waarvan de draagmoeder op dat moment zwanger is. Deze zaak verschilt van *Johnson v. Calvert* in zoverre dat de wensouders niet de genetische ouders zijn van het kind. De wensmoeder verzoekt om vaststelling van haar moederschap en ook om vaststelling van het vaderschap van haar voormalige echtgenoot (de wensvader). In eerste aanleg stelt de rechter dat het

22 *Id.*, p. 899.
23 *Id.*, p. 899-901.
24 Wald 2007, p. 379-411.
25 *In re Marriage of Buzzanca,* 61 Cal. App. 4th 1410, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal.App. 1998).

kind geen juridische ouders heeft.[26] De appelrechter maakt duidelijk dat de rechter in eerste aanleg een fout heeft gemaakt en stelt ronduit, gebruikmakend van *Johnson v. Calvert*, dat de intentie-test overheerst: "The child never would have been born had not [the commissioning parents] agreed to have a fertilized egg implanted in a surrogate."[27]

De appelrechter concludeert op basis van de regeling met betrekking tot juridisch vaderschap na kunstmatige inseminatie in de CFC[28] dat wanneer een man die instemt met inseminatie van zijn vrouw met zaad van een andere man, hij de juridische vader van het kind is. Niet is in te zien waarom dit anders zou zijn wanneer wensouders instemmen met de bevruchting van een anonieme eicel met anoniem zaad die vervolgens in de draagmoeder wordt geïmplanteerd. Er is geen reden om bij deze redenering een onderscheid te maken tussen vrouwen en mannen. "Both are equally situated from the point of view of consenting to an act which brings a child into being. Accordingly, Luanne [de in deze zaak niet met het kind genetisch verwante wensmoeder] should have been declared the lawful mother of Jaycee [het kind]." Met betrekking tot de wensvader komt daar nog bij dat hij niet terug kan komen op zijn toestemming. Op grond van beginselen die grotendeels aan het overeenkomstenrecht zijn ontleend (*estoppel*) wordt tenslotte bepaald dat § 7613 UPA het de wensvader onmogelijk maakt eerst bij te dragen aan de geboorte van het kind en volgens van zijn verantwoordelijkheid af te zien.[29]

De *K.M., Elisa B. en Kristine H.*-arresten (Cal. 2005)[30]

Een drietal uitspraken is gewezen in 2005 door de *Supreme Court* van Californië. Ze hebben betrekking op draagmoederschapstrajecten en ouderschapsgeschillen tussen paren van gelijk geslacht. De uitspraken breiden het concept *intentioneel ouderschap* uit *Johnson v. Calvert* uit naar alle beslissingen inzake ouderschap, ongeacht de huwelijkse staat of het geslacht van de ouders.[31] Het is belangrijk om hierbij op te merken dat de Californische

---

26 *Id.*, p. 282.

27 *Id.*

28 § 7613 CFC.

29 A.W. Vorzimer, M.D. O'Hara, Esq.; L.D. Shafton, Esq, '*Buzzanca v. Buzzanca*: The Ruling and the Ramifications', 11 maart 1998, http://www.inciid.org/printpage.php?cat=insurance101&id=17 (laatst bekeken op 15 september 2010).

30 De zaken zijn in 2005 door het *California Supreme Court* gewezen: *K.M. v. E.G.* 37 Cal. 4th 130, 117 P.3d 673 (Cal. 2005); *Elisa B. v. Superior Court*, 37 Cal. 4th 108, 117 P.3d 660 (Cal. 2005); *Kristine H. v. Lisa R.,* 37 Cal. 4th 156, 117 P.3d 690 (Cal. 2005).

31 D. Wald, 'California Surrogacy – A Gay Primer', september 2008, http://www.waldlaw.net/pdf/gay_surrogacy.pdf (laatst bekeken op 15 september 2010).

wetgever in 2003 bepalingen met betrekking tot de rechten en plichten van *domestic partners* in de CFC heeft opgenomen, waaronder § 297.5 (d) CFC. Dit artikel bepaalt dat (voormalige) *domestic partners* dezelfde rechten en verantwoordelijkheden hebben met betrekking tot een kind van een van hen als (voormalige) echtgenoten. Deze bepaling geeft vorm aan de intentie van de Californische wetgever om ervoor te zorgen dat de regels over de vaststelling van het ouderschap die van toepassing zijn op gehuwde paren ook van toepassing zijn op samenwonende partners.[32] In *Elisa B. v. Superior Court of El Dorado County* heeft de rechter uitdrukkelijk vastgesteld dat onder de UPA een kind twee natuurlijke en juridische moeders kan hebben zonder dat hiervoor een adoptieprocedure nodig is (een route die eerder vaak werd gevolgd door paren van gelijk geslacht bij draagmoederschap). Dit bevestigt het uitgangspunt in *Johnson v. Calvert*, namelijk dat de UPA geldt voor alle ouders.[33] Al met al hebben de drie uitspraken uit 2005 de 'intentie-standaard' uit *Johnson v. Calvert* verder uitgebreid door aan te nemen dat wanneer een paar bewust via draagmoederschap of kunstmatige voorplanting een kind op de wereld zet, beide partners de ouders van het kind zijn, onafhankelijk van hun geslacht of burgerlijke staat.[34]

3.1.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

Draagmoederschap vormt geen inbreuk op de openbare orde en is in overeenstemming met het recht van Californië, zolang binnen het kader wordt gehandeld dat uit de bovenstaande jurisprudentie naar voren komt. Er is dan ook geen regeling in het strafrecht waarbij draagmoederschap of bemiddeling strafbaar wordt gesteld. Er is geprobeerd om bepalingen uit het adoptierecht toe te passen in draagmoederschapszaken zodat er wel sprake zou kunnen zijn van strafbaarstelling, maar tevergeefs. In *Johnson v. Calvert*[35] bespreekt de *Supreme Court* twee bepalingen uit de *California Penal Code* (hierna: CPC) die door de eiser waren aangevoerd: § 273 inzake het verbod om voor de toestemming voor adoptie te betalen[36] en § 181 inzake onvrijwillige

---

32 *Id*.

33 *Id*. Ook *Johnson v. Calvert*, *supra* noot 3, p. 779.

34 Zie voor algemene informatie D. Wald, *supra* noot 31.

35 *Johnson v. Calvert*, *supra* noot 3, p. 783-784.

36 § 273 CPC (West 2005):
'(a) It is a misdemeanor for any person or agency to pay, offer to pay, or to receive money or anything of value for the placement for adoption or for the consent to an adoption of a child. This subdivision shall not apply to any fee paid for adoption services provided by the State Department of Social Services, a licensed adoption agency, adoption services providers, as defined in Section 8502 of the Family Code, or an attorney providing adoption legal services.
(b) This section shall not make it unlawful to pay or receive the maternity-connected medical or hospital and necessary living expenses of the mother preceding and during

dienstbaarheid.[37] In dat geval voerde de eiser aan dat de draagmoederschapsovereenkomst in strijd was met de adoptiewetten van de Californische staat, omdat het tot gevolg heeft dat al voor de geboorte van het kind afstand wordt gedaan van ouderschapsrechten. De rechter wijst deze argumenten af op de grond dat "gestational surrogacy differs in crucial respects from adoption and so it is not subject to the adoption statutes".[38] Er wordt onder andere op gewezen dat beide partijen hun toestemming hebben gegeven voordat er zelfs sprake was van een kind en dat de financiële tegenprestatie dus geen invloed heeft op de beslissing om afstand te doen van het kind. De betalingen waren bedoeld als een vergoeding voor de diensten "in gestating the fetus and undergoing labor, rather than for giving up 'parental' rights to the child."[39] Ten aanzien van het argument van de onvrijwillige dienstbaarheid, werd geoordeeld dat omdat "extrinsic evidence of coercion or duress is utterly lacking" hiervan geen sprake is.

3.1.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Zou in een draagmoederschapszaak blijken dat er sprake is geweest van dwang of dat aan de moeder geld is betaald voor het afstand doen van het kind, dan zouden deze vergrijpen wel vallen onder de strafbaarstelling in de adoptiewetgeving opgenomen in de CPC. Beide experts op het gebied van het draagmoederschap die zijn geïnterviewd hadden in hun praktijk nog nooit te maken gehad met een schending van deze strafrechtelijke bepalingen bij een draagmoederschapszaak.[40]

3.1.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

In Californië is commercieel draagmoederschap toegestaan. Er bestaan geen wettelijke beperkingen ten aanzien van de hoogte van de vergoeding die aan de

---

confinement as an act of charity, as long as the payment is not contingent upon placement of the child for adoption, consent to the adoption, or cooperation in the completion of the adoption.'

37 § 181 CPC (West 2005): 'Every person who holds, or attempts to hold, any person in involuntary servitude, or assumes, or attempts to assume, rights of ownership over any person, or who sells, or attempts to sell, any person to another, or receives money or anything of value, in consideration of placing any person in the custody, or under the power or control of another, or who buys, or attempts to buy, any person, or pays money, or delivers anything of value, to another, in consideration of having any person placed in his custody, or under his power or control, or who knowingly aids or assists in any manner any one thus offending, is punishable by imprisonment in the state prison for two, three or four years.'

38 *Johnson v. Calvert*, *supra* noot 3, p. 784.

39 *Id*.

40 Telefonische interviews met Richard Vaughn, Esq., *Managing Attorney*, *National Fertility Law Clinic* en Stephanie Caballero, *Attorney* bij *The Law Offices of Stephanie Caballero* en oprichter van *Extraordinary Conceptions* (14 september 2010).

draagmoeder mag worden betaald, maar er is wel een zogeheten *standard of reasonableness* van toepassing.[41] Draagmoederschapsovereenkomsten worden gezien als contractuele afspraken. Contractuele afspraken inzake de ouderlijke status worden in stand gelaten zolang de juiste stappen zijn ondernomen om te zorgen dat de wensouders de juridische ouders worden (door middel van een voorgeschreven *Judgment of Parentage* verkregen door een rechterlijke uitspraak. Meer informatie over de geboorteakte/wettelijke ouders wordt verstrekt in § 7 en 8.[42]

3.1.6 Status draagmoederschapscontract

Draagmoederschapsovereenkomsten zijn niet juridisch afdwingbaar.[43] Ondanks deze beperking speelt de intentie van partijen een grote rol bij het bepalen van de wil tot ouderschap. In *Johnson v. Calvert* waar het genetische materiaal van beide wensouders afkomstig was, gebruikte de *Supreme Court* van Californië de partijbedoelingen, zoals die konden worden afgeleid uit de draagmoederschapsovereenkomst, om tot de conclusie te komen dat de wensouders ook de juridische ouders van het kind waren. De uitkomst van deze zaak verschilt derhalve in feite niet van de verplichting tot naleving van de draagmoederschapsovereenkomst.

In *Moschetta* waren de partijbedoelingen zoals die waren verwoord in de overeenkomst geen afspiegeling van de werkelijke uitkomst van de zaak. De rechter in hoger beroep weigerde derhalve om de draagmoederschapsovereenkomst af te dwingen, gelet op het belang van het kind. In *Buzzanca* werd de 'intentie standaard' opnieuw gebruikt, waarbij de beweegreden uit *Johnson v. Calvert* werd aangehaald. Wanneer twee mensen de intentie hebben om een kind met behulp van draagmoederschap (via een overeenkomst of onderlinge

---

41 James et al. 2010.

42 Interviews, *supra* noot 40. Mevrouw Caballero stelde dat er geen beperkingen zijn, al is het verstandig verre te blijven van een strafrechtelijke overtreding van de regels met betrekking tot het kopen en verkopen van kinderen (mensenhandel). Exorbitant hoge vergoedingen worden afgeraden. Bij haar cliënten ziet ze dat er gemiddeld tussen de $ 25.000 en $ 35.000 plus incidentele bijkomende kosten aan een draagmoeder wordt betaald. Richard Vaughn bevestigt dit waarbij ook hij aangeeft dat exorbitant hoge vergoedingen ten zeerste worden afgeraden om alle schijn van mensenhandel te vermijden. Hij zei ook dat zolang in de draagmoederschapsovereenkomst de basisprincipes van het contractenrecht in acht zijn genomen, de Staat Californië de overeenkomst over het algemeen als 'fair game' beschouwt en ze in vrijwel alle omstandigheden die Vaughn tegen is gekomen in stand laat.

43 Wald 2005 legt uit: "It is an established principle of family law that you cannot either create or negate parentage via contract. The reason for this is that contracts are, by definition, between adults; and the right to have parents lies with the children. So adults cannot contract away a child's right to a parental relationship; nor can adults create such a relationship by contract alone. This is a fundamental concept of family law that California has refused to abandon in the surrogacy context, and arguably renders all surrogacy contracts unenforceable."

overeenstemming) te nemen, dient de rechter zich bij het bepalen van het ouderschap te laten leiden door die intentie. Belangrijk is wel dat in *Moschetta* de draagmoeder het kind niet wilde afstaan, terwijl in *Buzzanca* de draagmoeder het kind niet wilde houden.

3.1.7 Juridisch ouderschap wensouders

De eerste stap is dat partijen tot overeenstemming komen over de voorwaarden van de overeenkomst. Zo´n overeenkomst bevat vaak bepalingen ten aanzien van het gezag over het kind, het ouderschap, financiële compensatie voor de draagmoeder, verzekeringen, medische kwesties, evaluaties (fysieke en psychische) van alle partijen en bepalingen over selectieve reductie in het geval van meerdere foetussen.[44]

Wanneer er sprake is van een zwangerschap kunnen de ouder(s) een verzoekschrift indienen bij de rechter om vast te laten stellen dat de wensouders de juridische ouders zijn van het kind. Er moet bij dit verzoek een verklaring worden ingediend waaruit blijkt dat alle betrokken partijen, advocaten en artsen het verzoek ondersteunen. Wijst de rechter het verzoek toe dan wordt een *Judgment of Parentage* afgegeven. Deze beschikking "terminates any rights presumed by the surrogate (and her husband, in the case she is married), establishes the intended parent or parents as the legal parents, and directs the local vital records office on how to fill out the birth certificate. In California, any intended parent (gay, straight, single or married - regardless of whether there is a biological connection to the child or not) can obtain parental rights, but the manner in how they do so varies, depending on the circumstances."[45]

Het ontbreken van een dergelijke beschikking betekent niet noodzakelijkerwijs dat de wensouders niet de juridische ouders kunnen worden, maar een dergelijke uitspraak versnelt het proces bij het verkrijgen van een geboortecertificaat en eventuele gerechtelijke procedure. Bovendien zorgt een dergelijke beschikking ervoor dat een adoptieprocedure niet nodig is, en dat de beoogde relatie van partijen met het kind juridisch wordt erkend,[46] mits het verzoek is ingediend binnen een redelijke termijn.[47]

---

44 *Center for Surrogate Parenting, Inc.*, http://www.creatingfamilies.com/IP/IP_Info.aspx?Type=47 (laatst bekeken op 15 september 2010).

45 Richard Vaughn, Esq., *managing attorney*, *National Fertility Law Clinic*, Los Angeles, e-mail in bezit van auteur, 13 september 2010.

46 *Center for Surrogate Parenting, Inc.*, http://www.creating-families.com/IP/IP_Info.aspx? Type=45 (laatst bekeken op 15 september 2010).

47 Interview met Stephanie Caballero, *supra* noot 40: afhankelijk van het tijdsverloop, maken de gerechten in Californië gebruik van de intentie van de partijen om zo de intentionele ouders als juridische ouders aan te wijzen, soms zelf nog drie jaar na de geboorte van het kind.

3.1.8 Registratie bij geboorte

Alleen indien de wensouder(s) een *Judgment of Parentage* hebben verkregen zoals is beschreven in § 7 kunnen zij direct op het geboortecertificaat worden vermeld. Op de geboorteakte wordt dan verder geen melding gemaakt van de draagmoeder en haar eventuele echtegenoot. Nadat het kind is geboren stuurt het ziekenhuis het geboortecertificaat met de juiste namen erop (zoals vermeld op de *Judgment of Parentage*) aan de *California State Department of Vital Records*. Een geboortecertificaat is ook vereist voor het verkrijgen van een paspoort voor het kind. Zonder een *Judgment of Parentage* zal de draagmoeder (en haar man, in het geval ze is getrouwd) worden vermeld als de natuurlijke ouder(s) van het kind op het geboortecertificaat.[48]

Indien de wensouders van hetzelfde geslacht zijn moet de *Judgment of Parentage* aangeven dat beide mannen of beide vrouwen op het geboortecertificaat worden vermeld. De een als 'vader' en de ander als 'moeder'. Vervolgens moeten zij een nieuw geboortecertificaat aanvragen (dit kan ook worden meegenomen in de *Judgment of Parentage*) met het woord 'ouder' voor elke naam. Voor alleenstaande vaders geldt dat het vakje 'moeder' moet worden ingevuld. In dit geval moet hij ervoor kiezen dat de draagmoeder wordt genoemd als de moeder van het kind op het geboortecertificaat of dat hij als moeder wordt opgenomen. In beide gevallen is een nieuwe afgifte van het geboortecertificaat (zoals voor homoseksuele en lesbische paren) noodzakelijk. De lengte van deze procedure kan oplopen tot negen maanden na de geboorte van het kind.[49]

In sommige (buitenlandse) jurisdicties, worden bepaalde ouderlijke relaties niet erkend. Een voorbeeld hiervan is de volgende door Richard Vaughn aangehaalde situatie: de wensouders, een homoseksueel paar uit Italië, waren naar Californië gekomen voor een draagmoederschap. In Italië kan een kind niet twee juridische vaders hebben, bovendien is het volgens het Italiaanse recht ook niet mogelijk om alleen een vader op de geboorteakte te vermelden. In dit soort gevallen moeten meerdere geboortecertificaten worden verkregen van de *Vital Records office*, afhankelijk van het doel waarvoor zij worden gebruikt in een bepaalde jurisdictie.

3.1.9 Adoptie

De mogelijkheid om het kind van de draagmoeder te adopteren is o.a. afhankelijk van de rol die partijen hebben gespeeld bij de draagmoederschapsregeling en draagmoederschapsovereenkomst, en of er biologische of

---

48 Thomas M. Pinkerton, et al., National Fertility Law Clinic, *Parentage, Adoption and Child Custody*, http://www.nationalfertilitylaw.com/acrobatfiles/parentage-adoption-custody.pdf, 2006, (laatst bekeken op 15 september 2010).

49 *Id*.

genetische verwantschap is naast de bedoeling van partijen. Als een hogere rechter bijvoorbeeld geen *Judgment of Parentage* afgeeft bestaat de mogelijkheid voor de wensouders om het kind te adopteren. In wezen is het een tweede mogelijkheid in het geval de wensouders niet een *Judgment of Parentage* kunnen verkrijgen of hebben verkregen.[50]

3.1.10 Relevantie genetische verwantschap

De vraag naar de relevantie van genetische verwantschap is moeilijk te beantwoorden omdat de hierboven geschetste lijn gebaseerd is op jurisprudentie waarbij de feiten steeds anders waren en bovendien verschillende rechtsvragen rezen. In *Johnson v. Calvert* wilden zowel de draagmoeder als de wensmoeder die het genetische materiaal voor het kind had geleverd, als moeder worden erkend. Aan zowel biologische als genetische verwantschap werd belang toegekend, maar uiteindelijk gaven de bedoelingen van partijen de doorslag. In *Moschetta* was de draagmoeder ook de genetische moeder. Zij wilde het kind houden. De genetische wensvader werd wel als vader aangemerkt, maar de niet-genetische wensmoeder niet. De partijbedoelingen konden hierin geen verandering brengen. In *Buzzanca* wilde de draagmoeder het kind niet houden, maar de niet-genetische wensmoeder wilde het kind wel hebben. Hier werden de niet-genetische wensmoeder en de niet-genetische wensvader als ouders aangewezen.

In de zaak *K.M. v. E.G.* stelde de voormalige vrouwelijke partner van de geboortemoeder dat zij de ouder is van het kind omdat zij de eicellen had geleverd. De *Supreme Court* nam aan dat beide vrouwen de moeder zijn van het kind. In *Elisa B. v. Superior Court* ging het om de vraag of de voormalige vrouwelijke partner van de geboortemoeder kinderalimentatie moest betalen. De *Supreme Court* concludeerde dat de voormalige vrouwelijke partner als ouder moet worden gezien op basis van haar bedoelingen voor de conceptie van het kind en overwoog vervolgens: “The State’s interests are not driven by biological paternity [or maternity] but by the State’s interest in the welfare of the child and the integrity of the family.” In *Kristine H. v. Lisa R.* wilde de geboortemoeder het voor de geboorte vastgestelde moederschap van haar vrouwelijke partner vernietigen. De *Supreme Court* concludeerde dat de geboortemoeder niet het recht heeft het ouderschap van haar vrouwelijke partner aan te tasten.

Wat uit deze zaken kan worden afgeleid is dat voor het aannemen van ouderschap een genetische of biologische band niet is vereist. Ouderschap kan

[50] Interview met Stephanie Caballero, *supra* noot 40: zij verwees naar een zaak waarin een van haar cliënten te lang had gewacht met het indienen van de juiste papieren bij de *Vital Records Office* (ongeveer een jaar na de geboorte van het kind), omdat ze buiten de staat woonde. In die zaak werd de *Judgment of Parentage* niet geaccepteerd door de *Vital Records Office*, de wensouders konden het kind nog wel adopteren.

ontstaan op grond van de intenties van partijen bij de conceptie van het kind. Californië heeft een zeer flexibele procedure voor het verkrijgen van ouderschapsrechten voor alleenstaande ouders, heteroseksuele en GLBT-paren.[51] Hieruit valt niet noodzakelijkerwijs af te leiden dat genetische of biologische verwantschap geen rol speelt. In een geval als *Moschetta* waar de genetische draagmoeder het kind niet wil afstaan, speelde het feit dat er geen biologische of genetische verwantschap is tussen de wensmoeder en het kind wel een rol.

3.1.11 Illegale opneming van kind

Alle gevallen waarin voor de geboorte van een kind afspraken zijn gemaakt over de opname en verzorging door andere personen dan de moeder die het kind heeft gebaard, werden in de jurisprudentie tot dusverre beschouwd als draagmoederschap. Daarnaast is er geen jurisprudentie gewezen en bestaat er ook geen specifieke regelgeving over de illegale opneming van kinderen. Aannemelijk is dat indien er zich wel gevallen voordoen die niet onder de categorie draagmoederschap vallen gekeken zal worden naar wat in het belang van het kind is.

3.1.12 Recente rechtsontwikkelingen

In Californië zijn op dit moment geen wetsvoorstellen inzake draagmoederschap aanhangig. Er is echter zowel in de maatschappij als in de wetenschap veel discussie over dit onderwerp. Buitenlandse paren maken in toenemende mate gebruik van het gunstige beleid en de wetgeving inzake draagmoederschap in Californië. In dit verband wordt ook gesproken van draagmoederschapstoerisme.[52]

Bovendien heeft de *American Bar Association* (Vereniging voor Amerikaanse advocaten) in 2008 een voorstel gedaan voor een Modelwet inzake *Assisted Reproductive Technology*.[53] Evenals de UPA is deze wet niet juridisch afdwingbaar maar kan de voorgestelde regeling worden gebruikt door de statelijke wetgevers om op deze wijze meer uniformiteit binnen de Verenigde Staten te creëren. Maar om dit doel te bereiken moeten de statelijke wetgevers er wel van overtuigd zijn dat door overname van de modelwetgeving de huidige situatie in hun staat wordt verbeterd. Tot op heden heeft Californië noch de modelwet noch § 8 UPA van 2002 overgenomen in de CFC. Volgens Stephanie Caballero willen de meeste mensen met wie zij in Californië werkt niet dat de modelwet wordt overgenomen. Zij stelt dat een

---

51 Hofman 2009.

52 Zie Lee 2009 en Annas 2008.

53 American Bar Association, 'Model Act Governing Assisted Reproductive Technology', februari 2008. Zie ook Kindregan 2009; Lorillard 2010; Kindregan & Snyder 2008.

van de belangrijkste punten van kritiek is dat de modelwet niet ver genoeg gaat in de bescherming van de rechten van homoseksuele en lesbische paren. Richard Vaughn is eveneens van mening dat de modelwet niet zal worden overgenomen door de Californische wetgever omdat kunstmatige voortplantingstechnieken, waaronder draagmoederschap, nog in ontwikkeling zijn en vanwege de verhouding tussen het federale recht en het recht op het niveau van de Staten. Hij denkt dat het Californische systeem, zoals dat is ontwikkeld door de rechtspraak, een zeer gunstige omgeving creëert voor draagmoederschap, waarbij bescherming zowel aan de draagmoeder als de wensouders wordt geboden ongeacht hun geslacht of de status van hun relatie.[54]

3.2 Griekenland

3.2.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

Sinds 2002 is altruïstisch draagmoederschap, waarbij de wensouders de genetische ouders zijn, legaal in Griekenland onder de voorwaarde dat er een gerechtelijke toestemming is verleend. Alle andere vormen van draagmoederschap zijn verboden.[55]

Traditioneel, commercieel en sociaal draagmoederschap is expliciet in de wet verboden. Draagmoederschap voor paren van gelijk geslacht is impliciet verboden, omdat in Griekenland formele relaties tussen personen van hetzelfde geslacht niet worden erkend.

De bepaling betreffende altruïstisch draagmoederschap is neergelegd in artikel 1458 Grieks Burgerlijk Wetboek en ingevoerd door artikel 8 Wet 3089/2002.[56] Overeenkomstig artikel 1458 is de transplantatie van bevruchte eicellen in het lichaam van een andere vrouw (de eicellen dienen niet van de draagmoeder te zijn) en het feit dat de draagmoeder de zwangerschap voltooit, toegestaan, mits vooraf een schriftelijke gerechtelijke toestemming is verkregen. De overeenkomst mag niet tot financiële verrijking van de draagmoeder leiden. Voorts dient, indien de draagmoeder getrouwd is, haar echtgenoot zijn toestemming te geven voor het draagmoederschap.

De gerechtelijke toestemming kan worden verkregen door het indienen van een verzoek door de wensmoeder, voorzien van het bewijs dat zij zelf door medische redenen niet in staat is zwanger te raken, dan wel een zwangerschap te voltooien Tevens dient te worden aangetoond dat de

---

54 Interviews, *supra* noot 40.

55 Zie voor draagmoederschap in Griekenland in het algemeen Chliaoutakis 2002; Chliaoutakis, Koukouli & Papadakaki 2002; Tarlatzis e.a..1993.

56 Zie ook Agallopoulou & Koutsouradis 2004 (in het Grieks). Zie tevens Kounougeri-Manoledakis 2005, p. 267-278.

draagmoeder in goede gezondheid verkeert en zij lichamelijk in staat is een zwangerschap te voltooien.

De wettelijke regeling van draagmoederschap was onderdeel van een grootschalige hervorming van het familierecht in het Griekse Burgerlijk Wetboek. Dit was de op één na belangrijkste hervorming in het Griekse familierecht sinds 1983 naast de invoering van gelijkheid van man en vrouw.

In 2005, drie jaar na de wettelijke regeling van draagmoederschap, werd de Wet 3305/2005 ('Tenuitvoerlegging van Medisch Ondersteunde Voortplanting') aangenomen. Deze wet regelt de ondersteunde voortplanting en draagmoederschap in detail. De belangrijkste bepalingen met betrekking tot draagmoederschap zijn opgenomen in de artikelen 13 en 26.

Artikel 13. Draagmoederschap.

1. Draagmoederschap is enkel toegestaan onder de voorwaarden zoals gesteld in artikel 1458 van het Griekse Burgerlijk Wetboek en artikel 8 van Wet 3089/2002.
2. De vrouw die het kind zal dragen dient medisch onderzocht te worden (ingevolge art. 4)[57] en zal een grondig psychologisch onderzoek ondergaan.
3. Artikel 4 § 2 en 3 zijn van toepassing voor het onderzoek naar de gezondheid van de wensouders.
4. De draagmoederschapovereenkomst dient geen regeling aangaande financiële compensatie te bevatten. Het volgende wordt niet beschouwd als financiële compensatie:
    a. de betaling van de kosten ten behoeve van kunstmatige bevruchting, de zwangerschap, de bevalling en het kraambed;
    b. de compensatie voor onkosten en gederfde inkomsten van de draagmoeder nadat zij ontslag heeft genomen, dan wel onbetaald verlof heeft opgenomen gedurende de inseminatie, de zwangerschap, de bevalling en gedurende het kraambed.

Ingevolge artikel 13 en andere relevante bepalingen is draagmoederschap alleen toegestaan na een gerechtelijke beslissing van de rechtbank in het arrondissement waar de wensouders en de draagmoeder wonen. De wensmoeder dient een verzoek in te dienen bij de rechtbank. De inseminatie kan pas plaatsvinden op het moment dat de gerechtelijke toestemming schriftelijk is gegeven.

[57] Zij zal medisch onderzocht worden op HIV-1 and HIV-2 (Humaan Immunodeficientie Virus), Hepatitis B en C en Syfilis. In geval de draagmoeder of de wensouders HIV-positief zijn, zal het draagmoederschap alleen worden toegestaan na specifieke toestemming van de Nationale Onafhankelijke Autoriteit voor Medisch Ondersteunde Voorplanting.

De rechtbank zal de toestemming voor draagmoederschap geven onder de volgende voorwaarden:

a. de wensmoeder dient aan te tonen zelf niet in staat te zijn een zwangerschap te voltooien;
b. de wensmoeder mag niet ouder zijn dan vijftig jaar;[58]
c. de draagmoeder dient aan te tonen dat ze zowel lichamelijk als geestelijk gezond is;
d. de partijen dienen de op schrift gestelde overeenkomst aan de rechtbank te overleggen;
e. de overeenkomst mag een regeling betreffende compensatie voor onkosten bevatten, maar de betaling voor diensten met financiële verrijking als gevolg is verboden;
f. indien de draagmoeder is getrouwd dient haar echtgenoot schriftelijk met het draagmoederschap in te stemmen door de draagmoederschapovereenkomst mede te ondertekenen;
g. de bevruchte eicellen mogen niet van de draagmoeder afkomstig zijn;[59]
h. de draagmoeder en de wensouders dienen Griekse onderdanen te zijn of in het bezit te zijn van een verblijfsvergunning.[60]

Omdat de wet compensatie voor de kosten van kunstmatige bevruchting, de zwangerschap, kosten gedurende het kraambed, alsmede de vergoeding voor gederfde inkomsten door het draagmoederschap niet als financiële verrijking beschouwt, zijn er vragen gerezen hoe de vergoeding wordt beoordeeld. De rechters zijn doorgaans immers niet economisch geschoold en zijn ook niet bekend met bepaalde economische concepten.[61] Omdat dit uiteindelijk onbedoeld zou kunnen leiden tot financiële verrijking heeft de wet een

---

58 Art. 4 § 1 Wet 3305/2005. Voor een aantal geleerden druist dit vereiste omwille van meerdere redenen in tegen de grondwet. Eén van de redenen is dat er geen soortgelijke beperking bestaat voor de wensvader.

59 Uit de Wet is niet op te maken of de eicellen van een derde afkomstig mogen zijn. De meeste critici zijn het er over eens dat in een geval van drie moeders (genetische moeder, draagmoeder en sociale moeder) hoogtechnologisch draagmoederschap is toegestaan.

60 Art. 8 Wet 3089/2002.

61 "The true cost of something is what you give up to get it. This includes not only the money spent in buying (or doing) the something, but also the economic benefits (utility) that you did without because you bought (or did) that particular something and thus can no longer buy (or do) something else. For example, the opportunity cost of choosing to train as a lawyer is not merely the tuition fees, price of books, and so on, but also the fact that you are no longer able to spend your time holding down a salaried job or developing your skills as a footballer. These lost opportunities may represent a significant loss of utility. […] Everything you do has an opportunity cost." ('Opportunity cost', *Economics A-Z*, http://www.economist.com/economics-a-to-z). Zie verder Hatzis 2003, p. 412-433.

onafhankelijke autoriteit in het leven geroepen om de hoogte van de compensatie vast te stellen.
De 'Nationale Onafhankelijke Autoriteit voor Medisch Ondersteunde Voortplanting' is opgericht in het begin van 2006. Hoewel de leden van de Autoriteit zich inspanden om het doel van de wet te dienen, heeft de Griekse Staat hen vanaf het begin iedere vorm van steun ontzegd. Geen van de voorstellen van de Autoriteit werden ten uitvoer gelegd, noch heeft de Staat gerelateerde kosten van de leden van de Autoriteit (dat wil zeggen hun salaris, administratieve kosten, reiskosten, onderzoekskosten etc.) vergoed. In een aantal gevallen werd de Autoriteit zelfs vijandig en met minachting behandeld door overheidsinstanties. De Autoriteit werd als gevolg hiervan ontbonden. De leden hebben in juni 2010 de situatie geopenbaard middels een verklaring. Volgens deze verklaring had de Autoriteit een voorstel opgesteld voor het vastleggen van een compensatie voor draagmoeders. Ook dit voorstel is niet uitgevoerd.

3.2.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

Ondanks het duidelijke verbod op commercieel draagmoederschap is het grootste aantal gevallen van draagmoederschap commercieel. Dit blijkt uit de gepubliceerde gerechtelijke beslissingen, waaruit overduidelijk valt op te maken dat de wensouders en de draagmoeder elkaar in de meeste gevallen niet kenden voor het sluiten van de draagmoederschapovereenkomst.[62] Desalniettemin verlenen de rechters toestemming voor het draagmoederschap, zonder verder onderzoek te verrichten naar het bestaan van een hechte relatie, gevolgd door een formele administratieve procedure.

De jurisprudentie laat zien dat deze gevallen uiterst formeel worden afgedaan (de beslissingen lijken meer op administratieve beslissingen dan op rechterlijke uitspraken), ondanks dat het voor de betrokken partijen en de rechters evident is dat het draagmoederschap niet altruïstisch is en daarmee in strijd is met het Griekse familierecht.

Een recente zaak van het gerecht in eerste aanleg in Athene,[63] waarin een Grieks paar de rechtbank om toestemming verzocht om een draagmoederschapsprocedure in gang te zetten vormt een voorbeeld. Hoewel de rechtbank in haar beslissing benadrukte dat de draagmoeder voor haar diensten niet betaald kon worden, accepteerde de rechter zonder probleem dat een immigrante uit Georgië (en geen Griekse onderdaan) volgens verzoekers een hechte vriendschap onderhield met de familie en bereid was de wensouders uit altruïstisch oogpunt te helpen als draagmoeder. Daarbij is nog opmerkelijk dat de draagmoeder in hetzelfde huis woonde als de wensouders

[62] Zie Hatzis 2010.
[63] Zaaknr. 483/2010.

en zij zonder enige vorm van betaling, zelfs zonder compensatie voor haar onkosten had geaccepteerd het kind te dragen. De enige getuige die door de rechtbank werd opgeroepen om te getuigen dat de draagmoeder uit Georgië inderdaad een hechte band met de familie onderhield en niet voor haar diensten betaald zou krijgen, was de wensvader zelf.

In maar één uitspraak (van de 92 uitspraken)[64] werd het verzoek van de wensouders afgewezen omdat de wensouders, volgens de rechtbank, onvoldoende hadden geprobeerd om een kind via 'de normale weg' te krijgen.

3.2.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

Voor de persoon die met betrekking tot draagmoederschap niet conform artikel 1458 van het Grieks Burgerlijk Wetboek, ingevoerd door Wet 3089/2002 handelt, noch conform artikel 13 Wet 3305/2005, schrijft artikel 26 §8 Wet 3305/2005 de volgende strafrechtelijke sancties voor:

Artikel 26. Strafrechtelijke sancties.

8. Wie zich inlaat met een draagmoederschapsprocedure waarbij de vereisten van artikel 1458 van het Griekse Burgerlijk Wetboek, artikel 8 van Wet 3089/2002 en artikel 13 van deze wet niet zijn vervuld, kan worden veroordeeld tot een gevangenisstraf van tenminste twee (2) jaar en een boete van tenminste € 1.500. Dezelfde sanctie is van toepassing op:
   - diegene die publiekelijk met de verspreiding van documenten of afbeeldingen de verkoop van een kind via een draagmoeder aanbiedt, er de aandacht op vestigt of er voor adverteert (zelfs in het geheim);
   - of hij/zij in de hoedanigheid van tussenpersoon professionele diensten aanbiedt voor iedere vorm van financieel advies;
   - of hij/zij op dezelfde wijze zijn/haar diensten, of de diensten van een ander aanbiedt voor het bereiken van dit doel.

Er wordt in artikel 26 § 8 Grieks Wetboek van Strafrecht geen onderscheid gemaakt tussen de draagmoeder, de tussenpersoon en de wensouders. Gelet op het feit dat altruïstisch draagmoederschap in Griekenland bij Wet is toegestaan dient uiteraard een onderscheid te worden gemaakt tussen altruïstisch draagmoederschap en commercieel draagmoederschap. De wensmoeder dient een verzoek in te dienen bij de rechtbank en de inseminatie kan plaatsvinden nadat de gerechtelijke beslissing is gepubliceerd. Er is echter geen zaak bekend waarin tegen wensouders, de draagmoeder of een dokter vervolging werd

[64] Zie Hatzis 2010.

geëist voor het starten van de procedure, voordat de gerechtelijke beslissing werd gepubliceerd.

3.2.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Tot op heden is niemand veroordeeld of zelfs vervolgd voor het in strijd handelen met de wettelijke bepalingen betreffende draagmoederschap, ook al is het overduidelijk dat de meeste draagmoeders betaald worden voor hun diensten.[65] Voor de Griekse politie zijn dergelijke zaken van ondergeschikt belang. Naar het oordeel van de rapporteur van het Griekse rapport kan de vraag worden gesteld of zaken betreffende commercieel draagmoederschap überhaupt strafrechtelijk worden behandeld. Deze vraag dient echter genuanceerd te worden met het oog op twee mogelijke uitzonderingen van gelijkluidende overtredingen: (a) een zaak waarbij de draagmoeder wordt aangemerkt als slachtoffer van mensenhandel, of (b) een zaak waar de wensouders of de draagmoeder worden gechanteerd. Dergelijke zaken zullen eerder tot een actievere houding van de politie leiden omdat er in die gevallen sprake is van ingrijpende misdrijven.

3.2.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

Het is duidelijk dat zowel het verbod op draagmoederschap, als de strafrechtelijke sancties, puur van declaratoire aard zijn. De bepalingen hebben tot doel een opvoedende en rechtsvormende functie te vervullen. De enige juridische consequentie is dat contracten betreffende commercieel draagmoederschap niet door de rechtbank kunnen worden beschermd. Een draagmoeder die met de wensouders is overeengekomen betaald te worden voor haar diensten zal niet door het recht worden beschermd in geval het contract niet wordt nageleefd. De overeenkomst is rechtens niet afdwingbaar.

Een ander nogal opvallend verschijnsel is dat de Griekse wetgeving niet voorziet in een bepaling voor het kind dat is geboren uit een commerciële draagmoederschapsovereenkomst. Omdat de wet als strafrechtelijke sanctie een gevangenisstraf voorschrijft voor zowel de wensouders, als de draagmoeder, dient de vraag zich aan wat met het kind zal gebeuren als diens ouders en de draagmoeder voor minstens twee jaar in de gevangenis zullen verblijven. Zal het kind worden geadopteerd, in een pleeggezin worden geplaatst of in een weeshuis? In al deze gevallen noopt het belang van het kind er toe om de wensouders en de draagmoeder niet zwaar strafrechtelijk te vervolgen, mits zij niet ook betrokken zijn bij andere criminele activiteiten.

[65] Zie de statistische analyse in Hatzis 2010.

3.2.6 Status draagmoederschapscontract

Commerciële draagmoederschapscontracten zijn niet rechtens afdwingbaar. Er bestaat aldus een paradoxale situatie waarin een groot aantal draagmoederschapprocedures commercieel is, maar de betrokken partijen geen middel hebben om een rechtsgeldig contract op te stellen om hun rechten veilig te stellen voor een dergelijke belangrijke en gecompliceerde procedure. De overeenkomst voor altruïstisch draagmoederschap (in feite een eenvoudige schriftelijke overeenkomst tussen partijen) daarentegen is afdwingbaar indien vooraf toestemming door de rechter is verkregen.

3.2.7 Juridisch ouderschap wensouders

De wensouders worden direct bij de geboorte van het kind de juridische ouders. Dit is een uitzondering op de regel *mater semper certa est*. Uit artikel 1464 Grieks Burgerlijk Wetboek volgt dat 'in geval van kunstmatige bevruchting, waarbij een draagmoeder betrokken is, en er van uitgaande dat aan de voorwaarden uit artikel 1458 is voldaan, de wensmoeder die de toestemming van de rechtbank heeft verkregen als juridische moeder zal worden aangemerkt'. Zowel de draagmoeder, als ook de wensmoeder, kan echter binnen zes maanden na de geboorte het juridische ouderschap aanvechten, als bewezen kan worden dat sprake is van traditioneel draagmoederschap, dat wil zeggen dat de draagmoeder genetisch verwant is aan het kind. Als inderdaad bewezen kan worden dat de eicellen van de draagmoeder waren en niet van de wensmoeder, zal na een onherroepelijke uitspraak van de rechtbank de draagmoeder de juridische moeder worden.

3.2.8 Registratie bij geboorte

Ingeval van draagmoederschap volgt het verloskundige ziekenhuis een bepaalde procedure voor het afgeven van het geboortecertificaat. De wensouders dienen binnen tien dagen na de geboorte het geboortecertificaat aan te geven bij de ambtenaar om de geboorte van 'hun' kind te laten registreren (net als alle andere ouders). De wensouders dienen echter tevens een kopie te overleggen van de gerechtelijke beslissing, aan de hand waarvan de wensmoeder gerechtigd was een kind te krijgen met behulp van een draagmoeder. De geboorteakte ingeval van draagmoederschap is identiek aan een 'gewone' geboorteakte, Niet wordt vermeld dat het kind is geboren uit een andere vrouw dan de wensmoeder die op de geboorteakte wordt aangegeven. De procedure is administratief van aard en in vorm. Sinds de publicatie van Wet 3089/2002 zijn er geen zaken gepubliceerd waarin draagmoederschapovereenkomsten nietig werden verklaard op grond van illegaliteit. Het lot van het kind in een dergelijk geval is in geen enkele wet geregeld.

3.2.9 Adoptie

Aangezien de wensouders onmiddellijk op de geboorteakte worden geregistreerd is een adoptieprocedure naar Grieks recht niet nodig. De wensouders worden indien de wettelijke procedure inzake draagmoederschap in acht is genomen de juridische ouders van het kind.

3.2.10 Relevantie genetische verwantschap

Genetische verwantschap van de wensouders met het kind is in het Griekse recht niet van belang. Er wordt geen verschil gemaakt tussen hoogtechnologisch en laagtechnologisch draagmoederschap. Wensouders die geen genetische band hebben met het kind omdat de zaadcellen en de eicel van donoren afkomstig zijn, hebben dezelfde rechten als wensouders die wel met het kind genetisch verwant zijn.

3.2.11 Illegale opneming van kind

In het Griekse Burgerlijk Wetboek, of in één van de wetten betreffende draagmoederschap, wordt niet voorzien in de situatie waarin de rechter geconfronteerd wordt met een *fait accompli* om vervolgens niet anders te kunnen dan het uitspreken van de adoptie, dan wel het toekennen van het gezag aan de ouders die het kind reeds illegaal onder zich hebben.

3.2.12 Recente rechtsontwikkelingen

Ondanks het feit dat het vastleggen van regels betreffende commercieel draagmoederschap onrechtvaardig, inefficiënt en ineffectief is, is de academische discussie met betrekking tot dit onderwerp van formalistische aard. Alle in Griekse juridische tijdschriften gepubliceerde artikelen en alle boeken over kunstmatige bevruchting beschrijven de juridische procedure en vereisten, in die zin dat zij de procedure proberen op te helderen en te verduidelijken. Er wordt niet verwezen naar filosofische literatuur of literatuur uit de sociale wetenschap. Het feit dat in sommige gevallen in strijd met de wet wordt gehandeld, wordt niet als probleem ervaren.

Volgens een recente, grove, schatting van een krant gebaseerd op een interview met een advocaat die zich gespecialiseerd heeft in draagmoederschapszaken,[66] zijn er meer dan 100 uitspraken gewezen waarin draagmoederschap werd toegestaan. Volgens dezelfde krant is in 90% van de gevallen de draagmoeder geen familielid van de wensouders, maar gaat het om een ‘goede vriendin’.

Er wordt in Griekenland momenteel slechts één empirische studie verricht naar draagmoederschap, en naar het zich nu laat aanzien, zal zelfs na

[66] Zie Tsoulea 2010.

de publicatie van dat onderzoek,[67] draagmoederschap niet als een belangrijk onderwerp worden beschouwd. Het onderzoek heeft betrekking op gepubliceerde uitspraken van de rechtbank in Athene vanaf de invoering van de betreffende wet in 2003 tot de zomer van 2010 (met uitzondering van enkele uitspraken uit 2009 die ontoegankelijk waren), alsmede enkele uitspraken van andere rechtbanken in Griekenland. Het resultaat van het onderzoek was indrukwekkend, maar niet onverwacht.

In totaal werden 92 uitspraken gevonden (63 uit Athene en Piraeus, 12 uit Thessaloniki en 17 uit andere steden) waarbij toestemming was gegeven om de draagmoederschapsprocedure te starten. In maar 13 van het totaal aantal zaken was de draagmoeder een familielid. In alle andere zaken was de draagmoeder de 'beste vriendin' van de wensmoeder, vaak een immigrante uit Oost-Europa met een leeftijdsverschil met de moeder van tussen de tien en twintig jaar. Nergens kon uit worden afgeleid dat in één van de zaken bewijsmateriaal werd overgelegd waaruit zou kunnen blijken dat de potentiële draagmoeder inderdaad een hechte vriendschap onderhield met de wensmoeder en daardoor, vanuit altruïstisch oogpunt, als draagmoeder wilde dienen. Het is voorts opmerkelijk dat een groot aantal zaken zijn gepubliceerd nadat Wet 3305/2005, welke compensatie voor onkosten expliciet toestaat, in werking trad.

Volgens een schatting[68] zijn er nog veel meer zaken aangaande draagmoederschap in Griekenland. Aangenomen wordt dat veel procedures in de illegaliteit plaatsvinden om zo het ongemak, de beperkingen en de hoge kosten van de rechtsgang te vermijden.[69] Toch valt zelfs uit de gepubliceerde uitspraken op te maken dat draagmoederschap geen altruïstische daad is en dat er sprake is van financiële verrijking, in die zin dat de betalingen 'onder de tafel' geschieden. De situatie is zodanig dat zelfs reclame van commerciële draagmoederschapaanbieders op internet (vaak aangeboden door vruchtbaarheidsklinieken) worden getolereerd.

---

67 Zie Hatzis 2010.

68 Zie Hatzis 2010, interviews met advocaten, verloskundigen en artsen (om privacyredenen niet gepubliceerd).

69 In november 2006, werd Aristides N. Hatzis na zijn lezing bij de Griekse Conferentie voor Verloskundigen door vele deelnemers erover geïnformeerd dat zij getuige zijn geweest, niet alleen van commercieel draagmoederschap, maar ook van draagmoederschappen in hun ziekenhuis (publiek en privé) die niet gemeld werden. Volgens hen is het vrij eenvoudig om een draagmoederschapsprocedure niet te melden bij de rechtbank: de draagmoeder bevalt van het kind in het ziekenhuis, waar vervolgens een certificaat wordt afgegeven op naam van de wensmoeder. Enkele verloskundigen gaven te kennen dat zij vaker niet gemelde draagmoederschapsprocedures waarnemen dan draagmoederschapsprocedures die wel waren aangemeld.

Toch zijn nagenoeg alle rechtsgeleerden het er over eens dat financiële verrijking door draagmoederschap immoreel is, het druist in tegen de conventionele moraal waardoor het verboden zou moeten zijn. Met uitzondering van een aanhanger van de grondrechtelijke leer,[70] is er echter geen juridische geleerde in Griekenland die het verbod vanuit een liberaal of gelijksoortige ethische overtuiging heeft bekritiseerd. Zelfs de onderzoekers die bovengenoemde studie hebben uitgevoerd en die er vanuit gingen dat financiële verrijking verboden zou moeten zijn, bekritiseerden niet de aanpassing van het artikel door het parlement.

Deze façade van juridisch paternalisme, moralisme en formalisme[71] wordt in stand gehouden door de houding van de betrokken partijen, niet enkel de wensouders en de draagmoeder, maar ook door artsen, vruchtbaarheids-klinieken en betrokken advocaten en rechters.

3.3 India

3.3.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

3.3.1.1 Algemene bepalingen inzake juridisch ouderschap in India

Het enige wettelijke vermoeden dat geldt ten aanzien van het juridisch vaderschap is opgenomen in afdeling 112 van de *Evidence Act 1872*. Deze bepaling stelt dat 'indien het kind wordt geboren tijdens een geldig huwelijk tussen de moeder en een man, of binnen 280 dagen na het beëindigen van het huwelijk en de moeder op dat moment nog steeds ongetrouwd is, wordt aangenomen dat het kind het wettige kind is van die man, tenzij kan worden aangetoond dat het niet mogelijk was voor partijen om contact met elkaar te hebben in de conceptieperiode'. Deze bepaling is ingevoerd voordat het mogelijk was dat de geboortemoeder niet de biologische moeder is. De bepaling stamt ook uit een periode voordat met DNA-technieken genetisch ouderschap kon worden vastgesteld. De enige tweestrijd die in de wet wordt aangepakt is die van het juridische vaderschap, deze werkt in het voordeel van de juridische man van de moeder. De Indiase wet inzake juridisch ouderschap moet nog worden aangepast op andere problemen die zijn ontstaan door *Assisted Reproductive Technology* (hierna: ART).

3.3.1.2 Wet inzake draagmoederschap

Er is geen wetgeving die specifiek het draagmoederschap regelt. Er bestaat in India een nationale richtlijn inzake accreditatie, begeleiding en regulering van

[70] Vidalis 2007 (in het Grieks).
[71] Zie Hatzis 2009, p. 205-220.

Assisted Reproductive Technologies Clinics (hierna: de ART-richtlijn),[72] uitgevaardigd in 2005 door de Indiase Raad van Medisch Onderzoek. Deze richtlijn is niet gebaseerd op regelgeving en is daarom volgens het Indiase recht niet in rechte afdwingbaar.[73] Om deze reden is niet inzichtelijk in welke mate deze richtlijn wordt nageleefd.
De ART-richtlijn schrijft een minimumstandaard voor de faciliteiten, kwalificaties, procedures en verantwoordelijkheden voor ART-klinieken voor. Hoofdstuk 3 van de richtlijn ziet specifiek op een 'gedragscode, ethische richtlijnen en juridische vraagstukken'. Zij leggen verplichtingen op om de privacy van de patiënt te waarborgen, stellen eisen aan het verkrijgen van *informed consent*, aan het geven van advies en andere normen die moeten worden gevolgd door de klinieken.

Het ministerie van Gezondheid en het Welzijn van Gezinnen en de Indiase Raad van medisch onderzoek hebben twee wetsvoorstellen gepubliceerd: the *Assisted Reproductive Techologies (Regulation) Bill*, voor het eerst gepubliceerd in 2008 (hierna: het ART-wetsvoorstel 2008),[74] dat in 2010 werd herzien (hierna: het ART-wetsvoorstel 2010).[75] Deze wetsvoorstellen zijn nog in de voorbereidende fase en zijn nog niet voorgelegd aan het parlement. De bijbehorende verklaring van de doelstellingen van het

---

72 *Indian Council of Medical Research*, 'National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of Assisted Reproductive Technologies Clinics in India', 2005, http://icmr.nic.in/art/art_clinics.htm.

73 Hierbij dient te worden opgemerkt dat de wetgevende bevoegdheid van het parlement en de wetgevende partijen van de staat (*State Legislative Assemblies*) volgt uit *Schedule* 7 van de Constitutie. Over onderwerpen die vallen binnen de 'Samenwerkingslijst' hebben zowel het parlement als de staatspartijen wetgevende bevoegdheid. Mocht er sprake zijn van conflicterende wetgeving, dan gaat de wetgeving afkomstig van het parlement voor. Voorts mag wetgeving niet in strijd zijn met de Constitutie. Elk constitutioneel gerecht kan een wet onconstitutioneel verklaren en dat resulteert in de ongeldigheid van de wet. Elke wetgevende macht kan wetgevende bevoegdheden delegeren aan een ander wetgevend orgaan. Zodoende heeft elke regeling, voorschrift, verordening, richtlijn etc. die wordt vastgesteld door een orgaan dat deze bevoegdheid heeft verkregen, dezelfde werking als elke andere wet en kan derhalve door de rechter worden gehandhaafd. In uitzonderlijke gevallen, hebben de constitutionele gerechten de bevoegdheid om richtlijnen etc. af te geven en om deze bevoegdheid te delegeren aan een ander orgaan. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak *Vishaka v. State of Rajasthan* (AIR 1997 SC 3011).

73 Het Indiase Hoogste Gerechtshof gaf in deze uitspraak een richtlijn voor seksuele intimidatie op de werkvloer, omdat er nog geen wetgeving over dit onderwerp bestond. De rechter maakt alleen gebruik van deze bevoegdheid in de situatie waarin fundamentele rechten in het geding zijn en de wetgever heeft nagelaten te handelen. Richtlijnen etc. zijn echter niet juridisch afdwingbaar indien de grondslag hiervoor ontbreekt bij statuut of de wet.

74 Online beschikbaar: http://mohfw.nic.in/Draft%20ART%20%28Regulation%29%20Bill%20&%20Rules%20-%2020082.pdf.

75 Online beschikbaar: http://icmr.nic.in/guide/ART%20REGULATION%20Draft%20Bill1.pdf.

ART-wetsvoorstel stelt dat de wet voorziet in een nationaal systeem voor accreditatie en het reguleren van en supervisie over ART-klinieken om het oneigenlijke gebruik van ART te voorkomen. Dit wetsvoorstel verduidelijkt onder andere de vereisten die gelden voor draagmoederschapsovereenkomsten en de rechten en verplichtingen die van toepassing zijn op patiënten, donoren, draagmoeders en kinderen.

3.3.1.3 Hoog- en laagtechnologisch draagmoederschap

Bepaling 1.2.3.3 van de ART-richtlijn definieert draagmoederschap als 'een overeenkomst waarbij een vrouw zich verbindt om een kind te dragen dat genetisch niet verwant is aan haar en haar echtgenoot, met de intentie het kind te voldragen en het vervolgens af te staan aan de biologisch ouders voor wie zij draagmoeder is'.[76] Bepaling 1.2.3.4 definieert draagmoederschap als een 'proces waarbij de vrouw toestaat te worden geïnsemineerd met het sperma van de mannelijke partner van het paar waarvoor zij hun kind gaat dragen en zal overhandigen na de geboorte'. Bepaling 3.5.4 stelt vervolgens dat 'een eiceldonor niet de draagmoeder mag zijn voor het paar aan wie de eicel wordt gedoneerd'. Met andere woorden: laagtechnologisch draagmoederschap is verboden. Een vergelijkbaar verbod kan worden gevonden in bepaling 34.13 van het ART-wetsvoorstel 2010.

Bepaling 3.5.13 en 3.5.15 van de ART-richtlijn verbieden ook het gebruik van sperma of een eicel van een persoon die bekend is bij de wensouders; de donoren moeten of de wensouders zelf zijn, of anoniem zijn.

3.3.1.4 Commercieel en altruïstisch draagmoederschap

Bepaling 3.5.3 van de ART-richtlijn stelt dat 'de ART-kliniek niet mag deelnemen aan een commercieel onderdeel in donorprogramma's of draagmoederschap'. Echter, onder bepaling 3.5.4 is de draagmoeder gerechtigd tot een vergoeding voor alle uitgaven gedaan 'tijdens de periode van de zwangerschap en voor postnatale verzorging' en een geldelijke vergoeding voor het draagmoederschap voor de wensouders. De wensouders en de draagmoeder zijn vrij om de hoogte van de vergoeding te bepalen. In de richtlijn wordt commercieel draagmoederschap niet verder gedefinieerd.

Daarnaast is van belang het 228ste rapport van de Commissie inzake de noodzaak van wetgeving voor het reguleren van ART-klinieken, en de rechten en plichten van partijen inzake draagmoederschap van 2009 (hierna: het LC-rapport).[77] § 4.2 lid 1 doet de aanbeveling dat draagmoeder-

---

[76] Een vergelijkbare definitie van draagmoederschap kan worden gevonden in bepaling 2(aa) van het ART-wetsvoorstel 2010.

[77] Rapport van de Commissie nr. 228. Online verkrijgbaar op: http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report228.pdf.

schapsovereenkomsten voorzien in de 'vergoeding van alle redelijke uitgaven gedaan ten behoeve van het voldragen van het kind, de bereidheid tot het overdragen van het kind aan de wensouders, etc.'. De overeenkomst mag echter niet worden aangegaan voor commerciële doeleinden.

Het lijkt er niet op – ondanks dat onduidelijk is wat precies kan worden verstaan onder 'commerciële aspecten/doeleinden' – dat het volgens deze bepaling verboden is om de draagmoeder te compenseren/vergoeden voor haar bereidheid om draagmoeder te zijn, boven de kosten die zij moet maken voor de zwangerschap. Bepalingen 34 lid 2 en lid 3 van het ART-wetsvoorstel 2010 laten de vergoeding van de kosten en compensatie ook toe.
Voorts is bevestigd door de *obiter dictum* uitspraak van de *Supreme Court* in *Baby Manji Yamada v. Union of India* (hierna: het Manji arrest)[78] dat 'commercieel draagmoederschap (…) legaal [is] in meerdere landen waaronder India (…).'[79] Eveneens heeft de *Supreme Court* van Gujarat gesteld in *Jan Balaz v. Anan Muncipality* (hierna: het Balaz-arrest) dat 'in India commercieel draagmoederschap nooit beschouwd is als illegaal (…)'.[80]

Een relevante bepaling hierbij is artikel 23 Indiase *Contract Act 1872*, die een overeenkomst in strijd met de openbare orde als nietig aanmerkt.[81] Echter, in het licht van de ART-richtlijn, de ART-wetsvoorstellen, het LC-rapport en de hierboven genoemde uitspraken, is het duidelijk dat commerciële draagmoederschapscontracten niet in strijd zijn met de openbare orde. Zodoende is een commercieel draagmoederschapscontract juridisch afdwingbaar onder het Indiase recht.

---

78 Hierbij dient te worden opgemerkt dat India een *common law*-systeem heeft, waarbij beslissingen van een hogere rechtbank bindend zijn voor lagere rechtbanken. Zodoende is een beslissing van de Indiase Hoogste Gerechtshof bindend voor alle andere gerechten in India. In de meeste rechtbanken nemen gewoonlijk niet alle rechters zitting (*sit en banc*). Afhankelijk van het onderwerp, bestaat de rechtbank uit een, twee, drie of vijf rechters. Als het onderwerp daarom vraagt, is het toegestaan dat gebruik wordt gemaakt van meer rechters, waarbij wel het maximale aantal toegestane rechters in acht moet worden genomen. Een beslissing gegeven door een rechtbank is bindend voor andere rechtbanken waarin een gelijk aantal of minder rechters zitting houden, maar kan worden herroepen door een rechtbank waarin meer rechters zitting houden. Zodoende kan een beslissing van de Hoge Raad waarin drie rechters zitting houden, worden herroepen door een beslissing van de Hoge Raad met vijf rechters; Voorts dient te worden opgemerkt dat alleen de gedachte achter de uitspraak (*ratio decidendi*) bindend is voor andere rechters. De letterlijke uitspraak (*obiter dicta*) van het constitutionele hof en de hooggerechtshoven hebben autoriteit, maar zijn niet bindend.

79 AIR 2009 SC 84, toegankelijk op http://indiankanoon.org/doc/854968, § 9.

80 AIR 2010 Gujarat 21, § 10.

81 Een overeenkomst die in strijd is met de openbare orde is niet juridisch afdwingbaar. De ratio van een beslissing van de rechter (*obiter dicta*) en richtlijnen zonder wettelijke grondslag kunnen, ondanks het feit dat zij niet juridisch afdwingbaar zijn, dienen als bewijs over wat de inhoud van de openbare orde is bij een bepaald onderwerp.

3.3.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

In het *Balaz-arrest*, heeft de *Supreme Court* van Gujarat geoordeeld dat indien het genetische materiaal van de wensvader wordt gebruikt en een eicel van een anonieme donor, de biologische wensvader de juridische vader is en de draagmoeder de juridische moeder (en de partner van de wensvader dus niet). Verder werd bepaald dat het kind het Indiase staatsburgerschap verkrijgt, aangezien de moeder de Indiase nationaliteit bezit. Het gevolg hiervan is dat, tot het moment waarop het parlement wetgeving maakt waarin de wensouders als de juridische ouders worden beschouwd, het kind moet worden geadopteerd door de wensmoeder om haar juridisch kind te worden.

3.3.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

Er is geen strafrechtelijk (of civielrechtelijk) verbod op draagmoederschap op zichzelf. Dit is bevestigd door de *Supreme Court* van Gujarat in het *Balaz-arrest*, waar werd bepaald dat 'er in India geen wet is die kunstmatige inseminatie, eiceldonatie, het 'uitlenen van een baarmoeder' of draagmoederschapovereenkomsten verbiedt'. Civielrechtelijke of straf-rechtelijke sancties kunnen niet worden opgelegd.'[82]

Echter, als het ART-wetsvoorstel 2010 wordt aangenomen, vormt laagtechnologisch draagmoederschap – waarbij de eicel afkomstig is van de draagmoeder – een overtreding van bepaling 34 lid 13 in samenhang met de bepalingen 38 en 40. Dit leidt ertoe dat draagmoederschap alleen mogelijk is als het genetische materiaal afkomstig is van de wensouder(s) en/of van anonieme donor(en).

Het recht van het kind op afstammingsvoorlichting wordt geregeld in bepaling 37 van het ART-wetsvoorstel 2010. Volgens deze bepaling heeft het kind recht op informatie over een donor of draagmoeder, in de volgende gevallen:

1. een kind kan, bij het bereiken van een leeftijd van 18 jaar, vragen om alle informatie over de draagmoeder of donor met uitzondering van diens persoonlijke identiteit;

2. de voogd van een minderjarig kind mag een verzoek indienen tot verkrijging van alle informatie over de genetische ouder(s) of draagmoeder van het kind, die noodzakelijk is voor het welzijn van het kind, met uitzondering van hun persoonlijke identiteit;

3. de persoonlijke identiteit van de genetische ouder(s) of de draagmoeder mag alleen worden vrijgegeven in die gevallen waarin er sprake is van

[82] AIR 2010 Gujarat 21, § 14.

een levensbedreigende medische situatie waardoor een fysieke test of monster nodig is van de genetische ouder(s) of draagmoeder.

Daarbij dient in dit laatste geval wel voorafgaande toestemming gegeven te worden door de genetische ouder(s) of draagmoeder.
Overigens kan worden opgemerkt dat het vooraf bepalen van het geslacht van het kind een strafrechtelijke overtreding is van de Wet inzake prenatale diagnostische technieken (regeling inzake en het voorkomen van misbuik) 1994. Het verbod is ook van toepassing op andere technieken naast draagmoederschap.

3.3.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Het verbod op het selecteren van de sekse van het kind wordt actief vervolgd onder de Wet inzake prenatale diagnostische technieken (regeling inzake en het voorkomen van misbruik) 1994. Bepaling 6 onder c van deze wet stelt dat 'geen persoon kan, voor welke reden dan ook, ertoe bijdragen of toestaan dat een keuze wordt gemaakt in de sekse van het kind voor of na de conceptie'.[83] Volgens bepaling 2 onder O wordt onder het selecteren van de sekse ook begrepen 'elke procedure, techniek, test, administratie, voorschrijven van, voorschrift, of al het andere wat tot doel heeft het bepalen of verhogen van de kans dat het embryo van een bepaald geslacht is'. Deze tekst is zodanig ruim geformuleerd dat deze ook van toepassing is op draagmoederschap. Onder bepaling 23 van de wet wordt het selecteren van de sekse van het kind voor de eerste keer bestraft met een gevangenisstraf tot drie jaar of een geldboete. Voor een opeenvolgende overtreding kan worden bestraft met een gevangenisstraf tot vijf jaar. Op dit moment bestaat geen ander strafrechtelijk verbod dat gerelateerd is aan het draagmoederschap.

3.3.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

Aangezien commercieel draagmoederschap niet is verboden, bestaan er ook geen juridische beperkingen. Echter, of het plaatsen van het kind in het gezin van de wensouders is toegestaan, hangt af van de vraag of zij de juridische ouders of voogden zijn van het kind.

3.3.6 Status draagmoederschapscontract

Draagmoederschapsovereenkomsten zijn juridisch afdwingbaar. In § 3.3.1 is hierop uitvoerig ingegaan. Uit bepaling 34 lid 1 van het ART-wetsvoorstel 2010 volgt dat draagmoederschapscontracten juridisch afdwingbaar zijn.

[83] Zie ook afdeling 3A van de Wet.

3.3.7 Juridisch ouderschap wensouders

Bepaling 3.5.5 van de ART-richtlijn stelt dat 'een anonieme donor die partij is bij de overeenkomst en de draagmoeder schriftelijk afstand moeten doen van hun ouderschapsrechten.' Bepaling 3.10.1 van de richtlijn geeft aan dat 'een kind geboren uit een draagmoeder moet worden geadopteerd door de biologische ouders, tenzij kan worden vastgesteld door middel van een DNA-test dat het kind van hen is. Met andere woorden, de biologische ouders moeten het kind adopteren om de juridische ouders te worden van het kind, tenzij zij kunnen bewijzen dat het kind genetisch met hen verwant is.

Deze richtlijn moet worden gelezen in het licht van de feiten van het *Balaz-arrest*, waarbij het kind was geboren met behulp van het genetische materiaal van de wensvader en een anonieme eiceldonor. De vraag die werd gesteld was of het kind Indiase staatsburger was. Deze vraag was afhankelijk van de burgerlijke status van zijn ouders.[84] Het hof stelde dat bij gebreke aan specifieke wetgeving, de draagmoeder de juridische moeder is van het kind en niet de anonieme eiceldonor of de vrouw van de biologische vader. "In de afwezigheid van enige andersluidende wetgeving zijn wij meer geneigd om de draagmoeder waaruit het kind is geboren te beschouwen als de natuurlijke moeder van het kind (…). De anonieme Indiase vrouw, de eiceldonor, is in onze optiek niet de natuurlijke moeder van het kind. Ze heeft het recht op privacy (…). Dit betekent dat de vrouw van de biologische vader, die niet de eicel heeft geleverd noch het kind heeft gebaard, bij gebreke aan relevante wetgeving niet kan worden beschouwd als de juridische moeder en zij kan nooit de natuurlijke moeder van het kind worden."[85]

Aangezien de ART-richtlijn geen wettelijke basis heeft, zal aan de uitspraak van het hof meer gezag worden toegekend dan aan de richtlijn in het geval van een conflict. Zodoende moet in het licht van deze uitspraak en de richtlijn, de volgende conclusie worden getrokken met betrekking tot de juridische ouders van een kind geboren uit een draagmoeder:

1. Als het kind wordt verwekt met gebruik van het genetische materiaal afkomstig van de wensvader en een anonieme eiceldonor,[86] dan zijn de wensvader en de draagmoeder de juridische ouders van het kind.

---

84 Een beslissing van een hooggerechtshof is bindend voor alle andere rechtbanken binnen de territoriale jurisdictie van het hof. Voor andere hooggerechtshoven is de uitspraak alleen van overtuigende waarde; zij zijn vrij om een tegengesteld standpunt in te nemen. Er bestaat nog enige onduidelijkheid over de status van uitspraken van het hooggerechtshof buiten hun eigen territoriale jurisdictie. Vooral als er geen andere beslissing van een hooggerechtshof op dit onderwerp is gewezen. Over dit onderwerp moet nog worden beslist door het Hoogste Gerechtshof.

85 AIR 2010 Gujarat 21, § 16.

86 Bepaling 3.5.13 en 3.5.14 verbiedt ART-klinieken om de identiteit van donors van eicellen of zaadcellen vrij te geven aan de wensouders.

2. Als het kind wordt verwekt met gebruik van het genetische materiaal afkomstig van beide wensouders, dan is het onduidelijk of de overwegingen uit het *Balaz-arrest* ook hier van toepassing zijn. Dit komt doordat die uitspraak is gebaseerd op de feiten genoemd onder (1) en de uitspraak alleen ziet op die feiten. In ieder geval zal de wensvader als de juridische ouder van het kind worden beschouwd. De status van de wensmoeder is onduidelijk.
3. De juridische status van een kind geboren met behulp van het genetische materiaal van de wensmoeder en een anonieme zaaddonor is onduidelijk.
4. Als het kind wordt verwekt met gebruik van genetisch materiaal afkomstig van anonieme donoren en genetisch niet verwant is aan de wensouders, dan worden zij waarschijnlijk niet aangemerkt als de juridische ouders van het kind.
5. Volgens de ART-richtlijn mag de draagmoeder niet haar eigen genetisch materiaal gebruiken voor het kind dat zij draagt als draagmoeder. Ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag voor de richtlijn kan ze mogelijk worden gebruikt als bewijs voor de grenzen die worden gesteld aan de openbare orde. Hiervoor is vermeld dat overeenkomsten die in strijd zijn met de openbare orde niet afdwingbaar zijn. Als de draagmoeder, in strijd met de richtlijn, haar eigen genetisch materiaal gebruikt, kan dit ertoe leiden dat zij wordt aangemerkt als de juridische moeder van het kind en dat elke bepaling in een overeenkomst die het tegendeel stelt, kan worden genegeerd door de rechter.

In de situatie waarin de wensouders niet de juridische ouders zijn van het kind, of in die gevallen waarin onduidelijkheid bestaat in de wet, is aan te bevelen aan de wensouders om te verzoeken om de voogdij over het kind te verkrijgen.

Bepaling 35 van het ART-wetsvoorstel 2010 is erop gericht helderheid te geven in deze verwarrende situatie door een wettelijk vermoeden dat een kind geboren met behulp van ART kan worden beschouwd als het juridische kind van de wensouder(s) waarbij als voorwaarde geldt dat het gaat om twee wensouders en zij beide ingestemd moeten hebben met de ART-behandeling.

3.3.8 Registratie bij geboorte

Ziekenhuizen zijn verplicht om alle geboortes te melden aan de ambtenaar van het geboorte- en overlijdensregister onder de *Registration of Births and Deaths Act 1969*. Geboortecertificaten worden automatisch uitgegeven op het moment van de registratie van de geboorte (art. 12) of door het betalen van een

geldsom op een later moment (art. 17). In het geboortecertificaat worden de namen van de juridische ouders van het kind genoemd.

Bepaling 3.5.4 van de ART-richtlijn eist dat in de geboortecertificaten de namen van de '*genetische* ouders' worden opgenomen. In bepaling 34.10 van het ART-wetsvoorstel 2008 is deze bepaling overgenomen. Echter, in bepaling 34.10 van het ART-wetsvoorstel 2010 is 'genetisch' vervangen door het woord 'wensouders'. Deze bepaling stelt dat als ouder op een geboortecertificaat voor een kind geboren uit een draagmoeder, de namen van de persoon/personen worden opgenomen die heeft/hebben ingestemd met het draagmoederschap.

3.3.9 Adoptie

Zoals hierboven is weergegeven onder § 3.3.7 is adoptie in sommige gevallen noodzakelijk voor de wensouders om juridische ouders te worden, tenminste zolang het ART-wetsvoorstel 2010 nog niet is aangenomen.

De Indiase adoptiewet is erg gecompliceerd, omdat het familierechtelijke systeem zijn oorsprong vindt in religie. Als algemene regel geldt dat alleen Hindoestanen een Hindoestaans kind mogen adopteren, onder de voorwaarden die worden gesteld in de *Hindu Adoption and Maintenance Act 1956*. Voor niet-Hindoestanen is de enige mogelijkheid om te adopteren gecreëerd in artikel 41 van de gewijzigde *Juvenile Justice (Care and Protection of Children) Act 2000*. Deze regel bepaalt dat een paar, ongeacht hun religie, een 'wees die is verlaten of van wie afstand is gedaan' kan adopteren. Men zou hieruit kunnen afleiden dat het mogelijk is om van een kind dat is geboren als gevolg van draagmoederschap 'afstand te doen' aan een adoptiebureau. Echter, er is geen garantie dat het kind wordt gekoppeld aan de wensouders. Het adoptieproces is namelijk ingewikkeld, en wordt gereguleerd door gedetailleerde richtlijnen afgegeven door het *Central Adoption Resource Agency for in-country*[87] *and inter-country Adoptions*[88] (deze richtlijnen worden hierna aangeduid als de CARA-richtlijnen). Deze richtlijnen moeten worden beschouwd in het licht van normen en beginselen uit een reeks beslissingen van het *Supreme Court* van India[89] en zijn daardoor juridisch afdwingbaar. Op basis van deze richtlijnen zijn adoptiebureaus verplicht om voorrang te geven aan Indiase ouders wonend in India of in het buitenland, voordat buitenlandse ouders in zicht komen.[90] Uit deze richtlijnen volgt ook dat paren van gelijk geslacht niet mogen adopteren.[91] Zodoende is het nagenoeg onmogelijk voor

87 Te raadplegen op http://www.adoptionindia.nic.in/guide_in_country.htm.
88 Te raadplegen op http://www.adoptionindia.nic.in/guide_inter_country.htm.
89 § 1.1, CARA- richtlijnen.
90 § 5.5 CARA- richtlijnen.
91 § 4.1 CARA- richtlijnen.

wensouders om een kind te adopteren onder de Indiase wet, speciaal voor niet-Hindoestanen of buitenlandse burgers.

De enige optie voor wensouders die niet in India kunnen adopteren is om 'voogden' te worden onder de *Guardians and Wards Act 1890*. Krachtens artikel 7 van deze wet kan de rechter een persoon aanwijzen (ongeacht diens nationaliteit of religie) om voogd te worden van een persoon en/of het bewind te voeren over het vermogen van een minderjarige als de rechter de overtuiging heeft dat dit in het belang van de minderjarige is. Een beslissing inzake voogdij maakt het mogelijk dat het kind wordt geplaatst bij de voogden. Anders dan bij adoptie, waarbij een blijvende ouder-kind relatie wordt gevestigd, eindigt een voogd-kind relatie automatisch bij de meerderjarigheid van het kind. Niettemin kunnen de wensouders het kind waarover zij voogdij uitoefenen mogelijk adopteren onder het recht van hun eigen land. § 4.5 van de CARA-richtlijnen eist voor het plaatsen van het kind dat buitenlandse aspirant-adoptiefouders een verklaring afgeven, waaruit blijkt dat 'het kind binnen twee jaar na het afgeven van het bevel kan worden geadopteerd in hun lidstaat.'

Er zijn geen regels die specifiek zien op adoptie of voogdij in verband met draagmoederschap.

3.3.10 Relevantie genetische verwantschap

Als de wensader ook de biologische vader is van het kind, wordt hij gezien als de juridische vader. De status van de wensmoeder (indien zij ook de biologische moeder is) van een kind geboren als gevolg van draagmoederschap is onduidelijk. Zie voor meer informatie § 3.3.7.

3.3.11 Illegale opneming van kind

De CARA-richtlijnen inzake buitenlandse adoptie stellen dat 'het doel is het vinden van een gezin voor zoveel mogelijk weeskinderen als mogelijk en om hun belangen te beschermen zoals die zijn beschreven in het IVRK en het HAV (beide geratificeerd door India).' Deze richtlijnen zijn van toepassing op alle adopties en voogdijzaken in India. De preambule bij de *Juvenile Justice (Care and Protection of Children) Act 2000* beroept zich ook op het IVRK dat het 'beschermen van het belang van het kind' voorop staat. Het is daarom hoogst waarschijnlijk dat rechters zullen toestaan dat een kind mag blijven bij zijn voogden, zelfs als het is afgestaan in een illegale adoptieprocedure, als dit in het belang van het kind is.

De twee strafrechtelijke bepalingen die relevant zijn, zijn 'ontvoering uit India' en 'ontvoering uit de wettelijke voogdij' van artikelen 360 en 361 *Penal Code 1860*. Voordat men kan vaststellen of er sprake is van één van deze strafbare feiten, moet het Openbaar Ministerie vaststellen dat de toestemming van de wettelijke voogd niet is verkregen voordat het kind werd

meegenomen. Zodoende is het waarschijnlijk dat alleen wordt vervolgd, indien iemand anders beweert de wettelijke voogd van het kind te zijn (wellicht de draagmoeder) en opkomt tegen de plaatsing van het kind bij de wensouders. Als de draagmoederschapsovereenkomst een clausule bevat waarin de draagmoeder afstand heeft gedaan van alle ouderschapsrechten, dan kan ze worden geacht te hebben ingestemd met het weghalen van het kind uit haar zorg. In een dergelijk geval kan het misdrijf van ontvoering niet worden vastgesteld.

Hierbij dient te worden opgemerkt dat een strafrechtelijk proces in India erg lang kan duren. Zodoende kan het proces *zelf* zeer ingrijpend zijn voor de wensouders, zelfs als uiteindelijk vrijspraak volgt.

3.3.12 Recente rechtsontwikkelingen

In het voorgaande is verwezen naar de ART-wetsvoorstellen van 2008 en 2010 en het LC-rapport. Draagmoederschap is een onderwerp dat op dit moment uitvoerig wordt besproken in de media en door academici, en zeer waarschijnlijk zal het parlement zich binnenkort buigen over draagmoederschap met het idee om een wettelijk regime te ontwikkelen.[92]

3.4 Oekraïne

3.4.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

Er is op dit moment geen uniforme regeling die alle of de meeste aspecten van het draagmoederschap in de Oekraïne regelt. Verschillende aspecten van het draagmoederschap worden beheerst door bepalingen uit het Oekraïens Burgerlijk Wetboek (hierna: OBW),[93] het Oekraïens Wetboek van Familierecht (hierna: OWF)[94] en een aantal ministeriële decreten, zoals decreet nr. 771 van het Oekraïense ministerie van Volksgezondheid (hierna: Instructie nr. 771).[95] Het OWF vormt het belangrijkste juridische kader voor het draagmoederschap, in combinatie met de meer specifieke en gedetailleerde bepalingen in de ministeriële besluiten. Aan de andere kant voorziet het OBW in een algemeen recht op *Assisted Reproductive Technology* (hierna: ART), dat in het bijzonder gebruikt kan worden in geval van draagmoederschap.

Het huidig wettelijke kader kenmerkt zich doordat de begrippen ‘draagmoeder’ of ‘draagmoederschap’ niet in de wet zijn beschreven.

---

92 Zie voor informatie ook Khan 1989, p. 394; Rimm 2009, p. 1429; Latha 1991, p. 60; Anand Kumar 2007, p. 140; Kumari 2003, p. 103.

93 Het Oekraïens Burgerlijk Wetboek van 16 januari 2003, nr. 435-IV.

94 Het Oekraïens Wetboek van Familierecht van 10 januari 2002, nr. 2947-III.

95 Decreet van het ministerie van Gezondheidszorg van de Oekraïne van 23 december 2008, nr. 771. Dit decreet was afgegeven op basis van art. 281 lid 7 OWF, art. 123 OWF en art. 48 van de Grondbeginselen van gezondheidszorg.

Gebaseerd op een analyse van de wettelijke bepalingen in de OWF en Instructie nr. 771 kan worden geconcludeerd dat draagmoederschap wordt beschouwd als een specifieke toepassing van ART. Zodoende zijn de algemene bepalingen van de Oekraïense wetgeving met betrekking tot het gebruik van ART van toepassing op het draagmoederschap. Deze bepalingen worden hieronder besproken.

Het Oekraïense wettelijk systeem bevat een reeks bepalingen die specifieke juridische aspecten van het draagmoederschap beheersen:[96]

– Artikel 281 lid 7 OBW, zoals gewijzigd in 2004, bepaalt dat een meerderjarige vrouw of man binnen de werkingssfeer van de wet, het recht heeft op een behandeling in een ART-medisch-programma. Deze bepaling kent in het algemeen de juridische mogelijkheid toe om ART te gebruiken en meer specifiek, maar impliciet, in de vorm van draagmoederschap. Draagmoederschap is niet expliciet opgenomen in artikel 281 lid 7 OBW. Echter, omdat deze bepaling ziet op het recht voor vrouwen en mannen tot elk gebruik van ART, en draagmoederschap expliciet wordt genoemd in Instructie nr. 771 als één van de vormen van ART, kan worden geconcludeerd dat artikel 281 OBW ook geldt voor draagmoederschap. Het artikel is ook van toepassing op medische interventies op het gebied van reproductieve gezondheid.[97] Het toepassingsgebied van de ART is niet beperkt tot kunstmatige inseminatie en de implantatie van een embryo in een vrouw, maar ART kan ook worden gebruikt bij andere medische trajecten, in het bijzonder, draagmoederschap.

– Artikel 123 lid 2 OWF heeft betrekking op het ontstaan van het moederschap en het vaderschap met betrekking tot een kind dat geboren is uit een draagmoeder. Artikel 139 lid 2 OWF in samenhang met artikel 123 lid 2 OWF geeft de mogelijkheid om het gevestigde moederschap aan te vechten in die gevallen waarin een embryo van de wensouders is geïmplanteerd in een draagmoeder door middel van ART.

96 De ART-bepalingen stammen uit 1992, de andere wijzigingen zijn allen in de periode van 2002 tot 2008 tot stand gekomen.

97 A.S. Dovgert, N.S. Kuznetsova. & K. Yustinian, *Civil Code of Ukraine*. Artikelsgewijs commentaar in twee delen. Deel 1, 2005, p. 360-361 (Цивільний Кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах. Частина 1/Під ред. проф. А.С. Довгерта, проф. Н.С. Кузнєцової. – К.: Юстиніан, 2005. – С. 360-361).

- Artikel 1 lid 10 § 3 Oekraïense Reglement voor de registratie van burgers (hierna: Reglement voor de burgerlijke stand)[98] legt de procedure neer voor het inschrijven van een pasgeboren kind verwekt met behulp van ART en geboren uit een draagmoeder.

- Afdeling 7 van Instructie Nr. 771 bevat algemene voorwaarden die voornamelijk van medische aard zijn, met inbegrip van medische indicaties en contra-indicaties voor draagmoederschap; kwalificaties waaraan personen die het voornemen hebben om draagmoeder te worden moeten voldoen; de mogelijkheden van het gebruik van ART ten behoeve van draagmoederschap; evenals de registratie van een kind verwekt met behulp van ART bij draagmoederschap.

Daarnaast maakt de Oekraïense wetgeving geen onderscheid tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap. Beide vormen zijn legaal. Geen enkele vorm van commercieel draagmoederschap is verboden of wordt bestraft.
Op basis van een analyse van de relevante wettelijke bepalingen kan de conclusie worden getrokken dat alleen hoogtechnologisch draagmoederschap – wanneer het embryo afkomstig is van de wensouders en geïmplanteerd wordt in het lichaam van een draagmoeder (*extracorporale in-vitrofertilisatie*) – bij wet is geregeld en wordt beschouwd als draagmoederschap.[99] Laagtechnologisch draagmoederschap en de gevolgen daarvan worden niet specifiek in de wet geregeld. Het resultaat hiervan lijkt te zijn dat als gevolg van het gewone afstammingsrecht een kind geboren uit een traditionele draagmoeder van rechtswege wordt aangemerkt als het kind van de draagmoeder en de biologische wensvader.

In het algemeen kan worden gesteld dat het wettelijk kader voor draagmoederschap in de Oekraïne, dat wordt gezien als een van de meest gunstige ter wereld en dat daardoor het imago heeft van zijnde 'draagmoederschapsvriendelijk', verre van ontwikkeld is. Er bestaat bijvoorbeeld geen wettelijke definitie van draagmoederschap; er is geen regelgeving gericht op overeenkomsten of trajecten voor commercieel draagmoederschap; en er is geen regelgeving gericht op traditioneel draagmoederschap. Daarnaast worden bepaalde situaties niet geregeld in de wet, bijvoorbeeld het geval waarin de wensouders weigeren om het kind dat is geboren uit een draagmoeder op te nemen; het geval waarin de wensouders scheiden voorafgaand aan de geboorte van het kind; de situatie dat de

98 Zoals goedgekeurd door het decreet van het ministerie van Justitie van 18 oktober 2000, nr. 52/5.
99 Onderdeel 7 van Instructie nr. 771 en art. 123 UFC.

wensouders sterven vóór de voltooiing van het draagmoederschapstraject; of het geval dat de draagmoeder het kind niet vrijwillig wil afstaan aan de wensouders. In plaats van een eenduidige regeling, worden deze onderwerpen verspreid over de verschillende juridische statuten geregeld. Een uniforme wet is daarom dringend nodig om het hele spectrum van vraagstukken inzake draagmoederschap te regelen.

3.4.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

Op dit moment blijft in Oekraïne de ontwikkeling in de jurisprudentie op het gebied van draagmoederschap achter. Er zijn geen uitspraken waaruit op te maken valt hoe de rechterlijke macht denkt over commercieel of niet-commercieel draagmoederschap en de overdracht van ouderschapsrechten na de geboorte via een overeenkomst. De conclusie kan daarom worden getrokken dat de Oekraïense jurisprudentie een zeer beperkte rol heeft gespeeld in de ontwikkeling van het draagmoederschapsrecht, buiten het juridische kader dat is gegeven door de wetgever.

3.4.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

Op dit moment voorziet het Oekraïense strafrecht niet in een speciale regeling voor het draagmoederschap; in het strafrecht zijn geen specifieke strafbare feiten ter zake van draagmoederschap opgenomen. In de wettelijke regelingen wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende vormen van draagmoederschap (zoals tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap); datzelfde geldt ook in termen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Er wordt evenmin een onderscheid gemaakt tussen de draagmoeder, de bemiddelaar en de wensouders.

3.4.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Aangezien er geen speciale strafrechtelijke normen bestaan die zijn gericht op het draagmoederschap, zijn er ook geen gevallen waarin een straf is opgelegd voor een schending van deze normen.

3.4.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

In Oekraïne is commercieel draagmoederschap niet verboden bij wet of onderworpen aan expliciete beperkingen. In het licht van het ontbreken van specifieke bepalingen die hierop zien, zijn de gevolgen van commercieel hoogtechnologisch draagmoederschap nagenoeg gelijk aan die van altruïstisch hoogtechnologisch draagmoederschap: de echtgenoten die het genetische materiaal leveren worden gezien als de juridische ouders na de geboorte van het kind dat is verwekt door middel van ART.[100] De draagmoeder wordt door

[100] Art. 123 lid 2 OWF.

de wet ontheven van haar rechten als ouder van het kind; de mogelijkheid om een vergoeding te krijgen voor de diensten als draagmoeder heeft, vergeleken met altruïstisch draagmoederschap, geen gevolgen voor haar rechten en de juridische status tot het kind.

De juridische gevolgen van laagtechnologisch draagmoederschap (zowel commercieel als altruïstisch) zijn in beginsel niet bij wet geregeld, dus het lijkt erop dat een kind dat geboren is als gevolg van een commercieel traditioneel draagmoederschapstraject wordt beschouwd als het kind van de draagmoeder en de biologische wensvader.[101]

Het plaatsen van een kind in het gezin van de wensouders als zodanig, wordt door de wet niet als illegaal bestempeld. In zowel het geval van commercieel als niet-commercieel hoogtechnologisch draagmoederschap wordt het kind aangemerkt als het kind van de wensouders zonder dat daarvoor een adoptieprocedure noodzakelijk is.[102]

Voor laagtechnologisch draagmoederschap is, bij gebreke aan regels, vermoedelijk een adoptieprocedure nodig om het juridisch ouderschap voor de wensouders te vestigen en om hun naam op het geboortecertificaat van het kind geplaatst te krijgen. Niet bepaald is wat er gebeurt als de biologische vader niet de echtgenoot van de wensmoeder is.

3.4.6 Status draagmoederschapscontract

De wetgeving bevat geen specifieke bepalingen over contracten inzake het draagmoederschap. Dat geldt, ongeacht of er wel of geen vergoeding voor het draagmoederschap wordt betaald.

In de praktijk is de rechtsbetrekking tussen de draagmoeder en de wensouders geregeld in een overeenkomst, waarbij de ene partij zich ertoe verplicht om te voorzien in de diensten die bestaan uit de conceptie en het dragen van een kind dat is verwekt door middel van ART. Tegelijkertijd aanvaardt de andere partij deze diensten en betaalt hiervoor. Een dergelijke overeenkomst lijkt niet in strijd met enige bepalingen van het civiele recht, waaronder artikel 203 lid 1 inzake overeenkomsten in strijd met de goede zeden.[103] Deze overeenkomsten worden daarom op grote schaal gebruikt bij deze relatie. In de regel is dit een overeenkomst waarin naast de vergoeding voor medische en andere zwangerschapsgerelateerde kosten, een aparte vergoeding voor het draagmoederschap wordt overeengekomen.

De huidige wetgeving voorziet niet in dwingende of aanvullende regels inzake draagmoederschapsovereenkomsten, ook niet inzake de (commerciële) vergoeding. Niet vereist voor de geldigheid van dit type

---

101 Zie hierover verder het antwoord op vraag 7.
102 Art. 132 lid 2 OWF.
103 Tot nu toe zijn er geen uitspraken die het tegendeel bewijzen.

contracten is een notariële akte en ook registratie van overheidswege of gerechtelijke goedkeuring zijn niet vereist. Het draagmoederschapscontract is dus een vormvrij en onbenoemd contract.

Aangezien een dergelijk contract (zowel commercieel als niet-commercieel) een geldige overeenkomst is, is het contract juridisch afdwingbaar in Oekraïne. Gelet op het feit dat er geen specifieke wettelijke regeling inzake de nakoming van contracten over draagmoederschap bestaan, geldt het algemene recht. Dat betekent dat de benadeelde partij mogelijk een beroep moet doen op de algemene remedies die van toepassing zijn bij het niet-nakomen van een overeenkomst. Dat impliceert dat de benadeelde partij mogelijk schadevergoeding kan vorderen, zowel voor materiële als immateriële schade of een beëindiging van de overeenkomst.[104] Als de schuldenaar de schuldeiser heeft gevrijwaard voor eventuele schade veroorzaakt door het niet-nakomen van de overeenkomst, is daarmee de verplichting om uitvoering te geven aan de overeenkomst, in beginsel niet vervallen.[105]

Aangezien relevante jurisprudentie ontbreekt, is het problematisch om vast te stellen of er bijzondere regels gelden voor deze vorm van nakoming. Met name is het niet duidelijk of een vordering tot nakoming van de overeenkomst mogelijk wordt afgewezen in het geval dat de draagmoeder weigert het kind van de wensouders te dragen of om vrijwillig het pasgeboren kind aan de wensouders af te staan.

3.4.7 Juridisch ouderschap wensouders

Het materiële familierecht bepaalt expliciet de juridische status van de wensouders van een kind verwekt door middel van ART en geboren uit een draagmoeder. Krachtens artikel 123 lid 2 OWF worden in de situatie waarin een embryo afkomstig is van de wensouders en met behulp van ART wordt geïmplanteerd in het lichaam van een vrouw die niet genetisch verwant is aan het embryo, de wensouders de juridische ouders van het kind. Dit betekent dat een draagmoeder na hoogtechnologisch draagmoederschap het kind na de geboorte niet kan houden. Ook aan de draagmoederschapsovereenkomst kan zij geen vordering ontlenen tegen de wensouders. Het kind wordt onvoorwaardelijk geacht vanaf het moment van geboorte een afstammingsband met de wensouders te hebben.

De wensouders staan vanaf de geboorte geregistreerd als de juridische ouders en worden vermeld op het geboortecertificaat van het kind conform de gebruikelijke procedure. Er gelden geen extra vereisten of formaliteiten, zoals adoptie.

---

104 Art. 611 OBW.

105 Tenzij anders bepaald in de overeenkomst of statuut, art. 622 OBW.

Zoals hierboven vermeld zijn de juridische gevolgen van laagtechnologisch draagmoederschap niet bij wet geregeld. Het lijkt erop dat het kind dat is geboren als gevolg van een dergelijk draagmoederschapstraject wordt aangemerkt als het kind van de draagmoeder en de biologische wensvader. Verschillende situaties moeten worden onderscheiden.
Als een traditionele draagmoeder is getrouwd, dan is haar echtgenoot de juridische vader van dit kind. Het juridische vaderschap van de biologische vader kan gevestigd worden door het indienen van een gezamenlijk verzoek van de biologische wensvader en de biologische (draag)moeder van het kind in het plaatselijke register van de burgerlijke stand.[106] Zodra deze procedure is afgerond, zal de naam van de biologische vader op het geboortecertificaat van het kind worden vermeld.

Voor wat betreft de rechtsverhouding tot de wensmoeder in geval van laagtechnologisch draagmoederschap, is van belang of de wensmoeder gehuwd is met de biologische vader. Als zij gehuwd zijn, is adoptie van het kind door de wensmoeder nodig om juridisch moeder te worden. Pas daarna wordt zij (in plaats van de draagmoeder) vermeld op het geboortecertificaat. Is van een huwelijk geen sprake, maar wordt wel als een gezin samengeleefd, dan is dit onder omstandigheden ook mogelijk.[107] Volgens artikel 229 OWF kan de rechter een verzoek om te worden geregistreerd als de moeder (c.q. vader) van het kind, goedkeuren indien dit in het belang van het kind is. Op basis van de gerechtelijke uitspraak van de adoptie en in overeenstemming met artikel 233 OWF, zal de staat de relevante wijzigingen aanbrengen op de geboorteakte en een nieuw geboortecertificaat afgeven.

3.4.8 Registratie bij geboorte

De Oekraïense wetgeving voorziet in een gedetailleerde juridische procedure op grond waarvan wensouders worden geregistreerd als de juridische ouders van een kind dat is verwekt met gebruik van ART bij hoogtechnologisch draagmoederschap. De registratie vindt plaats bij de plaatselijke registers van de burgerlijke stand, zonder dat enige rechterlijke of administratieve instanties daarbij zijn betrokken.

De procedurele aspecten van het vastleggen van de rechten als ouder voor een onvruchtbaar paar dat heeft ingestemd met de conceptie van een kind door middel van ART worden kort beschreven in artikel 1 lid 3 § III Regeling inzake burgerlijke registratie. Voor gevallen waarin een kind wordt geboren uit een vrouw als gevolg van de implantatie van een embryo dat is verwekt door

---

106 Art. 126 OWF.

107 Volgens art. 211 lid 5 OWF, kan een kind dat alleen een vader heeft, niet worden geadopteerd door een vrouw die niet getrouwd is mijn zijn/haar vader. Echter, wanneer zulke personen samenleven als één gezin, dan kan de rechter de adoptie toestaan.

de echtgenoten met behulp van ART, geschiedt de registratie van de geboorte van het kind in overeenstemming met de volgende procedure. De echtgenoten dienen een verzoek in met daarbij gevoegd de vereiste documenten, zoals de paspoorten, een huwelijksakte, een medische geboorteverklaring van het kind en de notariële akte met daarin vermeld de toestemming door de draagmoeder aan de wensouders. Echter, de toestemming van de draagmoeder is niet vereist onder de OWF.[108] Er lijkt een zekere tegenstrijdigheid te bestaan tussen de intentie van de wetgever om de juridische status van een kind geboren uit een draagmoeder niet afhankelijk te stellen van de toestemming van de draagmoeder en de hierboven genoemde verplichting uit de Regeling inzake burgerlijke registratie die is ingevoerd in oktober 2000 (voorafgaand aan de vaststelling van de UFC) en die nog steeds van kracht is. Daarnaast is voor een registratie noodzakelijk om een certificaat te overleggen, waarin de genetische verwantschap van de ouders (met de moeder of de vader) met het kind is vastgesteld (art. 7 lid 11 Instructie nr. 771).

De situatie waarin het embryo niet genetisch verwant is aan de man, dat wil zeggen draagmoederschap waarbij de eicel afkomstig is van de wensmoeder en daarnaast gebruik is gemaakt van donorsperma, is niet gereguleerd. Volgens de Oekraïense wet is echter om geregistreerd te worden als juridische ouders, geen genetische verwantschap tussen beide wensouders en het kind vereist. Krachtens Instructie nr. 771 is de genetische relatie van één van hen (de moeder of de vader) met het kind voldoende.

Het resultaat van deze procedure is dat in het geval van hoogtechnologisch draagmoederschap de wensouders worden vermeld op het geboortecertificaat van het kind. De juridische identiteit van het kind is dus vrijwel onomstreden. Ondanks het feit dat in het register van de burgerlijke stand een aantekening wordt gemaakt in een speciale kolom van het register dat de moeder van het kind volgens de medische geboorteverklaring de draagmoeder is, bevat de geboorteakte zelf alleen de namen van de wensouders; daarin worden geen latere wijzigingen en/of aanvullingen gebracht.[109]

---

108 Art. 123 OWF bevat alleen algemene bepalingen over de vraag wie gezien moet worden als de ouders van het kind dat is geboren met behulp van ART. De geboorte van het kind zal worden geregistreerd door de wensouders volgens de voorgeschreven procedure van het Reglement inzake burgerlijke registratie. De juridische gevolgen van de afwezigheid van de toestemming van de draagmoeder is niet bij wet geregeld. Er is geen informatie beschikbaar over hoe zo'n controversieel onderwerp normaal wordt opgelost in de praktijk, maar we kunnen mogelijk suggereren dat het burgerlijk register waarschijnlijk de instructies van het Reglement inzake burgerlijke registratie volgt, en daarom, niet toestemming vereist bij notariële akte.

109 Er zijn geen specifieke bepalingen in de Oekraïense wet die de privacy garanderen van de informatie over de draagmoeder of de rechten van het kind om zijn/haar draagmoeder te kennen. Er is op dit punt geen jurisprudentie waardoor het moeilijk te

Echter, zoals hierboven is vermeld, ontbreken in de Oekraïense wet voor laagtechnologisch (traditioneel) draagmoederschap specifieke bepalingen die het mogelijk maken om de wensouders van het begin af aan te registreren als de juridische ouders van het kind en om als zodanig te worden vermeld op diens geboortecertificaat.[110]

3.4.9 Adoptie

In het geval van hoogtechnologisch draagmoederschap is adoptie of een verklaring van voogdij niet nodig voor de wensouders om juridische ouders te worden; het kind geboren uit de draagmoeder wordt gezien als het juridische kind van de wensouders. Zoals hierboven is opgemerkt, heeft de draagmoeder geen rechten of de mogelijkheid om een vordering in te dienen voor het vestigen van juridisch ouderschap, gezag of omgang met het kind. Vanuit juridisch oogpunt maakt het hierbij geen verschil of het altruïstisch of commercieel draagmoederschap betreft.

Echter, bij het wettelijk niet gereguleerde laagtechnologisch (traditioneel) draagmoederschap moeten de wensouders hun toevlucht zoeken tot een adoptieprocedure. Een adoptie moet worden goedgekeurd door een rechter.[111] Doordat niet voorzien is in specifieke regels inzake laagtechnologisch draagmoederschap, is er geen verschil tussen een adoptie van een kind geboren uit een draagmoeder en andere adopties.[112] Het maakt hierbij ook geen verschil of het een altruïstisch of commercieel draagmoederschap betreft.

Indien meerdere personen de wens hebben om hetzelfde kind te adopteren, dan hebben volgens de algemene adoptieregels de volgende categorieën voorrang: de onderdaan van Oekraïne 1) in wiens familie het kind is opgegroeid; 2) die de man van de moeder of de vrouw van de vader van het kind is; 3) de persoon die meerdere kinderen adopteert die broers of zusters zijn; 4) die een familielid van het kind is.[113] Naast deze personen hebben echtgenoten voorrang bij adoptie van een kind.[114]

---

voorspellen is of de rechter de regels inzake de geheimhouding bij adoptie zal toepassen.

110 Over de wijze waarop de wensouders kunnen worden geregistreerd op het geboortecertificaat van het kind geboren uit een draagmoeder, zie het antwoord hierboven op vraag 7.

111 Art. 224 OWF.

112 Art. 7 lid 11 Instructie nr. 771. Voor meer informatie, zie het antwoord hierboven op vraag 7.

113 Art. 213 lid 1 OWF.

114 Art. 213 lid 2 OWF.

3.4.10 Relevantie genetische verwantschap

Volgens de Oekraïense wet is een certificaat waaruit de genetische verwantschap van de ouders (van de moeder of de vader) met het kind blijkt, één van de documenten die nodig zijn om de wensouders te registreren als de juridische ouders van het kind dat geboren is uit een draagmoeder.

De OWF geeft echter geen antwoord op de vraag wat de relevantie is van de genetische verwantschap van een of allebei de wensouders met het kind geboren uit een draagmoeder voor het bepalen van de herkomst van het kind.

3.4.11 Illegale opneming van kind

In Oekraïne gelden sancties voor de illegale handelingen inzake adoptie, voogdij of het verzorgen van een kind.[115] Een voorbeeld van een dergelijke sanctie is het overdragen van een kind aan pleegouders.[116]

Voor hoogtechnologisch draagmoederschap zijn geen adoptie of voogdijprocedures nodig,[117] en is er dus geen noodzaak om de toevlucht te zoeken tot de illegale plaatsing van het kind om vervolgens de rechter te verzoeken om goedkeuring te verlenen voor adoptie of de voogdij over het kind. De situatie kan echter anders zijn in het geval van een laagtechnologisch (traditioneel) draagmoederschap waar een adoptieprocedure wel nodig kan zijn.[118]

Uit een overzicht van de Oekraïense jurisprudentie blijkt dat rechters die over deze gevallen moeten oordelen, de neiging hebben om een zuiver formele benadering te gebruiken bij het verzoek tot adoptie of voogdij; de autoriteiten kijken slechts of er een wettige grond voor adoptie/voogdij is, met name of de ouders van het kind hebben ingestemd met de adoptie (indien van toepassing), of de verzoeker voldoet aan de voorwaarden om te adopteren, of een kind in theorie kan worden geadopteerd volgens de Oekraïense wetgeving en zijn/haar toestemming heeft gegeven (indien van toepassing).[119] Als aan deze eisen is voldaan, zal de rechter hoogstwaarschijnlijk een positief oordeel vellen. Het feit dat het kind eerder is verzorgd door de aspirant-adoptiefouders kan als een bijkomend argument ten voordele van adoptie worden gezien.

---

115 Het gaat om nader aangeduide vormen van pleegzorg, familie-type tehuis of pleeggezin.

116 In bepaalde situaties, bijv. wanneer deze personen geen pleegouders kunnen worden op grond van art. 64 OBW, en de art. 244 lid 3 en 212 OWF, of als een kind niet kan worden verzorgd op grond van art. 243 lid 1 OWF.

117 Zie het antwoord hierboven op vraag 5.

118 Zie het antwoord hierboven op vraag 5.

119 Zie bijv. § 6 van het Decreet van de Hoge Raad van Oekraïne en de Regels inzake de toepassing door de rechter en de wetgever bij het horen van de zake inzake adoptie en afstand en toekenning van rechten als ouder van 20 maart 2007.

3.4.12 Recente rechtsontwikkelingen

In de Oekraïne hebben de nadelen van de huidige regels inzake draagmoederschap beleidsmakers gemotiveerd om de wetgeving op dit gebied te hervormen. Op dit moment is het wetsontwerp 'Regeling van het ondersteunde moederschap problemen en de Bepaling overheidsgaranties voor de gelijke rechten en kansen voor moeders' (hierna: het wetsontwerp) in behandeling bij het Comité voor de Gezondheidszorg van het Oekraïense parlement. Als deze regeling wordt aangenomen, zal het wetsontwerp de medische aspecten van het ondersteunende moederschap (wordt gebruikt als een synoniem voor draagmoederschap) beheersen, voorzien in de rechten en sociale zekerheid voor degenen die gebruik maken van een ondersteunend moederschapstraject, een onderscheid maken tussen een overheids- en een privaat traject bij ondersteunend moederschap, overheidsgaranties geven voor gelijke rechten en kansen voor moeders (gewone en ondersteunende moeders), en de aansprakelijkheid vestigen voor schendingen van de ondersteunende moederschapswetgeving, met name de discriminatie van moeders.

Het wetsontwerp bestrijkt voornamelijk medische, economische en sociale aspecten van het ondersteunende moederschap, maar veel juridische aspecten worden niet behandeld. Een aantal van de juridische aspecten die worden behandeld zijn de volgende.

Ingevolge artikel 1 lid 15 van het wetsontwerp, is een draagmoeder de vrouw die is bevallen van een kind voor andere personen, na de implantatie van een embryo in haar lichaam (zonder gebruik van haar eigen genetisch materiaal) op hun verzoek, verwekt door de echtgenoten samen of een van hen met schriftelijke toestemming van de andere. Hierdoor lijkt het erop dat, indien het wetsontwerp wordt aangenomen, alleen hoogtechnologisch draagmoederschap zal worden geregeld in de nieuwe wetgeving. Het kind geboren door hoogtechnologisch draagmoederschap wordt geacht het kind van de echtgenoot te zijn die het genetische materiaal heeft geleverd (art. 11 wetsontwerp).

Het wetsontwerp brengt geen verandering in de juridische status van een draagmoeder, zij heeft geen relatie met het kind, behalve wat betreft het biologische feit van de geboorte. Alleen in het geval van het overlijden van de ouders van het pasgeboren kind kan de ondersteunende moeder worden beschouwd als de moeder van het kind en pas na een adoptieprocedure (art. 13 wetsontwerp). Een verbod voor een draagmoeder om contact te hebben met het kind dat uit haar is geboren vormt geen discriminatie (art. 14 wetsontwerp). Het wetsontwerp bepaalt ook dat een draagmoeder officieel het recht heeft op een vergoeding (art. 33 wetsontwerp), dit betekent een expliciete erkenning van de legaliteit van commercieel draagmoederschap. De overeenkomst tussen een cliënt en een draagmoeder waarin de hoogte van de vergoeding wordt

vastgesteld, dient te geschieden in de door de wet voorgeschreven vorm en bij notariële akte (art. 33 wetsontwerp). De regels van het OWF en OBW zullen de relaties met de ondersteunende moeders beheersen, die niet door het wetsontwerp worden gereguleerd (art. 36 wetsontwerp).

Op dit moment wordt uitvoerig gedebatteerd over de controversiële vraag wie de wetgever de primaire bescherming moet bieden: de draagmoeder of de echtgenoten die met hun gameten hebben bijgedragen aan het ongeboren kind? Onderwerpen van deze discussie zijn in het bijzonder aan wie het kind geboren uit een draagmoeder toebehoort, wat de juridische status is van een draagmoederschapsovereenkomst, of de draagmoeder toestemming moet geven voor de registratie van het kind, en wat er moet gebeuren als een draagmoeder besluit om het kind te houden.[120]

[120] Zie, in het bijzonder, Коментар до статті 123 Сімейного кодексу України. Науково-практичний коментар до Сімейного Кодексу України станом на 20.08.2008 р. [Електронний ресурс] // Система інформаційно-правового забезпечення "ЛІГА: ЗАКОН ЕЛІТ" версії 8.1.5. (Commentary to Article 123 of the Family Code of Ukraine. Scientific and Practical Commentary on Family Code of Ukraine of 20 August 2008. [Electronic Resource] // Information and Legal Support System "LIGA: ZAKON ELIT", version 8.1.5).

DEEL IV: TERUGKEER NAAR NEDERLAND: INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT EN VREEMDELINGENRECHT

1 INLEIDING

1.1 Introductie

Uit de voorgaande hoofdstukken is gebleken, dat in Nederland wonende personen die via draagmoederschap invulling willen geven aan hun kinderwens, aan strenge criteria moeten voldoen willen zij gebruik maken van de draagmoederschapsmogelijkheden binnen Nederland. Vandaar dat zij vaak van de mogelijkheden die elders worden geboden gebruik maken.

In Deel III werd op vier rechtsstelsels nader ingegaan, namelijk die van Californië, Griekenland, India en Oekraïne. Indien Nederlandse wensouders naar een van deze landen vertrekken om gebruik te maken van de daar geboden mogelijkheden om via een draagmoeder een kind te krijgen dan wordt de Nederlandse rechtsorde bij terugkomst op verschillende wijzen met een door de wensouders zelf gecreëerde situatie geconfronteerd. Het is belangrijk om te beseffen dat de betrokken wensouders met verschillende instanties in aanraking kunnen komen. Het eerste contact met een Nederlandse ambtenaar kan zich in het buitenland voordoen (namelijk een ambtenaar bij een Nederlands consulaat) of in Nederland (bij een ambtenaar van de burgerlijke stand). Hieronder worden kort de situaties beschreven waarin een Nederlandse ambtenaar in het buitenland wordt gecontacteerd (§ 1.1.1) en wanneer een Nederlandse ambtenaar in Nederland wordt benaderd (§ 1.1.2).

1.1.1 Nederlands consulaat in het buitenland

Er zijn drie hoofdredenen waarom Nederlandse wensouders de medewerking van het consulaat inschakelen.

– De Nederlandse wensouders willen een Nederlands paspoort voor het kind aanvragen. De wensouders stellen dat in het buitenland een afstammingrelatie met het kind is ontstaan en dat het kind de Nederlandse nationaliteit heeft verworven. Hoewel dit verzoek bij een Nederlands consulaat of ambassade wordt ingediend, is het Ministerie van Buitenlandse Zaken in ’s-Gravenhage bevoegd om tot de afgifte van het paspoort over te gaan. De toetsing of aan de Nederlandse wetgeving is voldaan wordt echter wel in eerste instantie door de ambtenaar bij het consulaat uitgevoerd.

– De Nederlands wensouders willen een machtiging tot voorlopig verblijf (MVV) voor het kind aanvragen. Dit is slechts nodig indien het kind de nationaliteit bezit van een MVV-plichtig land.[1] Indien een MVV is vereist, zijn drie verschillende gronden voor het verlenen van een MVV denkbaar, namelijk (1) op grond van gezinshereniging, (2) op grond van adoptie of (3) op grond van internationale pleegzorg. Deze drie situaties zullen in dit deel afzonderlijk worden besproken. Het is ongeacht de grond waarop een MVV wordt afgegeven altijd de IND die hiertoe bevoegd is.

– De Nederlandse wensouders vragen een visum voor kort verblijf aan. Dit visum wordt ook wel een toeristenvisum genoemd en wordt slechts verleend door de Nederlandse IND, die bevoegd is om de MVV af te geven.

Kortom, de IND of de ambtenaar bij het consulaat verrichten altijd de eerste toetsing ten opzichte van alle verzoeken gedaan door Nederlandse wensouders in het buitenland, ongeacht of het verzoek een immigratie- of nationaliteitsvraag betreft. De internationaal privaatrechtelijke regels die door deze ambtenaren in de genoemde situaties moeten worden toegepast zijn de relevante regels uit de Wcad, de Wca en de Wobka.

1.1.2 Nederlandse ambtenaar van de burgerlijke stand in Nederland

Er zijn ten minste twee situaties denkbaar waarin Nederlandse wensouders het kind mee naar Nederland kunnen nemen zonder eerst in het buitenland contact op te nemen met een consulaire ambtenaar. Zij komen dan in Nederland voor het eerst in aanraking met de burgerlijke stand.

– Het kind bezit de nationaliteit van een land waarvoor geen MVV-plicht geldt, en beschikt over een voor dat land geldig reisdocument. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer Nederlandse wensouders gebruik maken van een draagmoederschapsconstructie in de Verenigde Staten. Een kind geboren in de VS verkrijgt de Amerikaanse nationaliteit op basis van de geboorte in de Verenigde Staten. Voor het kind kan een Amerikaans paspoort worden aangevraagd. De wensouders zouden

[1] Op grond van § B1/4.1.1 Vreemdelingencirculaire 2000, wordt een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, ingevolge artikel 17 lid 1 Vreemdelingenwet, niet afgewezen wegens het ontbreken van een geldige MVV, indien het kind de nationaliteit bezit van één van de volgende landen: Australië, Canada, Japan, Liechtenstein, Nieuw-Zeeland, Vaticaanstad, de Verenigde Staten van Amerika of Zuid-Korea (dit geldt ook voor EU-lidstaten en de Schengenlanden, maar deze zullen apart worden behandeld in § 3.2.3).

vervolgens met gebruik van het Amerikaanse paspoort naar Nederland kunnen afreizen zonder MVV. In dit geval komen de wensouders pas in aanraking met een Nederlandse instantie bij de verplichte inschrijving in de GBA.

– De wensouders nemen het kind uit een land binnen het Schengengebied mee naar Nederland. Dit kan bijvoorbeeld wanneer een Grieks-Nederlands stel naar Griekenland gaat om daar gebruik te maken van de draagmoederschapsmogelijkheden. De wensouders zouden volgens Grieks recht de juridische ouders van het kind zijn, waardoor het kind ook de Griekse nationaliteit zou verkrijgen. Hierdoor zou het kind naar Nederland mogen afreizen zonder MVV. Bovendien zouden de wensouders samen met het kind door het Schengengebied kunnen reizen, zonder het Nederlandse consulaat in Griekenland te moeten inschakelen.

Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kan de vraag naar de afstammingsrelatie tussen het kind en deze wensouders zich op verschillende manieren voordoen. Hierbij kan men denken aan situaties zoals verzoeken tot verkrijging van het Nederlanderschap,[2] tot inschrijving van een buitenlandse geboorteakte in de GBA[3] of tot vaststelling van kinderalimentatie, maar de afstammingsvraag kan ook een rol spelen bij erfrechtelijke kwesties.[4] Bovendien kunnen de bovengenoemde verzoeken gedaan worden op basis van uiteenlopende soorten documenten, bijvoorbeeld een geboorteakte, een gerechtelijke beslissing of een adoptie-uitspraak. Ondanks het feit dat er een variëteit bestaat aan plaatsen waar dit soort vragen zich kunnen voordoen en situaties waarin dergelijke vragen kunnen rijzen, zijn het de Nederlandse regels die moeten worden toegepast.

Wensouders kunnen over een variëteit aan bescheiden beschikken waarmee zij hun afstammingsrelatie met het kind willen bewijzen. In dit onderzoek dient steeds een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds geboorteaktes (zowel originele als aangepaste) en anderzijds rechterlijke beslissingen. De informatie die eerder over het Californische, Griekse, Indiase en Oekraïense recht is verstrekt wordt in het navolgende gebruikt om de verschillende vormen en situaties te illustreren.

2 Bijv. HR 27 mei 2005, *LJN* AS5109 en HR 28 april 2006, *LJN* AU9237.
3 Bijv. Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2010, *LJN* BN1330.
4 Saarloos 2010, p. 210.

1.2 Geboorteaktes

Geboorteaktes kunnen verschillende situaties weergeven. In sommige jurisdicties worden geboorteaktes gebruikt om de genetische band te registreren, terwijl in andere jurisdicties geboorteaktes de juridische situatie weergeven. Daarnaast komt het vaak voor dat een oorspronkelijke geboorteakte wordt aangepast om een nieuwe situatie weer te geven, of om een 'fout' te herstellen.

Tabel 1: Geboorteakte

	Beide wensouders zijn genetische ouders	**Eén of beide wensouders zijn niet genetische ouder**
India	Gelijk op geboorteakte	*Onder nieuwe wetgeving gelijk op geboorteakte*
Oekraïne	Gelijk op geboorteakte	Niet toegestaan[5]
Californië	Gelijk op geboorteakte (mits *Judgment of Parentage*)	Gelijk op geboorteakte (mits *Judgment of Parentage*)
Griekenland	Gelijk op geboorteakte	Gelijk op geboorteakte

In de bovenstaande tabel wordt aangegeven of de wensouders wel of niet onmiddellijk bij de aangifte van de geboorte op de geboorteakte worden vermeld. Bij deze tabel dient te worden opgemerkt dat de situatie in Californië iets gecompliceerder ligt voor paren van gelijk geslacht of alleenstaande vaders. In beide situaties geldt dat een verzoek moet worden ingediend om een 'nieuwe geboorteakte' af te geven waarin de gegevens van de 'nieuwe' ouders worden weergegeven. Dit betekent dat in deze situaties de Nederlandse ambtenaar een oorspronkelijke én een gewijzigde geboorteakte zal moeten beoordelen.

Uit deze tabel kan worden afgeleid dat de Nederlandse ambtenaar (bij de GBA in Nederland of bij een Nederlandse consulaire instelling in het buitenland) kan worden geconfronteerd met een geboorteakte waarop de namen van de wensouders staan vermeld, zonder dat hierbij wordt aangegeven dat het kind via draagmoederschap is geboren. In de vier onderzochte jurisdicties krijgen wensouders direct bij de geboorteaangifte een geboorteakte waarop hun

[5] Uit het Oekraïense rapport blijkt, alhoewel de situatie waarin slechts de wensmoeder of de wensvader genetisch verwant is met het kind niet gereguleerd is, dat het kan voorkomen dat een geboorteakte wordt afgegeven in gevallen waarbij slechts één van de wensouders genetisch verwant is met het kind, zie Deel III, § 3.4.8.

namen staan vermeld als 'ouder'. In zowel Griekenland als Californië gaat een rechterlijke procedure hieraan vooraf, in tegenstelling tot de Oekraïne en India.[6]

1.3 Andere bescheiden

Indien de wensouders niet gelijk op de geboorteakte worden bijgeschreven, zullen zij in het buitenland andere procedures moeten volgen of over andere documenten moeten beschikken om de afstammingsrelatie met het kind te bewijzen. Verschillende procedures kunnen worden gevolgd. In sommige gevallen hebben wensouders een adoptieprocedure moeten volgen. In andere gevallen worden de geboorteaktes aangepast. Hieronder worden de verschillende routes uit de vier landenrapporten in een tabel weergegeven.

Tabel 2: Andere bescheiden

	Andere mogelijkheden	**Documenten**
India	1. Adoptie 2. Pleegouderschap	1. Rechterlijke beslissing 2. Rechterlijke beslissing
Oekraïne	1. Aanpassing geboorteakte 2. Adoptie	1. Aangepaste geboorteakte 2. Rechterlijke beslissing
Californië	1. Adoptie 2. Aanpassing geboorteakte	1. Rechterlijke beslissing 2. Aangepaste geboorteakte en rechterlijke beslissing
Griekenland	n.v.t.	n.v.t.

1.4 Plan van behandeling

Op basis van de informatie uit de vier landenrapporten, is het mogelijk te constateren dat de Nederlandse ambtenaar met een verscheidenheid aan documenten kan worden geconfronteerd in geval in Nederland wonende ouders gebruik hebben gemaakt van draagmoederschapconstructies in het buitenland. De verschillende documenten worden in Nederland op verschillende wijze beoordeeld. In principe kunnen wensouders drie verschillende relaties met hun kind beogen vast te stellen bij aankomst in Nederland: afstamming (met of

[6] Zie Deel III, § 3.1.8 (Californië), § 3.2.8 (Griekenland), § 3.3.8 (India) en § 3.4.8 (Oekraïne).

zonder tussenkomst van een rechter), adoptie of pleegouderschap. Te onderscheiden zijn de volgende situaties:

1. Wensouders geven aan dat zij de juridische ouders van het kind zijn op basis van een afstammingsrelatie. Deze situatie is vooral denkbaar als ouders beschikken over een oorspronkelijke geboorteakte waarop de wensouders als ouders zijn vermeld uit het land van herkomst, zoals het geval is in alle vier de onderzochte jurisdicties. Deze situatie zal verder worden uitgewerkt in § 2.1.
2. In Californië bestaat de mogelijkheid om een rechterlijke beslissing te verkrijgen waarin de juridische afstammingrelatie tussen de wensouders en het kind wordt vastgesteld. In deze situatie is er geen sprake van een adoptie-uitspraak, maar slechts een verklaring voor recht van de afstammingsrelatie. Deze situatie zou zich ook kunnen voordoen in Griekenland indien de Nederlandse ambtenaar de rechterlijke beslissing inzake de draagmoederschapconstructie onder ogen krijgt. Deze situatie zal in § 2.2 verder worden uitgewerkt.
3. Wensouders geven aan dat zij juridische ouders van het kind zijn geworden door een adoptie-uitspraak. Deze situatie wordt in § 3 verder uitgewerkt.
4. Wensouders geven aan dat zij nog niet de juridisch ouders van het kind zijn, maar pleegouders. In § 4 wordt aandacht aan deze situatie besteed.

Hoewel de vier landenrapporten de basis hebben gevormd voor deze indeling, wordt in het hierop volgende deel ook gebruik gemaakt van informatie uit andere bronnen en van informatie met betrekking tot andere landen. Met name de informatie uit de gehouden interviews zal hier een bron van inspiratie en informatie vormen.

Voordat wensouders of aspirant-adoptiefouders hun kinderen naar Nederland kunnen brengen moet eerst naar de vreemdelingrechtelijke situatie van het kind worden gekeken. In elk deel van dit hoofdstuk wordt eerst aandacht besteed aan deze vraag, voordat er naar de regels van het internationaal privaatrecht wordt gekeken.

2 BEVESTIGING VAN BEOOGDE AFSTAMMINGSRELATIE

2.1 Inleiding

Indien wensouders beogen de afstammingsrelatie te laten vaststellen dan wel te laten erkennen, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen twee verschillende procedurele mogelijkheden. Afhankelijk van de situatie kunnen de

'ouders' verschillende wegen bewandelen. Duidelijk is dat de voorwaarden die worden gesteld aan de buitenlandse akte in alle gevallen gelijk zijn ongeacht de procedure die gevolgd wordt door de wensouders. Bovendien kan een buitenlandse akte niet worden ingeschreven wanneer de inschrijving van de akte in strijd zou zijn met de Nederlandse openbare orde. Afhankelijk van de procedure die wordt gevolgd, kunnen hierbij zijn betrokken: een ambtenaar van de burgerlijke stand, een ambtenaar van de GBA van een gemeente in Nederland, een ambtenaar van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage, een rechter of een Nederlandse consulaire ambtenaar in het buitenland.[7]

Als 'ouders' in Nederland beogen een afstammingsrelatie te laten vaststellen dan zijn drie verschillende procedures denkbaar. Ten eerste kan het zijn dat zij een in het buitenland opgemaakte akte wensen *in te schrijven* in de registers van de burgerlijke stand te 's-Gravenhage. Voor personen die nauw verbonden zijn (of zijn geweest) met de Nederlandse rechtsorde,[8] is in artikel 1:25 BW de mogelijkheid neergelegd om een buitenlandse akte in te schrijven in de Nederlandse registers. De voorwaarden die hier worden gesteld komen overeen met de voorwaarden die in artikel 10 lid 1 Wca worden genoemd.[9] Op grond van artikel 1:25g BW kan inschrijving worden geweigerd indien inschrijving in strijd zou zijn met de Nederlandse openbare orde. Een tweede mogelijkheid is dat de verzoekers een procedure zijn begonnen waarin een *verklaring voor recht* is gevorderd op grond van artikel 1:26 BW. Deze verklaring voor recht kan worden verzocht door iedereen die daarbij een gerechtvaardigd belang heeft. Ten derde kan een *latere vermelding* aan een akte worden toegevoegd indien de desbetreffende rechtsfeiten zich in het buitenland hebben voorgedaan.[10] De voorwaarden die hieraan worden gesteld komen in grote mate overeen met de voorwaarden die in artikel 10 Wca worden gesteld. Bovendien kan ook hier een ambtenaar van de Burgerlijke Stand weigeren een latere vermelding toe te voegen indien deze vermelding in strijd is met de Nederlandse openbare orde.[11]

2.2 Vreemdelingenrecht

In de drie in § 2.1 genoemde procedurele mogelijkheden is door een rechtsfeit of rechtshandeling in het buitenland reeds een afstammingsrelatie ontstaan tussen

---

7 Tijdens het interview met de heer Gubbels van de Dienst Persoons- en Geo-informatie van de gemeente Amsterdam, is ook naar voren gekomen dat dit gevolgen kan hebben voor de beroepsprocedure. Beroep van beslissing van een ambtenaar van de GBA wordt in hoogste instantie behandeld door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, terwijl een beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand in hoogste instantie door de Hoge Raad wordt behandeld.

8 Art. 1:25 lid 1 onder a en b BW.

9 Plasschaert 2002, p. 207.

10 Art. 1:20b lid 1 BW.

11 Plasschaert 2002, p. 202.

de wensouders en het kind in het land van herkomst. Bij binnenkomst in Nederland zal de situatie beoordeeld worden volgens de vreemdelingenrechtelijke voorschriften betreffende gezinshereniging. De te volgen procedure is afhankelijk van het land van herkomst van het kind. Onderscheid dient te worden gemaakt tussen MVV-plichtige landen (§2.2.1), niet-MVV plichtige landen buiten de EU (§ 2.2.2) en EU-landen en Schengengebied landen (§ 2.2.3).

2.2.1 MVV-plichtige landen

Ingevolge § B2/5.2 Vreemdelingencirculaire 2000 kan het minderjarige biologische of juridische kind van de Nederlandse ouders in het kader van gezinshereniging een verblijfsvergunning verkrijgen, indien het kind reeds in het land van herkomst feitelijk behoorde tot het gezin van de ouders en zij het rechtmatig gezag over het kind hebben.[12] Het kind dat in het kader van gezinshereniging of -vorming naar Nederland wil komen en niet over de Nederlandse nationaliteit beschikt, dient over een geldige MVV te beschikken. De consulaire vertegenwoordiger in het land van herkomst zal dan de voorwaarden voor het verlenen van een verblijfsvergunning in het kader van gezinsvorming toetsen.

Indien het kind van rechtswege de Nederlandse nationaliteit heeft verkregen zullen de wensouders bij de Nederlandse ambassade of het Nederlandse consulaat ter plaatse een Nederlands paspoort voor het kind aanvragen. De consulaire ambtenaar zal dan toetsen of het kind inderdaad de Nederlandse nationaliteit heeft en een Nederlands paspoort kan worden afgegeven op grond van de regels van het Nederlands internationaal privaatrecht.[13] Indien dit het geval is kan het kind vrij Nederland inreizen.

2.2.2 Buiten EU en Schengengebied maar zonder MVV-plicht

Minderjarige kinderen uit Australië, Canada, Japan, Liechtenstein, Nieuw-Zeeland, Vaticaanstad, de Verenigde Staten van Amerika en Zuid-Korea zijn niet verplicht een MVV aan te vragen. Zij moeten echter wel over een geldig reisdocument beschikken om naar Nederland te kunnen reizen. Er zijn hier twee mogelijkheden.

Ten eerste zouden de Nederlandse wensouders zich tot de Nederlandse consulaire instellingen kunnen wenden. Hier kan een Nederlands paspoort of identiteitsbewijs aangevraagd worden. De Nederlandse consulaire ambtenaar zal dan moeten bepalen of het kind Nederlander is geworden. Hierdoor wordt aangeknoopt bij de regels van het Nederlandse internationaal privaatrecht.[14]

---

12 Art. 3.16 Vreemdelingenbesluit 2000 en § B2/5.2 Vreemdelingencirculaire 2000.
13 Schakelbepalingen met Wcad en Wca.
14 Zie bijv. de schakelbepaling in § B1/2.2.3 Vreemdelingencirculaire 2000.

Ten tweede zouden de ouders zich tot de autoriteiten van een ander land dan Nederland kunnen wenden. Dit kan bijvoorbeeld indien de ouders de nationaliteit van een ander land bezitten, of indien het land waar het kind is geboren het *ius soli*-beginsel hanteert. Dit is bijvoorbeeld het geval in de Verenigde Staten.[15] Indien het kind een andere nationaliteit dan de Nederlandse bezit en ook een buitenlands paspoort heeft verkregen kunnen de wensouders samen met het kind naar Nederland reizen.

Op grond van artikel 4.5 Vreemdelingenbesluit 2000 zullen de documenten voor grensoverschrijding gecontroleerd kunnen worden. Indien bij de grensbewaking geen ongewone situatie wordt opgemerkt, kan het vóórkomen dat het kind naar Nederland reist en zal het verblijf van het kind in Nederland pas duidelijk worden op het moment dat de wensouders een verblijfsvergunning op grond van gezinshereniging aanvragen, of op het moment dat zij het kind willen laten inschrijven bij de GBA of de burgerlijke stand. In beide gevallen verblijft het kind aldus feitelijk reeds bij de wensouders in Nederland.

2.2.3 EU-landen en Schengengebied

2.2.3.1 Korter dan drie maanden

Een gemeenschapsonderdaan is vrijgesteld van de plicht te beschikken over een geldige MVV[16] en heeft geen verblijfsvergunning nodig om rechtmatig in Nederland te verblijven. Zij zijn ingevolge § B10/2.3 Vreemdelingencirculaire 2000 ook niet verplicht zich bij de IND te melden. De gemeenschapsonderdaan ontleent immers zijn verblijfsrecht rechtstreeks aan artikel 18 EG-Verdrag. Een reisdocument is niet vereist, wel dient de gemeenschapsonderdaan in het bezit te zijn van een geldig identiteitsbewijs om zich te kunnen identificeren. De vraag rijst of een geboorteakte aan dit criterium voldoet. Voor EU-onderdanen geldt de uitzondering van grenscontrole zoals beschreven in artikel 4.5 lid 3 Vreemdelingenbesluit 2000. Vreemdelingen met een Schengenvisum zijn verplicht hun reisvisum aan de ambtenaar, belast met grensbewaking, te tonen en te overhandigen. Naast het visum als reisdocument dient de vreemdeling zich ook te kunnen identificeren met een identiteitsbewijs. Het aanvragen van een verblijfsvergunning is niet nodig.

2.2.3.2 Langer dan drie maanden

Indien een verblijf van langer dan drie maanden wordt beoogd, en dat zal doorgaans het geval zijn indien het om gezinshereniging gaat, dient het kind

---

15 Het *ius soli*-beginsel houdt in dat Amerikaans staatsburgerschap wordt verleend aan een ieder die in de Verenigde Staten is geboren: 8 *United States Code* § 1401.

16 § B1/4.1.1 Vreemdelingencirculaire 2000, maar ook § B10/2.2 Vreemdelingencirculaire 2000.

ingevolge § B10/2.3 Vreemdelingencirculaire 2000 wel bij de IND ter inschrijving aangemeld te worden. Het verblijf van het kind bij de wensouders kan dus zowel bij de IND aan de orde komen, als bij de ambtenaar van de burgerlijke stand of de ambtenaar van de GBA op het moment dat de wensouders hun kind willen laten inschrijven. In alle gevallen is het kind reeds bij de wensouders in Nederland.

Voor hen die in het bezit zijn van een Schengenvisum geldt in beginsel dat zij, vanaf het moment dat zij het Schengenbied zijn binnengekomen, binnen dit gebied vrij kunnen reizen. Een beperking hierop is het visum met een territoriale beperktheid. Het visum kan alleen worden verleend indien de vreemdeling aannemelijk kan maken dat tijdige terugkeer voldoende is gewaarborgd.[17] De duur van de geldigheid van het visum is afhankelijk van het doel waarmee het visum wordt aangevraagd, maar beslaat doorgaans drie maanden.

2.3 Rechtsfeiten en rechtshandelingen

Artikel 10 Wca regelt de erkenning van buitenlandse rechtsfeiten en rechtshandelingen die tot vaststelling of wijziging van familierechtelijke betrekkingen hebben geleid. Om te kunnen worden erkend, dient het buitenlandse rechtsfeit of de rechtshandeling aan een aantal voorwaarden te voldoen. Twee situaties zijn te onderscheiden.

Ten eerste, en zoals hierboven uiteen gezet, kunnen in Nederland wonende wensouders met het kind feitelijk terugkeren naar Nederland met een geboorteakte waarop staat dat zij de juridische ouders van het kind zijn. Deze geboorteakte kan zijn opgemaakt zonder vermelding van de achterliggende draagmoederschapsconstructie (bijvoorbeeld in Oekraïne) of met een vermelding hiervan (bijvoorbeeld in Californië). In beide gevallen zullen de wensouders proberen het kind in te schrijven in de Nederlandse registers. De vraag rijst of dit ‘rechtsfeit’ dat is vastgelegd op de buitenlandse geboorteakte in Nederland kan worden erkend op grond van artikel 10 Wca.

Ten tweede is uit Nederlands jurisprudentieonderzoek gebleken (hoewel niet uitdrukkelijk vermeld in de vier landenrapporten) dat het oneigenlijke gebruik van erkenning door de wensvader ook een mogelijkheid is om juridisch ouder te worden. In dit geval wordt de erkenning door de wensvader als ‘rechtshandeling’ bestempeld. Ook in deze situatie moet worden getoetst of de in het buitenland verrichtte erkenning in aanmerking komt voor erkenning in Nederland op grond van artikel 10 Wca. De voorwaarden die voor deze beide situaties gelden worden hierna besproken: een bevoegde instantie (§ 2.3.1), in het buitenland tot stand gekomen (§ 2.3.2), neergelegd in een akte (§ 2.3.3),

[17] § A2/4.3.3.1 Vreemdelingencirculaire 2000.

overeenkomstig de plaatselijke voorschriften (§ 2.3.4) en niet in strijd met één van de weigeringsgronden (§ 2.3.5).

2.3.1 'Bevoegde instantie'

De buitenlandse autoriteit moet volgens het lokale recht bevoegd zijn tot het opmaken van de overgelegde geboorteakte. Volgens Vonken dient hierbij te worden gekeken naar de vraag of er voldoende aanknoping bestaat met de rechtssfeer van het land van de buitenlandse instantie.[18] Deze voorwaarde levert in de praktijk weinig problemen op.

2.3.2 'Buitenlands tot stand gekomen'

Artikel 10 lid 1 Wca spreekt vervolgens van een 'buitenlands tot stand gekomen' rechtsfeit of rechtshandeling. De vraag rijst of het rechtsfeit in het buitenland moet hebben plaatsgevonden of slechts de akte afkomstig moet zijn uit het buitenland. Uit de memorie van toelichting volgt dat de conflictenregels opgenomen in de Wca (dat wil zeggen de regels die het toepasselijke recht aanwijzen),[19] slechts toegepast dienen te worden bij rechtsfeiten die zich in Nederland voordoen.[20] Dit brengt mee dat een 'buitenlands' tot stand gekomen rechtsfeit in het buitenland moet hebben plaatsgevonden. Een buitenlandse akte waarbij rechtsfeiten die zich in Nederland hebben voorgedaan worden vastgesteld voldoet niet aan deze eis. Saarloos heeft echter ook argumenten aangedragen voor de toepassing van artikel 10 Wca bij rechtsfeiten die slechts in het buitenland in een akte zijn opgenomen.[21] Bijvoorbeeld in het geval dat de geboorte van een kind in Nederland plaatsvindt, maar de akte in België wordt opgemaakt. Hij is van mening dat er niets aan in de weg staat om de erkenningsregel toe te passen op rechtsfeiten die zich weliswaar in Nederland hebben voorgedaan, maar die in een buitenlandse akte zijn opgenomen. Echter, deze mening wordt noch door de jurisprudentie noch door andere literatuur ondersteund. Uit de vier landenrapporten en de jurisprudentie blijkt niet dat deze voorwaarde een probleem oplevert met betrekking tot draagmoederschap of illegale opneming van kinderen.

2.3.3 'Welke zijn neergelegd in … een akte'

Vervolgens rijst de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan de feiten die in een buitenlandse akte worden vermeld. Hoewel de betekenis van de vermelding op de geboorteakte in draagmoederschapsituaties ook van belang zou kunnen zijn, is noch uit de jurisprudentie noch uit de vier landenrapporten

---

18 Vonken (*GS Personen- en familierecht*), art. 10 Wca, aant. 1.1.
19 Dat wil zeggen de regels in hoofdstukken I-IV Wca.
20 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 675 nr. 3, p. 7.
21 Saarloos 2010, p. 226.

informatie naar voren gekomen waaruit blijkt dat dit een probleem in de praktijk is.

2.3.4 'Overeenkomstig de plaatselijke voorschriften'

De Nederlandse ambtenaar die moet oordelen over de vraag of de buitenlandse akte in Nederland dient te worden erkend, zal moeten nagaan of naar vreemd recht familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd. Als uitgangspunt geldt volgens Vonken, dat:

> "De Nederlandse ambtenaar vertrouwen toont dat de registratie van het rechtsfeit of de rechtshandeling die buiten Nederland heeft plaatsgevonden correct is geschied. Van dit uitgangspunt dient echter te worden afgeweken, wanneer de desbetreffende persoon betwist dat de afstammingsvraag door de buitenlandse instantie op juiste wijze is bepaald, alsook in het geval de Nederlandse ambtenaar 'gerede twijfel' heeft dat de buitenlandse regels van internationaal privaatrecht niet in acht zijn genomen. De Nederlandse erkennende autoriteit heeft in deze derhalve een zekere discretionaire bevoegdheid bij de vraag of aan de onderhavige voorwaarden is voldaan."[22]

Met betrekking tot de toepassing van deze voorwaarden dienen twee verschillende vragen te worden beantwoord:

1. Wanneer bereikt de twijfel van de ambtenaar het niveau van 'gerede twijfel'?
2. Welke stappen moet de ambtenaar vervolgens ondernemen?

Ad. 1: Wanneer bereikt de twijfel van de ambtenaar het niveau van 'gerede twijfel'?

Zoals algemeen aanvaard in de erkenning van buitenlandse documenten, dient "als uitgangspunt (…) te gelden dat de Nederlandse ambtenaar vertrouwen toont dat de registratie van het rechtsfeit of de rechtshandeling die buiten Nederland heeft plaatsgevonden correct is geschied".[23] Er kan van dit uitgangspunt worden afgeweken indien de ambtenaar 'gerede twijfel' heeft over de toepassing van de buitenlandse regels. De vraag rijst wanneer een vermoeden bij een ambtenaar het niveau van 'gerede twijfel' heeft bereikt. Er moet sprake zijn van objectieve indicaties waarop de ambtenaar zijn twijfel kan baseren.

Het is eerst noodzakelijk om vast te stellen *waarover* de ambtenaar twijfel zou moeten hebben. De 'gerede twijfel' moet betrekking hebben op de

---

22 Vonken (*GS Personen- en familierecht*), art. 10 Wca, aant. 1.1.

23 *Id.*

vraag of de buitenlandse regels, inclusief het buitenlandse internationaal privaatrecht, in acht zijn genomen.[24] In het kader van deze eis moet onderscheid worden gemaakt tussen landen waar draagmoederschap is toegestaan en landen waar het niet is toegestaan.

Indien in een land draagmoederschapsconstructies zijn toegestaan, dan moet worden gekeken naar de inhoud van de buitenlandse regels. Indien volgens het ter plaatse geldende recht wensouders gelijk op de geboorteakte kunnen worden vermeld, dan moet de ambtenaar twijfel hebben over de correcte toepassing van deze regel. In Oekraïne is het bijvoorbeeld toegestaan dat wensouders gelijk op de geboorteakte kunnen worden vermeld indien zij gebruik hebben gemaakt van een draagmoeder, mits één van hen genetisch verwant is met het kind. In een dergelijk geval moet de twijfel van de ambtenaar zich richten op het niet-naleven van deze regel. Dat wil zeggen dat de ambtenaar bijvoorbeeld een vermoeden moet hebben dat geen van beide wensouders genetisch verwant is met het kind. Het enkele feit dat er gebruik is gemaakt van een draagmoeder is niet voldoende. Noch in de Nederlandse jurisprudentie noch in de literatuur wordt deze interpretatie verdedigd. Wel is het mogelijk dat de ambtenaar de erkenning van de in de Oekraïne opgemaakte geboorteakte zou kunnen weigeren indien er sprake is van een schending van de openbare orde (zie § 2.3.5)

Indien het buitenlandse recht draagmoederschap niet toelaat, dan richt de twijfel van de ambtenaar zich op de vraag of de wensouders gebruik hebben gemaakt van een draagmoeder, waardoor zij de plaatselijke voorschriften zouden hebben geschonden.

De volgende vraag die rijst is *wanneer* de ambtenaar 'gerede twijfel' heeft. Dit kan het beste aan de hand van een aantal voorbeelden worden toegelicht. Wanneer bijvoorbeeld twee blanke wensouders zich melden bij de balie en aangifte willen doen van een Afrikaans of Chinees uitziend kind, zou de ambtenaar gerede twijfel kunnen hebben over de verklaring van de wensouders dat het kind met hen beiden genetisch verwant is. Een ander voorbeeld betreft twee vaders die verzoeken een kind te laten registeren op basis van een geboorteakte waarop zij allebei als vader vermeld staan. Een derde voorbeeld is in één van de interviews naar voren gekomen. De heer Gubbels beschrijft een geval waarin een vrouw aangifte deed van de geboorte van haar kind. Omdat het een kleine gemeente betrof en de ambtenaar de vrouw kende, wist hij dat de vrouw niet zwanger was geweest en kon hij zodoende vaststellen dat er iets niet klopte. Indien deze vrouw een geboorteakte uit een land had overlegd waar draagmoederschap niet mogelijk is, dan had de ambtenaar 'gerede twijfel' kunnen hebben. Ten slotte, bij documenten afkomstig uit een notoir corrupt land zou de ambtenaar wellicht sneller kunnen concluderen dat er een hogere kans

[24] *Id.*

bestaat dat de plaatselijke voorschriften niet in acht zijn genomen, en op basis hiervan zou hij eerder 'gerede twijfel' kunnen hebben.

Ad. 2: Welke stappen moet de ambtenaar vervolgens ondernemen?
Indien kan worden vastgesteld dat de Nederlandse ambtenaar 'gerede twijfel' heeft dat de regels van het buitenlandse recht niet in acht zijn genomen, dan kan de ambtenaar de verzoekende wensouders om extra bewijzen vragen.

Het ligt voor de hand om de wensouders te verzoeken ondersteunende documenten te overhandigen.[25] Zoals blijkt uit het Oekraïense recht is voor de registratie van het kind een certificaat noodzakelijk waarin de genetische verwantschap van de ouders (hetzij de wensmoeder, hetzij de wensvader) met het kind is vastgesteld.[26] Een dergelijk certificaat geeft echter slechts aan dat één of beide wensouders genetisch verwant is met het kind. Dit certificaat zal niet vermelden dat er gebruik is gemaakt van draagmoederschap. Hoewel er in de Oekraïense registers van de burgerlijke stand een aantekening wordt gemaakt dat gebruik is gemaakt van hoogtechnologisch draagmoederschap, is het draagmoederschap verder niet te traceren.[27] De wensouders zullen in de regel over een draagmoederschapscontract beschikken waarin alle afspraken tussen draag- en wensouders vermeld staan.[28] In gevallen waarin de ouders een dergelijk contract niet hebben of weigeren dit te overhandigen, lijkt het erg moeilijk om te achterhalen – indien de wensouders zelf geen openheid van zaken geven – dat er gebruik is gemaakt van een draagmoederschapsconstructie in het buitenland die strijdig is met de plaatselijke regels. In dergelijke gevallen zou de ambtenaar een beroep kunnen doen op strijdigheid met de openbare orde (zie § 2.3.5).

2.3.5 Weigeringsgronden

Artikel 10 lid 1 Wca verwijst terug naar artikel 9 lid 1 onder b en c, lid 2 en lid 3 Wca. Deze bepalingen hebben allemaal betrekking op de verschillende weigeringsgronden die kunnen worden ingezet om een buitenlands rechtsfeit of een buitenlandse rechtshandeling niet te erkennen. Deze weigeringsgronden zullen bij de behandeling van deze artikelen in § 2.3 aan bod komen. De verwijzing naar artikel 9 lid 1 onder c Wca betekent dat de openbare orde-exceptie ook van toepassing is op de erkenning van buitenlandse rechtsfeiten en rechtshandelingen. Het doel van deze openbare orde-exceptie is de toepassing van buitenlands recht en van de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten en rechtshandelingen te blokkeren, indien die toepassing

25 Gubbels geeft als voorbeelden: eerste inschrijving in de GBA, in- en uitreisstempels in het paspoort, tickets en verificatieonderzoek: *ibid.*
26 Art. 7 lid 11 Instructie Nr. 771. Zie verder Deel III, § 3.3.8 (Oekraïne).
27 Zie Deel III, §3.4.8 (Oekraïne).
28 Zie Deel III, §3.4.6 (Oekraïne).

of erkenning zou leiden tot een gevolg dat in strijd is met fundamentele beginselen en waarden van onze rechtsorde en daarom niet kan worden geduld.[29]

Anders dan in artikel 9 lid 1 onder c Wca,[30] wordt in artikel 10 lid 2 Wca een drietal gevallen genoemd die door de wetgever in ieder geval als strijdig met de Nederlandse openbare orde worden beschouwd. Rechtsfeiten die uit dergelijke situaties voortkomen, kunnen in Nederland niet worden erkend. Artikel 10 lid 2 Wca stelt dat een weigeringsgrond zich 'in elk geval' voordoet indien de erkenning in het buitenland is verricht door een Nederlander die naar Nederlands recht niet bevoegd is tot erkenning (§ 2.3.5.1), indien aan de voorwaarden van artikel 4 lid 4 Wca niet is voldaan met betrekking tot de toestemming van de moeder of het kind in het geval van erkenning (§ 2.3.5.2) en indien er sprake blijkt te zijn van een schijnhandeling (§ 2.3.5.3). Deze gevallen zijn niet limitatief. Het zijn slechts voorbeelden hoe de algemene openbare orde-exceptie moet worden ingevuld (§ 2.3.5.4).

2.3.5.1 Niet bevoegd tot erkenning

Volgens artikel 10 lid 2 onder a Wca doet een weigeringsgrond als bedoeld in artikel 9 lid 1 onder c Wca zich met betrekking tot erkenning in elk geval voor, indien deze is verricht door een Nederlander die naar Nederlands recht niet bevoegd zou zijn het kind te erkennen. Het doel van dit verbod is het voorkomen van oneigenlijk gebruik van de erkenning waardoor de adoptiewetgeving zou worden omzeild.[31] De voorwaarden voor erkenning in het Nederlandse recht zijn neergelegd in artikel 1:204 lid 1 BW. Voor draagmoederschapsconstructies is de voorwaarde opgenomen onder e van cruciaal belang. Artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder e bepalen namelijk dat:

> 'De erkenning is nietig, 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 betrekking bestaat.'

Op basis van de terugkoppeling via artikel 10 lid 2 Wca kan een in het buitenland tot stand gekomen erkenning in Nederland niet worden erkend indien deze wordt verricht door een Nederlander die getrouwd is met een andere vrouw dan de vrouw uit wie het kind is geboren, tenzij aan een van de twee uitzonderingen is voldaan die worden genoemd in artikel 1:204 lid 1 aanhef en

---

29 Strikwerda 2008, p. 53.

30 Zie hierna § 2.2.4.

31 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 675, nr. 3, p. 21. Zie ook Vonken (*GS Personen- en familierecht*), art. 10 Wca, aant. 1.2.1.

onder e BW. Alvorens in te gaan op deze uitzonderingen, is het noodzakelijk om de reikwijdte van de exceptie af te bakenen. Volgens het Hof Amsterdam bijvoorbeeld is art. 1:204 lid 1 aanhef en onder e BW niet van toepassing in die gevallen waarin de man ten tijde van de erkenning een geregistreerd partnerschap heeft met een andere vrouw,[32] terwijl de Rechtbank Arnhem deze eis wel heeft toegepast in de situatie dat de man gehuwd is met een andere man.[33] Bovendien is de openbare orde-exceptie in artikel 10 lid 2 Wca niet van toepassing indien de erkenning in het buitenland is verricht door een niet-Nederlander wiens nationale recht de erkenning door een gehuwde man toelaat.[34]

Twee vragen doen zich hier voor met betrekking tot de invulling van dit criterium in het kader van artikel 10 lid 2 Wca.

1. Wanneer kan aan de voorwaarden van deze uitzonderingen worden voldaan in een internationale context?; en
2. Moet vooraf toestemming aan de rechtbank worden gevraagd in dergelijke situaties?

Ad. 1

Met betrekking tot de eerste vraag zijn er twee relevante uitspraken. Op 27 mei 2005 heeft de Hoge Raad deze vragen beantwoord met betrekking tot een erkenning die in Turkije had plaatsgevonden.[35] In casu ging het om een minderjarige die in Turkije was erkend door een Nederlander die op het tijdstip van de erkenning gehuwd was met een andere vrouw dan de moeder van die minderjarige en daardoor op grond van artikel 4 lid 1 (oud) Rijkswet op het Nederlanderschap, Nederlander was geworden. Het kind was in 2001 in Turkije geboren. Op de geboorteakte stond de man vermeld als vader van het kind en hij heeft ook een notariële akte overhandigd waarin stond dat hij het kind heeft erkend. De man was echter sinds 1973 getrouwd met een andere vrouw. Gelet op het dwingende karakter van de openbare orde-exceptie, oordeelde de Hoge Raad dat de man niet bevoegd was tot erkenning. Relevante factoren bij het beoordelen van een dergelijke situatie zijn onder meer de 'aantoonbare belangstelling en betrokkenheid van de man bij het kind zowel vóór als na de geboorte. Daarbij is meer vereist dan enkel contact gedurende een beperkte tijd.'[36] Daarnaast heeft de Rechtbank Assen ook bepaald dat er geen nauwe

32 Hof Amsterdam 18 augustus 2002, *LJN* BG2522.
33 Rb. Arnhem 26 april 2008, *LJN* BI3495.
34 HR 28 april 1986, *NJ* 1987, 926.
35 HR 27 mei 2005 *LJN* AS5109.
36 Hof 's-Gravenhage 27 mei 2009, *LJN* BJ1434, r.o. 3. Zie ook Vonk 2003, p. 122-128 en 124-125.

persoonlijke betrekking kan bestaan tussen een man en een ongeboren kind, want die relatie kan pas tot stand komen na de geboorte.[37]

Ad. 2

Met betrekking tot de tweede vraag heeft de Hoge Raad duidelijk antwoord verschaft op 28 april 2006.[38] In deze zaak, stond de vraag centraal of de erkenning in Vietnam van een daar uit een Vietnamese moeder geboren kind door een op dat tijdstip met een andere vrouw gehuwde Nederlandse man hier te lande als rechtsgeldig kon worden erkend. Naar het oordeel van de rechtbank (dat ook in cassatie stand heeft gehouden) voldeed de man toen hij het kind erkende materieel aan de eis van artikel 1:204 lid 1 aanhef en lid 1 onder e BW, namelijk dat tussen hem en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestond.

De vraag is echter gerezen of de man voorafgaand aan de erkenning ook toestemming nodig had van de rechtbank. De Hoge Raad heeft dienaangaande overwogen dat:

> "het enkele feit dat deze rechterlijke vaststelling niet aan de erkenning in Vietnam is voorafgegaan, niet het oordeel [kan] dragen dat het erkennen van die handeling op de voet van het bepaalde in art. 10 lid 1 Wca zou leiden tot een gevolg dat strijdig is met de fundamentele beginselen of waarden van de Nederlandse rechtsorde."

Dit betekent dat als een man aan het materiële criterium van artikel 1:204 lid 1 aanhef en onder e BW voldoet (namelijk dat er een nauwe persoonlijke betrekking bestaat tussen hem en het kind), de buitenlandse erkenning in Nederland in aanmerking komt voor erkenning zonder dat de man rechterlijke toestemming voorafgaand aan de erkenning hoeft te verzoeken. Uit de uitspraak van de Hoge Raad van 30 november 2007 blijkt dat de potentiële relatie zoals die uit allerlei afspraken en omstandigheden kan blijken, voldoende kan zijn voor het aannemen van *family life*, als bedoeld in artikel 8 EVRM.[39]

In het kader van internationaal draagmoederschap is deze beslissing uiterst belangrijk. Als de wensvader slechts aan een feitelijk criterium hoeft te voldoen, is het mogelijk voor een wensvader om naar het buitenland af te reizen en een kind aldaar te erkennen. Indien deze man kan aantonen dat hij een nauwe persoonlijke betrekking heeft met het kind, zal zijn huwelijkse status niet aan de erkenning van een kind, geboren uit een ander vrouw, in de weg staan. Daarnaast heeft de Hoge Raad ook vastgesteld dat het niet noodzakelijk is dat de wensvader de biologische vader is van het kind. De Hoge Raad zei dat er geen

37 Rb. Assen 15 juni 2006, *LJN* AY7247.
38 HR 28 april 2006, *LJN* AU9237.
39 HR 30 november 2007, *LJN* BB9094.

twijfel over kan bestaan dat 'voor het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking in voormelde zin niet vereist is dat de man de verwekker, althans de biologische vader van het kind is'.[40] Dit levert nog meer mogelijkheden op voor wensvaders die ook geen biologische band met het kind hebben. Dit neemt echter niet weg dat in deze gevallen de geboorteakte naast de naam van de wensvader ook de naam van de draagmoeder zal moeten bevatten, waardoor deze weg niet optimaal lijkt te zijn voor paren die graag allebei juridisch ouder van een kind willen zijn.

2.3.5.2 Toestemming van de moeder

Artikel 10 lid 2 onder b Wca beoogt te voorkomen dat een man wiens verzoek tot erkenning in Nederland is afgewezen wegens gebrek aan toestemming van de moeder, er vervolgens in slaagt om dit verzoek in het buitenland te laten toewijzen en die buitenlandse erkenning daarna in Nederland probeert te laten erkennen.[41] Voor de gevallen van illegale opneming en draagmoederschap lijkt deze voorwaarde geen grote problemen op te leveren.

2.3.5.3 Schijnhandeling

Artikel 10 lid 2 onder c Wca bepaalt dat een akte die op een schijnhandeling betrekking heeft ook niet in aanmerking komt voor erkenning in Nederland. Een schijnhandeling is een handeling gericht op een erkenning waarvan het doel is om de erkenner of het kind het recht te geven om zich in Nederland te vestigen.[42] Uit de memorie van toelichting volgt dat de invulling van dit begrip van geval tot geval moet worden getoetst.[43] Tot op heden zijn er geen rechterlijke beslissingen waarbij een buitenlandse erkenning in Nederland niet werd erkend wegens een schijnhandeling.

2.3.5.4 Geen moeder op de geboorteakte

Tot op heden zijn twee uitspraken gewezen waarin expliciet de openbare orde is ingeroepen ingeval van een geboorteakte waarop de namen van twee mannen worden vermeld als ouders van het kind. Het eerste geval betreft twee Nederlandse mannen en een Nederlandse draagmoeder.[44] Alle partijen woonden in Nederland, maar de draagmoeder is in Frankrijk anoniem bevallen. Eén van de mannen heeft zijn vaderschap vastgesteld in Frankrijk. Rechtbank 's-Gravenhage heeft beslist dat de Franse geboorteakte waarop de man stond vermeld als de enige ouder van het kind in strijd was met de Nederlandse

---

40 HR 28 april 2006, *LJN* AU9237, r.o. 3.5.
41 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 675, nr. 3, p. 21.
42 *Id.*
43 *Id.*
44 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, *LJN* BK1197. Zie ook Boele-Woelki 2010, p. 6505.

openbare orde. De rechtbank is tot deze conclusie gekomen mede op grond van artikel 7 IVRK. Op basis van artikel 7 IVRK heeft een kind het recht om zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. De rechtbank stelt vast dat het inschrijven van de Franse geboorteakte, waarop geen gegevens van de moeder zijn opgenomen, er toe leidt dat de afstamming van een persoon wordt achtergehouden. De rechtbank is van oordeel dat:

> "de minderjarige de keuze moet worden gelaten om op latere leeftijd zijn identiteit in te vullen zoals hij dat wil. Hij dient daartoe, voor zover mogelijk, toegang te hebben tot zijn volledige afstammingsgegevens. Inschrijving van de Franse geboorteakte komt daarmee in strijd met de Nederlandse openbare orde."

In een ongepubliceerde uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage heeft de rechter geoordeeld dat een geboorteakte uit de Verenigde Staten waarop twee mannen als ouders vermeld stonden, in strijd was met de Nederlandse openbare orde. In dit geval was duidelijk dat er sprake was van een draagmoederschap. De rechtbank gaf aan dat de *mater certa semper est*-regel van openbare orde is en derhalve met zich meebrengt dat een geboorteakte ten name van twee mannen in Nederland niet kan worden erkend.[45]

2.3.5.5 Wensmoeder is genetisch verwant maar niet de biologische moeder

In gevallen waarin de wensouders gelijk op de geboorteakte als juridische ouders conform het ter plaatse geldende buitenlandse recht worden vermeld, rijst de vraag of sprake is van schending van de Nederlandse openbare orde indien er gebruik wordt gemaakt van draagmoederschapstechnieken. Een dergelijke situatie heeft de Rechtbank 's-Gravenhage in haar uitspraak van 14 september 2009 beoordeeld. Gesteld werd dat artikel 1:198 BW een regel van openbare orde is:

> "Gelezen in samenhang met voormelde artikelen van het IVRK [artikel 7] acht de rechtbank dit beginsel van openbare orde. Een kind moet, indien mogelijk, aan de hand van de geboorteakte in staat worden gesteld zijn afstamming van moederszijde te kennen."[46]

De vraag rijst welke omstandigheid in strijd is met de Nederlandse openbare orde: is het niet vermelden van de biologische moeder op de geboorteakte (schending van het *mater certa semper est*-beginsel) relevant of gaat het om de onmogelijkheid voor het kind om zijn of haar afstammingsgegevens te traceren

[45] Rb. 's-Gravenhage 23 november 2009, zaaknr. 328511/FA RK 09-317 (ongepubliceerd).
[46] Rb. 's-Gravenhage 14 september 2009, *LJN* BK1197.

(schending van status- en afstammingvoorlichting)?[47] Gelet op de verschillende manieren waarop het buitenland omgaat met draagmoederschap is een antwoord op deze vraag cruciaal.

Ad. 1 Schending van het *mater certa semper est*-beginsel

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.[48] De Nederlandse openbare orde zou zich tegen het vermelden op de geboorteakte van een vrouw verzetten die niet de biologische moeder van het kind is.[49] Zoals Schwenzer heeft opgemerkt baseren de meeste jurisdicties de regels met betrekking tot de afstamming aan moederszijde op het beginsel van *mater certa semper est*.[50] De reden voor de handhaving van deze regel wordt echter verder niet uitgelegd. Hoewel er verschillende redenen tegen de anonieme bevalling zijn, leveren deze redenen aldus Blauwhoff geen rechtvaardiging op voor de vermelding van slechts de biologische moeder op de geboorteakte.[51] Een van de mogelijke redenen lijkt verborgen te zijn in de schending van het recht op afstammingsvoorlichting.

Ad. 2 Schending van het recht op afstammingsvoorlichting

Als de openbare orde zich meer richt op de bescherming van het recht om over afstammingsgegevens te beschikken dan dienen twee vragen te worden gesteld.
Ten eerste, welke personen vallen onder de reikwijdte van dit beginsel? In de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 23 november 2009 werd overwogen dat een kind 'aan de hand van de geboorteakte in staat moet worden gesteld zijn afstamming van moederszijde te kennen'. Maar van wie stamt het kind af, van de genetische moeder, van de biologische moeder of van beide? Kan de bescherming geboden door artikel 7 IVRK zich ook uitstrekken tot bescherming van de afstammingsgegevens met betrekking tot een draagmoeder die slechts biologisch is verwant met het kind en niet genetisch? Tot nu toe is hier geen duidelijk antwoord op te geven.

Ten tweede, op welke manieren kan invulling worden gegeven aan dit recht? In Oekraïne wordt bijvoorbeeld een geboorteakte rechtstreeks opgemaakt op naam van de wensouders, en wordt daarnaast een aantekening gemaakt in de registers van de burgerlijke stand van het feit dat er sprake is geweest van een draagmoederschap. De identiteit van de draagmoeder zou in dit geval alsnog

47 Over het verschil tussen status en afstammingsvoorlichting, zie Deel II, § 3.3.
48 *Kamerstukken II* 2001/02, 26 675, nr. 6, p. 19.
49 Zie verder Rb. 's-Gravenhage 23 november 2009, zaaknr. 328511 / FA RK 09-317 (ongepubliceerd) en Advies Bezwaarschriftencommissie Burgerzaken gemeente Amsterdam 23 april 2009, zaaknr. 09/3241 (ongepubliceerd).
50 Schwenzer 2007, p. 3.
51 Blauwhoff 2009b, p. 198-210.

kunnen worden achterhaald. Is een dergelijke vermelding genoeg om te voldoen aan de internationale en nationale verplichting jegens een kind om het recht op afstammingsvoorlichting te waarborgen? Met het oog op de mogelijkheid om de niet-genetische draagmoeder te kunnen traceren, zou kunnen worden betoogd dat een dergelijke vermelding of registratie voldoende is om aan de mensenrechtelijke verplichting te kunnen voldoen. Dan rijst wederom de vraag of een geboorteakte waarop de biologische moeder niet vermeld staat (maar wel de genetische moeder) in combinatie met de registratie van de identiteit van de biologische moeder in strijd is met de Nederlandse openbare orde. In dit geval zouden andere redenen moeten worden aangedragen om schending van de openbare orde aan te tonen.

2.3.5.6 Wensmoeder is niet genetisch verwant met het kind

Indien de wensmoeder niet genetisch verwant is met het kind, dan zal er eerder sprake zijn van een schending van het recht van het kind om zijn of haar afstammingsgegevens te traceren. Het kind zou in staat moeten worden gesteld om de identiteit van de al dan niet genetische draagmoeder en de eventuele eicel donor te kunnen achterhalen. In Oekraïne is het bijvoorbeeld mogelijk om een oorspronkelijke geboorteakte op naam van de wensouders te verkrijgen indien slechts één van de wensouders genetisch verwant is met het kind en gebruik is gemaakt van een draagmoeder.

Indien de wensvader wel genetisch verwant is met het kind, rijst de vraag of de geboorteakte gedeeltelijk kan worden erkend ten aanzien van de afstamming aan vaderszijde. Hoewel deze situatie zich tot nu toe niet heeft voorgedaan in de jurisprudentie, zou een vergelijking kunnen worden gemaakt met de situatie waarin twee mannen op een geboorteakte zijn vermeld. Zoals hierboven uiteen is gezet, wordt tot nu toe in deze situaties de geboorteakte niet erkend, ook niet gedeeltelijk.

Het is belangrijk te beseffen dat indien de geboorteakte niet wordt erkend, de wensouders toch op legale wijze het kind in hun gezin zouden kunnen opnemen.[52] Indien de draagmoeder niet getrouwd is, kan de wensvader het kind in Nederland erkennen (met toestemming van de rechtbank indien hij getrouwd is, op grond van art. 1:204 lid 1 onder e BW). Na het kind te hebben erkend, kan de wensvader met het gezag over het kind worden belast (op grond van art. 1:253c BW). Na een jaar feitelijk voor het kind te hebben gezorgd zou de partner van de wensvader het kind kunnen adopteren (art. 1:228 BW).53

[52] Hoewel dit wellicht tot vreemdelingrechtelijke problemen zou kunnen leiden (zie § 2.2).

[53] Zie Rb. 's-Gravenhage, 9 november 2010, zaaknr. KG ZA 378466 (ongepubliceerd). Zie verder ook Deel II, § 3.6.

2.3.5.7 Kinderhandel en uitbuiting van vrouwen

De vraag kan worden gesteld of een draagmoederschap ook in strijd kan worden geacht met de Nederlandse openbare orde omdat sprake is van kinderhandel of uitbuiting van vrouwen.

De vraag kan nog worden gesteld of met strafrechtelijke maatregelen, gericht op het tegengaan van uitbuiting van mensen en kinderen, mogelijkheden bestaan om draagmoederschap tegen te gaan. Dit is een vraag die in een van de interviews gehouden met praktijkdeskundigen is opgeworpen.[54] Artikel 273f Sr ziet op mensenhandel in diverse vormen.[55] Het oogmerk van uitbuiting is hierbij een belangrijk begrip. Van belang is dat de internationale strafrechtsmacht hier verder reikt, gelet op artikel 5 lid 1 onder 2 en onder 5 Sr en artikel 5b Sr. Onder omstandigheden zijn Nederlanders die dergelijke strafbare feiten buiten Nederland begaan, toch strafbaar en onder omstandigheden is een ieder die een dergelijk misdrijf begaat naar Nederlands recht strafbaar. Deze strafbaarstelling wordt vaak in het licht van mensensmokkel en mensenhandel gezien.[56] Het artikel stelt strafbaar onder meer het door dwang, geweld, misleiding of misbruik van omstandigheden een ander werven, vervoeren, overbrengen, huisvesten of opnemen met het oogmerk van uitbuiting van of het zich beschikbaar stellen tot het verrichten van seksuele handelingen door die ander of het beschikbaar stellen van organen door die ander. Ook het profijt trekken van uitbuiting is strafbaar. Uitbuiting kan onder meer omvatten seksuele uitbuiting, gedwongen arbeid of diensten, slavernij of andere dienstbaarheid.

De vraag rijst of ook draagmoederschap hieronder valt. Het doel hiervan is namelijk niet uitbuiting, maar de wens het kind als een eigen kind groot te brengen.[57] Dit zou mogelijk anders kunnen liggen ten aanzien van draagmoeders, die daarvoor geen of onvoldoende onkostenvergoeding krijgen.

Voor zover kon worden nagegaan, is hier in de strafrechtelijke literatuur geen aandacht aan besteed, zodat op dit punt geen conclusies zijn te trekken.[58]

Artikel 278 Sr

Hij die iemand over de grenzen van het Rijk in Europa voert, met het oogmerk om hem wederrechtelijk onder de macht van een ander te brengen of om hem in hulpeloze toestand te verplaatsen, wordt, als schuldig aan mensenroof, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

---

54 Interview met Laura Bosch, Defense for Children.

55 Korvinus, Koster & de Jonge van Ellemeet 2006, p. 286-290.

56 Beijer 2010, p. 684-691.

57 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 123 XVI, nr. 30, p. 3. Zie ook Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 599-603 over de exploitatie van kinderen, maar niet specifiek met betrekking tot draagmoederschap.

58 Machielse (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*), art. 278 Sr, aant. 3.

Oorspronkelijk was de gedachte om alleen het uitvoeren van een persoon uit Nederland strafbaar te stellen, maar op grond van een uitspraak van de Hoge Raad, geldt dit nu ook bij het invoeren van een persoon in Nederland.[59] Toch biedt dit artikel niet veel reële mogelijkheden tot strafrechtelijke handhaving, omdat het oogmerk moet bestaan om het kind wederrechtelijk onder de macht van een ander te brengen (zie hierna § 2.6 voor jurisprudentie). Gaat het om wensouders die het kind wegvoeren met het doel het onder hun eigen macht te brengen, dan zijn zij dus niet strafbaar volgens dit artikel.

Vanuit het internationaal mensenrechtelijke perspectief is artikel 35 IVRK van belang. Volgens deze bepaling is er sprake van kinderhandel wanneer daarmee een van de volgende doelen is beoogd: seksuele uitbuiting, overdracht met winstoogmerk, onderwerpen aan gedwongen arbeid. Twijfelachtig is of deze doelen ook in het geding zijn in het geval wensouders in het buitenland via een draagmoeder een kind krijgen. Daarnaast bestaat er een verband tussen artikel 35 IVRK en artikel 21 IVRK, dat handelt over adoptie. Het komt voor dat kinderen, vooral baby's, ten behoeve van gezinsvorming worden ontvoerd, verkocht of verhandeld.[60] Men zou kunnen stellen dat wensouders die een claim leggen op een kind dat op hun instigatie is ontstaan maar dat noch genetisch verwant is aan hen noch aan de draagmoeder, dit slechts kunnen doen op basis van de door hen aan de draagmoeder betaalde geldsom. Ook hier is twijfelachtig of sprake is van kinderhandel.[61]

Verder zou in het kader van draagmoederschap sprake kunnen zijn van uitbuiting van draagmoeders. Dit argument is voor zover bekend nog niet aangevoerd in een Nederlandse procedure. Wel heeft de rechter in Californië zich over deze vraag gebogen. In *Johnson v. Calvert* heeft de *California Supreme Court* bepaald dat een dergelijk argument geen hout snijdt:

> "Finally, Anna and some commentators have expressed concern that surrogacy contracts tend to exploit or dehumanize women, especially women of lower economic status. Anna's objections center around the psychological harm she asserts may result from the gestator's relinquishing the child to whom she has given birth. Some have also cautioned that the practice of surrogacy may encourage society to view children as commodities, subject to trade at their parents' will.
>
> We are all too aware that the proper forum for resolution of this issue is the Legislature, where empirical data, largely lacking from this record, can be studied and rules of general applicability

59 HR 20 november 2001, *NJ* 2003, 632, m.nt. Mevis en De Lange.
60 Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005, p. 601.
61 Interviewverslag Bosch, § 3.

> developed. However, in light of our responsibility to decide this case, we have considered as best we can its possible consequences.
>
> We are unpersuaded that gestational surrogacy arrangements are so likely to cause the untoward results Anna cites as to demand their invalidation on public policy grounds. Although common sense suggests that women of lesser means serve as surrogate mothers more often than do wealthy women, there has been no proof that surrogacy contracts exploit poor women to any greater degree than economic necessity in general exploits them by inducing them to accept lower-paid or otherwise undesirable employment. We are likewise unpersuaded by the claim that surrogacy will foster the attitude that children are mere commodities; no evidence is offered to support it. The limited data available seem to reflect an absence of significant adverse effects of surrogacy on all participants.
>
> The argument that a woman cannot knowingly and intelligently agree to gestate and deliver a baby for intending parents carries overtones of the reasoning that for centuries prevented women from attaining equal economic rights and professional status under the law. To resurrect this view is both to foreclose a personal and economic choice on the part of the surrogate mother, and to deny intending parents what may be their only means of procreating a child of their own genetic stock. Certainly in the present case it cannot seriously be argued that Anna, a licensed vocational nurse who had done well in school and who had previously borne a child, lacked the intellectual wherewithal or life experience necessary to make an informed decision to enter into the surrogacy contract."[62]

2.4 Buitenlandse rechterlijke beslissingen

Indien de in Nederland wonende wensouders niet gelijk op de geboorteakte kunnen worden bijgeschreven, dan zal er vaak een rechterlijke procedure in het buitenland plaatsvinden. Deze procedure kan *verschillende* vormen krijgen, namelijk een adoptieprocedure (bijvoorbeeld in *India*) of een procedure vergelijkbaar met de gerechtelijke vaststellingsprocedure in Nederland (bijvoorbeeld in Californië).[63] Indien de buitenlandse rechterlijke beslissing in de vorm van een adoptieprocedure wordt gegoten dan moet Wcad worden geraadpleegd (zie § 3). Indien de buitenlandse rechterlijke uitspraak de afstammingsrelatie vaststelt of wijzigt dan dienen de regels van de Wca te worden toegepast. Dit onderscheid is van groot belang (zie § 5).

---

62 *Johnson v. Calvert*, *California Supreme Court*, 5 Cal. 4th 84, 851 P.2d 776, 785.

63 Het verschil met de gerechtelijke vaststellingsprocedure is dat deze buitenlandse procedure ook door de wensvader mag worden geïnitieerd, zie bijv. het Californische rapport.

Op grond van artikel 9 Wca worden buitenlandse rechterlijke beslissingen in Nederland automatisch erkend indien zij aan een aantal voorwaarden voldoen.[64]

2.4.1 Onherroepelijke rechterlijke beslissing waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd

Een persoon die erkenning verzoekt van een buitenlandse rechterlijke beslissing moet een onherroepelijke rechterlijke beslissing overhandigen, waaruit blijkt dat de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd.

2.4.2 Rechtsmacht van de rechter en behoorlijke rechtspleging

De buitenlandse rechter dient rechtsmacht te hebben gehad en er moet sprake zijn van een behoorlijke rechtspleging. Aangaande het vereiste van rechtsmacht dient de Nederlandse rechtstoepasser niet na te gaan of de buitenlandse rechter volgens zijn procesrecht bevoegd is geweest om de beslissing te geven. Evenmin mag de Nederlandse rechter de rechtsmacht van de buitenlandse rechter toetsen aan de hand van het Nederlandse internationale procesrecht. Onderzocht dient te worden of de buitenlandse rechter zijn rechtsmacht heeft gebaseerd op een grond die naar internationale maatstaven gemeten, aanvaardbaar is.[65]

De voorwaarde van een behoorlijke rechtspleging ziet op een eerlijk proces. Zo werd bijvoorbeeld een Zweedse beslissing door een Nederlandse rechter niet erkend, omdat een van de procespartijen (de man) niet tijdig geïnformeerd werd over de procedure.[66]

Beide voorwaarden vormen geen grote obstakels als het gaat om rechterlijke beslissingen omtrent draagmoederschap.

2.4.3 Bevoegdheid van de ambtenaar

In geval van twijfel is de ambtenaar van de burgerlijke stand verplicht om advies in te winnen bij de Commissie van Advies voor de Zaken betreffende de Burgerlijke Staat en de Nationaliteit.[67] In artikel 40 lid 1 jo. lid 3 Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens is een gelijkluidende bepaling opgenomen voor wat betreft de bevoegdheid van de ambtenaar van de GBA. Op grond van beide bepalingen moet de twijfel van de ambtenaar de vorm van ‘gerede twijfel’ aannemen. De vraag rijst wanneer de twijfels dit niveau hebben bereikt. Op dit punt zijn er geen uitspraken te vinden.

---

64 Strikwerda 2008, nr. 270.

65 Vonken (*GS Personen- en familierecht*), art. 9 Wca, aant. 1.3.2, bijv. hoor en wederhoor of behoorlijke rechtspleging.

66 Hof ’s-Gravenhage 20 november 2002, *NIPR* 2003, 4.

67 Art. 1:29c BW.

2.4.4 Openbare orde

Als de buitenlandse rechterlijke beslissing in strijd is met de Nederlandse openbare orde dan wordt de beslissing in Nederland niet erkend. Zoals bijvoorbeeld uit de analyse van het *Californische* recht naar voren is gekomen, kunnen partijen vooraf aan de geboorte van het kind de rechter verzoeken om de afstamming van het kind vast te stellen. In een recente, ongepubliceerde uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage werd de rechter geconfronteerd met een dergelijk geval. Bij uitspraak van de *Superior Court of California* werd de afstammingsrelatie tussen verzoekers en twee kinderen vastgesteld. Bovendien werd de ambtenaar gelast om de geboorteakten van de minderjarige dienovereenkomstig op te maken. De Rechtbank 's-Gravenhage heeft het verzoek om de geboorteakten in te schrijven, afgewezen.[68] Met betrekking tot de erkenning van de gerechtelijke vaststelling heeft de rechtbank als volgt geoordeeld:

> "gelet op voornoemde fundamentele regel van familierecht (*mater certa semper est*) en op de omstandigheid dat de gerechtelijke vaststelling door de Amerikaanse rechter heeft plaatsgevonden zonder dat de juridische moeder is komen vast te staan, is erkenning van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van B zoals vastgesteld bij uitspraak van de Superior Court of California van 15 april 2008 eveneens in strijd met de Nederlandse openbare orde."

Deze redenering is echter niet helemaal volledig. De vaststelling van het vaderschap moet immers onafhankelijk van de vraag of het moederschap is komen vast te staan worden beoordeeld. Vooral gelet op het feit dat de verzoeker in kwestie ook nog de biologische vader van de kinderen is, zou bepleit kunnen worden dat de erkenning van een dergelijke beslissing niet in strijd is met de Nederlandse openbare orde. Volgens het Californische recht dienen alle betrokken partijen toestemming te hebben gegeven voordat een *judgment of parentage* wordt afgegeven.[69] De biologische moeder is er altijd bij betrokken, anders wordt er geen *judgment* afgegeven.

3 ERKENNING VAN HET OUDERSCHAP DOOR ADOPTIE

3.1 Inleiding

Uit de interviews is naar voren gekomen dat de meerderheid van de illegale opnemingen in Nederland (internationale kinderontvoeringszaken daargelaten) beoogde adopties betreft waarbij de internationale en nationale regelgeving niet

[68] Zie *supra* § 2.3.5.5.
[69] Zie Deel III, § 3.1.7.

in acht is genomen.[70] Het is derhalve van belang om de wet- en regelgeving met betrekking tot internationale adopties zo volledig mogelijk in kaart te brengen om een duidelijk beeld van deze problematiek te krijgen. Dit deel gaat specifiek over de situatie waarin wensouders/aspirant-adoptiefouders een kind in het buitenland willen adopteren. Zij zullen na terugkomst in Nederland buitenlandse documenten en bescheiden overhandigen waaruit zou moeten blijken dat zij een kind in het buitenland hebben geadopteerd.

Bij het bespreken van het onderwerp interlandelijke adoptie is het van groot belang onderscheid te maken tussen legale adopties, adopties die via de reguliere en erkende kanalen plaatsvinden en illegale opnemingen, zoals adopties die bijvoorbeeld zonder beginseltoestemming door de ouders zelf zijn geregeld of met een beginseltoestemming maar zonder het volgen van de deelbemiddelingsprocedure. Het is niet bevorderlijk voor de beeldvorming om deze zaken over een kam te scheren.[71] Het begrip 'zelfdoeners' bevat in dit opzicht zowel 'legale' adopties die met beginseltoestemming en via de weg van deelbemiddeling een kind in het buitenland adopteren, alsmede de gevallen waarin mensen in strijd handelen met de voorwaarden neergelegd in de Wobka.

3.2 Vreemdelingenrecht

Alvorens in te gaan op de vreemdelingrechtelijke situatie in dergelijke gevallen, is het van belang om op te merken dat als een kind uit een land wordt geadopteerd dat verdragsluitende staat is bij HAV, het kind, na overlegging van een *statement of conformity* (art. 23 HAV), de Nederlandse nationaliteit zou kunnen krijgen op grond van de Rijkswet op het Nederlanderschap.

3.2.1 MVV-plichtige landen

In aanvulling op de in artikel 16 Vreemdelingenwet 2000 gestelde voorwaarden, kan ingevolge artikel 3.26 Vreemdelingenbesluit 2000 een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd onder beperking, verband houdend met verblijf ter adoptie, worden verleend aan het adoptiekind, mits aan de vereisten van de Wobka is voldaan. Hier wordt het vreemdelingenrecht onderworpen aan de regels van het internationaal privaatrecht. Indien het kind wordt geadopteerd uit een land waar een machtiging tot voorlopig verblijf vereist is, zullen de aspirant-adoptiefouders eerst over een MVV voor het kind moeten beschikken voordat zij naar Nederland kunnen terugkeren. Indien ouders een volledig bemiddelingstraject volgen dan wordt deze procedure vaak door de vergunninghouder zelf gedaan.[72] Indien dit niet wordt gedaan of de aspirant

---

70 Interviewverslag Kouwenhoven, §6; Interviewverslag Gubbels, §5.1; Interviewverslag Kidjan, §1; Interviewverslag Kokken, §5.

71 Curry-Sumner & Vonk 2008.

72 Art. 17a lid 1 onder c Wobka.

adoptieouders hebben een deelbemiddelingsprocedure doorlopen, zullen zij zelf (met tussenkomst van de vergunninghouder) de aanvraag voor een MVV moeten indienen.

Bij de IND zal dus worden beoordeeld of aan alle vereisten voor adoptie is voldaan, alvorens de MVV wordt verleend. Naast de voorwaarden gesteld in artikel 16 Vreemdelingenwet 2000, zal de Nederlandse ambtenaar tevens aan de volgende cumulatieve voorwaarden, zoals opgesomd in § B2/2.3 Vreemdelingencirculaire 2000, toetsen:

a. de vreemdeling is minderjarig;
b. de vreemdeling wil verblijven in het gezin van een of meer Nederlanders of vreemdelingen met rechtmatig verblijf als bedoeld in artikel 8, onder a tot en met e, dan wel artikel l Vreemdelingenwet 2000;
c. er is voldaan aan de vereisten van de Wobka en/of het HAV.

Indien de MVV wordt verleend zijn de aspirant-adoptiefouders gehouden een aanvraag tot verlening van een verblijfvergunning voor bepaalde tijd in te dienen bij de IND. De aspirant-adoptiefouders zullen bij de IND de beginseltoestemming van de Minister van Justitie moeten overleggen. Dit geval kan zich voordoen in landen zoals Ghana, Oekraïne (voor wensouders die een draagmoederschap regelen zonder gebruik van eigen materiaal) of India.

Op grond van artikel 3.27 Vreemdelingenbesluit 2000 jo. § B2/5.13 Vreemdelingencirculaire 2000, kan een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd worden afgegeven indien een onderzoek op de voet van artikel 11 Wobka wordt ingesteld.

3.2.2 Buiten EU en Schengengebied maar zonder MVV-plicht

Als het kind wordt geadopteerd in een land waar geen MVV is vereist,[73] kunnen de ouders direct een aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning indienen zonder dat een MVV dient te worden aangevraagd. Indien het kind beschikt over een geldig reisdocument kan hij Nederland in reizen en kunnen de aspirant adoptiefouders in Nederland overeenkomstig § B3/2.5.2 Vreemdelingencirculaire 2000 een verblijfsvergunning aanvragen. Een dergelijke situatie kan zich voordoen indien het kind uit de Verenigde Staten komt. Zoals al eerder opgemerkt, hanteert de Verenigde Staten het *ius soli-*

[73] Op grond van § B1/4.1.1 Vreemdelingencirculaire 2000 wordt een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd ingevolge art. 17 lid 1 Vreemdelingenwet 2000 niet afgewezen wegens het ontbreken van een geldige MVV, indien het kind de nationaliteit bezit van één van de volgende landen: Australië, Canada, Japan, Liechtenstein, Nieuw-Zeeland, Vaticaanstad, de Verenigde Staten van Amerika of Zuid-Korea (dit geldt ook voor EU-lidstaten en de Schengenlanden, maar deze zullen apart worden behandeld in § 3.2.3).

beginsel met betrekking tot het verlenen van het Amerikaanse staatsburgerschap. Dit betekent dat het kind over een paspoort zal beschikken. Het kind kan derhalve Nederland in reizen.

Op grond van artikel 4.5 Vreemdelingenbesluit 2000 zullen de documenten voor grensoverschrijding gecontroleerd kunnen worden. Indien bij de grensbewaking geen ongewone situatie wordt opgemerkt, kan het kind naar Nederland reizen en zal het verblijf van het kind in Nederland pas duidelijk worden als de adoptiefouders een verblijfsvergunning aanvragen voor het kind, dan wel het kind willen inschrijven bij de gemeentelijke basisadministratie.

3.2.3 EU-landen en Schengengebied

3.2.3.1 Korter dan drie maanden

Een gemeenschapsonderdaan is vrijgesteld van de plicht te beschikken over een geldig MVV[74] en heeft geen verblijfsvergunning nodig om rechtmatig in Nederland te verblijven. Deze personen zijn ingevolge § B10/2.3 Vreemdelingencirculaire 2000 ook niet verplicht zich bij de IND te melden. De gemeenschapsonderdaan ontleent immers zijn verblijfsrecht rechtstreeks aan artikel 18 EG-Verdrag. Een reisdocument is niet vereist, wel dient de gemeenschapsonderdaan in het bezit te zijn van een geldig identiteitsbewijs om zich te kunnen identificeren. Voor EU-onderdanen geldt de uitzondering van grenscontrole zoals beschreven in artikel 4.5 lid 3 Vreemdelingenbesluit 2000. Vreemdelingen met een Schengenvisum zijn verplicht hun reisvisum aan de ambtenaar, belast met grensbewaking, te tonen en te overhandigen. Naast het visum als reisdocument dient de vreemdeling zich ook te kunnen identificeren met een identiteitsbewijs.

3.2.3.2 Langer dan drie maanden

Indien een verblijf van langer dan drie maanden wordt beoogd, dient het kind ingevolge § B10/2.3 Vreemdelingencirculaire 2000 wel bij de IND ter inschrijving aangemeld te worden. Het verblijf van het kind bij de adoptiefouders komt in een dergelijk geval pas aan het licht indien de adoptiefouders het kind inschrijven bij de GBA, dan wel melding maken van het verblijf van het kind in Nederland bij de IND.

[74] § B1/4.1.1 Vreemdelingencirculaire 2000, maar ook § B10/2.2 Vreemdelingencirculaire 2000.

3.3 Definities

3.3.1 'Gewone verblijfplaats' en 'hoofdverblijfplaats'

Het begrip gewone verblijfplaats is beslissend voor de vraag welke regelgeving dient te worden toegepast. Het begrip 'gewone verblijfplaats' wordt gebruikt om aansluiting te vinden bij de in het internationaal privaatrecht gebruikelijke terminologie. Het begrip dient feitelijk te worden ingevuld en dat betekent dat de rechter of ambtenaar van geval tot geval moet nagaan waar de gewone verblijfplaats van alle betrokkenen zich bevindt. Bovendien wordt geprobeerd om het begrip 'hoofdverblijfplaats' uit de Vreemdelingencirculaire 2000 en het begrip 'gewone verblijfplaats' uit de Wobka op dezelfde wijze te interpreteren.[75] Op deze wijze wordt voorkomen dat er leemtes in de wetgeving ontstaan.
Met betrekking tot het begrip 'hoofdverblijfplaats', worden er geen strikte termijnen gehandhaafd. Wel wordt aangenomen dat als een persoon negen maanden ergens heeft gewoond, dat hij/zij aldaar zijn/haar hoofdverblijfplaats heeft.[76] Verdere aanwijzingen voor een verplaatsing van iemands hoofdverblijfplaats zijn onder meer,

- uitschrijving uit de GBA;
- de afmelding bij de belastingdienst wegens vertrek naar het buitenland;
- mededeling aan de vreemdelingenpolitie van vertrek naar het buitenland;
- het nemen van ontslag bij de werkgever of bedrijfsbeëindiging;
- het opzeggen van een bank- of girorekening;
- het laten overmaken van periodieke uitkeringen naar een adres buiten Nederland;
- de afkoop van pensioenrechten;
- de ontruiming van de woning in Nederland en het over de grens brengen van de inboedel; en
- het (onder)verhuren aan derden van de woning in Nederland.[77]

3.3.2 'Met het oog op adoptie'

De Wobka regelt uitsluitend de gevallen waarin een buitenlands kind wordt opgenomen met het oog op een adoptie. Dit betekent dat de Wobka slechts van toepassing is in die gevallen waarin in Nederland wonende ouders al over een buitenlandse adoptie-uitspraak beschikken, alsmede de gevallen waarin zij een kind naar Nederland brengen met het oog op een adoptie in Nederland. Als de plaatsing van het kind in het gezin niet met het oog op adoptie plaatsvindt, dan

---

75 De Heer (*T&C Personen- en familierecht*), art. 11 Wobka; Interviewverslag IND, § 2.
76 Zie Interviewverslag IND, § 2.
77 § B2/5.3.2 Vreemdelingencirculaire 2000.

zijn de regels van de Wobka niet van toepassing. In zo'n geval zullen de regels met betrekking tot pleegouderschap worden toegepast (§ 4 *infra*).

Volgens de islamitische rechtstraditie zijn adoptie en daarmee vergelijkbare rechtsfiguren – waarbij de familierechtelijke betrekkingen met de biologische ouders worden verbroken ten behoeve van verkrijging daarvan door de adoptiefouders – niet toegestaan. Wel zijn andere vormen van kinderbeschermingsmaatregelen toegestaan, waarvan de *kafala* één voorbeeld is. De banden van het kind met de biologische ouders worden gerespecteerd en niet verbroken. *Kafala* omvat meer dan pleegzorg alleen, omdat de *kafil* (de verzorger) het gezag over het kind krijgt. Pleegouders krijgen daarentegen niet het gezag over hun pleegkind. De *kafala* omvat echter minder dan adoptie, omdat er bij de *kafala* geen nieuwe familierechtelijke betrekkingen worden gevestigd.[78] De *kafala* valt om die reden niet onder het HAV. In 2005 heeft de Rechtbank Utrecht bepaald dat een Marokkaanse *kafala* niet gelijk te stellen is met een adoptie naar Nederlands recht en dus niet als zodanig erkend kan worden.[79] Deze uitspraak is ook door het Hof Arnhem in 2008 bevestigd.[80]

3.3.3 Doel van de Wobka

In het kader van draagmoederschap kan de vraag worden gesteld of wensouders onder de reikwijdte van de Wobka dienen te vallen. Deze vraag is door de Rechtbank 's-Gravenhage op 10 december 2007 negatief beantwoord.[81] In dit geval was de minderjarige een Britse burger. De verzoeker had zowel de Nederlandse als de Oostenrijkse nationaliteit en de verzoekster slechts de Oostenrijkse nationaliteit. Nu de minderjarige buiten Nederland was geboren en de Nederlandse nationaliteit niet bezat, stelde de rechter vast dat de Wobka naar de letter van de wet van toepassing was. Desalniettemin was de rechtbank van oordeel dat de wet niet van toepassing is in die gevallen waarin een in het buitenland geboren minderjarige vanwege de toepassing van hoogtechnologisch draagmoederschap genetisch volledig afkomstig is van de in Nederland gevestigde aspirant-adoptiefouders.

Hoewel deze redenering stand lijkt te houden, levert deze uitspraak geen duidelijkheid op ten opzichte van de andere vormen van draagmoederschap. Hoogtechnologisch draagmoederschap kan ook ontstaan met behulp van een donoreicel of donorsperma. Dit betekent dat de wensouders niet beiden genetisch verwant hoeven te zijn met het kind.

---

78 Rutten & Saarloos 2007, p. 300-309.

79 Rb. Utrecht 5 oktober 2005, *LJN* AU8343, *JPF* 2006, 73.

80 Hof Arnhem 18 november 2008, *LJN* BG5709. Deze positie is vervolgens opnieuw bevestigd door de Staatssecretaris van Justitie, *Kamerstukken II* 2009/10, 27 062, nr. 64, p. 13-14.

81 Rb. 's-Gravenhage 10 december 2007, *LJN* BC5651.

De Rechtbank 's-Gravenhage besteedt in bovengenoemde procedure geen aandacht aan de vraag of de Wobka ook buiten toepassing moet blijven indien slechts één van de wensouders genetisch verwant is met het kind. Vallen deze gevallen nu juist wel of juist niet onder de Wobka? Bovendien zou de redenering van de rechtbank tot de conclusie kunnen leiden dat de Wobka wel van toepassing is wanneer beide wensouders niet genetisch verwant zijn met het kind, maar deze conclusie wordt niet uitdrukkelijk getrokken. Deze vraag is echter uitermate belangrijk omdat, zoals uit het *Californische* en *Indiase* recht blijkt, het mogelijk is dat ook in geval beide wensouders niet genetisch met het kind verwant zijn, zij toch gelijk als ouders op de geboorteakte worden vermeld. De vraag rijst of in een dergelijk geval de adoptiewetgeving alsnog dient te worden toegepast.

Uit het Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen van de Raad voor de Kinderbescherming blijkt echter dat zij een ander uitgangspunt hanteren dan dat van de Rechtbank 's-Gravenhage, namelijk:

> "Wanneer het gaat om wensouders die woonachtig zijn in Nederland en een draagmoeder, die in het buitenland woonachtig is en/of in het buitenland bevalt, is de wet- en regelgeving voor interlandelijke adoptie van toepassing. Het opnemen van een buitenlands kind ter adoptie in het gezin zonder beginseltoestemming (zie Protocol Adoptie en Screening: hoofdstuk 3.1 over interlandelijk adoptie) is strafbaar (art. 28 Wobka). Wanneer de Raad hiervan kennisneemt is het uitgangspunt dat hiervan aangifte wordt gedaan (conform de Richtlijn aangifte strafbare feiten)."[82]

Van informatie, verkregen via de Raad voor de Kinderbescherming, is duidelijk dat dit uitgangspunt is gebaseerd op de in 2009 bestaande bekende praktijk waarbij het ging om geboorteaktes waarbij de draagmoeder als moeder op de akte is vermeld. Hoewel er in het bovenstaande citaat geen onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen de verschillende gradaties van genetische verwantschap tussen de wensouders en het kind, is dit in de praktijk niet het geval. In de praktijk werkt de Raad voor de Kinderbescherming bij hoogtechnologische draagmoederschapsprocedures met eigen genetisch materiaal in het buitenland, waarbij de draagmoeders/ouders op de geboorteakte vermeld worden, met dezelfde voorwaarden als die bij een hoogtechnologisch draagmoederschap met eigen materiaal in Nederland.[83]

---

82 Raad voor de Kinderbescherming 2009, p. 10, § 3.1.

83 Het protocol wordt in medio 2011 herzien om deze praktijk te reflecteren.

3.4 Plan van behandeling

Uit de vier landenrapporten is naar voren gekomen dat als de wensouders niet gelijk op de geboorteakte kunnen of mogen worden geschreven, zij vaak over moeten gaan tot adoptie. In alle vier landenrapporten wordt adoptie genoemd als een mogelijkheid die openstaat voor wensouders die gebruik hebben gemaakt van draagmoederschapscontructies. Bovendien, zoals al eerder opgemerkt,[84] lijkt er bij de meerderheid van de illegale opnemingen in Nederland sprake te zijn van een adoptie die niet conform de uitgangspunten en regelgeving van het IVRK, het HAV of de Wobka is verlopen. Dit onderdeel zal de relevante regelgeving met betrekking tot de erkenning van buitenlandse adoptie-uitspraken behandelen. Er dient een drieledig onderscheid te worden gemaakt.

Ten eerste dient een onderscheid te worden gemaakt op grond van de vraag of het HAV wel of juist niet van toepassing is. Is het verdrag van toepassing dan dient de erkenning van de buitenlandse adoptiebeslissing op basis van dit Verdrag te worden getoetst (§ 3.5). Ten tweede dient een onderscheid te worden gemaakt op grond van de woonplaats van de aspirant-adoptiefouders ten tijde van het verzoek tot de adoptie alsmede ten tijde van de adoptie-uitspraak. Indien de aspirant-adoptiefouders zich in Nederland bevinden op de relevante peildata dan dient artikel 7 Wcad te worden toegepast (§ 3.6). En ten slotte, indien de aspirant-adoptiefouders zich buiten Nederland bevinden dan geschiedt de erkenning van de adoptie op grond van artikel 6 Wcad (§ 3.7).

3.5 Adopties conform HAV

Het HAV is een van de meeste succesvolle Haagse verdragen. Momenteel zijn er 83 verdragsluitende staten partij bij dit verdrag. Het verdrag kent in artikel 23 een ruime erkenningsregel. Een adoptie ten aanzien waarvan de bevoegde autoriteit van de Staat waar de adoptie heeft plaatsgevonden schriftelijk heeft verklaard dat zij in overeenstemming met het Verdrag tot stand is gekomen, wordt in de andere Verdragsluitende Staten van rechtswege erkend.

Dit erkenningsregime geldt ook voor adopties die buiten Nederland tot stand zijn gekomen.[85] Hierbij dient te worden opgemerkt dat een land een verdragsluitend land kan zijn, maar toch adopties kan uitspreken die om de een of andere reden niet onder de reikwijdte van het Verdrag vallen. Bijvoorbeeld omdat het Verdrag nog niet in werking was getreden (temporeel toepassingsgebied)[86] of dat het een adoptie-uitspraak betreft die niet onder de

---

84 Zie *supra* § 3.1.

85 Dit is bovendien benadrukt door art. 14 lid 2 Wobka waarin staat dat de regels van de Wobka buiten toepassing blijven indien de adoptie tot stand is gekomen in overeenstemming met de voorwaarden van het HAV.

86 Bijv. met betrekking tot adopties uit China: Rb. Roermond 4 maart 2008, *LJN* BH6462, *JPF* 2009, 101, m.nt. Curry-Sumner.

materiële werkingsfeer van het Verdrag valt (materieel toepassingsgebied, bijvoorbeeld een binnenlandse adoptie).[87]

3.6 Ouders hebben gewone verblijfplaats binnen Nederland

3.6.1 Inleiding

Artikel 7 Wcad ziet op de buitenlandse adoptie-uitspraken die worden gegeven in landen die niet aangesloten zijn bij het HAV. Bovendien geldt dit artikel slechts als de aspirant-adoptiefouders hun gewone verblijfplaats in Nederland hebben zowel ten tijde van het verzoek tot adoptie als ten tijde van de adoptie-uitspraak. In deze gevallen komt de adoptie-uitspraak niet in aanmerking voor erkenning van rechtswege door de ambtenaar van de burgerlijke stand of de GBA ambtenaar. Integendeel, deze adoptie-uitspraak moet worden voorgelegd aan de Nederlandse rechter. Hoewel deze drempel hoger is dan bij adopties die onder de reikwijdte van artikel 6 Wcad of het HAV vallen, hoeven deze adopties niet opnieuw te worden uitgesproken. In die zin is artikel 7 Wcad wel een begunstiging ten opzichte van de situatie voor de inwerkingtreding van de Wcad.

3.6.2 Voorwaarden

Op grond van artikel 7 lid 1 onder a Wcad mag een buitenlandse adoptie-uitspraak slechts worden erkend indien de bepalingen van de Wobka in acht zijn genomen. Dit betekent dat aspirant-adoptiefouders die in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben en een kind uit een niet-HAV land willen adopteren (of een kind adopteren uit een HAV land maar dat buiten de toepassing van het HAV valt),[88] aan de voorwaarden van de Wobka moeten hebben voldaan. Alleen dan kan de buitenlandse adoptie in Nederland worden erkend.

3.6.2.1 Beginseltoestemming

Een centrale voorwaarde in de Wobka is dat de aspirant-adoptiefouders over een geldige beginseltoestemming moeten beschikken.[89] Indien ouders niet over een beginseltoestemming beschikken en toch een kind naar Nederland halen, kunnen zij gestraft worden met een geldboete van de derde categorie.[90] Bovendien kan de rechter, mede op grond van artikel 36e Sr, de verplichting opleggen tot ontneming van het voordeel dat betrokkene door of uit het strafbare feit heeft verkregen. Onder voordeel zou kunnen worden verstaan de kostenbesparing die

---

87 Bijv. met betrekking tot adopties door paren van hetzelfde geslacht uit de Verenigde Staten: Mens 2009.

88 Bijv. een paar van gelijk geslacht die een kind uit de Verenigde Staten willen adopteren.

89 Art. 2 Wobka.

90 Art. 28 lid 1 Wobka. Sinds 1 januari 2008 staat dit gelijk aan € 7.400.

de aspirant-adoptiefouders hebben verkregen door deze route te volgen.[91] Niet duidelijk is of het ontnemen van het voordeel zou kunnen leiden tot een uithuisplaatsing, aangezien de aspirant-adoptiefouders een kind op illegale wijze naar Nederland hebben gebracht en daarvoor 'voordeel' hebben gekregen door de lange wachtlijsten te hebben kunnen omzeilen.

Indien aspirant-adoptiefouders geen beginseltoestemming hebben en toch een kind in het buitenland adopteren hebben zij in strijd gehandeld met de Nederlandse regelgeving. Dit brengt met zich dat de buitenlandse adoptie-uitspraak vaak in Nederland niet zal worden erkend.[92]

3.6.2.2 Bemiddeling door vergunninghouder

Een van de andere voorwaarden die in de Wobka zijn neergelegd, is dat in Nederland wonende aspirant-adoptiefouders gebruik moeten maken van de bemiddelingsactiviteiten door één van de vergunninghouders.[93] Dit betekent dat particuliere personen of organisaties die geen vergunninghouder zijn niet mogen bemiddelen voor in Nederland wonende ouders die een kind uit het buitenland willen adopteren. Er dient hierbij een onderscheid te worden gemaakt tussen twee verschillende mogelijkheden, namelijk volledige bemiddeling en deelbemiddeling:[94]

a. *Volledige bemiddeling* houdt in dat de hele adoptieprocedure in de handen van de Nederlandse vergunninghouder ligt. De aspirant-adoptiefouders hebben geen contact met het adoptiebureau in het buitenland en zij hebben geen keuze ten aanzien van het bureau dat in het buitenland bij de adoptie van het kind wordt betrokken.

b. *Deelbemiddeling* houdt in dat aspirant-adoptiefouders zelf een contact in het buitenland moeten zoeken. Op het moment dat zij een adoptiebureau hebben gevonden dat bereid is om mee te werken aan een interlandelijke adoptie, moeten de aspirant-adoptiefouders alle gegevens over dit bureau aan een Nederlandse vergunninghouder doorgeven. De Nederlandse vergunninghouder controleert de 'zuiverheid en zorgvuldigheid van handelen' van het contact. Het buitenlandse contact krijgt vervolgens van de Centrale Autoriteit een brief toegezonden met daarin de basisbeginselen waaraan een adoptie volgens de Nederlandse regels moet voldoen. Deze zogenoemde 'voorwaardenbrief' moet door het buitenlandse contact

91 De Heer (*T&C Personen- en Familierecht*), art. 28 Wobka.
92 Zie bijv. Rb. Zwolle 30 juni 2003, *LJN* AI0668. Dan kan een verzoek tot adoptie naar Nederlands recht wel worden toegewezen, zie § 3.8.2.
93 Zie bijv. art. 8 Wobka.
94 Deze definities zijn te vinden in Curry-Sumner & Vonk 2009.

worden getekend, zodat het voor alle partijen duidelijk is dat het buitenlandse contact bij de adoptie naar deze basisbeginselen zal handelen.

Aspirant-adoptiefouders die de regels van artikel 7a Wobka met betrekking tot deelbemiddeling op een legale wijze hanteren, vallen hierdoor niet onder het begrip 'illegale opneming'. Illegale opneming betekent slechts dat een kind opgenomen is in een gezin in Nederland in strijd met de relevante wetgeving. Dit kan zowel bij volledige als bij deelbemiddeling het geval zijn. Bovendien moet hier ook worden opgemerkt dat illegale opneming ook betrekking kan hebben op Haags Verdrag adopties waarbij de verdragsregels niet in acht zijn genomen.

3.6.3 Openbare orde-toets

Op grond van artikel 7 lid 1 onder c jo. artikel 6 lid 2 onder c Wcad kan erkenning van een buitenlandse adoptie-uitspraak worden geweigerd, indien de erkenning van de beslissing kennelijk in strijd zou zijn met de Nederlandse openbare orde. Voor zover bekend, worden adopties die volgens de Wobka tot stand zijn gekomen altijd erkend op grond van de Wcad. Gebruik van de openbare orde-toets lijkt in dit kader zeer zelden voor te komen.

3.7 Ouders hebben gewone verblijfplaats buiten Nederland

3.7.1 Inleiding

Als aspirant-adoptiefouders hun gewone verblijfplaats buiten Nederland hebben zowel ten tijde van het verzoek tot adoptie als ten tijde van de adoptie-uitspraak, dan geldt artikel 7 Wcad niet. Uit de interviews is naar voren gekomen dat aspirant-adoptiefouders vaak reizen naar een land waar zij zelf een band mee hebben. De meest voorkomende situatie is dat aspirant-adoptiefouders een kind adopteren in een land waarvan zij zelf de nationaliteit hebben.[95] De adoptie wordt dan aangemerkt als een nationale adoptie, dit gebeurt bijvoorbeeld veel in Indonesië en Ghana. Bovendien, als de aspirant-adoptiefouders voor een langere periode in een land wonen, kunnen zij ook vaak via een nationale adoptieroute een kind adopteren.

3.7.2 Voorwaarden voor erkenning

In het geval dat de aspirant-adoptiefouders zowel ten tijde van het verzoek tot adoptie als ten tijde van de adoptie-uitspraak hun gewone verblijfplaats buiten Nederland hebben zal er gekeken moeten worden of aan de voorwaarden van artikel 6 Wcad is voldaan. Artikel 6 bevat een ruim erkenningsregime. De gedachte is dat de band met het buitenlandse rechtstelsels dusdanig groot is en

[95] Interviewverslag Kouwenhoven, §2; Interviewverslag Kidjan, §3.

de band met Nederland te gering om de adoptie nogmaals te toetsen. Deze benadering brengt met zich dat de buitenlandse adoptie-uitspraak ingeschreven kan worden door een gemeente ambtenaar.

Op grond van artikel 6 lid 1 onder a Wcad wordt een buitenlandse adoptie-uitspraak in Nederland van rechtswege erkend, indien zij is uitgesproken door een ter plaatse bevoegde autoriteit, waar zowel de aspirant-adoptiefouders als het kind hun gewone verblijfplaats hadden. Het afschrift van de buitenlandse adoptie-uitspraak wordt als uitgangspunt genomen.[96]

In artikel 6 lid 2 Wcad wordt een drietal weigeringsgronden genoemd. Twee van deze weigeringsgronden zijn gelijk aan de gronden die worden vermeld in artikel 9 en 10 Wca, namelijk dat er kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan aan de beslissing[97] of dat er sprake is van een schijnhandeling.[98] Aangezien de reikwijdte van deze voorwaarden hetzelfde is, worden deze voorwaarden hier niet expliciet behandeld.

3.7.3 Openbare orde-toets

Op grond van artikel 6 lid 2 onder c Wcad kan erkenning worden afgewezen, indien de erkenning kennelijk in strijd is met de openbare orde. De openbare orde-exceptie dient restrictief te worden toegepast.[99]

3.7.4 Toepassing van de Wobka

Op grond van artikel 14 Wobka blijven de regels van de Wobka[100] buiten toepassing indien het buitenlandse kind, na opneming door de aspirant-adoptiefouders in een periode waarin zij hun gewone verblijfplaats in het buitenland hebben, door hen gedurende ten minste een jaar aldaar is verzorgd en opgevoed. Twee verschillende situaties kunnen zich voordoen. Ten eerste kan de adoptie-uitspraak in het buitenland nog niet zijn uitgesproken, maar de aspirant-adoptiefouders hebben ten minste een jaar voor het kind in het buitenland gezorgd. Dit komt vaak voor in landen waarin aspirant-adoptiefouders eerst een ondertoezicht gestelde proefperiode moeten doorlopen voordat de adoptie-uitspraak definitief wordt uitgesproken. Ten tweede kan de adoptie-uitspraak wel in het buitenland zijn uitgesproken in een periode waarin de adoptiefouders hun gewone verblijfplaats in het buitenland hadden.

Wanneer het buitenlandse kind, na opneming door aspirant-adoptiefouders in een periode waarin zij minder dan één jaar hun gewone

---

96 Frohn (*T&C Personen- en Familierecht*), art. 6 Wcad, aant. 1.
97 Vgl. art. 9 lid 1 onder b Wca en art. 6 lid 2 onder a Wcad.
98 Vgl. art. 10 lid 2 onder c Wca en art. 6 lid 3 Wcad.
99 Frohn (*T&C Personen- en Familierecht*), art. 6 Wcad, aant. 2.
100 Van belang is met name de verplichting om een beginseltoestemming te verkrijgen alvorens een buitenlands kind te kunnen adopteren op grond van art. 2 Wobka.

verblijfplaats in het buitenland hadden, naar Nederland komt, dan gelden de voorwaarden van artikel 11 tot en met 13 Wobka. Op basis van deze artikelen wordt na kennisneming ambtshalve een gezinsonderzoek gestart op grond van artikel 5 Wobka. Dit artikel strekt tot doel te voorkomen dat in Nederland wonende aspirant-adoptiefouders voor een korte periode naar het buitenland verhuizen om aldaar een kind te adopteren om vervolgens weer terug te keren naar Nederland. Hierdoor zouden aspirant-adoptiefouders de Nederlandse adoptiewetgeving kunnen omzeilen.

3.8 Gevolgen van strijdigheid met Wobka of Wcad

Bovenstaande uiteenzetting toont aan dat er soms in strijd wordt gehandeld met de toepasselijke regelgeving. Het is moeilijk in te schatten hoe vaak dit voorkomt. Uit de onderzochte jurisprudentie en de informatie die in de interviews is verstrekt, komt naar voren dat aspirant-adoptiefouders of wensouders (in geval van een draagmoederschap) in strijd handelen met de Nederlandse voorschriften. Bovendien zijn er volgens het Ministerie van Justitie in 2006 minstens tien pogingen gedaan om een kind illegaal uit het buitenland te adopteren.[101] Hierdoor worden de Nederlandse Centrale Autoriteit, Nederlandse rechters en ambtenaren steeds vaker voor voldongen feiten geplaatst. De vereiste beginseltoestemming van de Wobka kan bijvoorbeeld ontbreken. De vraag rijst vervolgens hoe men moet oordelen als aspirant-adoptiefouders in strijd hebben gehandeld met de desbetreffende voorwaarden van de Wobka, terwijl het kind al in Nederland bij de aspirant-adoptiefouders verblijft. Verschillende oplossingen zijn tot dusverre in de jurisprudentie waarneembaar.

Alvorens in te gaan op de verschillende mogelijkheden dient te worden opgemerkt dat niet altijd duidelijk is of aspirant-adoptiefouders doelbewust of onbewust in strijd handelen met de desbetreffende regelgeving. Uit de afgelegde interviews en de informatie uit de expertmeeting is een gevarieerd beeld ontstaan waarin verschillende actoren elkaars standpunten betwisten.[102] Het lijkt verdedigbaar te stellen dat een deel van de groep aspirant-adoptiefouders doelbewust in strijd handelt met de adoptiewetgeving, terwijl een andere groep onbewust de regels overtreedt. Wat de precieze verhouding is tussen deze twee groepen is niet te achterhalen.

Hieronder komen de opties in geval van strijdigheid met de Wobka of de Wcad die in de jurisprudentie zijn aangetroffen aan de orde: de buitenlandse adoptie wordt toch erkend (§ 3.8.1), de buitenlandse adoptie wordt niet erkend, maar er wordt een adoptie onder Nederlands recht uitgesproken (§ 3.8.2), de aspirant-adoptiefouders krijgen voogdij (§ 3.8.3), het kind woont bij aspirant-adoptief ouder(s) maar zij krijgen geen voogdij (§ 3.8.4), het kind wordt bij de

[101] Vlaardingerbroek 2008, p. 54-68.
[102] Interviewverslag Kidjan, § 1; Expertmeeting, § 3 (zie bijlagen).

aspirant-adoptiefouders weggehaald (§ 3.8.5.) en ten slotte er wordt geen maatregel getroffen (§ 3.8.6).

3.8.1 Buitenlandse adoptie wordt toch erkend

Ondanks het feit dat niet aan de relevante voorwaarden is voldaan, zou de rechter toch kunnen beslissen om de buitenlandse adoptie-uitspraak te erkennen. Een recent voorbeeld van deze oplossing is te vinden in de uitspraak van de Rechtbank Maastricht van 15 december 2009.[103] Partijen bezaten zowel de Nederlandse als de Turkse nationaliteit. Hoewel de beginseltoestemming verlopen was, hebben partijen een kind uit Turkije geadopteerd. De rechtbank te Denizli in Turkije heeft de adoptie uitgesproken met toepassing van het HAV, maar geen adoptiecertificaat als bedoeld in artikel 23 afgegeven. De Rechtbank Maastricht bepaalt ingevolge artikel 7 lid 1 Wcad dat een buitenlandse beslissing in Nederland kan worden erkend indien is voldaan aan de voorwaarden die in het artikel zijn opgenomen. Vast staat dat verzoekers niet in het bezit waren van een geldige beginseltoestemming op het tijdstip van de adoptie-uitspraak. De rechtbank is echter van oordeel dat het belang van het kind thans met zich meebrengt dat de adoptie moet worden erkend. Daartoe wordt overwogen dat het kind met toestemming van de Turkse autoriteiten een band heeft opgebouwd met de verzoekers en in gezinsverband met de verzoekers heeft geleefd. Uit het onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming blijkt dat de verzoekers zich volledig inzetten voor de verzorging en opvoeding van het kind. Ten slotte heeft de rechtbank geen aanleiding gevonden om aan de goede trouw van verzoekers te twijfelen.

3.8.2 Geen erkenning, maar adoptie wordt alsnog in Nederland uitgesproken

Een gangbare oplossing lijkt dat de Nederlandse rechter de erkenning van de buitenlandse adoptie afwijst, maar toch een adoptie uitspreekt op grond van het Nederlandse recht. In deze gevallen geeft de Nederlandse rechter toch een signaal af dat er in strijd is gehandeld met de Nederlandse adoptie voorschriften. In deze gevallen wordt veelal gerefereerd aan het belang van het kind. Het kind woont al met de aspirant-adoptiefouders en wordt door hen opgevoed en verzorgd. Een hernieuwde adoptie naar Nederlands recht lijkt te worden toegepast ongeacht of het kind wel[104] of niet[105] over een geldige verblijftitel beschikt voor haar of zijn verblijf in Nederland. Bovendien lijkt strijdigheid met internationale regelgeving (bijv. het HAV en het IVRK) evenmin in de weg te staan van het uitspreken van een adoptie naar Nederlands recht.[106] Deze

[103] Rb. Maastricht 15 december 2009, *LJN* BK8066, *JPF* 2010, 83, m.nt. Curry-Sumner.
[104] Bijv. Rb. Breda 2 maart 2007, *LJN* BA0698.
[105] Rb. Haarlem 28 oktober 2004, *LJN* AR5562.
[106] Rb. Haarlem 11 september 2007, *LJN* BB4416 (in vervolg op Rb. Haarlem 6 maart 2007, *LJN* BB4414).

benadering lijkt ook steun te vinden in uitspraken waarin de rechter niet eens nagaat of de buitenlandse adoptie-uitspraak moet worden erkend.[107] In deze gevallen zou erkenning van de buitenlandse adoptie-uitspraak geen gevolg hebben voor de nationaliteit van de minderjarige. De rechter geeft aan dat vanwege 'proceseconomische redenen' het verzoek tot adoptie op grond van het Nederlands recht als eerste wordt behandeld.[108]

Vaak nadat de rechter zijn kritiek over de gang van zaken heeft uitgesproken, verwijst hij/zij naar het 'belang van het kind' en spreekt de adoptie alsnog uit naar Nederlands recht. In sommige uitspraken wordt uitdrukkelijk stilgestaan bij de verschillende factoren die een rol hebben gespeeld bij de vraag of het toewijzen van het verzoek tot het uitspreken van de adoptie op grond van Nederlands recht dient te worden gehonoreerd. Een voorbeeld hiervan is een adoptie door ervaren pleegouders van een kind uit Mongolië. De Rechtbank Groningen achtte adoptie door deze aspirant-adoptiefouders in het belang van het kind, ondanks het feit dat er niet conform de Wobka was gehandeld. Stichting Nidos pleitte ook voor toekenning van het verzoek op grond van de volgende redenen:

- ouders laten zien niet voor deze kinderen te kunnen/willen zorgen;
- kinderen geven voorkeur aan verblijf bij pleegouders (blijkt uit gedrag;
- pleegouders zijn bekend met de kinderen;
- pleegouders zijn geschikt en maken een goede indruk op de voogd.
- Pleegouders staan open voor de biologische ouders en de afkomst van de kinderen;
- voor de ontwikkeling van deze kinderen is duidelijkheid en veiligheid van belang: adoptie biedt deze duidelijkheid en veiligheid.

Bovendien heeft de rechtbank gesteld dat:

> "Nu het met de procedure inzake beginseltoestemming gediende belang, in het bijzonder het belang van te adopteren buitenlandse kinderen, in dit bijzondere geval op andere wijze wordt gediend en verzekerd is, zal de rechtbank in het voetspoor van de Raad voor de Kinderbescherming vaststellen dat datgene wat de procedure inzake een beginseltoestemming beoogt toe te voegen aan de regels in het Burgerlijk Wetboek gesteld voor adoptie, in dit geval al is en wordt bereikt langs andere weg, nu het gaat om pleegouders die zich goed op de kinderen en hun eigen achtergrond instellen en open staan voor

[107] Rb. 's-Gravenhage 24 januari 2007, *LJN* AZ8827.

[108] Deze benadering is methodologisch niet correct. Op grond van art. 25 Rv dient de rechter het internationaal privaatrecht ambtshalve toe te passen, inclusief de erkenning van vreemde vonnissen. Indien de buitenlandse adoptie-uitspraak in aanmerking komt voor erkenning, dan kan niet opnieuw een adoptie worden uitgesproken.

> de biologische ouders en de bijzondere aspecten samenhangend met de afkomst van de kinderen."[109]

Een andere factor om opnieuw een adoptie naar Nederlands recht uit te spreken kan zijn dat één van de aspirant-adoptiefouders is komen te overlijden.[110]

3.8.3 Geen erkenning, wel voogdij

Uit het jurisprudentieonderzoek is geen geval bekend waarin een verzoek tot erkenning van een buitenlandse adoptie-uitspraak is afgewezen, maar de rechter de verzoeker of verzoekster wel benoemde tot voogdes van het kind. Een vergelijkbaar geval heeft zich wel in het Nederlandse materiële recht voorgedaan, waardoor het spiegelbeeld in een internationaal privaatrechtelijk scenario niet ondenkbaar is. In casu werd een kind uit Indonesië naar Nederland gehaald. De geboorteakte werd echter gefalsificeerd. Hoewel het kind bij de verzoekster woont, is er in strijd gehandeld met de adoptieregelgeving. De vertegenwoordigers van de Raad voor de Kinderbescherming gaven aan dat:

> "Het belang van het nakomen van de wettelijke verplichtingen en richtlijnen betreffende adoptie dient niet te wijken voor de positieve ontwikkeling van [kind]. De raad is verder van mening dat hij geen positief advies kan geven vanuit het oogpunt van zijn maatschappelijke verantwoordelijkheid ten opzichte van andere buitenlandse adoptiefkinderen."[111]

Omdat de biologische moeder van het kind niet bekend was en de juridische moeder te kennen had gegeven niets met het kind te maken te willen hebben, was er sprake van een gezagsvacuüm, waarin volgens de raad kon worden voorzien door benoeming van verzoekster tot tijdelijk voogdes op grond van het bepaalde in artikel 1:253q lid 3 jo. 1:253r BW. De rechter heeft dit verzoek ingewilligd.

3.8.4 Geen erkenning of voogdij bij wensouders, maar wel pleegouderschap bij wensouders en voogdij bij Bureau Jeugdzorg

In deze situatie wordt de buitenlandse adoptie niet erkend en verzoekers worden ook niet belast met de voogdij. In dergelijke gevallen zal de voogdij moeten rusten bij Bureau Jeugdzorg, hoewel de dagelijkse zorg van het kind toch vaak bij de aspirant-adoptiefouders zal rusten. Artikel 10 Wobka geeft de rechter de bevoegdheid om deze weg te bewandelen.[112] Indien er in strijd met artikel 2

---

109 Rb. Groningen 9 november 2004, *LJN* AS4787, onder 2, 5e alinea.
110 Rb. Leeuwarden 9 februari 2005, *LJN* AS9135 en Rb. Assen 15 juni 2005, *LJN* AT7617.
111 Rb. Roermond 28 mei 2008, *LJN* BD4808, r.o. 2.4.
112 Doek (*GS Personen- en Familierecht*), art. 1:241 BW, aant. 4.

Wobka is gehandeld, kan een stichting worden belast met de voorlopige voogdij over de minderjarige, tenzij dit niet verenigbaar is met het belang van het kind.[113] De Hoge Raad gaat zover dat het kind bij het echtpaar mag blijven indien dit in het belang van het kind is, ook al zou bijvoorbeeld overplaatsing van dit kind naar een ander gezin geen ernstig risico opleveren in die zin dat het kind zou worden blootgesteld aan lichamelijk of geestelijk gevaar.[114] Twee recente voorbeelden waar voor het toekennen van pleegouderschap werd gekozen laten zien welke maatstaven worden aangelegd.

De eerste uitspraak betreft een zaak waarin geen sprake was van een draagmoederschap of illegale opneming. Deze uitspraak is echter wel relevant gezien de route die door de rechter wordt bewandeld. Een man en zijn vrouw hadden de beginseltoestemming ontvangen van de Minister van Justitie voor het opnemen van een buitenlands kind ter adoptie. Op 12 januari 2010 werd Haïti getroffen door een aardbeving. Hoewel er geen adoptie-uitspraak was, was de adoptieprocedure in Haïti van een kind door de man en zijn vrouw bijna rond. Eén dag voor de aardbeving is de vrouw echter komen te overlijden. Op 21 januari 2010 is het kind naar Nederland gekomen. Aangezien niet in het gezag was voorzien, werd een procedure gestart op grond van artikel 1:253q en 1:253r BW. De Raad voor de Kinderbescherming heeft verzocht de Stichting Nidos tot voogd te benoemen, terwijl de man zelf tot voogd benoemd wilde worden. Sinds 21 januari 2010 wordt het kind door de man verzorgd. Uit de rapportage van Stichting Nidos is gebleken dat de man in de afgelopen periode in staat is geweest voldoende aandacht, begeleiding en liefde te geven aan het kind. Stichting Nidos acht de man daarom in staat de voogdij op zich te nemen. De Raad voor de Kinderbescherming stelt echter dat de man zich in een zeer fragiele situatie bevindt. De Raad gaat er vanuit dat het kind door de man moet worden opgevoed, maar dat hij de noodzakelijke hulp en begeleiding voor zichzelf en het kind zal dienen te accepteren. De rechtbank was van oordeel dat de houding van de man te positief was. De rechtbank acht de kans aanwezig dat de man op enig moment niet optimaal zal functioneren als opvoeder. Naar het oordeel van de rechtbank was de situatie van de man onvoldoende stabiel. De rechtbank belast de Stichting Nidos daarom met de voogdij op grond van artikel 1:253q en 1:253r BW, maar laat het kind bij de man wonen.[115]

In een tweede geval ging het om een adoptie uit Ghana. De aspirant-adoptiefouders bezitten de Duitse nationaliteit en de minderjarige bezit de Ghanese nationaliteit. De aspirant-adoptiefouders hadden hun permanente woonplaats in Nederland. De adoptie werd ten gunste van de aspirant-adoptiefouders op 22 januari 2010 uitgesproken door de *High Court* te Accra,

[113] Art. 10 lid 1 Wobka.
[114] HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 317.
[115] Rb. Utrecht 29 april 2010, *LJN* BM2770, *JPF* 2010, 102, m.nt. Curry-Sumner.

Ghana. Op 25 maart 2010 is de adoptiefmoeder naar Nederland gekomen. De rechtbank stelt vast dat artikel 2 Wobka in een dergelijk geval van toepassing is. Aangezien aspirant-adoptiefouders niet over een beginseltoestemming beschikken, dient krachtens artikel 10 Wobka een stichting als bedoeld in art. 1 onder f Wet op de jeugdzorg te worden belast met de voorlopige voogdij. De rechtbank heeft BJZ met de voorlopige voogdij over het kind belast. Nu er geen feiten en omstandigheden zijn aangevoerd of zijn gebleken die thans de conclusie rechtvaardigen dat uithuisplaatsing van de minderjarige noodzakelijk is, heeft de rechter besloten dat BJZ niet over mag gaan tot uithuisplaatsing zonder voorafgaande rechterlijke toestemming.

3.8.5 Geen erkenning, voogdij of pleegouderschap bij wensouders en uithuisplaatsing van kinderen

In een recent voorbeeld heeft de niet-erkenning van een buitenlandse adoptie verstrekkende gevolgen. De adoptiefouders zijn met elkaar gehuwd.[116] In augustus 2008 hebben zij beginseltoestemming gekregen van het Ministerie van Justitie. Op 17 januari 2010 hebben zij twee kinderen uit een kindertehuis in Haïti in hun gezin opgenomen. De adoptieprocedure heeft versneld plaatsgevonden in verband met de zware aardbeving die dat jaar had plaatsgevonden. In februari 2010 zijn de ouders uit elkaar gegaan. De kinderen verblijven in de echtelijke woning, waar de adoptiefouders, afzonderlijk van elkaar, om de week verbleven. De Haïtiaanse adoptie is (nog) niet door de Nederlandse rechter erkend. Op 23 juni 2010 heeft de Rechtbank Leeuwarden BJZ benoemd tot voogd over beiden kinderen en heeft aan BJZ alle bevoegdheden ten aanzien van de persoon en het vermogen van de minderjarigen toegekend. De vrouw heeft hoger beroep ingesteld tegen deze beschikking.

In een beschikking in het incident inzake de schorsing van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad is het hof met de rechtbank van oordeel dat de Haïtiaanse adoptie weliswaar het rechtsgevolg heeft dat de adoptiefouders naar Haïtiaanse recht het gezag over de kinderen hebben verkregen, maar dat een erkenning van de adoptie door een Nederlandse rechter noodzakelijk is om te bewerkstelligen dat deze adoptie-uitspraak ook in Nederland rechtsgevolg heeft. Artikel 8 Wcad bepaalt dat de erkenning van een buitenlands gegeven adoptiebeslissing tevens de erkenning van (onder meer) het gezag met zich brengt. Mede op grond van de memorie van toelichting bij de Wcad, oordeelt de rechtbank dat er eerst sprake moet zijn van een erkenning van een buitenlandse adoptie voordat het gezag bij de adoptiefouders naar Nederlands recht kan rusten. Het hof wijst het verzoek van de vrouw af en bekrachtigt de beschikking van de rechtbank.

---

[116] Hof Leeuwarden 1 juli 2010, *LJN* BN2029, *JPF* 2010, 102, m.nt. Curry-Sumner.

Op 24 juni 2010 heeft de aspirant-adoptiefmoeder hoger beroep ingesteld bij het hof. Op 2 december 2010 heeft het hof uitspraak gedaan.[117] Ten aanzien van de erkenning van de Haïtiaanse adoptie stelt het hof vast dat de erkenning van de adoptie op grond van artikel 7 lid 1 onder b dient te worden beoordeeld. De vraag rijst of de erkenning van de Haïtiaanse adoptie in het belang van het kind is, waarbij de vraag zich voordoet op welk tijdstip dit moet worden beoordeeld: ten tijde van de adoptie-uitspraak of ten tijde van de beslissing omtrent de erkenning van de adoptie. Het hof stelt vast dat het gaat om het tweede moment. Na een belangenafweging te hebben gemaakt, besluit het hof dat erkenning van de Haïtiaanse adoptie niet in het belang van het kind zou zijn. Als gevolg van de beslissing om de Haïtiaanse adoptie niet te erkennen, moest het hof ook voorzien in het gezag over de kinderen. BJZ werd met de voogdij belast.

3.8.6 Geen erkenning, geen voogdij, geen maatregel

Als het kind zich al in Nederland bevindt, dan lijken de belangen anders te moeten worden afgewogen dan in het geval het kind zich nog in het buitenland bevindt. Het Hof Leeuwarden heeft bepaald dat indien het kind zich in het buitenland bevindt ten tijde van het verzoek tot erkenning van een adoptie waar in strijd is gehandeld met de Wobka, de adoptie in Nederland niet zal worden erkend en er geen andere gevolgen kunnen worden toegekend aan de adoptie-uitspraak (noch het uitspreken van de adoptie in Nederland op grond van Nederlands recht, noch een uitspraak waarbij voogdij wordt gevestigd).[118] In het pleidooi van de advocaat wordt verwezen naar vergelijkbare gevallen voor het Hof Amsterdam en de Rechtbank Haarlem. In beide gevallen hebben de rechtscolleges besloten om de buitenlandse adoptie niet te erkennen, maar de adoptie op grond van Nederlands recht wel uit te spreken. Het onderscheidende criterium lijkt te zijn dat in beide gevallen het kind zich al in Nederland bevond, terwijl in het geval voor het Hof Leeuwarden het kind zich nog steeds in Ghana bevond.

3.8.7 Samenvatting

Een aantal verschillende factoren lijkt een rol te spelen in de uiteindelijke beslissing van de rechter welke maatregel hij zal toepassen als niet is voldaan aan de regels van de Wobka:

- het belang van het kind;
- de aard van de schending van de wettelijke verplichting;
- de stabiliteit van de verzorgende ouders; en

[117] Hof Leeuwarden 2 december 2010, zaaknr. 200.069.042 (ongepubliceerd).
[118] Hof Leeuwarden 2 juli 2008, *LJN* BD6848.

- de woonplaats van het kind.

Indien de schending van de wettelijke verplichting niet ernstig is en de erkenning van de buitenlandse adoptie-uitspraak kennelijk in het belang van het kind is, dan is de kans groot dat de buitenlandse adoptie-uitspraak toch wordt erkend. Indien er sprake is van een zwaarwegende schending, dan dient een afweging plaats te vinden tussen de noodzaak ervoor te zorgen dat alle in Nederland wonende aspirant-adoptiefouders de wettelijke verplichtingen volgen en het belang van het kind om juridische ouders te hebben. Bij deze afweging worden maatschappelijke belangen tegenover individuele belangen gesteld. Indien het individuele belang meer gewicht in de schaal legt, dan dient de rechter de buitenlandse adoptie-uitspraak niet te erkennen, maar de adoptie opnieuw op grond van het Nederlandse recht uit te spreken. Indien het maatschappelijke belang prevaleert boven het individuele, dan wordt de adoptie niet opnieuw uitgesproken, maar worden verzoekers belast met de voogdij over het kind. Slechts als de rechter van mening is dat de verzoekers niet in staat zijn om voor het kind te zorgen, wordt een ondertoezichtstelling overwogen. Een Stichting kan met de voogdij worden belast terwijl het kind wel door verzoekers wordt verzorgd. Ten slotte lijkt een buitenlandse adoptie-uitspraak niet in aanmerking te komen voor enige vorm van erkenning als het kind zich in het buitenland bevindt.

4 VASTSTELLING VAN HET PLEEGOUDERSCHAP OVER HET KIND

4.1 Inleiding

Het kan voorkomen dat wensouders of aspirant-adoptiefouders nog niet de juridische ouders van het kind zijn geworden in het buitenland via adoptie of via een afstammingsrelatie. In dit geval zouden de ouders het kind op basis van pleegouderschap, gezag of voogdij naar Nederland kunnen of willen halen. Zij zouden vervolgens de wens kunnen hebben om later het kind in Nederland te adopteren, maar deze wens is niet altijd aanwezig. Deze mogelijkheid is een aantal keren besproken tijdens de interviews. De Centrale Autoriteit gaf bijvoorbeeld aan dat zij problemen ervaart met de *kafala*. Zoals hierboven is beschreven valt de *kafala* niet onder de reikwijdte van de Wobka, omdat de ouders het kind niet opnemen met het oog op adoptie. Hierboven is ook naar voren gekomen dat de Nederlandse ambtenaar de erkenning van een buitenlandse geboorteakte kan weigeren op grond van bijvoorbeeld een schending van de Nederlandse openbare orde. In dit geval zouden de ‘ouders’ ook als pleegouders kunnen worden beschouwd. Het kan ook voorkomen dat personen pleegouderschap beogen. In deze paragraaf zal aandacht worden

geschonken aan de vragen die rijzen naar aanleiding van de opneming van een kind met het oog op pleegouderschap.

4.2 Vreemdelingenrecht

De vreemdelingenrechtelijke situatie van het kind is beslissend voor de vraag aan welke voorwaarden de opname van een buitenlands kind moet voldoen. Onderscheid dient te worden gemaakt tussen MVV-plichtige landen (§ 4.3.1), niet-MVV-plichtige landen buiten de EU (§ 4.3.2) en EU-landen en Schengengebied landen (§4.3.3)

4.2.1 MVV-plichtige landen

Uit artikel 3.28 Vreemdelingenbesluit 2000 jo. § B3/3.2 Vreemdelingencirculaire 2000 volgen de voorwaarden voor het verlenen van een verblijfsvergunning in het kader van verblijf als pleegkind. Afgifte van een MVV is beperkt tot pleegouderschap waar het om familiepleegkinderen gaat; het moet dus gaan om een broer/zus, kleinkind of neef/nicht van de hoofdpersoon.[119] Bij hoge uitzondering wordt hiervan afgeweken door gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid. De enige acceptabele grond is dat het kind een onaanvaarde toekomst in het land van herkomst zal hebben en dat het kind daar niet door familieleden kan worden opgevoegd. Duidelijk is wel dat dit niet wordt aangenomen van een kind dat bij zijn ouders verblijft in minder welvarende omstandigheden.[120] Tevens dienen de aspirant-pleegouders te beschikken over een instemmingsverklaring van de juridische ouders of wettelijke vertegenwoordigers van het kind dan wel van de autoriteiten van het land van herkomst, waaruit blijkt dat deze instemmen met het verblijf van het kind bij de aspirant-pleegouders.

Indien aan de voorwaarden is voldaan, zal de IND de afgifte van een MVV afgeven.[121] Net als bij adoptie worden de voorwaarden voor het verlenen van een verblijfsvergunning in het kader van pleegouderschap reeds beoordeeld bij de MVV-procedure. Ook dit zal gebeuren bij een consulaire vertegenwoordiging van Nederland in het land van herkomst.

Als het pleegkind samen met het hele gezin naar Nederland komt en er *family life* bestaat tussen het kind en de pleegouders,[122] dan zal het als gezinshereniging worden aangemerkt, mits de pleegouders rechtmatig de voogdij over het kind hebben.[123] Reeds in het land van herkomst behoort het kind dan feitelijk tot het gezin.[124] Het kind dient dan evenwel over een geldige

---

119 Interviewverslag IND, § 5.
120 § B3/3.1 onder c Vreemdelingencirculaire 2000.
121 § B3/3.3.2 Vreemdelingencirculaire 2000.
122 § B2/5.4 Vreemdelingencirculaire 2000.
123 § B2/5.2 Vreemdelingencirculaire 2000.
124 § B2/5.4 Vreemdelingencirculaire 2000

MVV te beschikken alvorens een verblijfsvergunning in het kader van gezinshereniging kan worden verleend.[125] Omdat het om gezinshereniging gaat, zal de consulaire vertegenwoordiging van Nederland in het land van herkomst niet toetsen aan de voorwaarden voor pleegouderschap, maar aan de voorwaarden voor gezinshereniging.

4.2.2 Buiten EU en Schengengebied maar zonder MVV-plicht

Voor de aanmelding en de plaats van aandienen van de aanvraag voor een verblijfsvergunning voor een buitenlands pleegkind zijn de voorschriften voor buitenlandse kinderen ter adoptie, zoals in § 3.2.2 besproken, van overeenkomstige toepassing. Voorafgaand aan de aanmelding dient de wettelijke vertegenwoordiging van het kind te zijn geregeld. Voor buitenlandse pleegkinderen uit Australië, Canada, Japan, Liechtenstein, Nieuw-Zeeland, Vaticaanstad, de Verenigde Staten van Amerika en Zuid-Korea geldt aldus dat een verblijfsvergunning dient te worden aangevraagd bij de IND. In het geval het kind een reisdocument heeft uit één van voornoemde landen en de aspirant-pleegouders reeds de wettelijke vertegenwoordiging in het land van herkomst hebben geregeld, kan het pleegkind zonder problemen Nederland inreizen. Pleegouderschap wordt bij de gemeentelijke basisadministratie niet vastgelegd. Wel kan het kind aan de hand van een geboorteakte op het adres van de ouders worden bijgeschreven indien blijkt van een band tussen het kind en de ouders.[126]

Ingevolge artikel 5 PKW zijn de aspirant-pleegouders gehouden de opneming van het pleegkind in hun gezin binnen één week schriftelijk ter kennis te geven aan B&W. In de praktijk bestaat weinig duidelijkheid over de wijze waarop kennis dient te worden gegeven aan B&W. De informatie wordt niet verwerkt bij de GBA, noch bij de burgerlijke stand.[127]

Op het moment dat de aspirant-pleegouders een verblijfsvergunning willen aanvragen kan het zo zijn dat het kind al langere tijd bij hen in Nederland verblijft.

4.2.3 EU-landen en Schengengebied

Zoals in het kader van gezinshereniging en adoptie reeds werd besproken geldt voor onderdanen van de EU-lidstaten en van vreemdelingen die in het bezit van een Schengenvisum zijn geen plicht tot het aanvragen van een verblijfsvergunning. Een EU-onderdaan behoeft niet in het bezit te zijn van een reisdocument en kan zonder controle Nederland in reizen. De vreemdeling die met een Schengenvisum reist, dient dit visum te kunnen tonen en te

125 Art. 3.18 Vreemdelingenbesluit 2000. Zie ook Kuijer & Steenbergen 2005, p. 182.
126 Interview Gubbels, § 5.2.
127 Interview Gubbels, § 5.2.

overhandigen aan de ambtenaar, belast met grensbewaking. In beide gevallen dient de vreemdeling zich te kunnen identificeren.

Krachtens artikel 5 PKW geldt de verplichting om binnen één week schriftelijk kennis te geven aan B&W over de opneming van het pleegkind in het gezin.

4.3 Definitie Pleegkind

De definitie van een pleegkind is te vinden in artikel 1 lid 1 PKW, namelijk:

> ‘een door aspirant-adoptiefouders opgenomen buitenlands kind als bedoeld in artikel 1 van de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie (*Stb*. 1988, 566), dan wel een minderjarige die bij anderen dan zijn ouders, voogd of bloed- en aanverwanten tot en met de derde graad wordt verzorgd en opgevoed, met dien verstande, dat daaronder niet is begrepen:
> a. een minderjarige, op wiens verzorging en opvoeding krachtens de bepalingen van een andere wet toezicht wordt uitgeoefend door anderen dan zijn ouders of voogd;
> b. een minderjarige, die verzorgd en opgevoed wordt in een inrichting, welke, wat betreft de verzorging en opvoeding van de daarin verblijvende minderjarigen, aan toezicht krachtens de bepalingen van een andere wet is onderworpen;
> c. een minderjarige, die verzorgd en opgevoed wordt in een inrichting, welke door Ons van het toezicht ingevolge de bepalingen van deze wet is vrijgesteld, dan wel behoort tot een groep van inrichtingen, die door Ons, de Raad van State gehoord, van dit toezicht is vrijgesteld’

Deze definitie brengt met zich mee dat alle kinderen die met het oog op adoptie in een gezin worden opgenomen, maar waarover (nog) geen adoptie is uitgesproken onder het begrip pleegkind vallen. Bijvoorbeeld, als een paar een kind uit de Verenigde Staten wil adopteren, dan moeten zij ten minste zes maanden voor het kind zorgen voordat de definitieve adoptiebeslissing wordt uitgesproken. In die periode worden de aspirant-adoptiefouders als pleegouders beschouwd. Zij hebben echter wel het kind in hun gezin opgenomen met het oog op adoptie en vallen derhalve juist onder de reikwijdte van de Wobka en aanverwante regelgeving met betrekking tot adoptiekinderen. De vraag die zich hier voordoet is hoe het recht omgaat met kinderen die niet onder de reikwijdte van de adoptiewetgeving vallen: de kinderen die door een ander dan zijn of haar ‘ouders, voogd of bloed- en aanverwanten’ worden verzorgd en opgevoed zonder dat adoptie wordt beoogd. In de volgende paragraaf wordt aandacht besteed aan deze vraag.

4.4 Privaatrechtelijke situatie

4.4.1 Schriftelijke meldingsplicht

Ongeacht de leeftijd van het kind, zijn pleegouders verplicht deze opneming binnen een week schriftelijk te melden aan B&W van de gemeente waarin het pleegkind verblijft.[128] B&W zullen vervolgens deze schriftelijke melding onverwijld doorzenden aan de Raad voor de Kinderbescherming.[129]

4.4.2 Opneming van een kind jonger dan zes maanden

Indien het kind jonger dan zes maanden is, zijn pleegouders verplicht om schriftelijk toestemming te krijgen van de Raad voor de Kinderbescherming, voorafgaand aan de opneming.[130] Indien zij verzuimen deze verplichting na te komen, beschikt de Raad voor de Kinderbescherming over de bevoegdheid om de rechter te verzoeken BJZ met de voorlopige voogdij over het kind te belasten.

4.4.3 Opneming van een kind ouder dan zes maanden

Omdat de schriftelijke toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming slechts nodig is indien het kind jonger dan zes maanden is, mist artikel 1:242 lid 3 BW toepassing in deze gevallen. De raad beschikt echter wel over de mogelijkheid om op grond van artikel 1:241 lid 2 BW de rechter te verzoeken om BJZ met de voorlopige voogdij te belasten, indien het 'dringend en onverwijld noodzakelijk' is ter voorkoming van 'ernstig gevaar voor de zedelijke of geestelijke belangen of voor de gezondheid van de betreffende minderjarige'.[131] Duidelijk is dat deze voorlopige voogdij een minder ruime toepassing kent dan de vergelijkbare mogelijkheid geboden door artikel 10 Wobka (zie *supra* § 3.8). Artikel 10 Wobka kent geen leeftijdsgrens van zes maanden en mag ook worden toegepast in situaties waarin er geen dringende en onverwijlde noodzaak is ter voorkoming van ernstig gevaar.

4.5 Grensvlakken tussen adoptie en pleegouderschap

De bekende *Baby Donna*-zaak[132] laat zien hoe het spanningsveld tussen het beleid ten opzichte van pleegouderschap en het beleid ten opzichte van adoptie tot problemen kan leiden.[133] Dit is vooral van belang in het kader van de strijd tegen illegale opnemingen.

---

128 Art. 5 lid 1 PKW.
129 Art. 6 PKW. Bevestigd in interview met Van Duffelen en De Vries.
130 Art. 1:241 lid 3 BW.
131 Art. 1:241 lid 2 BW. Zie ook Doek (*GS Personen- en Familierecht*), art. 1:241 lid 3 BW.
132 Deze passage is voornamelijk gebaseerd op een bespreking van Rb. Utrecht 7 mei 2008, *LJN* BD1068 in Vonk 2007b, p. 2277-2278.
133 Rb. Utrecht 7 mei 2008, *LJN* BD1068.

Op 26 februari 2005 is Donna in België geboren uit een Belgische draagmoeder die de eicel heeft geleverd. De Belgische wensvader had het zaad geleverd De draagmoeder en de wensvader waren voor de conceptie van het kind een draagmoederschapovereenkomst aangegaan met de strekking dat de draagmoeder het kind na de geboorte aan de wensvader en zijn vrouw zou afstaan. Echter de Belgische draagmoeder heeft de baby na de geboorte niet aan de wensvader en zijn echtgenote afgestaan, maar aan een Nederlands echtpaar gegeven dat via internet met de draagmoeder in contact was gekomen. Vlak voor de geboorte is de draagmoeder met dit paar een overeenkomst aangegaan met de strekking dat zij het kind aan hen zou afstaan na de geboorte. De baby is op 1 maart 2005 door het Nederlandse echtpaar in hun gezin opgenomen. Een aantal weken eerder hadden zij de Raad voor de Kinderbescherming op de hoogte gesteld van de komst van een baby in hun gezin met het oog op adoptie.[134] Daarbij is toen niet vermeld dat het om een kind uit het buitenland ging. Op 28 februari 2005 heeft de advocate van de pleegouders de Centrale Autoriteit Interlandelijke Adoptie van het Ministerie van Justitie bericht dat de pleegouders een Belgisch kind wilden adopteren. Zij heeft het ministerie tevens verzocht de pleegouders de nodige formulieren voor het aanvragen van beginseltoestemming te doen toekomen.[135]

Op 25 mei 2005 heeft de Rechtbank Utrecht, BJZ met de tijdelijke voogdij over Donna belast.[136] Twee maanden later, op 27 juli 2005, zijn de pleegouders gehoord door de rechter-commissaris in het kader van een door België aan Nederland gedaan rechtshulpverzoek inzake mogelijke strafrechtelijke vervolging van de draagmoeder in België. In het kader van dit rechtshulpverzoek is verzocht DNA af te nemen bij Donna om vast te kunnen stellen wie haar biologische vader is. Er is vervolgens op 19 oktober 2005 celmateriaal bij Donna afgenomen met toestemming van haar wettelijke vertegenwoordiger (op dat moment BJZ). De Rechtbank Utrecht besluit op 28 december 2005 dat het inmiddels inbeslaggenomen celmateriaal van Donna aan de Belgische autoriteiten kan worden overgedragen.[137] De pleegouders gaan hiertegen in beroep, waarna de Hoge Raad een jaar later, namelijk op 19

---

134 Men heeft ingevolge art. 1:241 lid 3 BW toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming nodig om een kind van jonger dan zes maanden als pleegkind in het gezin op te nemen.

135 Uit de arresten van de Hoge Raad inzake het Belgische rechtshulpverzoek valt af te leiden dat de pleegouders respectievelijk in 1966 en 1956 zijn geboren (HR 19 december 2006, *LJN* AZ4640 en AZ1670). Dit betekent dat ze in ieder geval geen beginseltoestemming meer gekregen zouden hebben voor een gezamenlijke adoptie van een buitenlands kind, omdat het leeftijdsverschil tussen adoptiefouder en kind maximaal 40 jaar mag bedragen (art. 5 en 6 Wobka).

136 Niet gepubliceerd.

137 Rb. Utrecht 28 december 2005, *LJN* AU8803.

december 2006, de uitspraak van de Rechtbank Utrecht bevestigt.[138] Het DNA-materiaal toont aan dat de Belgische wensvader de biologische vader is van Donna; dit is op 30 mei 2007 door de Belgische onderzoeksrechter aan de Rechtbank Utrecht medegedeeld.
Ondertussen hebben de pleegouders verzocht om zelf in plaats van BJZ met de voogdij over Donna te worden belast. Het verzoek wordt afgewezen door de Rechtbank Utrecht op 26 oktober 2005, omdat al is voorzien in het gezag over Donna. In deze beschikking verklaart de rechtbank echter wel voor recht dat er *family life* tussen Donna en haar pleegouders is ontstaan, in de acht maanden dat het meisje nu bij haar pleegouders verblijft.[139] Dit gegeven is heel belangrijk voor het vervolg van de procedure. Een aantal maanden later, op 13 februari 2006, wordt de pleegmoeder alsnog met de tijdelijke voogdij belast door de Rechtbank Utrecht.[140]

Nadat in het Belgische onderzoek is komen vast te staan dat de wensvader inderdaad de biologische vader is van Donna, dient de wensvader een verzoek in de pleegmoeder uit de tijdelijke voogdij te ontzetten/ontheffen en/of een omgangsregeling tussen hem en Donna vast te stellen. In het verzoek om ontheffing wordt de biologische vader niet ontvankelijk verklaard, omdat hij gezien artikel 1:267 BW niet de bevoegdheid heeft een dergelijk verzoek te doen.[141] De rechtbank bepaalt dat de biologische vader echter wel ontvankelijk is in zijn verzoek om ontzetting van de pleegmoeder te vragen, omdat hij (volgens de rechtbank) als bloedverwant in de zin van artikel 1:329 BW kan worden aangemerkt.[142] Met betrekking tot het verzoek om ontzetting uit de tijdelijke voogdij, wordt de zaak vervolgens aangehouden, zodat de Raad voor de Kinderbescherming onderzoek kan doen naar de eventuele noodzaak hiervan. Hierbij wijst de rechtbank erop dat "deze zaak wordt gekenmerkt door de omstandigheid dat door verschillende gerechten reeds beslissingen zijn genomen die voor (de toekomst van) D. verstrekkende gevolgen hebben zonder dat ooit een deugdelijk onderzoek naar haar situatie heeft plaatsgevonden". Bovendien merkt de rechtbank op dat indien afwijzend op het verzoek om ontzetting wordt beslist, de rechtbank Donna ambtshalve onder toezicht kan stellen.[143]

Het verzoek van de biologische vader om een omgangsregeling vast te stellen, wordt afgewezen, omdat daarvoor op grond van art. 1:377f BW noodzakelijk is dat er *family life* tussen de biologische vader en het betreffende

138 HR 19 december 2006, *LJN* AZ4640 en AZ1670.
139 Rb. Utrecht 26 oktober 2005, *LJN* AU4934.
140 Niet gepubliceerd.
141 Rb. Utrecht 24 oktober 2007, *LJN* BB6360.
142 Zie hierover Dorhout 2008.
143 Art. 1:332a BW.

kind bestaat. Dat is in deze zaak echter niet het geval.[144] Het feit dat dit mede veroorzaakt is door het feit dat de pleegouders contact tussen de biologische vader en Donna niet toestaan, doet daar niets aan af.
Nadat de raad een rapport heeft opgemaakt, wordt de behandeling van de zaak voortgezet, hetgeen resulteert in de beschikking van 7 mei 2008.[145] De rechtbank besluit dat er, ondanks het feit dat de situatie waarin Donna verkeert niet optimaal is, geen grond is om de pleegmoeder uit de tijdelijke voogdij te ontzetten. De rechtbank besluit wel om Donna per direct voor een jaar onder toezicht te stellen.[146] De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de pleegouders maar moeilijk met het verleden van Donna en de media aandacht om kunnen gaan:

> "Volgens het rapport [van de Raad voor de Kinderbescherming] hebben zij [de pleegouders] bij het onderzoek gezegd dat ze als gewoon gezin willen leven, dat zij alleen behoefte hebben aan rust en niet aan hulp. Zij zijn echter geen gewoon gezin. Zij voeden een kind op dat zowel juridisch als biologisch andere ouders heeft en dat een zeer ongebruikelijke ontstaansgeschiedenis heeft. Rust valt bovendien hoe dan ook niet te verwachten, gezien de voortdurende strijd van de biologische vader en de belangstelling van de media, waardoor Donna's naam zowel in Nederland als in België breed bekend is. In de tweede plaats bestaat op grond van het rapport en het verhandelde ter zitting de indruk dat de pleegouders zich onvoldoende bewust zijn van de eisen die de bijzondere ontstaansgeschiedenis van Donna aan hen als opvoeders stelt. Hoewel begrijpelijk is dat zij de problemen die met die geschiedenis samenhangen liever uit de weg gaan is de rechtbank er voldoende van overtuigd dat die houding uiteindelijk niet in het belang van Donna is. Alle betrokkenen rondom Donna hebben een rol gespeeld in het ontstaan van de huidige problemen: op hen allen, en op de opvoeders in het bijzonder, rust dan ook de verantwoordelijkheid om op een goede manier met die problemen om te gaan."

Het hernieuwde verzoek van de biologische vader om omgang wordt afgewezen. De rechtbank stelt wel vast dat het in beginsel in het belang van Donna is om kennis te maken met haar biologische vader, maar laat de invulling daarvan aan de te benoemen gezinsvoogd over. Voorwaarde van contact tussen de biologische vader en Donna is wel "dat de biologische vader de

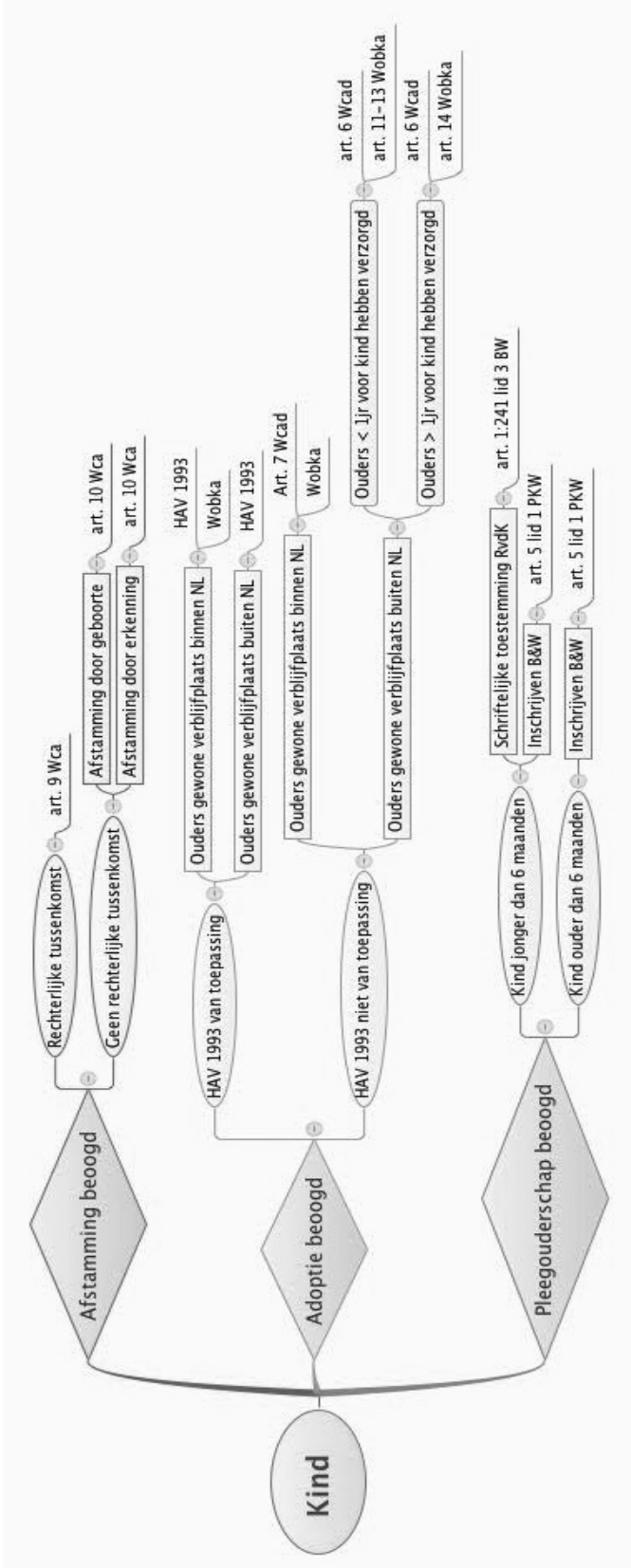
144 Later heeft het Hof Amsterdam vastgesteld dat er wel sprake is van *family life* tussen de biologische vader en Donna. Hof Amsterdam 25 november 2008, *LJN* BG5157.
145 Rb. Utrecht 7 mei 2008, *LJN* BD1068.
146 Ondertoezichtstelling is later verlengd. Zie Hof Amsterdam 2 februari 2010, *LJN* BL5721.

bestaanswerkelijkheid van Donna erkent, haar plaats in het pleeggezin en haar banden met degenen die haar toe nu toe hebben opgevoed".

5 OVERZICHT VAN DE RELEVANTE WETGEVING INGEVAL VAN OPNEMING VAN EEN BUITENLANDS KIND

Om een duidelijk beeld te geven van de verschillende wegen die bewandeld kunnen worden door aspirant-adoptiefouders en wensouders wordt de verschillende wet- en regelgeving hieronder schematisch weergegeven. Wat duidelijk blijkt uit dit overzicht is dat de wetgeving die van toepassing is op de feitelijke situatie sterk afhankelijk is van de beoogde relatie tussen wensouders en/of aspirant-adoptiefouders en het kind. Als pleegouders een kind opnemen dan is de Wobka niet van toepassing. Als aspirant-adoptiefouders een adoptiebeslissing overhandigen aan de ambtenaar van de burgerlijke stand dan kan geen beroep worden gedaan op de Wca. De inhoudelijke verschillen tussen deze wegen is ook in de voorgaande delen duidelijk naar voren gekomen. De Raad voor de Kinderbescherming heeft een belangrijke rol bij de toetsing van de geschiktheid van aspirant-adoptiefouder en aspirant-pleegouders. Deze rol ontbreekt indien ouders een afstammingsrelatie met een kind hebben. De verschillen in het toepasselijke wettelijke kader hebben enorme gevolgen voor de manier waarop er gereageerd kan worden (zie *supra* § 3.8).

Figuur 1: Relevante wetgeving met betrekking tot het opnemen van een buitenlandse kind



6 OMVANG VAN HET PROBLEEM

Hoe vaak (commercieel) draagmoederschap en illegale opneming met een buitenlands element voorkomen en wat de omvang is van de problemen die daaruit voortvloeien, kan niet met zekerheid worden vastgesteld. Uit jurisprudentie en interviews met experts blijkt dat verschillende instanties in aanraking kunnen komen met illegale opneming en draagmoederschap, bijvoorbeeld de GBA, de burgerlijke stand, de IND, de Centrale Autoriteit, de Nederlandse ambassade in het buitenland en de Raad voor de Kinderbescherming. Uit sommige interviews blijkt dat hier vervolgens melding van wordt gemaakt bij het Landelijk Bureau van de Raad voor de Kinderbescherming. Uit andere interviews blijkt dat de Centrale Autoriteit wordt ingelicht, die vervolgens melding doet bij de Raad voor de Kinderbescherming. Vanwege het ontbreken van een doorzichtige meldingsstructuur, is het moeilijk om het precieze aantal gevallen te achterhalen.

Meldingen van illegale opneming die het Landelijk Bureau bereiken worden doorgeleid naar de ASAA (Adoptie, Screening, Afstand en Afstamming) Locaties. De betreffende locatie onderzoekt of er inderdaad sprake is van illegale opneming of draagmoederschap en koppelt dit vervolgens terug naar het Landelijk Bureau. Uit het interview met de raad en de expert meeting is geen duidelijk beeld naar voren gekomen ten aanzien van het aantal zaken dat jaarlijks bij het Landelijk Bureau wordt gemeld. Uit informatie, die is verstrekt door een lid van de begeleidingscommissie dat werkzaam is bij de raad, blijkt dat in de periode 2008-2010 gemiddeld tien zulk soort zaken per jaar bij het Landelijk Bureau worden gemeld. De Centrale Autoriteit heeft aangegeven dat sinds 1 april 2009, elf zaken van illegale opneming bij de Centrale Autoriteit bekend zijn.

Daarnaast blijkt ook uit de onderzochte jurisprudentie dat zich met enige regelmaat gevallen van draagmoederschap voordoen. Daarbij komen zowel zaken die zich geheel binnen Nederland afspelen aan de orde als gevallen waarbij het draagmoederschapstraject in het buitenland heeft plaatsgevonden, bijvoorbeeld in Californië of Oekraïne. Het blijkt moeilijk te zijn om een helder beeld te krijgen van het precieze aantal gevallen van draagmoederschap en illegale opneming. Het vermoeden bestaat dat niet alle gevallen van draagmoederschap en illegale opneming aan het licht komen.

DEEL V: EUROPESE LANDEN

1 BELGIË

1.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

Het Belgische civiele recht kent geen wettelijke regeling voor draagmoederschap. Wel heeft de wetgever in de Wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van overtollige embryo's en gameten, voor wensouders de mogelijkheid gecreëerd om genetisch donormateriaal van derden te gebruiken. Deze wet biedt echter geen wettelijke omkadering van het draagmoederschap, omdat de wet er vanuit gaat dat de vrouw die het embryo of donormateriaal ontvangt, zelf de wensmoeder is. Voorts bestaat er een absoluut verbod op commercialisering van donormateriaal.[1]

1.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

Het Belgische recht voorziet in geen enkele uitzondering op de regel dat de vrouw die in België van een kind bevalt, juridische moeder van dit kind wordt (de *mater semper certa est*-regel, zie art. 312 § 1 jo. art. 57 onder 2° Belgisch BW). De mogelijkheid om de afstamming langs moederszijde te wijzigen, volgt de normale regels met betrekking tot de wijziging van de afstammingsband, bijvoorbeeld door adoptie (zie hierna § 1.9).

1.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

Draagmoederschapsovereenkomsten zijn niet per definitie strafrechtelijk gesanctioneerd. Wel kunnen betrokkenen zich in geval van een draagmoederschapsovereenkomst schuldig maken aan (andere) strafrechtelijk gekwalificeerde misdrijven, zoals een tekortkoming aan de aangifte- en kennisgevingsverplichting (art. 361 Sw) of de onderschuiving van een kind bij een wensmoeder die er niet van bevallen is (art. 363 Sw)[2] of het plegen of medewerken aan valse naamdracht (art. 231 Sw). Een ieder die zich schuldig maakt aan strafrechtelijk gesanctioneerde praktijken riskeert strafrechtelijke vervolging.

1.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

In de in § 1.3 geciteerde gevallen.

---

1 Zie de Wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtollige embryo's en de gameten, *Belgisch Staatsblad* 17 juli 2007, p. 38575-38586. Zie verder Herbots 2008, p. 336 e.v.

2 Art. 363 Sw stelt dat onder onderschuiving valt: 'hij die een kind met een ander kind verwisselt of aan een vrouw een kind toeschrijft waarvan zij niet is bevallen'.

1.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

De vraag of de rechter aan draagmoederschapsovereenkomsten, met instemming van alle betrokkenen, juridische gevolgen kan/mag verlenen, wordt in de rechtspraak verschillend beantwoord. Commercieel draagmoederschap wordt steeds in strijd geacht met de openbare orde. In geval van altruïstisch draagmoederschap is er wel ruimte voor adoptie door de wensouders. Zo heeft bijvoorbeeld het Hof van Beroep Antwerpen in een arrest van 14 januari 2008 de adoptie van een kind na draagmoederschap gehonoreerd.[3] Het hof heeft daarbij uitvoering gegeven aan de draagmoederschapsovereenkomst tussen partijen om het kind bij de geboorte over te dragen. In casu kon de wensmoeder wegens een congenitale afwijking op natuurlijke wijze geen kind baren. Haar (ongehuwde) moeder trad op als draagmoeder. Via de techniek van *embryotransfer* werd een embryo op basis van de eicel van de dochter en een zaadcel van haar echtgenoot bij haar geïmplanteerd. Dit alles gebeurde onder begeleiding van een arts van een universitair ziekenhuis, na goedkeuring van het ethisch comité van dat ziekenhuis. Bij de geboorte had het kind de bevallingsmoeder – die ook de biologische grootmoeder is – als juridische moeder (art. 312 §1 Belgisch BW) en geen juridische vader. Doordat het kind bij de geboorte geen juridische vader had – de draagmoeder was ongehuwd – kon het in principe worden erkend door de biologische vader (art. 319 Belgisch BW). Na die erkenning diende de rechtbank nog te oordelen over het verzoek tot volle adoptie door de wensmoeder. Doordat het Belgische afstammingsrecht de bevallingsmoeder als juridische moeder aanduidt, bestaat langs moederszijde geen (wettige) oplossing via de oorspronkelijke afstamming om de wensmoeder als juridische moeder te kwalificeren.[4] De wensmoeder kan enkel door adoptie wettelijke moeder worden van een kind dat via draagmoederschap is geboren. De adoptie van een minderjarig kind moet gegrond zijn op wettige redenen en kan enkel plaatsvinden in het hoger belang van het kind en met eerbied van zijn fundamentele rechten (art. 344.1 Belgisch BW). Voor het hof was het feit dat de overeenkomst tussen familieleden was gesloten waarbij geen vergoeding werd betaald (voorbeeld van altruïstisch draagmoederschap), van belang.[5]

De rechtspraak is evenwel nog niet eensluidend op het punt of adoptie mogelijk is na een draagmoederschapsovereenkomst. Zo is er ook rechtspraak die de volle adoptie van een kind,[6] na draagmoederschap, door de genetisch-

---

3 Hof van Beroep Antwerpen 14 januari 2008, *Rechtskundig Weekblad* (*RW*) 2007-2008, p. 1774, m.nt. Swennen.

4 Wuyts 2007, nr. 593-594; Veys 2006, 402 e.v.; Martens 2006, p. 5 e.v.

5 Zie Swennen 2007-2008, p. 1775-1776.

6 Bij een volle adoptie worden de afstammingsbanden met de oorspronkelijke familie verbroken (art. 370 § 1 lid 2 Belgisch BW). Het kind wordt wat betreft zijn verwantschap en voor de gevolgen van de adoptie nagenoeg volledig gelijkgesteld met een in het huwelijk geboren kind (art. 370 § 1 lid 1 Belgisch BW).

sociale moeder van het kind, afwijst. Hierbij wordt overwogen dat de ongeoorloofdheid van het draagmoederschap en de daartoe strekkende overeenkomst op zichzelf impliceert dat de (volle) adoptie niet op wettige redenen berust.[7] De vraag of de adoptie op wettige redenen berust, vergt een feitelijke beoordeling en wordt derhalve overgelaten aan de onafhankelijke beoordeling van de feitenrechter.

1.6 Status draagmoederschapscontract

Commerciële draagmoederschapscontracten worden in strijd geacht met de openbare orde en kunnen derhalve geen gevolgen genereren. De opneming van het kind in het gezin van de wensouders na commercieel draagmoederschap is dus per definitie illegaal, tenzij het kind een wettige afstammingsband heeft verworven ten aanzien van de wettige ouders bijvoorbeeld ten gevolge van de toepasselijkheid van buitenlands afstammings- of adoptierecht.

Er is geen wettelijke regeling die voorziet in een juridisch afdwingbare contractuele verbintenis. De draagmoeder kan derhalve niet verplicht worden, om het door haar op de wereld gezette kind af te staan, ook niet in gevallen van niet-commercieel draagmoederschap.

In de rechtsliteratuur wordt een onderscheid gemaakt tussen de aanvaardbaarheid van het fenomeen en de geldigheid van de overeenkomst die eraan ten grondslag ligt. Hoewel de overeenkomst niet afdwingbaar is, wordt het fenomeen zelf, bij ontstentenis van een uitdrukkelijk (strafrechtelijk of civielrechtelijk) verbod als dusdanig niet verboden geacht.[8] Zie voorts § 1.5.

1.7 Juridisch ouderschap wensouders

Wanneer een van de ouders genetische verwantschap vertoont met het kind, kan waar mogelijk, op basis van de gewone afstammingsrechtelijke regels (erkenning, gerechtelijke vaststelling ouderschap) een afstammingsband gecreëerd worden. Dat is het meest eenvoudig in het geval de vaderlijke afstammingsband niet vaststaat.

Wanneer de draagmoeder ongehuwd is, kan het vaderschap worden vastgesteld volgens de regels inzake vaststelling van het vaderschap (bijvoorbeeld via erkenning of gerechtelijke vaststelling) (art. 319 Belgisch BW e.v.).

---

7 Jeugdrechtbank Antwerpen 11 oktober 2007, *RW* 2007-2008, p. 1777 (vonnis *a quo*); in beroep gewijzigd door Hof van Beroep Antwerpen 14 januari 2008, *RW* 2007-2008, p. 1774, m.nt. Swennen. Zie eerder al Hof van Beroep Gent 19 januari 1989, *Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak* 1989, 52.

8 Martens 2006, p. 7. Zie bijv. ook Montero 1997-1998.

Wanneer de draagmoeder getrouwd is, wordt ook de echtgenoot als wettelijke vader vermeld in de geboorteakte.[9] Wanneer de vaderlijke afstammingsband vaststaat, dient de verwekker en/of de moeder en/of het kind eerst de procedure ontkenning vaderschap te voeren.

Of het juridische vaderschap van de echtgenoot kan worden betwist, is afhankelijk van de vraag of hij toestemming gaf tot een daad van voortplanting waarvan het ontstaan van het kind het gevolg kan zijn. In de meeste gevallen zal volgens het recht de echtgenoot van de moeder als de juridische vader worden gezien, zonder dat een aantasting van het huwelijksvaderschap mogelijk is. Dat betekent dat het juridisch vaderschap in een dergelijk geval door niemand kan worden aangevochten (zie art. 318 § 4 Belgisch BW). Wanneer de echtgenoot niet de toestemming gaf tot de daad van voortplanting of het ontstaan van het kind daarvan niet het gevolg geweest kan zijn, zijn er wel mogelijkheden om het juridische vaderschap van de echtgenoot te betwisten.

De wensvader kan in een dergelijk geval, in zoverre hij ook de biologische vader is van het kind, het juridische vaderschap, zelfs prenataal betwisten (art. 328bis jo. 318 Belgisch BW) en het juridische vaderschap ten gunste van hem laten vaststellen (art. 318 § 5 Belgisch BW).

Indien de echtgenoot van de draagmoeder niet de biologische vader is, kunnen de draagmoeder, het kind en de echtgenoot zelf ook het vaderschap betwisten. Het kind zelf kan dit vorderingsrecht pas uitoefenen vanaf de leeftijd van twaalf jaar (art. 318 § 1 Belgisch BW) Hierna heeft de wensvader de mogelijkheid het kind te erkennen (art. 319 Belgisch BW). Wanneer de draagmoeder hiermee instemt, hoeft de wensvader niet de biologische vader van het kind te zijn om het kind te kunnen erkennen (zie art. 329bis § 2 lid 1 Belgisch BW). Wanneer de draagmoeder geen toestemming geeft tot erkenning, moet de wensvader die het kind wil erkennen wel bewijzen dat hij de biologische vader is van het kind (art. 329bis § 2 lid 3 Belgisch BW). Een uitzondering hierop wordt gemaakt als de wensvader de overeenkomst tot medisch begeleide voortplanting heeft meeondertekend (art. 13 jo. 7 en art. 42 jo. 7 Wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van overtollige embryo's en gameten). In dat geval bepaalt deze wet dat de afstammingsregels in het voordeel werken van de wensvader. Wanneer de erkenning gerechtelijk wordt afgedwongen, dient de rechter wel de vaststelling van de vaderlijke afstamming te toetsen aan het belang van het kind dat één jaar of ouder is.

[9] Wanneer het kind geboren wordt tijdens het huwelijk of binnen 300 dagen na ontbinding van het huwelijk of de nietigverklaring ervan, wijst het recht in beginsel (zie art. 316bis Belgisch BW), de echtgenoot van de moeder aan als juridische vader (art. 315 Belgisch BW).

Betwisting van het juridische ouderschap is in ieder geval niet meer mogelijk nadat een kind bezit van staat heeft gekregen ten opzichte van de betrokken juridische ouder. Het bezit van staat wordt bewezen door feiten die tezamen of afzonderlijk de afstamming aantonen. Het bezit moet voortdurend en ondubbelzinnig zijn.[10]

Zoals eerder gesteld bestaat in de Belgische wet geen uitzondering op het *mater semper certa est*-beginsel. Doordat de draagmoeder van het kind is bevallen, wordt zij gezien als de juridische moeder. Het is onmogelijk om een vordering tot betwisting van het moederschap in te stellen.

Een vordering tot betwisting van het moederschap kan alleen worden ingesteld wanneer de in de geboorteakte vermelde afstamming op een leugen berust. In dergelijke gevallen is een erkenning door, gerechtelijke vaststelling van of adoptieprocedure door de biologische moeder mogelijk.[11]

De Rechtbank van Eerste Aanleg Gent heeft bij vonnis van 24 december 2009[12] de vordering tot betwisting van het ouderschap van de wensmoeder, ingesteld door de draagmoeder die ook biologisch verwant is met het kind, ingewilligd. In deze zaak had de geboortemoeder bij de geboorte valselijk de naam van de wensmoeder opgegeven. Hierdoor stonden de naam van de wensmoeder en die van haar echtgenoot als wettelijke ouders in de geboorteakte geregistreerd. De geboortemoeder slaagde er dus in om het moederschap van de wensmoeder met succes te betwisten, zodat de inschrijving van de geboorteakte in de registers van de burgerlijke stand werd vernietigd.

1.8 Registratie bij geboorte

In België vindt de registratie van de ouders op de geboorteakte plaats via kantmelding door de ambtenaar van de burgerlijke stand, na eenvoudige aangifte van de geboorte door een van de ouders.[13]

De inschrijving van een akte waarin de wensouders als wettelijke ouders staan vermeld, wordt in strijd geacht met de openbare orde.[14] Wanneer dit echter niet duidelijk is voor de ambtenaar van de burgerlijke stand kan een inschrijving plaatsvinden.

Conform artikel 312 § 2 Belgisch BW kan de leugenachtige afstamming van moederszijde binnen het jaar na de ontdekking ervan met alle

---

10 Zie bijv. Hof van Beroep Brussel 19 juni 2008, *Revue trimestrielle de droit familial* 2009, p. 459.

11 Zie bijv. Jeugdrechtbank Brussel 6 mei 2009, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* (*JLMB*) 2009, p. 1083.

12 Rb. Gent (3de Kamer) 24 december 2009, rolnr. 09/1913/A (ongepubliceerd), aangehaald door Verschelden 2010, p. 69.

13 Wuyts 2007, p. 359 e.v.; Veys 2006, p. 411-412.

14 Zie bijv. Rb. Huy (4de Kamer) 22 maart 2010, *Journal des Tribunaux* (*JT*) 2010, p. 420, met de duidende noot van Gallus.

bewijsmiddelen worden betwist door de vader, de moeder, het kind en de vrouw die op het moederschap aanspraak maakt, behoudens 'bezit van staat'.[15]
In een geval waarin een Oekraïense draagmoeder (niet bekend is of de eicel van wensmoeder of draagmoeder is) was bevallen van een tweeling, werden de Oekraïense geboorteakten die de naam van de Belgische ouders als wettelijke ouders bevatten, door de Rechtbank van Eerste Aanleg Antwerpen in haar vonnis van 19 december 2008, niet erkend als geboorteakten.[16] Volgens de rechtbank hadden deze geboorteakten echter toch een (ander) rechtsgevolg: ze konden beschouwd worden als rechtsgeldige authentieke akten waaruit de vaderlijke erkenning van de kinderen blijkt.

In een recente soortgelijke kwestie weigerde de Rechtbank van Eerste Aanleg Huy bij vonnis van 22 maart 2010[17] de overschrijving van een Californische geboorteakte in de registers van de burgerlijke stand. De ouders, twee gehuwde mannen, hadden een draagmoederschapsovereenkomst afgesloten met een Californische draagmoeder. Nog voordat de twee meisjes waren geboren in 2008, had het Hooggerechtshof van Californië op verzoek van de wensouders verklaard dat de twee wensouders de wettige ouders van de kinderen zouden zijn en dat er geen wettige ouderschapsband zou bestaan tussen de kinderen en de geboorteouders. In de uitspraak werd aan het ziekenhuis waar de geboortemoeder zou bevallen ook de verplichting opgelegd om de genetische vader van de kinderen, de heer Jungbluth, tevens als wensouder in te schrijven als wettige ouder/vader van de kinderen, en, opmerkelijk, de echtgenoot van de biologische vader, de heer Vanthal, de tweede wensouder, als wettige ouder/moeder van de kinderen. De kinderen dragen volgens de uitspraak de familienaam van beide ouders (Jungbluth-Vanthal).

De ambtenaar van de burgerlijke stand in België weigerde de geboorteaktes van de kinderen over te schrijven in de registers van de burgerlijke stand. De ouders dienden vervolgens een verzoekschrift in bij de burgerlijke Rechtbank van Eerste Aanleg Huy tot erkenning van de twee geboorteakten. Met verwijzing naar oudere rechtspraak van het Hof van Cassatie uit 1991 en 2003 verklaarde deze rechtbank bij vonnis van 22 maart 2010 het gevorderde in strijd met de openbare orde. Een dergelijke vorm van wetsomzeiling/wetsontduiking kan volgens de rechtbank niet gehonoreerd worden. De rechtbank weigert derhalve om de geboorteaktes te homologeren en de inschrijving in de registers van de burgerlijke stand te bevelen. Dit heeft op zich voor de betrokken ouders en kinderen uiteraard de nodige complicaties in de vorm van een hinkende rechtsverhouding tot gevolg. Voor de interne

15 Zie § 1.7 voor een definitie.
16 Verschelden 2010, p. 69.
17 Rb. Huy (4de Kamer) 22 maart 2010, *JT* 2010, p. 420, m.nt. Gallus. Zie hierover ook Wautelet 2010a, p. 147-148.

Belgische rechtsorde hebben de kinderen geen ouders, in het buitenland (VS) hebben de kinderen de wensouders wel als juridische ouders.[18]
De ouders tekenden beroep aan tegen deze beslissing bij het Hof van Beroep Luik. Het hof heeft deze beslissing vernietigd bij arrest van 6 september 2010.[19] Volgens het appelgerecht dienen de geboorteaktes van de kinderen wel te worden erkend en ingeschreven, maar alleen de afstammingsband ten opzichte van de biologische vader, wiens vaderschap niet wordt ontkend. Ten opzichte van de echtgenoot van de vader, zijnde de niet-biologische ouder, is dit niet mogelijk. De kinderen kunnen volgens het appelgerecht ook enkel de naam dragen van de vader wiens vaderschap vaststaat (in casu de naam Jungbluth, i.p.v. Jungbluth-Vanthal). Het appelgerecht baseert dit op artikel 335 § 1 Belgisch BW, dat bepaalt dat het kind van wie de vaderlijke afstamming vaststaat, of ten opzichte van wie de vaderlijke en moederlijke afstamming tegelijk zijn komen vast te staan, de naam van de vader draagt.[20] Voor de kinderen en de ouders rijst dus nog altijd het probleem dat een hinkende rechtsverhouding bestaat ten opzichte van de echtgenoot van de vader.

1.9 Adoptie

Ten aanzien van adoptie is er geen verschil tussen kinderen die wel en kinderen die niet via draagmoederschap zijn verwekt. Wel is het zo dat nu altruïstisch draagmoederschap niet, en commercieel draagmoederschap wel in strijd wordt geacht met de openbare orde. In het eerste geval zal daarom wel en in het tweede geval geen volle adoptie na draagmoederschap door de wensouders mogelijk zijn (omdat adoptie in laatste geval niet op wettige redenen steunt). Criterium voor adoptie is of de adoptie aan de wettelijke voorwaarden voldoet en de geadopteerde tot voordeel strekt. In gevallen van altruïstisch draagmoederschap wordt die vraag op verschillende wijze beantwoord (zie § 1.5).

1.10 Relevantie genetische verwantschap

Wanneer sprake is van genetische verwantschap, is de kans groot dat volle adoptie na altruïstisch draagmoederschap als voordelig voor de geadopteerde wordt aangemerkt (zie § 1.5). Doorgaans wordt er dan vanuit gegaan dat het in het belang is van het kind dat zijn juridische positie duidelijk wordt en dat de

18 Wautelet 2010a, p. 147-148.
19 Hof van Beroep Luik (1ste Kamer) 6 september 2010, arrestnr. 2010/RQ/20.
20 Wautelet 2010b.

juridische en feitelijke toestand overeenstemmen.[21] Zoals reeds aangegeven is het aan de feitenrechter om te beoordelen of een adoptie door de wensmoeder in het belang van het kind is. Wanneer de draagmoeder zelf genetisch materiaal aanlevert zal van geval tot geval te bezien zijn door de rechter of dat zo is. Het niet-betalen van een vergoeding en het intrafamiliaal karakter van het draagmoederschap zullen daarbij factoren zijn die meebrengen dat adoptie door de wensmoeder eerder in het belang van het kind wordt aangemerkt.

1.11 Illegale opneming van kind

Knelpunten doen zich voor als gevolg van de hier boven beschreven rechtssituatie. Wensouders kunnen enkel via de bestaande wettelijke regelingen hun kind als eigen kind erkend zien. In dat verband rijst de vraag of wensouders deze onmogelijkheid om de afstammingsband rechtstreeks vastgesteld te zien worden, kunnen omzeilen door een beroep te doen op de wetgeving van een land waarin wensouders (al dan niet van gelijk geslacht) als wettelijke ouders in een geboorteakte kunnen worden opgenomen. Het antwoord is negatief, aangezien het feit zelf van de inschrijving van de wensouders als wettelijke ouders in de geboorteakte (ongeacht geslacht), geacht wordt in strijd te zijn met de openbare orde.

1.12 Recente rechtsontwikkelingen

Op het vlak van het draagmoederschap leek er wetgeving op komst te zijn. Thans is de Belgische regering demissionair, waardoor de diverse wetsvoorstellen die onder haar legislatuur aanhangig zijn gemaakt, niet meer voor behandeling in aanmerking komen (tenzij ze opnieuw worden ingediend onder het nieuwe kabinet). Tijdens de afgelopen legislatuur zijn wel verschillende wetsvoorstellen rond draagmoederschap in behandeling genomen in het parlement. De voorstellen gaan van een verbod op commercialisering van draagmoederschap en/of op de verkoop van kinderen, tot voorgestelde ingrepen op het vlak van wetgeving met betrekking tot oorspronkelijk afstammingsrecht, tot een wetsvoorstel dat ertoe strekt elke vorm van draagmoederschap te verbieden.[22]

---

21 Zie bijv. Hof van Beroep Brussel 4 juni 1996, *JLMB* 1996, p. 1182 (de geadopteerde is genetisch de zoon van de adoptanten; in deze zaak fungeerde de zus van de wensmoeder, tevens genetische moeder, als draagmoeder). Zie ook Hof van Beroep Antwerpen 14 januari 2008, *RW* 2007-2008, p. 1774, m.nt. Swennen en Jeugdrechtbank Turnhout 4 oktober 2000, *RW* 2001-2002, p. 206.

22 Zie hierover met verdere verwijzingen Wuyts 2007, p. 359 e.v.; Verschelden 2010, p. 69-70; Veys 2006, p. 411-412.

Opmerkelijk is in ieder geval dat het Raadgevend Comité voor de Bio-Ethiek van België[23] consensus heeft bereikt over het feit dat draagmoederschapsovereenkomsten principieel aanvaardbaar zijn en wettelijk moeten geregeld worden, als uitzonderlijke hulp aan paren met bepaalde medisch geïdentificeerde fertiliteitsproblemen en onder zeer strikte voorwaarden.[24]

2 DUITSLAND

2.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

Het Duitse recht heeft draagmoederschap niet uitdrukkelijk geregeld. Weliswaar ontbreekt een direct verbod, maar draagmoederschap wordt nadrukkelijk afgekeurd.[25] Gevreesd wordt voor psychische en sociale conflicten voor alle betrokkenen.[26] Volgens de algemeen heersende opvatting, die ook door de wetgever wordt gehuldigd, staat tegenover de wens van paren die onvrijwillig geen kinderen kunnen krijgen, de ingrijpende inbreuk in de persoonlijkheid van de betrokken vrouwen en kinderen.[27] Voor vrouwen die zich bereid verklaren draagmoeder te zijn, zou de beslissing tussen het afstaan of behouden van het kind, tot mensonterende conflicten kunnen leiden.[28] Dit is in het bijzonder het geval wanneer de wensouders na de geboorte van een gehandicapt kind het niet willen opnemen, wanneer tijdens de zwangerschap een abortus wordt overwogen of indien de draagmoeder na de geboorte het kind niet wil afstaan. Een draagmoederschap in de vorm van het verlenen van diensten zou ertoe kunnen leiden dat de vrouw psychisch al tijdens de zwangerschap afstand neemt van het kind waardoor stoornissen in de prenatale ontwikkeling van de persoonlijkheid van het kind zouden kunnen ontstaan.[29] Voor de periode na de geboorte bestaat de vrees dat het uiteenvallen tussen de genetische moeder en de barende moeder voor het kind de opsporing van de eigen identiteit zou kunnen

---

23 Advies nr. 30 van 5 juli 2004 van het Raadgevend Comité voor de Bio-Ethiek van België betreffende zwangerschap voor een ander.

24 Voor het opstellen van het rapport is tevens geraadpleegd: Jacobs 2009, p. 41-42; De Meuter 1990, p. 645-677; Swennen 2001-2002, p. 206-207; De Wolf 1999, p. 89-126.

25 Zie in het bijzonder Coester 2004, p. 1245.

26 Zie de toelichting van de regering met betrekking tot de *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes*, 9 maart 1989, *Bundestags-Drucksache* (*BT-Drucks*) 11/4154, p. 1 onder A; in gelijke zin Wache, in: Erbs & Kohlhaas 2009, § 13a AdVermiG, nr. 1.

27 De volgende uiteenzetting is afkomstig uit de toelichting van de regering in *BT-Drucks* 11/4154, p. 6 e.v.

28 Zie ook Eser & Koch 2003, p. 15, 24; Lüderitz 1990, p. 1636; Wanitzek 2002, p. 218.

29 Zie ook Lüderitz 1990, p. 1636.

bemoeilijken.[30] Het belangrijkste argument tegen draagmoederschap is echter dat het kind ethisch gezien op onverantwoorde wijze tot een object van een rechtshandeling wordt gemaakt.[31] In het bijzonder bij commercieel draagmoederschap is deze omstandigheid van doorslaggevende betekenis.[32] Maar ook bij altruïstisch draagmoederschap rijzen bezwaren omdat dezelfde conflicten tussen draagmoeder, wensouders en kind zouden kunnen ontstaan.

Gelet op deze achtergrond probeert de Duitse wetgever het aangaan van commercieel alsook altruïstisch draagmoederschap doelmatig te bestrijden.[33] Met het oog hierop bevatten het *Adoptionsvermittlungsgesetz* (AdVermiG) van 1989 en het *Embryonenschutzgesetz* (EschG) van 1990 een aantal publiekrechtelijke verbods- en sanctiebepalingen (zie voor een nadere uitwerking onder 3). Vanaf 1 juli 1998 werd daarnaast een nieuwe bepaling, § 1591 in het *Bürgerliche Gesetzbuch* (BGB) ingevoegd. Die regeling houdt in dat alleen de vrouw uit wie het kind is geboren de juridische moeder van het kind is.[34] Ook in geval van een eicel- of embryodonatie wordt de draagmoeder als juridische moeder beschouwd. Op deze wijze wordt in het belang van het kind een 'gespleten' moederschap vermeden. Het is niet mogelijk het op § 1591 BGB gebaseerd moederschap aan te vechten om te laten vaststellen dat de eiceldonor de genetische moeder is.[35] Deze duidelijke toewijzing van het kind aan de moeder die het heeft gebaard is er ook op gericht om draagmoederschap te bestrijden.[36]

In het Duitse recht worden verschillende definities gehanteerd. Van een *Ersatzmutter* wordt gesproken indien de eicel werd geleverd door de vrouw die het kind baart, terwijl de geboorte van een kind waarmee de moeder niet genetisch verwant is als *Leihmutter* wordt aangeduid (minder gebruikelijk zijn

---

30 Vgl. ook Rauscher 2008, nr. 765 ("(...) muss vorrangig die Erkenntnis umgesetzt werden, dass Ersatzmutterschaft kein Weg elterlicher Selbstverwirklichung ist, sondern eine Form der Kindeswohlschädigung").

31 In gelijke zin Eser & Koch 2003, p. 15 en 24; Palm, in: Erman 2008, § 138 BGB, nr. 137; *Oberlandesgericht* (OLG) Hamm 2 december 1985, *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW*) 1986, p. 781-782; *Amtsgericht* (AG) Hamm 19 maart 2007, *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts* (*IPRspr*) 2007, p. 259-260.

32 In gelijke zin Maurer, in: *Münchener Kommentar zum BGB* 2008, § 1741 BGB, nr. 13; vgl. ook OLG Hamm 2 december 1985, *NJW* 1986, p. 781 e.v. ('Charakter einer Ware'); *Hessischer Verwaltungsgerichtshof* (VGH) 23 december 1987, *NJW* 1988, p. 1281-1283.

33 Zie *BT-Drucks* 11/4154, p. 7, alsook de toelichting van de regering op het *Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen*, 25 oktober 1989, *BT-Drucks* 11/5460, p. 9.

34 Over het oude recht vóór 1 juli 1998, zie Budzikiewicz 2007, p. 22.

35 Gernhuber & Coester-Waltjen 2010, § 51, nr. 7-9; Muscheler 2008, p. 259; Rauscher 2008, nr. 764 e.v.; kritisch Seidl 2002, p. 403.

36 *BT-Drucks* 13/4899, p. 82; Diederichsen 1998, p. 1979; Hohloch 2002, nr. 743 e.v.; Staudinger/Rauscher 2004, § 1591 BGB, nr. 14.

de termen *Tragemutter*, *Ammenmutter*[37] of *Surrogatmutter*).[38] In deze rapportage wordt het brede begrip *Ersatzmutter,* zoals af te leiden uit § 13a AdVermiG (zie § 3 onder a), gebruikt.

2.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

De strikte afwijzing van commercieel en altruïstisch draagmoederschap door de Duitse wetgever heeft in de jurisprudentie niet tot enige versoepeling geleid. Enkele gepubliceerde beslissingen die betrekking hebben op de geldigheid van zogenaamde 'draagmoederschapscontracten',[39] beschouwen het contract tussen de draagmoeder en de wensouders in ieder geval in strijd met de goede zeden en daarmee als nietig (§ 138 lid 1 BGB) wanneer de draagmoeder vergoedingen zal of heeft ontvangen die duidelijk niet alleen nodig zijn om de extra kosten in verband met de zwangerschap te dekken.[40] Of in geval van altruïstisch draagmoederschap anders zou worden beslist, is niet met zekerheid aan te geven, omdat tot op heden een duidelijke uitspraak met die strekking ontbreekt.[41]

2.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

2.3.1 Verbod van bemiddeling en adverteren in het openbaar

Het Duitse recht verbiedt volgens § 13c AdVermiG elke vorm van bemiddeling bij draagmoederschap. Elke overtreding van dit verbod is strafbaar (§ 14b AdVermiG). § 13a AdVermiG bepaalt wie als draagmoeder wordt beschouwd: een vrouw, die op grond van afspraken bereid is (1) een kunstmatige of natuurlijke bevruchting te ondergaan, of (2) een niet van haar afstammend embryo te laten implanteren of op andere wijze te dragen en die het kind na de geboorte aan derden afstaat met het oog op adoptie of voor verblijf voor langere duur.[42] Deze wettelijke definitie van een draagmoeder in § 13a AdVermiG

---

37 Deze term wordt soms gebruikt teneinde die vorm van draagmoederschap aan te duiden, waarbij het genetische materiaal van beide wensouders afkomstig is, zie bijv. Schlüter 2008, p. 23.

38 Zie vooral het overzicht bij May 2003, p. 25 e.v..; Taupitz, in: Günther, Taupitz & Kaiser 2008, § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG nr. 6 en 8.

39 Voor de zoekopdrachten werden gebruikt de databanken: 'juris', 'beck-online' en 'LexisNexis'.

40 OLG Hamm 2 december 1985, *NJW* 1986, 781, 782 e.v.; *Landgericht* (LG) Freiburg 25 maart 1987, *NJW* 1987, p. 1486-1488; vgl. ook *Verwaltungsgericht* (VG) Berlin 26 november 2009 – 11 L 396.09, juris. nr. 24.

41 Zie echter AG Hamm 19 maart 2007, *IPRspr* 2007, nr. 87, p. 259-260 (niet-erkenning van een buitenlandse adoptie); de beslissing zou erop kunnen wijzen dat ook altruïstische draagmoederschappen als in strijd met de goede zeden worden beschouwd. Over de opvattingen hierover in de literatuur zie § 7.

42 De term 'Vereinbarung' in § 13a AdVermiG is volgens heersende opvatting geen contract (waarvan de geldigheid overigens in twijfel zou moeten worden getrokken, zie

omvat derhalve alle gevallen waar een vrouw (na een kunstmatige of natuurlijke bevruchting) een kind baart waarmee zij genetisch verwant is alsook die gevallen waar zij een bevruchte eicel van een andere vrouw (meestal van de wensmoeder maar soms ook van een derde) heeft ontvangen.[43]

Het begrip *Ersatzmuttervermittlung* (bemiddeling bij draagmoederschap) is volgens § 13b AdVermiG het bijeen brengen van personen, die het uit een draagmoeder geboren kind willen adopteren of voor een langere periode willen opnemen (*Bestelleltern*)[44] met een vrouw die bereid is draagmoeder te zijn. Onder het begrip valt ook het bieden van de mogelijkheid om tot een in § 13a AdVermiG omschreven afspraak te komen.

De bemiddeling van draagmoederschap wordt met een vrijheidsstraf tot een jaar of een geldboete bestraft (§ 14b lid 1 AdVermiG), mits de bemiddeling zonder vergoeding heeft plaatsgevonden.[45] Wie voor het bemiddelen een vermogensvoordeel verkrijgt of in het vooruitzicht krijgt gesteld, wordt met een vrijheidsstraf tot twee jaren of een geldboete bestraft (§ 14b lid 2 eerste zin AdVermiG); wie bedrijfsmatig handelt, moet rekenen met een vrijheidsstraf tot drie jaar of een geldboete (§ 14b lid 2 tweede zin AdVermiG). Uitgesloten van strafbedreiging wegens bemiddeling van draagmoederschap zijn zowel in geval van altruïstisch alsook bij commercieel draagmoederschap de wensouders en de draagmoeder (§ 14b lid 3 AdVermiG).[46]

Ook het adverteren in het openbaar of het zoeken van draagmoeders of wensouders is verboden (§ 13d AdVermiG). Elke gedraging die inbreuk maakt op deze verboden wordt als overtreding beschouwd waarvoor een geldboete moet worden betaald (§ 14 lid 1 onder 2 en lid 3 AdVermiG).[47]

---

§ 2.6), maar vereist de 'daadwerkelijke overeenstemming' om de in de bepaling omschreven handelingen te laten uitvoeren en het kind na de geboorte af te staan; vgl. Taupitz, in: Günther, Taupitz & Kaiser 2008, § 1 Abs. 1, onder 7 ESchG, nr. 4; Coester 2004, p. 1243 e.v.; Lüderitz, p. 1633 en 1635; Maurer, in: *Münchener Kommentar zum BGB* 2008, Anhang zu § 1744 BGB, nr. 33; anders kennelijk Wache, in: Erbs & Kohlhaas 2009, § 13a AdVermiG, nr. 2 e.v., die van 'rechtsgeschäftliche Vereinbarung' spreekt.

43 Coester 2004, p. 1243-1244; Wache, in: Erbs & Kohlhaas 2009, § 13a AdVermiG, nr. 4 e.v.

44 In de literatuur wordt in het algemeen de voorkeur gegeven aan de term 'Wunscheltern'; dit rapport gebruikt eveneens deze term, voor zover niet uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan de AdVermiG.

45 Coester 2004, p. 1243 en 1245; Wache, in: Erbs & Kohlhaas 2009, § 14b AdVermiG, nr. 2.

46 Er is sprake van een persoonlijke strafuitsluitingsgrond (zie Wache, in: Erbs & Kohlhaas 2009, § 14b AdVermiG, nr. 3).

47 Volgens § 14 lid 3 AdVermiG kan ingeval van inbreuk op het advertentieverbod van § 13d AdVermiG een geldboete tot tienduizend Duitse Mark (omgerekend vijfduizend euro; zie Wache, in: Erbs & Kohlhaas 2009, § 14 AdVermiG, nr. 8) worden opgelegd.

2.3.2 Verbod van ongeoorloofd gebruik van voortplantingstechnieken

Eveneens strafbaar gesteld zijn alle vormen van medisch ondersteunde voortplanting die het uiteenvallen van genetisch, biologisch en sociaal moederschap tot gevolg zouden kunnen hebben (§ 1 lid 1 onder 1, 2, 6 en 7 en lid 2 EschG).[48] Strafbaar is degene die in een vrouw een niet van haar afkomstige, niet-bevruchte eicel implanteert (§ 1 lid 1 onder 1 ESchG). Dat geldt ook voor degene die een eicel kunstmatig bevrucht zonder dat een zwangerschap bij de vrouw die de eicel heeft geleverd wordt beoogd (§ 1 lid 1 onder 2 en lid 2 ESchG) en voor degene, die een embryo uit een vrouw verwijdert met het oog dit in een andere vrouw te implanteren (§ 1 lid 1 onder 6 ESchG). De persoon die een kunstmatige bevruchting bij een vrouw tot stand brengt, terwijl die vrouw bereid is het kind na de geboorte aan derden af te staan (draagmoeder)[49] of die bij haar een embryo implanteert (§ 1 lid 1 onder 7 ESchG) valt eveneens onder de reikwijdte van deze strafbaarheidsbepaling.[50] Belangrijk is dat de strafbaarheid ziet op de artsen/medisch hulpverleners en dat in de in § 1 lid 1 onder 1, 2 en 6 ESchG genoemde gevallen de donor en de ontvanger van de eicel respectievelijk van het embryo niet onder de reikwijdte van de bepaling vallen. Hetzelfde geldt voor de draagmoeder en de wensouders (§ 1 lid 3 ESchG).

---

48 Coester-Waltjen 1992, p. 369; Coester 2004, p. 1243 en 1245; Höfling, in: Prütting 2010, § 1 ESchG nr. 1. Weliswaar wordt draagmoederschap enkel in § 1 lid 1 onder 7 ESchG uitdrukkelijk genoemd, de andere bepalingen zien echter ook op de bestrijding van draagmoederschappen; vgl. Taupitz, in: Günther, Taupitz & Kaiser 2008, § 1 Abs. 1, Nr. 7 ESchG, nr. 1.

49 De definitie van het begrip 'Ersatzmutter' in § 1 lid 1 onder 7 ESchG verschilt op sommige punten van de definitie in § 13a AdVermiG: § 13a AdVermiG omvat naast de kunstmatige bevruchting ook de natuurlijke bevruchting, terwijl § 1 lid 1 onder 7 ESchG (in overeenstemming met het doel van de wet) alleen de kunstmatige bevruchting omvat. Daarnaast vereist § 1 lid 1 onder 7 ESchG uitsluitend *Bereitschaft* van de vrouw het kind aan derden af te staan, terwijl § 13a AdVermiG een voorafgaande *Vereinbarung* vereist. Of ondanks de verschillende definities van beide bepalingen het begrip 'Ersatzmutter' eenvormig dient te worden geïnterpreteerd, is in de literatuur omstreden. Voor een eenvormige uitleg: Liermann 1991, p. 1403; andere opvatting (§ 1 lid 1 onder 7 ESchG zou geen *Vereinbarung* vereisen) Taupitz, in: Günther, Taupitz & Kaiser 2008, § 1 Abs. 1 Nr. 7 EschG, nr. 4.

50 Inbreuk op dit verbod kan met gevangenisstraf tot drie jaren of met een geldboete worden bestraft.

2.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Beslissingen van Duitse strafrechters die gebaseerd zijn op de voor draagmoederschap geldende verbodsbepalingen van het AdVermiG en het ESchG zijn, voor zover na te gaan, niet gepubliceerd.[51]

2.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

Een draagmoederschap blijft, los van mogelijke tegenprestaties voor het dragen van het kind (of het in strijd handelen met de verbodsbepalingen van het AdVermiG of het ESchG), zonder gevolgen voor de juridische afstamming;[52] § 1591 BGB bepaalt dat de vrouw uit wie het kind wordt geboren ook in geval van een commercieel draagmoederschap de juridische moeder is van het kind.[53] Was de moeder op het tijdstip van de geboorte gehuwd dan is haar echtgenoot de juridische vader, ongeacht of de wensvader de zaadcellen heeft gedoneerd (§ 1592 onder 1 BGB).[54]

Het betalen van een vergoeding voor draagmoederschap is met het oog op de toekenning van ouderlijk gezag zonder enige betekenis. Met de geboorte verkrijgt (verkrijgen) de draagmoeder respectievelijk de *Ersatzeltern* ouderlijk gezag *ex lege* (§ 1626a BGB).[55] Als hoogstpersoonlijk recht kan het ouderlijk

---

51 De regelingen waren echter van belang in beslissingen van de *Finanzgerichte*: de kosten voor een in het buitenland gerealiseerd draagmoederschap kunnen in Duitsland (ook) vanwege strijd met de wettelijke verbodsbepalingen van het ESchG en de AdVermiG niet als buitengewone lasten van de belasting worden afgetrokken; *Finanzgericht* (FG) Düsseldorf 9 mei 2003, *Deutsches Steuerrecht – Entscheidungsdienst* (DStRE) 2003, p. 1452 e.v. (in casu: lasten ter hoogte van 129.439 Duitse Mark voor een in Californië gerealiseerd draagmoederschap); FG München 21 februari 2000, 16 V 5568/99, juris, nr. 26 e.v. (in casu: lasten ter hoogte van 75.704 Duitse Mark voor een in het *Center for Surrogate Parenting & Egg Donation* (CSP) in Californië gerealiseerd draagmoederschap); vgl. ook Niedersächsisches FG 5 mei 2010, 9 K 231/07, juris, nr. 35 en 58. Zie vervolgens *Bundessozialgericht* (BSG) 9 oktober 2001, *NJW* 2002, p. 151: een kunstmatige bevruchting van eicellen voor de latere donatie van een embryo die in het buitenland heeft plaatsgevonden, maar die volgens het Duitse recht verboden is (§ 1 lid 1 onder 2 ESchG) mag niet worden vergoed door de Duitse ziektenkostenverzekeraars.

52 Vgl. ook Nitschmann & Petersdorf 2007, p. 669 en 671.

53 Zie hierover ook de antwoorden op vraag 1 in § 2 van dit hoofdstuk.

54 Coester 2004, p. 1243 en 1248; Wanitzek 2002, p. 351; Dethloff 2009, p. 310.

55 Het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) heeft in zijn arrest van 21 juli 2010, 1 BvR 420/09, juris, een nieuwe wettelijke regeling van de ouderlijke macht voor buiten het huwelijk geboren kinderen geëist, omdat de geldende regeling in strijd is met het door de constitutie gegarandeerde ouderrecht van de vader. Voor draagmoederschap heeft dit arrest echter alleen gevolgen indien de moeder van een buiten het huwelijk geboren kind de ouderlijke macht onder gegeven omstandigheden met de man moet delen, die op grond van erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap de juridische vader van het kind is.

gezag in beginsel niet worden afgestaan (*unverzichtbar*) of worden overgedragen (*unübertragbar*).[56]

De vraag of en hoe het ouderlijk gezag van de draagmoeder/vader naar de wensouders kan worden overgedragen is afhankelijk van de situatie. Weigeren de *Ersatzeltern* het kind na de geboorte aan de wensouders over te dragen, dan kunnen zij uit het ouderlijk gezag worden ontzet, indien en voor zover de belangen van het kind worden bedreigd (§ 1666 en 1666a BGB). Het enkele feit dat de *Ersatzeltern* van te voren hebben ingestemd met de kunstmatige inseminatie en de toezegging hebben gedaan het kind tegen financiële vergoeding af te staan, rechtvaardigt echter niet om hen uit de ouderlijke macht te ontzetten.[57]
Voor zover de *Ersatzeltern* bereid zijn het kind na de geboorte aan de wensouders ter adoptie af te staan is deze adoptie anderzijds niet ontoelaatbaar omdat er sprake is van een (commercieel) draagmoederschap.[58]

2.6 Status draagmoederschapscontract

2.6.1 Geldigheid van draagmoederschapscontracten

Contractuele afspraken, die partijen (draagmoeder, wensouders, derden) verplichten om in strijd met de wettelijke verbodsbepalingen van het ESchG of het AdVermiG te handelen, zijn ingevolge § 134 BGB nietig.[59] Dit geldt in het algemeen voor de bemiddeling van draagmoederschapscontracten, contracten inzake het plaatsen van advertenties conform § 13d AdVermiG of het verrichten van handelingen, die in strijd zijn met § 1 lid 1 EschG.[60] Omstreden is daarentegen of ook draagmoederschapscontracten in de zin van § 13a AdVermiG[61] tussen wensouders en draagmoeder nietig zijn naar § 134 BGB.[62] In ieder geval zijn draagmoederschapscontracten, waar de afgesproken vergoeding de kosten van de zwangerschap overstijgt, in strijd met de goede

---

56 Zie Huber, in: *Münchener Kommentar zum BGB* 2008, § 1626 BGB, nr. 13; Gernhuber & Coester-Waltjen 2010, § 57, nr. 15.

57 Zie *Kammergericht* (KG) 19 maart 1985, *NJW* 1985, p. 2201 e.v.; Coester-Waltjen 1992, p. 369 en 371; Deutsch & Spickhoff 2008, nr. 770.

58 Vgl. Liermann, in: Soergel 2000, § 1741 BGB, nr. 20; Frank, in: Staudinger/Frank 2007, § 1741 BGB, nr. 35.

59 Zie Coester 2004, p. 1243 en 1251; Coester-Waltjen 1992, p. 369 en 371.

60 Zie Maurer, in: *Münchener Kommentar zum BGB* 2008, Anhang zu § 1744 BGB, nr. 36; Coester-Waltjen 1992, p. 369 en 371; Liermann, in: Soergel 2000, Anhang vor § 1741 BGB, nr. 46; Palm, in: Erman 2008, § 134 BGB, nr. 53; Deutsch 1991, p.723.

61 Zie § 2.3.1.

62 Nietigheid tengevolge van § 134 BGB wordt aangenomen door bijv. Liermann, in: Soergel 2000, Anhang vor § 1741 BGB, nr. 38; Rauscher, in: Staudinger/Rauscher 2004, Anhang zu § 1592 BGB, nr. 21; anders Coester-Waltjen 1992, p. 369 en 371; Wanitzek 2002, p. 235 e.v.

zeden en dientengevolge nietig.[63] Hetzelfde geldt voor afspraken waarin de draagmoeder zich bereid verklaart dat de wensvader het kind bij haar verwekt.[64] Over de vraag in hoeverre draagmoederschapscontracten zonder vergoeding of afspraken ten gevolge waarvan slechts de gemaakte kosten worden vergoed in strijd zijn met de goede zeden, lopen de meningen uiteen.[65] De heersende opvatting neemt aan dat ook in deze gevallen sprake is van nietigheid.[66]

2.6.2 Afdwingbaarheid van draagmoederschapscontracten

Gaat men ervan uit dat draagmoederschapscontracten ten gevolge van § 134 en 138 lid 1 BGB nietig zijn, dan hebben partijen reeds wegens gebrek aan een geldig contract geen afdwingbaar recht op nakoming.[67] Maar zelfs indien wordt aangenomen dat draagmoederschapscontracten geldig zijn waar geen vergoeding wordt betaald of alleen de kosten worden vergoed, zou nakoming niet afdwingbaar zijn: gezien het hoogstpersoonlijke karakter van de verplichting moet namelijk de draagmoeder te allen tijde haar 'verplichting' kunnen herroepen.[68] Overigens kan de draagmoeder pas nadat het kind acht weken oud is op geldige wijze toestemming geven voor adoptie (§ 1747 lid 2 eerste zin BGB). Een vooraf gegeven toestemming is ongeldig, hetgeen ook geldt voor de contractuele verplichting om de toestemming op een bepaald tijdstip te geven.[69] Het dragen van een kind voor een ander is ook niet te beschouwen als een aanhoudende grove nalatigheid of onverschilligheid tegenover het kind, die een vervanging van de toestemming voor adoptie door het *Vormundschaftsgericht* naar § 1748 BGB zou rechtvaardigen.[70]
Aan de andere kant kunnen ook de wensouders niet worden gedwongen om het kind na de geboorte op te nemen.[71] Een verzoek tot adoptie kunnen zij, totdat de

---

63 Dit is de heersende opvatting, zie bijv. Coester 2004, p. 1243 en 1251; Staudinger/Rauscher 2004, Anhang zu § 1592 BGB, nr. 21; Wanitzek 2002, p. 238; voor jurisprudentie zie *supra* noot 40.

64 Zie Maurer, in: *Münchener Kommentar zum BGB* 2008, Anhang zu § 1744 BGB, nr. 33; Coester 2004, p. 1243 en 1251.

65 Uitvoerig over de verschillende opvattingen Wanitzek 2002, p. 237 e.v.

66 Zie bijv. Staudinger/Rauscher 2004, Anhang zu § 1592 BGB, nr. 21; Liermann 1991, 1403; hoewel ook Nitschmann & Petersdorf 2007, p. 669 en 671; anders Deutsch & Spickhoff 2008, nr. 770; Coester 2004, p. 1243 en 1251 met referenties.

67 Zie Liermann, in: Soergel 2000, Anhang vor § 1741 BGB, nr. 39; zie ook Staudinger/Rauscher 2004, Anhang zu § 1592 BGB, nr. 21.

68 Zie Coester 2004, p. 1243 en 1251; Maurer, in: *Münchener Kommentar zum BGB* 2008, Anhang zu § 1744 BGB, nr. 33.

69 Zie Wanitzek 2002, p. 230 e.v.; Coester 2004, p. 1243 en 1249; Saar, in: Erman 2008, § 1747 BGB, nr. 4; Maurer, in: *Münchener Kommentar zum BGB* 2008, Anhang zu § 1744 BGB, nr. 33.

70 Zie Wanitzek 2002, p. 231 e.v.; Coester 2004, p. 1243 en 1251; Staudinger/Frank 2007, § 1747 BGB, nr. 28.

71 Zie Wanitzek 2002, p. 241; Coester 2004, p. 1243 en 1252.

adoptiebeslissing is genomen, te allen tijde intrekken (af te leiden uit § 1750 lid 4 eerste zin BGB)..[72]

2.7 Juridisch ouderschap wensouders

Is de draagmoeder ten tijde van de geboorte niet gehuwd, dan kan het juridisch vaderschap van de wensvader direct door erkenning[73] (§ 1592 onder 2 BGB) of door gerechtelijke vaststelling[74] (§ 1592 onder 3 BGB) ontstaan.[75] Is de draagmoeder ten tijde van de geboorte gehuwd dan is haar echtgenoot naar § 1592 onder 1 BGB de juridische vader van het kind (zie het antwoord in § 2.5). Het vaderschap kan echter ingevolge de § 1600 e.v. BGB worden ontkend indien de echtgenoot van de draagmoeder niet de genetische vader van het kind is. Na ontkenning van het vaderschap door de echtgenoot kan het vaderschap van de wensvader net als in het geval dat de draagmoeder niet gehuwd is door erkenning of gerechtelijke vaststelling ontstaan.[76] Ook een gehuwde wensvader kan het kind erkennen zelfs dan indien de zaadcellen afkomstig zijn van een derde. De moeder dient haar toestemming bij notariële akte te verlenen (§ 1595 lid 1 BGB).

Het juridisch ouderschap van de wensmoeder daarentegen kan alleen door adoptie ontstaan.[77] Indien geen erkenning of gerechtelijke vaststelling ten gunste van de wensvader heeft plaatsgevonden, is adoptie door de wensouders een mogelijkheid mits zij met elkaar zijn gehuwd (§ 1741 lid 2 tweede zin BGB). Voor zover de wensvader reeds de juridische vader is, kan de wensmoeder het kind alleen adopteren, als zij met de wensvader is gehuwd (stiefkindadoptie § 1741 lid 2 derde zin BGB).[78] In dat geval wordt het kind net als bij een adoptie door beide echtgenoten het gemeenschappelijke kind van de

---

72 Zie Dethloff 2009, p. 459.

73 De erkenning van het vaderschap door de wensvader is ook dan geldig indien hij niet de zaaddonor is en het kind genetisch van een andere man afstamt; Staudinger/Rauscher 2004, Anhang zu § 1592 BGB, nr. 19; Coester 2004, p. 1243 en 1248. Een draagmoederschap is geen omstandigheid om de wensvader niet tot erkenning van het kind toe te laten; AG Nürnberg 14 december 2009 – UR III 0264/09, UR III 264/09, juris, nr. 23.

74 De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap heeft tot doel de genetische afstamming van het kind vast te stellen en is derhalve bij een draagmoederschap slechts mogelijk indien de wensvader ook de zaaddonor is; vgl. Hammermann, in: Erman 2008, § 1600d BGB nr. 1.

75 Zie Coester 2004, p. 1243 en 1248.

76 Zie Coester 2004, p. 1243 en 1248; vgl. ook Staudinger/Rauscher 2004, Anhang zu § 1592 BGB, nr. 20.

77 Zie Wanitzek 2002, p. 229; zie ook VG Berlin 26 november 2009, 11 L 396.09, juris, nr. 31.

78 De stiefkindadoptie is ingevolge § 9 zevende zin *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG) ook bij geregistreerde partners mogelijk.

wensouders (§ 1754 lid 1 BGB).[79] Zijn de wensouders niet met elkaar gehuwd dan is noch een gemeenschappelijke adoptie noch een zogenaamde 'kettingadoptie' mogelijk: niet met elkaar gehuwden kunnen een kind slechts alleen adopteren (§ 1741 lid 2 eerste zin BGB).[80] Zij hebben op grond van de wet een nadeligere positie dan gehuwden. § 1742 BGB vereist immers voor een opvolgende adoptie of een gemeenschappelijke adoptie dat de adoptiefouders met elkaar zijn gehuwd.

2.8 Registratie bij geboorte

De geboorte van een kind wordt ingevolge § 21 *Personenstandsgesetz* (PStG) onder vermelding van de voor- en achternamen van de ouders in het geboorteregister opgenomen. Vindt na het opmaken van de geboorteakte een erkenning van het vaderschap door de wensvader plaats (§ 1592 onder 2 BGB), wordt zijn vaderschap gerechtelijk vastgesteld (§ 1592 onder 3 BGB) of is er sprake van adoptie, dan dienen deze rechtshandelingen en beslissingen op de geboorteakte te worden aangetekend (§ 27 PStG). Het geboorteregister valt onder de bevoegdheden van de ambtenaar van de burgerlijke stand (§ 1 PStG).

Het opmaken van de geboorteakte vindt plaats op grond van een aangifte van de geboorte. De geboorteaangifte kan ingevolge § 18 e.v. PStG door elke ouder die het ouderlijk gezag heeft mondeling worden gedaan. Daarvoor zijn specifieke verklaringen over de geboorte en identiteitsdocumenten nodig; de voorwaarden zijn geregeld in § 33 *Personenstandsverordnung* (PStV). Vereist is in het bijzonder een geboorteverklaring opgesteld door de arts, de vroedvrouw of een andere persoon die bij de geboorte heeft geholpen voor zover deze personen bij de geboorte aanwezig zijn geweest. Op deze wijze wordt gewaarborgd dat volgens § 1591 BGB als moeder alleen die vrouw wordt geregistreerd die het kind heeft gebaard. Daarnaast dient bij met elkaar gehuwde echtgenoten de huwelijksakte of een gelegaliseerd uittreksel uit het huwelijksregister te worden overgelegd. Niet met elkaar gehuwde ouders dienen een reeds gegeven verklaring inzake erkenning van het vaderschap over te leggen. Daarmee wordt door de regels inzake registratie van geboorten aan de voorwaarden van § 1592 onder 1 BGB voldaan, dat wil zeggen dat als vader bij de geboorte van het kind alleen de man kan worden geregistreerd die met de moeder is gehuwd of de man, die het kind heeft erkend. Op het moment dat het kind wordt aangegeven bij de burgerlijke stand moeten de vereiste documenten en verklaringen worden overgelegd, anders wordt alleen de moeder in de geboorteakte opgenomen. Wordt het kind geboren in een ziekenhuis of een

[79] Uitvoerig over het voorgaande Coester 2004, p. 1243 en 1249 e.v.; Wanitzek 2002, p. 229 e.v.

[80] Adoptie door de niet gehuwde wensmoeder is echter uitgesloten indien de wensvader tengevolge van erkenning, gerechtelijke vaststelling of adoptie al juridische vader van het kind is, vgl. Dethloff 2009, p. 461.

daarmee vergelijkbare instelling waar bij de geboorte hulp wordt geboden, dan dient de geboorte ingevolge § 18 en 20 PStG ook door deze instelling schriftelijk aan de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand te worden gemeld. De ambtenaar van de burgerlijke stand maakt op basis van de registratie in het geboorteregister een geboorteakte op, die ingevolge § 59 lid 1 onder 4 PStG ook de voor- en achternamen van de ouders bevat. Het geboorteregister en de op grond daarvan opgemaakte geboorteakte bewijzen de geboorte en de daaromtrent afgegeven verklaringen alsmede de overige verklaringen over de status van de personen, waarop de inschrijving betrekking heeft (§ 54 PStG). Deze inschrijvingen en akten hebben echter geen constitutieve werking. Ingevolge § 54 lid 3 eerste zin PStG is het mogelijk de *Unrichtigkeit* van de opgenomen feiten aan te tonen.

2.9 Adoptie

In beginsel is er geen verschil tussen een adoptie door wensouders en een adoptie door andere echtgenoten. Vereist is in het bijzonder de toestemming van de juridische ouders (de draagmoeder en in gegeven gevallen de juridische vader) ingevolge § 1747 BGB alsook de toestemming van het kind (§ 1746 BGB).[81] Wordt de toestemming tot adoptie in strijd met een eerder gedane toezegging onthouden, dan kan deze door de wensouders niet worden afgedwongen, zelfs niet indien zij de genetische ouders van het kind zijn (zie de toelichting in § 2.6 hierboven).

Daarnaast kan de adoptie alleen worden uitgesproken indien deze in het belang van het kind is en te verwachten is dat tussen de adoptanten en het kind een ouder-kind relatie gaat ontstaan (§ 1741 lid 1 eerste zin BGB). De vraag of een draagmoederschap per definitie adoptie door de wensouders onmogelijk maakt, is omstreden. In de doctrine wordt er bijvoorbeeld op gewezen dat tussen de draagmoeder en de wens/adoptiefouders later onenigheid zou kunnen ontstaan indien de draagmoeder afkomstig is uit de vriendenkring of de familie van de adoptiefouders. Ook een mogelijke scheiding van de adoptiefouders waardoor de toekomst van het kind, dat met geen van de adoptiefouders verwant is onzeker kan worden, wordt als bezwaarlijk gezien. Niet uit te sluiten valt immers dat het kind in een dergelijke situatie als lastig en niet gewenst wordt beschouwd. Tenslotte zou het kind met een hypotheek worden belast wat betreft de eigen speciale verwekking.[82] De heersende leer acht dergelijke abstracte bezwaren echter weinig overtuigend.[83] Belangrijker dan een algemene niet-toekenning (*Aberkennung*) van ouderschap aan de wensouders zou tenslotte het

[81] Bij kleine kinderen (tot 14 jaar) wordt de toestemming verstrekt door de wettelijke vertegenwoordiger § 1746 lid 2 BGB).

[82] Zie het overzicht bij Coester 2004, p. 1243 en 1249.

[83] Zie Coester 2004, p. 1243 en 1249; Staudinger/Frank 2007, § 1741 BGB, nr. 35.

belang van het kind zijn dat in het concrete geval ten gunste van een adoptie zou pleiten.[84] Ongeacht het principiële voorbehoud tegen draagmoederschap zou de adoptie door de wensouders slechts dan niet mogen worden uitgesproken indien concrete twijfels over de *Eignung* als ouders bestaan.[85] Indien de wensouders in de context van het draagmoederschap echter in strijd met de wet of de goede zeden een kind voor adoptie hebben genomen of een derde hiertoe opdracht hebben gegeven of voor dergelijke diensten hebben beloond (§ 1741 lid 1 tweede zin BGB) dient anders te worden geoordeeld; een adoptie is dan slechts in uitzonderingsgevallen mogelijk, bijvoorbeeld indien dit in het belang van het kind noodzakelijk wordt geacht. Te denken valt aan de situatie dat sprake is van een nauwe band tussen het kind en de wensouders ofschoon deze op ontoelaatbare wijze is tot stand gekomen.[86] In de praktijk zal het echter niet vaak gebeuren dat de adoptie door de wensouders niet voldoet aan de strengere eisen van § 1741 lid 1 tweede zin BGB.[87]

2.10 Relevantie genetische verwantschap

De genetische band van het kind met de wensvader kan met het oog op een gerechtelijke vaststelling alsook in verband met de ontkenning van het vaderschap door een andere man (in beginsel door de echtgenoot van de draagmoeder) relevant zijn (zie hierover § 2.7). De genetische band van het kind met de wensmoeder daarentegen is voor het ontstaan van juridisch moederschap zonder enige betekenis (zie hierover § 2.1 en 2.5)

2.11 Illegale opneming van kind

In het Duitse civiele recht heeft de regeling van § 1741 lid 1 tweede zin BGB[88] tot doel kinderhandel en vergelijkbare praktijken preventief te bestrijden. De adoptie van een kind door een persoon die medewerking heeft verleend aan dergelijke praktijken mag derhalve alleen dan worden uitgesproken indien de adoptie juist door deze persoon in het belang van het kind noodzakelijk (*erforderlich*) wordt geacht. De regeling heeft tot gevolg dat strengere adoptievoorwaarden gelden en is erop gericht de 'aantrekkelijkheid' om een kind in strijd met de wet op te nemen om uiteindelijk toch een geldige adoptie tot stand te brengen te verminderen. Aan de andere kant wordt rekening gehouden met de eisen die in verband met het belang van kind moeten worden gesteld. Deze kunnen er in een concreet geval toe leiden dat een adoptie uiteindelijk toch wordt uitgesproken, omdat tussen de aspirant-adoptant en het

---

84 AG Gütersloh 17 december 1985, *FamRZ* 1986, p. 718 e.v.

85 Zie Coester 2004, p. 1243 en 1245.

86 *BT-Drucks* 13/8511, p. 75; Enders, in: Beck 2010, § 1741 BGB, nr. 27; Saar, in; Erman 2008, § 1741 BGB nr. 15; Coester 2004, p. 1243 en 1250.

87 Zie Finger in: *Nomos Kommentar BGB* 2010, § 1741 BGB, nr. 14.

88 Zie de antwoorden bij § 2.6 en 2.10.

kind dat in strijd met de wet en de goede zeden werd opgenomen op den duur een band is ontstaan waarmee rekening moet worden gehouden.[89] Ten slotte houdt de civielrechtelijke sanctie van § 1741 lid 1 tweede zin BGB rekening met het feit dat een strafrechtelijke vervolging van de aspirant-adoptant vaak niet zal plaatsvinden.[90] Reeds in § 2.3 is erop gewezen dat § 14b lid 3 AdVermiG in geval van een bemiddeling van draagmoederschap voor de wensouders een persoonlijke strafuitsluitingsgrond bevat.

2.12 Recente rechtsontwikkelingen

In de literatuur wordt reeds enige tijd gepleit voor een meer liberale omgang van het Duitse recht met het fenomeen draagmoederschap.[91] Wetsvoorstellen die hiertoe kunnen leiden zijn momenteel echter niet in voorbereiding. De enkele in de politiek geuite wens dat men zich in Duitsland met betrekking tot draagmoederschappen minder restrictief zou moeten opstellen,[92] werd onlangs door de minister van Justitie duidelijk verworpen.[93]

3 ENGELAND

3.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

Het Engelse recht kent een regeling voor de overdracht van ouderschap na draagmoederschap. In de *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* (HFEA 1990), die in 2008 grondig is herzien (HFEA 2008), is bepaald wie in geval van kunstmatige voorplanting als ouder van een kind wordt beschouwd. Deze wet kent een specifieke regeling voor de overdracht van ouderschap na draagmoederschap via een *parental order*.[94] Een van de belangrijkste voorwaarden voor toekenning van een *parental order* is dat een van beide wensouders genetisch verwant is met het kind.[95] Bovendien moet de rechter die het verzoek beoordeelt ervan overtuigd zijn dat er niet meer dan een redelijke vergoeding voor de gemaakte kosten aan de draagmoeder is betaald.[96] Door het

---

89 Bovenstaande overwegingen zijn afkomstig uit aanbevelingen en het rapport van de Rechtsauschuss naar aanleiding van het *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts*, 12 september 1997, *BT-Drucks* 13/8511, p. 75.

90 Zie Liermann, in: Soergel 2000, § 1741 BGB nr. 22.

91 Over de verschillende opvattingen zie in het bijzonder Müller-Götzmann 2009, p. 270 e.v.

92 Zie *Bundesministerium der Justiz*, verklaring van 31 mei 2010, http://www.bmj.bund.de/enid/6e74ad985ba47c9057dfe2ecd598baa9,c1b2c85f747263 6964092d0935323933/Meldungen/Adoption_WamS_1pp.html.

93 Voor dit rapport is tevens geraadpleegd: Beck 2010; Schönke & Schröder 2010.

94 Art. 54 HFEA 2008.

95 Art. 54 lid 1 onder b HFEA 2008. Zie voor een uitgebreide behandeling van de *parental order* § 3.7.

96 Art. 54 lid 8 HFEA 2008.

toewijzen van een *parental order* worden het ouderschap en het gezag van de draagmoeder (en haar eventuele echtgenoot) beëindigd en worden de wensouders de juridische ouders van het kind. [97]

Een andere wet die betrekking heeft op draagmoederschap is de *Surrogacy Arrangements Act 1985* (SAA 1985). Deze wet bevat geen bepalingen met betrekking tot het ouderschap, maar bevat onder meer een definitie van de term 'draagmoeder',[98] bepaalt dat draagmoederschapovereenkomsten niet afdwingbaar zijn, verbiedt commercieel draagmoederschap[99] en geeft aan welke rol niet-commerciële organisaties kunnen spelen bij draagmoederschapovereenkomsten.

Dat in Engeland een onderscheid wordt gemaakt tussen altruïstisch en commercieel draagmoederschap valt enerzijds af te leiden uit de verbodsbepalingen met betrekking tot commercieel draagmoederschap uit de SSA 1985 en anderzijds uit artikel 54 HFEA 2008 waarin is bepaald dat aan de draagmoeder slechts een redelijke vergoeding voor haar onkosten mag worden betaald.

Deze wettelijke regelingen met de bijbehorende jurisprudentie vormen, tegen de achtergrond van de *common law,* samen het systeem dat draagmoederschap regelt in Engeland en Wales. Dit systeem bevat zowel een privaatrechtelijke, een publiekrechtelijke als een strafrechtelijke dimensie.

3.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

Het Engelse recht kent een wettelijke figuur, de *parental order*, voor het overdragen van juridisch ouderschap na draagmoederschap. Wanneer wensouders geen gebruik kunnen maken van deze regeling, kan overdracht van ouderschap alleen via adoptie plaatsvinden. Voor de rechter bestaat vervolgens alleen de mogelijkheid om de wettelijke regelingen met betrekking tot de *parental order* en adoptie toe te passen, de bestaande open normen in te vullen (bijvoorbeeld de vraag naar het belang van het kind) en om tegenstrijdige belangen af te wegen.[100] Waar relevant wordt deze rechtspraak hieronder behandeld.

---

97 Art. 54 HFEA 2008.

98 Art. 1 lid 2 SAA 1985: 'a 'surrogate mother' means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement – (a) made before she began to carry the child, and (b) made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and parental responsibility being met (so far as practicable) by, another person or other persons'.

99 Art. 2 SAA 1985.

100 Bijv. het afwegen van de belangen van het kind in een specifieke zaak enerzijds tegen het algemene belang van het handhaven van het verbod op commercieel draagmoederschap anderzijds, zie ook § 3.11.

3.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

Strafrechtelijke bepalingen met betrekking tot draagmoederschap zijn te vinden in de SAA 1985. Draagmoederschap op zichzelf is niet strafbaar. Maar het is wel strafbaar om op commerciële basis te bemiddelen bij draagmoederschap. Dit omvat onder meer het op commerciële basis faciliteren, initiëren van en deelnemen aan onderhandelingen over een draagmoederschapsovereenkomst, evenals als het verzamelen van informatie met als doel het opstellen van of onderhandelen over het opstellen van een draagmoederschapsovereenkomst.[101] De draagmoeder en de wensouders zijn niet strafbaar wanneer zij de bovengenoemde handelingen verrichten of wanneer zij anderen deze handelingen voor hen laten verrichten.[102] Wensouders zijn op zichzelf ook niet strafbaar als ze de draagmoeder meer dan een redelijke vergoeding van de gemaakte kosten betalen, maar dit kan wel tot problemen leiden bij een verzoek om een *parental order* of tijdens een adoptieprocedure.[103]

Het is strafbaar om via een advertentie te zoeken naar een draagmoeder of de diensten van een draagmoeder aan te bieden.[104] Wanneer zo'n advertentie in een krant of tijdschrift verschijnt, kunnen de uitgever, redacteur, eigenaar of verspreider van die krant of dat tijdschrift eveneens strafrechtelijk worden vervolgd.[105] De boetes voor een overtreding van de SAA 1985 kunnen oplopen tot £ 5000.[106]

Sinds kort zijn de strafbepalingen uit de SAA 1985 met betrekking tot het faciliteren van draagmoederschap en het adverteren met betrekking tot draagmoederschap niet meer van toepassing op niet-commerciële organisaties.[107] Hierdoor kunnen organisaties, zoals *Childlessness Overcome Through Surrogacy* (COTS) en *Surrogacy UK* (SUK), die tot dan toe op de grens van het recht te werk moesten gaan, toekomstige draagmoeders en wensouder adviseren en bijstaan. Ze mogen lidmaatschapsgeld vragen om feitelijke en administratieve kosten te dekken.

3.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Er zijn in de jurisprudentie geen voorbeelden te vinden van strafvervolging op grond van de relevante bepalingen van de SAA 1985. Het is niet duidelijk of dit komt doordat het vervolgen van dit soort feiten geen prioriteit heeft, dat de

---

101 Art. 2 SAA 1985 (gewijzigd door art. 59 Human Embryology and Fertilisation Act 2008).

102 Art. 2 lid 2 SAA 1985.

103 Zie voor meer informatie § 3.7 en 3.11.

104 Art. 3 lid 1 SAA 1985.

105 Art. 3 lid 2 SAA 1985.

106 Art. 4 lid 1 SAA 1985 en art. 37 *Criminal Justice Act 1982*, gewijzigd door art. 17 *Criminal Justice Act 1991* (voor Engeland en Wales).

107 Art. 59 HFEA 2008.

regeling blijkbaar voldoende afschrikwekkende werking heeft of dat deze zaken niet zijn gepubliceerd.

3.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

Zoals uit § 3.3 al bleek, kan aan derden die commercieel draagmoederschap faciliteren een boete worden opgelegd indien deze derden binnen het Verenigd Koninkrijk opereren. Dit betekent dat commercieel draagmoederschap dat zich buiten de grenzen van het Verenigd Koninkrijk voltrekt niet in het Verenigd Koninkrijk vervolgd kan worden. Buitenlandse draagmoederschapconstructies kunnen voor de betrokkenen in Engeland echter vervelende gevolgen hebben. Zo bleek een kind in een recente zaak zowel ouderloos als stateloos te zijn.[108]

Voor het kind worden de nadelige gevolgen van commercieel draagmoederschap over het algemeen verzacht door het feit dat in het Engelse recht het belang van het kind richtinggevend is bij beslissingen die het kind aangaan.[109] Het is zeer waarschijnlijk dat eerder onwettig handelen (door een derde, door de wensouders of door de draagmoeder) de beslissing van de rechter met betrekking tot de vraag wie er voor het kind zal zorgen en wie zijn ouders zullen zijn, niet zal beïnvloeden.[110] In een aantal recente zaken is echter door de rechter aangegeven dat het belang van het kind en de openbare orde tegen elkaar moeten worden afgewogen. Een flagrante schending van de openbare orde dient als doorslaggevend te worden beschouwd.[111]

Het is niet per definitie onwettig om een in kind in het gezin van de wensouders te plaatsen. Voor de toewijzing van een *parental order* is het zelfs vereist dat het kind al bij de wendouders woont.[112] Het plaatsen van het kind brengt echter op zichzelf geen ouderschap of ouderlijk gezag met zich mee. Dit betekent dat de wensouders in zo'n geval maar zeer beperkte zeggenschap hebben over het kind. Bovendien zijn de wensouders verplicht om *social services* in te lichten als ze meer dan 28 dagen voor een kind zorgen, wanneer zij niet de juridische ouders zijn van het kind of ouderlijk gezag hebben met betrekking tot het kind, en ook niet aan het kind verwant zijn.[113] Het achterwege laten van een degelijke melding aan *social services* kan een strafbaar feit opleveren.[114]

---

108 *Re X and Y (Parental Order, Foreign Surrogacy)* [2009] Fam. 71. Zie ook § 3.12.

109 Zie art. 1 *Children Act 1989* en art. 1 lid 2 *Adoption and Children Act 2002* (ACA 2002): 'the paramount consideration (…) must be the child's welfare throughout his life'.

110 Bijv. *Re AW (Adoption Application)* [1993] 1 F.L.R. 62: in deze zaak werd een tijdelijk adoptieverzoek toegewezen ook al was het duidelijk dat het de bedoeling van de potentiële adoptiefouders was geweest om de wet te omzeilen.

111 Zie Hadley J in *Re X and Y (Parental Order, Foreign Surrogacy)* [2009] Fam. 71; *Re S (Parental Order)* [2010] 1 F.L.R. 1156. Zie ook § 3.11.

112 Art. 30 lid 3 onder a HFEA 1990; art. 54 lid 4 onder a HFEA 2008.

113 Art. 66 *Children Act 1989*.

114 Art. 70 *Children Act 1989*.

3.6 Status draagmoederschapscontract

In Engeland en Wales zijn draagmoederschapovereenkomsten niet afdwingbaar door of tegen de betrokkenen.[115] Een niet afdwingbaar contract is geldig, maar kan niet door een rechter worden afgedwongen.[116] Dit geldt ook wanneer het contract door partijen is getekend en er geld is betaald aan de draagmoeder. Wanneer de draagmoeder het kind na de geboorte niet wil afstaan, kunnen de wensouders weinig doen, ook al betreft het een kind dat genetisch volledig van hen afstamt. Uiteindelijk zal de rechter in een dergelijk geval een beslissing moeten nemen die het meest in het belang van het kind is. Dit zal meestal betekenen dat het kind blijft bij degene door wie het vanaf de geboorte werd verzorgd.[117]

3.7 Juridisch ouderschap wensouders

De wensouders kunnen de rechter verzoeken om een *parental order* toe te kennen. Daarmee komt een eind aan het ouderschap van de draagmoeder en worden de wensouders de juridische ouders van het kind.[118] Om in aanmerking te komen voor een *parental order* moeten de wensouders getrouwd zijn, een *civil partnership* zijn aangegaan[119] of duurzaam met elkaar als paar samenleven.[120] Het verzoek moet binnen zes maanden na de geboorte van het kind worden ingediend, een van beide wensouders moet genetisch verwant zijn met het kind, de wensouders moeten *domicile*[121] hebben in het Verenigd Koninkrijk, en het kind moet, op het moment dat het verzoek wordt ingediend, bij de wensouders wonen. Het verzoek kan alleen worden toegewezen als dit in het belang van het kind is, daarbij moet de rechter de zogeheten *welfare checklist* in zijn afweging betrekken.[122]

---

115 Art. 1A SAA 1985.

116 Boele-Woelki & Oderkerk 1999, p. 48-49.

117 Zie voor een uitzondering *Re N (A Child)* [2007] EWCA Civ 1053 waar het gezag niet aan de geboortemoeder werd toegekend maar aan de wensouders; zie ook § 3.12.

118 Art. 54 HFEA 2008; art. 30 lid 1 HFEA 1990.

119 Een *civil partnership* is alleen toegankelijk voor paren van gelijk geslacht en heeft vrijwel dezelfde rechtsgevolgen als een huwelijk.

120 Art. 54 lid 2 HFEA 2008 maakt het voor gelijkgeslachtelijke en ongehuwde paren mogelijk een parental order te vragen. De regeling is op 6 april 2010 in werking getreden.

121 Voor een uitleg van het Engelse begrip *domicile* zie: Boele-Woelki, Curry-Sumner & Schrama 2010, p. 102 en 103. Voor een draagmoederschapzaak waarin dit begrip een grote rol speelt zie *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2007] EWHC 2814 (Fam). Deze zaak betrof een paar uit Turkije dat geen *domicile* had in Engeland en dus niet aan de voorwaarden voor een *parental order* voldeed. Justice MacFarlane geeft in deze uitspraak aan dat buitenlandse paren niet zomaar Britse kinderen die uit een draagmoeder zijn geboren mee mogen nemen naar hun eigen land om ze daar te adopteren.

122 Art. 2 en *Schedule* 1 *Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010*.

De draagmoeder en ieder ander die als ouder van het kind wordt aangemerkt, moet onvoorwaardelijk instemmen met het verlenen van de *parental order*. De toestemming van de draagmoeder is ongeldig indien deze minder dan zes weken na de geboorte van het kind is gegeven. Aan het ontbreken van de instemming van de ouders kan in geen geval voorbij worden gegaan, terwijl dit bij een adoptie onder omstandigheden wel kan.[123] Verder moet de rechter ervan overtuigd zijn dat er niet meer dan een 'redelijke vergoeding' aan de draagmoeder is betaald voor haar deelname of haar toestemming om afstand te doen van het kind.[124]

Alleen paren komen in aanmerking voor een *parental order*. Alleenstaande wensouders en wensouders die om andere redenen niet in aanmerking komen voor een *parental order* zijn aangewezen op een adoptie of een *residence order*. Door het toewijzen van een adoptieverzoek gaat het ouderschap volledig over van de draagouder(s) naar de wensouder(s).[125] Adoptie staat open voor een persoon alleen en voor gehuwde en ongehuwde paren van gelijk of verschillend geslacht, mits een van beide zijn/haar *domicile* heeft in het Verenigd Koninkrijk. Waar een van de verzoekers de biologische ouder is van het kind, kan een adoptieverzoek worden ingediend zodra het kind tien weken binnen het gezin van de verzoeker(s) heeft gewoond.[126] De rechter moet ervan overtuigd zijn dat de verzoekers geschikte adoptiefouders zijn, dat de juridische ouders toestemming hebben gegeven tot de adoptie (of dat er gronden zijn om aan het ontbreken van toestemming voorbij te gaan) en dat de adoptie in het belang van het kind is. Aangezien het belang van het kind gedurende de rest van zijn leven[127] bij adoptie de belangrijkste overweging vormt, moet de rechter de *welfare checklist* uit artikel 4 ACA 2002 in zijn beslissing betrekken. Deze *welfare checklist* bepaalt onder meer dat moet worden achterhaald wat de wensen en gevoelens van het kind zijn met betrekking tot de adoptie en wat voor relatie het kind heeft met zijn of haar familie.

Een andere mogelijkheid is het aanvragen van een *residence order*.[128] Een *residence order* bepaalt bij wie het kind woont, maar laat het juridisch ouderschap ongewijzigd. Ook bij een dergelijke *order* vormt het belang van het kind de belangrijkste overweging.[129] Een *residence order* kan worden verzocht door ouders, een ieder die gezag heeft over het kind, voogden en personen die

---

123 Zie hierover bijv. *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2007] EWHC 2814 (Fam) waar de echtgenoot van de draagmoeder inmiddels naar het buitenland was vertrokken en moeilijk te vinden was.

124 Art. 54 lid 7 HFEA 2008.

125 Art. 67 lid 1 ACA 2002.

126 Art. 42 lid 2 ACA 2002.

127 Art. 1 lid 2 ACA 2002.

128 Art. 8 *Children Act 1989*.

129 Art. 1 *Children Act 1989*.

toestemming hebben gekregen van de rechter om een dergelijk verzoek te doen. Als een *residence order* wordt uitgesproken ten gunste van de wensouder(s) krijgen zij ook ouderlijk gezag voor de duur van de *residence order*.[130] De wensouders krijgen hiermee slechts beperkte rechten over het kind, ze mogen bijvoorbeeld niet langer dan een maand met het kind buiten het Verenigd Koninkrijk verblijven.[131] Het gaat hier in tegenstelling tot de *parental order* om een tijdelijke oplossing.

3.8 Registratie bij geboorte

Alle geboorten moeten ingevolge de *Births and Deaths Registration Act 1953* (BDRA 1953) binnen 42 dagen worden aangegeven. Dit kan in het ziekenhuis of bij het lokale *register office*. De vraag wie als ouders van het kind moeten worden opgegeven is ingewikkeld en hangt af van de omstandigheden.

De juridische moeder is de vrouw uit wie het kind is geboren. Het maakt daarbij niet uit of zij ook het genetische materiaal voor het kind heeft geleverd.[132] Met betrekking tot de vader is het uitgangspunt in Engeland en Wales dat de genetische vader in beginsel de juridische vader is van het kind, tenzij bij wet van dit uitgangspunt is afgeweken.

Het recht maakt echter ook gebruik van veronderstellingen die ervoor zorgen dat een man als juridische vader wordt gezien van een kind dat niet met zijn genetisch materiaal is verwekt. Wanneer een gehuwde vrouw een vruchtbaarheidsbehandeling ondergaat met donorzaad, gaat de wet ervan uit dat haar echtgenoot de juridische vader is van het kind, tenzij hij kan aantonen dat hij niet met de behandeling heeft ingestemd.[133] Sinds 6 april 2010 is deze regeling ook van toepassing op vrouwen die een *civil partnership* zijn aangegaan en binnen hun relatie een kind krijgen met behulp van donorzaad.[134] De vrouwelijke partner van de geboortemoeder wordt dan ook als juridisch ouder gezien.

Wanneer een ongetrouwde vrouw 'samen' met haar mannelijke of vrouwelijke partner, een vruchtbaarheidsbehandeling ondergaat bij een kliniek met een vergunning dan wordt deze partner ook als juridische ouder aangemerkt.[135] Zowel de moeder als haar partner moeten in dat geval aan de

---

130 Art. 12 jo. 3 *Children Act 1989*. Dit gezag dat gekoppeld is aan de *residence order* doet niets af aan het gezag van de juridische ouder(s). In Engeland kunnen meer dan twee personen gezag hebben met betrekking tot een kind.

131 Art. 13 *Children Act 1989*.

132 Art. 33 HFEA 2008; art. 27 HFEA 1990.

133 Art. 35 HFEA 2008; art. 28 lid 2 HFEA 1990.

134 Art. 42 HFEA 2008.

135 Art. 36 HFEA 2008 (voor de man); art. 43 HFEA 2008 (voor de vrouw). In de rechtspraak is in de loop der jaren duidelijkheid ontstaan wanneer sprake is van 'samen een behandeling ondergaan'. Zie hierover o.a. *Re R (IVF: Paternity of the Child)* (2005) 2 F.L.R. 843.

'verantwoordelijke persoon' melden dat zij beiden ermee instemmen dat de partner naast de moeder als juridisch ouder wordt gezien.[136] Als de geboortemoeder niet is gehuwd en de behandeling niet heeft plaatsgevonden bij een kliniek met een vergunning (maar bijvoorbeeld gewoon thuis) dan is deze regeling niet van toepassing.

In het geval van draagmoederschap zullen de draagmoeder en de andere juridische ouder (als die er is) aangifte doen van de geboorte. Zij worden als ouders op de geboorteakte vermeld. Wanneer vervolgens het verzoek om een *parental order* wordt toegewezen, vindt herregistratie in het geboorteregister plaats en wordt er een nieuwe geboorteakte opgemaakt met de gegevens van de nieuwe juridische ouders. Er wordt een gewaarmerkte kopie van het *parental order certificate* opgenomen in het *parental order* register. Dit register is niet voor het publiek toegankelijk, maar waarborgt wel het recht van het kind om op een zeker moment te achterhalen wie zijn genetische/biologische ouders zijn. Wanneer een paar van hetzelfde geslacht via een *parental order* het ouderschap verkrijgt, staat op de geboorteakte de genetische ouder als vader of moeder vermeld en de niet-genetische ouder als *parent*. In geval van adoptie wordt dezelfde procedure gevolgd. Er vindt herregistratie plaats en er wordt een nieuwe geboorteakte opgemaakt. Een gewaarmerkte kopie van het *adoption certificate* wordt in het *adoption register* opgenomen.

3.9 Adoptie

Er is geen specifieke adoptieprocedure voor kinderen die via draagmoederschap zijn verwekt. De verschillen die mogelijk bestaan tussen een adoptie na draagmoederschap en een adoptie onder andere omstandigheden komen waarschijnlijk voort uit het feit dat een van de wensouders al juridisch ouder is van het kind of dat (een van de) beide wensouders genetisch verwant zijn aan het kind.[137]

3.10 Relevantie genetische verwantschap

De wetgever heeft in de HFEA 1990 (en later in de HFEA 2008) duidelijk gemaakt dat de genetische band niet de enige factor is die bepalend is voor het ouderschap van een kind. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de geboortemoeder de juridische moeder is van het kind dat zij baart, ook wanneer ze niet de genetische moeder is van het kind. Verder blijkt uit de wettelijke regelingen en de *common law* dat er juridische vaders zijn die niet genetisch verwant zijn met hun kind, terwijl er ook genetische vaders zijn die niet als

[136] Art. 37 HFEA 2008 (voorwaarden vaderschap); art. 44 HFEA 2008 (voorwaarden ouderschap).

[137] Zie hierover § 3.7.

juridische vader worden beschouwd.[138] Uitgangspunt bij vaders blijft echter dat de genetische vader in beginsel de juridische vader is tenzij hier door de wet een uitzondering op wordt gemaakt. Ook voor het aanvragen van een *parental order* door de wensouders is een genetische band van een van de wensouders met het kind cruciaal. Bestaat er niet een zodanige band tussen een van de wensouders en het kind, dan kan het juridische ouderschap alleen via een adoptieprocedure worden verkregen.[139]

3.11 Illegale opneming van kind

De meeste problemen met de ACA 2002, HFEA 1990 en de HFEA 2008 worden veroorzaakt door het verbod op een meer dan redelijke vergoeding aan de draagmoeder voor door haar gemaakte kosten. Recentelijk heeft Mr Justice Hedley in *Re X and Y (Parental Order: Foreign Surrogacy)* aangegeven hoe moeilijk het is twee 'competing and potentially irreconcilably conflicting concepts' tegen elkaar af te wegen.[140] Enerzijds dient de rechter zich te houden aan de regel dat commercieel draagmoederschap als illegaal moet worden beschouwd terwijl anderzijds een beslissing moet worden genomen die in het belang van het kind is. Mr Justice Hedley stelt echter dat "it is almost impossible to imagine a set of circumstances in which by the time the case comes to court, the welfare of any child would not be gravely compromised by a refusal to make an order."[141] Dit betekent dat in het merendeel van de gevallen waar eigenlijk een meer dan redelijke vergoeding aan de draagmoeder is betaald, toch een *parental order* zal worden afgegeven omdat het belang van het kind dit vergt.[142]

In een aantal recente zaken heeft de rechter de mogelijkheid aangegrepen om te laten zien onder welke omstandigheden het belang van het kind prevaleert, waarbij echter sprake is van een afweging. Factoren die bij die afweging een rol spelen zijn onder andere: is het bedrag dat is betaald aanzienlijk hoger dan een redelijke vergoeding, zijn de verzoekers te goeder trouw, valt hun moreel iets te verwijten in hun relatie met de draagmoeder of was het de bedoeling van de verzoekers om de wet te omzeilen?[143] Waar het op neer komt, is dat de rechter er zeker van moet zijn dat hij geen medewerking

---

138 Zie § 3.8.

139 Meer over *parental orders* in § 3.7.

140 *Re X and Y (Parental Order, Foreign Surrogacy)* [2009] Fam. 71, 80. Aan de draagmoeder was 250 euro per maand betaald tijdens de zwangerschap en 25.000 euro bij de geboorte van de tweeling.

141 *Re X and Y (Parental Order, Foreign Surrogacy)* [2009] Fam. 71, 81.

142 Zie *Re Adoption Application (Payment for Adoption)* [1987] Fam. 81. In gelijke zin *Re Q (A Minor) (Parental Order)* [1996] 1 F.L.R 369, *Re C (Surrogacy: Payments)* [2002] 1 F.L.R. 909, *Re X and Y (Parental Order, Foreign Surrogacy)* [2009] Fam. 71, en *Re S (Parental Order)* [2010] 1 F.L.R. 1156; zie ook *Re MW (Adoption: Surrogacy)* [1995] 2 F.L.R. 789.

143 Zie Hedley, J in *Re X and Y (Parental Order, Foreign Surrogacy)* [2009] Fam. 71, 80.

verleent aan internationale kinderhandel of het gebruik van commercieel draagmoederschap in het buitenland om zo de kinderbeschermingswetgeving in het Verenigd Koninkrijk te omzeilen.[144] Een uitgebreide analyse van de omstandigheden waarin meer dan een redelijke vergoeding is betaald, is deels bedoeld om de betalingen met terugwerkende kracht goed te keuren, maar tegelijkertijd ook om duidelijk te maken dat het bedrag onder omstandigheden zo kennelijk in strijd is met het beleid dat de rechter het kind niet bij de wensouders kan laten blijven waar het illegaal is geplaatst. Of er ook daadwerkelijk gevolg wordt gegeven aan deze dreiging is af te wachten. Dit lijkt echter, gezien het feit dat de consequenties daarvan voornamelijk ten nadele van het kind komen, niet erg waarschijnlijk.[145]

Iemand die pleegkinderen in huis heeft zonder daar *social services* van op de hoogte te stellen kan strafrechtelijk worden vervolgd.[146] Er is echter geen regeling op grond waarvan de *Crown Prosecution Service* personen die bij de illegale plaatsing van kinderen betrokken zijn, kan vervolgen. Ook al proberen rechters helder aan te geven waar de grens ligt tussen de goede trouw en opzet, uiteindelijk zal het belang van het kind de doorslag geven bij de beslissingen met betrekking tot het kind.

3.12 Recente rechtsontwikkelingen

In de afgelopen twee jaar zijn er veel nieuwe ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak geweest op het gebied van draagmoederschap en kunstmatige voortplanting. Niet alle onderwerpen zijn daarbij aan bod gekomen.[147]

De HFEA 1990 is door de HFEA 2008 herzien om tegemoet te komen aan ontwikkelingen op het gebied van kunstmatige voortplanting en de veranderingen in de maatschappij. Met betrekking tot draagmoederschap heeft de HFEA 2008 helderheid gebracht wat betreft de positie van niet-commerciële organisaties zoals COTS en SUK.[148] Bovendien komen in de herziene HFEA 2008 ook paren van hetzelfde geslacht en ongehuwde paren in aanmerking voor een *parental order*.[149] Op 6 april 2010 traden de *Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010* in werking die aangeven welke bepalingen (waaronder de eerder genoemde *welfare checklist*) van de ACA 2002 van toepassing zijn op *parental orders*.[150]

In recente jurisprudentie op het gebied van draagmoederschap komt een aantal problemen met het huidige recht duidelijk naar voren, in het bijzonder

144 Zie Hedley, J in *Re S (Parental Order)* [2010] 1 F.L.R. 1156.
145 Zie *Re AW (Adoption Application)* [1993] 1 F.L.R. 62.
146 Zie § 3.5.
147 Zie bijv. Gamble & Ghevaert 2009, p. 223- 227.
148 Zie § 3.3.
149 Zoals de *Civil Partnership Act 2004*, zie § 3.7 en 3.8.
150 Zie § 3.7.

waar het draagmoederschap met een buitenlandse component betreft. Een tweetal recente zaken dienen te worden vermeld.

In *Re X and Y (Parental Order: Foreign Surrogacy)* ging het niet alleen om de meer dan redelijke vergoeding die aan de draagmoeder was betaald maar ook om de gevolgen van de discrepantie die bestaat tussen het Oekraïense recht en het Engelse recht met betrekking tot de afstamming van het kind.[151] Een Engels echtpaar was met een Oekraïense vrouw overeengekomen dat zij een kind voor hen zou dragen dat was ontstaan uit een anonieme donor eicel en het zaad van de wensvader. Bij de geboorte zijn de wensouders in overeenstemming met het Oekraïense recht als ouders op de geboorteakte geregistreerd. Volgens het Engelse recht werden de draagmoeder en haar echtgenoot echter als de juridische ouders van het kind beschouwd. Aangezien de ouders met een tijdelijk visum Oekraïne binnen waren gekomen, mochten zij en het kind niet in Oekraïne blijven. De wensouders konden het kind echter ook niet meenemen naar het Verenigd Koninkrijk omdat het kind volgens het Engelse recht een kind van Oekraïense ouders was en derhalve niet zomaar toegang tot het Verenigd Koninkrijk had. De rechter heeft het kind uiteindelijk toegang tot het Verenigd Koninkrijk verleend, zodat de juridische positie van het kind in overeenstemming kon worden gebracht met de feitelijke situatie. Ondanks deze problemen en de meer dan redelijke vergoeding werd uiteindelijk een *parental order* in het belang van het kind gewezen.

Een andere zaak met een buitenlandse component betreft de omgekeerde situatie:[152] een Turks paar komt overeen met een Engelse draagmoeder dat zij een kind zou dragen dat met het zaad van de wensvader wordt verwekt. De Engelse draagmoeder is de genetische moeder van het kind. De Turkse wensouders vroegen aan de Engelse rechter om een *parental order.* Het verzoek werd afgewezen omdat de wensouders geen *domicile* hadden in het Verenigd Koninkrijk, ondanks het feit dat de wensvader de genetische vader was van het kind. De wensouders hadden eerder het advies gekregen dat als zij rond de geboorte een tijdje in Engeland zouden verblijven, zij aan dit vereiste zouden voldoen, maar dat bleek geenszins het geval. Het was de rechter duidelijk dat het kind sinds de geboorte bij de wensouders woonde en daar uitstekend werd verzorgd. Uiteindelijk heeft de rechter er met toepassing van de ACA 2002 voor gezorgd dat het kind door de wensouders in Turkije kon worden geadopteerd. In deze zaak heeft de rechter uiteen gezet dat het (de Engelse belastingbetaler) omgerekend 35.000 euro heeft gekost om uiteindelijk deze oplossing te bereiken. De rechter had de wensouders kunnen verplichten een groot deel van deze kosten te betalen, maar hij heeft in dit geval ervan afgezien omdat de

151 *Re X and Y (Parental Order, Foreign Surrogacy)* [2009] Fam. 71.
152 *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2007] EWHC 2814 (Fam).

wensouders te goeder trouw waren geweest. Het is in de toekomst echter goed mogelijk dat buitenlandse wensouders wel dergelijke kosten moeten vergoeden.

4 FRANKRIJK

4.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

Het Franse civiele recht verbiedt momenteel draagmoederschapsregelingen. De Wet nr. 94-653 van 29 juli 1994 met betrekking tot het respect voor het menselijk lichaam[153] heeft expliciet draagmoederschapsovereenkomsten verboden.

De wetgever heeft in het Burgerlijk Wetboek een nieuw artikel 16-7 ingevoerd dat bepaalt: 'Toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle' (elke overeenkomst met betrekking tot draagmoederschapsregelingen voor derden is nietig).[154] Deze wet bevestigt de vroegere rechtspraak op dit gebied van het Franse Hof van Cassatie.[155]

4.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

Hoewel het Franse rechtssysteem een absoluut verbod op draagmoederschapsovereenkomsten kent, neemt dit niet weg dat dergelijke overeenkomsten toch gesloten worden en draagmoederschappen toch plaatsvinden in Frankrijk. Ook als buiten Frankrijk draagmoederschap plaatsvindt, kan dat zijn weerslag hebben op Frans grondgebied, bijvoorbeeld twee Fransen die in het buitenland via een draagmoederschapsovereenkomst een kind krijgen en dit vervolgens meenemen naar hun thuisland Frankrijk als hun eigen kind.[156]

In de rechtspraak werd in eerste instantie verdeeld gereageerd. Het Hof van Beroep te Rennes schrapte de inschrijving van de geboorteakte van kinderen geboren na draagmoederschap in Californië die door Franse wensouders waren meegenomen naar Frankrijk.[157] Het Hof van Beroep Parijs daarentegen bevestigde bij arrest van 25 oktober 2007[158] de overschrijving van een Californische geboorteakte waarin de Franse wensouders aangemerkt werden als wettelijke ouders van een na draagmoederschap geboren tweeling in de Franse registers van de burgerlijke stand en verklaarde de vordering van de ambtenaar van de burgerlijke stand tot vernietiging van de overschrijving van de buitenlandse geboorteakte in de Franse geboorteregisters niet-ontvankelijk. De

153 *La loi nr 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*.
154 Gaumont-Prat 2008, p. 39 e.v.
155 Carbonnier 2002; Monéger 2010.
156 Gaumont-Prat 2008, p. 39 e.v.; Brunet 2008, nr. 27.
157 Hof van Beroep Rennes 4 juli 2002, *Juris data* nr. 2002-191286.
158 Hof Parijs 25 oktober 2007, geciteerd en becommentarieerd: www.davidtate.fr/spip.php?article1039 en www.davidtate.fr/spip.php?article1040.

ambtenaar van de burgerlijke stand had met succes in de procedure voor de rechtbank van eerste aanleg de vernietiging van de overschrijving van de buitenlandse geboorteakte in de Franse registers van de burgerlijke stand gevorderd.[159]

Het arrest van het Hof van Beroep Parijs werd vervolgens door het Franse Hof van Cassatie in zijn arrest van 17 december 2008[160] vernietigd, met verwijzing naar artikel 16-7 *Code civil* dat draagmoederschap verbiedt. De ambtenaar van de burgerlijke stand kan volgens het Franse Hof van Cassatie dus wel degelijk de vernietiging vorderen van de overschrijving van buitenlandse geboorteaktes in de Franse registers van de burgerlijke stand wanneer de bestreden vermeldingen voortvloeien uit een verboden draagmoederschapsovereenkomst. Het Hof van Beroep Parijs waarnaar de zaak opnieuw was verwezen heeft nu in maart 2010[161] geweigerd om tot overschrijving van de geboorteakte in de registers over te gaan. Dit heeft tot gevolg dat de kinderen niet in de registers van de burgerlijke stand kunnen worden ingeschreven als kinderen van de Franse ouders.[162]
In een andere zaak weigerde het Hof van Beroep Parijs bij arrest van 26 februari 2009[163] de erkenning van twee vonnissen van een rechtbank uit Minnesota waarin de afstand van een kind door de draagmoeder en de adoptie van dat kind door de wensouders werd vastgesteld. Grond voor die beslissing was dat de erkenning van dergelijke uitspraken de bekrachtiging zou vormen van een nietige draagmoederschapsovereenkomst die in strijd moet worden geacht met de Franse internationale openbare orde. De niet-erkenning werd niet in strijd geacht met het hoger belang van het kind.

Na het arrest van het Hof van Cassatie bestaat er in ieder geval duidelijkheid over de zienswijze van de hoogste rechter: draagmoederschapsovereenkomsten zijn strijdig met de openbare orde en kunnen geen rechtsgevolgen genereren.

4.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

De reeds vermelde Wet nr. 94-653 van 29 juli 1994 met betrekking tot het respect voor het menselijk lichaam heeft aan het Franse Strafwetboek een

---

159 Brunet 2008, nr. 27.

160 *Cour de Cassation* 17 december 2008, www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile _568/arret_no_12024.html.

161 Hof Parijs 18 maart 2010 zie berichtgeving in *Le Monde*: http://www.lemonde.fr/societe/article/2010/03/18/mere-porteuse-decision-en-demi-teinte-de-la-cour-d-appel-de-paris_1321249_3224.html .

162 Deze dienen zich dus voorts te verlaten op de Amerikaanse documenten volgens dewelke de betrokken kinderen wel wettig hun kinderen zijn. Vgl. berichtgeving in *Le Monde*.

163 Hof Parijs 26 februari 2009, *Gaz. Pal.* 2009, nr. 94, 21, concl. F. Rouchereau.

bepaling toegevoegd die draagmoederschapsovereenkomsten strafbaar maakt (art. 227-12 en 227-13 *Code pénal* (CP)).

Er wordt geen onderscheid gemaakt naar de aard van de draagmoederschapsovereenkomst (altruïstisch of commercieel). Wel is in principe enkel de bemiddeling of hulp met het oog op draagmoederschapsovereenkomsten strafbaar gesteld: strafbaar is immers 'le fait de s'entremettre entre une personne ou une couple désireux d'accueillier un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre' (het feit van als tussenpersoon op te treden tussen een wensouder of wensouders en een vrouw die bereid is om als draagmoeder te fungeren). Ook de wensouders of draagmoeder zelf riskeren strafvervolging voor hun hulp of bemiddeling bij de overeenkomst.

Daarnaast kunnen valse aangiften van geboorten leiden tot een strafrechtelijk misdrijf in de zin van artikel 441-4 CP (op straffe van maximaal tien jaar gevangenisstraf en een geldboete van 150.000 euro).

Het territoriale toepassingsgebied van de Franse strafwetgeving is echter op grond van artikel 113-2 CP wel beperkt tot het Franse grondgebied. Vereist wordt dat een van de constitutieve bestanddelen van het misdrijf een rechtstreeks verband heeft met Frankrijk of haar inwoners.

Dit is het geval:

1. wanneer het strafbare feit zich voordoet op Frans grondgebied (art. 113-2 CP);
2. wanneer het strafbare feit een misdaad (*crime*) uitmaakt en begaan wordt door een Frans inwoner ook buiten het grondgebied (art. 113-6 CP);
3. wanneer het strafbare feit zich heeft voorgedaan buiten het Franse grondgebied, maar bestraft wordt door het strafrecht van de plaats waar het strafbare feit zich heeft voorgedaan (art. 113-6 CP);
4. wanneer het strafbare feit een misdaad uitmaakt of een wanbedrijf[164] waarop een gevangenisstraf staat, en begaan wordt door een Fransman of buitenlander waarbij het slachtoffer de Franse nationaliteit heeft op het ogenblik van de feiten (art. 113-7 CP).

[164] Het misdrijf, strafbaar met een correctionele straf, is een wanbedrijf. Daarnaast is er het misdrijf, strafbaar met een criminele straf (de misdaad), en het misdrijf, strafbaar met een politiestraf (de overtreding). Criminele straffen zijn opsluiting en hechtenis. Correctionele straffen zijn de gevangenisstraf van acht dagen tot vijf jaar; de geldboete van ten minste 26 euro, de werkstraf van 46 uur tot 300 uur; politiestraffen zijn de gevangenisstraf van één tot zeven dagen, de geldboete van 1 tot 25 euro, de werkstraf van 20 uur tot 45 uur.

Het gebruik door Franse wensouders van een draagmoeder in het buitenland heeft bijvoorbeeld het voordeel dat ontsnapt kan worden aan de strafsancties die gelden op het Franse grondgebied voor bemiddeling bij draagmoederschaps-overeenkomsten.

4.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Er is een wettelijke regeling rond draagmoederschap in het strafrecht, voor zover betrokkenen onder toepassing van de Franse strafwetgeving vallen. Wensouders die zich richten tot een draagmoeder in een land waar draagmoederschaps-contracten niet illegaal zijn, kunnen niet vervolgd worden voor bemiddeling of hulp met het oog op draagmoederschap, tenzij een van de constitutieve bestanddelen van dat strafbare feit zich heeft voorgedaan op Frans grondgebied. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval wanneer het kind geboren is in Frankrijk of op illegale wijze het Franse grondgebied is binnengebracht. Zo zijn twee echtgenoten-wensouders door het Hof van Beroep Parijs in 1999 veroordeeld voor het clandestien overbrengen van een baby geboren in Brazilië waarbij de ouders een valse geboorteaangifte hadden gedaan waarop de wensmoeder als moeder werd aangegeven. Deze uitspraak werd vervolgens aangevochten voor het Hof van Cassatie, maar het Hof liet de beslissing van het Hof van Beroep in stand in een arrest van 12 januari 2000.[165]

Wanneer alle feiten van het geval zich hebben voorgedaan in het buitenland, is er geen mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging. Zo werden de ouders in de zaak gebracht voor het Hof van Beroep Parijs (arrest van 25 oktober 2007[166]) waarin de overschrijving van een Californische geboorteakte van een meisjestweeling aan de orde was, ook strafrechtelijk vervolgd door het Openbaar Ministerie. De procureur bij de Rechtbank Créteil had de wensouders vervolgd wegens inbreuk op de artikel 227-12 en 227-13 CP. Omdat alle handelingen van de ouders zich echter voordeden op het Amerikaanse grondgebied (vanaf het opnemen van contact met de moeder tot aan de vraag tot overschrijving van de geboorteakte van de tweeling in de consulaire registers van de burgerlijke stand) werd beslist tot afwijzing van de strafklacht jegens het ouderpaar.[167]

4.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

De overeenkomst van draagmoederschap wordt strijdig geacht met de openbare orde en er kunnen dan ook geen rechtsgevolgen uit voortvloeien. Dit zorgt voor

---

165 *Cass. Crim.* 12 januari 2000 (verwerping van beroep tegen beslissing Hof van Beroep Parijs 19 maart 1999), arrest raadpleegbaar via Lexis Nexis-databank.

166 Hof Parijs 25 oktober 2007, geciteerd en becommentarieerd: www.davidtate.fr/spip.php?article1039 en www.davidtate.fr/spip.php?article1040.

167 *Ordonnance de non-lieu* door *Tribunal de Grande Instance* Créteil 30 september 2004 (tekst raadpleegbaar via Lexis Nexis-databank); Kessler 2005.

hinkende rechtsverhoudingen. Kinderen, zelfs indien ze in het buitenland worden erkend als wettige kinderen van de wensouders in Frankrijk, zien hun afstammingsband niet erkend worden in Frankrijk met alle gevolgen van dien (geen kinderbijslag, toegang tot sociale voorzieningen, ziekteverzekering etc.).[168]

4.6 Status draagmoederschapscontract

Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap in Frankrijk.

Draagmoederschapscontracten zijn wettelijk verboden en volstrekt nietig. Uit de draagmoederschapsovereenkomst kunnen derhalve geen wettelijke gevolgen voortvloeien. Nu een dergelijke regeling ook in strijd wordt geacht met de openbare orde en als dusdanig eveneens strafrechtelijk gesanctioneerd wordt, kunnen ook uit het loutere feit van een draagmoederschapsregeling geen (al dan niet afdwingbare) juridische gevolgen voortvloeien.[169]

4.7 Juridisch ouderschap wensouders

Door middel van draagmoederschap kunnen wensouders geen juridische ouders worden (zie hierna § 4.10).

4.8 Registratie bij geboorte

De registratie bij de geboorte gebeurt door aangifte door een van de ouders van de geboorte. De procedure is louter administratief, maar de ambtenaar van de burgerlijke stand kan weigeren de inschrijving in de geboorteregisters te noteren (waarna de wensouders naar de rechtbank moeten gaan); ook kan het openbaar ministerie de vernietiging vragen van de inschrijving van de geboorteakte.[170]

4.9 Adoptie

Het Franse Hof van Cassatie heeft sinds het arrest in deze materie op 31 mei 1999[171] (derhalve nog voor de tussenkomst van de wetgever via de Wetten op de bio-ethiek) de mogelijkheid tot adoptie van een via draagmoederschap geboren kind door de wensouders altijd afgewezen. Het Hof van Cassatie heeft deze rechtspraak nog eens uitdrukkelijk bevestigd in 2003 in zijn arrest van 9 december 2003: 'La maternité pour autrui, dont le caractère illicite se déduit des principes généraux du Code civil et aujourd'hui de son article 16-7, realise un détournement de l'adoption (…).' (draagmoederschapsovereenkomsten waarvan de strijdigheid met de openbare orde voortvloeit uit de algemene

[168] Carbonnier 2002; Monéger 2010.
[169] Carbonnier 2002; Monéger 2010.
[170] Carbonnier 2002; Monéger 2010.
[171] *Cass. Ass. Plén.* 31 mei 1991, *D.* 1991, 417, met rapp. Y. Chartier.

beginselen van het Burgerlijk Wetboek, en tegenwoordig ook uit artikel 16-7 van voormeld wetboek, kunnen om die reden niet leiden tot een toewijzing van het adoptieverzoek).

In beginsel kunnen kinderen die geboren worden uit een draagmoederschapsovereenkomst in Frankrijk niet legaal door wensouders worden geadopteerd.[172]

4.10 Relevantie genetische verwantschap

Genetische verwantschap van de wensouders met het uit een draagmoeder geboren kind is rechtens niet relevant.

4.11 Illegale opneming van kind

Knelpunten doen zich voor als gevolg van de strikte houding van het Franse recht aangaande draagmoederschap en de onmogelijkheid om het kind in Frankrijk te adopteren. Door het civielrechtelijke en strafrechtelijke verbod op draagmoederschapsovereenkomsten kunnen hinkende rechtsverhoudingen ontstaan voor het kind, zijn wensouders en hun gezinsleden.[173]

4.12 Recente rechtsontwikkelingen

Sinds enige tijd wordt, onder meer in het kader van de wijziging van de wetten op de bio-ethiek, in Frankrijk over de status van draagmoederschaps-overeenkomsten gediscussieerd.[174]

In januari 2008 heeft de Franse senaat een onderzoek over draagmoederschapsovereenkomsten in internationaal verband gepubliceerd. In dit rapport werd erop gewezen dat Franse wensouders, om de beperkingen in eigen land te omzeilen, regelmatig hun toevlucht nemen tot procedures in het buitenland. Nagegaan werd welke juridische hindernissen dit kan opleveren na terugkeer naar Frankrijk voor wat betreft de inschrijving van het kind in de geboorteregisters als het wettige kind van de wensouders.[175]

Relevant in dit verband is dat het *Comité de réflexion sur le préambule de la Constitution*, in zijn rapport uitgegeven in 2008 een duidelijk standpunt heeft ingenomen tegen de legalisering van draagmoederschaps-overeenkomsten.[176] De *Conseil d'Etat* heeft dit standpunt ondersteund in zijn rapport voor de hervorming van de Wetten op bio-ethiek. De legalisering van

---

172 Monéger 2010; Kessler 2005.

173 Chaltiel 2010; Gaumont-Prat 2008, p. 39 e.v.; Monéger 2010.

174 Chaltiel 2010; Gaumont-Prat 2008, p. 39 e.v.

175 *Rapport d'information de M. André, A. Milon, et H. de Richemont, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales* nr. 421 (2007-2008), 25 juni 2008, zie www.senat.fr?lc/lc182/lc182_mono.htm#toc0.

176 *Rapport remis au président de la République, fait au nom du Comité de réflexion sur le préambule de la Constitution*, december 2008, p. 160.

draagmoederschap is geen optie.[177] Dezelfde opvatting wordt door het *Comité Consultatif national d'éthique* voorgestaan dat in mei 2010 een advies hierover heeft uitgebracht.[178]
Op 27 januari 2010 is er een wetsvoorstel ingediend in de Senaat ertoe strekkend het draagmoederschap wettelijk toe te laten en te regelen.[179] De kans dat dit wetsvoorstel zal worden aangenomen is echter zeer gering.[180]

5 NOORWEGEN

5.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

Het Noorse recht neemt een restrictieve houding aan ten opzichte van draagmoederschap; men spreekt zelfs van een 'verbod' op het draagmoederschap. Het gevolg hiervan is dat draagmoederschap in Noorwegen weinig plaatsvindt.[181] Een ander gevolg is dat Noorse wensouders, zowel alleenstaanden als paren van gelijk of verschillend geslacht, steeds vaker naar het buitenland gaan voor verschillende soorten fertiliteitsbehandelingen, waaronder behandelingen ten behoeve van draagmoederschap.[182] Op dit moment is de aandacht in het Noorse recht dan ook primair gericht op het omgaan met de gevolgen van dit 'fertiliteitstoerisme'.

In het civiele recht bepaalt artikel 2 lid 1 van de Kinderwet (*Barnelova*) dat de juridische moeder altijd de vrouw is die het kind heeft gebaard. Voorts is in artikel 2 lid 2 bepaald dat een afspraak een kind te baren voor een andere vrouw nietig is.[183] Dit artikel is in 1997 toegevoegd aan de Kinderwet.[184] Er

---

177 Gaumont-Prat 2008, p. 39 e.v. Voor de tekst van de studie zie de website van de *Conseil d'Etat*.

178 *Avis nr. 110 Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui* (6 mei 2010); zie http://www.ccne-ethique.fr/docs/Avis_110.pdf.

179 Vgl. www.senat.fr/leg/ppl09-234.html; er zijn twee identieke wetsvoorstellen neergelegd door linkse en rechtse Kamerleden (*proposition de loi* nr. 234).

180 Chaltiel 2010, p. 3.

181 In een interdepartementaal (ministerieel) rapport inzake de behandeling van draagmoederschapzaken wordt een geval genoemd waaraan veel aandacht is geschonken in de pers. Het betrof een Oost-Europese draagmoeder die tegen betaling een kind zou hebben gebaard in Noorwegen en hierna zou hebben afgestaan aan de Noorse wensouders. In het rapport wordt niet vermeld of en hoe de wensouders juridisch ouders zijn geworden, *Interdepartemental Arbeidsgruppe om håndtering av surrogatisaker afgitt til Barne-, Likestillings, og Inkluderingsdepartementet*, 28 juni 2010.

182 Het huwelijk is in Noorwegen opengesteld voor paren van gelijk geslacht en de vrouwelijke partner van de moeder (de meemoeder) kan van rechtswege of door erkenning juridisch ouder worden indien de inseminatie plaats heeft gevonden in een goedgekeurde gezondheidsorganisatie (*godkjent helsestell*), zie verder noot 24.

183 Wet van 8 apri1 1981, nr. 7, *Lov om barn og foreldre*.

184 Wet van 13 juni 1997, nr. 39 in werking getreden op 1 april 1998. Voor de invoering van deze wet zou dit beginsel ook gelden gebaseerd op de bepaling in de Noorse Wet, *Norske lov*, art. 5-1-2 Wet van 15 april 1687; Backer 2008, p. 64.

wordt bij deze bepaling geen onderscheid gemaakt tussen hoogtechnologisch draagmoederschap (het genetische materiaal is afkomstig van beide wensouders) en laagtechnologisch draagmoederschap (de eicellen van de draagmoeder worden gebruikt).

Een aantal bepalingen uit het gezondheidsrecht, die een publiekrechtelijk karakter hebben, leiden ertoe dat draagmoederschap moeilijk uitvoerbaar is in Noorwegen. Deze bepalingen uit het gezondheidsrecht hebben in beginsel zowel betrekking op hoogtechnologisch draagmoederschap als op laagtechnologisch draagmoederschap, in ieder geval zolang er gebruik wordt gemaakt van kunstmatige bevruchting (inseminatie). Het overtreden van deze regels is strafbaar.

Zo is eiceldonatie niet toegestaan volgens artikel 2-15 van de Biotechnologiewet (*Bioteknologiloven*).[185] Embryo's mogen alleen worden teruggeplaatst bij de vrouw van wie de eicel afkomstig is. Deze regeling leidt ertoe dat hoogtechnologisch draagmoederschap in Noorwegen niet mogelijk is. De regeling geldt sinds 2003, maar ook voor die tijd was eiceldonatie niet toegestaan.[186]

Voorts kan kunstmatige bevruchting, inclusief inseminatie, alleen plaatsvinden bij een vrouw die getrouwd is of samenleeft met een ander als waren zij gehuwd.[187] Dit geldt zowel voor huwelijken en samenwoonrelaties van paren van verschillend als van paren van gelijk geslacht (vrouw-vrouw). Kunstmatige bevruchting kan binnen een man-vrouw relatie – zowel binnen het huwelijk als een samenwoonrelatie – alleen plaatsvinden als de man onvruchtbaar is of een erfelijke ziekte heeft of draagt.[188] Dit betekent dat het niet mogelijk is om gebruik te maken van kunstmatige bevruchting (inseminatie) om een draagmoederschap te bewerkstelligen. Met deze regeling wordt echter niet voorkomen dat de wensvader en de draagmoeder op natuurlijke wijze of door zelfinseminatie het kind doen ontstaan.[189]

5.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

In de jurisprudentie zijn geen mogelijkheden of verdere beperkingen gecreëerd voor commercieel draagmoederschap of de overdracht van het juridisch ouderschap, dan in het bovenstaande is vermeld. Volgens het Noorse recht kan het juridisch ouderschap alleen worden overgedragen door middel van adoptie. Daarbij dient te worden opgemerkt dat adoptie door een bestuursorgaan (het

---

185 Wet van 5 december 2003, nr. 100, *Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m.*

186 Wet van 5 augustus 1994 nr. 56, *Lov om medisinsk bruk av bioteknologi*. Deze bepaling was anders verwoord maar hield hetzelfde in.

187 Art. 2-2 Biotechnologiewet.

188 Art. 2-3 Biotechnologiewet.

189 De zelfinseminatie is waarschijnlijk in strijd met de Biotechnologiewet, zie over de reikwijdte van deze wet hieronder § 5.3.

BUFETAT (*Barne-, Ungdoms- og Familieetaten*) en in hoger bestuursrechterlijk beroep het BUFDIR (*Barne- Ungdoms- og Familiedirektoratet*)) wordt toegekend en dat bestuursrechterlijke jurisprudentie niet wordt gepubliceerd.

5.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

In het Noorse recht bestaan geen strafrechtelijke bepalingen die specifiek betrekking hebben op draagmoederschap. Uit artikel 16b lid 1 Adoptiewet (*Adopsjonsloven*) volgt dat het verboden is voor privépersonen om te bemiddelen bij de plaatsing van kinderen voor adoptie.[190] Voor organisaties is dit verboden zonder de toestemming van het BUFETAT.[191] Een overtreding of een poging is strafbaar gesteld met een boete of een gevangenisstraf tot drie maanden. Volgens de Kinderbeschermingswet is het tevens strafbaar om te bemiddelen voor het plaatsen van kinderen als adoptie niet is beoogd.[192]

De strafbaarstelling geldt voor de bemiddeling door een tussenpersoon ten behoeve van het draagmoederschap. Onder bemiddeling wordt begrepen iedere activiteit die als doelstelling heeft contact te leggen tussen een kind dat geadopteerd kan worden en personen die het kind willen adopteren. Hieronder valt iedere registratie of gezinsonderzoek van adoptanten, registratie van kinderen die geadopteerd kunnen worden of het selecteren van ouders voor het kind.[193] Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap.

Alleen de bemiddeling zelf is strafbaar; de activiteiten van de draagmoeder en de wensouders zijn niet strafbaar. Het 'bemiddelen' (regelen) door de wensouders van een eigen adoptie zonder de vereiste voorafgaande toestemming is dus niet strafbaar, maar wel in strijd met de geldende adoptiewetgeving. Dit volgt expliciet uit de wetsgeschiedenis.[194]

Verder kan een overtreding van de Biotechnologiewet (eiceldonatie en inseminatie) worden gestraft met een boete of een gevangenisstraf tot drie maanden.[195] De Biotechnologiewet richtte zich in eerste instantie tot

---

190 Wet van 28 februari 1986, nr. 8, *Lov om Adopsjon*. Het verstrekken van informatie valt niet onder het begrip bemiddelen, zie meer hierover Steenberg & Hognestad 2000, p. 260.

191 In beginsel is het Ministerie van Kinderen, Gelijkheid en Sociale Integratie (*Barne-Likestillings og Inkluderingsdepartementet*) bevoegd om toestemming te verlenen. Deze bevoegheid is gedelegeerd aan BUFETAT. Drie organisaties hebben toestemming om te bemiddelen in internationale adopties.

192 *Barnevernloven*, Wet van 7 juli 1992, nr. 100, *Lov om barneverntjenester*.

193 Art. 16a Adoptiewet. De bepalingen inzake bemiddeling zijn oorspronkelijk ingevoerd in de Kinderbeschermingswetgeving in 1953 om een eind te maken aan de 'bemiddelingsactiviteiten' door privé-adoptieorganisaties, verloskundigen en advocaten. Zie verder Steenberg & Hognestad 2000, p. 261-262.

194 Zie uitgebreid en kritisch hierover Steenberg & Hognestad 2000, p. 264-266.

195 Art. 7-5 Biotechnologiewet

gezondheidspersoneel, voornamelijk artsen, maar recentelijk heeft het ministerie van Justitie en Politie (*Justits- og Politidepartementet*) aangenomen dat ook de activiteiten of medewerking van andere personen onder deze strafbepaling kunnen vallen.[196] Er is geen jurisprudentie over deze bepaling in de Biotechnologiewet.

5.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Over de vervolging van de bovenvermelde strafrechtelijke normen is geen jurisprudentie te vinden.[197]

5.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

In het algemeen wordt ervan uit gegaan dat draagmoederschap en in het bijzonder commercieel draagmoederschap weinig plaatsvindt in Noorwegen, waarbij zowel de draagmoeder als de wensouders woonachtig zijn in Noorwegen. Indien deze situatie voorkomt, zou het opnemen van het kind in het gezin van de wensouders in strijd kunnen zijn met verschillende wettelijke regelingen en daarom als 'illegaal' worden bestempeld. Zo zou dit in strijd kunnen zijn met de adoptiewetgeving, de kinderbeschermingswetgeving – waarbij pleegouders eerst goedgekeurd moeten worden en waarbij vereist kan worden dat goedkeuring nodig is bij een privé plaatsing van een kind voor langer dan twee maanden[198]– of de registratiewetgeving.[199]

5.6 Status draagmoederschapscontract

Uit artikel 2 lid 2 Kinderwet volgt dat een afspraak een kind te baren voor een andere vrouw nietig is. Dit artikel heeft een dubbele betekenis. Ten eerste is de geboortemoeder niet gebonden aan een afspraak gemaakt over het plaatsen van een bevruchte eicel en ten tweede is de geboortemoeder na de geboorte van het kind niet verplicht het kind af te staan. Deze tweede betekenis is een bevestiging van de regel die voortvloeit uit artikel 2 lid 1 Kinderwet, dat de vrouw uit wie het kind is geboren altijd de juridische moeder is van het kind.[200]

Artikel 2 lid 2 Kinderwet is van toepassing ongeacht de vraag of het draagmoederschapscontract is aangegaan met een winstoogmerk. Het is daarbij verder niet van belang van wie de eicel afkomstig is. Deze bepaling wordt

---

196 Uitspraak inzake medewerkingaansprakelijkheid krachtens art. 7-5 Biotechnologiewet bij draagmoederschap in het buitenland, *Medvirkningsansvaret etter Bioteknologilovens § 7-5 ved surrogati i utlandet*, 5 juli 2010.

197 Vgl. hiermee de problemen die midden vorige eeuw werden gesignaleerd en die tot de huidige bepaling inzake bemiddeling hebben geleid, Steenberg & Hognestad 2000, p. 261-262.

198 Art. 4-7 Kinderwet.

199 Bevolkingsregisterwet, *Folkeregisterloven*, Wet van 16 januari 1970, nr. 1, *Lov om folkeregistrering*.

200 Backer 2008, p. 64.

gezien als de invulling van het verbod op eiceldonatie opgenomen uit de Biotechnologiewet.[201] Het is niet bekend of andere afspraken uit een draagmoederschapscontract geldig zijn. Waarschijnlijk zijn deze ook nietig op basis van het Noorse recht.[202]

5.7 Juridisch ouderschap wensouders

Artikel 2 lid 1 Kinderwet stelt dat de vrouw uit wie het kind is geboren de juridische moeder is van het kind. Ten gunste van de wensmoeder kan hier enkel verandering in worden gebracht door middel van adoptie.

Voor de wensvader bestaat de mogelijkheid om door erkenning de juridische vader van het kind te worden.[203] Voor de erkenning is vereist dat de juridische moeder hiertoe toestemming geeft of dat zij de vader als mogelijke vader heeft opgegeven. De staat heeft namelijk een eigen verantwoordelijkheid om het vaderschap (verplicht) vast te stellen in die situatie waarin geen erkenning heeft plaatsgevonden of geen vaderschap van rechtswege is ontstaan. Van belang is echter dat een eventuele inseminatie in strijd is met de Biotechnologiewet en dus niet mag worden uitgevoerd in Noorwegen. Dit staat echter niet aan een erkenning in de weg.

Als de draagmoeder getrouwd is met een mannelijke partner zal deze van rechtswege juridisch vader worden.[204] Als het vaderschap van een andere man dan de wensvader van rechtswege of door erkenning vaststaat, kan de wensvader met schriftelijke toestemming van de moeder en van de juridische vader in een eenvoudige bestuursrechtelijke procedure het kind erkennen en het vaderschap wijzigen. De Dienst Werk en Welvaart (*Arbeids- og velferdsdirektoratet*) vereist hierbij dat het aannemelijk moet zijn dat de wensvader de biologische vader is. Hoewel dit niet direct wordt vereist, zal een DNA-onderzoek worden uitgevoerd.[205]

---

201 Backer 2008, p. 64.

202 Art. 5-1-2, zie boven onder paragraaf 1 en noot 4.

203 Art. 4 Kinderwet. Het vaderschap van een donor kan niet tegen zijn wil worden vastgesteld, art. 9 lid 4 Kinderwet.

204 Art. 3 Kinderwet. De meemoeder wordt alleen juridisch ouder van rechtswege als het kind door middel van kunstmatige bevruchting (normaliter door inseminatie) in een goedgekeurde gezondheidskliniek (*godkjent helsestell*) en met toestemming van de meemoeder is verwekt, art. 3 lid 2. Als de moeder samenwoont met een mannelijke partner kan deze het kind erkennen zonder medewerking van de moeder, art. 4 lid 3 Kinderwet. De meemoeder die samenwoont met de moeder kan het kind ook erkennen zonder medewerking van de moeder als het kind is ontstaan door middel van kunstmatige bevruchting in een goedgekeurde gezondheidskliniek, en met toestemming van de meemoeder is verwekt, art. 5 lid 6 Kinderwet.

205 Art. 7 Kinderwet en Backer 2008, p. 93-96.

5.8 Registratie bij geboorte

Wanneer een kind wordt geboren, moet de assisterende arts of verloskundige een geboorteaangifte doen bij de bevolkingsregisterautoriteit conform artikel 1 van de Kinderwet. Dit geldt voor een kind dat wordt geboren in een geboortekliniek of ziekenhuis, thuis met behulp van een arts of verloskundige (ongeacht wanneer deze ter plekke is) of onderweg naar het ziekenhuis.[206] Als het kind wordt geboren zonder assistentie, wat ongebruikelijk is, moet de moeder binnen een maand de geboorte aangeven.[207] De geboorteaangifte moet tevens informatie bevatten over de vader (of de mogelijke vader) van het kind en de eventuele samenwoning van de ouders.[208]

De geboorteaangifte heeft twee doelen. Ten eerste vormt het de grondslag voor het opnemen van het kind in het bevolkingsregister dat wordt beheerd door een bestuursorgaan. Ten tweede vormt het de grondslag voor het (verplicht) vaststellen van vaderschap of meemoederschap (en het vaststellen van kinderalimentatie) waar de staat een eigen verantwoordelijkheid voor heeft volgens de Kinderwet.[209]

5.9 Adoptie

Het Noorse recht kent verschillende vormen van adoptie die allen via een bestuursrechtelijke procedure verlopen. Dit zijn:

1. internationale adoptie die in beginsel via een erkende organisatie verloopt en waarvoor voorafgaande toestemming is vereist;
2. binnenlandse adopties, waar stiefouderadoptie en pleegouderadoptie onder vallen (met of zonder toestemming van de juridische ouders);
3. adoptie met toestemming van de juridische ouders (met gezag).[210]

Er is geen bijzondere procedure voor draagmoederschap en er wordt dan ook geen onderscheid gemaakt tussen commercieel en altruïstisch

---

206 Backer 2008, p. 40.

207 Art. 1 lid 2 Kinderwet. Als het kind in het buitenland wordt geboren, moet de moeder aangifte doen binnen een maand nadat het kind naar Noorwegen is gekomen, art. 1 Kinderwet.

208 Art. 1 Kinderwet.

209 Backer 2008, p. 40 en 54-55 en art. 5 Kinderwet.

210 Art. 16e, 5a en 7 Adoptiewet, *Adopsjonsloven*, Wet van 28 februari 1986 nr. 8, *Lov om adopsjon*. Pleegouderadoptie zonder toestemming van de ouders met gezag loopt via de Kinderbeschermingswet.

draagmoederschap.[211] Adoptie kan pas twee maanden na de geboorte van het kind plaatsvinden.[212]

Alleen gehuwde ouders ongeacht hun geslacht kunnen samen adopteren. Alleenstaanden kunnen ook adopteren.[213] Als bij het draagmoederschap het juridisch vaderschap van de wensvader vaststaat, kan de wensmoeder eventueel door stiefouderadoptie juridisch ouder worden. De wensouders moeten dan wel met elkaar getrouwd zijn. Hiervoor gelden de algemene regels op het gebied van stiefouderadoptie waarbij als belangrijkste beginsel geldt, dat de adoptie in het belang van het kind moet zijn en dat de adoptant het kind wenst op te voeden ofwel dit al heeft gedaan.[214] Verder bestaat de mogelijkheid voor getrouwde wensouders en/of een wensouder om het kind te adopteren volgens de regels betreffende binnenlandse adoptie waarvoor toestemming van de ouders van het kind is vereist.

Hoewel adoptie wordt gezien als de manier om juridisch ouderschap te vestigen in gevallen van (internationaal) draagmoederschap[215] is de adoptieprocedure hier niet op ingericht en vormt dan ook een onzekere weg voor wensouders naar juridisch ouderschap.

Zo wordt in een voorbereidend rapport inzake herziening van het adoptierecht de situatie beschreven waarin een dubbel verzoek tot stiefvaderadoptie is gedaan. Het betrof een tweeling geboren uit een draagmoeder in het buitenland waarvan beide vaders de biologische en juridische vaders waren. De twee vaders, die geregistreerde partners waren, verzochten stiefouderadoptie van het kind van de andere partner. De verzoeken werden zowel door het eerste bestuursrechtelijke orgaan (BUFETAT) als door het beroepsbestuurlijke orgaan (BUFDIR) afgewezen, omdat de vaders de identiteit van de draagmoeder niet hadden vermeld. Het bestuursrechtelijke orgaan (BUFDIR) overwoog hierbij dat er schriftelijke toestemming van de moeder die het kind heeft gebaard moet zijn (de draagmoeder) om de adoptie te kunnen uitspreken. Als alternatief kan er een schriftelijke afspraak tussen de biologische vader en de draagmoeder worden overgelegd, waaruit blijkt dat de vader het gezag alleen toekomt en dat aangeeft welk standpunt de draagmoeder over de adoptie inneemt. Als dit wordt overgelegd zal het BUFETAT een nieuw

211 Zie § 5.12 voor een recent voorstel tot versoepeling van de stiefouderadoptieprocedure bij internationaal draagmoederschap.

212 Omdat de ouders pas na twee maanden toestemming kunnen verlenen, art. 7 lid 2 Adoptiewet.

213 Art. 5 Adoptiewet.

214 Art. 2 Adoptiewet.

215 Zie § 5.1 over het feit dat draagmoederschap moeilijk uitvoerbaar is in Noorwegen.

verzoek tot adoptie kunnen behandelen en kunnen beslissen of adoptie door de partners van de biologische vaders in het belang van het kind is.[216]

5.10 Relevantie genetische verwantschap

Ter zake van de wensmoeder is de genetische verwantschap in beginsel niet van belang, gelet op het feit dat de geboortemoeder per definitie de juridische moeder is. Voor de wensvader is de genetische verwantschap ook niet direct van belang aangezien voor erkenning genetische verwantschap niet is vereist. Als een derde man al vader is geworden van rechtswege of door erkenning wordt genetische verwantschap wel van belang.[217] Het valt niet uit te sluiten dat genetische verwantschap een relevante overweging kan zijn in een adoptieprocedure of bijvoorbeeld in een procedure inzake gezinshereniging.[218]

5.11 Illegale opneming van kind

Indien het kind bij de wensouders woont en de vader de juridische vader is en gezag heeft (eenhoofdig of gezamenlijk met de draagmoeder)[219] dan is er geen sprake van een illegale opneming, tenzij het kind geen verblijfsvergunning heeft. Indien de wensouders niet de juridische ouders zijn en het kind bij hen verblijft met toestemming van de juridische ouders (draagmoeder en eventueel partner), dan kan de Kinderbeschermingsautoriteit vorderen dat de wensouders goedgekeurd worden als pleegouders en dat, als dit niet gebeurt, er sprake is van illegale opneming. Adoptie door de wensouders met toestemming van de juridische ouders zou mogelijk zijn volgens de algemene regels inzake binnenlandse adoptie.[220] Verder zou er sprake kunnen zijn van een illegale opneming indien het kind geen verblijfsrecht heeft in Noorwegen.

---

216 *Barne-, Likestillings- og Inkluderingsdepartementet*, *Adoption til barnets bedste*, NOU 2009:21, 8 oktober 2009, hoofdstuk 9.3. Zie verder hierover § 5.12 over de zaak inzake adoptie door de wensmoeder van een Indiase tweeling.

217 Zie hierover verder § 5.7.

218 Zie hierover § 5.12 over de zaak inzake adoptie door de wensmoeder van een Indiase tweeling.

219 De juridische vader die niet is gehuwd of samenwoont met de moeder krijgt geen gezag van rechtswege, maar kan een afspraak hierover (eenhoofdig of gezamenlijk) met de draagmoeder maken. De afspraak dient gemeld te worden bij het bevolkingsregister, art. 35 Kinderwet.

220 De wensen van de juridische ouders kunnen van invloed zijn op de toekenning van binnenlandse adopties. Voordat adoptie plaats kan vinden moet getracht zijn het juridische vaderschap vast te stellen. Een tijdelijke plaatsing bij de wensouders is eventueel ook mogelijk, zie verder de Richtlijn over de procedures inzake binnen- en buitenlandse adoptie, *Retningslinjer gitt av Barne- of familiedirektoratet*, Q1045 van 24 maart 2009, hoofdstuk 7.1.3. Er zijn weinig binnenlandse adopties in Noorwegen. In 2006 waren er in totaal zeven, in 2007 drie en in 2008 vijf (bron: jaarrapport en statistiek BUFETAT).

5.12 Recente rechtsontwikkelingen

In Noorwegen gaat momenteel veel aandacht uit naar de manier waarop wordt omgegaan met de gevolgen van internationaal 'fertiliteitstoerisme', waaronder het draagmoederschap. In 2009 is er een rapport verschenen inzake vaderschap en ander moederschap van een door het Noorse parlement ingestelde commissie ter voorbereiding van wetgeving. In dit rapport wordt aandacht besteed aan internationaal draagmoederschap.

In het rapport zijn meerdere aanbevelingen gedaan. Van bijzonder belang is de aanbeveling om de stiefouderadoptieprocedure te vereenvoudigen voor de wensmoeder na een internationaal draagmoederschap. Daarnaast wordt aanbevolen om een uitzondering te maken op de verplichte adoptieprocedure voor de wensmoeder die op een andere manier dan door adoptie in het buitenland juridisch ouder is geworden van een kind geboren uit een draagmoeder wanneer zij pas na een aantal jaren in het buitenland te zijn verbleven naar Noorwegen verhuist. Ten slotte wordt een procedure voorgesteld voor het registreren van kinderen geboren in het buitenland, waarbij de bevolkingsregisterautoriteit een nader onderzoek moet instellen voordat registratie plaatsvindt.[221]

Daarnaast is een interdepartementaal rapport verschenen dat het (internationale) draagmoederschap nader moet onderzoeken en voorstellen moet doen voor de benadering van draagmoederschap door de verschillende administratieve autoriteiten die hiermee te maken krijgen. De aanleiding hiervoor is onder andere de 'Indiase' adoptiezaak die veel media-aandacht heeft gekregen. Daarnaast is gebleken dat verschillende Noorse autoriteiten, zoals de bevolkingsregisterautoriteit, Noorse ambassades, het bestuurlijke adoptieorgaan niet op één lijn zitten wat betreft het omgaan met internationaal draagmoederschap.[222]

De 'Indiase' adoptiezaak betreft een alleenstaande vrouw die in januari 2010 naar India is gegaan om daar een tweeling, gebaard door een Indiase draagmoeder, op te halen. In India lukte het haar niet om Noorse reisdocumenten voor de kinderen te krijgen. Zij werd in India door Indiase autoriteiten in eerste instantie als de juridische moeder aangemerkt en de kinderen werden gezien als Noorse staatsburgers. Door de Noorse autoriteiten werd geadviseerd om vanuit India een binnenlandse Noorse adoptie te verzoeken. Medewerkers van BUFETAT gingen in het voorjaar naar India om daar de adoptie nader te onderzoeken. In eerste instantie had de wensmoeder aangegeven de genetische moeder van de tweeling te zijn. Later bleek dat dit

---

221 *Farskap og annen morskap*, *Fastsettelse og endring av foreldreskap*, NOU 2009:5, *Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon* 28 maart 2008, *avgitt til Barne- og likestillingsdepartementet* 16 maart 2009, p. 135-136.

222 *Interdepartemental Arbeidsgruppe om håndtering av surrogatisaker afgitt til Barne-, Likestillings, og Inkluderingsdepartementet* 28 juni 2010.

niet het geval was.[223] Het feit dat zij niet de genetische moeder is brengt mee dat de Indiase geboorte documenten misschien in strijd zijn met Indiase wetgeving. BUFETAT heeft de Indiase autoriteiten ingelicht en gevraagd om nader onderzoek. De adoptie werd hierna afgewezen zowel door BUFETAT op 4 augustus 2010 als ook in hoger beroep door BUFDIR op 7 oktober 2010. Op het moment van voltooiing van dit rapport (november 2010) zit de wensmoeder nog in India met de tweeling en is er geen nieuws over het verdere verloop.

Tenslotte dient een recente uitspraak van de *Gulating lagmannsrett* te worden vermeld waarin de erkenning van het moederschap na een internationaal draagmoederschap centraal staat.[224] De feiten zijn als volgt: de gehuwde Noorse wensouders reizen in 2007 naar Californië en keren terug met een kind. Het kind is geboren uit een draagmoeder en er is gebruik gemaakt van eiceldonatie van een derde vrouw in combinatie met inseminatie van het sperma van de wensvader. Tijdens de zwangerschap wordt door de *Superior Court of the State of California* een zogenoemde *Judgement of Maternity and Paternity* uitgesproken; de wensouders zijn volgens het Californische recht vanaf de geboorte de juridische ouders van het kind. Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat het kind na terugkeer wordt ingeschreven in het Noorse bevolkingsregister met de wensouders als de juridische ouders. Nadat de ouders uit elkaar gaan in 2008 vordert de vader eenhoofdig gezag en dat het kind bij hem zal verblijven. Hij voert hiervoor aan dat de moeder niet de juridische ouder is van het kind volgens artikel 2 lid 1 Noorse Kinderwet en dat zij daarom geen gezag over het kind heeft. Het kind woont na de scheiding wel bij de moeder. De vader verliest de zaak zowel in eerste als in tweede instantie.

De *Gulating lagmannsrett* stelt dat de relevante vraag onder andere is of het *Judgement of Maternity and Paternity* erkend moet worden naar Noors recht. Uitgebreid wordt aandacht besteed aan de vraag of de openbare orde aan erkenning in de weg staat. De rechters overwegen onder meer dat artikel 2 lid 1 Kinderwet volgens de wetsgeschiedenis in beginsel de relatie tussen de draagmoeder en eventueel de eiceldonor en de wensmoeder regelt. Onenigheid over de geldigheid van het draagmoederschapscontract tussen de wensouders wordt echter niet aan de orde gesteld in de wetsgeschiedenis. Op die grond is er ruimte om artikel 2 lid 1 Kinderwet minder strikt uit te leggen. De conclusie luidt dat de openbare orde niet per se aan de erkenning van de *Judgement of Maternity and Paternity* in de weg staat. Daarmee wordt de beslissing in eerste instantie bevestigd. Overwogen wordt dat als de Californische uitspraak niet zou worden gehandhaafd, de situatie onoverzichtelijk, ondoelmatig en schadelijk zou zijn voor het kind. De persoon die in Noorwegen tot nu toe heeft gefunctioneerd als moeder zou dit niet langer kunnen doen. Moeder en kind zouden volgens de

223 BUFETAT had DNA-onderzoek geëist.
224 *Gulating lagmannsrett* 2 maart 2009, RG-2009-348.

Kinderwet geen enkele aanspraak hebben op contact met elkaar terwijl de vrouw die volgens Noors recht wordt beschouwd als moeder zich in Californië bevindt. In de rol als moeder zal zij waarschijnlijk niet geïnteresseerd zijn en volgens het eigen recht wordt zij ook niet als (juridische) moeder gezien. Als de vader niet een nieuwe echtgenoot of partner krijgt zal (het kind) zonder een echte moederfiguur opgroeien. Ook in eerste instantie werd aangegeven dat erkenning van de Californische uitspraak een resultaat zal opleveren dat in het belang van het kind is. Dit is een fundamenteel beginsel dat door de rechter verplicht in acht moet worden genomen volgens artikel 3 lid 1 IVRK. Dat erkenning tegelijkertijd een acceptatie inhoudt van het feit dat het Noorse recht is omzeild, is een minder zwaarwegend belang. Als de wet eenmaal is omzeild, zijn er andere en meer pragmatische overwegingen die een erkenning van een buitenlandse beslissing rechtvaardigen.

Het mag duidelijk zijn dat er momenteel veel verschillende standpunten zijn in Noorwegen over de benadering van het fenomeen 'fertiliteitstoerisme'. Een politieke beslissing zal nu worden genomen. Of het bij de restrictieve houding tegenover draagmoederschap in Noorwegen blijft, moet worden afgewacht.

6 POLEN

6.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

Draagmoederschap is onder het huidige Poolse recht noch in het civiele recht, noch in het straf- of tuchtrecht geregeld.[225] Desondanks komen draagmoederschappen ook in Polen voor.[226] Draagmoederschapsbehandelingen zijn voor het grootste gedeelte hoogtechnologisch.[227] De behoefte aan regulering is groot, maar tot op heden is het niet gelukt een wet in te voeren, met name vanwege het sterke verzet van de katholieke kerk tegen draagmoederschap en IVF-behandelingen.[228] Aan de andere kant is er veel maatschappelijke steun voor

[225] Nesterowicz & Walachowska 2010; Damska 2009.

[226] In haar meest recente rapport meldt de ESHRE (*European Society of Human Reproduction and Embryology*) dat Polen in 2006 32 klinieken telde die IVF-behandelingen uitvoeren, en dat er in dat jaar in totaal 6.223 behandelingen zijn uitgevoerd. Het rapport is te raadplegen via http://www.eshre.eu/binarydata.aspx?type=doc&sessionId=nkikjc55ohpjxg45sm4zng55/De_Mouzon_2010_ART_in_Europe_2006,_results_generated_from_European_registers_by_ESHRE.pdf.

[227] Het ESHRE-rapport vermeldt dat er 3.790 ICSI-behandelingen werden uitgevoerd en 336 IVF-behandelingen.

[228] Er zijn veel organisaties die hiertegen actie voeren. Zie bijv. www.contrainvitro.pl. Zie tevens Damska 2009.

IVF-behandelingen.[229] Inmiddels lijkt er toch een compromis nabij te zijn (zie § 6.12). Naar huidig Pools recht zijn IVF-behandelingen niet verboden.

6.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

Een eerste procedure over commercieel draagmoederschap genereerde veel aandacht van de media en de literatuur,[230] maar eindigde ermee dat de draagmoeder zich uiteindelijk erbij neerlegde dat het kind bij de wensouders bleef.[231] Het ging om een vrouw die een kind baarde voor een echtpaar tegen betaling van € 7.500. De wensvader was tevens de genetische vader. De draagmoeder had het kind al afgestaan toen zij zich bedacht en een procedure aanspande om het kind terug te krijgen. Uiteindelijk heeft zij ermee ingestemd dat de rechter haar uit het ouderlijk gezag ontzette.[232]

Uitspraken over ouderlijk gezag in IVF-situaties of de afdwingbaarheid van een draagmoederschapscontract zijn in Polen voor zover na te gaan nog niet gewezen. In de literatuur wordt er vanuit gegaan dat een draagmoederschapscontract nietig is (zie § 6.6). De rechter kan evenwel, op grond van artikel 107 § 2 Pools Familiewetboek, in het belang van het kind beslissen dat de wensvader volledige zeggenschap krijgt over het kind en dat de zeggenschap van de draagmoeder wordt beperkt.[233] In zo'n geval hebben zowel de draagmoeder als de (biologische) wensvader gezag over het kind, maar is dit gezag voor de draagmoeder beperkt tot bepaalde verplichtingen ten opzichte van het kind.

---

229 Bovendien vindt de meerderheid van de Polen niets mis met deze behandeling – 73% is van mening dat een getrouwd en kinderloos stel een IVF-behandeling zou moeten kunnen ondergaan. 'Polish Public Opinion', rapport juli 2010 (http://www.cbos.pl/PL/publikacje/public_opinion/2010/07_2010.pdf). Zie voorts Derczyński 2005.

230 Zie http://www.thenews.pl/press/artykul113111_surrogate_mom_fighting_for_rights.html.

231 Http://wiadomosci.wp.pl/kat,1515%201023499%201025859%209251%208311%201342%201019393,title,Surogatka-urodzila-za-30-tys-zl---przegrala-walke-osyna,wid,12451418,wiadomosc.html?ticaid=1b063.

232 Het kind woonde toen immers al meer dan een jaar bij de wensouders. Volgens krantenberichten wordt hierdoor gesuggereerd dat het voor de draagmoeder moeilijk zou zijn geworden het kind terug te krijgen, omdat in eerste instantie gekeken wordt naar het belang van het kind. Aan de andere kant geldt zij in principe als de juridische moeder van het kind, omdat zij het heeft gebaard. Helaas zijn er nog geen uitspraken over, maar in de literatuur wordt er vanuit gegaan dat het draagmoederschapscontract ongeldig is en dat de draagmoeder dus moeder blijft (zie Nesterowicz & Walachowska 2010, p. 2 en Holocher & Soniewicka 2009, p. 49.

233 Nesterowicz & Walachowska 2010, p. 2. Hier wordt pas aan toegekomen op het moment dat de wensvader tevens juridisch vader is. Dat betekent dat hij het kind moet erkennen en, als de draagmoeder dat niet toestaat, een procedure moet starten om zijn vaderschap aan te tonen (wat alleen mogelijk is als hij ook de biologische vader is).

Bovendien zullen er waarschijnlijk omgangsverplichtingen zijn in het belang van het kind.[234]

6.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

Op dit moment zijn er geen expliciete strafrechtbepalingen gericht tegen draagmoederschap.[235] Door sommige auteurs wordt echter betoogd dat de abortusstrafbepaling, die het veroorzaken van letsel bij een 'ongeboren kind' regelt ook van toepassing zou kunnen zijn op IVF-behandelingen, omdat deze risico's met zich mee zouden brengen voor de geïmplanteerde foetus en bovendien vernietiging van de ongebruikte eicellen met zich meebrengt.[236] De definitie van een ongeboren kind wordt in het Poolse Wetboek van Strafrecht niet gegeven, dus die zou ook betrekking kunnen hebben op embryo's en cellen bij een IVF-behandeling.[237]

Als er sprake is van commercieel draagmoederschap kan het zijn dat de strafbepaling van artikel 211a Pools Wetboek van Strafrecht relevant is. Deze bepaling heeft betrekking op illegale adoptie met het oogmerk van materieel gewin. Hiervoor is echter wel vereist dat de belangen van het kind worden geschaad.[238]

6.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Door het ontbreken van een expliciete strafrechtelijke bepaling zijn er geen zaken bekend van strafrechtelijke vervolging van artsen betrokken bij IVF-behandelingen. De draagmoeder zelf kan overigens niet worden vervolgd, omdat de eerder aangehaalde abortusstrafbepaling de strafbaarheid van de moeder uitsluit, zelfs als de abortus in strijd met de wet is uitgevoerd en de arts dus in principe wel strafbaar is.

6.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

Omdat draagmoederschap niet illegaal is, is opneming van het kind in het gezin van de wensouders dat ook niet. Hiervoor dient een adoptieprocedure te worden doorlopen (zie § 6.7).

---

234 Art. 107 § 2 jo. 113 Pools Familiewetboek. De biologische vader kan op grond van art. 72 Pools Familiewetboek de rechtbank verzoeken hem als wettige vader van het kind aan te merken. Zie verder Nesterowicz & Walachowska 2010, p. 2 en tevens § 6.7.

235 Krywko 2009, p.139.

236 Damska 2009.

237 Art. 157a Pools Wetboek van Strafrecht.

238 Zie het antwoord van de Onderstaatssecretaris van Justitie aan het Poolse parlement inzake draagmoederschap, 21 november 2008, raadpleegbaar via http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/46ACAA48. Zie tevens § 6.11.

6.6 Status draagmoederschapscontract

In de literatuur wordt aangenomen dat het draagmoederschapscontract nietig is wegens strijd met de goede zeden.[239] Een vordering tot nakoming is niet mogelijk, evenmin hebben de wensouders recht op schadevergoeding.[240] Mogelijk zouden zij wel het bedrag dat zij reeds aan de draagmoeder hebben betaald kunnen terugvorderen op basis van ongerechtvaardigde verrijking.[241]

6.7 Juridisch ouderschap wensouders

De geboortemoeder is de vrouw die het kind heeft gebaard en dat betekent dat de draagmoeder de juridische moeder van het kind is.[242] De echtgenoot van de moeder geldt als juridische vader.[243] Het is dus afhankelijk van de echtelijke status van de draagmoeder, op welke wijze een afstammingsband tussen de wensvader en het kind kan worden gevestigd. Is de draagmoeder niet gehuwd, dan kan de wensvader het kind erkennen.[244] Voor de relatie tot de wensmoeder maakt dit niet uit, omdat zij in alle gevallen alleen door adoptie juridisch moederschap kan verkrijgen.

Als ook de wensvader het kind dient te adopteren, dan ontstaat, als de rechter dit toekent, door de adoptie tussen de adoptanten en het kind een band 'als die tussen biologische ouders en kinderen' en worden de afstammingsbanden verbroken tussen het kind en de draagmoeder.[245] Een kind kan niet eerder dan zes weken na de geboorte ter adoptie worden afgestaan.[246] De draagmoeder kan de wensouders aandragen als adoptanten. De rechter is echter niet gebonden aan de aanwijzing van de wensouders als de adoptiefouders en zal zelfstandig beoordelen of adoptie in het belang van het kind is.[247] Bovendien geldt dat de wensouders voor adoptie uitsluitend in aanmerking komen indien zij getrouwd zijn.[248]

---

239 Art. 58 § 2 Pools Burgerlijk Wetboek 1964. Zie ook Krywko 2009, p. 140 en Holocher & Soniewicka 2009, p. 58.

240 Nesterowicz & Walachowska 2010, p. 1 en 3. Zie tevens het antwoord van de Onderstaatssecretaris van Justitie aan het Poolse parlement inzake draagmoederschap, 21 november 2008, raadpleegbaar via http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/46ACAA48.

241 Holocher & Soniewicka 2009, p. 53.

242 Art. 61^9 Pools Familiewetboek. Zie tevens Nesterowicz & Walachowska 2010, p. 1. en Damska 2009. Mołodczak 2008 stelt dat dit te verklaren is door het grotere belang van een biologische band en de behoefte aan duidelijke criteria.

243 Art. 62 Pools Familiewetboek.

244 Nesterowicz & Walachowska 2010, p. 2.

245 Art. 121 Pools Familiewetboek.

246 Art. 119^2 Pools Familiewetboek.

247 Art. 117 §1 Pools Familiewetboek. Zie tevens Nesterowicz & Walachowska 2010, p. 4. Sommige auteurs betogen dat het niet in het belang van het kind zal zijn om bijv. bij een alleenstaande wensmoeder terecht te komen, zie o.a. Łączkowska 2008.

248 Art. 115 Pools Familiewetboek.

Een eventuele genetische band tussen de wensmoeder en het kind is in principe niet van belang.[249] Wel kan de genetische wensmoeder een procedure starten ter ontneming van de status van juridische moeder van de draagmoeder.[250] Zij kan in deze procedure haar eigen moederschap vast laten stellen.[251] Vermoedelijk zal de wijziging van moederschap, als de rechter dit toewijst, dan plaatsvinden op grond van de genetische band die aangetoond kan worden tussen de wensmoeder en het kind. Hierover is echter met zekerheid niets te zeggen, omdat een dergelijke procedure nog niet voor is gekomen. In de literatuur wordt er dan ook uitsluitend op gewezen dat deze route een mogelijke juridische basis *kan* vormen voor een dergelijk verzoek, omdat artikel 189 Pools Wetboek voor Burgerlijke Betrekkingen eisers met een rechtsbelang toestaat de rechter te verzoeken het al dan niet bestaan van een rechtsverhouding uit te spreken.

Gelet op de vaderschapsregel geldt de echtgenoot van de draagmoeder als juridische vader.[252] Is de draagmoeder niet gehuwd, dan kan de wensvader het kind erkennen via artikel 62 Pools Familiewetboek. Als ze wel gehuwd is, is de vraag of de wensvader biologisch vader is, in zoverre relevant dat de biologische wensvader onder bepaalde voorwaarden (zie § 6.10) een procedure kan starten ter vaststelling van zijn eigen vaderschap; hij kan dan door middel van een DNA-test bewijzen dat hij en niet de echtgenoot van de draagmoeder de biologische vader van het kind is.[253] Indien er geen wensvader is dan zal de juridische vader het vaderschap van het kind moeten ontkennen.[254] Is de wensvader geen biologische vader, dan staat voor hem uitsluitend de weg van adoptie open.

6.8 Registratie bij geboorte

Moeder is degene die het kind baart.[255] Zij wordt, ook al is zij niet de genetische moeder, in het ziekenhuis als moeder genoteerd op het geboortedocument van het kind. Dit document dient binnen 14 dagen na de geboorte van het kind te

---

249 Mołodczak 2008.

250 Art. 189 Pools Wetboek voor Burgerlijke Betrekkingen (KPC). De draagmoeder zelf kan ook een procedure starten voor ontkenning van haar eigen moederschap. Deze procedure moet worden gestart binnen zes maanden na de (onterechte) inschrijving van de draagmoeder als moeder van het kind op de geboorteakte. Gwoździcka-Piotrowska 2009.

251 Holocher & Soniewicka 2009, p. 48-50. De auteurs wijzen er nog op dat deze procedure ook gestart kan worden door de 'prokurator' (officier van justitie) in het belang van het kind. Zij geven helaas geen toelichting over het type situatie waarin dit speelt.

252 Nesterowicz & Walachowska 2010, p. 2.

253 Art. 72 Pools Familiewetboek. Stegent 2009. Zie tevens Gwoździcka-Piotrowska 2009.

254 Dat kan op grond van art. 62-86 Pools Familiewetboek. Holocher & Soniewicka 2009, p. 50.

255 Art. 61^{9} Pools Familiewetboek.

worden overgelegd aan de burgerlijke stand.[256] Op basis hiervan wordt een geboorteakte opgesteld.

6.9 Adoptie

Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen adoptieprocedures op basis van de manier waarop het kind is verwekt.

6.10 Relevantie genetische verwantschap

Zoals eerder aangegeven, is de wettige moeder de vrouw die het kind baart, zelfs als zij niet de biologische moeder is. In geval van conflict tussen de draagmoeder en de wensmoeder kijkt de rechter uitsluitend naar het belang van het kind. Als het kind bij de draagmoeder woont en geoordeeld wordt dat een conflict tussen beide moeders schadelijk is, dan zal de biologische (wens)moeder waarschijnlijk toch het onderspit delven.[257] Er bestaat evenwel een mogelijkheid voor de biologische wensmoeder een procedure te starten ter vaststelling van haar moederschap. Als het kind dan nog niet al gedurende langere tijd bij de draagmoeder woont, kan dat ertoe leiden dat het kind toch aan de wensmoeder wordt toegewezen.[258]

De biologische wensvader kan het kind erkennen, tenzij de draagmoeder is getrouwd. In dat geval geldt immers haar echtgenoot als de vader van het kind. De draagmoeder moet haar toestemming voor de erkenning geven. Zo niet, dan kan de wensvader een procedure starten om zijn vaderschap vast te stellen (zie § 6.7). De literatuur is verdeeld over de haalbaarheid van zo'n procedure. Nesterowicz & Walachowska[259] stellen dat het leveren van DNA-bewijs voor vaderschap onvoldoende is, omdat daarnaast bewijs van geslachtsgemeenschap geleverd moet worden voor de vaststelling van vaderschap. Zij verwijzen naar artikel 85 § 1 Pools Familiewetboek, waarin het eerdergenoemde vermoeden van vaderschap wordt vermeld. Echter, in § 2 van dit artikel staat dat 'samenzijn' met een andere man aangenomen kan worden indien de omstandigheden daarop wijzen. De toelichting op dit artikel meldt dat het hier gaat om situaties waarin de rechter na grondig onderzoek van de omstandigheden tot de overtuiging komt dat een andere man dan de echtgenoot van de moeder de vader is. Artikel 72 Pools Familiewetboek staat vervolgens toe om in zo'n geval het vaderschap door de rechtbank vast te laten stellen. Zou zo'n omstandigheid niet de aanvoering van een DNA-test kunnen zijn? Deze vraag wordt ook opgeworpen in de literatuur.[260]

---

256 Art. 38 e.v. Poolse Wet op de Burgerlijke Stand.

257 Zie hierover Krywko 2009, p. 141.

258 Zie § 6.7 waarin wetgeving en literatuur omtrent deze procedure worden besproken.

259 Nesterowicz & Walachowska 2010, p. 2.

260 Stegent 2009, meent dat het vermoeden van art. 85 § 1 het uitgangspunt blijft, maar dat DNA-tests dit vermoeden 'verzwakken'. Gwoździcka-Piotrowska 2009 stelt dat het wel

6.11 Illegale opneming van kind

Het Poolse Wetboek van Strafrecht voorziet in een bepaling die degene die 'zich bezighoudt met het organiseren van adopties in strijd met de wet, met het oogmerk op materieel gewin' strafbaar stelt.[261] Uit de memorie van toelichting blijkt dat het hier gaat om het tegengaan van mensenhandel.[262] Het organiseren van illegale adoptie is strafbaar met een hechtenis van drie maanden tot vijf jaar. Van belang is dat deze bepaling gericht is tegen mensenhandel, zoals dat wordt bestreden door internationale verdragen.[263] Het is dus aannemelijk dat uitsluitend tot vervolging over wordt gegaan indien de belangen van het kind aantoonbaar zijn geschonden.[264]

6.12 Recente rechtsontwikkelingen

Sinds 2009 zijn meerdere wetsvoorstellen aanhangig over de regulering van draagmoederschap. De voorstellen zijn zeer divers en lopen uiteen van volledige liberalisering van IVF-behandelingen tot strenge eisen aan de huwelijkse staat en medische conditie van potentiële wensouders. Recent maakte de regering bekend dat gewerkt wordt aan een compromisvoorstel dat waarschijnlijk begin 2011 in werking zal treden.[265] Over de precieze inhoud wordt nog onderhandeld, maar verwacht wordt dat het IVF-behandelingen op beperkte schaal mogelijk zal maken. Bovendien zal er voorzien worden in financiële steun van de overheid

---

degelijk mogelijk is om DNA-tests te gebruiken bij het vaststellen van vaderschap, terwijl in Holocher & Soniewicka 2009 eveneens gesproken wordt over deze mogelijkheid.

261 Art. 211a Pools Wetboek van Strafrecht. Deze bepaling bestaat sinds 8 september 2010; daarvoor was de bepaling te vinden in art. 253 § 2 Pools Wetboek van Strafrecht.

262 Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Dz.U.2010.98.626, d.d. 20 mei 2010. Door deze wijziging van wet is deze strafbepaling, die verder identiek is gebleven, verplaatst van het hoofdstuk 'Misdrijven tegen de openbare orde' naar 'Misdrijven tegen het gezin'. Hieruit wordt door sommigen afgeleid dat adoptie in het kader van IVF-behandelingen eerst wel strafbaar was (het ging immers om het afstaan van een kind tegen vergoeding, wat in principe mensenhandel is en dus in strijd met de openbare orde), maar nu niet meer (adoptie in het kader van IVF-behandelingen is immers over het algemeen in het belang van het kind, en dus niet aan te merken als een 'misdaad tegen het gezin'.) Zie Tryniszewska 2010.

263 In de memorie van toelichting worden o.a. genoemd het Protocol van Palermo (25 december 2003) en Europese wetgeving, zoals Kaderbesluit 2002/269, 19 juli 2002.

264 In het antwoord van de Onderstaatssecretaris van Justitie aan het Poolse Parlement (de *sejm*) wordt hieraan gerefereerd, 21 november 2008, raadpleegbaar via http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/46ACAA48.

265 Hierover berichtten Poolse kranten op 21 september 2010. Zie bijv. http://wyborcza.pl/1,75248,8403591,Kompromisowa_ustawa_o_in_vitro_.html of http://wiadomosci.onet.pl/kraj/po-wraca-do-prac-nad-ustawa-o-in-vitro,1,3698935, wiadomosc .html.

voor niet-draagkrachtige gezinnen. Gedetailleerde informatie over de inhoud is op dit moment nog niet beschikbaar.

7 SPANJE

7.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

Er is geen wettelijke regeling in het civiele recht van draagmoederschap. Er is ook geen eenduidig verbod op commercieel of altruïstisch draagmoederschap te vinden in het Spaans Burgerlijk Wetboek (*Código Civil español*, CCE). Sinds 1988 geldt er echter wel een algemeen verbod op draagmoederschaps-overeenkomsten in een afzonderlijke kaderwet, waarin kunstmatige bevruchting en draagmoederschap gereguleerd zijn.[266] Deze wet is in 2006 vervangen door de *Ley de 26 de Mayo 2006 sobre técnicas de reproducción asistida* (LTRA). Hierin is het verbod uit 1988 letterlijk overgenomen.

De LTRA prevaleert, als bijzondere wet, boven de algemene bepalingen van de CCE op grond van het (ongeschreven) adagium *lex speciali derogat lege generali* (een bijzondere wet gaat boven een algemene wet). Dat neemt evenwel niet weg dat in de CCE een aantal gronden te vinden is die de nietigheid van overeenkomsten meebrengt.

Zo scharen enkele auteurs[267] – voor wat betreft het rechtskader van de CCE – het draagmoederschap onder twee wettelijke categorieën van nietigheid: 1) in strijd met de (interne) openbare orde[268] en 2) een object dat niet vatbaar is voor menselijk handelsverkeer (*res extra commercium*).[269] Anderen achten deze nietigheidsgrond irrelevant omdat het inherent aan de aard en het object van de overeenkomst is dat deze niet afdwingbaar is.[270]

Het meer specifiek op draagmoederschap toegespitste verbod, zoals vervat in artikel 10 LTRA, kent een 'categorisch' karakter.[271] Er wordt in deze bepaling dan ook expliciet bepaald dat er geen onderscheid gemaakt wordt al naar gelang de overeenkomst een commercieel of altruïstisch karakter draagt. De wetsbepaling maakt evenmin onderscheid al naar gelang het gaat om hoogtechnologisch dan wel laagtechnologisch draagmoederschap, hoewel over

---

266 *Ley 35/1988*, 22 november 1988.

267 P. López Peláez, 'Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución ('madres de alquiler') en el derecho español', in: Del Río & Navarro 2008, p. 661-676; Berdejo 1989, p. 165; Rivero Hernández, *Aspectos jurídico privados más relevantes de la Ley 35/199 sobre técnicas de reproducción asistida, Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nr. 1517, p. 79.

268 Artikel 1271 CCE.

269 Artikel 1271 CCE. In die zin ook Berdejo 1989, p. 165; Yague 1988, p. 330.

270 Pérez Monge 2010, p. 8; Tobeñas 1995, p. 238.

271 Art. 10-1 LTRA: 'Será nulo de pleno derecho el contracto por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contractante o un tercero.'

dit punt - anders dan over het al dan niet commerciële karakter van de overeenkomst - niets expliciet is opgenomen.

7.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

Aangenomen wordt in de literatuur (López Peláez en Villaverde) dat de rechter ambtshalve op grond van de grondwet verplicht is om de draagmoederschaps-overeenkomst nietig te verklaren en dat hij er aldus ook aan gehouden is om aan de overeenkomst ieder rechtsgevolg te ontzeggen.[272]

De LTRA expliciteert dat ingeval van een draagmoederschapscontract het moederschap op grond van de geboorte of de bevalling (*el parto*) bepaald wordt.[273] De mogelijkheid om anoniem van een kind te bevallen is in 1999 door *Tribunal Supremo* ongrondwettelijk verklaard. [274]

Het moederschap kan na de bevalling op grond van de CCE weliswaar ontkend worden, maar dit kan enkel op de grond dat de bewuste moeder *niet* van het kind is *bevallen*. Dit biedt sinds de voornoemde uitspraak uit 1999 nauwelijks perspectief nu een arts altijd een medische verklaring moet afgeven met betrekking tot de identiteit van de vrouw die van het kind is bevallen. Alleen wanneer deze verklaring ontbreekt en de identiteit van het kind niet met haar in verband gebracht kan worden, bijvoorbeeld omdat het kind te vondeling werd gelegd of is geboren in afwezigheid van een arts, zal de informatie op de geboorteakte over de moeder van dit uitgangspunt kunnen afwijken.[275] Op de draagmoeder blijft ook dan evenwel de bewijslast rusten dat zij *niet* van het kind is bevallen, een bewijs dat klaarblijkelijk (vrijwel) onmogelijk geleverd zal kunnen worden. Het gaat bovendien dus niet om een eventueel bewijs dat de moeder niet genetisch verwant aan het kind is.

Indien de draagmoeder gehuwd is, is haar echtgenoot van rechtswege de juridische vader.[276] Dit vaderschap kan, wanneer het kind nog geen 'bezit van staat' (*posesión de estado*) heeft ontwikkeld, in principe te allen tijde ontkend worden door de biologische vader. Het bezit van staat (*posesión de estado*) kan

---

[272] Dit volgt uit art. 117 Spaanse Grondwet. E-mailcorrespondentie op 15 september 2010 met mevrouw prof. P. López Peláez, universitair docent privaatrecht, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, e-mail: plopez@der.uned.es en op 16 september 2010 met J.M. Villaverde, promovendus aan *Københavns Universitet*, e-mail: villaverde@jur.ku.dk.

[273] Art. 10 lid 2 LTRA: 'La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución sera determinada por el parto.' E-mailcorrespondentie op 15 september 2010 met mevrouw prof. P. López Peláez, universitair docent privaatrecht, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, e-mail: plopez@der.uned.es.

[274] *Sentencia del Tribunal Supremo* 776/1999, 21 september 1999.

[275] Art. 139 CCE: 'La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo.'

[276] Art. 116 CCE: 'Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.'

blijken uit de geboorteakte, de geslachtsnaam van het kind, alsmede uit uiteenlopende maatschappelijke factoren waaruit een vermoeden kan worden afgeleid dat het kind afstamt van een bepaald persoon. In Spanje vormt het bezit van staat weliswaar een indicatie van het bestaan van een juridische afstammingsrelatie, maar bepaalt zij de juridische afstammingsrelatie als zodanig niet.[277] Indien het kind 'bezit van staat' heeft ontwikkeld ten opzichte van de echtgenoot van de draagmoeder, dan kunnen het kind of de biologische vader, als belanghebbende, tot vier jaar nadat het kind 'bezit van staat' ten opzichte van de echtgenoot heeft ontwikkeld, het vaderschap van de echtgenoot ontkennen.[278]

De biologische vader zal de bloedband in die situatie middels wetenschappelijk bewijs wel aan moeten tonen. In alle vaderschapsprocedures kan wetenschappelijk bewijs inzake de bloedband geleverd worden.[279] Tegelijkertijd is de rechter geheel vrij om de rechtmatigheid en deugdelijkheid van dit bewijs

---

[277] Art. 137 en 140 CCE. Bron: e-mailcorrespondentie op 15 september 2010 met mevrouw prof. P. López Peláez, universitair docent privaatrecht, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, e-mail: plopez@der.uned.es en op 16 september 2010 met J.M. Villaverde, promovendus aan *Københavns Universitet*, e-mail: villaverde@jur.ku.dk.

[278] Zie art. 133 en 140 CCE. Art. 133 CCE: 'La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida.Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.' Deze wetsbepaling ziet eigenlijk op de mogelijkheid voor het kind om zijn afstamming – in beginsel gedurende zijn gehele leven – te ontkennen, indien het kind geen 'staat' overeenkomstig zijn juridische afstamming heeft en het kind buiten het huwelijk geboren werd. Dit artikel is echter ongrondwettelijk verklaard in de uitspraken van het *Supremo Tribunal Constitucional* 237/2005, 27 oktober 2005 en 52/2006 van 16 februari 2006, omdat deze bepaling aan de biologische vader de mogelijkheid ontnam om het juridische vaderschap van de echtgenoot te ontkennen indien het kind geen 'staat' heeft overeenkomstig zijn juridische afstamming. Art. 140 CCE: 'Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique. Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.
Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad.'
Deze wetsbepaling schept de mogelijkheid voor hen die hierdoor benadeeld worden, om het juridische vaderschap of moederschap, tot vier jaar nadat het kind bezit van staat heeft ontwikkeld ten opzichte van zijn juridische ouders, aan te tasten indien het kind geen overeenkomstige 'staat' heeft en het kind buiten het huwelijk geboren werd. Gelet op voornoemde uitspraken, wordt door López Peláez aanvaard dat de biologische vader het vaderschap van de echtgenoot van de draagmoeder gedurende deze termijn van vier jaar in beginsel mag ontkennen. Het kind mag in deze situatie het vaderschap overigens ontkennen tot een jaar nadat het kind meerderjarig is geworden.

[279] Art. 127 CCE.

te waarderen.[280] Is de draagmoeder ongehuwd, dan kan de wensvader het kind ook erkennen.[281] Toestemming van de (draag-)moeder is daarvoor geen wettelijk vereiste.

Het kind kan slechts op verzoek van het openbaar bestuur (d.w.z. verscheidene kinderbeschermingsinstanties) beschikbaar worden gesteld ter adoptie indien het kind zich in een 'uitzichtloze' situatie (*situación de desamparo*) bevindt.[282] Het bestaan van een dergelijke situatie wordt in ieder geval aangenomen ingeval van een gezagsvacuüm of wanneer aan het gezag kennelijk geen behoorlijke invulling gegeven wordt en het kind aldus verstoken blijft van zorg. De betrokken jeugdbeschermingsinstantie selecteert in een dergelijke situatie vervolgens geschikte aspirant-adoptiefouders. De rechter beslist nadien eventueel over een adoptie, maar in beginsel blijft ook dan de draagmoeder de juridische moeder. De wensouders mogen op grond van deze regeling niet zelfstandig een adoptieverzoek indienen.

7.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

In Spanje zijn geen bepalingen in het strafrecht specifiek gericht op het draagmoederschap. Wel kan draagmoederschap leiden tot de schending van andere strafrechtelijke bepalingen. Zo kan het vervalsen van een geboorteakte leiden tot een gevangenisstraf van zes maanden tot twee jaar.[283] Deze strafmaat

---

280 Art. 127 CCE: 'En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.'

281 Art. 120-1 CCE: 'La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.'

282 Art. 172-1 CCE: '1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.
Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.
La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.'

283 Art. 220 en 221 Spaans Wetboek van Strafrecht (*Código Penal*). Zie ook: Jimenéz Díaz 2005, p. 1-31; Vázquez Iruzubieta 2009.

geldt ook indien het kind aan een ander dan een juridische ouder wordt overgedragen met als doel om diens afstamming te wijzigen of te verhullen. Zij die tegen betaling iemand, al dan niet minderjarig, overdragen aan een ander dan de juridische ouders om daarmee de wettelijke gezags- en adoptieregels te omzeilen, kunnen gestraft worden met één tot vijf jaar gevangenisstraf in combinatie met een ontheffing van het gezag over kinderen gedurende vier tot tien jaar. Er wordt dienaangaande geen onderscheid gemaakt tussen altruïstisch dan wel commercieel draagmoederschap.

In plaats van een straf kan er gedurende drie jaar na het sluiten van het contract ook een bestuursrechtelijke boete worden opgelegd tussen de 10.000 euro en één miljoen euro waarbij het draagmoederschap als een zeer ernstige inbreuk op de openbare orde wordt aangemerkt.[284]

7.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Bovengenoemde straffen zijn nog nooit opgelegd. De rechter volstaat met een nietigheidsverklaring ingeval van een (vermoede) draagmoederschaps-constructie.[285]

7.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

De draagmoeder wordt de juridische moeder op grond van de omstandigheid dat zij van het kind bevalt.[286] Indien zij haar gezag vervolgens verwaarloost of in de praktijk afstand doet, zal een kinderbeschermingsmaatregel opgelegd worden (zie § 7.2) en kan het kind soms nadien geadopteerd worden.[287] De wensmoeder kan geen adoptieverzoek indienen.

Een biologische vader zal, behoudens het geval dat hij een anonieme zaaddonor is, nadat zijn bloedverwantschap op grond van (rechtmatig) DNA-bewijs is aangetoond, daarentegen in het algemeen juridisch vader kunnen worden, ook als de moeder gehuwd is.[288] Is de moeder niet gehuwd, dan kan hij erkennen.[289]

7.6 Status draagmoederschapscontract

Het draagmoederschapscontract is niet afdwingbaar. Er kan ten aanzien van een rechter geen aanspraak gemaakt worden op enig rechtsgevolg (zie § 7.1).

---

284 Art. 24 LTRA.
285 Pérez Monge 2010, p. 9 en 15.
286 Art. 10 lid 2 LTRA.
287 Art. 172 lid 2 CCE.
288 Zie § 7.2, in het bijzonder noot 278 over art. 133 en 140 CCE.
289 Art. 120 lid 1 CCE: 'La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.' Toestemming van de moeder voor de erkenning is in beginsel niet vereist.

7.7 Juridisch ouderschap wensouders

In beginsel kan de wensmoeder niet de juridische ouder worden (zie hierboven). Op de draagmoeder rust de bewijslast om aan te tonen dat zij niet van het kind is bevallen, ingeval er geen medische verklaring van de verloskundige of arts is afgegeven.[290]

De biologische wensvader kan op grond van het aanleveren van rechtmatig verkregen DNA-bewijs onder omstandigheden wel juridisch vader worden.[291] Hij kan het kind bijvoorbeeld erkennen als de draagmoeder ongehuwd was (zie hierboven).

7.8 Registratie bij geboorte

De procedure loopt bij de ambtenaar van de burgerlijke stand die formeel onder toezicht staat van de rechter.[292] Het betreft een administratieve en geen gerechtelijke procedure.[293] Bij de aangifte van de geboorte moet in ieder geval de naam van de moeder vermeld worden op de geboorteakte en in principe een verklaring van de arts, die de vader ook kort na de geboorte kan overleggen. Een valse aangifte is strafbaar (zie § 7.3).

7.9 Adoptie

Er zijn geen afzonderlijke adoptieregels voor de situatie waarin een kind in het kader van een draagmoederschapsconstructie is geboren. Het is volgens López Peláez voorstelbaar dat de draagmoeder het kind afstaat aan een (publieke) jeugdbeschermingsinstantie en dat deze instantie op termijn vervolgens geschikte pleegouders of adoptiefouders voor het kind zal zoeken.[294] Voorbeelden van deze praktijk ontbreken evenwel in de literatuur.

7.10 Relevantie genetische verwantschap

De genetische verwantschap van de moeder is voor het bepalen van het juridisch moederschap van generlei belang aangezien dit enkel op grond van de bevalling

---

290 Bron: e-mailcorrespondentie op 15 september 2010 met mevrouw prof. P. López Peláez, universitair docent privaatrecht, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, e-mail: plopez@der.uned.es.

291 Art. 133 en 140 CCE.

292 Art. 47 *Ley del Registro Civil* (Wet op de burgerlijke stand) en art. 181 en 182 *Reglamento del Registro Civil* (Reglement Burgerlijke Stand). Art. 47 *Ley del Registro Civil*: 'En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria (..)'.

293 Bron: e-mailcorrespondentie op 16 september 2010 met J.M. Villaverde, promovendus aan *Københavns Universitet*, e-mail: villaverde@jur.ku.dk.

294 Bron: e-mailcorrespondentie op 15 september 2010 met mevrouw prof. P. López Peláez, universitair docent privaatrecht, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, e-mail: plopez@der.uned.es.

(*el parto*) vastgesteld wordt.[295] Voor de wensvader kan het daarentegen wel degelijk van belang zijn om middels DNA-bewijs aan te tonen dat hij de biologische vader is, aangezien hij alsdan nog juridisch vader kan worden indien de draagmoeder gehuwd is met de (juridische) vader (zie hierboven). Ook kan hij het kind erkennen indien de draagmoeder ongehuwd is, maar daarvoor is geen DNA-bewijs vereist (zie hierboven).

7.11 Illegale opneming van kind

Indien de wensvader de biologische vader is en er op rechtmatige wijze in is geslaagd om de juridische vader te worden (zie hierboven), dan zal de rechter het eenhoofdig gezag vermoedelijk ofwel aan de draagmoeder of aan de wensvader toekennen.[296] Een directe opname in het gezin van de wensouders is evenwel in strijd met het afstammings- en gezagsrecht. Is de wensvader niet de biologische vader en doet de draagmoeder, eventueel samen met haar echtgenoot, feitelijk afstand van het juridisch ouderschap door het ouderlijk gezag te verwaarlozen, dan zal het kind zo snel mogelijk opgenomen worden door een (openbare) pleegzorginstantie nadat de rechter hierover heeft beslist.[297] De rechter zal dan de moeder van het gezag ontheffen en het gezag overdragen aan de pleegzorgsinstantie (*acogimiento familiar*). De pleegzorginstantie heeft de (exclusieve) bevoegdheid om vervolgens geschikte pleegouders te vinden. Dit hoeven niet de wensouders te zijn.

7.12 Recente rechtsontwikkelingen

De recente rechtsontwikkelingen hebben niet zozeer betrekking op het Spaanse materiële recht als wel op het Spaanse internationaal privaatrecht.[298] Op 18 februari 2009 besliste de *Dirección General de los Registros del Notariado* (DGRN), een bestuursorgaan onder toezicht van het Ministerie van Justitie, over een 'Californische' draagmoederschapszaak, hetgeen een impuls heeft gegeven aan de rechtswetenschappelijke belangstelling voor draagmoederschap in Spanje.[299] De zaak betreft twee Spaanse mannen, beiden woonachtig in Californië, die een volgens het lokale recht geldig gesloten draagmoederschapsovereenkomst aangingen, waaruit in Californië een tweeling geboren werd. Vervolgens keerden zij terug naar Spanje teneinde de geboorteakten van de tweeling in de Spaanse registers op te doen nemen.

---

295 Art. 10 lid 2 LTRA.

296 Bron: e-mailcorrespondentie op 15 september 2010 met mevrouw prof. P. López Peláez, universitair docent privaatrecht, *Universidad Nacional de Educación a Distancia*, e-mail: plopez@der.uned.es.

297 Art. 172 lid 1 CCE.

298 Pérez Monge 2010, p. 23-24.

299 Luís Calvo Caravaca & Carrascosa González 2009, p. 294-319; Quiñones Escámez 2010, p. 1-42.

De DGRN concludeerde dat de geboorteakte in de Spaanse registers kon worden opgenomen, omdat zij aan de vereisten die het Spaanse ipr aan de inschrijving van buitenlandse geboorteakten stelt, voldeed. In dat verband benadrukte de DGRN dat niet gebleken was dat aan de inschrijving geen behoorlijke rechtspleging was voorafgegaan.[300]

Voorts stelde het bestuursorgaan vast dat de Californische autoriteit een vergelijkbare functie uitoefende als de Spaanse burgerlijke stand. Op 18 september 2010 heeft de rechter te Valencia op verzoek van het Openbaar Ministerie de inschrijving van de Californische geboorteakte echter nietig verklaard.[301] De Spaanse wensouders gaan tegen deze uitspraak in hoger beroep. Afgewacht moet worden hoe dit hoger beroep verloopt.

8 ZWEDEN

8.1 Wettelijke regeling draagmoederschap in het civiele recht

Het Zweedse civiele recht voorziet niet in een wettelijke regeling voor draagmoederschap maar er is ook geen regeling die het verbiedt. Dat geldt zowel voor commercieel als altruïstisch draagmoederschap.

De Wet inzake genetische integriteit (2006:351), die ART reguleert, bevat echter wel impliciet een wettelijk verbod op het draagmoederschap. Artikel 7:3 van de wet stelt dat: '[een] bevruchte eicel alleen geïmplanteerd mag worden in het lichaam van een vrouw, als de vrouw is getrouwd of samenwoont en de echtgenoot of de persoon waarmee zij samenwoont hiervoor schriftelijk toestemming heeft verleend. Als de eicel niet afkomstig is van de vrouw zelf, dan moet het worden bevrucht met het sperma van de echtgenoot of de persoon met wie zij samenwoont.'[302]

Het gevolg hiervan is dat onder de huidige Zweedse wetgeving, ART niet kan worden toegepast, tenzij tenminste één van de beoogde ouders genetisch verwant is met het kind. Dat impliceert met betrekking tot draagmoederschap dat, nu vereist is dat de vrouw die het kind baart ook de beoogde ouder is, het gebruik van ART niet mogelijk is om draagmoederschap te realiseren.

Dit betekent echter niet dat een Zweeds paar geen gebruik kan maken van de diensten van een draagmoeder. De hierboven genoemde bepaling is

---

300 Http://conflictoflaws.net/2010/surrogate-motherhood-and-spanish-homosexual-couple-iii/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+conflictoflaws%2FRSS+%28Conflict+of+Laws+.net%29, website geraadpleegd op 25 september 2010.

301 Uitspraak nog niet beschikbaar ten tijde van het schrijven van dit boek.

302 Art. 7:3 Wet inzake genetische integriteit (2006:351). Art. 8:5 voorziet in de mogelijkheid een strafrechtelijke sanctie op te leggen bij een schending van art. 7:3 of 7:4.

alleen van toepassing op behandelingen die onder de reikwijdte van de wet vallen; daarmee wordt bedoeld een ART-behandeling die plaatsvindt in een door de overheid gefinancierd Zweeds ziekenhuis of een instelling die is aangewezen door de Nationale Raad voor Gezondheid en Welzijn.[303] Er is geen wettelijke bepaling die expliciet of impliciet een 'doe-het-zelf' draagmoederschap tussen twee private personen verbiedt.

8.2 Mogelijkheden/beperkingen in de jurisprudentie

8.2.1 De overdracht van juridisch ouderschap na de geboorte van een kind na commercieel draagmoederschap

Aangezien commercieel draagmoederschap niet is toegestaan in Zweden, is er ook geen jurisprudentie over de overdracht van ouderschap na de geboorte van een kind na commercieel draagmoederschap.

8.2.2 De overdracht van juridisch ouderschap na de geboorte van een kind na niet-commercieel draagmoederschap

De Zweedse hoogste rechter heeft in 2006 een belangrijke beslissing gewezen over de overdracht van juridisch ouderschap na de geboorte van een kind dat geboren is na niet-commercieel draagmoederschap.[304] Deze uitspraak is op dit moment de enige beslissing over draagmoederschap. In de uitspraak wordt onder andere de juridische status van de geboortemoeder als de juridische moeder van het kind bevestigd. Dit geldt zelfs bij draagmoederschap waarbij de wensmoeder de biologische moeder is van het kind. Voorts blijkt uit deze uitspraak dat het recht van de beoogde moeder om haar eigen biologisch kind te adopteren na de geboorte van het kind, afhankelijk is van de toestemming van zowel de juridische moeder (de geboortemoeder) als de juridische vader.

De vraag die centraal stond in deze uitspraak was of het verzoek van een wensmoeder tot adoptie van het kind ook kan worden toegewezen als beide juridische ouders de toestemming die zij eerder hadden verleend voor adoptie later hebben ingetrokken. In deze zaak is sprake van een draagmoederschapsovereenkomst tussen een Zweeds echtpaar en de zus van de wensvader. De zus ondergaat een ART-behandeling in Finland en bevalt vervolgens van het kind in Zweden. Het kind is het biologische kind van beide wensouders. Ook al zijn de wensvader en zijn zus de juridische ouders van het kind, alleen de wensvader heeft het eenhoofdig gezag over het kind en het kind groeit vanaf de geboorte in 2002 op bij de wensouders. Wanneer het kind een jaar is, dient de wensmoeder een verzoek in tot adoptie, om juridisch ouder te worden. Het verzoek tot adoptie wordt goedgekeurd door de rechter. Daarna

[303] Art. 7:3 Wet inzake genetische integriteit (2006:351).
[304] Uitspraak van de Zweedse hoogste rechter, NJA 2006 s. 505.

trekken zowel de wensvader als zijn zus (de draagmoeder) hun toestemming voor adoptie in. De wensvader gaat in beroep tegen de uitspraak van de rechter in eerste instantie en voert aan dat het verzoek tot adoptie moet worden afgewezen, omdat de vereiste toestemming van de juridische ouders ontbreekt. In tweede instantie wordt het verzoek tot adoptie afgewezen en daarop gaat de wensmoeder in cassatie bij de Zweedse hoogste rechter. Deze bekrachtigt de uitspraak in tweede instantie (drie tegen twee) waarbij wordt vastgesteld dat het intrekken van de toestemming rechtsgeldig is; dat wil zeggen dat het niet mogelijk is om het verzoek tot adoptie toe te kennen, als niet beide juridische ouders toestemming verlenen. Het feit dat de wensmoeder de biologische ouder is van het kind deed niet af aan het vereiste dat geldige toestemming is vereist.

Deze uitspraak illustreert zowel de mogelijkheden alsook de beperkingen voor de overdracht van juridisch ouderschap na niet-commercieel draagmoederschap. Enerzijds wordt bevestigd dat voor een echtgenoot die niet de juridische ouder is, de mogelijkheid bestaat om een kind te adopteren na een niet-commercieel draagmoederschap. Anderzijds wordt duidelijk dat die mogelijkheid wordt beperkt door het feit dat toestemming van beide juridische ouders is vereist. Bovendien blijkt dat als deze toestemming wordt ingetrokken door een of beide juridische ouders – zelfs nadat de adoptie in eerste instantie is toegewezen – het niet mogelijk is voor de verzoeker om het kind alsnog te adopteren, zelfs als, zoals ook hier het geval was, de verzoeker de biologische ouder is van het kind.

8.3 Wettelijke regeling draagmoederschap in het strafrecht

Het Zweedse strafrecht voorziet niet in een wettelijke regeling inzake het draagmoederschap. Echter, afdeling 8.5 Wet inzake genetische integriteit (2006:351) stelt dat '[een] persoon die in strijd handelt met afdeling 3 of 4 van hoofdstuk 7, met of zonder winstoogmerk, wordt veroordeeld tot een boete of een gevangenisstraf van maximaal zes maanden.'

Zoals beschreven in § 8.1 bevat de tekst van artikel 7:3 een impliciet verbod op het gebruik van ART om draagmoederschap te bevorderen. Hieruit volgt dat het faciliteren, in welke vorm dan ook, in strijd is met dit onderdeel van de wet en kan leiden tot het opleggen van strafrechtelijke sancties. Ondanks het feit dat deze bepaling nog niet in de praktijk is toegepast, volgt duidelijk uit de tekst van artikel 7:3 dat de strafrechtelijke sanctie enkel ziet op de arts die de bevruchte eicel heeft geplaatst in het lichaam van de vrouw, en de instelling waar de arts werkzaam is. Een bijkomend vereiste is dat voor het opleggen van de strafrechtelijke sancties vast moet komen te staan dat de overtreding op persoonlijke titel of met commercieel doeleinden was begaan.

8.4 Vervolgingen strafrechtelijke normen

Tot op heden zijn er geen schendingen van dit strafbare feit bekend.[305] Mocht een (vermoedelijke) schending van artikel 7:3 Wet inzake genetische integriteit worden gemeld aan de bevoegde juridische autoriteit – in dit geval de Nationale Raad voor Gezondheid en Welzijn – dan zal deze autoriteit actief vervolgen.

8.5 Gevolgen commercieel draagmoederschap

Commercieel draagmoederschap vindt niet plaats binnen de grenzen van de wet in Zweden. Commercieel draagmoederschap is namelijk niet bij wet toegestaan. Om die reden is er geen informatie beschikbaar over de vraag of en hoe vaak het voorkomt.

Als commercieel draagmoederschap zou plaatsvinden met behulp van ART, dan zouden de bepalingen uit de Wet inzake genetische integriteit van toepassing zijn.[306]

Indien er sprake zou zijn van commercieel draagmoederschap op basis van afspraken tussen private personen waarbij geen gebruik is gemaakt van ART, dan is het moeilijk te bewijzen dat deze afspraken een commercieel karakter dragen. De gevolgen voor het kind en zijn ouders zijn mogelijk hetzelfde als bij niet-commercieel draagmoederschap of bij draagmoederschapscontracten aangegaan in het buitenland (zie hieronder), al is dit niet onderzocht.

8.6 Status draagmoederschapscontract

Elke draagmoederschapsovereenkomst die in Zweden is aangegaan is niet juridisch afdwingbaar. Zoals hierboven gesteld zijn er geen wettelijke bepalingen die expliciet betrekking hebben op draagmoederschapscontracten. De overheid merkt dergelijke contracten als ethisch onhoudbaar[307] aan en er is geen ruimte binnen de Wet betreffende kinderen en ouders (1949:381) of een andere wet om het ouderschap over te dragen na draagmoederschap. Het succes van een draagmoederschapscontract is daarom ten eerste afhankelijk van de toestemming van alle betrokken partijen[308] en ten tweede van de toestemming van de rechter,[309] die pas gegeven kan worden na een onderzoek van de Sociale Welzijnsraad.[310]

---

305 Telefoongesprek tussen Jane Stoll en Elin Celia Haag, *Socialstyrelsen* (van de Nationale Raad van Gezondheid en Welzijn) op 3 september 2010.

306 Zie hierboven.

307 Zie Wetsvoorstel 2001/02:89, p. 55, rapport van de Vaste Commissie voor Gezondheid en Welzijn 2001/02:SoU16p. 16 e.v. Zie ook het rapport van deze Commissie 2005/06:SoU16 *om Genetisk integritet m.m.*

308 Zie hierover verder Singer 2000, p. 357.

309 Zie hieronder § 8.7.

310 Art. 4:10 Kinderen en ouders wet (1949:381); de rechter verwijst de zaak voor beoordeling naar de Nationale Raad voor Gezondheid en Welzijn.

8.7 Juridisch ouderschap wensouders

Aangezien er geen *lex specialis* is voor draagmoederschap, gelden de regels inzake ouderschap uit de Wet betreffende kinderen en ouders (1949:381). Samengevat komt dit erop neer dat de wensvader die genetisch verwant is met het kind de mogelijkheid heeft het kind te erkennen. Daarentegen heeft de wensmoeder alleen de mogelijkheid van adoptie, zelfs als zij de genetische moeder van het kind is.[311]

Betreft het twee vrouwen, dan moet een van hen al de juridische ouder zijn van het kind. De andere partner of echtgenoot heeft dan de mogelijkheid tot het indienen van een verzoek tot partneradoptie.[312]

De Wet betreffende kinderen en ouders bevat een specifieke regeling inzake het gebruik van ART en het juridisch ouderschap. Volgens deze wet wordt de instemmende echtgenoot of partner van de vrouw die ART ondergaat, beschouwd als de juridische ouder van het kind.[313] Deze regels zijn echter alleen van toepassing op kinderen geboren onder de Wet inzake de genetische integriteit. Kinderen geboren uit een draagmoeder vallen buiten deze wet.

8.7.1 De wensvader

De wensvader kan de juridische vader van het kind worden door erkenning. Dit was ook het geval in de uitspraak artikel 505 NJA 2006. Een dergelijke erkenning dient schriftelijk te geschieden en in het bijzijn van twee personen als

---

311 Het is belangrijk om op te merken dat de bepalingen van de Wet inzake Zweeds burgerschap (2001:82) welke het burgerschap van een kind geboren in het buitenland regelt, er mogelijk toe leiden dat een kind geboren in het buitenland als gevolg van een draagmoederschapsarrangement niet automatisch Zweeds burger wordt. De wet stelt dat kinderen het Zweeds burgerschap verkrijgen door de geboorte als de *moeder* de Zweedse nationaliteit heeft. Het is ook mogelijk om via de vader Zweeds staatsburgerschap te verkrijgen. Het kind moet dan zijn geboren in Zweden of de vader moet zijn getrouwd met de moeder, in casu de draagmoeder. In een zaak aangehaald in de media in 2009 weigerde de Zweedse ambassadeur in eerste instantie terecht een paspoort af te geven voor een kind geboren in Oekraïne naar aanleiding van commercieel draagmoederschap, omdat het kind geen Zweedse staatsburger was. In dat geval viel de wensmoeder niet onder de definitie van 'moeder'. Bovendien was de wensvader niet getrouwd met de draagmoeder en was het kind niet geboren in Zweden (zie *Får inte åka hem*, 30 maart 2009, http://www.aftonbladet.se/nyheter/article4770289.ab).

312 Zie hieronder de *närstående* adoptie.

313 Art 1:9 Wet betreffende kinderen en ouders. Deze wet bevestigt ook dat de moeder uit wie het kind is geboren, ook na het plaatsen van een eicel, de juridische moeder van het kind is (art. 1:7 FB). Hierbij dient opgemerkt te worden dat de Wet inzake internationale vaderschapskwesties de Zweedse regels van internationaal privaatrecht inzake vaderschap en ouderschap beheerst (i.e. de situatie waarin paren van gelijk geslacht samen een kind krijgen). Moederschap wordt niet omschreven in de wet, aangezien dit van oudsher evident was.

getuigen Daarnaast moet de erkenning worden goedgekeurd door de juridische (i.e. geboorte-) moeder van het kind en door de Sociale Welzijnsraad.[314]

8.7.2 De wensmoeder

Aangezien de juridische moeder van het kind altijd de vrouw is uit wie het kind is geboren, moet de wensmoeder het kind adopteren om juridisch ouder te worden. Dit kan worden bereikt door een *närstående* adoptie, waarbij de echtgenoot of geregistreerde partner de mogelijkheid heeft om het kind van de andere partner te adopteren.[315] Hiervoor is dus vereist dat het juridische vaderschap al is vastgesteld, zodat de moeder de mogelijkheid van partneradoptie heeft. Daarnaast moeten beide juridische ouders toestemming verlenen voor de adoptie, zowel de geboortemoeder als de juridische vader. Zoals bij alle adopties is het aan de rechter om eerst te onderzoeken of adoptie mogelijk is.[316] Adoptie kan alleen worden verleend als het in het belang is van het kind.[317] Er wordt daarom eerst een onderzoek gestart door de Raad van de Sociale Bijstand.[318] Als de raad zijn toestemming geeft, waaruit volgt dat de adoptie als in het belang van het kind wordt beschouwd, kan mogelijk toestemming voor de adoptie worden verleend door de rechter.

8.8 Registratie bij geboorte

In Zweden worden in beginsel geen geboortecertificaten afgegeven. Uittreksels van het geboorteregister kunnen wel worden verkregen, indien die nodig zijn voor een specifiek doel. Het register wordt beheerd door de Zweedse belastingdienst. Indien het een adoptieprocedure betreft, vindt de registratie plaats door een combinatie van een juridische en administratieve procedure.[319]

8.8.1 Adoptie van een Zweeds kind in Zweden

Op het moment dat de Zweedse belastingdienst wordt ingelicht over de geboorte van het kind, worden de biologische ouders van het kind op het uittreksel geregistreerd als de juridische ouders.[320] Na adoptie zullen de biologische ouders van het kind op diens uittreksel vermeld blijven als de biologische ouders

---

314 Art. 1:4 Wet betreffende kinderen en ouders.

315 Art. 1:4 Wet betreffende kinderen en ouders. Zie ook art. 4:3 dat betrekking heeft op de vraag wanneer een paar anders dan gezamenlijk een kind kan adopteren.

316 Art. 4:6 Wet betreffende kinderen en ouders.

317 Zie hierboven.

318 Art. 10:5 Wet inzake sociale dienstverlening (2001:453), die de bevoegdheid weergeeft van de Raad van de Sociale Bijstand om beslissingen te nemen op basis van de Wet inzake kinderen en ouders.

319 Juridisch in de zin dat de rechter de Zweedse belastingdienst eerst moet informeren over het feit dat de adoptie is goedgekeurd voordat de Dienst de mogelijkheid heeft om de informatie over de ouders en het kind op te nemen in het bevolkingsregister.

320 Het gaat hierbij om de geboortemoeder.

en zullen de adoptiefouders als juridische ouders worden vermeld. Deze procedure is ook van toepassing indien in Zweden een kind wordt geboren na een draagmoederschapconstructie.

8.8.2 Adoptie van een buitenlands kind

8.8.2.1 Traditionele adoptie

Gaat het om een traditionele adoptie, dan wordt het feit dat het kind is geadopteerd vermeld op het uittreksel, maar de namen van de biologische ouders niet. Als de namen bekend zijn worden ze wel bewaard door de Sociale Welzijnsraad, zodat het kind desgewenst toegang heeft tot deze gegevens.

8.8.2.2 Adoptie na draagmoederschap

Aangenomen dat de vader de biologische en juridische vader van het kind is, zal hij worden geregistreerd door de Zweedse belastingdienst als de juridische vader. Dit vindt plaats binnen een week na aankomst van het kind in Zweden. Op het uittreksel wordt wel vermeld dat de geboortemoeder afstand heeft gedaan van het kind, maar haar naam wordt daarbij niet vermeld. De wensmoeder wordt niet vermeld op het uittreksel.[321]

Wanneer de wensmoeder toestemming heeft verkregen voor adoptie, wordt zij op het bevolkingsregister aangetekend als de juridische moeder. Het blijft echter duidelijk dat zij de adoptiefmoeder is, omdat daarnaast wordt vermeld dat het kind een andere geboortemoeder heeft.

8.9 Adoptie

Uit het voorgaande volgt dat een verzoek tot adoptie na draagmoederschap kan zien op een kind geboren in Zweden na een draagmoederschapscontract tussen private personen, of op een buitenlands kind geboren na draagmoederschap in een jurisdictie waar draagmoederschap is gereguleerd of is toegestaan.

In beide gevallen wordt de procedure gestart door het indienen van het verzoek bij de Sociale Welzijnsraad. Die start vervolgens een gezinsonderzoek om te bezien of de ouder/ouders geschikt zijn als adoptiefouders. De rechter gebruikt dit onderzoek als basis voor zijn eigen beslissing inzake adoptie. Als het een partneradoptie betreft na draagmoederschap (of een *närstående* adoptie in het algemeen) dan is de procedure gelijk aan die van een traditionele adoptie. Voor beide vormen is bijvoorbeeld een thuisonderzoek vereist en de toestemming van de Sociale Welzijnsraad. Echter, een traditionele adoptie

[321] Hierbij moet worden opgemerkt dat er geen specifieke bepalingen zijn over adoptie na draagmoederschap in het buitenland. De praktijk en de beschreven gang van zaken geven de algemene beginselen bij adoptie weer; in het bijzonder dat de adoptie in het belang van het kind moet zijn en het kind de mogelijkheid moet hebben om zijn herkomst te achterhalen.

vereist ook een voorafgaand verzoek en toestemming van een adoptieorganisatie en, indien het kind is geboren in het buitenland, goedkeuring door de relevante autoriteit van het land in kwestie.
Ten aanzien van de mogelijkheden tot adoptie maakt het geen verschil of het een altruïstisch of commercieel draagmoederschap betreft.

8.10 Relevantie genetische verwantschap

Naar Zweeds recht is de genetische verwantschap met de wensmoeder voor de juridische status ten opzichte van het kind irrelevant.[322] De genetische band tussen de vader en het kind is echter wel relevant. Deze wordt verondersteld ook te bestaan op het moment dat de vader het kind heeft erkend (zie voorgaande informatie).

Hierbij dient te worden opgemerkt dat als de draagmoeder is getrouwd, haar echtgenoot van rechtswege de juridische vader is van het kind.[323] In die situatie is een erkenning door de biologische vader, in overeenstemming met afdeling 4 van hoofdstuk 1, vereist om zijn juridische status vast te leggen.

8.11 Illegale opneming van kind

In Zweden wordt een onderzoek vereist voorafgaand aan alle adopties.[324] Voor de rechter is het niet mogelijk om de adoptie uit te spreken op de wijze zoals beschreven in § 8.10, zonder dat een adoptieonderzoek heeft plaatsgevonden.[325]

8.12 Recente rechtsontwikkelingen

Ondanks het feit dat ART al sinds 1985 is gereguleerd, waarbij eerst donorinseminatie werd gereguleerd en daarna IVF, heeft de Zweedse wetgever consequent een zeer conservatieve houding aangenomen ten opzicht van draagmoederschap.

Desondanks zijn tussen 2004 en 2009 negen verschillende initiatiefwetsvoorstellen voorgelegd aan het Zweedse parlement. Deze voorstellen zijn gericht op het bevorderen van onderzoek naar onderwerpen gerelateerd aan draagmoederschap, inclusief voorstellen voor wetgeving inzake draagmoederschap. Zes van deze voorstellen zijn ingediend tussen 2008 en 2009.[326] Ondanks het feit dat alle voorstellen zijn afgewezen, is het duidelijk dat

---

322 Zie hierboven vraag 2 en 7.

323 Art. 1:1 Wet betreffende kinderen en ouders.

324 Zoals die hierboven is beschreven in de § 8.7 en 8.9.

325 Zie hierover verder hoofdstuk 6 van de Wet inzake de Sociale Dienst (2001:453) dat specifiek bepalingen bevat omtrent het verzorgen en de opname van kinderen in het gezin.

326 *Motion* 2004/05:So439 *Surrogatmoderskap*; *Motion* 2005/06:So528 *Surrogatmoderskap*; *Motion* 2007/08:So543 *Surrogatmödraskap*; *Motion* 2008/09:So322 *Surrogatmödrar*; *Motion* 2008/09:So222 *Utredning om värdmödraskap*; *Motion* 2008/09:So559 *Surrogatmoderskap*; *Motion* 2009/10:Sk533 *Trygghet för barn födda efter*

draagmoederschap een onderwerp is dat op de politieke agenda staat. Op dit moment zijn verschillende belangengroepen aan het lobbyen voor wetgeving inzake draagmoederschap. Daarnaast worden de verhalen van paren die problemen hebben met draagmoederschapsarrangementen in het buitenland regelmatig gepubliceerd in de media. Zodoende groeit het aanbod aan informatie over draagmoederschap en het bewustzijn van het publiek. Zolang de interesse in draagmoederschap in de Zweedse samenleving blijft groeien, is het onwaarschijnlijk dat degenen die invloed kunnen uitoefenen op de politieke agenda het opgeven voordat de overheid of het parlement start met een onderzoek naar draagmoederschap.

In 2008 heeft universitair hoofddocent Anna Singer van de Universiteit Uppsala het gebruik van ART als uitdaging voor het familierecht gekarakteriseerd waarbij tevens uitvoerig aandacht werd besteed aan het fenomeen draagmoederschap.[327] De problemen die specifiek gerelateerd zijn aan draagmoederschapsarrangementen lijken echter tot dusverre geen onderwerp van onderzoek te zijn van andere Zweedse academici.[328]

värdmödraskap; *Motion* 2009/10:So474 *Värdmödraskap*; *Motion* 2009/10:So645 *Ekonomisk ersättning vid värdmödraskap*. Zie voor de reactie van de wetgever bijv. het verslag van de Vaste Commissie voor Gezondheid en Welzijn 2008/09:SoU13 (alleen beschikbaar in het Zweeds).

327 Zie hierover Singer 2008, p. 95-106. Zie ook Singers dissertatie, Singer 2000, p. 310 en 356-357; en Saldeen 2009, p. 54 en 121-123. Alleen beschikbaar in het Zweeds.

328 Voor niet-juridische literatuur over draagmoederschap, zie Ekman 2010; Jönsson 2003 en Tännsjö 1991. Jane Stoll van de Universiteit van Uppsala bereidt een proefschrift voor over de verschillende juridische aspecten inzake het draagmoederschap, dat hoogstwaarschijnlijk zal worden afgerond in 2012.

DEEL VI: VERGELIJKENDE TABELLEN

1 WETTELIJKE REGELINGEN, BELEID EN JURISPRUDENTIE TEN OPZICHTE VAN DRAAGMOEDERSCHAP

In *Tabel 1* wordt aangegeven of er in de verschillende landen een wettelijke regeling bestaat waarin het draagmoederschap is geregeld. Zo ja, wordt in deze regeling het draagmoederschap toegestaan of juist verboden? Zo nee, zijn er wel gegevens beschikbaar waaruit blijkt dat een bepaald beleid wordt gevoerd ten aanzien van draagmoederschap? Vervolgens wordt aangegeven op grond van welke regelingen het beleid wordt gevoerd en wat de ratio is achter het beleid. Ten slotte wordt aangegeven of de jurisprudentie zorgt voor een afwijking op het gevoerde beleid.

Tabel 1: Wettelijke regelingen, beleid en jurisprudentie ten opzichte van draagmoederschap

	Wettelijke regeling?	**Effectuering?**	**Ratio van het beleid**	**Jurisprudentie**
België	Niet geregeld	Wet op medische voortplanting	Niet aangegeven	Geen afwijking van het beleid
Duitsland	Niet geregeld, restrictief beleid	Adoptiewet/Embryowet	Mogelijkheid van conflict Inbreuk in persoon-lijkheid van betrok-kene Mogelijkheid van prenatale stoornissen Ethische bezwaren	Geen afwijking van het beleid
Engeland	Wel geregeld, toegestaan	Wet inzake draagmoeder-schapsovereenkomsten en embryowet	Niet aangegeven	Slechts interpretatie
Frankrijk	Wel geregeld, verboden	Wet m.b.t. het respect voor het menselijk lichaam	Strijd met openbare orde	Geen afwijking op de regel
Noorwegen	Niet duidelijk, restrictief beleid	Bio-technologische wet	Niet aangegeven	Geen afwijking van het beleid
Polen	Niet geregeld	n.v.t.	Niet aangegeven	Geen uitspraken
Spanje	Wel geregeld, verboden	Wet inzake kunstmatige inseminatie	- Strijd met openbare orde - Object niet vatbaar voor menselijke handelsverkeer	Geen uitspraken
Zweden	Niet geregeld, restrictief beleid	Wet inzake genetische integriteit	Niet aangegeven	Wel mogelijkheden

2 STRAFRECHTELIJKE BEPALINGEN

In *Tabel 2* wordt aangegeven of er strafrechtelijke bepalingen zijn die specifiek zien op het draagmoederschap, en zo nee, of draagmoederschap indirect kan leiden tot een strafbaarstelling. Hierbij wordt aangegeven wat en wie strafbaar is. Ten slotte wordt aangegeven of het desbetreffende land ook overgaat tot de vervolging van de genoemde strafrechtelijke bepalingen.

Tabel 2: Strafrechtelijke bepalingen

	Specifieke bepalingen gericht draagmoederschap	**Indirecte strafrechtelijke bepalingen van toepassing**	**Vervolging**	**Wat is strafbaar?**	
				Bemiddeling /begeleiding	**Zoeken naar een draag-moeder**
België	Nee	Ja	Ja	–	–
Duitsland	Ja	–	Niet bekend	Ja	Adverteren
Engeland	Ja	–	Niet bekend	Ja, mits commercieel	Verzamelen van informatie en adverteren
Frankrijk	Ja	–	Niet bekend, t.a.v. buitenland, niet vervolgd	Ja	Waars. onder hulp bij de overeenkomst
Noorwegen	Nee	Ja	Niet bekend	–	–
Polen	Nee	Ja	Niet bekend	–	–
Spanje	Nee	Ja	Nee, voor zover bekend	–	–
Zweden	Nee	Ja	Geen schendingen voor zover bekend (indien schending waars. wel vervolgd)	–	–

	Wat is strafbaar?			**Wie is strafbaar?**
	Valse geboorte-aangifte	**Plaatsing kind bij wensouders**	**Kunstmatige inseminatie bij draagmoederschap**	**Bemiddelaar**
België	Tekortkoming in de aangifte	Onderschuiving van het kind	–	Ja
Duitsland	–	–	Ja	Ja
Engeland	–	–	–	Ja. Geldt niet voor niet-commerciële organisaties
Frankrijk	Valse aangifte	–	–	Ja
Noorwegen	–	Illegale plaatsing	Ja	Ja, privé personen en organisaties zonder toestemming
Polen	–	Illegale plaatsing mits commercieel	Mogelijk strafbaar	–
Spanje	Vervalsen van geboorteakte	Illegale plaatsing	–	–
Zweden	–	–	Ja, als één niet genetisch verwant	–

	Wie is strafbaar?			
	Wensouders	**Draagmoeder**	**Arts bij KI**	**Anders**
België	Ja	Ja	Ja	Ja, een ieder
Duitsland	Ja, maar uitgesloten bij bemiddeling en kunstmatige voortplanting	Ja, maar uitgesloten bij bemiddeling en kunstmatige voortplanting	Ja	Ja, een ieder bij zoeken naar/adverteren voor draagmoeder/wensouders
Engeland	Nee	Nee	–	Uitgever, redacteur, eigenaar of verspreider. Geldt niet voor niet-commerciële organisaties
Frankrijk	Ja, mits bestanddelen misdrijf zich heeft voorgedaan in Frankrijk	Ja, mits bestanddelen misdrijf zich heeft voorgedaan in Frankrijk	–	–
Noorwegen	Nee	Nee	Ja, gezondheidspersoneel en personeel die eraan meewerken	–
Polen	–	Nee	Ja	–
Spanje	–	–	–	Persoon die zich schuldig maakt aan illegale plaatsing
Zweden	Nee	Nee	Ja, op persoonlijke titel of met commercieel doeleinde	–

3 STATUS VAN DRAAGMOEDERSCHAPSCONTRACTEN

In *Tabel 3* worden de verschillende aspecten verbonden met de status van de draagmoederschapsovereenkomst aangeduid. Ten eerste wordt aangegeven wat de status van het contract is, waarbij het onderscheid wordt gemaakt tussen een altruïstische en commerciële draagmoederschapsovereenkomst. Ten tweede, of de overeenkomst afdwingbaar is, en zo nee, op grond van welk beleid. Ten derde, of juridische gevolgen worden verbonden aan een draagmoederschaps-overeenkomst. Ten slotte wordt aangegeven of de mogelijkheid bestaat dat het kind, dat bij de wensouders terecht is gekomen door middel van een draagmoederschapsovereenkomst, bij de wensouders mag blijven.

Tabel 3: Status van draagmoederschapscontracten

	Status van contract		**Afdwingbaarheid**	**Ratio van het beleid**	**Juridische gevolgen**	**Kind mag bij wens-ouders blijven**
	Commercieel	**Altruïstisch**				
België	Nietig	Nietig	Niet afdwingbaar	In strijd met openbare orde	Nee	Nee, tenzij wettige band verworven (bijv. adoptie)
Duitsland	Nietig	Niet duidelijk	Niet afdwingbaar	In strijd met de goede zeden	Nee	Ja, via adoptie mits in belang van het kind
Engeland	Geldig*	Geldig*	Niet afdwingbaar	–	Nee	Ja, via plaatsing, mits in belang van het kind
Frankrijk	Nietig	Nietig	Niet afdwingbaar	Strijd met openbare orde	Nee	Niet aangegeven
Noorwegen	Nietig	Nietig	Niet afdwingbaar	In strijd met verbod op eiceldonatie	Nee	Nee, kan worden gezien als illegaal
Polen	Nietig	Nietig	Niet afdwingbaar, maar verhaal van geld	–	Nee	Ja, via adoptie
Spanje	Nietig	Nietig	Niet afdwingbaar	- Strijd met de (interne) openbare orde - Kind niet vatbaar voor menselijk handels-verkeer	Nee	Directe opname in het gezin is verboden
Zweden	?	?	Niet afdwingbaar	Niet toegestaan (?)	Nee	Niet aangegeven

* Zie de opmerking in het Engelse rapport over geldigheid en afdwingbaarheid.

4 TOEKENNING OUDERSCHAP AAN DE WENSOUDERS

In *Tabel 4* wordt aangeven of en hoe de wensouder de juridische ouders kunnen worden van het kind. Eerst komt de vraag aan de orde of dit mogelijk is via het afstammingsrecht. Voor de wensmoeder blijkt dit in alle onderzochte rechtsstelsels, met uitzondering van Engeland en mogelijkerwijs Polen, onmogelijk te zijn. Voor de wensvader biedt het reguliere afstammingsrecht in de meest rechtsstelsels wel een mogelijkheid om juridisch vader te worden van het kind afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Tabel 4: Toekenning ouderschap aan de wensouders na draagmoederschap in het interne recht

	Ouderschap via het afstammingsrecht		**Wettelijke regeling**	**Rol genetische verwantschap met kind**		**Adoptie na draagmoeder-schap**
	Wensmoeder	**Wensvader**		**Wensmoeder**	**Wensvader**	
België	Dat is niet mogelijk	Is mogelijk via erkenning of gerechtelijke vaststelling	Nee	Genetische band speelt geen rol	Genetische band kan een rol spelen	Is mogelijk
Duitsland	Dat is niet mogelijk	Is mogelijk via erken-ning of gerechtelijke vaststelling	Nee	Genetische band speelt geen rol	Genetische band kan een rol spelen	Waarschijnlijk wel
Engeland	Ja, via de *partenal order*	Ja, via de *partenal order*	Ja	Een van de wensouders moet een genetische band hebben met het kind	Een wensouder genetische band met het kind	Is mogelijk
Frankrijk	Dat is niet mogelijk	Is onduidelijk	Nee	Genetische band speelt geen rol	Niet duidelijk	Is niet mogelijk
Noorwegen	Dat is niet mogelijk	Is mogelijk via erkenning of vaststelling	Nee	Genetische band speelt geen rol	Genetische band kan een rol spelen	Is mogelijk
Polen	Lijkt mogelijk	Is mogelijk via erkenning of gerechtelijke vaststelling	Nee	Kan eventueel een rol spelen	Genetische band kan een rol spelen	Is mogelijk
Spanje	Dat is niet mogelijk	Is mogelijk via erkenning	Nee	Genetische band speelt geen rol	Genetische band kan een rol spelen	Is mogelijk
Zweden	Dat is niet mogelijk	Is mogelijk via erkenning	Nee	Genetische band speelt geen rol	Genetische band kan een rol spelen	Is mogelijk

5. GEBOORTEREGISTRATIE

In *Tabel 5* komen vragen aan de orde met betrekking tot de geboorteregistratie van een kind dat na draagmoederschap wordt geboren. Allereerst wordt aangegeven wie er op de geboorteakte worden geregistreerd als ouder(s) van het kind. Daarna wordt een overzicht gegeven van de autoriteit bij wie de geboorte moet worden aangegeven. Het laatste deel van de tabel bevat antwoorden op de vraag of de wensouders op een later moment, bijvoorbeeld na adoptie of erkenning alsnog op de geboorteakte worden vermeld. De landenoverzichten bevatten niet over al deze vragen informatie. Met name de vraag naar latere vermelding is niet overal beantwoord. Ook al mag men er redelijkerwijs vanuit gaan dat later vastgesteld juridisch ouderschap in het geboorteregister (en dus ook op de akte) wordt vermeld, voor de landen die dit niet expliciet in het rapport vermelden, kan dit niet met zekerheid worden vastgesteld.

Tabel 5: Geboorteregistratie

	Registratie op oorspronkelijke geboorteakte		**Bevoegde autoriteit**	**Latere vermelding op geboorteakte**	
	Draagmoeder	**Juridische vader**		**Wensmoeder**	**Wensvader**
België	Ja, zij is de juridische moeder	Ja, dit kan de wensvader zijn	Ambtenaar burgerlijke stand	Wordt niet duidelijk	Wordt niet duidelijk
Duitsland	Ja, zij is de juridische moeder	Ja, dit kan de wensvader zijn	Ambtenaar burgerlijke stand	Na adoptie	Na erkenning, gerechtelijke vaststelling of adoptie
Engeland	Ja, zij is de juridische moeder	Ja, dit kan de wensvader zijn	De *registrar* bij de *Register Office* of het ziekenhuis	Ja, na *parental order* of adoptie	Ja, na *parental order* of adoptie
Frankrijk	Ja, zij is de juridische moeder	Ja	Ambtenaar burgerlijke stand	–	–
Noorwegen	Ja, zij is de juridische moeder	Ja, dit kan de wensvader zijn	Bevolkingsregister autoriteit	Wordt niet duidelijk	Wordt niet duidelijk
Polen	Ja, zij is de juridische moeder	Ja, dit kan de wensvader zijn	De burgerlijke stand	Wordt niet duidelijk	Wordt niet duidelijk
Spanje	Ja, zij is de juridische moeder	Ja, dit kan de wensvader zijn	Ambtenaar burgerlijke stand	Wordt niet duidelijk	Wordt niet duidelijk
Zweden	Ja, zij is de juridische moeder	Ja, dit kan de wensvader zijn	Belastingdienst	Na adoptie	Na adoptie

DEEL VII: SAMENVATTING VAN HET ONDERZOEK

1 INLEIDING

De aandacht voor commercieel draagmoederschap en illegale opneming van kinderen in Nederland is de afgelopen jaren toegenomen. Dit geldt zowel voor partijen die via draagmoederschap een gezin willen stichten als voor autoriteiten die proberen het gebruik van draagmoederschap tegen te gaan of afdoende te reguleren. Daarbij zijn de mogelijkheden die het internet biedt van groot belang. Enerzijds is op eenvoudige wijze informatie te verkrijgen over de mogelijkheden voor adoptie en draagmoederschap in andere landen. Anderzijds is het voor de betrokken partijen makkelijker geworden om vraag en aanbod naar kinderen op elkaar af te stemmen. Grenzen lijken niet te bestaan. Bovendien bieden ook de voortschrijdende medische ontwikkelingen op het gebied van de voortplantingstechniek mogelijkheden om toch een (deels) genetisch eigen kind te krijgen, bijvoorbeeld met behulp van hoogtechnologisch draagmoederschap.

Bij de Centrale Autoriteit Interlandelijke Adoptie en de Raad voor de Kinderbescherming is een aantal zaken bekend van commercieel draagmoederschap en van illegale opneming van een buitenlands kind, al dan niet na draagmoederschap. In de media worden deze onderwerpen vaak breed uitgemeten. Vooral een aantal Belgische zaken heeft in dit verband in Nederland de afgelopen tijd veel aandacht getrokken. De Nederlandse overheid voert in beginsel een zeer restrictief beleid ten aanzien van met name commercieel draagmoederschap. Dat er de afgelopen jaren regelmatig incidenten aan het licht komen waarbij sprake is van commercieel draagmoederschap en/of illegale opneming heeft ertoe geleid dat in de Tweede Kamer diverse keren Kamervragen over dit onderwerp zijn gesteld. De Minister van Justitie heeft in reactie hierop aan de Tweede Kamer toegezegd onderzoek te laten doen naar de aard en omvang van commercieel draagmoederschap en illegale opneming, zodat inzichtelijk wordt wat zich afspeelt op dit terrein in landen waar meer mogelijk is dan in Nederland en wat de gevolgen hiervan zijn bij terugkeer van de wensouders in Nederland.

Dit door de Minister beloofde onderzoek werd tussen april 2010 en januari 2011 uitgevoerd door onderzoekers van het *Utrecht Centre for European Research into Family Law* (UCERF) van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

De volgende vragen worden in dit onderzoek beantwoord:

- Wat is de aard (en omvang) van commercieel draagmoederschap, illegale opneming van (buitenlandse) kinderen en de combinatie van commercieel draagmoederschap en illegale opneming?
- Met welke landen heeft Nederland daarbij te maken en hoe is de juridische vormgeving ten aanzien van deze onderwerpen in die landen?
- In hoeverre is er conformiteit met Nederlandse wetgeving en in welke situaties kunnen er in Nederland problemen ontstaan als gevolg van ruimere wetgeving in die landen?
- Zijn er andere Europese landen met vergelijkbare problemen, en hoe lossen zij deze op?

Voor het beantwoorden van de eerste vraag is gebruik gemaakt van een fenomeenstudie, waaruit vier landen naar voren zijn gekomen die relevant zijn voor het beantwoorden van de tweede vraag, namelijk Californië, India, Griekenland en Oekraïne. De derde vraag is beantwoord op basis van literatuur en jurisprudentieonderzoek, maar er zijn ook interviews afgenomen om meer inzicht te krijgen in de bestaande problematiek. Voor het beantwoorden van de vierde vraag is een aantal experts uit acht Europese landen benaderd om op basis van een vragenlijst relevante informatie te verstreken over de wetgeving en de problemen met betrekking tot draagmoederschap en illegale opneming in hun jurisdictie.

Alvorens dieper op het rapport in te gaan, wordt eerst kort inzicht gegeven in de verschillende verschijningsvormen van draagmoederschap. Er wordt in literatuur en praktijk onderscheid gemaakt tussen verschillende vormen van draagmoederschap. Zo bestaat er hoogtechnologisch draagmoederschap waarbij gebruik wordt gemaakt van IVF en waarbij dus altijd een voortplantingsdeskundige betrokken is. Deze vorm van draagmoederschap biedt wensouders de mogelijkheid om een kind te krijgen dat genetisch van hen beiden afstamt, maar noodzakelijk is dit niet. Verder kan sprake zijn van laagtechnologisch draagmoederschap, waarbij de draagmoeder altijd de genetische moeder is van het kind en het sperma waarmee de eicel wordt bevrucht van de wensvader of een andere man afkomstig kan zijn. Bij laagtechnologisch draagmoederschap zal de eicel via kunstmatige inseminatie worden bevrucht. Daarnaast kan er sprake zijn van draagmoederschap waarbij de zwangerschap op natuurlijke wijze of via zelfinseminatie tot stand komt. Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om een genetisch eigen kind van de draagmoeder en haar echtgenoot. Een ander belangrijk onderscheid betreft het onderscheid tussen commercieel en altruïstisch draagmoederschap. Het blijkt over het algemeen moeilijk aan te geven waar de grens ligt tussen de ene en andere vorm

omdat met beide een financiële vergoeding gemoeid kan zijn. Commercieel draagmoederschap is echter voornamelijk, zo niet uitsluitend, gericht op het behalen van financieel gewin, terwijl altruïstisch draagmoederschap eerder het helpen van een ander, vaak een bekende, tot doel heeft.

2 OPBOUW VAN HET ONDERZOEKSRAPPORT

Het verloop van een draagmoederschap heeft de opbouw van het onderzoeksrapport bepaald. Daarbij is een chronologische volgorde aangehouden. Eerst wordt voor de wensouders de situatie in Nederland in kaart gebracht: Welke rechtspositie hebben zij naar Nederlands recht? Vervolgens wordt het perspectief verplaatst naar landen waar wensouders naar toe zouden kunnen gaan omdat volgens het daar geldende recht draagmoederschap is toegestaan. Daarbij wordt aandacht besteed aan de positie van alle betrokkenen: wensouders, draagmoeders en kinderen. Ten slotte volgt het onderzoek de kinderen die naar Nederland komen. De centrale vraag is of de in het buitenland verkregen rechtspositie in Nederland wordt erkend. Ook in andere Europese landen doet zich het fenomeen draagmoederschap en illegale opneming van kinderen voor. De benaderingen en oplossingen die elders worden gehanteerd kunnen voor de vraag of een wijziging van wet en beleid in Nederland nodig en wenselijk is tot inspiratie dienen.

Indachtig het verloop van een draagmoederschap waarbij wensouders naar het buitenland gaan en de vraag hoe in Nederland in de toekomst hiermee moet worden omgegaan is het onderzoek als volgt ingedeeld:

Deel I:	Inleiding
Deel II:	Blik op Nederland: wat kan hier te lande?
Deel III:	Naar het buitenland: welke mogelijkheden bestaan in andere landen?
Deel IV:	Terugkeer: hoe komt het kind naar Nederland en welke status heeft het hier?
Deel V:	Welke oplossingen bieden andere Europese landen?
Deel VI:	Vergelijkende tabellen
Deel VII:	Samenvatting van het onderzoek

3 OMVANG VAN HET PROBLEEM

Hoe vaak (commercieel) draagmoederschap en illegale opneming voorkomen en wat de omvang is van de problemen die daaruit voortvloeien, kan niet met zekerheid worden vastgesteld. Uit de jurisprudentie en de interviews met experts blijkt dat verschillende instanties in aanraking kunnen komen met illegale

opneming en draagmoederschap, bijvoorbeeld de GBA, de burgerlijke stand, de IND, de Centrale Autoriteit, Nederlandse ambassade in het buitenland en de Raad voor de Kinderbescherming. Uit sommige interviews blijkt dat hier vervolgens melding van wordt gemaakt bij het Landelijk Bureau voor de Raad voor de Kinderbescherming. Uit andere interviews blijkt dat de Centrale Autoriteit wordt ingelicht, die vervolgens melding doet bij de raad. Vanwege het ontbreken van een doorzichtige meldingsstructuur, is het moeilijk om het precieze aantal gevallen te achterhalen.

Meldingen van illegale opneming die het Landelijk Bureau van de Raad voor de Kinderbescherming bereiken worden doorgeleid naar de ASAA (Afstand, Screening, Adoptie en Afstamming) Locaties. De betreffende locatie onderzoekt of er inderdaad sprake is van een illegale opneming of een niet geoorloofd draagmoederschap en koppelt dit vervolgens terug naar het Landelijk Bureau. Uit het interview met de raad en de expert meeting is geen duidelijk beeld naar voren gekomen ten aanzien van het aantal zaken dat jaarlijks bij het Landelijk Bureau wordt gemeld. Uit informatie die is verstrekt door een lid van de begeleidingscommissie dat werkzaam is bij de raad, blijkt dat in de periode 2008-2010 gemiddeld tien zulk soort zaken per jaar bij het Landelijk Bureau zijn gemeld. De Centrale Autoriteit heeft aangegeven dat sinds 1 april 2009 elf zaken van illegale opneming bij de Centrale Autoriteit bekend zijn.

Daarnaast blijkt ook uit de onderzochte jurisprudentie dat zich met enige regelmaat gevallen van draagmoederschap voordoen. Daarbij komen zowel zaken die zich geheel binnen Nederland afspelen aan de orde als gevallen waarbij het draagmoederschapstraject in het buitenland heeft plaatsgevonden, bijvoorbeeld in Californië en Oekraïne. Wat betreft puur interne gevallen is bekend dat het Medisch Centrum van de Vrije Universiteit gemiddeld twintig verzoeken per jaar krijgt om in aanmerking te komen voor een draagmoederschapstraject en dat er ongeveer tien paren per jaar in behandeling worden genomen. Op 31 mei 2010 waren er drie kinderen via het VU Medisch Centrum geboren en werden er op korte termijn nog twee verwacht. Daarnaast komt uit een analyse van gegevens van het eerste landelijke expertisecentrum naar voren dat in de periode 1997-2004 door ruim 500 stellen informatie is aangevraagd over hoogtechnologisch draagmoederschap. Van hen zijn 202 paren gescreend, en kregen 35 paren een IVF-behandeling, die leidde tot de geboorte van 16 kinderen bij 13 vrouwen. Uiteindelijk blijkt het moeilijk te zijn om een helder beeld te krijgen van het precieze aantal gevallen van nationaal en grensoverschrijdend draagmoederschap en illegale opneming. Het vermoeden bestaat dat niet alle gevallen van draagmoederschap en illegale opneming aan het licht komen.

4 BEVINDINGEN PER DEEL

De ratio die aan het Nederlandse recht ten grondslag ligt is dat commercieel draagmoederschap en de illegale opneming van buitenlandse kinderen onwenselijk zijn. Diverse maatregelen zijn in het leven geroepen om beide verschijnselen tegen te gaan, zowel in strafrechtelijk opzicht (art. 151 onder b en c, 225, 236, 278, 279 en 442a Sr) als in het kader van het vreemdelingenrecht. Het belang van het kind speelt daarbij een belangrijke rol, zowel op microniveau (het kind in een individueel geval) als op macroniveau (voorkomen van onwenselijke commercialisering van baby- en kinderhandel met het oog op gezinsvorming). Ook de belangen van de draagmoeder en de wensouders zijn bij dit beleid relevant. Deze ratio komt in de verschillende delen van het rapport naar voren. Hieronder volgt per deel een korte samenvatting.

Deel II van het rapport over het Nederlandse recht bestaat uit twee onderdelen: een strafrechtelijk en een privaatrechtelijk gedeelte.

Het strafrechtelijke beleid dat wordt besproken in **Deel II.1** is gericht op het ontmoedigen van draagmoederschap, door het bemiddelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en het openbaar maken van aanbod en vraag naar draagmoederschap strafbaar te stellen. Bovendien is het opnemen van een kind in een ander gezin zonder hiervan bij de bevoegde instantie melding te doen onder bepaalde voorwaarden strafbaar gesteld in het Sr en de PKW. Daarnaast zijn in dit deel andere relevante bepalingen in de strafwet onderzocht die niet primair met het oog op draagmoederschap in de wet zijn opgenomen, maar die daarbij zijdelings wel een rol kunnen spelen, bijvoorbeeld de bepalingen inzake valsheid in geschrifte en verduistering van staat. Tijdens het onderzoek is gebleken dat het moeilijk is een beeld te krijgen in hoeverre daadwerkelijk vervolging plaatsvindt en hoe groot de kans is dat dergelijke strafbare feiten aan het licht komen. Een analyse van de juridische databanken waarin rechterlijke uitspraken zijn opgenomen, laat zien dat er nauwelijks jurisprudentie is. Dat geldt zowel voor draagmoederschap als illegale opneming. Welke conclusie hieruit kan worden afgeleid, is moeilijk vast te stellen.

In **Deel II.2** wordt de juridische positie van de draag- en wensouders ten opzichte van het kind besproken. Het Nederlandse recht kent geen specifieke afstammingsrechtelijke regeling voor draagmoederschap. Dit betekent dat de reguliere bepalingen van het afstammingsrecht, het gezagsrecht en het kinderbeschermingsrecht van toepassing zijn. De rechtspositie van een kind dat geboren wordt na draagmoederschap is onzeker en afhankelijk van een groot aantal factoren dat met het draagmoederschap op zichzelf niets te maken heeft. De draagmoeder is de juridische moeder van het kind, ongeacht of zij ook het genetische materiaal voor het kind heeft geleverd. Indien de draagmoeder

gehuwd is, is haar echtgenoot automatisch de juridische vader van het kind. De overdracht van het ouderschap van de draagouders naar de wensouders is ingewikkeld en de uitkomst van de verschillende procedures die gevolgd zullen moeten worden is onzeker. Voor de uiteindelijke overdracht van het ouderschap naar beide wensouders zal altijd adoptie door in ieder geval een van beide wensouders nodig zijn. Uit onderzoek naar begeleid hoogtechnologisch draagmoederschap blijkt dat in die gevallen waar draag- en wensouders van te voren worden gescreend en het genetisch materiaal van de wensouders wordt gebruikt, er vrijwel geen problemen tussen de ouderparen ontstaan. Ook voor deze groep bestaat geen specifieke wetgeving die gericht is op de juridische overgang van het gezin van de draagouders naar het gezin van de wendouders. Het zijn met name wensouders die niet gebruik maken van begeleid hoogtechnologisch draagmoederschap binnen de Nederlandse rechtssfeer die aanzienlijke risico's lopen, maar omdat er geen sluitende wettelijke regeling is, geldt dit deels ook voor ouders die wel gebruik maken van begeleid hoogtechnologisch draagmoederschap. Enerzijds worden deze risico's veroorzaakt doordat er een spanningsveld bestaat tussen de draagouders en de wensouders. Het afstaan van een kind kan gevolgen hebben die ook na voorlichting en begeleiding niet voorzien waren door de draagmoeder. Dit spanningsveld leidt tot conflicten en het succesvol doorlopen van het hele traject vereist samenwerking tot het ouderschap daadwerkelijk is overgegaan naar de wensouders. Bij conflicten is, enigszins afhankelijk van de vraag in welke stadium van het traject het conflict zich manifesteert, een reële kans aanwezig dat het door de wensouders, op wier initiatief het kind is ontstaan, gewenste doel niet wordt behaald. Een tweede verklaring voor de rechtsonzekerheid is dat op voorhand niet met zekerheid te voorspellen is hoe een rechter zal beslissen. Op verschillende cruciale punten is rechterlijke tussenkomst vereist; maar er is geen vaste lijn in de jurisprudentie te ontdekken. Ook in gevallen waarin sprake is van consensus tussen de betrokken ouders is dus niet op voorhand met zekerheid te bepalen of de wensouders juridische ouders met gezag zullen worden.

Deel III van het onderzoek bestaat ook uit twee onderdelen: een fenomeenstudie (**Deel III.1**) en een verdiepend onderzoek naar een viertal landen waar Nederlandse paren mogelijk heen gaan voor een draagmoederschapstraject (**Deel III.2**). In het eerste gedeelte wordt duidelijk naar welke landen Nederlandse wensouders (zouden kunnen) gaan om een kind via draagmoederschap te krijgen. Deze kennis is door een combinatie van twee onderzoeksmethoden tot stand gekomen. Ten eerste is gebruik gemaakt van een Internetsearch met behulp van zoektermen. Voor elke zoekterm heeft dit geleid tot twintig links en deze werden onderzocht met het doel commerciële draagmoederschapsklinieken te vinden. Deze klinieken zijn vervolgens per land

gerangschikt. In het Internetonderzoek zijn vier landen met grote regelmaat naar voren gekomen, namelijk Griekenland, India, Oekraïne en de Verenigde Staten. Ten tweede is gebruik gemaakt van informatie verkregen via internetfora. Deze fora zijn bekeken om te bezien of er andere landen of klinieken zijn die herhaaldelijk naar voren komen.

In **Deel III.2** wordt op de vier terugkerende rechtsstelsels nader ingegaan, namelijk Griekenland, India, Oekraïne en de Verenigde Staten (specifiek Californië). Uit deze landenrapporten blijkt dat buitenlandse wensouders in aanmerking kunnen komen voor verschillende draagmoederschapsconstructies in het buitenland, variërend van het gebruik van eigen genetisch materiaal van beide wensouders tot het gebruik van genetisch materiaal van twee donoren.

Indien Nederlandse wensouders naar één van deze landen vertrekken om gebruik te maken van de daar geboden mogelijkheden om via een draagmoeder een kind te krijgen, wordt de Nederlandse rechtsorde bij terugkomst van de wensouders met de in het buitenland ontstane situatie geconfronteerd. De in Nederland wonende wensouders zullen namelijk na het inschakelen van een buitenlandse draagmoeder bescheiden meekrijgen die zij aan een Nederlandse overheidsinstantie voorleggen.

Deel IV besteedt aandacht aan de terugkeer naar Nederland. Er is een aantal omstandigheden denkbaar waarin de vraag naar de afstammingsrelatie tussen het kind en de wensouders aan de orde komt: er wordt voor het kind een verzoek ingediend tot verkrijging van het Nederlanderschap, of een verzoek tot inschrijving van een buitenlandse geboorteakte in de GBA of tot vaststelling van kinderalimentatie of er is sprake van erfrechtelijke kwesties. De vraag hoe het Nederlandse recht op de in het buitenland tot stand gekomen situatie ‘reageert’ kan zich in Nederland voordoen maar ook in het buitenland bij een Nederlandse consulaire instelling (bijvoorbeeld bij een paspoortaanvraag). Bovendien worden de verschillende verzoeken gedaan op basis van uiteenlopende documenten, bijvoorbeeld een originele geboorteakte, een aangepaste geboorteakte, een gerechtelijke beslissing of een adoptie-uitspraak. Ondanks het feit dat er een variëteit bestaat aan ‘loketten’ waar dit soort vragen zich kunnen voordoen en situaties waarin dergelijke vragen kunnen rijzen, zijn het steeds dezelfde Nederlandse regels die moeten worden toegepast.

Vervolgens rijst de vraag welke juridische relatie de wensouders met het kind beogen te creëren. Te onderscheiden zijn:

1. vaststelling van een *afstammingsrelatie* met het kind (**Deel IV.2**);
2. erkenning van het *ouderschap door adoptie* (**Deel IV.3**);
3. vaststelling van het *pleegouderschap van het kind* (**Deel IV.4**).

In **Deel IV.2** wordt aandacht besteed aan twee verschillende situaties: de wensouders geven aan dat de familierechtelijke betrekkingen tot stand zijn gekomen door (1) een uitspraak gewezen door een buitenlandse rechter of (2) door een rechtsfeit (bijvoorbeeld de geboorte van een kind die vervolgens is vermeld op een geboorteakte) of rechtshandeling in het buitenland (bijvoorbeeld een erkenning door een wensvader). Op de eerste situatie is artikel 9 Wca van toepassing, de tweede situatie wordt bestreken door artikel 10 Wca. Ten aanzien van de erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen lijken er tot op heden weinig problemen te zijn wat betreft draagmoederschapsconstructies of illegale opnemingen. Ten aanzien van de tweede categorie blijkt uit de jurisprudentie dat in sommige gevallen buitenlandse geboorteaktes die zijn opgemaakt na draagmoederschap de openbare orde toets neergelegd in artikel 10 lid 1 jo. 9 lid 1 onder c Wca niet doorstaan. Hoewel het tot op heden duidelijk is dat een geboorteakte waarop geen moeder vermeld staat in strijd met de openbare orde wordt geacht, zijn er andere gevallen waar deze duidelijkheid ontbreekt. Deze onzekerheid bestaat ten aanzien van oorspronkelijke geboorteakten waar de genetische moeder en niet de vrouw uit wie het kind is geboren wordt vermeld of waar de niet-genetische wensouders als ouders worden vermeld. Toch komen er regelmatig kinderen met degelijke geboorteakten naar Nederland. Als ze hier eenmaal enige tijd verblijven, is het vanwege het recht op bescherming van het ontstane *family life* en de verplichting van staten om het belang van het kind een grote rol te laten spelen in beslissingen die kinderen aangaan, heel moeilijk om het kind nadien bij de wensouders weg te halen.

In **Deel IV.3** verschuift de aandacht naar de situatie waarin in Nederland wonende wensouders een kind in hun gezin opnemen via de adoptieroute. Dit kan na al dan niet gebruik te hebben gemaakt van een draagmoederschapsconstructie in het buitenland. Bij binnenkomst in Nederland wordt de situatie beoordeeld volgens de vreemdelingrechtelijke voorschriften betreffende gezinshereniging. De te volgen procedure is afhankelijk van het land van herkomst van het kind. Onderdanen uit sommige landen dienen namelijk in het bezit te zijn van een machtiging tot voorlopig verblijf alvorens naar Nederland af te reizen. Vervolgens wordt de reikwijdte van de adoptiewetgeving onderzocht waarbij vooral wordt gekeken naar de definitie van ‘met het oog op

adoptie'. Vervolgens wordt onderscheid gemaakt tussen drie verschillende situaties, namelijk:

1. adopties conform het HAV;
2. adopties die niet onder de reikwijdte van het verdrag vallen en:
   a. waarin de wensouders hun gewone verblijfplaats binnen Nederland hebben, en;
   b. waarin de wensouders hun gewone verblijfplaats buiten Nederland hebben.

Eerst wordt aandacht besteed aan de relevante voorwaarden. De adoptie-uitspraak moet bijvoorbeeld worden uitgesproken door een bevoegde autoriteit en de aspirant-adoptiefouders moeten in het bezit zijn van een beginsel-toestemming. Bij de vraag welke gevolgen aan de niet-naleving van deze voorwaarden zijn verbonden spelen vier verschillende factoren een rol, namelijk het belang van het kind, de aard van de schending van de wettelijke verplichting, de stabiliteit van de verzorgende ouders en de woonplaats van het kind.

In **Deel IV.4** wordt stilgestaan bij de situaties waarin in Nederland wonende wensouders een kind als pleegkind naar Nederland brengen, al dan niet na gebruik te hebben gemaakt van draagmoederschap. De vreemdelingenrechtelijke situatie van het kind is beslissend voor de vraag aan welke voorwaarden de opname van een buitenlands kind moet voldoen. De strenge voorwaarden voor de opneming van een buitenlands pleegkind zorgen ervoor dat deze route zelden door wensouders wordt gekozen. Indien wensouders deze route wel kiezen en zij in aanmerking komen voor de eventuele noodzakelijke vreemdelingrechtelijke bescheiden, dienen zij binnen een week na de opneming schriftelijke melding te maken aan B&W van de gemeente waarin het pleegkind verblijft (art. 5 lid 1 PKW). Als het kind jonger is dan zes maanden zijn zij bovendien ook verplicht om schriftelijke toestemming van de Raad voor de Kinderbescherming te vragen (art. 1:241 lid 3 BW).

Om inzicht te krijgen in alternatieve oplossingen voor de bestudeerde problematiek, is gekeken naar andere Europese landen. In **Deel V** wordt de houding van het recht ten opzichte van commercieel en altruïstisch draagmoederschap in een achttal Europese landen besproken, te weten België, Duitsland, Engeland, Frankrijk, Noorwegen, Polen, Spanje en Zweden. Er is daarbij ook gekeken naar de vraag of er al dan niet specifiek beleid bestaat ten opzichte van draagmoederschap en welke maatregelen er kunnen worden genomen om dat beleid te handhaven.

In **Deel VI** ten slotte zijn de bevindingen uit deze landenrapporten in vergelijkende tabellen weergegeven. Het is opvallend dat ten opzichte van bepaalde vragen bijna alle onderzochte landen dezelfde antwoorden geven (bijvoorbeeld in zeven van de acht onderzochte stelsels in een draagmoederschapscontract nietig), terwijl ten opzichte van andere vragen de antwoorden zeer uiteenlopen (bijvoorbeeld ten aanzien van mogelijke strafrechtelijke bepalingen en sancties met betrekking tot draagmoederschap).

5 CONCLUSIE

Het wetgevingsbeleid is te kenschetsen als consistent in de doelstelling draagmoederschap te ontmoedigen en de overdracht van ouderschap van de draagouders naar de wensouders niet te faciliteren. Sinds de jaren tachtig is er in dit opzicht, ondanks gewijzigde maatschappelijke opvattingen (zoals de acceptatie van hoogtechnologisch draagmoederschap en de toegenomen ongewenste kinderloosheid), geen verandering in het wetgevingsbeleid opgetreden. Een belangrijke conclusie die uit het onderzoek voortvloeit, is dat zowel het Nederlandse materiële recht alsook het Nederlandse internationale privaatrecht geen eenduidige antwoorden geeft op vragen die naar aanleiding van draagmoederschap en illegale opneming 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 draagmoederschaps-traject 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 dat ook in het strafrecht vorm heeft gekregen, terwijl er 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. Daarnaast is het moeilijk vast te stellen op welke schaal draagmoederschap en eventueel daaraan gekoppelde illegale opneming van kinderen in Nederland plaatsvindt. De Raad voor de Kinderbescherming en de Centrale Autoriteit krijgen waarschijnlijk slechts kennis van een deel van de gevallen van draagmoederschap die zich in Nederland afspelen of waarbij Nederlandse ouders in het buitenland betrokken zijn.

Uit dit onderzoek naar draagmoederschap en illegale opneming van kinderen waarin dertien rechtsstelsels zijn geanalyseerd komen de volgende bevindingen naar voren:

- Draagmoederschap is in Nederland niet uitputtend geregeld. Het strafrecht bevat een aantal bepalingen in het kader van draagmoederschap. Het afstammings- en adoptierecht bevatten geen specifieke bepalingen omtrent draagmoederschap.
- Er is in het Nederlandse recht geen helder onderscheid tussen altruïstisch en commercieel draagmoederschap.
- Onduidelijk is:
  - welke rol genetische verwantschap speelt in het afstammingsrecht;
  - de status van een draagmoederschapscontract en de verschillende bepalingen die in een dergelijk contract kunnen worden opgenomen;
  - of de erkenning van een oorspronkelijke geboorteakte uit het buitenland waar de moeder uit wie het kind is geboren niet op staat vermeld als strijdig met de openbare orde moet worden beschouwd;
  - of een oorspronkelijke geboorteakte uit het buitenland waarop twee niet genetische ouders staan vermeld, in Nederland moet worden erkend;
  - of het toepassingsbereik van de Wobka moet worden uitgebreid om te zorgen dat ook gevallen waarin een kind niet met het oog op adoptie in een gezin wordt opgenomen, maar bijvoorbeeld via *kafala* of pleegouderschap, onder deze wet vallen;
  - of de Wobka altijd toegepast moet worden op kinderen geboren uit een draagmoederschap in het buitenland;
  - wat de consequenties zijn van strijdigheid met de relevante regelgeving in internationale gevallen.

RESEARCH SUMMARY

1 INTRODUCTION

In recent years increasing attention has been paid to commercial surrogacy and the unlawful placement of children in The Netherlands. This is true both in terms of the parties who wish to form a family by means of surrogacy, as well as the authorities that are confronted with the regulation of such situations. The possibilities offered through the internet have played an important role in the increased awareness of the opportunities, as well as the problems. On the one hand, information is readily accessible with respect to the possibilities for adoption and surrogacy in other countries. On the other hand, it has also become much easier for interested parties to match supply and demand. Boundaries would appear nonexistent. Moreover, continuing developments in medical reproductive techniques ensure increasing possibilities to conceive a partially genetically related child, for example with the assistance of high-technological surrogacy arrangements.

Both the Central Authority for Intercountry Adoption and the Dutch Children Protection Board have been made aware of a number of cases concerning commercial surrogacy and the unlawful placement of foreign children in The Netherlands. Many of these cases have also received broad media attention. A number of Belgian cases have attracted particular attention in The Netherlands. The Dutch government operates a very restrictive policy with respect to commercial surrogacy. Incidents in recent years have led to numerous parliamentary questions being raised in the Second Chamber of the Dutch Parliament. The Minister of Justice has responded to the Dutch Parliament by commissioning research to be conducted into the nature and scope of the problems related to commercial surrogacy and the unlawful placement of children. The aim hereby is to ensure that more clarity can be gleaned as to what actually occurs in the countries where the possibilities are greater than in The Netherlands, as well as providing information with regards to the Dutch response upon the return of the commissioning parents to The Netherlands.

From April 2010 until January 2011, researchers of the Utrecht Centre for European Research into Family Law (UCERF) at the Molengraaff Institute for Private Law of Utrecht University conducted the research commissioned by the Minister of Justice.

The following research questions were posed:

- What is the nature (and scope) of commercial surrogacy, the unlawful placement of foreign children and the combination of the two?
- To which countries do Dutch commissioning parents travel and how are these issues legally regulated abroad?
- To what extent are the Dutch rules followed and in which situations may problems arise in The Netherlands as a result of more liberal laws abroad?
- Are there other European countries with similar problems and how are these problems solved there?

In answering the first research question, a study has been made of the phenomenon (*fenomeenstudie*). On the basis of this orientation study, four jurisdictions emerged as relevant in providing an answer to the second research question, namely California (USA), India, Greece and Ukraine. The third question was answered using a literature and case law analysis, alongside which interviews were conducted in order to gain more insight into the operational response to the problems encountered. The fourth question has been answered using a questionnaire sent to a number of experts from eight different European jurisdictions. The responses provide relevant information on the legislative and judicial response to the problem of commercial surrogacy and the unlawful placement of children in other jurisdictions.

In legal literature a distinction is drawn between different types of surrogacy. High-technological surrogacy makes use of IVF and in which a reproductive expert must always be involved. This form of surrogacy offers commissioning parents the possibility to conceive a child that is genetically related to both commissioning parents. This is not, however, a requirement. Alongside high-technological surrogacy, low-technological surrogacy is also possible. In this case the surrogate is always genetically related to the child. The commissioning father may or may not be genetically related, depending upon whether the couple has used his sperm or that of a donor. In low-technological surrogacy the egg will be fertilized by means of artificial insemination. Furthermore, parties may also be involved in a surrogacy arrangement, despite the fact that the child was conceived by natural means or self-insemination. In this final scenario the child could be genetically related to the surrogate and her husband. Another important distinction concerns the difference between altruistic and commercial surrogacy. In general, it would appear difficult to draw a distinct line between these two forms of surrogacy arrangements. In both cases, financial payments will be made. However, the financial payments in commercial surrogacy arrangements are often (if not always) concerned with

profit, whereas in altruistic surrogacies the main object is to help another couple have a child.

2 STRUCTURE OF THE RESEARCH REPORT

The chronological path travelled by commissioning parents involved in a surrogacy arrangement has been decisive in determining the structure of this report. Firstly, the legal position of the commissioning parents in The Netherlands is discussed. Thereafter, attention is paid to the legal situation in the countries where commissioning parents travel to in order to undergo surrogacy techniques. The report analyses the position of all parties involved: the commissioning parents, the surrogates and the children. Finally, this research follows the children upon their return to The Netherlands. The central question is whether the legal position obtained abroad is recognised in The Netherlands.

Surrogacy arrangements and the unlawful placement of children are also evident in other European jurisdictions. The approaches and solutions from elsewhere could be used in answering the question whether the law in The Netherlands should or must be amended.

Mindful of the path followed by commissioning parents involved in a surrogacy arrangement abroad, the research report has been divided into the following sections:

Section I:	Introduction
Section II:	View of The Netherlands: What is possible here?
Section III:	Going abroad: Which possibilities are available abroad?
Section IV:	Coming back: How does the child come to The Netherlands and what is its legal status here?
Section V:	Which possibilities are available in other European jurisdictions?
Section VI:	Comparable tables
Section VII:	Research summary

3 SCOPE OF THE PROBLEM

How often commercial or altruistic surrogacy arrangements and the unlawful placement of children in The Netherlands occurs is difficult to determine. Equally difficult to assess is the scope of the problems arising as a result of such activities. From case-law analysis and interviews with various experts engaged in front-line work in the field of surrogacy and the unlawful placement of children, for example the Municipal Population Register (GBA), the Civil

Registrar, the Immigration and Naturalisation Service, the Central Authority for Adoption, the Dutch Embassies abroad and the Child Protection Board. From a number of interviews it is clear that after a case arises by one of the above-mentioned organizations, this is subsequently reported to the National Office of the Child Protection Board. From other interviews, it would appear that the Central Authority for Adoption is informed (who in turn forwards these cases to the Child Protection Board). As a result of the absence of a clear reporting structure, it is difficult to ascertain the exact numbers concerned.

Reports of unlawful placements are made to the National Office of the Child Protection Board through the ASAA locations (*Afstand, Screening, Adoptie en Afstamming* (The office responsible for issues arising from giving up children, screening, adoption and parentage)). The local ASAA office is subsequently responsible for investigating whether there is indeed a case of unlawful placement or unlawful surrogacy. From information received from the member of the Child Protection Board in the Advisory Commission for the Research Team, it would appear that on average approximately 10 cases are reported annually to the Child Protection Board. Moreover, the Central Authority has also indicated that since 1st April 2009, it has been made aware of 11 cases involving the unlawful placement of children.

Alongside these figures, it is clear from a thorough case-law analysis that cases of surrogacy do reach the courts on a somewhat regular basis. This includes cases that are solely connected with The Netherlands, as well as cases linked to foreign jurisdictions, such as California or Ukraine. With respect to the pure Dutch surrogacy cases, it is known the Medical Centre of the Free University of Amsterdam receives on average 20 requests annually from those wishing to conceive a child using a surrogate. Only approximately 10 cases annually actually lead to a course of treatment. On 31 May 2010 three children were born after IVF surrogacy in this Medical Centre and two more children were expected. The first surrogacy expert centre which existed between 1997-2004, screened 202 of the 500 couples who expressed an interest in IVF surrogacy. Only 35 couples were given IVF surrogacy treatment, which resulted in the birth of 16 children. It would appear difficult to obtain a clear impression of the exact numbers involved in surrogacy (whether or not commercial) and the unlawful placement of children. The impression remains that some of these cases simply never reach the surface.

4 CONCLUSIONS PER SECTION

The underlying reasoning underpinning the current state of Dutch law in this field is that commercial surrogacy and the unlawful placement of children is undesirable. Various measures have been created to combat both situations, both

in the field of the criminal law (Articles 151(b) and 151(c), 225, 236, 278, 279 and 442a Dutch Criminal Code) and immigration law. The best interests of the child plays an important role in this respect, both at micro-level (the individual child concerned), as well as at a macro-level (prevention of the undesirable commercialization of baby and child-trafficking for family formation purposes). The interests of the surrogate and the commissioning parents are also relevant in these policy decisions. This reasoning surfaces in a number of different places through this report. Hereunder follows a summary of the research results per section.

Section II of the research report investigates the situation according to Dutch law and comprises two sub-sections: a section on criminal law and a section of civil law.

The criminal law policy discussed in **Section II.1** is focused on the discouragement of surrogacy. This is partly achieved through the criminalisation of the mediation by means of a professional practice or company and the publication of supply and demand requests concerned surrogacy arrangements. Furthermore, the placement of a child in another family without prior satisfaction of the requisite reporting requirements is furthermore criminal in certain circumstances according provisions in the Dutch Criminal Code (*Wetboek van Strafrecht*) and the Foster Care Children Act (*Pleegkinderenwet*). Alongside these penalties, other criminal sanctions are also discussed that, although not specifically applicable to surrogacy or unlawful placement, can be invoked in such situations. An analysis of the legal databases in the field does, however, indicate that there are very few actual prosecutions. However, it is extremely difficult to obtain a clear impression of why few of the cases reported ultimately lead to charges being brought or penalties levied. Nevertheless, no real conclusion can be attached to this factual situation, as the causes for the low number of prosecutions are diverse and have not been able to be identified.

Section II.2 focuses on the legal position of the surrogate and the commissioning parents with respect to the child. Dutch law does not specifically regulate the consequences of surrogacy in the field of parentage. Accordingly, the regular rules in the field of parentage, parental responsibility and child protection apply in these cases. The legal position of a child born as a result of surrogacy is uncertain and dependent upon a significant number of factors that in and of themselves have little relevance to the surrogacy arrangement. The surrogate is always regarded as the legal mother of the child, regardless of whether she has also provided the genetic material for the birth. If the surrogate is married, then her husband is also automatically the child's legal father. The transfer of parental rights to the commissioning parents is difficult and the result dependent upon a variety of different circumstances. Adoption by at least one of

the commissioning parents will also be necessary prior to the final transfer of parental rights to both commissioning parents. From research into supervised high-technological surrogacy, it would appear that in cases in which surrogate and commissioning parents are *a priori* screened and the genetic material of the commissioning parents is used, problems are seldom encountered. The law with respect to the legal transfer of parental rights from the surrogate family to the commissioning family is also not catered specifically, meaning that the normal rules of parentage law will apply in these cases too. Commissioning parents who do not wish to use the supervised high-technological surrogacy route within the Dutch legal context run exceedingly high risks.

Tension can exist between the wishes and interests of the commissioning parents on the one hand and the surrogate parents on the other, which can often lead to conflict. Giving a child up after birth can have unexpected emotional consequences beyond the information and guidance provided. The successful completion of the surrogacy path requires co-operation up until the point when parental rights have been transferred to the commissioning parents. In conflict situations, there is a risk that the child will ultimately not be placed in the family of the commissioning parents, dependent upon the moment at which the conflict arises. Furthermore, one cannot predict the outcome of a given case. At various moments, judicial intervention is required, and it is not always clear which conclusion a judge will reach in a given case. Even in cases where there is no disagreement between the parties, it cannot be *a priori* predicted whether the commissioning parents will be vested with parental authority.

Section III of the research comprises two sub-sections: a study of the phenomenon (*fenomeenstudie*) (**Section III.1**) and an in-depth study into four jurisdictions where Dutch couples may travel for surrogacy arrangements (**Section III.2**). The first section makes it clear to which countries Dutch couples could travel in order to conceive a child via a surrogacy arrangement. This knowledge is obtained via two research methods. Firstly, an internet search using search terms. Each search term led to twenty links which were subsequently researched to discover commercial surrogacy clinics. These clinics were subsequently organized per jurisdiction. Four countries returned regular results in this internet research, namely Greece, India, Ukraine and the United States of America. Secondly, use was made of information obtained via internet forums. These forums were analysed to determine whether other countries or clinics were repeatedly mentioned.

Section III.2 delves further into the legal systems of the four aforementioned jurisdictions, namely Greece, India, Ukraine and the United States of America

(more specifically California). It would appear from these country reports that foreign commissioning parents are entitled to partake in the surrogacy facilities offered, varying from the use of the genetic material of both commissioning parents to the use of the genetic material of two donors.

If the Dutch commissioning parents leave for one of these jurisdictions to make use of the surrogacy possibilities, the Dutch legal system will be confronted with the situation upon their return. The returning Dutch commissioning couple will naturally be provided with various legal and non-legal documents which they will have to present to various Dutch governmental institutions.

Section IV focuses on the return to The Netherlands. A number of different circumstances are conceivable in which the parentage between a child and the commissioning parents maybe be at issue: a request may be made to acquire Dutch nationality, a request for registration of a foreign birth certificate in the local municipal population register, a determination of child maintenance or a question related to inheritance law. The question how Dutch law 'reacts' to the situation created abroad can arise either in The Netherlands or abroad at a Dutch consular office (for example with the passport application). Furthermore, the various requests and applications can be made using a variety of different documents, including an original birth certificate, an amended birth certificate, a judicial decision or an adoption decision. Despite the fact that these questions can arrive on a diverse variety of 'desks' or 'offices', all civil servants will always the same rules of Dutch law.

The legal relationship the commissioning parents profess to have created with the child is of crucial importance. The following options can be identified:

1. determination of parentage by operation of law (Section IV.2);
2. recognition of parentage by means of adoption (Section IV.3);
3. determination of a foster care arrangement for the child (Section IV.4).

In **Section IV.2** attention is paid to two different situations: the commissioning parents indicate that parentage has been created (1) by means of a decision of a foreign judge or (2) by means of a legal fact (for example, the birth of a child subsequently recorded in a birth certificate) or legal act (for example a recognition by a commissioning father). In the first situation, Article 9, Private International Law (Parentage) Act (*Wet conflictenrecht afstamming*, Wca) is applicable, in the second situation Article 10. With respect to foreign judicial decisions, few problems have arisen thus far concerning surrogacy arrangements or unlawful placements. With respect to the second category, case law would

appear to indicate that some birth certificates are refused recognition on the basis of non-conformity with Dutch public policy, as laid down in Article 10(1) Wca, in combination with article 9(1)(c). Although up until now it is clear that a birth certificate upon which no mother is recorded will be regarded as contrary to Dutch public policy, other cases are far from clear. This uncertainty exists with respect to original birth certificates in which the genetic mother is recorded instead of the birthmother, or where the non-genetic commissioning parents are recorded on the birth certificate. Nevertheless, children do arrive in The Netherlands with such birth certificates. Once these children have remained in The Netherlands for some time, it is very difficult for the State to remove the child from the commissioning parents, due to the weight given to the best interests of the child and the protection of the family life created between the child and the commissioning parents.

In **Section IV.3** attention shifts to the situation in which Dutch commissioning parents bring a child into their family by means of adoption. This is possible with or without the use of a surrogate arrangement abroad. Upon arrival in The Netherlands, the situation will be judged according to the immigration rules concerning family reunification. The procedure that needs to be followed is dependent upon the origins of the child. Citizens from certain countries are required to be in possession of permission to provisionally reside in The Netherlands (*machtiging tot voorlopig verblijf*, MVV) prior to travel to The Netherlands. Subsequently, the scope of the adoption laws is researched with specific attention being paid to the definition of the phrase "with a view to adoption". Thereafter, a distinction is drawn between three different categories of cases:

1. adoptions according to the rules of the Hague Adoption Convention 1993;
2. adoptions that do not fall within the scope of the Hague Convention and:
    a. in which the commissioning parents have their habitual residence in The Netherlands; and
    b. in which the commissioning parents have their habitual residence outside the Netherlands.

The relevant conditions are analysed first, for example the adoption decision must have been established by a competent authority and the aspirant-adoptive parents must be in possession of a permission to adopt in principle (so-called *beginseltoestemming*). Four different factors would appear to play a role when determining the effects attributed to a breach of these conditions, namely the best interests of the child, the nature of the breach of the statutory provisions, the stability of the aspirant-adoptive parents and the place of residence of the child.

In **Section IV.4** the situations in which commissioning parents living in The Netherlands bring a child to The Netherlands with a view to fostering the child, regardless of whether they have previously made use of a surrogacy arrangement. The law on immigration determines which conditions need to be satisfied in order for the child to legally enter and remain in The Netherlands. The strict conditions for the placement of a foreign child ensure that this route is seldom chosen by commissioning parents. If commissioning parents do opt for this route and they satisfy the necessary immigration requirements, they must ensure that they make inform the Mayor and Aldermen in writing within one week of their arrival that a foster child is residing with them (art. 5(1) Foster Care Children Act, *Pleegkinderenwet*). If the child is younger than 6 months then the foster parents are also obliged to apply for permission for the placement from the Child Protection Board (Article 1:241(3) Dutch Civil Code).

To gain insight into the alternative solutions for the problems analysed in this research project the law of other European jurisdictions has also been examined. In **Section V,** the solutions proffered in eight other European jurisdictions with respect to commercial and altruistic surrogacy have been analysed. The jurisdictions comprise Belgium, England, Germany, France, Norway, Poland, Spain and Sweden. In these country reports answers are provided as to whether specific rules exist regulating surrogacy and which measures have been adopted to ensure the enforcement of those rules.

Section VI concludes the substantive section of this research report with comparable tables based on the information provided in the eight European country reports. In this respect it is interesting to note that with respect to certain questions nearly all those countries researched respond in an identical manner (for example in seven of the eight jurisdictions a surrogacy contract is regarded as null and void), whereas answers to other questions are characterized by their diversity (for example the possible criminal provisions and sanctions with respect to surrogacy).

5 CONCLUSION

The legislative policy in this field is consistent with regards the discouragement of surrogacy and non-facilitation of the transfer of parental-rights to the commissioning parents. There has been no alteration in this policy since the 1980s, despite changed social attitudes (for example towards the acceptance of high-technological surrogacy and the increasing rate of unwanted childlessness). An important conclusion is that both Dutch substantive law, as well as Dutch private international law provide no clear answers with respect to many questions surrounding surrogacy and the unlawful placement of children.

Accordingly, the position of a child born by means of a surrogacy is legally unclear, and uncertainty exists with respect to he legal position of the commissioning parents and the surrogate parents. The agreements made between the parties concerning the surrogacy and the transfer of the child cannot be legally enforced and it is not predictable how a judge will decide in any given case, if the surrogate refuses to give up the child.

Numerous questions also remain unanswered with respect to the recognition of parentage created abroad by means of surrogacy. The legal uncertainty apparent in Dutch law at this time is caused on the one hand by the policy of discouragement towards surrogacy that has also been reflected in criminal sanctions, whilst, on the other, a small group of people are able to make use of surrogacy arrangements, without this being taken into account in the law of parentage or adoption. Furthermore, it is also difficult to determine the scope of occurrence of surrogacy and any connected unlawful placements of children in The Netherlands. The Child Protection Board and the Central Authority for Adoption probably only receive a section of the surrogacy cases that occur in The Netherlands or abroad.

On the basis of this research into surrogacy and the unlawful placement of children, in which thirteen jurisdictions have been analysed, the following conclusions can be reached:

- Surrogacy in The Netherlands has not been extensively regulated. The criminal law contains a number of provisions specifically related to surrogacy. Parentage and adoption law do not contain any specific provisions concerning surrogacy.
- No clear distinction has been drawn in Dutch law between altruistic and commercial surrogacy.
- The following aspects remain unclear:
  - The role genetics plays with respect to the Dutch parentage laws;
  - The status of a surrogacy contract and the various provisions that can be included in such a contract;
  - Whether the recognition of an original foreign birth certificate upon which the birthmother is not recorded is to be regarded as contrary to public policy;
  - Whether an original foreign birth certificate upon which two parents are recorded, both of whom are not genetically related to the child, should be regarded as contrary to public policy;
  - Whether the scope of the Wobka (*Placement of Children with a view to Adoption Act*) should be extended to include cases in which a child has been taken into a family without a view to adoption, but for example with a view to *kafala* or foster care;

- Whether the Wobka should always be applied in surrogacy cases;
- What the consequences are of breach of the relevant legislation in international cases.

LEDEN VAN DE BEGELEIDINGSCOMMISSIE

- Mr. M. Pel (voorzitter), raadsheer-plaatsvervanger Gerechtshof Arnhem, mediator en trainer, tot 2010 directeur van het Landelijk Bureau Mediation naast rechtspraak, vice-president Gerechtshof Arnhem
- Prof. mr. Th. de Boer, emeritus hoogleraar Internationaal Privaatrecht, Universiteit van Amsterdam
- S. van de Geer, Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Rechtshandhaving en Criminaliteitsbestrijding, opgevolgd door
- Mr. drs. J. Kok, Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Wetgeving
- Mr. E.C. van Ginkel, Ministerie van Veiligheid en Justitie, WODC
- Dr. J. Lenters, Ministerie van Veiligheid en Justitie, directie Justitieel Jeugdbeleid
- Mr. J.N. Polders, Raad voor de Kinderbescherming

BEGRIPPENLIJST

Aspirant-adoptiefouder: iemand die de wens heeft om een kind in hun gezin op te nemen na het voltooien van een (internationale) adoptieprocedure.

Biologische moeder: de vrouw die het kind baart (niet van belang is of zij ook de eicel heeft geleverd).

Donor: iemand die zijn genetisch materiaal (eicellen of sperma) afstaat ten behoeve van een ander.

Draagmoeder: een vrouw die zwanger wordt van een kind met het doel het kind na de geboorte aan een ander (de wensouders) af te staan

Erkenning (*afstammingsrecht*): erkenning is een handeling waarmee een man het kind erkent dat alleen een moeder heeft. Het is niet vereist dat de erkenner ook de biologische vader is van het kind.

Erkenning (*internationaal privaatrecht*): erkenning in het internationaal privaatrecht is de procedure waarbij een in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeit, rechtshandeling of rechterlijke beslissing juridische werking in Nederland verkrijgt. Erkenning kan van rechtswege plaatsvinden of via rechterlijke tussenkomst.

Genetische moeder: de vrouw die de eicel levert waaruit het kind ontstaat.

Hoogtechnologisch draagmoederschap: draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet de eicel levert waaruit het kind ontstaat. Omdat de eicel van een andere vrouw wordt gebruikt (van de wensmoeder of van een eiceldonor) is een IVF-procedure noodzakelijk om de eicel uit het lichaam van de betreffende vrouw te verwijderen en vervolgens na bevruchting over te brengen naar de vrouw die het kind zal baren.

In-vitrofertilisatie (IVF): procedure waarbij eicellen van een vrouw buiten haar lichaam worden gebracht en daar worden bevrucht. Na bevruchting worden de eicellen in de baarmoeder van een vrouw teruggeplaatst.

Laagtechnologisch draagmoederschap: draagmoederschap waarbij de draagmoeder de eicel levert waaruit het kind ontstaat. De bevruchting kan met behulp

van kunstmatige inseminatie (of op natuurlijk wijze) plaatsvinden. Dat betekent dat er maar weinig of geen medische handelingen aan te pas komen.

Pleegkind: een pleegkind is een minderjarige die bij anderen dan zijn of haar ouders, voogd of bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad wordt verzorgd en opgevoed.

Verwekker: een verwekker is volgens het Nederlandse recht een man die op natuurlijke wijze een kind bij een vrouw verwekt.

Wensouders: ouders die via adoptie of draagmoederschap een kind als eigen kind in hun gezin op willen nemen.

GEBRUIKTE AFKORTINGEN

ART	*Artificial Reproductive Technology*
ASAA	Protocol Afstand, Screening, Adoptie enAfstammingsvragen, Raad voor de Kinderbescherming
BJZ	Bureau Jeugdzorg
BW	Burgerlijk Wetboek
B&W	Burgemeester en Wethouders
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
GBA	Gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens
HAV	Haags Adoptieverdrag 1993
IND	Immigratie- en Naturalisatiedienst
IVF	In-vitrofertilisatie
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
KI	Kunstmatige inseminatie
MVV	Machtiging tot voorlopig verblijf
OM	Openbaar Ministerie
PKW	Pleegkinderenwet
SAV	Stichting Adoptievoorzieningen
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	*Staatsblad*
Sw	Belgisch Strafwetboek
Wca	Wet conflictenrecht afstamming
Wcad	Wet conflictenrecht adoptie
WDKB	Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting
Wobka	Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie

LITERATUUR

Agallopoulou & Koutsouradis 2004
P.Ch. Agallopoulou & A.G. Koutsouradis (red.), *Artificial Insemination and the Law 3089/2002,* Athens: Sakkoulas 2004.

Anand Kumar 2007
T.C. Anand Kumar, 'Ethical aspects of assisted reproduction – an Indian viewpoint', *Reproductive BioMedicine Online* (14) 2007, p. 140-142.

Annas 2008
G.J. Annas, 'The Changing Face of Family Law: Global Consequences of Embedding Physicians and Biotechnology in the Parent-Child Relationship', *Family Law Quarterly* (42) 2008, p. 511-528.

Asser/De Boer 1* 2010
J. de Boer, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 1* Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Backer 2008
I.L. Backer, *Barneloven*, Oslo: Universitetsforlaget 2008.

Beck 2010
H.G. Bamberger & H. Roth, *Beck'scher Online-Kommentar zum BGB*, München: Beck 2010.

Beijer 2010
A. Beijer, 'Rantsev v. Cyprus en Rusland. Een korte schets van de situatie in Nederland wat betreft mensenhandel', *Ars Aequi* 2010, p. 684-691.

Berdejo 1989
L. Berdejo, *Elementos de Derecho Civil, Vol IV-2*, Barcelona: Bosch 1989.

Van den Berg & Buijssen 2004
M. van den Berg & C. Buijssen, 'Hoogtechnologisch draagmoederschap,
De techniek staat voor niets, nu het recht nog!', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 724-728.

Blauwhoff 2009a
R.J. Blauwhoff, 'Het recht op afstammingsvoorlichting', in: W.M. Schrama (red.), *Familierecht geschetst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri 2009, p. 153-157.

Blauwhoff 2009b
R.J. Blauwhoff, *Foundational Facts, Relative Truths*, Antwerp: Intersentia 2009.

Boele-Woelki 2010
K. Boele-Woelki, 'Katern 116. Internationaal privaatrecht', *Ars Aequi Katern* 2010, p. 6504-6505.

Boele-Woelki & Oderkerk 1999
K. Boele-Woelki & A.E. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen: Intersentia 1999.

Boele-Woelki, Curry-Sumner & Schrama 2010
K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner & W. Schrama, *De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

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

Broekhuijsen-Molenaar 1999
A. Broekhuijsen-Molenaar, 'Geoorloofdheid van draagmoederschap naar Nederlands (wenselijk) recht', in: K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen: Intersentia 1999, p. 33-44.

Brunet 2008
L. Brunet, 'De l'art d'accomoder la gestation pour autrui en droit français: commentaire de CA Paris, 1re chambre, section C, 25 octobre 2007', *Revue générale de droit médicale* 2008, p. 155-186.

Budzikiewicz 2007
Ch. Budzikiewicz, *Materielle Statuseinheit und kollisionsrechtliche Statusverbesserung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

Carbonnier 2002
J. Carbonnier, *Droit civil. Tome 2, La famille, l'enfant et le couple*, Paris: Thémis PUF 2002.

Chaltiel 2010
F. Chaltiel, 'La gestation pour autrui: Réflexions avant la révision des lois bioéthiques', *Petites affiches*, 2010-174, p. 3-10.

Chliaoutakis 2002
J.E. Chliaoutakis, 'A relationship between traditionally motivated patterns and gamete donation and surrogacy in urban areas of Greece', *Human Reproduction* (17) 2002, p. 2187-2191.

Chliaoutakis, Koukouli & Papadakaki 2002
J.E. Chliaoutakis, S. Koukouli & M. Papadakaki. 'Using attitudinal indicators to explain the public's intention to have recourse to gamete donation and surrogacy', *Human Reproduction* (17) 2002, p. 2995-3002.

Coester 2004
M. Coester, 'Ersatzmutterschaft in Europa', in: H. Mansel e.a. (red.), *Festschrift für Erik Jayme*, München: Sellier. European Law Publishers 2004, p. 1243-1258.

Coester-Waltjen 1992
D. Coester-Waltjen, 'Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht', *FamRZ* 1992, p. 369-373.

Doek (*GS Personen- en familierecht*)
J.E. Doek, in: S.F.M. Wortmann (red.), *Groene Serie Personen- en familierecht,* Deventer: Kluwer (losbl.).

Morilla Cuevas, Benítez Ortuzar & Peris Riera 2005
L. Morilla Cuevas, I. Benítez Ortuzar & J. Peris Riera (red.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Mantovani*, Madrid: Dykinson 2005.

Curry-Sumner & Vonk 2008
I. Curry-Sumner & M. Vonk, 'Ontwikkelingen op het gebied van internationale adopties', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2008, p. 264-272.

Curry-Sumner & Vonk 2009
I. Curry-Sumner & M.J. Vonk, 'Nieuwe maatregelen ten aanzien van adopties uit de Verenigde Staten', *NIPR* 2009, p. 270-277.

Damska 2009
M. Damska, 'Polskie prawo w powijakach – problematyka regulacji prawnych dotyczacych zplodiennia in vitro', *Prawo i Medyczyna*, 7 januari 2009, raapleegbaar via http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=193&PHPSESSID=28110c71704ca4550a.

Derczyński 2005
W. Derczyński, 'Społeczna akceptacja dla dziecka "z probówki"', *Prawo i Medycyna* (7) 2005-18.

Dermout 2001
S.M. Dermout, *De eerste logeerpartij: Hoogtechnologisch draagmoederschap in Nederland* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2001.

Dermout e.a. 2010
S.M. Dermout e.a., 'Non-commercial surrogacy: an account of patient management in the first Dutch Centre for IVF Surrogacy, from 1997 to 2004', *Human Reproduction* (25) 2010, p. 443-449.

Dethloff 2009
N. Dethloff, *Familienrecht*, München: Beck 2009.

Deutsch 1991
E. Deutsch, 'Embryonenschutz in Deutschland', *Neue Juristische Wochenschrift* 1991, p. 721-725.

Deutsch & Spickhoff 2008
E. Deutsch & A. Spickhoff, *Medizinrecht*, Heidelberg: Springer 2008.

Diederichsen 1998
U. Diederichsen, 'Die Reform des Kindschafts- und Beistandschaftsrechts', *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, p. 1977-1991.

Van Dijk 1997
I. van Dijk, 'Huur en verhuur van baarmoederruimte is verlies van zelfbeschikkingsrecht', *Nemesis* 1997, p. 153.

Dorhout 2007
P. Dorhout, noot onder Rb. Utrecht 24 oktober 2007, *LJN* BB6360, *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* 2008, 11.

Van Dorst (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*)
A.J.A. van Dorst, in: J.W. Fokkens & A.J.M. Machielse (red.), *Noyon, Langemeyer, Remmelink. Wetboek van strafrecht*, Deventer: Kluwer z.j.

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

Ekman 2010
K. Ekman, *Varat och varan: prostitution, surrogatmödraskap och den delade människan*, Stockholm: Leopold Forläg 2010.

Erbs & Kohlhaas 2009
G. Erbs & M. Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, München: Beck 2009.

Erman 2008
W. Erman/H.P. Westermann, *BGB*, Köln: Otto Schmidt 2008.

Eser & Koch 2003
A. Eser & H.G. Koch, 'Rechtsprobleme biomedizinischer Fortschritte in vergleichender Perspektive – Zur Reformdiskussion um das deutsche Embryonenschutzgesetz', in: H.L. Günther (red.), *Gedächtnisschrift für Rolf Keller*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003, p. 15-36.

Fokkens (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*)
J.W. Fokkens, in: J.W. Fokkens & A.J.M. Machielse (red.), *Noyon, Langemeyer, Remmelink. Wetboek van strafrecht*, Deventer: Kluwer z.j.

Frohn (*T&C Personen- en familierecht*)
E.N. Frohn, in: M.J.C. Coens & A.P.M.J. Vonken (red.), *Tekst & Commentaar Personen- en familierecht,* Deventer: Kluwer 2010.

Gallus 2010
N. Gallus, 'Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers', *Journal des Tribunaux* 2010, p. 422-424.

Gamble & Ghevaert 2009
N. Gamble & L. Ghevaert, 'The Chosen Middle Ground: England, Surrogacy Law and the International Arena', *International Family Law* 2009, p. 223-232.

Gaumont-Prat 2008
H. Gaumont-Prat, 'La revision des lois de bioéthique face à l'évolution des modes de procréation: la maternité pour autrui', *Revue Lamy Droit Civil* 2008-45, p. 39 e.v.

Gernhuber & Coester-Waltjen 2010
J. Gernhuber & D. Coester-Waltjen, *Familienrecht*, München: Beck 2010.

Günther, Taupitz & Kaiser 2008
H.L. Günther, J. Taupitz & P. Kaiser, *Embryonenschutzgesetz*, Stuttgart: Kohlhammer 2008.

Gwoździcka-Piotrowska 2009
M. Gwoździcka-Piotrowska, 'Zarys zmian w prawie rodzinnym i opiekunczym, 10 oktober 2009, raadpleegbaar via http://www.eradcaprawny.org/eshop,1,56, 56,szczegoly,402,2,1. html#_ftn8.

Hatzis 2003
A.N. Hatzis, '"Just the Oven": A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts', in: K. Boele-Woelki (red.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe,* Antwerp: Intersentia 2003, p. 412-433.

Hatzis 2009
A.N. Hatzis, 'From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece', *Portuguese Economic Journal* (8) 2009, p. 205-220.

Hatzis 2010
A.N. Hatzis, *Surrogate Motherhood Contracts in Greek Legal Courts: An Empirical Study*, *Working Paper* 2010.

De Heer (*T&C Personen- en familierecht*)
J.F. de Heer, in: M.J.C. Coens & A.P.M.J. Vonken (red.), *Tekst & Commentaar Personen- en familierecht,* Deventer: Kluwer 2010.

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

Herbots 2008
P. Herbots, 'Medisch begeleide voortplanting. Enkele topics', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2008, p. 336-341.

Hofman 2009
D.L. Hofman, '"Mama's Baby, Daddy's Maybe:" A State-by-State Survey of Surrogacy Laws and Their Disparate Gender Impact', *William Mitchell Law Review* (35) 2009, p. 449-468.

Hohloch 2002
G. Hohloch, *Familienrecht*, Stuttgart: Boorberg 2002.

Holocher & Soniewicka 2009
J. Holocher & M. Soniewicka, 'Analiza prawna umowy o zastepcze maciernstwo', *Prawo i Medycyna* (11) 2009-3.

Holtrust 1986
N. Holtrust, 'Draagmoeders en wensvaders', *Nederlands Juristenblad* 1986, p. 774-777.

Jacobs 2009
H. Jacobs, 'Draagmoederschap', *Tijdschrift voor Familierecht* 2009, p. 41-42.

James e.a. 2010
S. James e.a., 'Avoiding legal pitfalls in surrogacy arrangements', *Reproductive BioMedicine Online* (21) 2010, p. 862-867.

Jimenéz Díaz 2005
J. Jimenéz Díaz, 'Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del código penal España', in: Morilla Cuevas, Benítez Ortuzar & Peris Riera 2005, beschikbaar via: http://vlex.com/vid/324584, geraadpleegd op 25 september 2010.

Jönsson 2003
K. Jönsson, *Det förbjudna mödraskapet: en moralfilosofisk undersökning av surrogatmödraskap* (diss. Malmö), Malmö: Bokbox Forläg 2003.

Kalkman-Bogerd 1998
L.E. Kalkman-Bogerd, 'Ontheffing en draagmoederschap', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1998, p. 198-202.

Kampers, Evers & Vat 2006
J. Kampers, L.J.W. Evers & H. Vat, *Inleiding tot de burgerlijke stand*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

Kessler 2005
G. Kessler, 'La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant', *Droit Famille* 2005, *etude* 16.

Khan 1989
A. Khan, 'Artificial Insemination and Surrogate Parenthood: An Indian Socio-Legal Perspective', *Journal of the Indian Law Institute* (31) 1989, p. 394 e.v.

Kindregan & Snyder 2008
C.P. Kindregan Jr & S.H. Snyder, 'Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology', *Family Law Quarterly* (42) 2008, p. 203-229.

Kindregan 2009
C.P. Kindregan Jr, 'Considering Mom: Maternity and the Model Act Governing Assisted Reproductive Technology', *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* (17) 2009, p. 601-626.

Klijnsma 2008
J. Klijnsma, 'De verzakelijking van het menselijk lichaam. Over de spanning tussen mens en mensheid inzake de praktijk van het commercieel draagmoederschap', *AA* 2008, p. 11-19.

Korvinus, Koster & De Jonge van Ellemeet 2006
D. Korvinus, D. Koster en H. de Jonge van Ellemeet, 'Mensenhandel: het begrip uitbuiting in art. 273a Sr', *Trema* 2006, p. 286-290.

Krywko 2009
M. Krywko, 'Die Ersatzmutterschaft im polnischen und deutschen Recht', *Osteuropa-Recht* 2009, p. 139-144.

Kounougeri-Manoledakis 2005
E. Kounougeri-Manoledakis, 'Surrogate Motherhood in Greece (According to the New Law on Assisted Reproduction)', in: A. Bainhan (red.), *The International Survey of Family Law. 2005 Edition*, Bristol: Jordans, p. 267-278.

Kuijer & Steenbergen 2005
A. Kuijer & J.D.M. Steenbergen, *Nederlands Vreemdelingenrecht*, Den Haag: Boom 2005.

Kumari 2003
V. Kumari, 'Fertility Revolution and Changing Concept of Family and Identity', *Delhi Law Review* 2003, p. 103.

Łączkowska 2008
M. Łączkowska, 'Dziecko na zamówienie, czyli wspomagana prokreacja i prenatalne ingerencje genetyczne', *Prawo i Medyczynna*, 20 mei 2008, , raadpleegbaar via http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=119.

Latha 1991
R. Latha, 'The Hindu Adoption and Maintenance Act, 1956 and Surrogacy', *The Student Advocate* (3) 1991, p. 60-63.

Lee 2009
R.L. Lee, 'New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation', *Hastings Women's Law Journal* (20) 2009, p. 275-300.

Liermann 1991
St. Liermann, 'Der Begriff „Ersatzmutter" im Embryonenschutzgesetz', *FamRZ* 1991, p. 1403.

Lorillard 2010
C.M. Lorillard, 'Informed Choices and Uniform Decisions: Adopting the ABA's Self-Enforcing Administrative Model to Ensure Successful Surrogacy Arrangements', *Cardozo Journal of Law & Gender* (16) 2010, p. 237-266.

Lüderitz 1990
A. Lüderitz, 'Verbot von Kinderhandel und Ersatzmuttervermittlung durch Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes', *Neue Juristische Wochenschrift* 1990, p. 1633-1636.

Luís Calvo Caravaca & Carrascosa González 2009
A. Luís Calvo Caravaca & J. Carrascosa González, 'Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros del Notariado de 18 de febrero 2009', *Cuadernos de Derecho Transnacional,* oktober 2009, deel I, nr. 2, p. 294-319.

Machielse (*Noyon Langemeyer Remmelink Strafrecht*)
A.J.M. Machielse, in: J.W. Fokkens & A.J.M. Machielse (red.), *Noyon, Langemeyer, Remmelink. Wetboek van strafrecht*, Deventer: Kluwer z.j.

Martens 2006
I. Martens, 'Familierechtelijke aspecten van draagmoederschap in België en Nederland. De zaak Baby D.', *Tijdschrift voor jeugdrecht en kinderrechten* 2006, 1.

May 2003
U. May, *Rechtliche Grenzen der Fortpflanzungsmedizin*, Heidelberg: Springer 2003.

Mens 2009
A. Mens, 'Interlandelijke adoptie. Is deelbemiddeling in verdragslanden mogelijk?', *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* 2009, 67.

De Meuter 1990
S. de Meuter, 'Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting, inzonderheid draagmoederschap', *Tijdschrift voor privaatrecht* 1990, p. 645-677.

Meuwese, Blaak & Kaandorp 2005
S. Meuwese, M. Blaak & M. Kaandorp (red.), *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005.

Mołodczak 2008
M. Mołodczak, 'Prokreacja medycznie wspomagana a ustalenie ojcostwa I macierzynstwa', 28 november 2008, raadpleegbaar via http://prawomedyczne.blogspot.com/2008/11/prokreacja-medycznie-wspomagana.html.

Monéger 2010
F. Monéger, 'La gestation pour autrui', *Revue internationale de droit comparé* 2010, p. 233-244.

Montero 1997-1998
F. Montero, 'L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse', noot onder Jeugdrechtbank Brussel 4 juni 1996, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1997-1998, p. 124.

Müller-Götzmann 2009
Ch. Müller-Götzmann, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, Heidelberg: Springer 2009.

***Münchener Kommentar zum BGB* 2008**
D. Schwab (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 8. Familienrecht II. §§ 1589-1921. SB VIII*, München: Beck 2008.

Muscheler 2008
K. Muscheler, 'Die Klärung der Vaterschaft', *Familie, Partnerschaft, Recht* 2008, p. 257-263.

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

Nesterowicz & Walachowska 2010
M. Nesterowicz & M. Walachowska, 'Contract on surrogate motherhood in polish law', in: B. Lewaszkiewicz-Petrykowska (red.), *Rapports polonais. XVIIIe Congrès International de droit comparé. XVIIIth International Congress of Comparative Law, Washington, 25. VII – 1.VIII.2010*, Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego 2010, p. 25-28.

Nitschmann & Petersdorf 2007
K. Nitschmann & B. Petersdorf, 'Ersatzmutterschaft – eine Herausforderung für das Strafrecht?', in: H. Müller-Dietz e.a. (red.), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden: Nomos 2007, p. 669-683.

***Nomos Kommentar BGB* 2010**
D. Kaiser, K. Schnitzler & P. Friederichi (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch Gesamtausgabe. Familienrecht. §§ 1297 - 1921 BGB*, Baden-Baden: Nomos 2010.

Pérez Monge 2010
M. Pérez Monge, *Surrogate motherhood in Spain: regulation versus reality*, paper gepresenteerd op de *XVIIIth International Congress hosted by the American University Washington College of Law*, *George Washington University Law School*, Georgetown University Center, 25 tot 1 augustus 2010, Washington D.C.

Pinkerton e.a.
T.M. Pinkerton e.a., National Fertility Law Clinic, Parentage, Adoption and Child Custody.

Plasschaert 2000
J.N.E. Plasschaert, 'Twijfel aan de identiteit van de moeder bij geboorteaangifte', *Burgerzaken & recht* 2000, p. 361.

Plasschaert 2002
J.N.E. Plasschaert, *Burgerlijke Stand*, Amsterdam: Register Amsterdam 2002.

Prütting 2010
D. Prütting, *Fachanwaltskommentar Medizinrecht*, Köln: Luchterhand 2010.

Punselie 2006
E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst. Een studie naar de (rechts)positie van (pleeg)ouders en (pleeg)kinderen in geval van langdurige uithuisplaatsing*, Deventer: Kluwer 2006.

Quiñones Escámez 2010
A. Quiñones Escámez, 'Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno de la RDGRN de 18 de febrero 2009', *InDret: Revista para el análisis del derecho 2010*, ook: www.indret.com.

Raad voor de Kinderbescherming 2009
Raad voor de Kinderbescherming, *Protocol Afstand, Screening, Adoptie en Afstammingsvragen*, Utrecht: Raad voor de Kinderbescherming 2009.

Rauscher 2008
Th. Rauscher, *Familienrecht*, Heidelberg: Müller 2008.

Rimm 2009
J. Rimm, 'Booming Baby Business: Regulating Commercial Surrogacy in India', *University of Pennsylvania Journal of International Law* (30) 2009, p. 1429-1462.

Del Rio & Navarro 2008
J.A. del Río & R.M. Navarro (red.), *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Enrique Lalaguna Domínguez. Vol. I*, Valencia: Universidad de Valencia 2008.

De Ruiter 1993
J. de Ruiter, 'Manipuleren met leven', in: J. de Ruiter & E.Ph.R. Sutorius, *Manipuleren met leven. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 7-128.

Rutten & Saarloos 2007
S.W.E. Rutten en K.J. Saarloos, 'De erkenning van de kafala in het IPR en het vreemdelingenrecht', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2007, p. 300-309.

Saarloos 2010
K.J. Saarloos, *European private international law on Legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage* (diss. Maastricht), Maastricht: Maastricht University 2010.

Saldeen 2009
Å Saldeen, *Barn- och föräldrarätt* (*Het recht van kinderen en ouders*), Uppsala: Iustus Förlag 2009.

Schlüter 2008
J. Schlüter, *Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin*, Berlin: LIT Verlag 2008.

Schoots, Van Arkel & Dermout 2004
M. Schoots, J. van Arkel & S. Dermout, 'Wetsaanpassing in verband met draagmoederschap?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2004, p. 189-194.

Schrama 2008
W.M. Schrama, 'De zaak Baby Donna en de betekenis van bloedverwantschap: de spagaat tussen familievorm en familiefunctie', *WPNR* 2008, p. 573-578.

Schönke & Schröder 2010
A. Schönke & H. Schröder, *Strafgesetzbuch*, München: Beck 2010.

Schwenzer 2007
I. Schwenzer (red.), *Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, Antwerp: Intersentia 2007.

Seidl 2002
H. Seidl, 'Anfechtung bei der homologen und heterologen Insemination', *Familie, Partnerschaft, Recht* 2002, p. 402-440.

Singer 2000
A. Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning* (*Ouderschap juridisch belicht*) (diss. Uppsala), Uppsala: Iustus Förlag 2000.

Singer 2008
A. Singer, 'Den moderna reproduktionstekniken – en utmaning för familjerätten' ('De moderne reproductietechnieken – een uitdaging voor het familierecht'), *Familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2008.

Sluyters 1992
B. Sluyters, 'Draagmoederschap en de strafwetgever', *Delikt en Delinkwent* 1992, p. 685-696.

Soergel 2000
Th. Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Familienrecht 4 (§§ 1741-1921 BGB)*, Stuttgart: Kohlhammer 2000.

Van der Sommen 2003
E. van der Sommen, 'Valse geboorteaangifte', *Burgerzaken & recht* 2003, p. 454-455.

Spivack 2010
C. Spivack, 'The Law of Surrogate Motherhood in the United States', *American Journal of Comparative Law. Supplement* (58) 2010, p. 97-114.

Staudinger/Frank 2007
R. Frank, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 4. Familienrecht. §§ 1741-1772 (Adoption)*, Berlin: Sellier 2007.

Staudinger/Rauscher 2004
T. Rauscher, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 4. Familienrecht. §§ 1589-1600e (Abstammung)*, Berlin: Sellier 2004.

Steenberg & Hognestad 2000
K.R. Steenberg & M. Hognestad, *Adopsjonsloven med kommentarer*, Oslo: Universitetsforlaget 2000.

Stegent 2009
A.M. Stegent, 'Problemy ustalenia ojcostwa', *Prawo i Medycyna*, 7 januari 2009, raadpleegbaar via http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=194&PHPSESSID=28110c71704ca4550a#_edn8).

Strikwerda 2008
L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Sutorius & Kersten 1997
E.Ph.R. Sutorius & H.L.J.M. Kersten, 'Het gezag van draagmoeders', *Nederlands Juristenblad* 1997. p. 1116-1120.

Swennen 2001-2002
F. Swennen, 'Volle adoptie na draagmoederschap: nihil obstat?', noot onder Jeugdrechtbank Turnhout 4 oktober 2000, *Rechtskundig Weekblad* 2001-2002, p. 206-207.

Swennen 2007-2008
F. Swennen, 'Adoptie na draagmoederschap revisited', noot onder Hof van Beroep Antwerpen 14 januari 2008, *Rechtskundig Weekblad* 2007-2008, p. 1774-1777.

Tännsjö 1991
T. Tännsjö, *Göra barn: en studie i reproduktionsetik*, Stockholm: Thales 1991.

Tarlatzis e.a. 1993
I. Tarlatzis e.a., 'Psychosocial impacts of infertility on Greek couples', *Human Reproduction* (8) 1993, p. 396-401.

Tigchelaar 2001
J. Tigchelaar, 'Wat mag met het lichaam voor geld?', *Nemesis* 2001, nr. 6.

Tobeñas 1995
C. Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral. Vol. V-2*, Madrid: Reus 1995.

Tryniszewska 2010
K. Tryniszewska, 'Czy Handel dziecmi w celach adopcyjnych jest przestepstwem?', 30 maart 2010, raadpleegbaar via www.twoja-adopcja.pl.

Tsoulea 2010
R. Tsoulea, 'The grandmother who gave birth to … her grandchild', *Ta Nea* 31 augustus 2010.

Vázquez Iruzubieta 2009
C. Vázquez Iruzubieta, 'Comentario al artículo 221 del Código Penal', *Comentarios al Código Penal, Editorial vLex* 2009, beschikbaar via: http://vlex.com/vid/59167510, geraadpleegd op 25 september 2010.

Verschelden 2010
G. Verschelden, 'Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten', *Tijdschrift voor Familierecht* 2010, p. 69-70.

Veys 2006
M.N. Veys, 'Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap', *Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht* 2006, p. 402-415.

Vidalis 2007
T. Vidalis, *Biolaw: The Person*, Athens: Sakkoulas 2007.

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

Vlaardingerbroek 2008
P. Vlaardingerbroek, 'Alternatieven voor (interlandelijke) adoptie', *Justitiële verkenningen* (34) 2008, p. 54-67.

Vranken 1997
J.B.M. Vranken, 'Contractualisering en draagmoederschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1997, p. 1751-1761.

Vonk 2003
M. Vonk, 'Een, twee of drie ouders?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2003, p. 122-128.

Vonk 2007a
M. Vonk, *Children and their Parents* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2007.

Vonk 2007b
M. Vonk, 'Kroniek van het personen- en familierecht', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 2277-2285.

Vonk 2008
M. Vonk, 'The role of formalised and non-formalised intentions in legal parent-child relationships in Dutch law', *Utrecht Law Review* (4) 2008, p. 117-134.

Vonk 2010
M. Vonk, 'Maternity for another: a double Dutch Approach', in: J. van Erp & L. van Vliet (red.), *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, Antwerp: Intersentia 2010.

Vonken (*GS Personen- en familierecht*)
A.P.M.J. Vonken, in: S.F.M. Wortmann (red.), *Groene Serie Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Wald 2005
J. Wald, 'Legitimate Parents. Construing California's Uniform Parentage Act to Protect Children Born Into Nontraditional Families', *Journal of the Center for Families, Children & the Court*s (6) 2005, p. 139-160.

Wald 2007
D.H. Wald, 'The Parentage Puzzle: The Interplay between Genetics, Procreative Intent, and Parental Conduct in Determining Legal Parentage', *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* (15) 2007, p. 379-411.

Wanitzek 2002
U. Wanitzek, *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*, Bielefeld: Gieseking 2002.

Wautelet 2010a
P. Wautelet, 'La filiation biologique', in: P. Wautelet (red.), *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*', Louvain-la-Neuve: Anthemis 2010, p. 126-154.

Wautelet 2010b
P. Wautelet, 'Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy', www.conflictoflaws.net, november 2010.

Winkel, Roumen & Dermout 2010
E. Winkel, F.J.M.E. Roumen & S.M. Dermout, 'Draagmoederschap na ivf in het buitenland. Dilemma's bij de begeleiding', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* (154) 2010, A1777.

De Wolf 1999
A. de Wolf, 'Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken' in: K. Boele-Woelki & M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen: Intersentia 1999, p. 89-126.

Wuyts 2007
T. Wuyts, 'De afstamming na medisch begeleide voortplanting', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 287-402.

Yague 1988
L. Yague, *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*, paper gepresenteerd op het tweede Baskische wereldcongres (*II Congreso Mundial Vasco*, 28 september tot 2 oktober 1987), Vitoria, in: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid 1988.

REEDS VERSCHENEN IN DE REEKS FAMILIE & RECHT

Deel 1 Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner en Wendy Schrama, *De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*, 2010

Deel 2 Masha Antokolskaia, Bart Breederveld, Liesbeth Hulst, Wilbert Kolkman, Frits Salomons en Leon Verstappen, *Koude uitsluiting*, 2011

Deel 3 Merel Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een rechtsvergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden*, 2011

Deel 4 Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner, Wendy Schrama en Machteld Vonk, *Commercieel draagmoederschap en illegale opneming van kinderen*, 2012